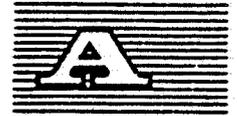


NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA
GENERAL



Distr. GENERAL

A/CN.9/219
28 mayo 1982

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
15º período de sesiones
Nueva York, 26 julio - 6 agosto 1982

PROYECTO DE NORMAS UNIFORMES SOBRE CLAUSULAS DE INDEMNIZACION FIJADA
CONVENCIONALMENTE Y CLAUSULAS PENALES

Análisis de las respuestas de los Gobiernos y de las
organizaciones internacionales

Nota del Secretario General

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1 - 3	2
PARTE I. FORMA APROPIADA DE MATERIALIZAR LAS NORMAS UNIFORMES.	4 - 12	3
A. Convención	4 - 7	3
B. Ley modelo	8 - 10	3
C. Normas de la CNUDMI	11 - 12	4
PARTE II. OBSERVACIONES SOBRE DETERMINADOS ARTICULOS.	13 - 35	4
A. Proyecto de Convención, párrafo 1) del artículo A	13	4
B. Proyecto de ley modelo párrafo 1) del artículo A.	14 - 17	4
C. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo, párrafo 1) del artículo A	18 - 21	5
D. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo, párrafo 3) del artículo A, y artículo C	22 - 23	7
E. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo, artículo D	24 - 25	7
F. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo, párrafos 1) y 2) del artículo E	26 - 30	8
G. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo, artículo F	31 - 32	9
H. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo, artículo G	33 - 35	9

INTRODUCCION

1. En su 14^o período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional examinó el proyecto de normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales preparado por el Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, y decidió pedir al Secretario General:

- a) Que incluya en el proyecto de normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, preparado por el Grupo de Trabajo, las disposiciones suplementarias que se requerirían si las normas revistiesen la forma de una convención o de una ley modelo;
- b) Que prepare un comentario sobre el proyecto de normas uniformes;
- c) Que prepare un cuestionario dirigido a los gobiernos y a las organizaciones internacionales, en el que se soliciten sus opiniones sobre la forma más apropiada para las normas uniformes; y
- d) Que transmita el proyecto de normas uniformes, junto con el comentario y el cuestionario, a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para recabar sus observaciones." 1/

2. En respuesta a esta petición, la Secretaría incluyó disposiciones suplementarias apropiadas en el proyecto de normas uniformes, preparó un comentario sobre el proyecto, así enmendado, de normas uniformes 2/ y preparó además un cuestionario. Con una carta de 20 de noviembre de 1981 y una nota verbal de 14 de diciembre de 1981, se hizo, entonces, la distribución del proyecto de normas uniformes, junto con el cuestionario y el comentario, a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas, a fin de recabar sus observaciones al respecto. En el presente documento se analizan las respuestas recibidas hasta el 31 de mayo de 1982. En la parte I se analizan las respuestas al cuestionario, mientras que en la parte II se analizan las observaciones relativas al proyecto de normas uniformes.

3. Se recibieron respuestas de los siguientes Gobiernos y organizaciones internacionales:

Gobiernos: Argentina, Austria, Canadá, Chile, Chipre, España, Filipinas, Japón, Polonia, República de Corea, Suecia, Turquía, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y Venezuela.

Organizaciones internacionales: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI).

1/ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre la labor de su 14^o período de sesiones (1981), Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/36/17), párr. 44.

2/ El proyecto enmendado de normas uniformes y el comentario correspondiente figuran en el documento A/CN.9/218.

PARTE I. FORMA APROPIADA DE MATERIALIZAR LAS NORMAS UNIFORMES

A. Convención

4. Algunos Estados (Argentina, Austria, Chile, Chipre, Filipinas, URSS) consideran que una convención sería la forma más apropiada de materializar las normas uniformes. Una convención suscitaría considerable interés y obtendría mayor aceptación por haber sido objeto de negociación entre un gran número de Estados. Las normas uniformes incorporadas en el texto de una convención podrían servir, además, de modelo para legislación nacional (Chile, Filipinas). Una convención sería el procedimiento más seguro para unificar las normas divergentes sobre este tema de los sistemas jurídicos de tradición romanista y de tradición anglosajona (Austria). Todo Estado que se adhiriera a una convención habrá de aplicar sus normas tal como aparecen formuladas en la misma, en tanto que siga siendo parte de ella (Austria, Chile, Filipinas). Las normas de una convención tienen precedencia sobre las normas jurídicas nacionales y no pueden ser modificadas por ellas (Argentina, Chipre) razón por la cual sería preferible una convención pese a su elevado costo (Argentina).

