

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

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

82. Proyecto de artículo 5 revisado⁷¹

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

⁷⁰ Véase el párr. 29 *supra*.

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

Observaciones

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

84. Proyecto de artículo 6 revisado

Variante 1

"La suma convenida no será aumentada ni reducida."

Variante 2

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

Variante 3

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

Observaciones

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

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

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

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

INDICE

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

* 9 de marzo de 1981.

INTRODUCCIÓN

1. Con objeto de obtener opiniones sobre la práctica comercial seguida en cuanto a cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, y particularmente en lo tocante a su experiencia en relación con las dificultades con que se tropieza para la negociación, redacción y ejecución de dichas cláusulas, la Secretaría pidió su parecer a determinados expertos en cuestiones jurídicas. La Secretaría solicitó asimismo a la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que distribuyera a sus comités nacionales un cuestionario al respecto¹.

2. Se recibieron respuestas al cuestionario procedentes de Alemania, República Federal de, Bélgica, Finlandia, Francia, India, Israel, Italia, Japón, Noruega, República de Corea, Suecia y Turquía. Las preguntas del cuestionario se reproducen más abajo; y en el apartado dedicado a cada una se analizan las respuestas recibidas al respecto. Se recibieron algunas opiniones de expertos en asuntos jurídicos, y se ha estimado conveniente hacerlas constar en el presente documento. Esas opiniones se reflejan en *notas de pie de página* correspondientes a las preguntas del cuestionario a que se refieren.

ANÁLISIS DE LAS OPINIONES Y DE LAS RESPUESTAS

Pregunta 1

3. *¿Se incluyen en los contratos internacionales estipulaciones relativas al pago de indemnizaciones fijadas convencionalmente o de penas por el incumplimiento total o parcial de contratos?*

- a) *¿con frecuencia?*
- b) *¿a veces?*
- c) *¿nunca?*

4. En la mayoría de las respuestas se señaló que tales estipulaciones se incluían con frecuencia en contratos internacionales, si bien en algunas respuestas se señaló que sólo se incluían a veces. Hubo asimismo respuestas en el sentido de que la probabilidad de que se incluyesen tales estipulaciones dependía del tipo de contrato de que se tratara, ya que tales estipulaciones solían incluirse en los contratos de suministro de mercaderías, en relación con el incumplimiento de la fecha de entrega estipulada, y en los contratos para el suministro y montaje de planta y maquinaria².

Pregunta 2

5. *¿Ha tropezado con dificultades para ponerse de acuerdo sobre la inclusión de tales estipulaciones en contratos internacionales? Sírvase dar detalles.*

6. La mayoría de las respuestas señalaban que, aunque se estaba a menudo de acuerdo sobre la necesidad de tales estipulaciones, se tropezaba con dificultades para ponerse de acuerdo sobre su contenido (especialmente sobre la cuantía de la suma pagadera, y el límite máximo de

responsabilidad). En algunas de las respuestas se indicaba que no surgían dificultades para llegar a un acuerdo cuando la suma convenida cumplía únicamente funciones de indemnización, pero sí cuando se asignaba a esa suma una función que iba más allá de la de indemnización y suponía una sanción por incumplimiento. Se señaló que a veces se tropezaba con dificultades para llegar a un acuerdo por el que se determinase qué sanciones podrían exigir los compradores además de la suma convenida³.

Pregunta 3

7. *Si la respuesta a la pregunta 1 es a) o b), ¿en qué tipo de contratos internacionales se incluyen tales estipulaciones?*

8. Se señaló que tales estipulaciones se incluían en una gran variedad de contratos. Se mencionaron en especial los siguientes: suministro de mercaderías, construcción e instalación de planta y maquinaria, contratos de construcción, constitución de empresas mixtas, y prestación de servicios a largo plazo. En cuanto a los préstamos, se señaló que la pena consistiría en un recargo del tipo de interés⁴.

