

Consejo Asesor de la CISG*

Opinión Consultiva No. 10

Pago de Sumas Convenidas por Incumplimiento de una Obligación en Contratos sujetos a la CISG

Debe citarse como: Consejo Asesor de la CISG (“CISG-AC”) Opinión No. 10, Pago de Sumas Convenidas por Incumplimiento de una Obligación en Contratos sujetos a la CISG, Relator: Dr. Pascal Hachem, Bär & Karrer AG, Zurich, Suiza. Aprobada el 3 de agosto del 2012, en la dieciseisava reunión del CISG-AC, celebrada en Wellington, Nueva Zelanda.

Traducción al español por el Licenciado Guillermo Coronado y revisada por los Profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

La reproducción de esta opinión se encuentra autorizada.

INGEBORG SCHWENZER, *Presidente*

MICHAEL BRIDGE, ERIC E. BERGSTEN JOACHIM BONELL, ALEJANDRO M. GARRO, HAN SHIYUAN, ROY M. GOODE, JOHN Y. GOTANDA, SERGEI N. LEBEDEV, PILAR PERALES VISCASILLAS, JAN RAMBERG, , HIROO SONO, CLAUDE WITZ, *Miembros*

SIEG EISELEN, *Secretario*

* *La 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 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (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, Prof. Peter Schlechtriem de la Universidad de Friburgo, Alemania, fue elegido presidente del CISG-AC 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 electo Secretario. 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 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 CISG-AC eligió como miembros adicionales a Prof. Pilar Perales Viscasillas, de la Universidad Carlos III, Madrid; Prof. Ingeborg Schwenzler, de la Universidad de Basilea; Prof. John Y. Gotanda, de la Universidad de Villanova; Prof. Michael G. Bridge, de la Escuela de Economía de Londres; y Prof. Han Shiyuan, de la Universidad de Tsinghua University. Prof. Jan Ramberg sirvió por un término de tres años como su segundo presidente de la CISG-AC. En su Onceava reunión en Wuhan, República Popular de China, Prof. Eric E. Bergsten de la Universidad de Pace fue elegido como Presidente de la CISG-AC y el Prof. Sieg Eiselen del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sudafrica fue electo Secretario. En su catorceava reunión en Belgrado, Serbia, la Prof. Ingeborg Schwenzler de la Universidad de Basilea fue electa Presidente de la CISG-AC.

ÍNDICE

Opinión (Texto en negrita)

Comentarios

1. Comentarios sobre la Regla 1
 2. Comentarios sobre la Regla 2
 - 2.1 Comparativa General
 - 2.2 La Posición de la CISG
 3. Comentarios sobre la Regla 3
 4. Comentarios sobre la Regla 4
 - 4.1 General
 - 4.2 Interpretación de evaluaciones de derecho interno bajo la CISG
 - 4.3 El estándar de la CISG
 5. Comentarios sobre la Regla 5
 6. Comentarios sobre la Regla 6
 7. Comentarios sobre la Regla 7
 8. Comentarios sobre la Regla 8
 - 8.1 General
-

OPINIÓN

- 1. La Convención regula la incorporación en el contrato y la interpretación de cláusulas que estipulan el pago de una suma de dinero para el caso de incumplimiento del contrato (“la suma convenida”).**
- 2. De acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 6, las partes pueden derogar la aplicación de los artículos 74 – 79 CISG mediante la inclusión de tales cláusulas.**
- 3. Con excepción de los requisitos de forma, la CISG no excluye la aplicación de las normas de derecho interno destinadas a proteger al deudor.**
- 4. (a) Las normas destinadas a proteger al deudor, basadas en nociones como razonabilidad, desmesura o proporcionalidad, deben aplicarse de acuerdo a un estándar internacional. Este estándar debe ser desarrollado sobre la base de los principios subyacentes de la CISG.**
(b) En un contexto internacional, las sumas convenidas no violan tales normas por el simple hecho de que obliguen al deudor a cumplir.
- 5. La cuestión de si un impedimento exonera al deudor del pago de la suma convenida constituye, en primer lugar, un tema de interpretación del contrato, a resolver conforme a los artículos 8 y 9 CISG. A menos que las partes estipulen otra cosa, el artículo 79(1) CISG exonera al deudor de la obligación de pagar la suma convenida.**
- 6. Cuando el acreedor ha contribuido al incumplimiento del deudor, desencadenando el pago de la suma convenida, el artículo 80 CISG impide el cobro de dicha suma en la medida en que el acreedor ha causado el incumplimiento.**

7. El incumplimiento en la adopción de medidas razonables para mitigar la pérdida (Artículo 77 CISG), no afecta el monto a recuperar en concepto de suma convenida.