5. En lo que respecta al procedimiento de aprobación de la convención, Argentina y Chile prefieren que sea obra de una conferencia de plenipotenciarios, si bien, Chile sugiere su aprobación por la Asamblea General, a recomendación de la Sexta Comisión, si es que una conferencia de plenipotenciarios resulta demasiado costosa. Argentina señala, sin embargo, que su aprobación por la Asamblea General supondría, también, un gasto considerable y demoraría además la labor de la Sexta Comisión. Filipinas y la URSS prefieren que la convención sea aprobada por la Asamblea General, aduciendo Filipinas como razón que este procedimiento resultaría menos costoso.

6. Algunos Estados que apoyan otras formas distintas de la convención aducen como razones las siguientes: únicamente algunos Estados darían su adhesión a una convención (Polonia, Suecia, Turquía); la necesidad de unificación en esta esfera es limitada (Suecia, Venezuela); los países en desarrollo no dan prioridad a la unificación en esta esfera (Venezuela); y el reducido número de artículos que figuran en el proyecto hace impropio una convención (Polonia).

7. Japón no se opone a que se adopte una convención si es que la mayoría de los miembros de la Comisión prefieren esta forma, mientras que Canadá observa que si se opta por una convención debería subordinarse su aplicación a que las partes la hayan invocado expresamente por escrito.

B. Ley modelo

8. Algunos Estados (España, Japón, Polonia, República de Corea) consideran que una ley modelo sería la forma más eficaz de llevar a cabo la unificación.

9. La Comisión o la Asamblea General podrían recomendar a los Estados que incorporen esa ley modelo a su legislación nacional (Filipinas, Polonia).

10. Algunos Estados que apoyan otras formas distintas de la ley modelo alegan, como razón para oponerse a dicha forma, que una ley modelo limitaría el alcance de la unificación al conservar los Estados la facultad de adoptar una tal ley con modificaciones, por lo que cada Estado podría introducir modificaciones de diverso alcance (Austria, Filipinas).

C. Normas de la CNUDMI (condiciones generales)

11. Algunos Estados (Canadá, Suecia, Turquía, Venezuela) consideran que la forma más apropiada sería la de unas condiciones generales. La adopción de esta forma favorecería al principio de dejar a las partes en libertad de introducir en el contrato las cláusulas que deseen (Canadá, Turquía), al tiempo que unas condiciones generales suministrarían cierta orientación a las partes para la redacción de sus contratos (Suecia). Además, dado que unas condiciones generales serían aplicables por las partes tan pronto como la Comisión las haya ultimado, de adoptarse esta forma, y no las otras, se adelantaría la aplicación de las normas uniformes (Canadá). En forma de unas condiciones generales estas normas podrían ser, además, objeto de extensa aplicación a otros muchos tipos de contratos (Turquía). Por no ser la unificación en esta esfera un asunto prioritario, la formulación de unas condiciones generales constituiría el enfoque más realista y práctico, pese a que la unificación así lograda sería de alcance más limitado (Venezuela).

12. Algunos Estados, que apoyan otras formas distintas de las condiciones generales, alegan las siguientes razones para oponerse a esta forma: las condiciones generales incorporadas a un contrato son inválidas cuando contravienen a disposiciones obligatorias de la legislación vigente en materia de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o cláusulas penales (Argentina, Filipinas, Japón, Polonia). Además, las partes podrían optar por no incorporar dichas condiciones generales en sus contratos (Argentina).

PARTE II. OBSERVACIONES SOBRE DETERMINADOS ARTICULOS

A. Proyecto de Convención, párrafo 1) del artículo A

13. Austria sugiere que este proyecto de convención sea aplicable en las mismas circunstancias en las que se aplican la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (designada en adelante como "Convención sobre la Compraventa") y la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías enmendada por el Protocolo de 1980, a saber, cuando, en el momento de concluirse el contrato, las partes tengan sus establecimientos en diferentes Estados contratantes, o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. Los contratos de compraventa internacional contienen a menudo cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, por lo que esa armonización evitaría que se produjeran disparidades al aplicar estas tres convenciones a estos contratos. Además, una enmienda en tal sentido de este proyecto de artículo ampliaría el ámbito de aplicación del proyecto de Convención.