Pregunta 4

9. *¿Para qué tipos de incumplimiento (por ejemplo, demora en el cumplimiento, incumplimiento de las normas estipuladas en el contrato) se suelen incluir tales estipulaciones, y cuáles son las ventajas especiales de tales estipulaciones para esos tipos de incumplimiento?*

10. En todas las respuestas se señalaba que tales estipulaciones solían incluirse para cubrir la demora en el

¹ a) Un experto observó que podrían surgir dificultades para ponerse de acuerdo sobre las cuestiones siguientes: la ley por la que se regiría el contrato y la cláusula de indemnización fijada convencionalmente o cláusula penal; la cuantía de la indemnización fijada convencionalmente cuando ésta se aplicara a la demora en la entrega de planta o de equipo (por ejemplo, si habría de ser determinada proporción del valor de toda la unidad, del valor del elemento cuya entrega se demorase o del valor de los elementos que, debido a esa demora, no pudieran utilizarse); y las sanciones adicionales que el comprador podría exigir en los casos en que, habiéndose estipulado una indemnización fijada convencionalmente para caso de incumplimiento parcial (por ejemplo, en caso de producción inferior a la especificada), se produjera el incumplimiento total (imposibilidad total de utilizar la unidad).

b) Otro experto señaló que podrían surgir dificultades para lograr que la cláusula propuesta fuera ejecutoria en virtud de la ley aplicable convenida. Para obviar posibles dificultades a este respecto, se habían aplicado las siguientes soluciones: i) contratos que prevén diversas posibilidades (es decir, contratos que prevén diferentes obligaciones que corresponden a distintas modalidades de cumplimiento cualitativas, cuantitativas o bien de plazo); ii) descuentos por pronto pago o primas por cumplimiento anticipado; iii) cláusulas de vencimiento anticipado; y iv) estipulación del derecho a resolver el contrato antes de la fecha en que habría de quedar rescindido de otro modo, a cambio de un pago por resolución de contrato. Una de estas soluciones pudiera ser más apropiada para determinado contrato o más aceptable para una parte determinada.

⁴ Un experto señaló que el tipo de contrato de que se tratase era uno de los varios factores que se tenían en cuenta en el momento de decidir si se incluirían tales estipulaciones. Otros factores eran: la importancia de la empresa acometida (por ejemplo, la fecha de terminación podría tener repercusiones políticas o en materia de desarrollo); las dificultades para probar la cuantía de las pérdidas irrogadas por determinados tipos de incumplimiento; el posible tratamiento de tales estipulaciones conforme a la ley aplicable; y la actitud que adoptaría ante las mismas el tribunal elegido para la solución de controversias.

¹ La Secretaría queda sinceramente agradecida a la Cámara de Comercio Internacional por su cooperación, y a la secretaría de la CCI por su ayuda.

² Véanse asimismo las respuestas a la pregunta 4 *infra*.

cumplimiento⁵. En muchas respuestas se indicaba asimismo que esas estipulaciones se incluían a veces en relación con el incumplimiento de determinadas normas estipuladas en el contrato, generalmente en contratos para el suministro de mercaderías, incluidas planta y maquinaria.

Pregunta 5

11. *¿Ha tropezado con dificultades en la aplicación o ejecución de tales estipulaciones en contratos internacionales? Sírvase dar detalles. En especial, las indemnizaciones fijadas convencionalmente o las penas*

- a) *¿se han declarado nulas?*
- b) *¿han sido reducidas por tribunales judiciales o arbitrales?*

12. En la mayoría de las respuestas se indicaba que no se había tropezado con dificultades y que, de acuerdo con la experiencia, las cláusulas de indemnización fijadas convencionalmente y cláusulas penales no se habían declarado nulas ni se habían reducido las sumas convenidas. Algunas respuestas señalaban que esas cláusulas rara vez se declaraban nulas, excepto cuando la suma convenida era muy excesiva. Las sumas convenidas se reducían a veces cuando el juez o el árbitro estaban facultados para reducirlas. Se observó asimismo que a veces las partes solucionaban las controversias sobre pago de indemnizaciones fijadas convencionalmente y penas amistosamente, sin recurrir a los tribunales judiciales⁶.

Pregunta 6

13. *¿Sería útil redactar una ley uniforme aplicable a los contratos internacionales que aminorase las dificultades que surgen en la aplicación de tales estipulaciones?*

14. Sobre este punto, las respuestas se dividían por partes iguales. Los que señalaron que sería útil la redacción

⁵ Un experto señaló que no siempre era posible ponerse de acuerdo para cuantificar la pérdida que la demora en el cumplimiento podría ocasionar (por ejemplo, la cuantificación del lucro cesante ocasionado por falta de entrega de una unidad a tiempo, las pérdidas ocasionadas por el efecto adverso de "propagación" a otras actividades económicas dimanado de la falta de dicha unidad). Al mismo tiempo, se señaló que, como en algunos casos (por ejemplo, el de un proyecto sumamente importante de desarrollo industrial) los costos imputables a la demora podrían ser tan elevados que ningún contratista aceptaría una cláusula de indemnización fijada convencionalmente que cubriera esos costos, el hecho de que fueran cuantificables era inoperante.

