

Opinión 6 Daños y Perjuicios CISG-AC

Opinión No. 6 del Consejo Asesor de la CISG ¹

Valoración de los Daños y Perjuicios conforme al Artículo 74 de la CISG

Artículo 74 CISG

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en

¹*Deberá citarse como:* Consejo Asesor sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG-AC”), Opinión Consultiva No. 6, Valoración de los Daños y Perjuicios conforme al Artículo 74 de la CISG.

Relator: Profesor John Y. Gotanda, Universidad de Villanova Escuela de Derecho, Villanova, Pensylvania, EE. UU.

Esta opinión consultiva fue adoptada por el CISG-AC en la reunión celebrada durante la primavera del 2006 en Estocolmo, Suecia. La reproducción de esta Opinión Consultiva está autorizada.

Jan Ramberg, *Presidente*

Eric E. Bergsten, Michael Joachim Bonell, Alejandro M. Garro, Roy M. Goode, John Y. Gotanda, Sergei N. Lebedev, Pilar Perales Viscasillas, Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Hiroo Sono, Claude Witz, *Miembros*.

Loukas A. Mistelis, *Secretario*.

Traducción al español realizada por el Licenciado Edgardo Muñoz y el Licenciado Guillermo Corona, revisada por los profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

El CISG-AC es una iniciativa privada respaldada por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Escuela de Derecho en la Universidad Pace (Institute of International Commercial Law at Pace University School of Law) y el Centro de Estudios de Derecho Comercial Queen Mary, de la Universidad de Londres. (Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London). El Consejo Asesor sobre la Convención Internacional de Compraventas de Mercaderías (CISG-AC) fue constituido con la finalidad de contribuir a la comprensión de la CISG, promover y colaborar en su interpretación uniforme.

En su reunión fundacional, que tuvo lugar en París en junio del año 2001, el Profesor Peter Schlechtriem de la Universidad de Friburgo, Alemania, fue elegido presidente del CISG-AG por el término de tres años. El Dr. Loukas A. Mistelis del Centro de Estudios de Derecho Comercial de la Universidad de Londres (“Queen Mary”), fue elegido Secretario del mismo. El Consejo Asesor de la CISG ha sido integrado por: Prof. Emérito Eric E. Bergsten de la Universidad de Pace; Prof. Michael Joachim Bonell de la Universidad de Roma, “La Sapienza”; Prof. E. Allan Farnsworth de la Universidad de Columbia; Prof. Alejandro M. Garro de la Universidad de Columbia; Prof. Sir Roy M. Goode de la Universidad de Oxford; Prof. Sergei N. Lebedev de la Comisión de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa; Prof. Jan Ramberg, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Estocolmo; Prof. Peter Schlechtriem de la Universidad de Friburgo; Prof. Hiroo Sono de la Facultad de Derecho de la Universidad de Hokkaido; Prof. Claude Witz de la Universidad de Saarlandes y de la Universidad de Estrasburgo. Los miembros del Consejo son elegidos por el mismo Consejo. En reuniones subsecuentes, el Prof. Jan Ramberg fue elegido presidente del CISG-AC durante el periodo Junio 2004 a Junio 2007, y el CISG-AC eligió como miembros adicionales a la Prof. Pilar Perales Viscasillas de la Universidad Carlos III de Madrid, a la Prof. Ingeborg Schwenzer de la Universidad de Basilea y al Prof. John Y. Gotanda, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Villanova. Para mayor información acerca del Consejo puede dirigirse a: L.Mistelis@qmul.ac.uk.

incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

OPINIÓN

- 1. El Artículo 74 refleja el principio general del resarcimiento integral.**
- 2. La parte perjudicada por el incumplimiento debe probar la pérdida sufrida con un grado razonable de certeza. La parte perjudicada debe también probar la extensión de la pérdida, pero no está obligada a hacerlo con exactitud matemática.**
- 3. La parte perjudicada tiene derecho a la indemnización por el incumplimiento, la cual suele medirse sobre la base del valor de mercado de la ganancia dejada de obtener debido al incumplimiento, o al costo de las medidas razonables para restablecer la situación económica que hubiese existido si el contrato se hubiese cumplido fielmente.**
 - A. La parte perjudicada tiene derecho a las ganancias netas dejadas de obtener como resultado del incumplimiento.**
 - B. Los daños y perjuicios resarcibles conforme al Artículo 74 pueden incluir aquéllos que se espera que podrían ocasionarse después de que el tribunal valore la indemnización.**
 - C. Los daños y perjuicios comprenden aquellos derivados de la pérdida en el volumen de ventas.**
- 4. La parte perjudicada tiene derecho al resarcimiento del gasto adicional razonablemente incurrido en razón del incumplimiento y de las medidas tomadas para mitigar la pérdida.**
- 5. Conforme al artículo 74, la parte perjudicada no puede recuperar los gastos asociados con el litigio entablado en razón del incumplimiento.**
- 6. La parte perjudicada tiene derecho a la indemnización por la pérdida patrimonial derivada de reclamos de terceros como resultado de incumplimiento del contrato.**
- 7. La parte perjudicada tiene derecho a la indemnización por la pérdida del fondo de comercio (“goodwill”) ocasionada por el incumplimiento del contrato.**
- 8. En caso de incumplimiento del contrato en donde la parte perjudicada celebra una operación de reemplazo razonable sin haber primero resuelto el contrato, la parte perjudicada podrá ser indemnizada conforme al Artículo 74, esto es, con la diferencia que resulte entre el precio de la operación de reemplazo y el precio del contrato.**
- 9. La indemnización no debe colocar a la parte perjudicada en una situación mejor que aquélla en que se habría encontrado si el contrato se hubiese cumplido fielmente.**
 - A. Al valorarse el monto de la indemnización debida a la parte perjudicada, la pérdida derivada del incumplimiento debe ser compensada, en principio, con toda**

ganancia obtenida por la parte perjudicada como consecuencia del incumplimiento del contrato.

B. Conforme al Artículo 74 de la Convención, no se concederán daños punitivos (*punitive damages*) a la parte perjudicada.

COMENTARIOS A LA OPINIÓN NO. 6 DEL CONSEJO ASESOR DE LA CISG

1. El Artículo 74 refleja el principio general del resarcimiento integral.

1.1 El Artículo 74 no contiene reglas específicas para la valoración de los daños y de los perjuicios.² Por el contrario, el Artículo 74 otorga al tribunal la autoridad para determinar “la pérdida sufrida...[por la parte perjudicada] como consecuencia del incumplimiento” según las circunstancias particulares del caso. El objetivo del Artículo 74 es poner a la parte perjudicada en la misma posición económica que ésta tendría si el incumplimiento no hubiera ocurrido y el contrato hubiese sido cumplido fielmente.³ En otras palabras, el Artículo 74 está diseñado para dar a la parte agraviada el “beneficio del negocio”.⁴ Por consiguiente, el Artículo 74 debe ser interpretado de forma amplia para que la parte agraviada sea indemnizada por todas las desventajas sufridas como resultado del incumplimiento del contrato. No obstante, toda pretensión indemnizatoria, incluida aquella prevista por el Artículo 74, está sujeta a las limitaciones impuestas por las doctrinas de la previsibilidad y la mitigación de los daños.⁵

1.2 El principio del resarcimiento integral por el incumplimiento del contrato previsto por el Artículo 74 se encuentra expresamente incorporado al derecho interno de muchos

² El Comentario de la Secretaría establece:

“Como el Artículo 70 se aplica a las acciones por daños y perjuicios del comprador y del vendedor, y éstas pueden dimanar de una amplia gama de situaciones, inclusive las demandas por daños y perjuicios presentados en forma subsidiaria a la petición de que la parte incumplidora cumpla el contrato o a que se lo declare resuelto, no ofrece normas concretas para describir el método por el que procede a determinar “la pérdida ... sufrida ... como consecuencia de ese incumplimiento”. El tribunal judicial o arbitral deberá calcular la pérdida en la forma más adecuada a las circunstancias. En los párrafos siguientes se examinan dos situaciones comunes que pueden plantearse en virtud del Artículo 70 y se sugieren medios para determinar “la pérdida... sufrida... como consecuencia de ese incumplimiento”.

Comentario de la Secretaría Artículo 70 [contraparte del CISG art. 74], *reproducido en* HONNOLD, DOCUMENTARY HISTORY OF THE UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES, Kluwer 1989, p. 449 [en adelante el “El Comentario de la Secretaría”],

disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html>>. No existe comentario oficial sobre la CISG. El Comentario de la Secretaría se refiere al Proyecto de Convención de 1978. Sin embargo El Comentario refleja los propósitos y efectos de la Comisión de Trabajo y provee de un análisis útil del texto oficial de la CISG. Ver KRITZER, GUIDE TO PRACTICAL APPLICATIONS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Kluwer, 1989, p. 2 (“Los comentarios [del Secretaria] son lo más cercano a un Comentario Oficial de la Convención, y cuando son relevantes, constituyen una referencia auténtica sobre el significado de la Convención”).

³ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, COMMENTARY ON THE U.N. CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, 2nd ed., Oxford, 2005, art. 74, ¶ 2; Honnold, Uniform Law for International Sales, 3rd ed., Kluwer, 1998, p. 445 (citando a TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT, Oxford, 1998, p. 82).

⁴ Ver Farnsworth, *Damages and Specific Relief*, 27 Am. J. Comp. L. pp. 247, 249 (1979); Sutton, *Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, 50 Ohio State L.J. pp. 737, 742 (1989).

⁵ CISG Arts. 74, 77.

países.⁶ De igual forma, el principio está consagrado en los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL, por sus siglas en inglés)⁷ y se conforma a las sentencias dictadas por muchos tribunales internacionales.⁸

1.3 Hay que tener en cuenta que las partes podrán acordar desde el principio los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato.⁹ Por ejemplo, las partes podrán limitar el alcance de su responsabilidad en caso de que alguna de las partes terminase el contrato debido a múltiples eventos. Además, las partes podrán incluir en su contrato una cláusula penal, estableciendo un monto fijo de indemnización a pagar por la parte que infrinja el contrato. No obstante, algunas jurisdicciones podrían rechazar la ejecución de dicha cláusula por cuestiones de orden público.¹⁰

2. La parte perjudicada por el incumplimiento debe probar la pérdida sufrida con un grado razonable de certeza. La parte perjudicada debe también probar la extensión de la pérdida, pero no está obligada a hacerlo con exactitud matemática.

2.1 El Artículo 74 no determina de manera expresa hasta qué punto la parte perjudicada debe de probar que ha sufrido una pérdida a efecto de ser indemnizada conforme al Artículo que se comenta.¹¹ Como resultado de ello, se ha originado una controversia respecto de si este asunto se encuentra implícitamente tratado por la Convención o si este es más bien un asunto procesal que debe ser resuelto conforme a la ley local aplicable. Algunos tribunales arbitrales y judiciales han sostenido a este respecto que el asunto es del orden

⁶ Ver HARRIS/TALLON, *CONTRACT LAW TODAY: ANGLO-FRENCH COMPARISONS*, Oxford 1989, p. 274; Draetta, et al., *Transnational Contract Law in THE LAW OF TRANSNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS*, Federation Press, 2003, § 4:50; *Robinson v. Harman* 1 Exch p. 850 (1848); *The Unique Mariner* [1979] 1 Lloyd's Rep. 37, 54; WADDAMS, *THE LAW OF DAMAGES*, Canada Law Book Limited, 1983, ¶ 536; CORBIN, *CORBON ON CONTRACTS*, West, 1952, p. 525; CANADA, *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, *Supreme Court of Canada*, 1979, 1 S.C.R. p. 663.

⁷ Principios UNIDROIT art. 7.4.2; PECL art. 9:502.

⁸ Ver *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co.*, *Arbitral Award*, 15 March 1963, reproducido en 35 I.L.R. pp. 136, 182 (1967); *Delagoa Bay and East African Railway Co. (U.S. and Great Britain v. Portugal)* (1900), resumido en su parte pertinente en WHITEMAN, *DAMAGES IN INTERNATIONAL LAW*, William S. Hein & Co., 1943, vol. 3, pp. 1694, 1697; ver también WESTBERG, *INTERNATIONAL TRANSACTIONS AND CLAIMS INVOLVING GOVERNMENT PARTIES: CASE LAW OF THE IRAN-U.S. CLAIMS TRIBUNAL*, Int'l. Law Inst., 1991, p. 190. El árbitro que intervino en el reconocido caso *Sapphire* explicó el principio de la siguiente manera:

De acuerdo con la opinión generalizada, el propósito de la indemnización de los daños es poner a la parte perjudicada en la misma situación económica en la cual esta habría estado si el contrato hubiera sido cumplido en la forma acordada por las partes al tiempo de su celebración. ... Esta regla simplemente se deduce del principio *pacta sunt servanda*, dado que su único efecto es remplazar la obligación incumplida por una obligación pecuniaria. Por ello es natural que el acreedor deba recibir un resarcimiento integral. Esta indemnización incluye la pérdida sufrida (*damnum emergens*), tal como los gastos incurridos en el cumplimiento del contrato, y los perjuicios (*lucrum cessans*), tal como la ganancia neta que el contrato habría producido.

