

FILE COPY



NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA  
GENERAL



Distr. GENERAL

A/CN.9/362/Add.11  
30 de marzo de 1992

ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA  
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL  
25° período de sesiones  
Nueva York, 4 a 22 de mayo de 1992

COMERCIO COMPENSATORIO INTERNACIONAL

Proyecto de Guía Jurídica sobre operaciones de  
comercio compensatorio internacional

Informe del Secretario General

Adición

XI. INDEMNIZACION PACTADA Y PENALIDADES

INDICE

	<u>Párrafos</u>
A. Observaciones generales .....	1-11
B. Relación entre el cobro de una suma convenida y el cobro de una indemnización por daños y perjuicios .....	12
C. Efectos del pago .....	13-16
D. Cuantía de la suma convenida .....	17-23
E. Cobro de la suma convenida .....	24-27
F. La rescisión del compromiso de compensación y las cláusulas para el pago de una suma convenida .....	28-29

[Nota editorial: El presente proyecto de capítulo es una revisión del proyecto de capítulo XI, "Indemnización pactada y penalidades", publicado como documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3. La nota entre corchetes al comienzo de cada párrafo indica el número con el cual el párrafo aparecía en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 o que se trata de un párrafo nuevo. Las revisiones de párrafos que figuraban en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3 aparecen subrayadas.]

#### A. Observaciones generales

1. [1] En las cláusulas de indemnización pactada y en las cláusulas penales se prevé que el incumplimiento por alguna de las partes de una determinada obligación, o la falta de cumplimiento a tiempo, da derecho a la parte agraviada a recibir de la parte que haya incurrido en incumplimiento una suma de dinero convenida en el momento en que las partes establecieron su relación contractual. La suma convenida puede servir de acicate para el cumplimiento de la obligación o para indemnizar de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, o para ambos fines a la vez 1/. A veces, las partes acuerdan que la obligación de pagar la indemnización pactada o una penalidad debe estar respaldada por una garantía (véase el párrafo 27 infra).

2. [2] El presente capítulo se centra en las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales incluidas en los acuerdos de comercio compensatorio para el caso de incumplimiento del compromiso de compensación. El capítulo no se ocupa directamente de la utilización de indemnizaciones pactadas y penalidades para apuntalar el cumplimiento de los contratos de suministro que forman parte de una operación de comercio compensatorio. Las indemnizaciones pactadas y de las penalidades se emplean con frecuencia en los contratos de compraventa y otros tipos de contrato de suministro, y la presencia de las cláusulas correspondientes en los contratos de suministro que forman parte de una operación de comercio compensatorio no plantea cuestiones peculiares a este tipo de comercio. No obstante, el análisis que en este capítulo se hace de las características generales de las cláusulas de indemnización pactada y de las penales es pertinente a la utilización de esas cláusulas en los contratos de suministro.

3. [párrafo nuevo] A menudo la intención de las partes es que la cláusula cubra el incumplimiento de un compromiso de compensación, es decir, que el beneficiario de la cláusula, al reclamar la suma convenida en caso de incumplimiento del compromiso de compensación, renunciaría al cumplimiento del compromiso. A veces las partes desean que la cláusula cubra la demora, es decir, que el compromiso de compensación sigue vigente a pesar del pago de la suma convenida (véanse los párrafos 3 a 16, infra).

4. [3] La obligación de pagar la suma convenida nace cuando la parte comprometida no adopta las medidas especificadas en el acuerdo de comercio compensatorio necesarias para cumplir el compromiso de compensación. Como se precisa en el capítulo IV, párrafos 35 y 36, esas medidas pueden consistir en la celebración de un contrato de suministro o en una medida determinada que se ha de adoptar para cumplir el contrato de suministro (por ejemplo, apertura de la carta de crédito o entrega de las mercancías). Si el compromiso de compensación debe cumplirse con la ejecución del contrato de suministro, la omisión del cumplimiento de que se trate puede dar lugar a responsabilidad

conforme tanto a la cláusula de indemnización pactada o la cláusula penal del acuerdo de comercio compensatorio como conforme al contrato de suministro, duplicación de los remedios que las partes tal vez deseen evitar (véase el capítulo IV, párrafo 36).