8. La relación entre la suma convenida y los remedios previstos por la CISG para el supuesto de incumplimiento del contrato plantea una cuestión de interpretación del contrato bajo los Artículos 8 y 9 CISG. A menos que las partes acuerden de otra forma, se aplicarán las siguientes reglas:

(a) El cumplimiento específico puede reclamarse además de la suma convenida a menos que dicha suma se haya pactado como sustitutiva del incumplimiento contrato.

(b) La resolución del contrato no afecta el pago de la suma convenida (Artículo 81(1) CISG).

(c) No se pueden reclamar daños y perjuicios además de la suma convenida.

COMENTARIOS

1. La Convención regula la incorporación en el contrato y la interpretación de cláusulas que estipulan el pago de una suma de dinero para el caso de incumplimiento del contrato (“la suma convenida”).

La regla 1 repite el punto de visto incontrovertido de los artículos 14 – 24 CISG, que regulan la incorporación de una suma convenida.¹

2. De acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 6, las partes pueden derogar la aplicación de los artículos 74 – 79 CISG mediante la inclusión de tales cláusulas.

2.1 Perspectiva comparada

2.1.1 Los contratos de compraventa suelen incluir con frecuencia pactos de pago de una suma de dinero para el caso de incumplimiento de una obligación. En la actualidad, las partes son libres de incluir tales cláusulas en los países de tradición continental-romanista,² y los montos desmesurados suelen estar, por lo general,³ sujetos a reducción.⁴ Los sistemas jurídicos nórdicos a su vez, reconocen el concepto de sumas convenidas, aunque no hay reglas específicas en su legislación aplicable a los contratos.⁵ En términos de su validez, los sistemas nórdicos tratan este tipo de cláusulas como cualquier otra cláusula del contrato. Esto implica que las disposiciones que permiten la modificación de términos irrazonables del contrato autorizan a modificar cláusulas en las que la suma convenida sea excesiva.⁶

2.1.2 En jurisdicciones del *Common Law* la distinción entre cláusulas penales y aquellas que contemplan una indemnización anticipada de los daños y perjuicios (“cláusulas de indemnización”) reviste mayor importancia que en las jurisdicciones de la órbita continental-romanista. El *Common Law* tradicional niega exigibilidad a aquellas cláusulas que actúan *in terrorem*, a las que considera penalidades, prohibición que se origina en las medidas que tomaban los tribunales de equidad ingleses contra las

obligaciones penales (“*penal bonds*”); por otro lado, los países del *Common Law* consideran válidas las cláusulas de indemnización.⁷ Lo que los tribunales de los países del *Common Law* exigen, para ponerlo de manera simple, es que la suma convenida constituya una genuina estimación de la pérdida. Este enfoque es adoptado en la actualidad por otros ordenamientos jurídicos cuya tradición se origina en el *Common Law*,⁸ a pesar de que hay algunas notables excepciones⁹ aún dentro de la órbita del *Common Law*¹⁰.

2.1.3 Los países de tradición jurídica mixta se encuentran divididas sobre el tema de la validez de cláusulas con sumas convenidas. Las Filipinas y África del Sur han establecido reglas similares a los países de derecho continental-romanista.¹¹ Aunque algo ambiguo, el mismo enfoque se puede inferir en Israel.¹² Escocia tradicionalmente ha seguido el enfoque de Inglaterra,¹³ pero conforme al esperado proyecto de ley sobre Clausulas Penales (Escocia), los tribunales pueden modificar el monto que resulte manifiestamente desmesurado.¹⁴