Sapphire, 35 I.L.R. pp. 185-86.

⁹ CISG art. 6.

¹⁰ FARNSWORTH, *FARNSWORTH ON CONTRACTS*, Aspen, 2004, vol. 3, § 12.18.

¹¹ La doctrina ha concluido que la CISG impone a la parte actora la carga de la prueba. Ver ENDERLEIN/MASKOW, *INTERNATIONAL SALES LAW*, Oceana Publications 1992, p. 298. No obstante, la CISG no requiere expresamente que los daños sean probados con exactitud. Ver Saidov, *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, § 5 (2001), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>> .

procesal, fuera del ámbito de aplicación de la Convención.¹² Sin embargo, esta postura podría ser contraproducente y resultar en un trato diferencial a partes que se encuentran en una situación similar.

2.2 Para ser indemnizada por el incumplimiento del contrato, la parte perjudicada debe probar que ha sufrido una pérdida como consecuencia del incumplimiento. En los países del *common law*, el grado de prueba se encuentra en el requisito impuesto a la parte actora de probar “la certeza del daño”. Normalmente esto quiere decir que la parte perjudicada debe probar con un grado razonable de certeza que una pérdida ha sido sufrida o será sufrida.¹³ Algunos países de tradición jurídica civilista también requieren que los daños sean determinados razonablemente en cuanto a su existencia pero no en relación a su cuantía,¹⁴ mientras que otros imponen un grado de prueba más alto para reclamar indemnización, principalmente en lo que respecta a la reclamación de los perjuicios.¹⁵

2.3 La existencia de reglas diversas relativas a la prueba del daño podría resultar en un trato diferencial hacia partes que se encuentran en una situación similar. Por ejemplo, compradores que intentan probar pérdidas futuras suelen basarse en supuestos de precios de mercado y en el volumen de ventas futuras. Si el vendedor se rehúsa inapropiadamente a entregar un producto nuevo o un producto que el comprador no había vendido previamente en su mercado, habría muy poca evidencia concreta sobre como el comprador podría fundar su reclamo indemnizatorio, el cual básicamente consistiría en el perjuicio o ganancia dejada de obtener.¹⁶ En tal caso, es probable que en aquellas jurisdicciones que requieran un alto grado de prueba respecto al hecho de que la parte perjudicada ha sufrido una pérdida, no concederán la indemnización de los perjuicios de acuerdo al Artículo 74. Sin embargo, en los países que establecen un grado de prueba más relajado, la parte perjudicada podrá recuperar la compensación de tales perjuicios. Este resultado sería injusto y minaría el propósito de la Convención de proveer una ley uniforme para la venta de mercaderías. Además, una postura

¹² Ver ESTADOS UNIDOS, *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, U.S. Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1996, CISG-online.ch 140; ver también FINLANDIA, *Helsingin Hoviokous*, 26 Oct. 2000, CISG-online.ch 1078; SWITZ., *Bezirksgericht der Saane*, 20 Feb. 1997, CISG-online.ch 426; ARBITRATION, ICC Court of Arbitration, 23 Jan. 1997 CISG-online. ch 236. Un comentarista al revisar las sentencias dictadas sobre la CISG en la Federación Rusa concluye que los tribunales arbitrales usualmente hacen uso de su facultad discrecional para determinar el grado de prueba necesario. Ver Saidov, *Cases on CISG Decided in the Russian Federation*, 7 VINDOBONA J. INT'L COM. L. & ARB. pp. 1-62, 50 (2003).

¹³ Ver ESTADOS UNIDOS, *Bagwell v. Middle S. Energy*, U.S. Court of Appeals (5th Cir.), 1986, 797 F.2d p. 1298; ESTADOS UNIDOS, *Locke v. ESTADOS UNIDOS*, U.S. Court of Claims, 1960, 283 F.2d p. 521; UNITES STATES, *Kozlowski v. Kozlowski*, New Jersey Supreme Court, 1979, 403 A.2d p. 902; CHITTY ON CONTRACTS, 24th ed., Sweet & Maxwell, 1977, vol. 1, §1562; CARTER/HARLAND, CONTRACT LAW IN AUSTRALIA, 4th ed., LexisNexis, 2002, ¶¶ 2117; ver también RESTATEMENT, CONTRACTS (SECOND) § 352 (1981) (U.S.); DOBBS, LAW OF REMEDIES, West, 1993, §§ 12.4(3), 12.9(2); MCGREGOR, MCGREGOR ON DAMAGES, 14th ed., Sweet & Maxwell, 1980, § 261; ver también WADDAMS, *op. cit.*, ¶ 1051; LAUDO ARBITRAL, Laudo Final en el Caso No. 78445 of 1996, *reimpreso en XXVI Y.B. COM ARB.* pp. 167, 175 (2001) (*citando* INDIA, *State of Kerala v. K. Bhaskaran*, AIR (1985) Kerala p. 55); ROBERT DUNN, RECOVERY OF DAMAGES FOR LOST PROFITS, 5th ed., Cromwell-Smith, 1998, § 1.6; Gotanda, *Recovering Lost Profits in International Disputes*, 36 GEO J. INT'L L. p. 61 (2005).

¹⁴ Ver Simont, *Belgium*, en TRANSNATIONAL LITIGATION, Oceana, 2003, p. BEL-64; Vargas/Lira, *Brazil*, in TRANSNATIONAL LITIGATION, Oceana, 1997, p. BRA-11.

¹⁵ Wirth et al., *SUIZA*, in TRANSNATIONAL LITIGATION, Oceana, 1997, p. SWI- 77.

¹⁶ La Corte de Apelaciones de Helsinki trató un caso similar en el que el vendedor había rehusado la entrega de carpetas de plástico que el comprador no había previamente comercializado. Ver FINLANDIA, *Helsingin hoviokous*, 26 Oct. 2000, CISG-online.ch 1078. En este caso el comprador había concluido un contrato condicionado con un tercero para revenderle los plásticos. Id. Al estimar la pérdida causada al comprador como resultado del incumplimiento del vendedor, el tribunal sostuvo que la meta de reventa del comprador no era base suficiente para estimar los perjuicios. Id.

tal sería contraria al principio general del resarcimiento integral. También podría establecer un incentivo a las partes para incumplir sus obligaciones contractuales. Como lo ha explicado un tribunal, en un caso fuera del ámbito de la CISG:

“[S]i la indemnización estuviese limitada a lo que la parte actora ha gastado en expectativa del contrato que ha sido incumplido, se crearía un incentivo contrario a la moral contractual: los obligados encontrarían un interés en incumplir contratos que resultan ser valiosos para sus contrapartes. Las partes no concluyen contratos que implican un riesgo para obtener el reembolso de sus costos. Limitar la indemnización de la víctima del incumplimiento a sus gastos reales es transformarlo en un prestamista, lo que es intolerable cuando dicha parte soportaba el riesgo total de la inversión basada en la fortaleza del contrato.”¹⁷

2.4 Además, desde una perspectiva de política pública, la parte responsable por el incumplimiento no debería evadir su responsabilidad por el simple hecho de que no ha sido posible probar con certeza absoluta la pérdida ocasionada por la conducta ilegal del deudor de la obligación.¹⁸ Como lo precisara un tribunal de los Estados Unidos: “es especialmente en la cuantificación de los perjuicios que los tribunales imponen al deudor el riesgo de la incertidumbre que resulta de su incumplimiento.”¹⁹

2.5 Más aún, basarse en la ley procesal aplicable para resolver este asunto podría ser contraproducente,²⁰ ya que la caracterización de un asunto como sustantivo o procedimental suele variar dependiendo de la jurisdicción y de las circunstancias del caso particular.²¹ El análisis debería centrarse sobre si el asunto está regulado por la Convención; examinando “los propósitos y las políticas de disposiciones particulares así como la Convención en su conjunto” y teniendo en cuenta la necesidad de una interpretación uniforme.²²

¹⁷ LAUDO ARBITRAL, *Himpurna California Energy Ltd. v. P.T.* (Persero) Perusahaan Listrik Negara, Final Award of 4 May 1999, reimpresso en XXV Y.B. COM. ARB. pp. 13, 83-84 (2000).

¹⁸ Ver ESTADOS UNIDOS, *Southwest Battery Corp. v. Owen*, Texas Supreme Court, 1938, 115 S.W.2d p. 1097 (“Una parte que incumple su contrato no puede evadir su responsabilidad por el hecho de que es imposible determinar o probar con perfecta medida del daño.”); ESTADOS UNIDOS, *Super Valu Stores, Inc. v. Peterson*, Alabama Supreme Court, 1987, 506 So.2d p. 317 (“[E]l riesgo de la incertidumbre debe ser soportado por el demandado quién con su conducta ilegal causó el daño.”)

¹⁹ ESTADOS UNIDOS, *Mid-America Tablewares, Inc. v. Mogi Trading Co.*, U.S. Court of Appeals (7th Cir.), 1996, 100 F.3d p. 1353.

²⁰ Ver ZELLER, DAMAGES UNDER THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Oceana, 2005, pp. 158-59 (la distinción sustancia-proceso permite a los tribunales aplicar la ley local con la que están más familiarizados, lo que conlleva a un *forum shopping* en algunos casos en que la ley procedimental ha sido aplicada en lugar de un tratado internacional, “la aplicación de la ley procesal local afectó el proceso de lo que hubiese podido ser una aplicación uniforme del derecho sustantivo”).

²¹ Ver Orlandi, Procedural Law Issues and Law Conventions, 5 UNIFORM L. REV. p. 23 (2000); ver también, ESTADO UNIDOS, *Sun Oil Co. v. Wortman*, U.S. Supreme Court, 1998, 486 U.S. p. 717 (“Excepto en los extremos, los términos “sustancia” y “proceso” describen muy poco aparte de una dicotomía, y lo que estos significan en un contexto particular está ampliamente determinado por el objeto por el cual la dicotomía fue definida.”); ESTADOS UNIDOS, *Hanna v. Plumer*, U.S. Supreme Court, 1965, 380 U.S. p. 460 (“La línea entre la “sustancia” y el “procedimiento” cambia así como cambie el contexto legal. Cada uno tiene implícito variantes dependiendo del problema particular para el cual es utilizado.”) Ver también Gotanda, *Awarding Interest in International Arbitration*, 90 AM J. INT'L L. p. 40 (1996) (destacando que “muchos países consideran el otorgamiento de intereses como un tema de derecho sustantivo, mientras que otros consideran esta reglas como procedimentales).

²² Ver BIANCA/BONELL/Knapp, COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION, Giuffrè, Milano, 1987, art. 7, ¶¶ 2.2.1-2.3.1 (estableciendo que en casos de ambigüedad o oscuridad en el texto y lagunas, “los tribunales deben, en la medida de lo posible, abstenerse de aplicar leyes domésticas y tratar de encontrar una solución en la Convención misma”, teniendo en cuenta “los propósitos y políticas de disposiciones particulares así como la Convención en su conjunto”).

2.6 Dada la necesidad de promover el carácter internacional de la Convención y la uniformidad en su aplicación, a la luz de los propósitos y políticas del Artículo 74, la parte perjudicada es quien soporta la carga de probar con un grado razonable de certeza que ha sufrido una pérdida como consecuencia del incumplimiento. La imposición de un estándar “razonable” no debe ser vista como radical, sino acorde con la Convención en su conjunto, como lo destaca un comentarista:

“[E]n distintas ocasiones la Convención se refiere a las partes como personas “razonables” (ver, v.gr., Artículos 8 (2) y (3); 25; 35 (1)(b); 60; 72 (2); 75; 77; 79 (1); 85; 86; 88(2)), también requiere que un acto determinado sea ejecutado o que se comunique dentro de un “plazo razonable” (ver, v.gr., Artículos 18 (2); 33 (3); 39 (1); 43 (1); 47; 49; 63; 64; 65; 73 (2)), y distingue entre gasto, inconveniente y excusa “razonable” y “no razonable” (ver, v.gr., Artículo 43; 37; 48; 87; 88 (2) y (3)). Estas referencias demuestran que de acuerdo a la Convención el examen de *razonabilidad* constituye un criterio general para evaluar la conducta de las partes, del cual se puede hacer uso en ausencia de reglamentación específica.”²³

2.7 Requerir a la parte perjudicada que pruebe, con un grado razonable de certeza, que ha sufrido una pérdida concuerda plenamente con lo establecido por los Principios UNIDROIT y los PECL.²⁴ Los Principios UNIDROIT establecen: “[L]a compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.”²⁵ El comentario además provee que lo anterior “reafirma el conocido requisito de certeza del daño...”²⁶ Los PECL establecen: “[L]as pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias; y (b) Futuras pérdidas previsibles y probables.”²⁷

2.8 Este requisito también se conforma con el derecho interno de muchos países.²⁸ Además, dicho requisito es conforme con un número importante de sentencias judiciales y laudos arbitrales que igualmente requieren que la pérdida sea probada con certeza razonable.²⁹

²³ BIANCA/BONELL/Bonell, op. cit., art. 7, ¶ 2.3.2.2; ver Saidov, *Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages*, 22 J. CONT. L. p. 1 (Mar. 2006).

