

C. Informe del Secretario General: cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (A/CN.9/161)*

INDICE

	<i>Párrafos</i>		<i>Párrafos</i>
Introducción	1-3		
I. Propósitos de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales	4-6	a) Casos en que la suma convenida ha de pagarse por incumplimiento total de una obligación	20
II. Definición de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales	7-12	b) Casos en que ha de pagarse la suma convenida por cumplimiento imperfecto	21-22
A. Cláusulas que prevén otras obligaciones posibles	8	i) Casos en que ha de pagarse la suma convenida por retraso en el cumplimiento	21
B. Cláusulas que prevén el pago de sumas monetarias por razones distintas del incumplimiento del contrato	9	ii) Casos en que debe pagarse una pena por otros tipos de cumplimiento imperfecto	22
C. Cláusulas que prevén la aceleración de los pagos ..	10	B. Relación entre el cobro de la suma convenida y el resarcimiento de los daños	23
D. Cláusulas de pérdida de derechos	11	C. Reducción o aumento judiciales de indemnizaciones fijadas convencionalmente o penas	24-29
E. Cláusulas de limitación	12	VI. Estudio del empleo de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales en contratos de comercio internacional	30-44
III. Algunas características comunes en la reglamentación de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales	13-14	A. Condiciones generales y contratos	30-40
A. Carácter accesorio de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales	13	B. Condiciones generales de entrega del Consejo de Asistencia Económica Mutua (CAEM) para 1968-1975	41-44
B. Normas especiales para evitar los abusos	14	VII. Posibilidades de unificación	45-53
IV. Diferencias básicas entre el <i>common law</i> y el derecho civil respecto de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales ..	15-18	A. Diferencias de política entre el <i>common law</i> y el derecho civil que han de conciliarse	47-49
V. Otras diferencias de las normas relativas a las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales	19-29	B. Diferencias de carácter político que han de conciliarse entre los sistemas de derecho civil	50-52
A. Relación entre el cobro de la suma convenida y la exigencia del cumplimiento	19-22	C. Alcance de la aplicación de las normas unificadas	53
		VIII. Conclusiones	54-58

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su décimo período de sesiones, pidió al Secretario General lo siguiente:

“que examine, como parte del estudio sobre el futuro programa de trabajo a largo plazo de la Comisión que debe presentarse a la Comisión en su 11° período de sesiones, la viabilidad y la conveniencia de establecer un régimen uniforme que rijan las cláusulas sobre indemnización fijada convencionalmente en los contratos internacionales.”

2. En cumplimiento de esa solicitud, en el informe del Secretario General presentado al 11° período de sesiones sobre el programa de trabajo de la Comisión se incluyó una nota del Secretario General sobre “Cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales”¹. En ella se consideraba la conveniencia y viabilidad de unificar las normas que reglamentaban las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales en relación con diversos contratos comerciales internacionales.

* 25 de abril de 1979.

¹ A/CN.9/149/Add.1 (Anuario... 1978, segunda parte, IV, A, anexo I).

3. En su 11° período de sesiones la Comisión examinó esa nota y decidió incluir las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales como un tema prioritario en su nuevo programa de trabajo. La Comisión pidió a la Secretaría que realizara un estudio preliminar sobre el tema². El presente informe se ha preparado en cumplimiento de esa decisión.

I. PROPÓSITOS DE LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y DE LAS CLÁUSULAS PENALES

4. En su forma típica, estas cláusulas requieren el pago de una suma de dinero en caso de incumplimiento de una obligación contractual³. Las partes incluyen en

² CNUDMI, informe sobre el 11° período de sesiones (A/33/17), párr. 67 (Anuario... 1978, primera parte, II, A).

³ Con arreglo a muchos sistemas jurídicos, las cláusulas que requieren la realización de un acto distinto del pago de dinero por incumplimiento de una obligación contractual se clasifican como cláusulas penales. Además, la obligación cuyo incumplimiento implica el pago de dinero o la realización de un acto no tiene que derivar necesariamente del contrato, sino que puede imponerse extracontractualmente, por ejemplo, por ley o reglamento. Aquí no se tratan estos tipos de cláusulas penales, ya que no tienen un papel importante en las transacciones comerciales internacionales.

su contrato dichas cláusulas con la intención de garantizar uno o más de los siguientes fines:

a) El importe pagadero como indemnización por el incumplimiento se determina en el momento de celebrar el contrato. Ese importe convenido elimina los gastos causados por la prueba de la pérdida. Además, debido a las dificultades con que a veces se tropieza tratando de probar el monto de la pérdida, el importe de la indemnización resultante del litigio puede ser incierto e insuficiente. Un importe convenido es cierto y constituye una indemnización suficiente.

b) La fijación de un importe convenido en una suma superior a la que el acreedor conservaría no cumpliendo con sus obligaciones presiona al deudor⁴ a cumplir dichas obligaciones, en lugar de transgredirlas⁵.

c) El importe convenido sirve como límite de la responsabilidad del deudor y, si se desea, el importe puede utilizarse para fijar un límite de la obligación inferior al fijado por el derecho que rige los daños y perjuicios. El deudor tiene conocimiento anticipado de su responsabilidad máxima.

5. La certidumbre respecto del alcance de los daños y perjuicios y la eliminación de los gastos relativos a la prueba de la pérdida pueden tener especial importancia en los contratos comerciales internacionales. Un demandante que tiene que probar su pérdida en un tribunal extranjero puede tener que incurrir en considerables gastos, sin saber a ciencia cierta qué suma va a recuperar. En ciertas circunstancias, el estímulo del cumplimiento puede ser también de gran importancia. En los contratos celebrados entre partes de Estados con economías de planificación centralizada se hace gran hincapié en el cumplimiento, ya que el sistema de planificación no permite fácilmente la existencia de un mercado donde la indemnización recibida pueda utilizarse para la adquisición de sustitutos⁶. Para los países en desarrollo con escasos recursos en moneda convertible también puede resultar difícil encontrar otros abastecedores. Además, el no cumplimiento de un rubro en un programa de desarrollo puede afectar adversamente todo el programa, pero la pérdida causada puede ser difícil de cuantificar y puede resultar difícil recuperar una indemnización adecuada en virtud de las reglas normales relativas a los daños y perjuicios.

6. La utilización de una suma convenida para estimular el cumplimiento adquiere una importancia especial cuando el derecho aplicable niega la ejecución determinada de una obligación, por ejemplo, debido a que la ejecución determinada sea un recurso excepcional, o debido a que en el caso particular, dicha ejecución sea contraria al orden público.

⁴ En adelante, la parte obligada a pagar la indemnización fijada convencionalmente o la pena se denominará "deudor", y la parte que tiene derecho al pago se denominará "acreedor".

