

pletada hasta el momento por la Comisión, se ha relacionado exclusivamente con las relaciones comerciales de derecho privado, algunas propuestas para el futuro programa de trabajo (como la labor sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con el nuevo Orden Económico Internacional) involucrarán temas relativos al derecho económico público. En sus comentarios sobre el futuro programa de trabajo, Yugoslavia ha hecho notar la conveniencia de examinar el mandato de la Comisión con miras a la posible inclusión en el programa de trabajo de temas de esta naturaleza.

Coordinación de la labor de otras organizaciones

2. La resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General señala que la Comisión fomentará la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional mediante, entre otras cosas,

- i) La coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas;
- ii) El establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo;
- iii) El mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional³².

3. El objetivo de esas disposiciones parecería ser establecer la Comisión como el órgano encargado de organizar y dirigir todo trabajo relacionado con la unificación del derecho mercantil internacional. Sin embargo, hasta la actual etapa de la labor de la Comisión, ese objetivo no se ha realizado plenamente. Si bien la labor de algunas organizaciones se lleva a cabo en cierta medida en colaboración con la Comisión, otras organizaciones, tanto dentro como fuera del sistema de las Naciones Unidas, realizan a veces trabajos en esferas relativas al derecho mercantil internacional sin relación alguna con la Comisión. Varios factores han contribuido a ello. En algunos casos, el programa de trabajo de las otras organizaciones se estableció más o menos en la misma época en que se creó la Comisión y, en consecuencia, no hubo una oportunidad adecuada para disponer medidas de coordinación. Por otra parte, ciertas organizaciones no parecen aceptar fácilmente la preeminencia de la Comisión en la esfera del derecho mercantil internacional. Además, la Comisión se ha ocupado principalmente de trabajar en sus temas prioritarios y ha prestado menor atención a la coordinación. Sin embargo, sería oportuno que, en esta etapa, se examinase la cuestión de la coordinación, no sólo porque algunos gobiernos han hecho hincapié en ello³³, sino porque de no reafirmar la Comisión el

³² Incisos a), f) y g) del párr. 8 de la resolución.

³³ En sus observaciones sobre el futuro programa de trabajo, Checoslovaquia y la República Democrática Alemana hicieron notar la necesidad de una coordinación más estrecha. Checoslovaquia subrayó la necesidad de establecer una coordinación más estrecha con otros órganos de las Naciones Unidas, en particular con la UNCTAD y la Comisión de Derecho Internacional, y señaló la posibilidad de colaborar con la UNCTAD en la labor que ésta realizaba sobre contratos de fletamento y seguro marítimo. También observó la conveniencia de establecer una coordinación con el UNIDROIT y la

papel que propiamente le corresponde podrían derivarse consecuencias negativas: duplicación de trabajos y una erosión gradual del ámbito de su competencia. Tal vez la Comisión desee, pues, examinar los métodos mediante los cuales podría lograrse una mejor coordinación de los trabajos.

Métodos de trabajo

4. La Comisión ha adoptado una diversidad de métodos de trabajo en la realización de su labor; por ejemplo, ha establecido grupos de trabajo o grupos de estudio, ha confiado labores a un Relator Especial, ha autorizado la contratación de consultores y ha solicitado a la Secretaría que prepare estudios. Esos métodos de trabajo han resultado adecuados en relación con el actual programa de trabajo, en que se elige el método más apropiado al tema de que se trate. Tal vez la Comisión desee examinar la conveniencia de introducir alguna modificación en esos métodos de trabajo, en especial en relación con el futuro programa de trabajo.