²⁴ Ver Eiselen, *Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG*, ¶ k, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>>; Blase/Höttler, *Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)*, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp74.html>>.

²⁵ Art. 7.4.3.

²⁶ Art. 7.4.3 cmt. 1 (énfasis añadido).

²⁷ Art. 9:501(2) (énfasis añadido).

²⁸ Ver Hahnkamper, *Austria*, en TRANSNATIONAL LITIGATION, Oceana, 1999, p. AUS-88; Simont, op. cit., p. BEL-63 (Belgium); Wirth, op. cit., p. SWI-76 (Switz.) (citando GAUCH/SCHLUEP, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT, ALLGEMEINER TEIL, Zürich, 6th ed., 1995, vol. 2, pp. 2624, 2630, 2726; RESTATEMENT, CONTRACTS (SECOND) § 352 (1981) (U.S.); ver también Gotanda, *Lost Profits*, op. cit., p. 87 (“[E]n general, la parte actora debe probar los perjuicios con certeza razonable. En muchos países, sin embargo, la regla de certeza sólo se aplica en aquellos casos en que el incumplimiento resultó en una ganancia futura pérdida y no sobre el monto de la ganancia pérdida.”).

²⁹ FINLANDIA, Helsingin Hoviokous, 26 Oct., 2000, CISG-online.ch 1078; RUSIA, ICA Arbitral Tribunal, 27 July, 1999, CISG-online.ch 779; ESTADOS UNIDOS, Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp., U.S. Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1995, CISG-online.ch 140; ver también TeeVee Toons, Inc. v. Gerhard Schubert GmbH, No. 00 Civ. 5189 (RCC) (U.S. Dist. Ct. S.D.N.Y. Aug. 23, 2006), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html>>.

2.9 Si la parte perjudicada puede probar los daños sufridos con certeza razonable, después deberá probar la extensión de los mismos, pero no necesita hacerlo con exactitud matemática.³⁰ La parte perjudicada sólo está obligada a proveer la base sobre la cual el tribunal pueda estimar razonablemente la extensión del daño. La parte agraviada podría hacer esto, por ejemplo, a través de peritos, información financiera y económica, análisis y sondeos de mercado o reportes de negocios similares.³¹ Este requisito establece un justo equilibrio entre la necesidad de prueba sobre la cual los tribunales puedan valorar la indemnización por daños y perjuicios y la comprobada dificultad de probar que toda pérdida, en realidad, se deriva del acto ilícito del responsable por el incumplimiento.³²

3. La parte perjudicada tiene derecho a la indemnización por el incumplimiento, la cual suele medirse sobre la base del valor de mercado de la ganancia dejada de obtener debido al incumplimiento, o al costo de las medidas razonables para restablecer la situación económica que hubiese existido si el contrato se hubiese cumplido fielmente.

3.1 De conformidad con el Artículo 74, la parte perjudicada tiene derecho a ser indemnizada por el valor de su interés contractual frustrado a efecto de recibir los beneficios del negocio esperados. Este tipo de pérdida es algunas veces llamado daño del incumplimiento, daño directo o pérdida del valor. Este es comúnmente medido “restando el valor de lo que de hecho recibió, si algo recibió, al valor de la prestación contractual que la parte perjudicada debió haber recibido conforme al contrato.”³³

³⁰ Cf. C.c. art. 1226 (Italy); BW art. 6:105 (Neth.); ESTADOS UNIDOS, *California Lettuce Growers v. Union Sugar Co.*, California Supreme Court, 1955, 289 P.2d pp. 785, 793. Los comentarios al Código de Comercio Uniforme de los EE.UU. “rechazan la doctrina que establece que los daños deben ser calculados con exactitud matemática,” al establecer que “[l]a indemnización compensatoria es comúnmente muy aproximativa; la pérdida que da derecho a la indemnización debe ser probada con cualquier medio o hecho que lo permita, pero no más.” U.C.C. § 1-106 cmt. 1 (U.S.). Los Principios UNIDROIT establecen que “Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.” Los Principios UNIDROIT, art. 7.4.3(3).

³¹ Ver ESTADOS UNIDOS, *Butler v. Westgate State Bank*, Kansas Supreme Court, 1979, 596 P.2d p. 156; ESTADOS UNIDOS, *Alliance Tractor & Implement Co. v. Lukens Tool & Die Co.*, Nebraska Supreme Court, 1979, 281 N.W.2d p. 778; ESTADOS UNIDOS, *Houston Exploration, Inc. v. Meredith*, Nevada Supreme Court, 728 P.2d p. 437 (1986); ESTADOS UNIDOS, *Edwards v. Container Kraft & Paper Supply Co.*, California Court of Appeals, 1958, 327 P.2d p. 622; RESTATEMENT, CONTRACTS (SECOND) § 352 cmt. b (1981) (U.S.). En un caso no regulado por la CISG, la parte actora calculó los daños y perjuicios reclamados en base a pronósticos detallados acerca de resultados esperados durante un periodo de tiempo, incluyendo el pronóstico de la capacidad de producción de una fábrica que el demandado no había terminado, las ventas previstas del producto que se planeaba fabricar en la fábrica (previsiones basadas en testimonios de clientes que habrían comprado ciertas cantidades del producto a precios competitivos en el mercado). El tribunal “aceptó que el monto de los daños y perjuicios estimados por el actor representaba lo que justamente habrían sido las ganancias percibidas durante dicho periodo de tiempo, si el demandado hubiese cumplido conforme al contrato”. SUECIA, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Interim Award of 17 July 1992 and Final Award of 13 Jul. 1993, *reimpreso en su parte pertinente en XXII Y.B. COM. ARB.* p. 197 (1997).

³² Como ha señalado un tribunal en el Laudo definitivo en el Caso No. 8362 of 1995, no aplicada la CISG:

Con respecto al cálculo del monto de la indemnización, factores de contrapeso son tomados en cuenta por la ley: por una parte, debe haber una base sobre la cual los daños alegados puedan ser calculados. Esto no pueden ser el producto de la mera especulación que no se apoye en pruebas tangibles. Por otra parte, la ley no premiará a la parte responsable del daño, privando a la otra parte de la indemnización sólo porque no existe una base precisa para determinar el monto de la indemnización. LAUDO ARBITRAL, Final Award in Case No. 8362 of 1995, *reimpreso en su parte pertinente en XXII Y.B. COM. ARB.* pp. 164, 177 (1977).

³³ FARNSWORTH, *op. cit.*, § 12.9; Ver, v.gr., ALEMANIA, LG Trier, 12 Oct. 1995, CISG online. ch 160. El Comentario de la Secretaría establece:

3.2 En otros casos, la parte perjudicada podrá tomar medidas para colocarse en la misma situación económica que hubiese existido si el contrato se hubiese cumplido fielmente. En tales circunstancias, la parte perjudicada tiene derecho a recuperar el costo de esas medidas, siempre que las mismas fueran razonables.³⁴ Por ejemplo, cuando el vendedor entrega mercaderías defectuosas y el comprador las repara, los tribunales han acordado a la parte perjudicada, entre otras cosas, los gastos incurridos en la reparación de las mercaderías.³⁵ Además, cuando el vendedor de manera injustificada retrasa la entrega de las mercaderías y el comprador emplea medidas para reducir o superar la pérdida temporal de las mercaderías, los tribunales han acordado al comprador agraviado los gastos que incurrió para reducir o superar la pérdida del beneficio del cumplimiento. Por ejemplo, en una sentencia del Tribunal Provincial de Apelaciones de Colonia, Alemania, del 8 de enero de 1997, el vendedor de máquinas curtidoras que había recuperado las mismas para ajustarlas, no las regresó al comprador en la fecha establecida. El comprador entonces contrató los servicios de un tercero para llevar a cabo la curtiduría de sus productos de piel. El tribunal decidió que, de acuerdo al Artículo 74, el comprador tenía derecho a recuperar el precio pagado al tercero por los servicios de curtiduría, ya que los mismos eran considerados como razonables dadas las circunstancias.³⁶

3.3 El Comentario de la Secretaría provee el siguiente ejemplo:³⁷

“El contrato prevé la venta de 100 toneladas de cereales por un precio FOB de 50.000 dólares. Cuando se entregaron, tenían más humedad de la admisible con arreglo a la descripción que figuraba en el contrato y, como consecuencia, eran de inferior calidad. El costo adicional que significó para el comprador secar los cereales ascendió a US\$ 1.500. Si la calidad de los cereales hubiera sido la contratada su valor hubiese ascendido a US\$ 55.000 dólares, pero debido al deterioro causado por la humedad, sólo valieron US\$ 51.000.

Si la mercadería entregada tenía un valor reconocido-fluctuante, la pérdida para el comprador equivaldría a la diferencia entre el valor de la cosa tal como existía y el valor que hubiera tenido si se hubiese entregado en la forma estipulada en el contrato. Como esta fórmula está destinada a colocarle en las mismas condiciones económicas en que habría estado si el contrato se hubiera cumplido en forma adecuada, el precio contractual de la mercadería no constituye un elemento para calcular los daños y perjuicios.

Comentario de la Secretaría, *op. cit.*, art. 70 [proyecto contraparte de la CISG art. 74], ¶ 7.

³⁴ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 14.

El Comentario de la Secretaría establece:

Quando el vendedor entrega y el comprador retiene mercaderías defectuosas, la pérdida sufrida por el comprador podrá calcularse de distintas formas. Si el comprador puede subsanar el defecto, a menudo su pérdida equivaldrá al costo de las reparaciones. Si las mercaderías entregadas eran máquinas-herramientas, la pérdida del comprador podría incluir el valor de la producción perdida en el período en que no pudieron usarse.

Comentario de la Secretaría, *op. cit.*, art. 70 [proyecto contraparte de la CISG art. 74], ¶ 6.

³⁵ AUSTRIA, OGH, 14 Jan., 2002, CISG-online.ch 643; Ver also CANADA, *Nova Tool and Mold Inc. v. London Industries Inc.*, Ontario Court, 16 Dec. 1998, CISG-online.ch 572; ALEMANIA, AG Mchen, 23 June 1995, CISG-online.ch 368. Intentos fallidos por reparar las mercaderías también podrán ser indemnizados. Ver ESTADOS UNIDOS, *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, U.S.Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1995, CISG-online.ch 140.

³⁶ Ver ALEMANIA, OLG Köln, 8 Jan., 1997, CISG-online.ch 217.

³⁷ Comentario de la Secretaría, *op. cit.*, art. 70 [proyecto contraparte de la CISG art. 74], ¶ 7.

Precio del contrato	\$50 000
Valor que habrían tenido los cereales si se los hubiera entregado en la forma estipulada en el contrato	\$55 000
Valor de los cereales en la forma en que se los entregó	<u>\$51 000</u>
	\$4 000
Gastos adicionales por secado de los cereales	<u>\$1 500</u>
Pérdida derivada del incumplimiento	\$5 500”

3.4 Este enfoque concuerda con lo establecido por los Principios UNIDROIT y los PECL.³⁸ Los principios UNIDROIT en su artículo 7.42(1) establece: “La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada...”³⁹. De igual forma, los PECL en su artículo 9:502 declara: “El cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener.”⁴⁰

3.5 La parte perjudicada también podrá recuperar las pérdidas derivadas de la baja en el tipo de cambio de la moneda, si la parte perjudicada puede probar que hubiera recibido un valor monetario más alto si la parte responsable del incumplimiento hubiese pagado el precio conforme al contrato.⁴¹ En este tipo de situaciones, la pérdida sufrida puede ser estimada a partir de la diferencia entre el valor de conversión de la moneda al momento en que el pago era debido y el valor de conversión de la moneda al momento del pago.⁴²

3.6 El siguiente ejemplo ilustra este punto. Asumamos que el contrato exige que el comprador pague US \$10,000 al tiempo de la entrega de las mercaderías, a un vendedor situado en el país X, donde la moneda es el Euro y el tipo de cambio (al tiempo de la entrega) es de US \$10,000 = Euro \$10,000. Supongamos que el comprador, de manera injustificada, se rehúsa a pagar al vendedor y éste entabla una demanda ante un tribunal Estadounidense

³⁸ Para conocer la discusión sobre las diferencias que existen entre las disposiciones de la CISG concernientes a la valorización de los daños y aquellas del Código de Comercio Uniforme de los EE.UU., adoptado por la mayoría de los Estados, ver Flechtner, *Remedies under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.*, 8 J.L. & COM. pp. 53, 97-107 (1988).

³⁹ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales art. 7.4.2 (2004). Para una comparación sobre las disposiciones de la CISG concernientes a la valorización de los daños y aquellas de los Principios UNIDROIT, ver Eiselen, *op. cit.*; ver también Garro, *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG*, 69 TULANE L. REV. pp. 1149, 1152 (1995).