⁶ a) Un experto se refirió a un método utilizado para aumentar la validez de tales estipulaciones conforme al cual, como primera medida, se procuraba llegar a un acuerdo sobre la ley y el tribunal que regirían para la solución de controversias. Subsecuentemente, la cláusula se redactaría de tal forma que aumentara al máximo las probabilidades de que su validez fuera reconocida conforme a la ley elegida y por el tribunal elegido. Se observó que, esto no obstante, podría haber dificultades en ponerse de acuerdo sobre la ley y el tribunal, y que también podría haber límites en cuanto a la medida en que las partes podrían elegir ley o tribunal.

b) Otro experto señaló que a veces surgían dificultades cuando se modificaba el plan inicial de un contrato de construcción sin que se introdujeran los ajustes correspondientes en las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales. También surgían dificultades cuando las partes preveían un límite máximo general para todas las indemnizaciones fijadas convencionalmente pero omitían especificar claramente qué sanciones se aplicarían en caso de incumplimiento total.

de una ley uniforme adujeron en apoyo de sus opiniones las razones siguientes: una ley uniforme disminuiría las dificultades ocasionadas por las diferencias que existen en las legislaciones nacionales respecto de las indemnizaciones fijadas convencionalmente y las penas; esa ley reduciría las negociaciones sobre las cuestiones que abarcara, y en todo caso serviría de pauta en cuanto a las cuestiones a incluir; además una ley uniforme mejoraría las posibilidades de reclamación de la parte facultada para exigir una indemnización fijada convencionalmente o una pena.

15. Los que observaron que la redacción de una ley uniforme no sería útil adujeron en apoyo de su opinión las siguientes razones: los Estados vacilaban en aceptar leyes uniformes en materia de contratos; y, en especial, los Estados que contaban con leyes nacionales para refrenar los abusos en materia de indemnizaciones fijadas convencionalmente y penas se mostrarían reacios a excluir de su esfera de aplicación los contratos comerciales internacionales; las dificultades en este campo eran de carácter práctico y diferían en cada contrato, por lo que no podían resolverse mediante una ley uniforme; además, el texto de una ley uniforme tendría carácter vago y general y, por lo tanto, valor dudoso.

Pregunta 7

16. *¿Existen otros métodos, que no sean la redacción de una ley uniforme, que pudieran aminorar las dificultades con que tropiezan actualmente las partes para la aplicación de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (por ejemplo, la redacción de pautas que ayuden a las partes que deseen aplicar una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o una cláusula penal)?*

17. Se señalaron otros dos posibles criterios. En primer lugar, la formulación de condiciones generales o de contratos tipo que contuvieran términos que resolviesen las dificultades con que se venía tropezando. En segundo lugar, la formulación de pautas, con un análisis de los problemas planteados, y de posibles soluciones a los mismos.

18. En la mayoría de las respuestas contrarias a la redacción de una ley uniforme se encontraba cierta utilidad a uno u otro de los criterios mencionados, y sólo en algunas de las respuestas en favor de la redacción de una ley uniforme se le encontraba cierta utilidad a esos criterios como posibilidad distinta a la de una ley uniforme⁷.

Pregunta 8

19. *¿Desearía formular alguna otra observación?*

20. La mayor parte de las respuestas no contenían otras observaciones. Otras contenían las siguientes obser-

⁷ Un experto señaló que la redacción de cláusulas uniformes o de cláusulas tipo no era deseable, ya que la defensa de la validez de una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o de una cláusula penal contra la impugnación por razones de orden público, o de otra índole, dependía fundamentalmente de que la cláusula fuese razonable en relación con las circunstancias del contrato en que figurase.

vaciones respecto de la negociación de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de cláusulas penales:

1) Debería fijarse siempre un límite máximo a la suma pagadera. En general, dicho límite debería representar de un 5 a un 8% del importe del contrato;

2) En los contratos globales, muy frecuentes en el sector de la construcción industrial, sólo deberían insertarse cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o cláusulas penales en relación con el incumplimiento del plazo final de entrega. En cambio, no

deberían incluirse en caso de incumplimiento en las fases sucesivas de construcción, transporte y montaje;

3) El contrato no debería contener ninguna estipulación que permitiese deducir el importe de la indemnización fijada convencionalmente o de la pena de las sumas debidas al proveedor;

4) Las cláusulas que preveían indemnizaciones fijadas convencionalmente o penas en caso de demora se combinaban a menudo con cláusulas que preveían una prima en caso de cumplimiento anticipado.