2.1.4 Los primeros pasos de armonización internacional fueron dados en 1973 en la *Convention Benelux Relative à la Clause Pénal*. Justo después de la adopción de la CISG, la CNUDMI en 1983 finalizó la elaboración de las Normas Uniformes sobre Cláusulas Contractuales por las que se Establece una Suma Convenida en Razón de la falta de cumplimiento (“Reglas de la CNUDMI sobre Sumas Convenidas”). Estas reglas fueron sucedidas en 1994, 2004 y 2010 por el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (“PICC”); en 1999 por el artículo 9:509 de los Principios Europeos de Derecho Contractual; y en 2009 por el artículo III.–3:712 del Proyecto de Marco Común de Referencia. El enfoque tomado por las Reglas de la CNUDMI sobre Sumas Convenidas y sus seguidoras dispensa de la distinción entre cláusulas penales y cláusulas de indemnización. En cambio, se convalidan todas las cláusulas de sumas convenidas, sujetas a reducción en casos de desmesura.¹⁵ Un enfoque esencialmente idéntico fue adoptado por el artículo 170 del Código Europeo de los Contratos publicado en 2001 por la Iniciativa *Gandolfi*.¹⁶

2.2 La Posición de la CISG

La regla 2 de esta Opinión reconoce la frecuencia con la que se utilizan las cláusulas de sumas convenidas y reitera la libertad de las partes para incluir tales cláusulas en el contrato. Los tribunales judiciales y arbitrales han fundamentado este principio en el artículo 6 CISG¹⁷ o en el artículo 45(2) CISG¹⁸. Debido a que las cláusulas penales y de indemnización se encuentran inseparablemente interconectadas con el derecho de daños y perjuicios, tales cláusulas afectan los artículos 74 – 77, 79, 80 CISG.

3. Con excepción de los requisitos de forma, la CISG no excluye la aplicación de las normas de derecho interno destinadas a proteger al deudor.

3.1 La regla 3 cubre la interacción de la CISG y las normas internas sobre protección del deudor.

3.2 Los ordenamientos jurídicos han desarrollado mecanismos diversos destinados a proteger al deudor. Dichos mecanismos pueden resumirse en aquellos que establecen requisitos formales específicos con el cual deben revestirse las cláusulas por sumas convenidas; aquellos que fijan un monto máximo para

tales sumas; los que niegan la ejecución de dichas cláusulas por sumas convenidas por considerarlas penalidades; y aquellos ordenamientos jurídicos que disponen de mecanismos de reducción de sumas excesivas. Aún más, el deudor puede encontrarse protegido por disposiciones generales que lo exoneran de la responsabilidad de pagar dichas sumas.

3.3 Desde la perspectiva de la CISG, todos estos mecanismos de protección conciernen a la validez de sumas convenidas. En donde las normas de derecho interno establecen sumas fijas para sumas convenidas,¹⁹ dichas disposiciones determinan hasta qué punto una suma convenida es válida. En aquellos ordenamientos en los que se niega la ejecución de las sumas convenidas al ser clasificadas como una penalidad,²⁰ la función que juega la cláusula es lo que determina su validez. En los ordenamientos jurídicos que prevén la reducción de sumas desmesuradas, tales disposiciones determinan hasta qué punto una suma convenida tiene validez. Debido a que a la CISG no le conciernen las cuestiones de validez – artículo 42(a) CISG– los mecanismos internos de protección del deudor por lo general se siguen aplicando a las cláusulas de sumas convenidas incorporados a contratos que se rigen por la CISG.

3.4 Los tribunales judiciales y arbitrales, por lo tanto, han aplicado correctamente los mecanismos de derecho interno destinados a proteger al deudor de sumas convenidas cuando dichas cláusulas fueron incorporadas a contratos regidos por la CISG.²¹ En particular, se ha negado que un mecanismo de reducción de la suma convenida pueda basarse en los artículos 8 y 77 CISG.²² Se sostuvo en un caso, sin embargo, que el mecanismo de reducción establecido en el artículo 7.4.13(2) PICC 1994 satisface los requisitos de “uso comercial” al que se refiere el artículo 9(2) CISG, en base al cual se autorizó tal reducción.²³

3.5 La regla 3 contiene una excepción a la regla general aplicable a los requisitos de forma impuestos por el derecho interno. Dichos requisitos no son aplicables al tomarse en cuenta el artículo 11 CISG. Algunos ordenamientos jurídicos, especialmente los de Europa del Este y Asia Central, han establecido requisitos de forma específicos que deben ser cumplidos por las cláusulas que pacten sumas convenidas.²⁴ El artículo 4(2)(a) CISG, sin embargo, cede las cuestiones de validez en favor del derecho interno aplicable, “*salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención*”. El artículo 11 CISG, el cual establece la libertad de forma, es unánimemente percibido como una excepción, esto es, esta disposición de la CISG es la que rige cuestiones de validez.