⁵ En los sistemas de derecho civil, una cláusula que tiene el primero de estos objetivos o ambos, se llama "cláusula penal" y sería válida *prima facie*. En virtud del *common law*, una cláusula que fija el importe de la indemnización se denomina "cláusula de indemnización fijada convencionalmente", y sería válida *prima facie*, mientras que una cláusula que trata de obligar al cumplimiento se llama "cláusula penal" y sería inválida. Esta divergencia se examinará más adelante, y el empleo del término "cláusula penal" en esta etapa no implica juicio alguno respecto de la validez o invalidez de la cláusula.

⁶ Eorsi, "Contractual remedies in socialist legal systems", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, párr. 190; Szasz, *A Uniform Law on International Sale of Goods. The CMEA General Conditions*, pags. 161 y 163.

II. DEFINICIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y DE LAS CLÁUSULAS PENALES

7. A fin de determinar el alcance posible de las reglas uniformes es necesario examinar la relación que existe entre las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales típicas, descritas *supra*, y otras cláusulas contractuales que, aunque diferentes en forma, se aproximan a las primeras cuando sirven los mismos fines.

A. Cláusulas que prevén otras obligaciones posibles

8. Dichas cláusulas prevén otros métodos posibles de cumplimiento. Sin embargo, una cláusula que fija el precio de mercaderías a 100 dólares pagaderos el 1° de enero, pero da la opción de pagar 200 dólares el 1° de febrero, podría interpretarse según las circunstancias, como una auténtica obligación distinta, cuyo precio más elevado reflejaría el crédito ampliado que se da al comprador, o como una cláusula que prevé una sanción por incumplimiento el 1° de enero.

B. Cláusulas que prevén el pago de sumas monetarias por razones distintas del incumplimiento del contrato

9. Las cláusulas contractuales pueden prever el pago de sumas monetarias por razones distintas del incumplimiento de un contrato, v. gr. por el derecho del pagador a retirarse del contrato. Aunque dichas cláusulas son analíticamente distintas de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales que requieren pago por incumplimiento, comparten las mismas funciones, v. gr. en el caso de un pago debido por desistimiento, para indemnizar a la otra parte por las pérdidas resultantes del desistimiento, o a fin de disuadir de éste.

C. Cláusulas que prevén la aceleración de los pagos

10. Los contratos comerciales a veces estipulan el pago de una suma a plazos. Pueden también estipular que, en caso de un solo incumplimiento, todos los pagos pendientes sean pagaderos inmediatamente. Aunque la obligación que ahí se origina es la de no pagar más que la suma que originalmente se debe, la mayor carga financiera de pagar todos los plazos simultáneamente serviría de disuasión contra el incumplimiento.

D. Cláusulas de pérdida de derechos

11. Aunque en las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o en las cláusulas penales se estipula el pago de una suma de dinero por el incumplimiento, las cláusulas de pérdida de derechos estipulan que la parte que paga una suma de dinero antes del incumplimiento (v. gr., como un pago parcial o depósito) pierde esa suma por su incumplimiento. A pesar de esta distinción, las cláusulas de pérdida de derechos tal vez cumplan la misma función que las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales: indemnizar a la parte no remisa, o disuadir a la parte que sufrirá la pérdida de derechos de violar el contrato, o ambas cosas.

E. Cláusulas de limitación

12. En las cláusulas que limita la responsabilidad se fija un máximo pagadero si se prueba la responsabilidad, pero no un mínimo. El demandante debe probar el importe de su pérdida, y si la pérdida es inferior al máximo, únicamente se recupera la pérdida. En el caso de una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o cláusula penal, generalmente no se recupera ni más ni menos que la suma estipulada, sin prueba de pérdida. En la medida en que no es recuperable más que la suma estipulada, esa cláusula funciona como una cláusula que limita la responsabilidad.

III. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS COMUNES EN LA REGLAMENTACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y DE LAS CLÁUSULAS PENALES

A. Carácter accesorio de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales

13. En general, la indemnización fijada convencionalmente o las penas sólo son pagaderas si existe responsabilidad por el incumplimiento de la obligación principal. El incumplimiento de la obligación principal puede algunas veces no entrañar responsabilidad, por ejemplo, cuando la obligación principal es nula o hay razón suficiente para el incumplimiento, como en el caso de fuerza mayor o de ausencia de culpa, o cuando no se ha efectuado un emplazamiento o alguna otra notificación necesaria. Como el objeto de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o de las cláusulas penales es cobrar indemnización o imponer un castigo por incumplimiento de la obligación principal, la indemnización fijada convencionalmente y las penas no son pagaderas cuando no hay incumplimiento. Sin embargo, las normas de algunos sistemas jurídicos permiten que las partes, mediante acuerdo expreso, hagan pagadera la pena aun cuando el no cumplimiento de la obligación principal no entrañe responsabilidad, por ejemplo, por ser nula o por causa eficaz de fuerza mayor o ausencia de culpa.

B. Normas especiales para evitar los abusos

14. Muchos sistemas jurídicos contienen normas especiales para evitar la utilización de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o de las cláusulas penales para oprimir a la parte más débil en ciertas transacciones; por ejemplo, en los contratos de empleo, están destinadas a proteger al empleado, en los contratos de préstamo, a proteger al deudor, y en los contratos de arrendamiento de tierras y habitaciones, a proteger al arrendatario. No es factible la unificación de estas normas especiales, ya que se originan en las condiciones y políticas especiales de cada país y, en consecuencia, esas transacciones deben quedar excluidas del alcance de las normas unificadas⁷.

⁷ Las normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales aprobadas por el Consejo de Europa figuran en un apéndice a la resolución 78 (3) relativa a las cláusulas penales en el derecho civil, aprobada por el Comité de Ministros el 20 de enero de 1978. Al respecto se señala en el artículo 8 de las normas uniformes lo siguiente:

“Las disposiciones de los artículos precedentes se entenderán sin perjuicio de las normas relativas a ningún tipo determinado de contrato debido a su carácter especial.”

IV. DIFERENCIAS BÁSICAS ENTRE EL *COMMON LAW* Y EL DERECHO CIVIL RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y DE LAS CLÁUSULAS PENALES

15. En el *common law* las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente, es decir, las cláusulas en cuya virtud las partes, en el momento de celebrar el contrato, intentan fijar el monto de la indemnización pagadero en caso de incumplimiento del contrato, son válidas si satisfacen uno o más de los siguientes requisitos: que la intención auténtica de las partes sea prever la indemnización, y no una pena por incumplimiento; que la suma estipulada sea una estimación anticipada razonable de la probable pérdida, y que la pérdida ocasionada por el incumplimiento sea imposible o difícil de cuantificar. En las diferentes jurisdicciones se asignan diferentes grados de importancia al no cumplimiento de uno u otro de los requisitos. Los tribunales no tienen atribuciones para alterar el monto estipulado en esas cláusulas. Por el contrario, una cláusula que, en lugar del propósito antes señalado, o además de él, procure coaccionar a una parte a cumplir su obligación mediante la amenaza de una suma pagadera por incumplimiento, es nula, y la parte infractora sólo es responsable de la indemnización recuperable en virtud de la legislación común.