5. [4] El compromiso del adquirente de comprar mercaderías puede estar cubierto por una indemnización pactada a una penalidad en el acuerdo de comercio compensatorio, o puede también estarlo en el compromiso del proveedor de poner las mercaderías a disposición del primero. La cláusula puede cubrir todo el compromiso de compensación o sólo parte de él. En muchas operaciones de comercio compensatorio es únicamente la parte que ha exportado y está comprometida a contraimportar aquella cuyo compromiso está cubierto por una cláusula de este tipo. Ocurre así porque esa parte puede estar primordialmente interesada en exportar sus propias mercaderías y puede no estarlo en el mismo grado en adquirir mercaderías a cambio. Sin embargo, cuando la parte comprometida a comprar tiene un interés particular en obtener las mercaderías, cabe convenir que la parte comprometida a suministrarlas habrá de pagar una suma convenida en caso en que esa parte no celebre un contrato de suministro. Cuando tanto la parte comprometida a comprar como la parte comprometida a suministrar están muy interesadas en la futura celebración de un contrato de suministro, puede convenirse que los compromisos de ambas partes estén sujetos a indemnización pactada o a penalidad.

6. [5] Cuando se acuerda, en el momento de la celebración del acuerdo de comercio compensatorio que una de las partes tendrá derecho a una indemnización en dinero si la otra incumple el compromiso de compensación, puede ser ventajoso el haber convenido una indemnización pactada o una penalidad. En primer lugar, esa suma viene a ser una indemnización previamente acordada por el incumplimiento, con lo que se permite a las partes evitar los inconvenientes y gastos que supondría el tener que probar la cuantía de los perjuicios resultantes del incumplimiento. Estos gastos pueden ser considerables, especialmente si la parte agraviada ha de probar sus pérdidas en un proceso judicial o arbitral. Además, el monto de la indemnización que puede asignarse en esos procedimientos puede ser incierto (véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafo 12). La suma convenida es cierta, y esta certeza puede ser beneficiosa para ambas partes al evaluar los riesgos a los que se exponen con el acuerdo de comercio compensatorio. En segundo lugar, la suma convenida puede servir como límite de la responsabilidad por un incumplimiento del compromiso. La parte cuyo compromiso está cubierto por la cláusula se ve asistida al saber por adelantado la responsabilidad máxima en que puede incurrir en caso de que él mismo incumpla el compromiso compensatorio (véase, no obstante, el análisis en el párrafo 12, infra, acerca de la posibilidad de reclamar una indemnización por encima de la suma convenida). No obstante, una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal puede constituir una opción menos atractiva cuando el fin de la operación de comercio compensatorio es evitar la transferencia de divisas.

7. [6] Muchos ordenamientos contienen normas que regulan las indemnizaciones pactadas y las penalidades, y esas normas limitan con frecuencia los objetivos que las partes pueden lograr con las cláusulas por las que se estipulan. En algunos ordenamientos, son nulas las cláusulas por las que la suma convenida tienen por objeto estimular el cumplimiento de una

obligación, por lo que la parte que haya incumplido esa obligación responde únicamente de los daños y perjuicios resarcibles conforme al régimen común. Estos ordenamientos reconocen únicamente las cláusulas por las que las partes convienen, al celebrar el contrato, en el pago de una determinada suma como indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento. En otros ordenamientos, empero, son en principio válidas las cláusulas en las que se ha previsto una suma convenida ya sea como indemnización, ya como estímulo del cumplimiento, o para ambos fines a la vez. Es posible que en estos ordenamientos los tribunales estén facultados en determinadas circunstancias para reducir la suma convenida, por ejemplo, si esa suma resultase manifiestamente excesiva a la luz de las circunstancias o si se hubiese cumplido parcialmente la obligación. Los tribunales pueden también estar facultados para asignar una indemnización adicional cuando los daños y perjuicios reales excedan de la suma convenida. Posiblemente en estos ordenamientos, no se permita a las partes restringir la facultad del tribunal de reducir la suma convenida o asignar una indemnización adicional.