⁴⁰ Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) art. 9:502 (Preparados por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando and Hugh Beale eds., 2000). Para una comparación sobre las disposiciones de los PECL, ver Blase/Höttler, *op. cit.*

⁴¹ La parte perjudicada podría sufrir pérdidas derivadas de la devaluación de la moneda cuando el deudor no realiza el pago en el momento pactado, y en el intervalo entre la exigibilidad de la obligación y la recepción del pago, el tipo de cambio entre la moneda pactada en el contrato y la moneda local de la parte perjudicada se pone a la baja. Ver UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, disponible en <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/555/63/PDF/V0455563.pdf>>; ver también F.A. MANN, *THE LEGAL ASPECT OF MONEY*, Oxford, 4th ed., 1982, p. 286.

⁴² Ver SUIZA, HG Zürich, 5 Feb. 1997, CISG-online.ch 327; NUEVA ZELANDA, *Issac Naylor & Sons Ltd. v. NUEVA ZELANDA Cooperative Wool Marketing*, 1981, 1 N.Z.L.R. p. 361; ver también Vroegop, *Exchange Losses on an International Sale of Goods*, 1982 N.Z.L.J. pp. 3-4.

con miras a recuperar el pago. Sin embargo, para cuando el tribunal decide a favor del vendedor, US \$1 sólo equivale a Euro \$0.7692. Es decir, otorgarle al vendedor US\$ 10,000 equivaldría a otorgarle sólo Euro \$7692. El vendedor tiene por tanto derecho al pago de acuerdo al contrato (US \$10,000) más US \$3,000 adicionales, que darían al vendedor el equivalente a Euro \$10,000.

3.7 Aunque la Convención no señala explícitamente como los tribunales deben tratar el asunto de la pérdida derivada de la fluctuación en el tipo de cambio, el principio del resarcimiento integral impone que la parte perjudicada debe ser indemnizada por dicha pérdida.⁴³ Ha existido cierta confusión sobre si la pérdida derivada de la devaluación de la moneda podrá ser recuperada conforme a la Convención, principalmente en consideración de la teoría o principio nominalista y la regla de que el acreedor por regla general soporta el riesgo de la baja en el tipo de cambio.⁴⁴ Aunque el acreedor (parte agraviada) soportará, de hecho, el riesgo de la fluctuación en el tipo de cambio durante el curso del contrato, no debería continuar soportando este riesgo de que la deuda se encuentre vencida.⁴⁵ Si tal fuera el caso, se le estaría imponiendo a la parte afectada un riesgo que la misma no esperaba asumir conforme al contrato. Además, cuando la moneda de pago se encuentra en continuo descenso, el deudor contaría con un incentivo para realizar el pago lo más tarde posible.⁴⁶

3.8 Un buen número de tribunales han otorgado indemnización por la pérdida derivada del tipo de cambio conforme al Artículo 74.⁴⁷ Sin embargo, los mismos tribunales han limitado la indemnización a casos en que el acreedor (parte agraviada) puede mostrar que si hubiese recibido el pago en su momento, hubiera obtenido un valor más alto, al convertir el dinero a su moneda local.⁴⁸ Pero cuando el acreedor de una deuda en moneda extranjera lleva a cabo sus negocios en una moneda diferente, es presumible que tal parte convertirá inmediatamente la divisa extranjera y por lo tanto tendrá derecho al valor determinado por el tipo de cambio al vencimiento de la obligación.⁴⁹ También pueden las pérdidas originarse de la devaluación de la moneda cuando la moneda del contrato es también la moneda local del acreedor. Esta situación es distinta de las pérdidas originadas por el descenso en el tipo de cambio, pérdidas que por lo general no han sido consideradas como indemnizables.⁵⁰

⁴³ Ver Eiselen, *op. cit.*; Saidov, *Cases on CISG Decided in the Russian Federation*, 7 VINDOBONA J. INT'L COM. L. & ARB. pp. 1, 44-45 (2003); Ver también ENDERLEIN/MASKOW, *op. cit.*, p. 298.

⁴⁴ Ver, ALEMANIA, LG Heidelberg, 27 Jan. 1981, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/810127g1.html>> (ULIS precedent); RUSIA, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (ICAC), 21 Apr. 1994, resumido en su parte relevante en Saidov, *op. cit.*, p. 44 n.197; ver también, Saidov, *op. cit.*, pp. 44-5 (quien analiza casos y concluye que ICAC ha generalmente rechazado la recuperación de las pérdidas derivadas del tipo de cambio basado en la teoría de que la pérdida es un asunto doméstico cuyo riesgo debe asumir el acreedor y que no debería ser impuesto al deudor). En general el principio nominalista sólo aplica a transacciones monetarias individuales y no es contradictorio con la recuperación de la pérdida por el tipo de cambio en contratos internacionales multi-monetarios. Ver, Brand, *Exchange Loss Damage and the Uniform Foreign-Money Claims Act: The Emperor Hasn't All His Clothes*, 23 LAW & POL'Y INT'L BUS. pp. 1, 44 (1992).

⁴⁵ Ver MANN, *op. cit.*, pp. 108, 286; Brand, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁶ Ver también Brand, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁴⁷ Ver SUIZA, *DT Ltd. v. B. AG*, HG St. Gallen, 3 Dec. 2002, CISG-online.ch 727; SUIZA, HG Zürich, 5 Feb. 1997, CISG-online.ch 327; HOLANDA, *Gruppo IMAR v. Protech Horst*, District Court Roermond, 6 May 1993, CISG-online.ch 454; ver también ALEMANIA, *OLG Düsseldorf*, 14 Jan. 1994, CISG-online.ch 119.

⁴⁸ Ver ALEMANIA, *OLG Düsseldorf*, 14 Jan. 1994, CISG-online.ch 119; ver también SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 17.

⁴⁹ Ver SUIZA, *DT Ltd. v. B. AG*, HG St. Gallen, 3 Dec. 2002, CISG-online.ch 727; ver también SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 17.

⁵⁰ Ver ITALIA, *Tessile v. Ixela*, District Court Pavia, 29 Dec. 1999, CISG-online.ch 678; ALEMANIA, *OLG Düsseldorf*, 14 Jan. 1994, CISG-online.ch 119; ver también ENDERLEIN/MASKOW, *op. cit.*, p. 302. En el caso *Tessile v. Ixela*, un vendedor italiano interpuso una demanda por el faltante del pago de una compraventa de

3.9 Muchas leyes y tribunales nacionales han indemnizado las pérdidas derivadas del tipo de cambio.⁵¹ Además, los Principios UNIDROIT y los PECL conceden a la parte perjudicada acciones y derechos en caso de declive del tipo de cambio después del vencimiento de la deuda.⁵² Sin embargo, estos lo hacen requiriendo que el pago sea hecho conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo. En otras palabras, en lugar de reconocer la pérdida provocada por la devaluación de la moneda como daño, los Principio UNIDROIT y los PECL expresamente establecen el mismo resultado al permitir al tribunal fijar la indemnización conforme a un tipo de cambio apropiado, de modo que la parte perjudicada no sufra una pérdida por una modificación en el tipo de cambio post-incumplimiento.⁵³ Dado que la Convención no contiene disposición expresa que reglamente este punto, es más apropiado considerar dicha pérdida como daño indemnizable conforme al Artículo 74.⁵⁴

A. La parte perjudicada tiene derecho a las ganancias netas dejadas de obtener como resultado del incumplimiento.

3.10 El perjuicio o lucro cesante es el único tipo de daño expresamente mencionado en el Artículo 74.⁵⁵ El Artículo 74 prevé que la parte actora podrá recuperar “el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener... como consecuencia del incumplimiento.”⁵⁶ El Comentario de la Secretaría explica que la referencia específica al perjuicio o lucro cesante fue hecha porque “en algunos sistemas jurídicos el concepto de "pérdida" en si no incluye ese lucro.”⁵⁷

3.12 La Convención no contiene reglas específicas para calcular el perjuicio. Cada tribunal tiene la facultad de calcular la indemnización caso por caso.⁵⁸ La indemnización de los perjuicios es conforme con el principio del resarcimiento integral establecido por el Artículo 74, esto es, el objetivo es colocar a la parte perjudicada en la misma situación económica en la que ésta habría estado si el contrato hubiese sido cumplido fielmente.⁵⁹ Las

textiles de moda; contrato que preveía el pago en liras italianas. Sin embargo, el tribunal sostuvo que “[n]ada es debido por una pérdida mayor derivada de la devaluación porque, en el periodo de tiempo relevante, la tasa de intereses legales ha sido siempre más alta que el porcentaje de inflación.” *Id.* Por lo tanto, conforme al tribunal, la devaluación de la moneda en el curso ordinario de los negocios debe ser indemnizada a través del otorgamiento de intereses.

⁵¹ Ver NUEVA ZELANDA, *Issac Naylor & Sons Ltd. v. NUEVA ZELANDA Cooperative Wool Marketing*, 1981, 1 N.Z.L.R. p. 361; REINO UNIDO, *Milliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.*, 1976 A.C. pp. 443, 465; MANN, *op. cit.*, pp. 286-87.

⁵² Ver Principios UNIDROIT art. 6.1.9(4); PECL art. 7:108(3).

⁵³ Ver PECL art. 7:108 cmt.; RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW § 823(2) (1986) (U.S.). PECL art. 9:510 cmt.

⁵⁴ Depender de las leyes nacionales para indemnizar a la parte perjudicada por la pérdida sufrida debido a una modificación en el tipo de cambio provocaría que partes en circunstancias iguales recibieran resultados diferentes porque tales leyes difieren de país en país. Ver en lo general GOTANDA, SUPPLEMENTAL DAMAGES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Kluwer, 1998, § 4 (analizando leyes nacionales respecto de daños en monedas extranjeras y anotando que hay tres fechas generales en la cuales la convención tiene que aplicarse; la fecha del incumplimiento, la fecha de la sentencia o laudo, la fecha del pago. Pero cf. ESTADOS UNIDOS, *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, U.S. Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1995, CISG-online.ch 140 (aplying New York Breach-Date rule to convert Italian lira to U.S. dollars); ESTADOS UNIDOS, *Schmitz-Werke v. Rockland*, U.S. Court of Appeals (4th Circuit), 21 Jun. 2002, CISG-online.ch 625.

⁵⁵ Ver CISG art. 74; ver también El Comentario de la Secretaría, *op. cit.*, art. 70 [proyecto contraparte de CISG art. 74], ¶ 3.

⁵⁶ Ver CISG art. 74.

⁵⁷ Ver El Comentario de la Secretaría, *op. cit.*, art. 70 [proyecto contraparte de CISG art. 74], ¶ 3.

⁵⁸ Ver *id.*

⁵⁹ Ver *id.*, ¶ 3; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 22.

prácticas locales que no reconocen la indemnización de los perjuicios no deberán de ser aplicadas.⁶⁰

3.13 La determinación de los perjuicios no es una ciencia exacta, y algunos de los métodos empleados para calcular los perjuicios son complicados.⁶¹ Por consiguiente, el cálculo exacto de tal indemnización podría, en ciertos casos, no ser posible. Más aún, en algunos casos, el incumplimiento impide probar los perjuicios con exactitud. En estas circunstancias, la parte responsable del incumplimiento no debe ser capaz de evadir su responsabilidad so pretexto de que los perjuicios son inciertos.⁶² Por lo tanto, la parte perjudicada no tiene que probar con absoluta certeza y precisión cuál ha sido el monto de los perjuicios que resultan del incumplimiento; ésta sólo tiene que probar la pérdida con certeza razonable.⁶³

3.14 Conforme al Artículo 74, la parte perjudicada tiene derecho a la ganancia neta dejada de obtener, esto es, al beneficio neto perdido como consecuencia del incumplimiento del contrato. En general, los beneficios netos son calculados restando a los beneficios brutos los gastos ahorrados como resultado de liberar a la parte perjudicada de su obligación de cumplir el contrato.⁶⁴ Esta práctica es conforme a lo establecido en los Principios UNIDROIT y los PECL.⁶⁵ En particular, el Comentario al artículo 9:502 de los PECL prevé:

“La parte perjudicada debe tomar en cuenta en la reducción de los daños toda ganancia que compense su pérdida; sólo el saldo, la pérdida neta, es recuperable. De igual forma, en el cálculo de la ganancia dejada de obtener por la parte perjudicada, el gasto que habría incurrido para obtener esa ganancia es un ahorro compensable que debe de ser restado para sacar una ganancia neta. Las ganancias compensables normalmente derivan del resultado de una compra sustituta realizada por la parte perjudicada... El ahorro compensable tiene lugar cuando la ejecución futura del contrato de la que ha sido liberada la parte perjudicada, por motivo del incumplimiento de la otra parte, habría supuesto un gasto a la parte perjudicada.”⁶⁶

3.15 En ciertos casos, la parte perjudicada quizá busque la indemnización por la pérdida de una chance u oportunidad de ganancia.⁶⁷ Esto podrá ocurrir cuando, tras el incumplimiento del contrato, la parte perjudicada reclama haber perdido la oportunidad de concluir un negocio provechoso.⁶⁸ Lo que separa a la pérdida de una oportunidad de ganancia de la categoría general de los perjuicios es un evento fortuito desconocido o eventualidad entre el incumplimiento del deudor y la realización de una ganancia por el acreedor. En estas

⁶⁰ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, 2.

⁶¹ Ver Gotanda, *Lost Profits*, *op. cit.*, p. 99.