16. En virtud del derecho civil, empero, las cláusulas en que se efectúa una estimación anticipada de la indemnización o se procura coaccionar a una parte a cumplir su obligación, o se persiguen ambos propósitos son, en principio, válidas. Los tribunales tienen atribuciones para reducir el monto estipulado en una cláusula de ese tipo en determinadas circunstancias, por ejemplo, si el monto es excesivo o ha habido cumplimiento parcial.

17. La nitidez de la distinción entre la invalidez de las cláusulas que procuran obligar al cumplimiento en el *common law* y su validez en el derecho civil se ve disminuida en cierto grado por los factores siguientes:

a) En los sistemas de derecho civil las cláusulas penales que procuran obligar al cumplimiento son a veces invalidadas por razones de orden público, por ejemplo, por constituir una ofensa a la moral, por ser contrarias a la buena fe o por permitir el enriquecimiento ilícito de una parte. En un sistema de derecho civil⁸ todas las cláusulas penales que son puramente coercitivas y que, en consecuencia, prevén penas privadas, son nulas por ser contrarias al orden público.

b) En virtud del *common law* la indemnización fijada convencionalmente y convenida válidamente podría exceder de la indemnización ordinaria pagadera por incumplimiento. Si el deudor se diera cuenta de esto antes del incumplimiento, la cláusula de indemnización fijada convencionalmente obligaría al cumplimiento. Ello ocurriría también cuando el monto de la indemnización que probablemente se fijaría fuera incierto, y en ausen-

⁸ En Bélgica, donde está en vigor el Código Civil francés pero sin la enmienda introducida en Francia a las disposiciones relativas a las cláusulas penales por la ley No. 75-597, de 9 de julio de 1975, se ha sostenido que sólo las cláusulas que prevean la indemnización de la pérdida causada por incumplimiento constituyen cláusulas penales reglamentadas por las normas del Código Civil, las cuales, entre otras cosas, disponen que la suma especificada en la cláusula no puede ser aumentada ni disminuida. Véase el memorando relativo a la cláusula penal en el derecho belga redactado por el Ministerio de Justicia para ser presentado al Comité de Expertos en cláusulas penales del Consejo de Europa, documento EXP/Clauses pénales (75) I.

cia de una cláusula de indemnización fijada convencionalmente una de las partes podría verse tentada de no cumplir el contrato especulando con la posibilidad de que se determinara una indemnización baja.

18. Cuando el propósito básico de una cláusula es limitar la responsabilidad fijando la suma pagadera por incumplimiento en un monto inferior al que se obtendría por concepto de indemnización, tanto los sistemas de *common law* como los de derecho civil consideran válida la cláusula⁹.

V. OTRAS DIFERENCIAS DE LAS NORMAS RELATIVAS A LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y A LAS CLÁUSULAS PENALES

A. Relación entre el cobro de la suma convenida y la exigencia del cumplimiento

19. Cuando una de las partes deje de cumplir o cumpla imperfectamente una obligación, la ley permite a la otra parte, en algunos casos, exigir el cumplimiento de dicha obligación. En los casos en que se permite exigir exigencia del cumplimiento y el cobro de la indemnización fijada convencionalmente o la pena. Las soluciones varían conforme al tipo de incumplimiento por el que se debe pagar la suma convenida.

a) Casos en que la suma convenida ha de pagarse por incumplimiento total de una obligación

20. Con arreglo al *common law*, el acreedor puede obtener el cumplimiento exacto o cobrar una indemnización fijada convencionalmente, pero no ambas cosas. De la misma manera, en algunos ordenamientos jurídicos de derecho civil el acreedor puede exigir el cumplimiento o la pena, pero no ambas cosas. Sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos de derecho civil, aunque ésta es la norma que se aplica a falta de acuerdo al respecto, las partes pueden convenir en que el acreedor pueda exigir tanto la pena como el cumplimiento.

b) Casos en que ha de pagarse la suma convenida por cumplimiento imperfecto

i) Casos en que ha de pagarse la suma convenida por retraso en el cumplimiento

21. Por lo general, los sistemas de derecho civil concuerdan en que, en tales casos, el acreedor puede exigir tanto la pena como el cumplimiento. Asimismo, con arreglo al *common law*, el acreedor puede lograr el cumplimiento exacto de una obligación que se halla en mora y el cobro de una indemnización fijada convencionalmente por la mora.

ii) Casos en que debe pagarse una pena por otros tipos de cumplimiento imperfecto

22. Algunos sistemas de derecho civil estipulan que, en tales casos, el acreedor puede exigir tanto el cumplimiento exacto como la pena. Otros sistemas de derecho civil estipulan que no puede exigirse el cumplimiento exacto y la pena, a menos que las partes así lo hayan convenido. Un tercer grupo de sistemas de derecho civil prescriben que únicamente puede exigirse uno de los

dos, cualquiera que sea el caso. Esta última sería también la solución con arreglo al *common law*.

B. Relación entre el cobro de la suma convenida y el resarcimiento de los daños

23. Dado que uno de los propósitos de fijar una suma convenida es evitar las dificultades de una investigación de los daños, el *common law* y la mayoría de los sistemas de derecho civil no permiten que el acreedor renuncie a la suma convenida y cobre daños en los casos en que los daños resarcibles con arreglo a las normas ordinarias sean superiores a la suma convenida. En los casos en que la suma por cobrar por concepto de daños ordinarios sea inferior a la suma convenida, el deudor tampoco puede afirmar que es responsable únicamente de daños ordinarios. Sin embargo, hay las siguientes excepciones:

a) Algunos sistemas de derecho civil estipulan que, en los casos en que la pérdida exceda de la suma convenida, el acreedor puede resarcirse de daños equivalentes al exceso siempre y cuando pueda demostrar que el incumplimiento del contrato se debió a negligencia o a la intención de causar perjuicio.

b) Algunos sistemas de derecho civil estipulan que, en los casos en que la pérdida exceda de la suma convenida, el acreedor puede resarcirse de daños equivalentes al exceso si las partes así lo han convenido.

c) Algunos sistemas de derecho civil estipulan que, en los casos en que la pérdida exceda de la suma convenida, el acreedor puede resarcirse de daños equivalentes al exceso, a menos que las partes hayan convenido lo contrario.

d) Algunos sistemas de derecho civil estipulan que la suma convenida no se pagará si el deudor demuestra que el acreedor no ha sufrido pérdida alguna.

e) Si bien con arreglo al *common law* el hecho de que el incumplimiento de un contrato haya ocasionado pérdidas nulas o escasas no impide al acreedor, en principio, exigir el pago de la suma total convenida como indemnización, en la práctica se suele decidir en tales casos que la cláusula no estipula un verdadero cálculo previo de las pérdidas y, por lo tanto, es nula.