8. [7] Una de las partes comprometidas puede incumplir su compromiso de compensación por un impedimento permanente o temporal del cual no es responsable (para un examen de esos impedimentos, véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 13 a 36). En muchos ordenamientos existe la norma de que la suma convenida no será pagadera si el incumplimiento ha sido ocasionado por un impedimento permanente del que no es responsable la parte obligada. Ese enfoque es coherente con la regla de la exención de responsabilidad por falta de cumplimiento que figura en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), en el artículo 79 (véanse también las Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida pagadera en razón de la falta de cumplimiento, artículo 5 (véase la nota 1)). Si un impedimento obsta al cumplimiento de una obligación de modo sólo temporal, de conformidad con una regla que aparece en muchos ordenamientos, se amplía el plazo para el cumplimiento de la obligación. En el caso de los impedimentos temporales, el pago de la indemnización pactada o de la penalidad sólo será exigible por la parte del compromiso compensatorio que quede incumplido tras la extinción del período de cumplimiento ampliado. El acuerdo de comercio compensatorio puede mantener la aplicabilidad de esas normas y contener disposiciones en las que se definan los impedimentos exonerantes y se dé una regla para determinar cuándo se entiende que un impedimento es permanente (véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de completar la obligación de comercio compensatorio", párrafos 17 a 34).

9. [8] Conviene distinguir las cláusulas de indemnización pactada y penales de otros dos tipos de cláusula, es decir, las cláusulas por las que delimita la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios y aquellas en las que se prevé una obligación alternativa. En las cláusulas por las que se limita la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios, se fija la cantidad máxima a que podrá ascender la indemnización una vez probada la responsabilidad. El demandante habrá de probar además la cuantía de sus perjuicios, que es lo único que se le pagará si resulta ser inferior al máximo previsto. Por la cláusula por la que se prevé una obligación alternativa, se ofrece a la parte obligada la oportunidad de optar entre el cumplimiento de una determinada obligación y el pago de una suma convenida. Ejercitando esta opción en cualquiera de los dos sentidos, la parte obligada queda liberada de su

obligación. Con arreglo a las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales, la parte obligada no goza de la opción de elegir entre cumplir la obligación o pagar la suma convenida. Si hubiere dudas acerca de si se desea que la parte comprometida goce de esta opción, sería aconsejable que la cuestión quedase resuelta en la misma cláusula.

10. [9] Las cláusulas examinadas en este capítulo deben distinguirse también de las disposiciones en los acuerdos de comercio compensatorio por las que se establece la obligación de liquidar, mediante pagos en efectivo, los saldos que se producen en la corriente de comercio mediante contratos de trueque o las relativas a la compensación de pretensiones que mutuamente se contrarresten. Esos pagos para liquidar saldos hacen las veces del pago de mercaderías entregadas en una dirección que no fueron compensadas por entregas en la otra. Además, la cuantía de sus pagos no se fija por adelantado como ocurre con las indemnizaciones pactadas o las penalidades. (Para un examen de las cláusulas relativas a la liquidación de saldos en el trueque, véase el capítulo III, "Enfoque de la contratación", párrafo 7, y en los mecanismos de compensación, véase capítulo IX, "Pago", párrafos 54 a 57).

11. [10] Como se vio en el capítulo VIII "Participación de terceros", la parte en el comercio compensatorio comprometida a adquirir o suministrar mercaderías puede tener derecho a contratar a un tercero para cumplir el compromiso. En algunos de estos casos, se conviene en que la parte originalmente comprometida seguirá respondiendo del cumplimiento del compromiso de compensación. En este caso, se puede disponer en el contrato por el que se vincula al tercero que, de producirse una violación del compromiso del tercero de comprar o suministrar mercaderías, éste pagará una indemnización pactada o una penalidad a la parte originalmente comprometida. La finalidad del pago de la suma convenida sería indemnizar a la parte originalmente comprometida de su responsabilidad por una violación del compromiso de compensación por razones imputables al tercero. La indemnización por el tercero de la parte originalmente comprometida podría también adoptar la fórmula de una cláusula de incolumidad del tipo de las examinadas en el capítulo VIII, párrafo 37. Todo compromiso de celebrar en el futuro contratos de suministro que el tercero asuma directamente ante la parte en el comercio compensatorio con la que se han de celebrar contratos puede quedar también cubierto por una indemnización pactada o una penalidad. (Sobre el asunto conexo de la contratación de terceros, véase el capítulo VIII, párrafos 6, 17 y 18 (terceros compradores) y los párrafos 49 a 51 (terceros proveedores)).