Posible ámbito del futuro programa de trabajo

i) *Período de proyección del futuro programa de trabajo*

5. En sus observaciones sobre el futuro programa de trabajo, los Estados Unidos señalan la inconveniencia de incluir en él proyectos que demorarían muchos años en completarse, pues la rapidez con que crece y cambia actualmente el comercio internacional podría traducirse en que los proyectos una vez completados tuviesen poca utilidad. Sin embargo, ciertas propuestas, como la elaboración de un código mercantil, significan un trabajo que abarca muchos años. Tal vez la Comisión desee examinar esta cuestión.

ii) *Establecimiento de grupos de trabajo*

6. Debido a limitaciones financieras, la Comisión no puede establecer más de tres grupos de trabajo simultáneamente. En la actualidad, todavía está pendiente la labor del grupo de trabajo sobre títulos negociables. Se espera que ésta quede completada en 1979, en cuanto se relaciona con la elaboración de un proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales.

ANEXO I*

Nota de la Secretaría: cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales

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 11º período de sesiones, la viabilidad y la conveniencia de establecer un régimen uniforme que rija las cláusulas sobre indemnización fijada convencionalmente en los contratos internacionales"^a.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Durante las deliberaciones que se tradujeron en el establecimiento del primer programa de trabajo de la Comisión, se subrayó asimismo la importancia de la coordinación (A/7216, párrs. 25 a 28).

* Publicado anteriormente como documento A/CN.9/149/Add.1 el 1º de mayo de 1978.

^a CNUDMI, informe sobre el décimo período de sesiones (A/32/17), anexo I, párr. 513 (Anuario... 1977, primera parte, II, A).

El presente informe se ha preparado en cumplimiento de esa solicitud.

2. La solicitud hecha por la Comisión derivó de una propuesta formulada durante el décimo período de sesiones en el sentido de que se incluyera en el proyecto de Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías una disposición relativa a las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales^b en los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Durante el debate posterior resultó evidente que existía apoyo considerable para la idea que sustentaba la propuesta, es decir, que las normas uniformes que reglamentaban las cláusulas relativas a la indemnización fijada convencionalmente serían una aportación importante para facilitar el comercio internacional. No obstante se consideró, en general, que el establecimiento de un régimen unificado para reglamentar las cláusulas relativas a la indemnización fijada convencionalmente constituía un problema complejo que requería más atención de la que era posible darle en esta fase de las deliberaciones sobre este proyecto de Convención. Además, las cláusulas sobre indemnización fijada convencionalmente también eran importantes en muchos tipos de contratos que estaban fuera del alcance de la Convención. Por todas estas razones, sería preferible ocuparse de las cláusulas sobre indemnización fijada convencionalmente en un instrumento separado que podría aplicarse a todas las clases de contratos internacionales y no limitarse a los contratos internacionales de compraventa de mercaderías.

Conveniencia de la unificación

3. Las cláusulas o estipulaciones que disponen una indemnización o una pena en caso de incumplimiento tienen amplio uso en los contratos comerciales. Su propósito consiste en determinar anticipadamente el importe de los daños para el caso de incumplimiento del contrato o, mediante la imposición de una pena para el caso de tal incumplimiento, estimular la ejecución de las obligaciones fijadas en el contrato. A menudo esas cláusulas o estipulaciones están concebidas para servir ambos propósitos.

4. Esas cláusulas son atractivas para los comerciantes y para sus abogados. Si la suma fijada en la cláusula es suficientemente alta, acrecienta la probabilidad de que la contraparte cumpla sus obligaciones en el tiempo y forma convenidos. Si la contraparte no cumple de conformidad con el contrato, la cláusula proporciona un cálculo fácil, rápido y claro de la indemnización por ese incumplimiento. Esto ocurre ya sea que la cláusula tuviera por objeto estimar precisamente los perjuicios reales, estimular el cumplimiento mediante la estipulación por vía de pena de una suma superior a los daños estimados, o limitar la indemnización mediante la estipulación de una suma inferior a los perjuicios estimados. Como consecuencia se reduce la probabilidad de litigio entre las partes, así como el costo que resulta directamente del arreglo de cualquier litigio y el peligro de ruptura de las relaciones de negocios entre las partes.