C. Reducción o aumento judiciales de indemnizaciones fijadas convencionalmente o penas

Reducción

24. Con arreglo al *common law*, un tribunal no está facultado para reducir una suma legalmente convenida como indemnización fijada convencionalmente. Por otra parte, la mayor parte de los sistemas de derecho civil facultan a los tribunales para reducir las penas, si bien los límites de esa facultad varían según los sistemas. A continuación figura una lista de los principales motivos por los que los tribunales pueden reducir las penas:

a) Si, antes del incumplimiento, el deudor ha cumplido parcialmente la obligación;

b) Si la pena es desproporcionadamente alta, excesiva o manifiestamente excesiva;

c) Si la pena es irrazonable o injusta.

25. La mayor parte de los sistemas jurídicos que permiten la reducción no especifican el criterio que ha de aplicarse para determinar si, por ejemplo, el cumplimiento parcial justifica una reducción o si la pena es ma-

⁹ En ninguno de los sistemas sería aceptable la cláusula si entrañara una excepción a una ley obligatoria que prohibiera la limitación de la responsabilidad. Existen otras excepciones; por ejemplo, en virtud de la Sección 2-302 del *Uniform Commercial Code*, una cláusula de ese tipo puede ser invalidada si es excesiva, y, en virtud del derecho francés, si la parte violara el contrato intencionalmente o con negligencia grave, la limitación no se aplicaría.

nifiestamente excesiva o irrazonable. A continuación figuran algunos de los principales criterios que los tribunales han aplicado al decidir si se justificaba una reducción:

- a) La medida en que el cumplimiento parcial ha beneficiado al acreedor;
- b) El grado de desproporción entre el monto de la pena y el valor de la pérdida real sufrida o la suma exigible como indemnización por la pérdida. Este criterio se aplica con mucha frecuencia;
- c) La buena o mala fe del deudor; o su grado de responsabilidad en el incumplimiento del contrato;
- d) Conducta culpable por parte del acreedor, como, por ejemplo, no haber adoptado medidas para mitigar sus pérdidas, que pudiera haber contribuido a dicha pérdida;
- e) La medida en que el deudor se ha enriquecido por no haber cumplido el contrato;
- f) La situación financiera del deudor y los efectos que el pago de la pena tendría en dicha situación;
- g) El legítimo interés del acreedor en el pago de la pena.

26. Con arreglo a algunos sistemas de derecho civil los tribunales pueden reducir la pena únicamente si el deudor lo solicita. En otros casos el tribunal puede reducir la penalización *de motu proprio*.

27. En algunos sistemas jurídicos las partes pueden convenir en excluir la reducción. Algunos sistemas excluyen también la reducción si ya se ha efectuado el pago de la pena. Otros sistemas también excluyen la reducción en los casos en que la pena se haya estipulado pagadera por un comerciante como parte de una transacción comercial o si la cláusula penal formaba parte de una transacción mercantil entre comerciantes.

Límite de la pena

28. Algunos sistemas jurídicos regulan la pena estipulando que su monto no puede exceder del valor de la obligación principal por cuyo incumplimiento se haga pagadera.

Aumento

29. Ni el *common law* ni la mayor parte de los sistemas de derecho civil confieren a los tribunales la facultad de aumentar las indemnizaciones fijadas convencionalmente o penas. Sin embargo, por lo menos un sistema de derecho civil permite el aumento de la pena si la suma convenida es manifiestamente irrisoria. Parecería que algunos de los criterios que se adoptan para determinar la reducción de una pena se adoptarían también para determinar su aumento, por ejemplo, la desproporción entre el monto de la pena y el valor de la pérdida, la buena o mala fe del deudor y su grado de responsabilidad en el incumplimiento.

VI. ESTUDIO DEL EMPLEO DE CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y CLÁUSULAS PENALES EN CONTRATOS DE COMERCIO INTERNACIONAL

A. *Condiciones generales y contratos*

30. A fin de determinar el carácter y el alcance del empleo de cláusulas de indemnización fijada convencio-

nalmente y cláusulas penales en los contratos de comercio internacional se analizó una selección representativa de las condiciones generales y los contratos del archivo con la Secretaría. A continuación se consignan los hechos pertinentes revelados por el análisis:

31. *Número total de condiciones generales y contratos examinados* 167

Condiciones generales y contratos que contienen cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o cláusulas penales 79

Condiciones generales y contratos que no contienen cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o cláusulas penales 88

32. *Análisis de las condiciones generales y contratos que contienen cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o cláusulas penales*

Tipos de contrato examinados: ventas, 71; suministro de equipo y prestación de servicios, 5; préstamos, 2; transportes, 1.

Tipos de productos que fueron objeto de contratos de venta: productos vegetales primarios (por ejemplo, yute, caucho, fibra); alimentos primarios (por ejemplo, cacao); aceites de origen vegetal (aceite de coco); cereales, hortalizas; cueros; textiles y artículos manufacturados.

*Formas de incumplimiento a cuyo respecto corresponde pagar indemnizaciones fijadas convencionalmente o penas, y número de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales según la forma de incumplimiento*¹⁰

Demora en la entrega de las mercaderías por el vendedor	24
Demora en el pago por el comprador	24
Demora en el embarque por el vendedor	11
Reducción del precio debido a defectos de la calidad de las mercaderías	10
Demora por parte del comprador en la recepción	5
Incumplimiento de las normas garantizadas	4
Falta de entrega de las mercaderías	4
Violación por el comprador de la prohibición de exportar fuera del país de destino	3
Incumplimiento en general	3
Demora en la entrega de la documentación técnica	2
Falta de pago del precio	2
Pago por el prestatario antes de la fecha estipulada de reembolso	1
Incumplimiento en la entrega de los documentos	1
Incumplimiento en el embarque por el vendedor	1
Demora por el comprador en dar curso a los documentos presentados por el vendedor ..	1
Pago por el comprador que no se ajusta a las instrucciones	1

¹⁰ Muchos contratos contenían más de un tipo de cláusula de indemnización fijada convencionalmente o cláusula penal.