B. Relación entre el cobro de una suma convenida y el cobro de una indemnización por daños y perjuicios

12. [11] Los ordenamientos jurídicos regulan a menudo la relación entre el cobro de la suma convenida y el de la indemnización por daños y perjuicios. Dado que uno de los objetivos de las cláusulas de indemnización pactada o de las penales es evitar los inconvenientes de investigar la amplitud de la indemnización que se puede reclamar (véase el párrafo 6, supra), en algunos ordenamientos no se permite a la parte a la que se debe la suma convenida, en los casos en que los daños y perjuicios reclamables conforme a las reglas sobre indemnización exceden de la suma convenida, renunciar a ésta y reclamar la indemnización por daños y perjuicios. Tampoco se permite a la parte que debe la suma convenida, cuando la cuantía de los daños y perjuicios sea

inferior a dicha suma, alegar que debe responder únicamente de los daños y perjuicios. Sin embargo, en otros ordenamientos, la parte a la que se debe la suma convenida podrá probar que las pérdidas exceden de esa suma. En esos ordenamientos, la parte agraviada puede, además de la suma convenida, reclamar una indemnización por daños y perjuicios en la medida en que la pérdida exceda de la suma convenida, ya sea incondicionalmente o bien con tal de que se cumplan ciertas condiciones (por ejemplo, que el incumplimiento sea negligente o se incurra en él con intención de causar un perjuicio, o que haya un acuerdo expreso que autorice a reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios por el excedente). Dadas esas disparidades entre los ordenamientos jurídicos y las diferentes perspectivas desde las que se puede interpretar una cláusula de indemnización pactada, es aconsejable que las partes, en la medida en que lo permita la ley aplicable, resuelvan en la misma cláusula la cuestión de si la parte agraviada tendrá derecho a indemnización por encima de la suma convenida (Normas Uniformes, artículo 7 (véase nota 1)). (Para un ulterior examen de la indemnización en dinero por incumplimiento del compromiso de compensación, véase el capítulo XIII, "Incumplimiento de la obligación de completar la operación de comercio compensatorio", párrafos 11 y 12).

#### C. Efecto del pago

13. [12] Una importante cuestión que las partes deben considerar es si, al reclamar la suma convenida, el beneficiario de la cláusula renuncia al cumplimiento de la obligación subyacente. A menudo, la intención de las partes en operaciones de comercio compensatorio es que el beneficiario que, en caso de violación del compromiso de compensación, prefiera reclamar la suma convenida se verá impedido de reclamar también el cumplimiento del compromiso de compensación. No obstante, dado que a veces las partes desean que la suma convenida sea pagadera por el retraso en el cumplimiento del compromiso de compensación, en cuyo caso el compromiso sigue en vigor a pesar del pago de la suma convenida, es conveniente que las cláusulas de indemnización pactada o penales contengan una disposición clara sobre el efecto del pago de la suma convenida. A falta de tal disposición, el efecto del pago estaría determinado por la ley aplicable sobre la base de las circunstancias que indican la intención de las partes (por ejemplo, la cuantía de la suma convenida) (Normas Uniformes, artículo 6 (véase nota 1)).

14. [párrafo nuevo] Cabe observar que la naturaleza de la obligación de que se trate puede determinar si es posible exigir el cumplimiento. En particular, el cumplimiento de una obligación de prestar servicios puede no ser exigible conforme a las leyes de algunos Estados, quedando entonces como remedio la indemnización por daños y perjuicios en dinero.

15. [13] Las partes tal vez deseen prever el pago de una suma convenida por retraso cuando sea particularmente importante para el compromiso de compensación que éste se cumpla para una fecha concreta o que partes del compromiso se cumplan con ajuste a un calendario convenido. El proveedor puede estar interesado en una de esas cláusulas, por ejemplo, cuando el cumplimiento oportuno del compromiso de compensación en una dirección es imprescindible para que pueda satisfacer sus obligaciones de pago conforme al contrato de suministro en la otra dirección. El comprador puede estar interesado en este tipo de cláusula cuando, por ejemplo, se ha celebrado un compromiso de revender las mercaderías para una fecha determinada. La cuantía de la suma convenida pagadera por retraso se examina más a fondo en la sección D, infra.

16. [14] La cuestión del efecto del pago de una suma convenida se plantearía también cuando el pago se debe por incumplimiento de la parte de un compromiso compensatorio asignada a un subperíodo del período de cumplimiento. En esos casos, es conveniente aclarar si se debe algún pago con arreglo a la cláusula de indemnización pactada o penal por cualquier parte incumplida del compromiso compensatorio que no se arrastre al subperíodo siguiente o quede sin cumplir al expirar el período general de cumplimiento, o si se debe algún pago por toda parte incumplida del compromiso compensatorio que se arrastre de un subperíodo al siguiente.