B. Proyecto de ley modelo párrafo 1) del artículo A

14. Austria señala que debe aclararse la aplicación del proyecto de Ley Modelo respecto al caso siguiente: cuando el Estado del tribunal competente haya adoptado el proyecto de ley modelo, pero sus normas de derecho internacional privado prevean que en vez de aplicarse la ley nacional del tribunal deba aplicarse la ley de otro Estado que haya adoptado el proyecto de Ley Modelo. Austria propone que el proyecto de Ley Modelo sea aplicable a dicho caso, para

lograr lo cual sugiere modificar el apartado b) del párrafo 10 para que diga: "cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado que adopte la Ley Modelo".

15. España menciona la posibilidad de que cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes, puede suceder que uno sólo haya adoptado el proyecto de Ley Modelo, y señala que el proyecto de artículo no aclara si el proyecto de Ley Modelo ha de aplicarse, en ese caso, cuando el tribunal competente sea el del Estado que no haya adoptado el proyecto de Ley Modelo.

16. España señala igualmente la necesidad de aclarar la redacción del párrafo 1) que, en su forma actual, pudiera sugerir que la mera circunstancia de que las partes tuviesen sus establecimientos, en el momento de celebrarse el contrato, en Estados diferentes (es decir, cuando se satisfagan únicamente las condiciones del apartado a) del párrafo 1) bastaría para que fuese aplicable el proyecto de Ley Modelo. Sin embargo, el proyecto de Ley Modelo no sería aplicable en esas circunstancias si ninguno de los dos Estados hubiese adoptado dicha ley.

17. Por consiguiente, España propone el siguiente texto que eliminaría los motivos de preocupación expuestos en los dos párrafos anteriores:

"1) La presente ley se aplica a los contratos en que las partes hayan acordado por escrito que, en caso de que una de ellas (el deudor) incumpla total o parcialmente sus obligaciones, la otra parte (el acreedor) quedará facultada para cobrar, o para retener y hacer suya, una suma convenida de dinero, siempre que:

"a) se trate de un contrato internacional, en el sentido de que en el momento de celebrarse las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, y

b) ambos Estados hayan adoptado la Ley Modelo, o, si la ha adoptado uno solo, las normas del Derecho internacional privado impongan su aplicación al contrato en todo caso." 3/

C. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo,
párrafo 1) del artículo A

18. Algunos Estados (España 4/, República de Corea, URSS) se muestran favorables a mantener el requisito de que el acuerdo de las partes sea por escrito. España señala que su Código de Comercio exige, al parecer, la escritura para la validez de los contratos comerciales internacionales. La República de Corea señala que la expresión "por escrito" debe aplicarse a una cláusula del propio

3/ Este texto presentado por España incorpora, además, algunas sugerencias presentadas por España sobre otros temas: véanse los párrafos 18 y 19. infra.

4/ Véase el texto presentado en el párrafo 17 supra.

contrato, o a un acuerdo por separado firmado por las partes o a un intercambio de cartas o telegramas. Austria apoya la solución adoptada en los artículos 11 y 96 de la Convención sobre la Compraventa respecto al requisito de la escritura en el supuesto de que se opte por una convención. 5/

19. España señala que el término "confiscar" 6/ no parece ser el más apropiado en el contexto de este artículo, en razón a sus connotaciones de derecho público. Quizá serían más adecuadas las palabras o locuciones "retener", "apropiarse", "hacer suya" o "dejar de pagar o reembolsar". 7/

20. La República de Corea señala que cuando en virtud de una cláusula de aceleración se ha de pagar una suma adicional a la suma convenida, 8/ esa suma adicional deberá considerarse, a tenor de este artículo, como suma convenida.

21. La ONUDI señala que las normas uniformes no se aplican a aquellas cláusulas en las que se ofrece un incentivo (suma convenida como bonificación) por el cumplimiento adelantado. La ONUDI señala además que una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o cláusula penal pudiera no proporcionar, en todos los casos, un remedio adecuado para los daños materiales o no materiales ocasionados por el incumplimiento del contrato.

5/ El artículo 11 dice lo siguiente:

"El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos."