Métodos adoptados para determinar la magnitud de la indemnización fijada convencionalmente, y frecuencia de ésta

En relación con un porcentaje del precio de las mercaderías y otro factor, por ejemplo, magnitud de la demora o grado de desviación de las normas convenidas	29
En relación con un porcentaje del pago pendiente, y con otro factor, por ejemplo, magnitud de la demora en el pago	18
En relación con un porcentaje del valor de las mercaderías cuya entrega se ha demorado y con el alcance de la demora	15
Magnitud de la pena no determinada en el contrato, y que han de fijar las partes	9
En relación con la tasa de interés habitual para pagos morosos en un país determinado, y el alcance de la demora	8
En relación con el peso o la cantidad de las mercaderías, y el alcance de la demora	4
En relación con un porcentaje del costo de las mercaderías defectuosas, y el grado de desviación de las normas convenidas	4
En relación con un porcentaje de la diferencia entre el precio de mercado y el precio del contrato	2
En relación con una suma que, en caso de no pagarse, permitiría a la parte remisa obtener un beneficio del incumplimiento	1
Origen del órgano que redacta las condiciones generales o los contratos	
Países en desarrollo de Asia y Africa	7
Estados socialistas de Europa oriental	30
Europa occidental y los Estados Unidos	31
Organizaciones internacionales	11
33. Análisis de las condiciones generales y contratos que no contienen cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o cláusulas penales	
<i>Tipos de contrato examinados:</i> ventas, 75; acuerdos de concesión, 6; contratación de servicios, 4; organismo, 1.	
<i>Tipos de mercaderías que fueron objeto de los contratos de venta:</i> productos vegetales primarios (algodón, madera); alimentos primarios (té, cacao, café); aceites de origen vegetal; cereales; hortalizas; cueros; artículos manufacturados; aceites de origen animal; productos químicos y frutas.	
Origen del órgano que redacta las condiciones generales o los contratos	
Países en desarrollo de Asia y Africa	15
Estados socialistas de Europa oriental	8
Europa occidental y los Estados Unidos	54
Organizaciones internacionales	9
Conjuntamente por un órgano de Europa occidental y un órgano de un Estado socialista de Europa oriental	2

34. La gran mayoría de los documentos examinados fueron condiciones generales o formularios de contrato tipo en blanco. No pueden extraerse conclusiones definitivas de las cláusulas impresas que figuran en dichos do-

cumentos, dado que las cláusulas impresas pueden enmendarse o rechazarse antes de la celebración de un contrato. No obstante, son una prueba del tipo de cláusula que los redactores desearían incluir. El predominio del contrato de venta en la muestra refleja tanto la composición existente del archivo de la Secretaría¹¹ como la frecuencia de la venta como una transacción comercial internacional.

35. En aproximadamente la mitad de los documentos examinados figuraban cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, en tanto que en el resto no era así. Como en general los documentos de venta en que figuraban dichas cláusulas y los documentos de venta en que no figuraban dichas cláusulas se referían a los mismos productos básicos, no parece existir una correlación especial entre el comercio en un determinado producto básico y la utilización de dichas cláusulas. Algunos de los documentos en que no figuraban dichas cláusulas hacían aplicable al contrato el *common law*. En esos casos sólo podía llegarse a la conclusión de que las partes no deseaban calcular la indemnización de antemano, ya que las cláusulas tendientes a obligar al cumplimiento, aunque se consideraran convenientes, se habrían omitido debido a su invalidez.

36. Cuando se encontraba una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o una cláusula penal, podía inferirse con certeza que las partes deseaban especificar de antemano el monto de la indemnización pagadera. En general no podía determinarse, empero, si el acreedor también procuraba obligar al cumplimiento, ya que es difícil determinar si un monto determinado tiene un efecto coercitivo sin conocer el ahorro probable que significaría para la parte transgresora el incumplimiento.

37. En la mayoría de los casos se estipulaban penas por demora en el cumplimiento. Esto puede derivar de la frecuencia con que se produce la demora, de las ventas de cuantificar por anticipado la indemnización pagadera y de tratar de coaccionar al deudor a cumplir puntualmente. Además, se han elaborado métodos para calcular la suma convenida — por ejemplo, como porcentaje del valor de las mercaderías demoradas, o como interés sobre la suma impaga— junto con un límite máximo para el grado en que puede aumentar la suma, lo cual evita en gran medida la posibilidad de que se invalide la suma fijada como pena o que se reduzca por ser excesiva. Por contraste, no suelen estipularse penas por defectos de calidad. Esto puede obedecer a la dificultad de predecir con anticipación el tipo de defecto que puede ocurrir o la magnitud de la pérdida que probablemente se ocasione.

38. Los métodos para computar la suma adeudada pueden ser muy simples, por ejemplo, un porcentaje de la suma adeudada, o más complejos, y requerir arbitraje para determinar el monto, por ejemplo, un porcentaje del valor de las mercaderías que no se ajusten a las normas garantizadas, porcentaje que varía según el grado de desajuste. Sin embargo, el costo que resulta de aplicar aún los métodos más complejos sería probablemente inferior al que entrañaría una investigación de los daños en virtud de la legislación ordinaria.

39. La reducción de costos que normalmente se logra con el uso de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de cláusulas penales con frecuen-

¹¹ Actualmente se está procurando diversificar el archivo.

cia es contrarrestada por otras disposiciones; por ejemplo, la suma convenida algunas veces se consideraba sólo si se probaban los daños reales, o un acreedor tenía derecho a indemnización además de la suma convenida. Esas disposiciones reflejaban un prejuicio en la formulación a favor de la parte que redactaba la cláusula. La prueba de daños reales como condición previa para el cobro se insertaba cuando quien redactaba era el deudor. La disponibilidad de la indemnización como recurso adicional se incluía cuando quien redactaba era el acreedor.

40. Se hizo un examen especial de una selección de las condiciones generales redactadas bajo los auspicios de la Comisión Económica para Europa¹², ya que esas condiciones generales están destinadas a ser utilizadas ya sea que el derecho aplicable sea un sistema de *common law* o de derecho civil. Si bien algunas de estas condiciones generales preveían el pago de interés por demora en el pago, o una reducción del precio por demora en la terminación o demora en la entrega, la tasa de interés o la tasa de reducción del precio tenía que ser agregada por las partes. En consecuencia, las partes tenían libertad de estipular las tasas que eran sólo estimaciones anticipadas de indemnización por pérdida, o que, además, obligaban al cumplimiento.

B. Condiciones generales de entrega del Consejo de Asistencia Económica Mutua (CAEM) para 1968-1975

a) Esferas en que las penas se imponen y se rigen en medida considerable por las condiciones generales

41. Las penas se imponen y se rigen en gran medida en los siguientes casos de demora en el cumplimiento de una obligación por parte del vendedor: demora en la entrega de las mercaderías¹³, demora en la entrega de la documentación técnica necesaria para el funcionamiento de materiales de equipo¹⁴, demora en la reparación de defectos cuando el comprador exige reparación¹⁵ y demora en notificar al comprador de la realización de un envío¹⁶. También se prevé una pena por la demora en la apertura de una carta de crédito por parte del comprador¹⁷ y por el plazo transcurrido entre la negativa del comprador a aceptar la entrega de lotes de mercaderías defectuosas y la reanudación de la entrega de mercaderías en condiciones apropiadas¹⁸. En todos estos casos de demora, el monto de la pena es fijado

¹² Se examinaron las 10 condiciones generales siguientes: Contrato para la venta de cereales, No. 5A; Condiciones generales para el suministro en la exportación de materiales de equipo; No. 188; Condiciones Generales para el suministro y el montaje en el extranjero de materiales de equipo, No. 188D; Condiciones Generales para la exportación y la importación de maderas resinosas aserradas, No. 410; Condiciones generales para la exportación y la importación de maderas duras y de maderas resinosas aserradas de la zona templada, No. 420; Condiciones generales para el suministro a la exportación de materiales de equipo, No. 574; Condiciones generales para el suministro y el montaje de materiales de equipo en la importación y en la exportación, No. 574A; Condiciones generales para el montaje completo en el extranjero de materiales de equipo, No. 574D; Condiciones generales de venta en la importación y en la exportación de bienes de consumo duraderos y de otros productos de las industrias mecánicas fabricados en serie, No. 730, y Condiciones generales para la venta de frutas secas (descascaradas y sin descascarar) y de frutas desecadas.