#### D. Cuantía de la suma convenida

17. [15] La cuantía de la indemnización pactada o la penalidad, independientemente de que se estipule por el incumplimiento o por el cumplimiento con retraso del compromiso de compensación, puede expresarse como un importe en términos absolutos o como porcentaje del valor del compromiso pendiente. El calcular la cuantía sobre la base de un porcentaje del compromiso pendiente presenta la ventaja de reducir automáticamente la cuantía a medida que se va cumpliendo el compromiso de compensación. Si hay garantía independiente para asegurar el pago de la suma convenida (véase el párrafo 27, infra), dado su carácter independiente, toda reducción de la cuantía que se quedase debiendo no resultaría en una reducción automática del monto de la garantía. Por consiguiente, para ajustar la garantía a la obligación subyacente, es aconsejable disponer en los mismos términos de la garantía que toda reducción del compromiso de compensación debe resultar, tras la presentación de los documentos convenidos, en una disminución correspondiente del importe de la garantía (véase el capítulo XII, "Garantías de cumplimiento", párrafos 25 y 26). En el caso de una garantía accesoria, una reducción de la obligación subyacente acarrearía una reducción automática de la cuantía de la garantía (véase el capítulo XII, párrafo 3).

18. [19] Cuando la cláusula para el pago de una indemnización pactada o una penalidad cubre también la hipótesis del retraso, se fija a menudo una suma convenida pagadera mediante incrementos, estableciendo una cuantía determinada que se debe pagar por cada unidad de tiempo determinada de retraso. En esos casos, es aconsejable que se fije un límite a la suma acumulativa de los incrementos. Puede que las partes deseen contemplar la posibilidad de que el incumplimiento del compromiso continúe después de alcanzado el límite. Una solución sería disponer que el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad no tiene derecho a cobrar o bien ulteriores incrementos de la indemnización o la penalidad o bien la indemnización por los daños y perjuicios derivados de los perjuicios sufridos como resultado del incumplimiento del compromiso de compensación después de la fecha en que se alcanzó el límite. Otra solución sería, después de alcanzado el límite, que el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad tuviera aún derecho a reclamar el cumplimiento del compromiso. En este caso las partes pueden convenir que, si la parte comprometida incumple el compromiso de compensación dentro de un período previamente acordado después de que se haya llegado al límite acumulativo, el beneficiario tendrá derecho a reclamar una suma convenida adicional por el incumplimiento del compromiso. Conforme a cualquiera de ambas soluciones sería aconsejable estipular que el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad tiene derecho a rescindir el compromiso de compensación una vez se haya llegado a la cuantía acumulativa de los pagos por retraso.

19. [16] La determinación del nivel adecuado de la suma convenida puede presentar algunas dificultades. En una operación de comercio compensatorio a largo plazo podría ser sumamente difícil calcular en el momento de la celebración del acuerdo la cuantía de los perjuicios ocasionados en el momento en que se haya de producir una falta de cumplimiento del compromiso de compensación y, por consiguiente, sería difícil calcular el nivel a que debe fijarse la suma convenida para que sea verdaderamente indemnizatoria o para que sirva de estímulo al cumplimiento. Desde el punto de vista del beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad, no deberá fijarse la suma convenida a un nivel tan bajo que el beneficiario haya de sufrir graves pérdidas no resarcibles en el supuesto de producirse el incumplimiento por la otra parte del compromiso de compensación. Además, una suma que sea inferior a la cantidad que la parte obligada se ahorraría con su incumplimiento del compromiso compensatorio no serviría de estímulo para hacer cumplir con la oportunidad y la diligencia debidas. En realidad, podría servir de estímulo para no hacerlo. [la siguiente oración es una versión revisada de la primera oración del párrafo 18 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3] El beneficiario de la cláusula tal vez halle conveniente que la suma convenida se fije a un nivel que proporcione una indemnización razonable y que, a la vez, si la ley aplicable lo permite, ejerza una presión moderada para que se cumpla el compromiso.