⁶² Ver, ESTADOS UNIDOS, *Southwest Battery Corp. v. Owen*, Texas Supreme Court, 1928, 115 S.W.2d pp. 1097, 1099; ESTADOS UNIDOS, *Super Valu Stores, Inc. v. Peterson*, Supreme Court of Alabama, 1987, 506 So. 2d pp. 317, 330.

⁶³ Ver ¶¶ 2.1-2.13.

⁶⁴ Ver DUNN, *op. cit.*, § 6.1. La forma más común de gastos ahorrados son los costos variables, los cuales incluyen toda “carga conformando un elemento esencial en el costo de fabricación o... servicio. Los elementos esenciales en tal costo.. son limitados a gastos que necesariamente habrían sido incurridos en cumplimiento del contrato.” *Id.*, § 6.5 (*citando* ESTADOS UNIDOS, *Oakland California Towel Co. v. Sivils*, California Court of Appeals, 1942, 52 Cal. App. 2d pp. 517, 520).

⁶⁵ Principios UNIDROIT art. 7.4.2; PECL art. 9:502.

⁶⁶ PECL art. 9:502 cmt. C.

⁶⁷ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 22; ver también Principios UNIDROIT Principles art. 7.4.2(1) cmt. 2.

⁶⁸ El clásico ejemplo supone el incumplimiento de un contrato privando a una de las partes de una oportunidad de ganar un concurso de belleza. Ver REINO UNIDO, *Chaplin v. Hicks*, 1911, 2 K.B. p. 786.

circunstancias, el incumplimiento del deudor priva al acreedor de ver cristalizado su plan de ganancia.⁶⁹ Dado que la eventualidad debe ocurrir antes de que la ganancia sea obtenida, la parte perjudicada es normalmente incapaz de probar con un grado razonable de certeza que hubiera obtenido una ganancia si el contrato hubiera sido fielmente cumplido. Por consiguiente, la indemnización por la pérdida de una chance u oportunidad de ganancia no suele ser otorgada bajo el Artículo 74.⁷⁰

3.16 La restricción de la indemnización por la pérdida de una chance u oportunidad de ganancia no se aplica cuando la parte perjudicada celebró el contrato con la intención de obtener una oportunidad de ganar un beneficio.⁷¹ En tal caso, la oportunidad de ganancia es un activo,⁷² y cuando una parte elige concluir un contrato para obtener tal oportunidad, la parte tiene derecho a la indemnización cuando el deudor injustificadamente incumple. De otro modo, el deudor podría incumplir el contrato con impunidad,⁷³ evadiendo su “responsabilidad por el solo hecho de la dificultad (para la parte perjudicada) de probar el daño, cuando estaba claro al tiempo de la formación del contrato que sería imposible probar tal pérdida con un grado razonable de certeza.”⁷⁴ Permitir la indemnización en estas circunstancias se conforma con el principio del resarcimiento integral del Artículo 74. También encuentra un soporte en lo establecido por el Artículo 7.4.3 de los Principios UNIDROIT, que reconoce la indemnización de la pérdida de una oportunidad de negocio.⁷⁵ Permitir la indemnización de la pérdida de una oportunidad de negocio también sería conforme a la práctica judicial en un buen número de países.⁷⁶

⁶⁹ Un comentarista afirma que la pérdida de una oportunidad de ganancia puede ser tratada de dos formas- como un asunto que trata sobre la “recuperación de las pérdidas o como uno que trata sobre el “parámetro para probar las pérdidas”. Ver Saidov, *Damages: The Need for Uniformity*, paper presented at 25 Years United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods (CISG) § 3.4, p. 9 (Vienna Mar. 15-16, 2005). Cf. MURRAY, MURRAY ON CONTRACTS, LexisNexus, 4th ed., 2001, § 121[C].

⁷⁰ Ver Saidov, *Damages: The Need for Uniformity*, *op. cit.*, § 3.4, p. 10; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 22.

⁷¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, 22, n.98.

⁷² Ver Saidov, *Damages: The Need for Uniformity*, *op. cit.*, § 3.4, p. 9; Melvin Aron Eisenberg, *Probability and Chance in Contract Law*, 45 UCLA L. REV. pp. 1005, 1049 (1998).

⁷³ En una situación tal, la parte responsable del incumplimiento podría ser aún responsable por otros daños causados a la parte agraviada como consecuencia del incumplimiento. Por lo menos un tribunal, al interpretar el Artículo 74, ha negado la indemnización de la pérdida de oportunidad de ganancia. Ver SUIZA, HG Zürich, 10 Feb., 1999, CISG-online.ch 488. En este caso, el tribunal consideró si un comprador podía compensar el reclamo de los daños del vendedor con, entre otras, la pretensión de que el incumplimiento del vendedor de entregar a tiempo libros de arte para una exhibición le había impedido al comprador recibir un número mayor de ofertas. El comprador alegaba que, “siendo una de las tres casas editoriales europeas especializadas en la producción de tales catálogos, el comprador habría recibido por lo menos un tercio de las comisiones.” El Tribunal sostuvo que esa pérdida de oportunidad de negocio no era indemnizable, declarando que “la pérdida del comprador debe ser considerada normal para su tipo de negocio y el vendedor al tiempo de la celebración del contrato, debió haber previsto tal consecuencia.” *Id.* Sin embargo, el tribunal reconoció que tal pérdida hubiese sido indemnizable si el vendedor hubiese estado consciente de la potencialidad de esta pérdida.

⁷⁴ MURRAY, *op. cit.*, § 121 (“Estas desviaciones del requisito de certeza razonable son explicables sólo sobre la base de que los tribunales no están dispuestos a permitir que la parte que incumple evada su responsabilidad sólo porque a la parte perjudicada le resulta muy difícil probar la pérdida cuando estaba claro, al tiempo de la formación del contrato, que sería imposible probar tal pérdida con un grado de certeza razonable.”).

⁷⁵ Principios UNIDROIT art. 7.4.3(2).

⁷⁶ Ver REINO UNIDO, *Chaplin v. Hicks*, 1911, 2 K.B. p. 786; ESTADOS UNIDOS, *Kansas City, M & O. Ry. Co. v. Bell*, Tx. Ct. of Civil Appeals, 1917, 197 S.W. p. 322; ESTADOS UNIDOS, *Wachtel v. National Alfalfa Journal Co.*, Iowa Supreme Court, 1920, 176 N.W. p. 801; ver también RESTATEMENT (SECOND) ON CONTRACTS § 348(3) (U.S.); MURRAY, *op. cit.*, § 121; Simont, *op. cit.*, p. BEL-64 (Belgium); NICHOLAS, *op. cit.*, p. 228.

B. Los perjuicios resarcibles conforme al Artículo 74 pueden incluir aquéllos que se espera podrán ocasionarse después de que el tribunal valore la indemnización.

3.19 Conforme al Artículo 74, la parte perjudicada tiene derecho a la indemnización no sólo de los perjuicios anteriores a la sentencia o fallo, sino también a los perjuicios futuros, en la medida en que tales perjuicios puedan ser probados con un grado razonable de certeza y conforme a los principios de previsibilidad y mitigación del daño.⁷⁷ Si bien la Convención no establece expresamente qué pérdidas son resarcibles, su indemnización es conforme con el principio del resarcimiento integral. Esta postura es también conforme con el Artículo 9:501(2)(b) de los PECL y el Artículo 7.4.3 de los Principios UNIDROIT, que permiten el resarcimiento de las pérdidas futuras. En específico el Comentario al Artículo 9:501(2)(b) explica:

“La pérdida recuperable por la parte perjudicada incluye la pérdida futura, esto es, la pérdida que es esperada ocurrirá después de la valoración de los daños. Lo anterior requiere que la corte evalúe dos incertidumbres, a saber la probabilidad de que la pérdida ocurra y su monto. Como en el caso de la pérdida acumulada antes de la sentencia... este incluye ambos gastos posibles que habrían sido evitados sino fuese por el incumplimiento, y las ganancias que la parte perjudicada podría haber razonablemente esperado obtener si el incumplimiento no hubiera ocurrido.”⁷⁸

C. Los perjuicios comprenden aquellos derivados de la pérdida en el volumen de ventas.

3.20 Conforme al Artículo 74, la parte perjudicada podrá recuperar los perjuicios en una situación de pérdida de volumen. Tradicionalmente, cuando un comprador incumple con su obligación de pago, el daño causado al vendedor se determina a partir de la diferencia entre el precio del contrato y el precio al cual las mercaderías pueden ser vendidas en el mercado (o el precio de la venta sustituta efectivamente realizada). Si el vendedor revende las mercaderías al mismo precio, sin embargo, se presume que el vendedor no sufrió ningún daño. No obstante, si el vendedor normalmente vende el mismo tipo de mercaderías a compradores múltiples, entonces la segunda venta no sería sustituta de la primera, sino simplemente una segunda venta a diferente comprador. Por lo tanto, la fórmula empleada tradicionalmente para medir el daño causado sería “inadecuada para colocar al vendedor en una situación tan favorable como en la que hubiera estado si el comprador hubiese cumplido con su obligación de pago,” por lo tanto, la parte perjudicada debe ser indemnizada por la pérdida en el volumen de ventas.⁷⁹

⁷⁷ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 22.

⁷⁸ PECL art. 9:501(2)(b) cmt. F. El Comentario provee el ejemplo siguiente: E es designada gerente de ventas del negocio de F a través de un contrato de prestación de servicios con duración de tres años. Ella recibirá un salario y una comisión por las ventas. Después de 12 meses E es injustificadamente despedida de su puesto, a pesar de los esfuerzos razonables por encontrar para ella un puesto alternativo. Cuando su demanda por despido injustificado es considerada seis meses después, E tiene derecho a una indemnización no sólo por la pérdida acumulada durante los seis meses de salario, sino también por los 18 meses restantes en su contrato, tomando en cuenta las posibilidades de encontrar otro trabajo mientras tanto. También tiene derecho a la indemnización por la pérdida de la comisión que habría podido obtener.

Id., Ejemplo 8.

⁷⁹ Ver U.C.C. § 2-708(2) (U.S.) (excepción de la pérdida de volumen de ventas por el vendedor). Para más información sobre cómo la excepción de la pérdida de volumen de ventas por el vendedor opera en el U.C.C., ver ANDERSON, DAMAGES UNDER THE UNIFORM COMMERCIAL CODE, West, 2nd ed., 2003, § 2-708:14.

3.21 El siguiente ejemplo ilustra el fundamento lógico para indemnizar el perjuicio derivado de una situación de pérdida de volumen:

“Si el vendedor acuerda vender su automóvil a un comprador por \$2,000, el incumplimiento del comprador no causaría ningún perjuicio (excepto el daño incidental que comporta el gasto de una nueva venta) si el vendedor fuese capaz de vender el automóvil a otro comprador por \$2,000. Pero la situación es distinta tratándose de un agente de distribución comercial, quien cuenta con un suministro ilimitado de mercaderías a precio corriente. Si un distribuidor de automóviles acuerda la venta de un auto a un comprador por un precio estándar de \$2,000, el incumplimiento del comprador perjudica al comerciante, aun cuando este es capaz de vender el automóvil a otro comprador por \$2,000. Si el comerciante tiene un suministro ilimitado de autos, la reventa al segundo comprador para sustituir el incumplimiento del primero, costó al comerciante una venta, dado que, si el primer comprador hubiera cumplido, el comerciante hubiera hecho dos ventas en lugar de una. El incumplimiento del comprador, en tal caso, redujo las ventas del vendedor en una venta, y la medida del daño indemnizable deberá ser la ganancia dejada de obtener por dicha venta.”⁸⁰

3.22 Por consiguiente, el principio de resarcimiento integral del daño determina que la parte perjudicada sea indemnizada por los perjuicios derivados por la pérdida en el volumen de ventas. Sin embargo, la parte perjudicada no podrá ser indemnizada por el perjuicio derivado por la pérdida en el volumen de ventas conforme al Artículo 74 y, además, en base a la fórmula de compraventa sustituta prevista por el Artículo 75, pues en tal caso la parte perjudicada sería doblemente indemnizada.⁸¹

4. La parte perjudicada tiene derecho al resarcimiento del gasto adicional razonablemente incurrido en razón del incumplimiento y de las medidas tomadas para mitigar la pérdida.

4.1 En algunos casos, el incumplimiento del contrato podrá ocasionar que la parte perjudicada tenga que incurrir gastos adicionales con miras a evitar una pérdida mayor.⁸² Estos gastos, algunas veces referidos como daños incidentales o indirectos, constituyen una pérdida adicional a la pérdida del valor de que fue privada la parte perjudicada como consecuencia del incumplimiento. Aun cuando el Artículo 74 no prevé expresamente la

⁸⁰ Ver ESTADOS UNIDOS, *Neri v. Retail Marine Corp.*, New York Court of Appeals, 1972, 285 N.E.2d p. 311 (citando HAWKLAND, SALES AND BULK SALES, ALI, 1958 ed., pp. 153-54).