^b Existe una considerable dificultad de terminología en cuanto a la sustancia del tema de este informe. En los idiomas español, francés y ruso la denominación técnica del tipo de cláusulas que aquí se examina es "cláusula penal". Los países del *common law* distinguen las "cláusulas penales" de las "cláusulas de liquidación anticipada de daños" para los fines de la determinación de la validez de esas cláusulas. Otros sistemas jurídicos que reconocen la validez de cláusulas que sirven como medios para estimular el cumplimiento del contrato así como la validez de las que tienen por fin la determinación de los perjuicios emplean, sin embargo, expresiones distintas para designar esas cláusulas y las diferencian en lo que respecta a sus efectos jurídicos. Como la denominación elegida en un sistema jurídico dado conduce a veces a la expectativa de determinadas consecuencias derivadas del empleo de una cláusula de ese tipo, se consideró preferible a esta altura del examen por la Comisión emplear una terminología que redujera al mínimo tales expectativas.

^c A/32/17, anexo I, párrs. 510 a 512.

5. Estas ventajas de las cláusulas parecerían ser aún más importantes en un contrato entre partes que están en dos países distintos. Las posibilidades de dilación o de incumplimiento son mayores, las presiones informales que pueden ejercerse para estimular el cumplimiento de la contraparte son menos efectivas y el acceso a un sistema jurídico extranjero — que resultaría necesario para una de las partes por lo menos en caso de litigio — es más difícil y costoso que en los casos en que el contrato liga a dos partes del mismo país.

6. Sin embargo, diferentes sistemas jurídicos imponen diversas restricciones al empleo de estas cláusulas. En algunas jurisdicciones los tribunales no ejecutan estas cláusulas contractuales a menos que estén formuladas como una liquidación de daños y no como imposición de una pena. En otras jurisdicciones, los tribunales están facultados para revisar las cláusulas que establezcan indemnizaciones considerablemente superiores o considerablemente inferiores a los perjuicios estimados. Este resultado puede reflejar la idea de que el propósito principal de esas cláusulas consiste en una estimación anticipada de los daños futuros en caso de incumplimiento, o bien puede reflejar la idea de que la cláusula puede haber sido impuesta por la parte económicamente más poderosa. Como consecuencia, la mayoría de los sistemas jurídicos parece autorizar que los tribunales desestimen tales cláusulas o reduzcan la cantidad estipulada en ellas si la suma fijada parece excesivamente alta y, en algunos sistemas jurídicos, aumentan la suma estipulada en la cláusula si esa suma parece excesivamente baja.

7. Incluso en los sistemas jurídicos que se basan en la misma filosofía respecto del empleo de estas cláusulas suelen existir diferencias importantes en la legislación respecto de problemas como la posibilidad de imponer una indemnización adicional a la suma estipulada, la posibilidad de fijar la suma con una expresión no monetaria y el problema de si la parte que no responde de daños por incumplimiento de sus obligaciones en razón de que ese incumplimiento se debió a impedimentos que estaban fuera de su control queda también exenta en virtud de ese impedimento de la responsabilidad de pagar la suma estipulada.

8. Dado que ciertos sistemas jurídicos limitan la libertad de las partes para contratar acerca de la indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales, la comunidad mercantil no puede superar la diversidad de sistemas jurídicos mediante acuerdos concertados entre sus integrantes. Se considera por lo tanto que, si se ha de lograr la unificación, ello deberá hacerse mediante la legislación internacional.

Viabilidad de la unificación

9. Si bien en la base de las normas de los diversos países acerca de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales hay diferencias importantes de política pública, parecería que tales diferencias pueden reducirse al mínimo o bien soslayarse. Ello es particularmente cierto respecto de las normas desarrolladas en ciertos países para la protección de los consumidores contra el empleo abusivo de esas cláusulas. La exclusión de todas las transacciones hechas por consumidores del futuro régimen unificado reduciría las dificultades derivadas de la implantación de reglas que pueden ser distintas de las que se han desarrollado en los sistemas jurídicos nacionales para regir tanto los contratos de los consumidores como los de otra clase.