3.6 Alguna jurisprudencia ha sostenido que los requisitos de forma aplicables específicamente a las sumas convenidas continúan siendo aplicables a pesar de lo dispuesto en el artículo 11 CISG, ya que la Convención no contiene ninguna disposición sobre sumas convenidas.²⁵ El mejor punto de vista, sin embargo, es adoptado por la regla 3, otorgando al artículo 11 CISG un significado amplio, eliminando los requisitos de forma del derecho interno para contratos de compraventa, o cualquiera de sus cláusulas, regidas por la CISG, a menos que los artículos 90 y 96 CISG lleven a otro resultado.

4. (a) Las normas destinadas a proteger al deudor, basadas en nociones como razonabilidad, desmesura o proporcionalidad, deben aplicarse de acuerdo a un estándar internacional. Este estándar debe ser desarrollado sobre la base de los principios subyacentes de la CISG.

(b) En un contexto internacional, las sumas convenidas no violan tales normas por el simple hecho de que obliguen al deudor a cumplir.

4.1 General

4.1.1 La regla 4 se refiere a la evaluación que hace el derecho interno de las cláusulas con sumas convenidas, como se describe en la regla 3, incorporadas a contratos regidos por la CISG. Independientemente del enfoque tomado por cada ordenamiento, la cuestión de fondo siempre consiste en determinar hasta qué punto dicha cláusula puede ser convalidada. Desde una perspectiva funcional, algunos ordenamientos deciden invalidar completamente las cláusulas con sumas convenidas, mientras que otras las invalidan parcialmente reduciendo el monto de la suma convenida. Por lo tanto, conforme a algunos ordenamientos jurídicos, dichas cláusulas son válidas en su totalidad, aunque sujetas a límites impuestos por la moral y las buenas costumbres, lo que en definitiva implica una cuestión de validez.

4.1.2 El mecanismo de protección más conocido en contra de la validez de las sumas convenidas consiste en declararlas inválidas por comportar una penalidad o reducir su monto cuando éste es considerado excesivo. Como fue indicado anteriormente,²⁶ el primer enfoque es primeramente adoptado por los sistemas jurídicos del *Common Law*, mientras que el segundo es típico en los países de tradición continental-romanista, países nórdicos, aquellos de tradición jurídica mixta, y es también la postura adoptada en los instrumentos internacionales.

4.1.3 Independientemente del enfoque individual tomado en cada ordenamiento, la cuestión principal consiste en determinar hasta qué punto la cláusula puede ser mantenida dentro del contrato. Desde una perspectiva funcional, algunos sistemas legales invalidan dichas cláusulas completamente mientras que otros las invalidan parcialmente, reduciendo el monto de las sumas convenidas; por lo tanto, nuevamente, algunos ordenamientos jurídicos invalidan dichas cláusulas en su totalidad, con sujeción a límites impuestos por la moral y las buenas costumbres, lo que en el fondo es una cuestión de validez.

4.2 Interpretación de las evaluaciones que hace el derecho Interno en contratos regidos por la CISG

4.2.1 La CISG es parte del derecho de cada Estado Contratante. En particular, la CISG constituye el derecho nacional aplicable a las compraventas internacionales. Por lo tanto, cuando cabe recurrir al derecho interno para complementar las reglas aplicables a la compraventa internacional, es necesario interpretar dicho derecho interno de tal manera que refleje una dimensión internacional de la compraventa. En otras palabras, una cláusula que puede ser considerada irrazonable en compraventas puramente domésticas no es necesariamente irrazonable en un plano internacional.