¹³ Párrafo 83 1) de las Condiciones generales.

¹⁴ Párrafo 84 1).

¹⁵ Párrafo 75 4).

¹⁶ Párrafo 87. La misma pena es pagadera por falta de notificación.

¹⁷ Párrafo 67.

¹⁸ Párrafo 80 3).

en las Condiciones Generales en relación con la magnitud de la demora, y otro criterio, por ejemplo, en el caso de demora en la entrega de mercaderías, en relación con el valor de las mercaderías demoradas¹⁹. Cuando las tasas están fijadas por las Condiciones Generales o por un acuerdo bilateral no pueden ser reducidas por un tribunal de arbitraje²⁰. Las tasas fijadas por contrato pueden reducirse en razón de que la ausencia de la cooperación necesaria por parte del acreedor o la presencia de conducta ilegal del acreedor contribuyeron al incumplimiento por parte del deudor²¹. A medida que aumenta la demora aumenta la pena, pero no más allá de un máximo determinado²². Puede exigirse la pena además del debido cumplimiento. Si el contrato, un acuerdo bilateral o las Condiciones Generales no establecen una pena por no cumplimiento o por cumplimiento insatisfactorio, el deudor está obligado a indemnizar al acreedor por las pérdidas ocasionadas por esas causas²³.

b) Esferas en que está permitido a las partes imponer penas

42. Se permite a las partes imponer penas y fijar sus tasas por no cumplimiento, cumplimiento insatisfactorio de sus obligaciones por parte de un deudor²⁴. Las tasas fijadas en el contrato pueden reducirse por las razones antes señaladas²⁵. Puede exigirse la pena además del debido cumplimiento.

43. Cuando las Condiciones Generales imponen penas por falta de cumplimiento logran varios objetivos: obligación al cumplimiento y cobro de una indemnización definitivamente cuantificada, al fijar un monto apropiado; la eliminación de penas excesivas, al fijar un límite máximo, y la eliminación de los costos de determinar la indemnización. Cuando las penas son fijadas opcionalmente por las partes, se eliminan los costos de determinar la indemnización y se promueve la certidumbre del cobro mediante la restricción de las causas de reducción de las penas.

44. Al evaluar las disposiciones relativas a las penas de las Condiciones Generales como modelo para la unificación, cabe observar que las Condiciones Generales se aplican entre un grupo de Estados de economía centralmente planificada con estrecha cooperación económica. Esto facilita el acuerdo en cuestiones de política como la necesidad de estimular el cumplimiento del contrato, las tasas convenientes de las penas, la exclusión de la indemnización como recurso y las causas apropiadas para la reducción de las penas.

VII. POSIBILIDADES DE UNIFICACIÓN

45. Los factores que impiden el uso más amplio de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales pueden resumirse de la siguiente manera:

¹⁹ Párrafo 83 1).

²⁰ Párrafo 67B 3).

²¹ Párrafo 67B 4).

²² Párrafo 83 3).

²³ Párrafo 67C. Además, en el caso en que la entrega debe hacerse dentro de un plazo fijo y no ha habido entrega dentro del plazo fijo o no ha habido eliminación de defectos o suministro de mercaderías no defectuosas dentro del plazo fijo, el comprador puede optar entre cobrar una pena a una tasa fija o cobrar indemnización por la pérdida sufrida, a menos que se estipule otra cosa en un acuerdo bilateral o en el contrato (párr. 77 1) y párr. 86 2)).

²⁴ Párrafo 67B 1).

²⁵ Párrafo 67B 4).

a) Las cláusulas tendientes a obligar al cumplimiento son, en principio, válidas en la mayor parte de los sistemas de derecho civil, pero son inválidas en los de *common law*²⁶;

b) Una cantidad convenida válidamente puede alterarse en los sistemas de derecho civil, pero no en los de *common law*²⁷;

c) En los sistemas de derecho civil difieren las razones de orden público por las cuales pueden invalidarse las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales²⁸;

d) En los sistemas de derecho civil difiere la medida en que el cobro del monto convenido puede ser complementado por otros recursos²⁹;

e) En los sistemas de derecho civil difieren los criterios que determinan la posibilidad y el grado de reducción de un monto convenido³⁰;

f) La incertidumbre respecto de la definición de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales³¹.

46. La selección expresa de una legislación que rigiera el contrato disminuiría estas incertidumbres cuando la *lex fori* reconociera la aplicabilidad de la legislación seleccionada para determinar el efecto de dichas cláusulas, y no aplicara sus propias normas por razones de orden público. Sin embargo, puede no haber una selección expresa de una legislación o, aún en caso de haberla, la *lex fori* puede ser indeterminada.

A. Diferencias de política entre el common law y el derecho civil que han de conciliarse

47. Los inconvenientes más graves para la unificación son los que plantean las diferencias que separan el *common law* de la mayor parte de los sistemas de derecho civil. La norma del *common law* contraria a la imposición del cobro de un monto estipulado para obligar al cumplimiento parece basarse en la opinión de que el recurso apropiado para el incumplimiento de contrato es el pago de indemnización de la pérdida causada por el incumplimiento. La necesidad de estimular el cumplimiento se considera suficientemente satisfecha por el efecto coercitivo de una posible condena a pagar indemnización. Se considera probable que permitir que se obligue al cumplimiento mediante la utilización de penas lleve a las partes contratantes económicamente más poderosas a cometer abusos. La negativa a estimular la obligación al cumplimiento puede, además, reflejar la negativa del *common law* a ordenar el cumplimiento concreto salvo en circunstancias excepcionales. La validez de los acuerdos cuyo propósito auténtico es fijar la indemnización por incumplimiento —aunque después del incumplimiento se descubra que el monto convenido era superior o inferior al que normalmente podría cobrarse— se justifica por las ventajas de esos acuerdos y su propósito legítimo.