⁸¹ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 75, ¶ 11. Permitir a la parte perjudicada recuperar los perjuicios además de la indemnización por daños que ya incluye los perjuicios pondría a dicha parte en una situación económica mejor de la que estaría si el contrato se hubiese cumplido. Ver ALEMANIA, LG München 6 Apr. 2000, CISG-online.ch 665.

⁸² Ver Korpela, *Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, § 3.3.2, PACE REV. OF THE CISG 2004-05 [Sellier, European Law Publishers (2006) 73-168]; cf. U.C.C. § 2-710 (U.S.).

Conforme al Artículo 77, “[una] parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultado del incumplimiento.” CISG art. 77. Ver en lo general HONNOLD, *op. cit.*, pp. 456-64; ver también Saidov, *Methods of Limiting Damages Under the Vienna Convention for the International Sale of Goods*, (Dec. 2001), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>>.

indemnización del daño incidental, la parte perjudicada tiene derecho a la misma conforme al principio del resarcimiento integral, siempre y cuando los gastos incurridos sean razonables.

4.2 El Artículo 74 no contiene una lista exhaustiva de los daños incidentales que podrán indemnizarse. En el caso en el que el comprador rechace las mercaderías sin justificación, o se niegue al pago tras ser entregadas las mismas conforme al contrato, el gasto adicional incurrido por la parte afectada con miras a evitar una pérdida mayor, podrá incluir el gasto incurrido en la conservación o almacenamiento de las mercaderías.⁸³ En el caso de un incumplimiento por parte del vendedor, el daño incidental podrá incluir el gasto incurrido en la conservación o almacenamiento de mercaderías que han sido enviadas con retraso o que contienen defectos, y que tienen que ser devueltas al vendedor,⁸⁴ así como los gastos derivados del envío acelerado de mercaderías alternativas.⁸⁵ Además, el comprador perjudicado podrá recuperar, como daño incidental, todo gasto adicional razonablemente incurrido para establecer si las mercaderías son o no conformes al contrato, en la medida en que las mercaderías fueron encontradas, de hecho, con defectos y que dichos defectos fueron comunicados a la otra parte.⁸⁶

5. Conforme al Artículo 74, la parte perjudicada no puede recuperar los gastos asociados con el litigio entablado en razón del incumplimiento.

5.1 El Artículo 74 no trata expresamente el pago de los honorarios de abogados y de los gastos incurridos por la parte perjudicada relacionados con la obtención de un resarcimiento por el incumplimiento ante un tribunal judicial o arbitral (“gastos del litigio”). Algunos jueces y comentaristas creen que el resarcimiento de los gastos del litigio es un asunto procesal fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones indemnizatorias sustantivas de la Convención.⁸⁷ Sin embargo, otros tribunales y comentaristas arguyen, en base al Artículo 7(1), que la Convención debe ser interpretada de manera autónoma, que las caracterizaciones de derecho doméstico son irrelevantes, y que el recurso a la ley nacional sólo debe tomarse como una última opción. Desde esta perspectiva, se argumenta que el

⁸³ Ver *v.gr.*, ARBITRATION, ICC Arbitration Case No. 7585, 1 Jan., 1992 CISG-online.ch 105; ver también SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 18.

⁸⁴ Ver ALEMANIA, LG Landshut, 5 Apr., 1995, CISG-online.ch 193; AUSTRIA, Vienna Arbitral Tribunal, 15 Jun. 1994 CISG-online.ch 691; SUECIA, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Case No. 107/1997, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980107s5.html>>.

⁸⁵ Ver *v.gr.*, ESTADOS UNIDOS, *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, U.S. Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1995, CISG-online.ch 140.

⁸⁶ Ver, *v.gr.*, SUECIA, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Case No. 107/1997, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980107s5.html>>; ALEMANIA, BGH, 25 Jun. 1997, CISG-online.ch 277; ver también SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 19; Korpela, *op. cit.* § 3.3.2; cf. U.C.C. § 2-715(1) (U.S.).

⁸⁷ Ver ESTADOS UNIDOS, *Zapata Hermanos Sucesores v. Hearthside Baking Co.*, U.S. Court of Appeals (7th Circuit), 2002, 13 F.3d pp. 385, 388; Flechtner/Lookofsky, *Viva Zapata! American Procedure and CISG Substance in a U.S. Circuit Court of Appeal*, VINDOBONA J. INT'L COM. L. & ARB. p. 93 (2003). Desde esta perspectiva, como asunto de la ley procesal, el resarcimiento de los gastos de litigio debe ser establecido conforme a la ley doméstica o las reglas aplicables para la solución del conflicto. Ver *Zapata*, *op. cit.*, 313 F.3d p. 388; ver también SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 20 (“El resarcimiento del costo del litigio... es regulado exclusivamente por la *lex lex fori*”) pero cf. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Schlechtriem, *op. cit.*, Introduction, p. 7 (“Si el tribunal nacional caracteriza el resarcimiento de los gastos de litigio y los honorarios de los abogados como un asunto procesal que debe ser decidido conforme a su propia *lex fori*, se estaría evadiendo el Artículo 74 y el análisis respecto de si tal costo es un riesgo que debe ser soportado por toda parte teniendo que litigar en los EE.UU. habrá pronto más enclaves en la ley doméstica, que para el juez competente pueden parecer evidentes, y que concuerdan con sus convicciones, formadas por reglas históricas y precedentes, pero que no serán seguidas en otras jurisdicciones y, de ese modo, causará una erosión a la uniformidad lograda.”).

Artículo 74 debe ser interpretado en términos generales conforme al principio del resarcimiento integral, lo que requiere necesariamente que la parte perjudicada sea capaz de recuperar los gastos asociados con la reivindicación de sus derechos. De otra forma, la parte perjudicada sería incompletamente compensada.⁸⁸

5.2 La cuestión sobre si los gastos del litigio deben ser considerados como daños indemnizables conforme al Artículo 74 no debe ser resuelta a través de si el punto es una cuestión de derecho sustantivo o procesal. La respuesta a esta pregunta podrá variar de jurisdicción a jurisdicción y podrá depender de las circunstancias particulares del caso.⁸⁹ Hacer depender esta cuestión de tal distinción, en este contexto, es obsoleto e improductivo.⁹⁰ La discusión debería centrarse en si el pago de los gastos del litigio ha sido excluido deliberadamente del ámbito de aplicación de la Convención y, si no es así, en si el asunto deberá ser resuelto “de conformidad con los principios generales en los que se basa [la presente Convención] o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.”⁹¹

5.3 Aunque el Artículo 74 no trata expresamente el pago de los gastos del litigio como daño, tampoco prohíbe su indemnización. La historia de la redacción del Artículo 74 guarda silencio al respecto. El asunto entonces no está expresamente fuera del ámbito de aplicación de la Convención y es apropiado preguntarse si podría ser resuelto en base a una interpretación liberal del Artículo 74 o en base a “una aplicación analógica de algunas de las disposiciones de la Convención”.⁹²

5.4 Aunque el principio de resarcimiento integral consagrado por el Artículo 74 parece indicar que los gastos del litigio deberían ser indemnizados para compensar íntegramente a la parte perjudicada, tal interpretación sería contradictoria con el principio de equidad entre

⁸⁸ Ver en términos generales Felemegas, *The Award of Counsel's Fees under Article 74 CISG, in Zapata Hermanos Sucesores v. Hearthside Baking Co.* (2001), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas1.html>>; Zeller, *Interpretation of Article 74 - Zapata Hermanos v. Hearthside Baking - Where Next?*, 2004 NORDIC J. COM. LAW 1, disponible en <<http://www.njcl.utu.fi>>.

⁸⁹ Ver ¶ 2.5. Un comentarista ha propuesto una prueba determinativa del resultado para ser aplicada por los tribunales cuando decidan sobre si un asunto es sustantivo o procesal. Ver en términos generales Orlandi, *Procedural Law Issues and Law Conventions*, 5 UNIFORM L. REV. p. (2000). El uso de una prueba determinativa del resultado en los Estados Unidos ha causado mucha confusión, especialmente respecto de la aplicación de la Reglas Federales de Procedimientos Civiles en situaciones en que entran en conflicto con la ley de un Estado. Como resultado, la Suprema Corte decidió que la prueba determinativa del resultado no determina la validez de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles en casos en que entra en conflicto con la ley de un Estado. Ver ESTADOS UNIDOS, *Hanna v. Plumer*, *op. cit.*; ver también CHEMERINSKY, *FEDERAL JURISDICTION*, Aspen, 4th ed., 2003, p. 321 (anotando que “el problema con la prueba determinativa de resultado es que prácticamente toda regla puede determinar el resultado de un caso”).

⁹⁰ Ver Carruthers, *The Substance and Procedure Distinction in Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages*, 53 INT'L & COMP. L.Q. p. 691 (2004).

⁹¹ CISG art. 7(2). Un comentarista ha destacado: La mayoría de las opiniones favorecen la idea de que no es concluyente la etiqueta puesta por las leyes domésticas respecto de si un asunto en particular entra dentro del ámbito de la Convención o no. (HONNOLD, *Uniform Law*, 97). La sustancia más que la etiqueta o caracterización de la ley competente doméstica determina si el asunto es sustituido por la Convención. Al determinar tales cuestiones, el tribunal al que se somete el asunto, debe guiarse por las disposiciones del Artículo 7, y dar a la Convención la aplicación más amplia posible, en acuerdo con su objeto de instrumento unificador de las reglas que rigen la relación entre las partes de un contrato de compraventa internacional. BIANCA/BONELL/Khoo, *op. cit.*, art. 4, ¶ 3.3.5.

⁹² HONNOLD, *op. cit.*, p. 109; ver también SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Schlechtriem, *op. cit.*, art. 7, ¶¶ 27-29.

vendedores y compradores como es establecido por los Artículos 45 y 61 de la Convención.⁹³ Si los costos legales fuesen indemnizados como daños conforme al Artículo 74, resultaría en una anomalía en la que solamente el actor exitoso sería capaz de recuperar los gastos del litigio.⁹⁴ La capacidad para ser indemnizado conforme al Artículo 74 se encuentra fundada en el incumplimiento del contrato; en consecuencia, el demandado exitoso no sería capaz de recuperar sus gastos legales si la parte actora no ha incumplido el contrato.⁹⁵ Por consiguiente, el objeto de pagar los honorarios y gastos de representación legal, para resarcir íntegramente el costo de litigio, no será cumplido en los casos en que el demandado resulta vencedor.⁹⁶ Las acciones y remedios son el núcleo del derecho de los contratos, e interpretar

⁹³ Los Artículos 45 y 61 establecen acciones equivalentes para ambos comprador y vendedor, respectivamente, tras el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte. Ver CISG arts. 45, 61; ver también Liu, *Comparison of CISG Article 45/61 disposiciones relativas a las acciones y derechos PECL articles 8:101 and 8:102*, 2004 NORDIC J. COM. L. pp. 1, 2 disponibles en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-61.html>> (discutiendo acciones paralelas disponibles para el comprador y el vendedor)

⁹⁴ Ver Flechtner, *Recovering Attorneys' Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.*, 22 NW. J. INT'L L. & BUS. pp. 121, 151 (2002); Keily, *How Does the Cookie Crumble? Legal Costs Under a Uniform Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2003 NORDIC J. COM. L. 1, § 5.6, disponible en <<http://www.njcl.utu.fi>>; Vanto, *Attorneys' Fees as Damages in International Commercial Litigation*, 15 PACE INT'L L. REV. pp. 203, 221 (2003).

⁹⁵ Ver Vanto, *op. cit.*, p. 221; Ver también Flechtner, *op. cit.*, p. 151; Keily, *op. cit.*, § 6.2(b). Un comentarista ha argumentado que la laguna legal identificada por la anomalía sería llenada por la ley domestica conforme lo dispone el Artículo 7(2). Ver Zeller, *op. cit.*, p. 10. Esto, sin embargo, no resolvería el problema dado que un demandado exitoso tampoco podrá recuperar sus gastos de litigio. Otro comentarista arguye que el actor incumple una obligación de lealtad cuando interpone una acción por incumplimiento del contrato, pero el tribunal determina que el demandado no incumplió. El mismo alega que, en tal caso, los gastos y honorarios de los abogados debe ser indemnizados conforme a la Convención. Ver Felemegas, *op. cit.*, p. 126. Esta propuesta, sin embargo, proviene de una interpretación demasiado forzada de la Convención. Ni la letra ni la estructura de la Convención apoyan la imposición de los gastos y honorarios de abogados al actor en tal circunstancia. Ver Flechtner, *op. cit.*, p. 152. Interpretar el Artículo 74 de esta forma podría contravenir las leyes procesales y las reglas que regulan el monto de los honorarios de los abogados. Por ejemplo, en muchos países, el resarcimiento de los gastos legales se calcula en base a una tabla fija de honorarios que puede resultar en un monto menor del que en realidad se incurrió. Si el Artículo 74 fuese interpretado a efecto de permitir el resarcimiento de los gastos de litigio, las leyes y reglas mencionadas serían presumiblemente remplazadas por la Convención, ya que las mismas serían contradictorias al principio del resarcimiento integral. Tal reemplazo, sin embargo, resultaría en una falta de uniformidad de trato entre el actor y el demandado. Debido a la anomalía antes discutida, el demandado exitoso estaría obligado a recuperar los gastos asociados con el litigio conforme a la ley nacional aplicable, pero por el reemplazo tales leyes no aplicarían al actor exitoso. Tal trato desigual es manifiestamente injusto y contrario a la Convención. Por supuesto, se podrá alegar que la posibilidad de recuperar los honorarios y gastos de representación legal es un asunto sustantivo que está regulado por la Convención, pero la determinación del monto es un asunto procesal sujeto a las leyes o reglas locales aplicables. La distinción es muy artificial, y sería contraria al principio del resarcimiento integral del daño y la necesidad de uniformidad, particularmente porque el resarcimiento de los gastos de litigio variará dependiendo de la ley o reglas procesales aplicables.