C. INFORME DEL SECRETARIO GENERAL: CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN DE LAS PARTES CONTRA LOS EFECTOS DE LAS FLUCTUACIONES DEL VALOR DE LA MONEDA (A/CN.9/201)*

1. En su 11.º período de sesiones la Comisión había decidido que, como parte del estudio general sobre las prácticas contractuales internacionales, debía prestarse especial atención a las cláusulas de los contratos mercantiles internacionales por medio de las cuales las partes procuran protegerse contra los efectos de las fluctuaciones de la moneda¹. En ese período de sesiones la Comisión pidió al Secretario General que efectuase un estudio preparatorio del tema.

2. La Comisión, en su 12.º período de sesiones, tuvo ante sí un informe del Secretario General titulado "Cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda"². En dicho informe se describían las razones de orden comercial de estas cláusulas, cuyo objeto era proteger a los acreedores contra los efectos de los cambios del valor de una moneda en relación con otras, y de las cláusulas por medio de las cuales los acreedores intentan mantener el valor adquisitivo de la obligación monetaria dimanante del contrato. En dicho informe se examinaron los diferentes tipos de cláusulas, cuyo objeto era lograr esos dos resultados, así como el marco jurídico y político en que se aplicaban estas cláusulas en determinados países.

3. La Comisión, en su 12.º período de sesiones, reconoció que el tema tenía actualidad e interés, dada la fluctuación de las monedas más importantes para las relaciones económicas³. La opinión general fue que la elaboración de cláusulas como las que se describían en el informe beneficiarían al comercio internacional. No obstante, se expresaron dudas en el seno de la Comisión acerca de la eficacia de dichas cláusulas como salvaguardia frente a las fluctuaciones monetarias o a la inflación mundial. También se expresó la opinión de que era dudoso que a la Comisión le fuera posible reglamentar, en el ámbito mundial, el contenido de unas cláusulas que preten-

dieran eliminar todos o la mayor parte de los riesgos monetarios que entrañaban los contratos a largo plazo.

4. Como resultado, la Comisión pidió a la Secretaría que llevase a cabo nuevos estudios sobre las cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda, y, con referencia concreta a la conveniencia y viabilidad de la labor de la Comisión sobre este tema, presentase a la Comisión un informe sobre sus conclusiones, con las recomendaciones pertinentes⁴.

5. La Secretaría estudia en la actualidad los problemas causados por las fluctuaciones monetarias en dos contextos.

1) La Comisión tendrá ante sí en el período de sesiones en curso un informe sobre una unidad de cuenta universal de valor constante para ser utilizada en las convenciones internacionales⁵. En el informe se propone que la utilización de los DEG esté vinculada a un índice apropiado y que se hagan ajustes para los Estados no miembros del Fondo Monetario Internacional. Como se indicó en el 12.º período de sesiones, el problema no es igual al que plantean los contratos mercantiles internacionales⁶. No obstante, desde la decisión del Fondo Monetario Internacional de cambiar la composición de los DEG, pasando de una cesta de 16 monedas a una de cinco, ha resurgido el interés por utilizar los DEG en las transacciones financieras privadas. En consecuencia, las conclusiones a que se ha llegado en relación con la unidad de cuenta serán procedentes para algunos contratos internacionales.

2) La Secretaría ha presentado al segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, que se reúne del 9 al 18 de junio de 1981 en Viena, la primera parte del estudio sobre contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales⁷. En la segunda parte del

* 2 abril 1981. Documento al que se hace referencia en el Informe, párr. 48 (primera parte, A, *supra*).

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/33/17), párr. 67 (Anuario ... 1978, primera parte, II, A).

² A/CN.9/164 (Anuario ... 1979, segunda parte, I, D).

³ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/34/17), párrs. 32 a 40 (Anuario ... 1979, primera parte, II, A).

⁴ *Ibid.*, párr. 40.

⁵ A/CN.9/200 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, II, C).

⁶ A/CN.9/SR.213, párr. 7.

⁷ A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add. 1 a 8 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).