El artículo 96 dice lo siguiente:

"El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado."

6/ En inglés "forfeit". Este término se utiliza también en los artículos D, E y F.

7/ En inglés "retain", "appropriate", "possess himself of" o "withhold payment or reimbursement". Véase el texto presentado en el párr. 17 supra.

8/ Véase A/CN.9/218, párr. 22.

D. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo, párrafo 3)
del artículo A, y artículo C

22. España señala que pese a que el párrafo 3) del artículo A declara, entre otras cosas, no se tendrá en cuenta el carácter civil o comercial del contrato a los fines de la determinación del ámbito de aplicación de la Convención o de la ley Modelo, el artículo C sustrae a los contratos no comerciales del ámbito de aplicación de estas normas. Por consiguiente, España sugiere que, si bien no hay porqué alterar el artículo C, debería enmendarse el párrafo 3) del artículo A para dejarlo como sigue:

"3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente ley, no se tendrá en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato, salvo lo establecido en el artículo C." 9/

23. La UNCTAD señala que pudiera ser aconsejable aclarar en las normas uniformes que no serán aplicables a los contratos de transporte marítimo por razón de la índole especial de este tipo de transporte. Si, por el contrario, se estimase aconsejable incluir a los contratos de transporte marítimo en la esfera de aplicación de estas normas, debería entonces prestarse particular atención a que las normas uniformes estén en consonancia con las normas prácticas aplicables en derecho marítimo como, por ejemplo, con la práctica de las estadías y sobreestadías aplicables a los contratos de fletamento. Además, la UNCTAD sostiene que, en tal caso, la CNUDMI debería, antes de ultimar cualquier tipo de normas uniformes al respecto, coordinar su postura con la UNCTAD con miras a adoptar en el futuro medidas apropiadas.

E. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo, artículo D

24. Suecia sugiere que, a causa de este artículo, pudiera resultar difícil aplicar las normas uniformes a casos en los que la suma convenida haya de ser reclamada en un banco en virtud de una garantía a primera solicitud. En virtud de una tal garantía el banco estaría obligado a pagar a simple solicitud del acreedor sin indagar cual es la responsabilidad del deudor. El mero hecho de que las partes hayan convenido que una suma ha de ser reclamada en virtud de una garantía a primera solicitud puede no ser equivalente a un acuerdo de que el acreedor esté facultado a cobrar la suma convenida incluso si el deudor no es responsable del incumplimiento. Por ello, debe examinarse la cuestión de si las normas uniformes han de aplicarse a dichos casos.

~~25. España señala que este artículo puede ser superfluo ya que incorpora un principio general consagrado, en lo que respecta al derecho español, en su Código Civil. 10/ Este país señala además que, en virtud de su Código Civil 11/,~~

9/ Esta propuesta está redactada con referencia a una ley modelo que cuenta con el apoyo de España.

10/ Artículo 1.105.

11/ Artículo 1.155

la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula de indemnización fijada convencionalmente o cláusula penal. 12/

F. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo,
párrafos 1) y 2) del artículo E

26. Suecia señala que los recursos del obligante difieren según que la infracción de contrato por el obligado consista en la demora en su cumplimiento (párrafo 1)) o en el incumplimiento (párrafo 2)). Sin embargo, pudiera no ser posible determinar si la infracción consiste en demora o en incumplimiento hasta que la demora se haya prolongado tanto que resulte evidente que el cumplimiento no ha de tener lugar.

27. La República de Corea observa que no hay razón alguna para que los derechos del acreedor difieran en función de que la infracción del contrato por el deudor sea atribuible a demora en el cumplimiento, por una parte (párrafo 1)), o a incumplimiento o cumplimiento inadecuado distinto de la demora, por otra (párrafo 2)). En cualquier caso el acreedor debería estar facultado para seleccionar su propio recurso.

28. En lo que respecta a una suma convenida que sea pagadera o confiscable en razón de un cumplimiento inadecuado distinto de la demora (párrafo 2)), la URSS sugiere que sería útil especificar que cuando el acreedor opte por reclamar el cumplimiento (en vez de reclamar la suma convenida), el acreedor retendrá el derecho a resarcirse de las pérdidas sufridas en razón del cumplimiento inadecuado.