⁹⁶ Otras de las razones legales para indemnizar los gastos y honorarios de abogados incluyen la disuasión y la pena o castigo. Ver Reinganum/Louis L. Wilde, *Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs*, 17 RAND J. ECON. p. 557 (1986) (discutiendo la función disuasiva que tiene el pago de los honorarios de abogados); Wetter/Priem, *Costs and Their Allocation in International Commercial Arbitrations*, 2 AM. REV. INT'L ARB. p. 249, 329 (1991) (argumentando que imponen el pago de los costos y honorarios legales a efecto de castigar al actor de una demanda infructuosa o para multar a un demandado por rechazar injustificadamente el derecho del actor). Esta última no es claramente la política avanzada por el Artículo 74. Además, interpretar que la CISG prevé de antemano que una de las partes deberá cubrir los gastos del litigio, o que sólo una de las partes podrá ser indemnizada con los gastos del litigio, no es conforme al objeto buscado por el régimen de la Convención. Los instrumentos legales de este tipo normalmente son promulgados para promover juicios legales en ciertas áreas porque es de interés público hacerlo, o para equilibrar las fuerzas en el litigio entre las partes, particularmente en litigios entre el gobierno y partes privadas con medios limitados. Ver en términos generales Krent, *Explaining One-Way Fee Shifting*, 79 VA. L. REV. p. 2039 (1993). Los actores en la CISG no necesitan

el Artículo 74 como si este previera una indemnización desigual de los daños entre compradores y vendedores es contrario al diseño de la Convención.⁹⁷ No obstante, el Artículo 74 no impide que un tribunal judicial o arbitral otorguen una indemnización por los gastos y honorarios del litigio cuando el contrato mismo establece su pago o cuando lo autorizan las leyes aplicables.

6. La parte perjudicada tiene derecho a la indemnización por la pérdida patrimonial derivada de reclamos de terceros como resultado de incumplimiento del contrato.

6.1 El incumplimiento de un contrato no sólo podría causar que la parte perjudicada sufra pérdidas directas o incidentales, sino también pérdidas por tratar con terceros. Estos tipos de pérdidas son algunas veces llamados “daños consecuenciales”.⁹⁸ Por ejemplo, en caso de incumplimiento por parte del comprador, el vendedor podrá sufrir una pérdida o daño consecencial como resultado de la terminación de contratos con sus proveedores,⁹⁹ o como resultado de multas por cheques rechazados.¹⁰⁰ El comprador también podría ser indemnizado por el daño consecencial cuando el vendedor entrega mercaderías defectuosas, que el comprador revendió a terceros que a su vez han responsabilizado al comprador frente a los terceros por cumplimiento defectuoso o incumplimiento.¹⁰¹

6.2 Igual que el daño directo y el daño incidental, el daño consecencial está sujeto a las limitaciones impuestas por las doctrinas sobre la previsibilidad y la mitigación de los daños. Sin embargo, es más probable que estos conceptos limiten la indemnización de los daños consecuenciales.¹⁰²

7. La parte perjudicada tiene derecho a la indemnización por la pérdida del fondo de comercio (“goodwill”) ocasionada por el incumplimiento del contrato.

7.1 El daño patrimonial causado por la pérdida del fondo de comercio también es, en principio, resarcible conforme al Artículo 74.¹⁰³ Sin embargo, el Artículo 74 no permite la indemnización del daño moral o inmaterial.¹⁰⁴ La indemnización de la pérdida del fondo de comercio sólo es posible, por lo tanto, si la parte perjudicada puede probar con un grado

un incentivo de este tipo para interponer una demanda. Por consiguiente, la interpretación de la CISG en este sentido no es convincente.

⁹⁷ Ver Keily, *op. cit.*, § 6.2(b); ver también BIANCA/BONELL/Bonell, *op. cit.*, ¶ 2.2.1 (estableciendo que, al interpretar la Convención, “se espera que los tribunales tengan una actitud mucho más liberal y que consideren, cuando sea conveniente, los propósitos y la políticas subyacentes de cada una de las disposiciones de la Convención, como así también de dichas disposiciones en su conjunto”).

⁹⁸ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 21.

⁹⁹ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 21 (citando casos).

¹⁰⁰ Ver ALEMANIA, OLG München, 28 Jan. 1998, CISG-online.ch 339; ALEMANIA, LG Bielefeld, 2 Aug., 1996.

¹⁰¹ Ver ALEMANIA, BGH, 25 Nov. 1998, CISG-online.ch 353.

¹⁰² Ver ANDERSON, *op. cit.*, § 11.3; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 21.

¹⁰³ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 12; Blase/Höttler, *op. cit.*; Djahongir Saidov, *Methods of Limiting Damages Under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 14 PACE INT'L L. REV. pp. 307, 328 (2001). *pero ver* ALEMANIA, LG München, 30 Aug. 2001, CISG-online.ch 668 (sosteniendo que los daños de la pérdida del fondo de comercio no son resarcibles conforme a la Convención). Comentaristas argumentan, no obstante, que el razonamiento en tal caso fue poco sólido. Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 12, n.55; ver también WADDAMS, *op. cit.*, p. 535 (anotando que “no existe ninguna razón convincente para negar la indemnización de la pérdida de reputación derivada de un contrato”); MCGREGOR, *op. cit.*, § 38 (igual).

¹⁰⁴ Ver SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, 12; *pero ver* Saidov, *op. cit.*, pp. 329-32 (argumentando que el daño a la reputación comercial entra dentro de la categoría de daño inmaterial).

razonable de certeza que sufrió una pérdida económica derivada del incumplimiento del contrato.¹⁰⁵

7.2 Aunque el Artículo 74 no establece expresamente el resarcimiento de la pérdida del fondo de comercio, tal indemnización está permitida conforme al principio del resarcimiento integral consagrado por este mismo artículo.¹⁰⁶ Además, el Artículo 9:501 (2)(a) de los PCEL y el Artículo 7.42 de los Principios UNIDROIT permiten el resarcimiento de la pérdida del fondo de comercio.¹⁰⁷

7.3 El concepto de “fondo de comercio”, sin embargo, es muy difícil de definir.¹⁰⁸ Por consiguiente, su pérdida es también difícil medir. La pérdida del fondo de comercio puede simplemente tratarse de la pérdida de una ganancia futura. El concepto de fondo de comercio también ha sido definido como el deterioro de la reputación de la empresa o de la imagen comercial, cuantificada en base a la retención del fondo de comercio. La pérdida del fondo de comercio también ha sido definida como la disminución en el valor del interés del negocio.¹⁰⁹ Dado que no hay una definición uniforme, algunos tribunales han requerido un nivel de prueba mayor para indemnizar los daños derivados de la pérdida del fondo de comercio. Por ejemplo, en una sentencia del Handelsgericht del Cantón de Zürich, del 10 de febrero del 1999, el juzgado en lo comercial sostuvo que los daños derivados de la pérdida del fondo de comercio deben ser “concretamente explicados y sustanciados”.¹¹⁰ Además, una decisión del Landgericht Darmstadt, de 9 de mayo de 2000, el tribunal de distrito negó la indemnización de la pérdida del fondo de comercio dado que el comprador fue incapaz de “calcular la pérdida exacta como resultado del daño a su reputación.”¹¹¹ Sin embargo, el hecho de que la pérdida del fondo de comercio sea difícil de medir no debe exigir un nivel más alto de prueba para obtener tal indemnización. De hecho, pedir que los daños indemnizables sean calculados de manera exacta resultaría en una carga insuperable para la parte perjudicada y frustraría el

¹⁰⁵ Ver FRANCIA, *Sté Calzados Magnanni v. SARL Shoes General International*, CA Grenoble, 21 Oct. 1999, CISG-online.ch 574; SUIZA, HG Zürich, 10 Feb. 1999, CISG-online.ch 488; ALEMANIA, LG Darmstadt, 9 May 2000, CISG-online.ch 560.

¹⁰⁶ 105. Blase/Höttler, *op. cit.*

¹⁰⁷ Ver Principios UNIDROIT art. 7.4.2 cmt. 5; PECL art. 9:501(2) y n.4; ver también Blase/Höttler, *op. cit.*

Muchas jurisdicciones que aplican el Código de Comercio Uniforme de los EE.UU. también permiten el resarcimiento de los daños derivados de la pérdida fondo de comercio. Ver ANDERSON, *op. cit.*, § 11:31.

¹⁰⁸ Los comentaristas lo explican así: Muchos empresarios piensan del concepto “fondo de comercio” en términos de relación de la empresa con sus clientes; esto es, una empresa con buen servicio genera un *buen fondo de comercio*. Aunque esta es una interpretación apropiada del concepto, también existen muchas otras. Por ejemplo, conforme al llamado método de la ganancia excedente para calcular el valor de una empresa o negocio, una empresa vale la suma de su FMV [valor de justo mercado] de sus bienes tangibles y su *fondo de comercio*. En este escenario, el fondo de comercio es calculado como el valor capitalizado del sobre-promedio de las ganancias de la empresa o devolución de la tasa justa. En otras palabras, el *fondo de comercio* es un reflejo del hecho de que la empresa suele recuperar una ganancia mayor que la norma de inversiones de riesgo similar. En tal caso, el fondo de comercio consistiría en la habilidad que tiene la empresa de ganar mayores dividendos que el promedio. ... La interpretación final del fondo de comercio se encuentra en el balance general de la empresa. Los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados “PCGA” no permiten que una empresa estime el valor de su clientela y que después inserte la misma en el balance general. El principio del valor histórico hace que tal inserción sea imposible conforme a los PCGA. Sin embargo, en el caso de la compra de un negocio, el *fondo de comercio* puede ser insertado en la balanza general post-compra, reflejando el precio pagado en exceso al FMV [valor de justo mercado] de los bienes tangibles identificables. En la práctica, este exceso será puesto en otros bienes tangibles (v. gr., la marca comercial).

GABEHART/BRINKLEY, THE BUSINESS VALUATION BOOK, A.M.A., 2002, pp. 116-17.

¹⁰⁹ Ver ANDERSON, *op. cit.*, § 11:31; Saidov, *op. cit.*, p. 330.

¹¹⁰ Ver HG Zürich 10 Feb. 1999, *op. cit.*

¹¹¹ Ver ALEMANIA, LG Darmstadt, 9 May 2000, CISG-online.ch 560.

principio del resarcimiento integral presente en el Artículo 74. Es conforme al Artículo 74 que, como otros daños indemnizables por el mismo, la indemnización de la pérdida del fondo de comercio sea concedida si, entre otras cosas, la parte perjudicada puede probar, con un grado razonable de certeza, que su reputación ha sido dañada por causa del incumplimiento.¹¹²

7.4 En ciertos casos, la pérdida del fondo de comercio podrá ser medida a partir de los perjuicios. Sin embargo, estos casos podrían conducir a una doble indemnización por la transposición que puede originarse entre la indemnización por la pérdida del fondo de comercio y la indemnización de los perjuicios. En concreto, la indemnización por la disminución en el valor del interés comercial de la parte perjudicada podrá ser igual a la indemnización que la misma parte recibiría por los perjuicios futuros.¹¹³ En tales circunstancias, la parte perjudicada no puede reclamar la indemnización por la pérdida del fondo de comercio y los perjuicios futuros.¹¹⁴ Esta situación ocurrió en la sentencia dictada por el Landgericht Darmstadt, de 9 de mayo 2000.¹¹⁵ En este caso, el comprador acusó al vendedor de entregar mercaderías defectuosas y por consiguiente se negó al pago de las mismas. En una reconvenición, el comprador demandó la indemnización de los daños derivados de la pérdida de facturación y la pérdida de reputación comercial. El tribunal de distrito explicó que no había ninguna base para que el comprador demandará la indemnización por la pérdida del fondo de comercio. El Tribunal estableció que “el [comprador] no podía demandar la pérdida de la facturación, la cual podía ser resarcida con los daños y perjuicios, y obtener a la vez una indemnización adicional por la pérdida de la reputación.”¹¹⁶

7.5 Sin embargo, podrá haber casos en que la parte perjudicada podrá recuperar los daños causados por la pérdida del fondo de comercio y además los perjuicios. Por ejemplo, cuando el incumplimiento del deudor causa que el negocio del acreedor fracase, el acreedor podrá recuperar, entre otros, los perjuicios desde la fecha del incumplimiento hasta el día en que el negocio fracasó, y la indemnización por la destrucción del negocio, el valor que podrá incluir los perjuicios y la pérdida del fondo de comercio.¹¹⁷

¹¹² Ver ¶¶ 2.1-2.9 (discutiendo el nivel de prueba y el requisito de certeza); ver también ANDERSON, *op. cit.*, § 11.3 (rechazando todo “estándar de certeza riguroso” para la indemnización de la pérdida de la clientela) (refiriendo MCCORMICK, HANDBOOK ON THE LAW OF DAMAGES, West, 1935, p. 677; Saidov, *op. cit.*, p. 330. Por supuesto, la parte perjudicada deberá aún probar, entre otras cosas, que tal indemnización era previsible. De hecho, algunos han concluido que existe un requisito de previsibilidad más estricto, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 46.