48. Las críticas al *common law* se concentran en la conveniencia, en muchos casos, de un mayor grado de coacción que el que ejerce una posible condena al pago de indemnización. También es objeto de críticas la incer-

tidumbre respecto de si los acuerdos que determinan la indemnización son válidos o nulos³², el gasto que entraña resolver esta cuestión y, cuando el acuerdo es nulo, el gasto consiguiente para determinar el monto de los daños.

49. Se apoya la posición del derecho civil haciendo referencia a la necesidad, en muchos casos, de garantizar el cumplimiento debido a la insuficiencia de la indemnización. Como las penas coercitivas se crean mediante acuerdo, se hace efectiva la voluntad de las partes. Se controlan los abusos mediante las facultades otorgadas a los tribunales para reducir las penas excesivas. Sin embargo, son objeto de críticas la incertidumbre y los gastos resultantes de la posibilidad de que el monto convenido sea reducido por los tribunales y de la falta de claridad de los criterios aplicados para determinar el grado de la reducción³³.

B. Diferencias de carácter político que han de conciliarse entre los sistemas de derecho civil

50. Las diferencias en cuanto a las razones de orden público que invalidan las cláusulas penales serían difíciles de armonizar, ya que las razones adoptadas por cada sistema jurídico se basan en valores de importancia especial para ese sistema. Sin embargo, la invalidación por dichas causas no parece ser frecuente, y por consiguiente la ausencia de armonía en esta esfera tal vez no entrañe un grado inaceptable de incertidumbre³⁴.

51. Las diferencias respecto de la medida en que el cobro de la suma convenida puede ser complementado por otras sanciones también reflejan diferencias de carácter político. Por ejemplo, los sistemas jurídicos que permiten el cobro de la suma convenida y la obligación al cumplimiento hacen hincapié en el elemento punitivo de la suma convenida, en tanto que otros que sólo otorgan uno u otro recurso hacen menos hincapié en este elemento³⁵. Los sistemas jurídicos que sólo permiten el cobro de la suma convenida aunque el valor de la

³² La *Indian Contract Act* de 1872 y la *Cyprus Law of Contract* de 1930, que se basa en el modelo de la *Indian Act*, si bien se basan en el *common law*, rechazan la distinción entre la indemnización fijada convencionalmente válida y las penas nulas. En la sección 74 de la *Indian Act* se estipula lo siguiente:

"1) Cuando se viole un contrato, si en el contrato se fija una suma como el monto que ha de pagarse en caso de dicha violación, o si el contrato contiene alguna otra estipulación por vía de pena, la parte que reclama de la violación tiene derecho, se haya o no probado el daño o pérdida real ocasionado de esa manera, a recibir de la parte que ha violado el contrato una indemnización razonable que no exceda del monto así fijado o, según el caso, de la pena estipulada."

³³ En la armonización que logró el Consejo de Europa mediante la resolución (78)3 aprobada por el Comité de Ministros se reconoce la validez de una pena coercitiva. En la resolución se recomienda la aprobación de la definición siguiente:

Artículo 1: "Una cláusula penal es, a los fines de esta resolución, cualquier cláusula de un contrato que prevea que si el promitente no cumple la obligación principal, estará obligado a pagar una suma de dinero por vía de *pena* o indemnización" (itálica agregada).

³⁴ En la resolución (78)3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa no se recomienda una armonización de las causas de orden público.

³⁵ A este respecto en la resolución (78)3 se recomienda la adopción de los principios siguientes:

Artículo 2: "El tenedor de una promesa no podrá obtener al mismo tiempo 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."

²⁶ Véase el capítulo IV *supra*.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Véase el capítulo V *supra*.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Véase el capítulo II *supra*.

pérdida exceda de dicho monto hacen hincapié en la economía de costos causada por la eliminación de una investigación relativa a la magnitud de la pérdida. Otros que permiten el cobro adicional hacen hincapié en la importancia de una indemnización completa³⁶.

52. Los diferentes criterios aplicados para determinar si una suma convenida debe reducirse reflejan principalmente dos políticas: evitar el enriquecimiento ilícito del acreedor y castigar a la parte que ha estado en falta. La restricción de las causas de reducción promueve la certidumbre de que puede cobrarse el monto convenido, pero a costa de evitar algunas veces una reducción apropiada³⁷.

C. Alcance de la aplicación de las normas unificadas

53. El alcance de la aplicación debe ser claro y abarcar las formulaciones de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales utilizadas comúnmente en el comercio internacional³⁸.

³⁶ A este respecto, en la resolución (78)3 se recomiendan los principios siguientes:

Artículo 5: "El tenedor de una promesa no podrá obtener indemnización en relación con el incumplimiento de la obligación principal en lugar de la suma estipulada, o además de ella."

Este artículo no es obligatorio, y las partes pueden excluir su aplicación mediante acuerdo. Sin embargo, en el artículo 6 se dispone: "Pese a cualquier estipulación en contrario, el tenedor de una promesa no podrá obtener una suma que exceda de la mayor de las dos sumas siguientes: la suma estipulada en la cláusula penal o la indemnización pagadera por incumplimiento de la obligación principal".

³⁷ A este respecto, en la resolución (78)3 se recomienda el principio siguiente:

Artículo 7: "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 por debajo de la indemnización pagadera por no cumplimiento de la obligación."

No obstante, en el memorando explicatorio del artículo 7 se indica que:

"26. Se deja librado a cada sistema jurídico determinar en qué circunstancias precisas la suma de que se trata deberá considerarse evidentemente excesiva. Se sugiere, empero, que en un caso determinado los tribunales tomen en cuenta varios factores, como:

- "i) La indemnización estimada de antemano por las partes en el momento de celebrar el contrato y los daños sufridos realmente por el tenedor de la promesa;
- "ii) Los legítimos intereses de las partes, incluidos los intereses no pecuniarios del tenedor de la promesa;
- "iii) La categoría del contrato y las circunstancias en que se concertó, en particular la posición social y económica relativa de las partes en el momento de la celebración, o el hecho de que se trate de un contrato tipo;
- "iv) La razón del incumplimiento de la obligación, en particular la buena o mala fe del promitente.

"27. Esta lista de criterios que han de tomarse en cuenta no debe considerarse exhaustiva ni indica ningún orden de prioridad. Al aplicar los criterios debe tenerse en cuenta, además, la ley general de los contratos del Estado miembro interesado, que puede excluir o limitar la posibilidad de utilizar un criterio determinado."

Este criterio puede dar lugar a un grado inaceptable de incertidumbre en las transacciones comerciales.

³⁸ En la resolución (78)3 se recomienda el siguiente ámbito de aplicación:

Artículo 1: "A los fines de esta resolución, una cláusula penal es toda cláusula de un contrato que prevea que si el promitente no cumple la obligación principal será obligado a pagar una suma de dinero por vía de pena o indemnización."