10. Además, cabe esperar una menor oposición al cambio legislativo cuando la cláusula esté estipulada en un contrato entre partes de distintos Estados. En ese caso, y en ausencia de una legislación uniforme, entran en funcionamiento normas de derecho internacional privado para determinar si el tribunal extranjero que conoce en el litigio aplicará o no la cláusula de indemnización convencional o la cláusula penal y en qué medida. Resulta posible de este modo que en un caso sometido a un tribunal extranjero se aplique a una parte una cláusula penal a pesar de que esa cláusula, de conformidad con la ley del Estado de esa parte, se habría conside-

rado nula o se habría modificado reduciendo la indemnización estipulada. A la inversa, una parte puede no obtener la aplicación de una cláusula de este tipo aun cuando en los tribunales de su propio Estado los derechos fijados en esa cláusula se juzgaran admisibles.

11. No es posible analizar dentro del alcance de este informe las clases de contratos a cuyo respecto podría adoptarse un régimen unificado de indemnización fijada convencionalmente. No obstante, dado que los sistemas de *common law* y los sistemas de derecho civil coinciden en considerar que estas cláusulas pueden desempeñar una función útil pero pueden utilizarse para obtener ventajas injustas sobre la contraparte, parece razonable concluir que es posible lograr un acuerdo sobre las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales para su empleo en una amplia gama de contratos utilizados en el comercio internacional.

ANEXO II*

Nota de la Secretaría: permuta o cambio internacional

1. Durante las consultas con organizaciones internacionales sobre el futuro programa de trabajo de la Comisión se señaló la creciente importancia de las transacciones por permuta o cambio. Cabe distinguir estas transacciones de las transacciones de compraventa en que las mercancías entregadas no se pagan en dinero sino con otras mercaderías o alguna otra contraprestación de valor.

2. Los sistemas jurídicos enfocan de modo distinto el contrato de permuta o cambio. En general, los sistemas de derecho civil disponen expresamente que las disposiciones sobre la compraventa se aplican también, por analogía, a la permuta^a, y especifican que se consideren a cada una de las partes en un contrato de permuta como el vendedor de las mercaderías que transfiere y el comprador de las mercaderías que recibe, respectivamente. Un enfoque similar figura en el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de América, en cuya sección 2-304 se dispone que "el pago del precio puede efectuarse en dinero o de otro modo. Si es pagadero en su totalidad o en parte en mercaderías cada parte se considera vendedora de las mercaderías que ha de transferir".

3. Los países de *common law* que siguen la Ley de venta de mercaderías de 1893, inglesa, tienen un criterio diferente. La sección 1 de dicha Ley restringe el significado de un contrato de compraventa al de contrato "mediante el cual el vendedor transfiere o conviene en transferir la propiedad de las mercaderías a cambio de una contraprestación en dinero". Cuando la contraprestación a cambio de la transferencia de las mercaderías no se efectúa en dinero, existe un contrato de cambio distinto del contrato de compraventa, y la Ley de venta de mercaderías no es directamente aplicable a dicho contrato^b. Aparentemente los principios de *common law* aplicables a la compraventa de mercaderías se aplican normalmente al cambio^c.

4. El hecho de que la legislación sobre las transacciones de permuta o cambio se encuentre relativamente poco desarro-

llada puede deberse a que, aparentemente, dichas transacciones no son muy frecuentes en el plano nacional. Cuando se manifiestan las disposiciones sobre la compraventa se aplicarán por analogía en algunos países, mientras que en otros países se aplicarán los principios de *common law* relativos a la compraventa. Sin embargo, hay pruebas de que las transacciones internacionales de permuta o cambio son frecuentes en la actualidad y de que su función e importancia económica pueden ser considerables. De este modo, se recurre a menudo a las transacciones de "compensación" equivalentes a un intercambio de mercaderías, a fin de aliviar las dificultades de divisas.