¹¹³ WADDAMS, *op. cit.*, p. 628; LG Darmstadt, 9 May 2000, *op. cit.*; ver también ANDERSON, *op. cit.*, § 11.3 (argumentando que “los perjuicios futuros que no son atribuidos a la disminución de la clientela no constituyen una pérdida de “fondo de comercio”).

¹¹⁴ Ver LG Darmstadt, 9 May 2000, *op. cit.* (refiriendo al peligro de doble indemnización).

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Ver *id.*

¹¹⁷ Cf. ESTADOS UNIDOS, *Lewis River Golf v. O.M. Scott & Sons*, Wash. Supreme Court, 1993, 845 P.2d p. 987 (otorgando U.S. \$664,340 como indemnización por el incumplimiento de un contrato y U.S. \$1,026,800 como indemnización por la pérdida subsecuente de la venta del negocio, que incluía la pérdida derivada del daño a su reputación y a la clientela).

8. En caso de incumplimiento del contrato en donde la parte perjudicada celebra una operación de reemplazo razonable sin haber primero resuelto el contrato, la parte perjudicada podrá ser indemnizada conforme al Artículo 74, esto es, con la diferencia que resulte entre el precio de la operación de reemplazo y el precio del contrato.

8.1 La parte perjudicada puede en ocasiones evitar parte de la pérdida provocada por el incumplimiento con una transacción sustituta.¹¹⁸ Si la parte perjudicada resuelve el contrato y, dentro de un plazo razonable y de manera razonable realiza una transacción sustituta, podrá ser indemnizada conforme al Artículo 75, valorada a partir de la diferencia entre el precio del contrato y la transacción sustituta, además de otros daños que podrían haber sido adicionalmente causados.¹¹⁹ Sin embargo, en ocasiones la parte perjudicada podrá, ya sea conforme a la obligación de mitigar el daño o como una medida pecuniaria, o ambas, realizar una transacción sustituta después del incumplimiento pero antes de resolver el contrato. En tales circunstancias, la parte perjudicada debe ser capaz de calcular su indemnización usando el mismo método utilizado respecto del supuesto establecido por el Artículo 75.¹²⁰ Esto es, cuando la parte perjudicada realiza una transacción sustituta sin primero haber resuelto el contrato, la parte perjudicada podrá ser indemnizada conforme al Artículo 74 con la diferencia entre el precio del contrato y el valor de la compraventa sustituta, siempre que dicha transacción sea razonable.¹²¹ El fundamento lógico de este enfoque ha sido explicado de la siguiente manera:

“[Al] comprador que ha recibido mercaderías no conformes al contrato, y cuya falta de conformidad no constituye un incumplimiento esencial del contrato que permita la resolución del mismo, debe permitírsele realizar una compra sustituta a efecto de continuar con su producción y/o cumplir sus contratos con sus clientes. A pesar de que el contrato no fue resuelto y, por lo tanto, el Artículo 75 no es aplicable al caso, debe permitírsele al comprador calcular su indemnización sobre la base del costo de su compra sustituta.”¹²²

¹¹⁸ Ver en términos generales FARNSWORTH, *op. cit.*, pp. 216, 225.

¹¹⁹ CISG art. 75.

¹²⁰ Cf. ALEMANIA, OLG Hamburg, 28 Feb. 1997, CISG-online.ch 261.

¹²¹ Ver Schlechtriem, *Damages Avoidance of the Contract and Performance Interest under the CISG*, FESTSCHRIFT APOSTOLOS GEORGIADES, ATHENS (próximamente 2006); ver FARNSWORTH, *op. cit.*, pp. 224-27. En esta situación, la parte perjudicada tiene también derecho a cualquier daño incidental o consecuencial.

¹²² Schlechtriem, *op. cit.*, p. 4. Al calcular el monto de la indemnización a que tiene derecho la parte perjudicada, la pérdida derivada del incumplimiento debe ser compensada con toda ganancia obtenida por la parte perjudicada resultado de la falta de cumplimiento con el contrato. El Profesor Schlechtriem expresa:

Si el comprador liquida el contrato reclamando el interés en el cumplimiento sin resolver el contrato, el comprador tiene que quedarse con las mercaderías no conformes, cuyo valor tiene que ser tomado en cuenta en el cálculo de la indemnización total del comprador. Si el comprador revende las mercaderías- aún con un gran descuento derivado de su falta de conformidad- lo obtenido tienen que considerarse en el cálculo de la indemnización. De igual manera, si el comprador reclama el interés en el cumplimiento porque el vendedor retardó la entrega de las mercaderías, pero después concede, no obstante la mora, y el comprador tiene que recibir las mercaderías ya que no puede resolver el contrato (pues la mora no constituye un incumplimiento esencial o un plazo adicional no fue establecido), el valor de las mercaderías compradas en reemplazo, si y en la medida en que puedan ser utilizadas, o las ganancias derivadas de su reventa, tienen que ser tomadas en cuenta.

9. La indemnización no debe colocar a la parte perjudicada en una situación mejor que aquélla en que se habría encontrado si el contrato se hubiese cumplido fielmente.

A. Al valorarse el monto de la indemnización debida a la parte perjudicada, la pérdida derivada del incumplimiento debe ser compensada, en principio, con toda ganancia obtenida por la parte perjudicada como consecuencia del incumplimiento del contrato.

9.1 En algunos casos, el incumplimiento podría traer beneficios económicos a la parte perjudicada, al permitirle evitar algunas pérdidas o ahorrar gastos que de otra manera hubiera realizado. En tal evento, el daño resarcible a la parte perjudicada como resultado del incumplimiento debe ser compensado con los beneficios que esta parte recibió por el incumplimiento del acuerdo. Como los comentaristas han señalado, “sin embargo, las ventajas ganadas no deberán tomarse en cuenta si no existe un nexo causal adecuado con la pérdida y están relacionados con los gastos propios de la parte perjudicada (v. gr., seguros); pues sería contrario al principio de buena fe (Artículo 6(1)) que la parte responsable fuese exentada de pagar los mismos.”¹²³

9.2 Este enfoque es conforme a la práctica de la mayoría de los países,¹²⁴ así como con los principios UNIDROIT y los PECL. El Artículo 7.42 de los Principios UNIDROIT establece que se tiene que tomar en cuenta “cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.”¹²⁵ El Comentario de este Artículo explica que el objeto del lenguaje de esta disposición es asegurar que la parte perjudicada no se enriquezca con la indemnización por incumplimiento. Por consiguiente, “se debe de tomar en cuenta cualquier ganancia de la parte perjudicada derivada del incumplimiento, ya sea en la forma de gastos que no fueron incurridos (Ej. No se tiene que pagar el costo de una habitación de hotel de un artista que no asistió), o la pérdida que hubiera evitado (Ej. en el evento del incumplimiento de lo que hubiera sido un mal negocio para la parte perjudicada).”¹²⁶

9.3 Por el contrario, los PECL no establecen expresamente que toda pérdida de la parte perjudicada tenga que ser compensada con toda ganancia derivada del incumplimiento. Sin embargo, el Comentario del Artículo 9:502 establece:

“La parte perjudicada debe traer a cuenta en la indemnización toda ganancia compensable que compense su pérdida; sólo el balance, la pérdida neta, es indemnizable. De manera similar, en el cálculo de las ganancias dejadas de obtener por la parte perjudicada, el costo que se hubiese incurrido para obtener esas ganancias es un ahorro compensable que debe de ser descontado para obtener la ganancia neta. La compensación de las ganancias normalmente es el resultado de una compraventa sustituta realizada por la parte perjudicada. Pero toca a la parte responsable del incumplimiento probar que la transacción que generó las ganancias era de hecho una compraventa sustituta, y no una transacción realizada independientemente al incumplimiento. El ahorro compensable tiene lugar cuando el cumplimiento futuro del cual la parte perjudicada ha sido liberada, como resultado del incumplimiento, no demandaría un gasto de la parte perjudicada”.¹²⁷

¹²³ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/Stoll/Gruber, *op. cit.*, art. 74, ¶ 32.

¹²⁴ Ver FARNSWORTH, *op. cit.*, § 12.9; TREITEL, *op. cit.*, §§ 149-50; ver también PECL art. 9:502 n.4 (citando un buen número de casos y doctrina).

¹²⁵ Principios UNIDROIT art. 7.4.2.

¹²⁶ *Id.*, cmt. 3.

¹²⁷ PECL: art. 9:502 cmt c.

9.4 El Comentario de la Secretaría provee los siguientes ejemplos sobre la valoración apropiada del daño conforme al Artículo 74:

“Ejemplo [A]: El contrato prevé la venta de 100 máquinas-herramientas fabricadas por el vendedor por un precio FOB de 50.000 dólares. El comprador repudió el contrato antes de que comenzaran a fabricarse las máquinas. De haberse cumplido, el vendedor habría tenido que hacer gastos por valor de 45.000 dólares, 40.000 de los cuales habrían representado gastos debidos exclusivamente a la existencia de este contrato (por ejemplo, materiales, energía y mano de obra contratada con motivo del contrato o remunerada por unidad de producción) y 5.000 habrían representado la proporción que correspondía a ese contrato en los gastos generales de la empresa (costo del capital tomado en préstamo, gastos generales de administración, depreciación de instalaciones y equipo). Como el comprador repudió el contrato, el vendedor no desembolsó los 40.000 dólares correspondientes a los gastos que habría tenido que realizar a causa de su existencia. Sin embargo, los 5.000 dólares por concepto de gastos generales asignados a este contrato correspondían a gastos de la empresa que no dependían de la existencia del contrato. Por lo tanto, esos gastos no podían reducirse y, a menos que el comprador hubiera celebrado otros contratos que absorbieran toda su capacidad de producción durante el período de que se trata, como consecuencia del incumplimiento del comprador, el vendedor perdió la asignación a gastos generales de los 5.000 dólares que habría recibido si el contrato se hubiera cumplido. Así, la pérdida por la que debe responder el comprador en este ejemplo asciende a \$10.000 dólares. Precio del contrato 50 000 [menos] Gastos de ejecución que podían economizarse \$40 000 [igual a] Pérdida dimanada del incumplimiento \$10 000.”

“Ejemplo [B]: En caso de que, antes de que el comprador repudiara el contrato del ejemplo [A], el vendedor ya hubiera desembolsado 15.000 dólares en gastos no recuperables por ejecución parcial del contrato, el total de daños y perjuicios ascendería a 25.000 dólares.”

Ejemplo [C]: Si el producto de la ejecución parcial, según se indica en el ejemplo 70B, pudiera venderse a un tercero como resto por la suma de 5.000 dólares, la pérdida del vendedor se reduciría a 20.000 dólares.”¹²⁸

B. Conforme al Artículo 74 de la Convención, no se concederán daños punitivos (*punitive damages*) a la parte perjudicada.

9.5 La Convención no establece el pago de daños preventivo-punitivos (*punitive damages*). Los daños preventivo-punitivos, también llamados daños ejemplares, son sumas otorgadas en exceso al daño compensatorio o nominal con el objeto de castigar a una de las partes por su mala conducta.¹²⁹ Tales daños no podrán ser resarcidos conforme al Artículo 74 ya que el mismo limita la indemnización al “valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento”.¹³⁰ Además, la indemnización con daños punitivos no está permitida por la Convención, aun cuando las leyes domésticas lo permitan para el caso del incumplimiento del contrato, pues la Convención no

¹²⁸ Comentario de la Secretaría, *op. cit.*, art. 70 [proyecto contraparte de la CISG art. 74], ¶ 5.

¹²⁹ Para un estudio comparativo de los daños punitivos, ver Gotanda, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. p. 391 (2004). La prohibición de este tipo de daños, no aplica, en principio, a la reclamación de cláusulas penales.

¹³⁰ CISG art. 74.

establece su pago.¹³¹ Sin embargo, las partes podrán acordar que el tribunal arbitral o judicial competente otorguen e impongan el pago de los daños punitivos, en la medida en que lo permita la ley aplicable.¹³²

¹³¹ *Id.*

¹³² Ver ENDERLEIN/MASKOW/Knapp, *op. cit.*, p. 544. Se debe anotar que los daños punitivos podrían violar alguna regla de derecho de aplicación inmediata. En tal caso, la concesión o la porción de los daños punitivos podría ser nula o inejecutable. Ver en términos generales Gotanda, *Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitration in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 38 HARV. INT'L L.J. p. 59 (1997).