29. España señala que el párrafo 2) pretende cubrir los cuatro casos siguientes:

- a) La suma se fija para casos de "incumplimiento absoluto" y se produce el "incumplimiento absoluto";
- b) La suma se conviene para casos de "cumplimiento parcial o irregular" y tiene lugar este "cumplimiento parcial o irregular";
- c) La suma se estipula para caso de "incumplimiento absoluto" y sobreviene un "cumplimiento parcial o irregular";
- d) la suma se pacta para caso de "cumplimiento parcial o irregular" y acontece el "incumplimiento absoluto".

30. Respecto al caso a), España aprueba la solución adoptada en el párrafo 2). Respecto al caso b), señala que la solución adecuada (que no se encuentra consignada explícitamente en la norma) es la obtención por el acreedor de la suma convenida, además del "cumplimiento parcial o irregular" producido. Respecto al caso c), señala que es lógico pensar que el importe de la suma convenida exceda del de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor con el "cumplimiento parcial o irregular" de la otra parte. Permitir el cobro de la integridad de la suma convenida en un tal caso sería contrario al "orden público económico", por cuya razón España propone que se enmiende el artículo G para

12/ Véase A/CN.9/218, párr. 38.

tener en cuenta este caso. 13/ Respecto al caso d), sería aplicable el artículo F, tal como se indica en el comentario 14/, y los derechos del acreedor serían complementados por el derecho a exigir daños y perjuicios que figura en ese artículo.

G. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo,
artículo F

31. Suecia señala que en este artículo se acepta el principio de que en determinadas circunstancias puede ser lícito resarcirse de daños y perjuicios además de cobrar la suma convenida. Pero, ese posible resarcimiento de daños y perjuicios priva al acuerdo de seguridad en cuanto al importe de la suma pagadera. Ahora bien, en el supuesto, sin embargo, de que se acepte ese principio, Suecia estima que los requisitos que el artículo señala para ese resarcimiento son demasiado restrictivos. Deberían tenerse también en cuenta otras circunstancias (por ejemplo, la negligencia grave por parte del deudor).

32. La República de Corea señala que, si bien en virtud del párrafo 2) del artículo G, únicamente una corte o tribunal de arbitraje puede alterar el acuerdo de las partes en cuanto a la suma pagadera, el artículo F puede interpretarse como facultando al acreedor a alterar esa suma pagadera. Si esta interpretación fuese correcta, debería modificarse el artículo F ya que no debe otorgarse al acreedor la facultad de alterar unilateralmente esa suma.

H. Proyecto de Convención y proyecto de Ley Modelo,
artículo G

33. Suecia señala que en el párrafo 2) de este artículo se acepta el principio de que en determinadas circunstancias puede ser lícito reducir la suma convenida. Sin embargo, las circunstancias en él contempladas como justificativas de esta reducción son demasiado limitadas. Deberían tomarse en consideración todas las circunstancias relativas al contrato, incluyendo no sólo las circunstancias imperantes en el momento de celebrarse el contrato sino las imperantes en otras fases posteriores.

34. La Argentina observa que el principio contenido en el párrafo 1) es importante para preservar la seguridad de las transacciones comerciales internacionales. Por consiguiente, debería interpretarse restrictivamente el párrafo 2) de este artículo, que contiene una excepción a ese principio. La reducción de la suma convenida debería autorizarse únicamente cuando la desproporción entre las pérdidas sufridas por el acreedor y la suma convenida fuese tal que al cobrar dicha suma el acreedor obtendría una ventaja evidente, inequívoca y claramente desproporcionada y sin ninguna causa que la justifique.

13/ Véase el párr. 35 infra.

14/ Véase A/CN.9/218, párr. 44.

35. A fin de poner en práctica sus sugerencias respecto al artículo E, 15/ España sugiere redactar el artículo G como sigue:

- "1) La suma convenida no será reducida por un corte o tribunal de arbitraje, salvo lo que se dispone en el párrafo siguiente.
- "2) La suma convenida podrá ser reducida si se demuestra que es manifiestamente desproporcionada en relación con la pérdida sufrida por el acreedor, y si la suma convenida no puede ser considerada razonablemente como una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor. Concretamente puede serlo cuando, fijada en contemplación del incumplimiento (absoluto), tenga lugar un cumplimiento inadecuado distinto de la demora."

15/ Véase el párr. 30, supra.