5. Se sugiere que la transacción de permuta o cambio internacional tiene la suficiente importancia comercial para justificar mayor estudio. Dicho estudio demostraría probablemente que no puede establecerse de modo satisfactorio un régimen uniforme de las transacciones de permuta internacional ampliando simplemente el ámbito de aplicación del proyecto de convención sobre la compraventa internacional de mercaderías a fin de incluir dichas transacciones. En primer lugar, las disposiciones de ese proyecto de convención no se refieren en todos los casos a las cuestiones inherentes a una transacción de permuta, y pueden surgir difíciles problemas de interpretación debido a que el precio en dinero de la compraventa se sustituye por mercancías u otra contraprestación distinta. En segundo lugar, habría que adaptar el régimen de recursos por el incumplimiento, en especial en relación con el recurso que consiste en una reducción del precio. En tercer lugar, las disposiciones de la compraventa no contienen reglamentación alguna sobre el suministro de servicios técnicos y documentación con respecto a las mercaderías vendidas; en virtud de muchos contratos de cambio internacional, parte de la contraprestación consiste en el suministro de dichos servicios y documentación.

6. Se sugiere que la Comisión mantenga provisionalmente el contrato de permuta o cambio internacional en su programa de trabajo en espera de un estudio de la Secretaría sobre el ámbito y contenido de un posible régimen uniforme. Dicho estudio podría presentarse a la Comisión en su 12º período de sesiones, en 1979.

ANEXO III*

Nota de la Secretaría: algunos aspectos jurídicos de las transferencias electrónicas de fondos de carácter internacional

Introducción

Antecedentes

1. En el quinto período de sesiones de la Comisión (1972), en relación con el examen del tema "Pagos internacionales", se señalaron a la atención los importantes cambios generados en las prácticas bancarias internacionales por los desarrollos recientes en materia de métodos y procedimientos electrónicos de pago, y se expresó la esperanza de que en la labor de la Comisión en la esfera de los pagos internacionales se tomaran en cuenta dichos desarrollos^a. En su tercer período de sesiones, en relación con su evaluación de la conveniencia de preparar normas uniformes aplicables a los cheques internacionales, el Grupo de Trabajo de la Comisión sobre títulos negociables internacionales pidió a la Secretaría "que obtuviera información acerca de las repercusiones que en el uso de los cheques para los pagos internacionales podían tener, en un porvenir cercano, el uso cada vez más frecuente de las transferencias electrónicas y el desarrollo de los sistemas de telecomunicaciones entre bancos"^b.

* Publicado anteriormente como documento A/CN.9/149/Add.3 el 1º de mayo de 1978.

^a CNUDMI, informe sobre el quinto período de sesiones (A/8717), párr. 57 (Anuario... 1972, primera parte, II, A).

^b Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor de su tercer período de sesiones (1975) (A/CN.9/99), párr. 136 (Anuario... 1975, segunda parte, II, 1).

* Publicado anteriormente como documento A/CN.9/149/Add.2 el 12 de mayo de 1978.

^a Por ejemplo, Brasil, Código Civil, art. 1164; Etiopía, Código Civil, art. 2409; Francia, Código Civil, art. 1707; Alemania, República Federal de, BGBI., art. 515; Hungría, Código Civil, art. 386; Italia, Código Civil, arts. 1552 a 1555; Países Bajos, Código Civil, art. 1582; República Socialista Federativa Soviética Rusa, Código Civil, art. 255; Suiza, Código de Obligaciones, art. 237. Véase también el Código Internacional de Checoslovaquia, art. 425.

^b Benjamin, *Sale of Goods*, primera edición (1974), pág. 29; Cheshire y Fifoot, *Law of Contract*, tercera edición australiana por J. G. Starke y P. F. P. Higgins, pág. 211.

^c Halsbury, *Laws of England*, vol. 29, tercera edición (1960), pág. 387.