20. [18] Deben evitarse las sumas excesivas, ya que pueden disuadir a algunos posibles contrayentes comerciales de celebrar un acuerdo de comercio compensatorio. Las sumas excesivas pueden también hacer más difícil hallar a un tercero dispuesto a participar en el cumplimiento de un compromiso compensatorio sometido a una cláusula de incolumidad (véase el párrafo 11, supra, así como el capítulo VIII, "Participación de terceros", párrafo 37). Una suma excesiva puede además no ejercer un efecto disuasivo especial si cabe prever que, con toda probabilidad, será declarada nula o será reducida en un procedimiento judicial (véase el párrafo 7, supra). Además, la parte comprometida a adquirir mercaderías y de la que se solicita acepte una suma convenida fijada a un nivel particularmente elevado puede, como contrapartida, procurar obtener un precio inferior por las mercaderías que ha de comprar, o esa misma parte puede tratar de obtener un precio de venta superior para sus propias mercaderías.

21. [18] Cuando la ley aplicable permite que una suma convenida sirva únicamente como indemnización, las partes deben tratar de estimar lo más precisamente posible las pérdidas que el comprador podría sufrir. [la siguiente oración es una versión revisada del párrafo 17 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.51/Add.3] Toda la documentación relativa a la base de la estimación y los cálculos debe conservarse como prueba de que la suma no fue fijada de modo arbitrario. Al fijar la cuantía de la suma convenida, las partes deben tener presente que, conforme a esas leyes, la cuantía de la suma convenida podría ser considerada por un tribunal como factor importante para determinar si la obligación de pagar la suma tenía por finalidad indemnizar de los daños y perjuicios o estimular el cumplimiento (véase el párrafo 7, supra). Deben conservarse todos los justificantes relativos a la base de la estimación, así como los cálculos, como prueba de que la suma no se fijó arbitrariamente. Además, las partes tal vez deseen incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una declaración de que la cuantía establecida en la cláusula representa una estimación de buena fe de los daños y perjuicios que se experimentarían como consecuencia de la violación del compromiso de compensación.

22. [18] En la determinación de lo que constituye una cuantía razonable, para que una suma convenida cubra el incumplimiento del compromiso de compensación, tales como el precio que el proveedor obtendría en una venta sustitutoria, el precio que el comprador tendría que pagar en una compra sustitutoria, las pérdidas que pueden derivar del incumplimiento del compromiso compensatorio, las dimensiones del riesgo de que el compromiso de compensación quede incumplido y el que la suma sea lo bastante importante para inducir al cumplimiento.

23. [párrafo nuevo] Al determinar qué cuantía es razonable para que una suma convenida cubra el retraso en el cumplimiento del compromiso de compensación, las partes pueden tener presentes circunstancias que influyeron en la decisión de incluir en el acuerdo de comercio compensatorio una cláusula de indemnización pactada o una cláusula penal (véase el párrafo 15, supra). Por ejemplo, si el importador cuenta con poder realizar oportunamente contraexportaciones para devolver un préstamo bancario, la base para fijar la cuantía de la suma convenida pueden ser los costos financieros en que debería haber incurrido como consecuencia de compras tardías en el marco del acuerdo de comercio compensatorio. Para que el contraimportador llegue a ser el beneficiario de la indemnización pactada o de la penalidad, un factor pertinente pueden ser las repercusiones con que se enfrentaría dicho contraimportador en razón de no poder revender las mercaderías objeto del comercio compensatorio para una fecha determinada.

#### E. Cobro de la suma convenida

24. [20] Las partes pueden optar por acordar que la parte agravada pierda el derecho a reclamar la suma convenida si la reclamación no se entabla en un plazo determinado tras la expiración del período de cumplimiento (por ejemplo, treinta días). La finalidad de esa disposición es resolver las cuestiones de responsabilidad por la falta de cumplir el compromiso compensatorio dentro de un plazo razonable tras la expiración del período de cumplimiento. El plazo para entablar una demanda debe ser suficiente para que las partes puedan determinar si se ha verificado o no el cumplimiento del compromiso compensatorio. Esto será de particular importancia cuando las medidas para el cumplimiento del compromiso compensatorio puedan adoptarse poco antes de finalizar el período de cumplimiento o cuando los contratos de suministro deban celebrarse con personas que no sean la parte con la que se está vinculada por el compromiso.

25. [21] En el caso de un período de cumplimiento dividido en subperíodos, es conveniente que en el acuerdo de comercio compensatorio se indique si la suma convenida es pagadera después de cada subperíodo en el que ha habido incumplimiento o sólo después de íntegramente transcurrido el plazo de cumplimiento. Si el pago debe producirse después de cada subperíodo, puede preverse un plazo después de la expiración de cada subperíodo durante el cual pueda reclamarse el pago de la suma convenida (véase el párrafo precedente).