Sin embargo, en el párrafo 2 de la resolución se recomienda además a los Gobiernos "que consideren hasta qué punto los principios enunciados en el apéndice podrán aplicarse, con sujeción a las modificaciones necesarias, a otras cláusulas que tengan el mismo objeto o efecto como cláusulas penales".

VIII. CONCLUSIONES

54. Las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales sirven propósitos útiles y se utilizan ampliamente. Los méritos de la unificación estriban en la conveniencia de lograr la mayor eficacia de esas cláusulas. Como las cláusulas que sólo procuran estimar anticipadamente la indemnización, si bien se tratan de manera algo diferente, son válidas en todos los sistemas jurídicos, el objeto de la unificación sería el reconocimiento más amplio de las cláusulas que procuren obligar al cumplimiento. Es difícil determinar si, en general, los niveles actuales de cumplimiento de los contratos en el comercio internacional son deficientes y necesitan ser mejorados. Puede aceptarse, empero, que, cualquiera que sea el derecho aplicable, las partes contratantes podrían por razones especiales valorar la posibilidad de utilizar, sin incertidumbre, una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o una cláusula penal para aumentar la expectativa de cumplimiento.

55. Los sistemas jurídicos en cuya virtud las cláusulas que procuran obligar al cumplimiento son inaceptables por razones de orden público quizás estén dispuestos a aceptar normas uniformes que validen esas cláusulas con sujeción a ciertas limitaciones. Las limitaciones posibles consistirían en restringir la aplicación de las normas a los contratos internacionales, excluir su aplicación a los contratos de consumidores, continuar aplicando las normas existentes que protegen a una parte contratante más débil del dolo y la coacción y, en particular, hacer que las normas unificadas fueran aplicables sólo por expresa elección de las partes. Si bien el estudio precedente ha revelado diferencias de carácter político en relación con cuestiones distintas de la obligación al cumplimiento, esas diferencias parecen ser más fáciles de zanjar mediante avenencia.

56. Los beneficios de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales antes señalados son aplicables a los contratos comerciales internacionales en general, y no solamente a la compra-venta internacional. La formulación de normas unificadas aplicables a una amplia gama de contratos no parece crear dificultades especiales³⁹.

57. Se han registrado dos iniciativas regionales para unificar las normas sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, una del Consejo Consultivo Interparlamentario del Benelux⁴⁰, y la otra del Consejo de Europa⁴¹. Ambos procuran armonizar la legislación nacional relativa a tales cláusulas con las normas unificadas aprobadas por ellos. Es posible que los Estados que adopten esas normas unificadas encuentren aceptable desviarse de ellas en forma limitada en favor de las normas unificadas aplicables a los contratos de comercio internacional.

58. En cuanto a los medios de lograr la unificación, es evidente que es necesaria la intervención legislativa, por cuanto las normas jurídicas que difieren tienen

³⁹ Las reglas unificadas del Benelux y del Consejo de Europa son aplicables a todo tipo de contratos.

⁴⁰ En virtud del Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal, hecho en La Haya el 26 de noviembre de 1973. Las partes en el Convenio son Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. El Convenio aún no ha entrado en vigor.

⁴¹ En virtud de la resolución (78)3, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de enero de 1978.

carácter obligatorio. No bastaría la redacción de una cláusula tipo para su aprobación por las partes contratantes. También es evidente que el costo de una conferencia diplomática convocada exclusivamente para aprobar una convención donde figuraran normas uniformes sobre este asunto no guardaría relación con las po-

sibles ventajas que habrían de derivar de la aprobación de dichas normas. Un enfoque posible es la redacción de una ley modelo donde figuraran normas uniformes que habrían de adoptar los Estados. La redacción de esa ley modelo podría encargarse a un grupo de trabajo sobre prácticas internacionales en materia de contratos.

D. Informe del Secretario General: cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda (A/CN.9/164)*

INDICE

	<i>Párrafos</i>
Introducción	1-5
I. Mantenimiento del valor	6-14
II. Soluciones ensayadas	15-71
A. Cláusulas de carácter puramente monetario	16-58
a) Tasa de interés compensatoria	17-18
b) Estipulación del tipo de cambio	19-24
c) Expresión de la deuda en la moneda del acreedor o del deudor	25-27
d) Expresión de la deuda en una tercera moneda determinada	28-30
e) Cláusulas opcionales relativas a las monedas	31-35
f) Combinación de arbitrios monetarios	36-38
g) Cláusulas de referencia al patrón oro	39-51
h) El método de la unidad de cuenta	52-58
B. Cláusulas de mantenimiento del valor adquisitivo	59-71
a) Cláusulas de índices	62-66
b) Cláusulas de ajuste de cantidad	67-69
c) Cláusulas de iniquidad	70-71
III. Cuestiones jurídicas y de política	72-86
A. Francia	73-75
B. Estados Unidos de América	76-80
C. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	81-86
IV. Conclusiones	87
V. Recomendaciones	88

INTRODUCCIÓN

1. En su 11° período de sesiones, la Comisión aprobó un nuevo programa de trabajo. Uno de los temas de dicho programa recomienda la elaboración de un "estudio de las prácticas contractuales internacionales, en especial con respecto a ... las cláusulas de protección de las partes contra [los efectos de] las fluctuaciones del valor de la moneda"¹. En dicho período de sesiones, la Comisión pidió al Secretario General que preparase un estudio sobre el tema indicado para que se lo presentara en su 12° período de sesiones². Este informe ha sido preparado en respuesta a la petición de la Comisión.

2. Se puede decir que el problema relativo al valor de la moneda de que aquí se trata surge del efecto combinado de un principio jurídico y un hecho empírico. El

principio jurídico es el que suele denominarse "nominalismo"; es decir, la doctrina según la cual la cuantía de una obligación monetaria se medirá a ojos de la ley en términos numéricos (es decir, un número de unidades monetarias) más bien que en términos del valor real o efectivo. Como explica una de las principales obras sobre la materia, "según el principio nominalista una obligación monetaria implica el pago de un número de objetos, constitutivos de la moneda de curso legal en el momento del pago, tal que su suma, de conformidad con el valor nominal en ellos indicado, produzca una cifra igual a la cuantía de la deuda. En otras palabras, la obligación de pagar 10 libras esterlinas queda satisfecha cuando el acreedor recibe lo que en el momento del cumplimiento sean 10 libras, independientemente de su valor intrínseco y funcional"³. O, como dijo en términos algo más tersos un juez inglés: "Un hombre que estipula

* 20 de marzo de 1979.

¹ CNUDMI, informe sobre el 11° período de sesiones (A/33/17), párr. 67 c) i) b (Anuario... 1978, primera parte, II, A).

² *Ibid.*, párr. 69.

³ F. A. Mann: *The Legal Aspect of Money with special reference to Comparative Private and Public International Law* (tercera edición, 1971, Oxford, Clarendon Press), pág. 76 (nota omitida) (citada en lo sucesivo como Mann).