4.2.2 De esto se sigue que cuando se aplican estándares tales como razonabilidad, proporcionalidad o si una suma convenida es una genuina estimación previa de la pérdida sufrida, dichos criterios deben

practicarse conforme a un estándar internacional derivado de la CISG. Para ponerlo en términos tradicionales en aquellos ordenamientos jurídicos que prohíben las sumas convenidas por considerarlo una penalidad: Si una suma estipulada es una genuina estimación previa de la pérdida – lo que al final siempre conlleva un examen de razonabilidad – no debe determinarse conforme a la jurisprudencia interna sino a la luz de lo que sea razonable en el comercio internacional. Y para ponerlo en términos tradicionales en aquellos sistemas que recurren a mecanismos de reducción: Si una cláusula es desmesurada bajo las circunstancias, y por tanto debe ser reducida en su monto, es una cuestión que no debe decidirse a la luz de lo que se considera desmesurado en contratos internos, sino que se determinará aplicando un estándar internacional.

4.3 El estándar de la CISG

4.3.1 Determinar el estándar establecido por la CISG significa interpretar la Convención conforme al artículo 7(1) CISG. Es necesario determinar si la posibilidad de inducir el cumplimiento mediante el pago de una suma convenida constituye un estándar internacional establecido por la CISG, i.e., si la autonomía de las partes provee una justificación suficiente en el comercio internacional para facultar a las partes a inducir el cumplimiento de esa manera.

4.3.2 La posibilidad de inducir el cumplimiento mediante el pago de una suma convenida es reconocida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de tradición continental-romanista, las llamadas jurisdicciones mixtas, los sistemas legales de los países nórdicos y por los instrumentos internacionales. El mandato del artículo 7(1) CISG requiere que dicho estándar también sea aceptado por los ordenamientos jurídicos que adoptan un criterio diferente. Esto se relaciona con aquellos sistemas legales que protegen al deudor negando la ejecución de cláusulas caracterizadas como penalidades. En este caso se justifica considerar si la determinación acerca de si la suma convenida constituye una genuina estimación previa de la pérdida sufrida en contratos de compraventa internacional también incluya una estimación de si el pago de dicha suma puede inducir el cumplimiento por la contraparte.

4.3.3 Un análisis más profundo acerca de la historia detrás de estas cláusulas en los países del *Common Law* revela que la regla tradicional ha sido vista como una rara excepción al principio general de libertad contractual, siendo percibida como una reliquia de los tribunales de la “*Equity*” en Inglaterra, que apuntaban a proteger deudores de obligaciones penales.²⁷ El enfoque tradicional del *Common Law* ha sido etiquetado como una anomalía,²⁸ su razón de ser calificada de ‘*misteriosa*,’²⁹ siendo todavía hoy en día ‘*uno de los misterios del common law*’³⁰, lo que en el fondo no deja de ser un ‘*anacronismo, especialmente en casos en que empresas comerciales son las que se enfrentan a ambos lados del contrato*’³¹. Una ruta similar ha sido establecida por Lord Diplock en *Robophone Facilities Ltd v Blank*: ‘*No voy a hacer ningún intento, en el que muchos otros han fracasado, en racionalizar esta regla del common law. Parece ser sui generis.*’³² Otros hacen referencia a un ‘*accidente de la historia del derecho*’.³³

4.3.4 Aun más, se ha ido aceptando la noción de que el derecho de daños protege el interés en la ejecución de las obligaciones contractuales y no simplemente una ecuación económica. En discusiones en derecho comparado este desarrollo ha sido típicamente descrito como un cambio en el paradigma de

‘principio de beneficios económicos’ al ‘principio de cumplimiento’.³⁴ Bajo este último principio, el derecho de daños se considera como un medio para el cumplimiento de obligaciones.³⁵

4.3.5 Un ejemplo es *Attorney-General v Blake*.³⁶ La mayoría de los Lores razonaron que ‘el derecho reconoce que los daños no son siempre un remedio suficiente por el incumplimiento del contrato. [...] Aun cuando se otorgan daños y perjuicios, el derecho no se adhiere servilmente al concepto que la compensación puede medirse exclusivamente en términos financieros. Cuando las circunstancias lo requieran, los daños también pueden mensurarse con referencia al beneficio obtenido por el que hace el daño.’³⁷ Un comentarista ha hecho notar que una suma convenida que dispone la eliminación de beneficios derivados del incumplimiento del contrato podría claramente incumplir con la noción tradicional de una cláusula de indemnización, pero ‘parece extraño eliminar tal cláusula como penalidad por lo menos en una situación en donde los tribunales estarían dispuestos a otorgar una suma de dinero en concepto de utilidades o daños restitutorios’.³⁸