26. [22] Los trámites procesales que pueden ser necesarios para la obtención de la suma convenida cuestan tiempo y dinero. La necesidad de entablar procedimientos judiciales puede reducirse si el acuerdo de comercio compensatorio autoriza al beneficiario a deducir la suma convenida de los fondos de la otra parte que se hallan en sus manos o compensar la reclamación

de la suma con los fondos debidos por el beneficiario a esa parte. Por ejemplo, cuando se conviene en que el producto del contrato de exportación debe retenerse para pagar el contrato de exportación compensatoria, puede acordarse que el contraexportador tiene derecho a retener una cantidad equivalente a la suma convenida si el contraimportador incumple su compromiso de celebrar un contrato para la compra de mercaderías contraexportadas (véase el capítulo IX, "Pago", párrafos 12 y 62). Cuando el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad no retenga el producto de un envío en esos términos, el objetivo de garantizar el pago de la suma convenida puede lograrse autorizando a deducir de fondos o créditos no relacionados con la operación de comercio compensatorio de que se trate. Cabe observar, no obstante, que en algunos ordenamientos las disposiciones que autorizan deducciones y compensación de créditos están reguladas por normas imperativas. Una de esas normas, que se halla en las leyes de varios Estados, permite la compensación sólo si las reclamaciones que se han de compensar derivan de la relación comercial entre las partes. Además, una deducción o una compensación puede ser anulada posteriormente si la suma convenida deducida o compensada fue posteriormente declarada excesiva y reducida por un tribunal.

27. [23] El beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad tal vez desee incluir una disposición en el acuerdo de comercio compensatorio por la que se requiera de la otra parte que negocie con una institución financiera una garantía respecto de la suma convenida. El beneficiario podría entonces reclamar la suma de la institución financiera con arreglo a los términos de la garantía. Esas garantías suelen ser de carácter independiente, aunque no se excluye la utilización de garantías accesorias. Para un análisis de las garantías independientes, su distinción con respecto a las accesorias y las posibles condiciones de pago de las garantías, véase el capítulo XII, "Garantías de cumplimiento", en particular los párrafos 3, 4 y 18.

F. La rescisión del compromiso de compensación y las cláusulas para el pago de una suma convenida

28. [24] Puede que, cuando se estipula el pago de una suma convenida por concepto de retraso a modo de recargos sucesivos hasta que se alcance el límite previsto de la suma acumulativa exigible (véase el párrafo 18, supra), las partes deseen establecer que el compromiso de compensación no podrá rescindirse hasta que se haya alcanzado el límite sobre la base del incumplimiento para el que se ha previsto la suma convenida.

29. [25] Las partes tal vez deseen estipular también que la rescisión una vez alcanzado el límite no afecta a ninguna obligación de pagar indemnizaciones pactadas o penalidades vencidas antes de la rescisión. Esto evitaría la ambigüedad que puede resultar de la aplicación de la regla que figura en algunos ordenamientos según la cual la rescisión de un contrato afecta a las obligaciones vencidas antes de la rescisión. Sin embargo, si el acuerdo de compensación se rescinde antes de alcanzado el límite (por ejemplo, cuando el beneficiario de la indemnización pactada o la penalidad rescinde el compromiso de compensación por un incumplimiento que no sea aquél para el que se estipuló la suma convenida), las partes podrían disponer que la rescisión no afectará el derecho a cobrar una suma convenida debida en la fecha de rescisión, pero que no se deberá ninguna cantidad como pago de una suma convenida después de la rescisión.

Nota

1/ Se pueden consultar estudios sobre la índole y el funcionamiento de las cláusulas de indemnización pactada y penales en los contratos internacionales en Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, volumen X: 1979, segunda parte, I, C, e ibid., volumen XII: 1981, segunda parte, I, B, 1. Las "Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento" (denominadas en adelante "Normas uniformes") aprobadas por la Comisión figuran en el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 16º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/38/17), anexo I (reproducidas también en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, volumen XIV: 1983, primera parte, I, A). Por su resolución A/Res.38/135 de 19 de diciembre de 1983, la Asamblea General recomendó que los Estados pusieran en vigor esas normas uniformes, en forma de una ley modelo o de una convención, según procediera. Estas normas uniformes pueden ser utilizadas por las partes en la redacción de cláusulas de indemnización pactada y cláusulas penales.