4.3.6 Una prueba más fehaciente acerca de un cambio de percepción en el derecho de daños – aunque no relacionada directamente con los contratos de compraventa internacional – se puede inferir de la tendencia creciente a otorgar o sugerir la concesión de daños punitivos, aún en los supuestos de incumplimiento contractual.³⁹

4.3.7 Poniendo en conjunto estos cambios, se puede entrever un cambio en el futuro cercano a la excepción de los pactos por sumas convenidas al principio general que los términos pactados libremente han de ser estrictamente cumplidos. Por lo tanto, en la medida en que la CISG impone una evaluación de razonabilidad acerca de si una cláusula de suma convenida constituye una estimación previa de la pérdida, dicha cláusula no debería ser considerada irrazonable por el sólo hecho de inducir el cumplimiento de la obligación. En cambio, debería reprobarse la razonabilidad de una cláusula de suma convenida si el monto pactado carecería de proporción con el objetivo perseguido, i.e., cuando dicho monto sea desproporcionado en el contexto de la relación contractual.

4.3.8 Por lo tanto, las cláusulas disponiendo sumas convenidas en contratos regidos por la CISG deben ser generalmente confirmadas independiente de la función que ellas asuman. La evaluación de derecho interno acerca de la validez de dichas cláusulas debe emplear un estándar de razonabilidad que debe emprenderse en el contexto de la CISG. Dicho contexto dispone que el propósito de asegurar el cumplimiento de la obligación no determina, por sí solo, que dichas cláusulas no sean razonables. Sin embargo, la CISG no contempla ni regula las consecuencias jurídicas que siguen a la determinación de su irrazonabilidad – esto es, el hecho de que no constituyan una genuina estimación previa de la pérdida, o que el monto pactado sea desmesurado. El derecho interno es el que rige este punto de manera exclusiva.

5. La cuestión de si un impedimento exonera al deudor del pago de la suma convenida constituye, en primer lugar, un tema de interpretación del contrato, a resolver conforme a los artículos 8 y 9 CISG. A menos que las partes estipulen otra cosa, el artículo 79(1) CISG exonera al deudor de la obligación de pagar la suma convenida.

5.1 La regla 5 se refiere a la situación que se presenta cuando el incumplimiento del deudor, que desencadena el pago de la suma convenida, fue causada por un impedimento que escapa al control del deudor y que éste no pudo prever ni tampoco evitar sus consecuencias. En tales circunstancias, en ausencia de un acuerdo en contrario, el artículo 79 CISG exonera al deudor del pago de daños y perjuicios. La regla 5 provee el mismo resultado con respecto a la obligación de pagar sumas convenidas.

5.2 Los esfuerzos en la Conferencia de Viena por extender expresamente la aplicación del artículo 79 de la CISG de manera expresa a la obligación de pagar sumas convenidas no fueron exitosos.⁴⁰ En la jurisprudencia disponible sobre la CISG, este problema sólo se presentó en un caso, pero el tribunal dejó el tema sin responder en razón de que la cuestión era irrelevante para decidirlo.⁴¹ El artículo 7(1) CISG establece que su interpretación exige prestar debida consideración al carácter internacional de la CISG. En la medida en que tanto el artículo 5 de las Reglas de la CNUDMI sobre Sumas Convenidas, como el comentario oficial 2 sobre al artículo 7.4.13 PICC y la gran mayoría de ordenamientos internos hacen responsable al deudor por el pago de la suma convenida siempre y cuando éste sea responsable del incumplimiento, el artículo 79 CISG debe ser interpretado – en ausencia de alguna indicación en contrario por las partes – en el sentido de liberar al deudor del pago de dicha suma cuando se encuentren reunidos los requisitos del artículo 79 CISG.⁴²

6. Cuando el acreedor ha contribuido al incumplimiento del deudor, desencadenando el pago de la suma convenida, el artículo 80 CISG impide el cobro de dicha suma en la medida en que el acreedor ha causado el incumplimiento.

6.1 La regla 6 contempla la situación en la que el deudor de la suma convenida ha contribuido al incumplimiento de la obligación. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando un comprador FOB se encuentra en retraso en nombrar la embarcación o presta instrucciones incorrectas con respecto a los puntos de carga y horarios de entrega o recepción de las mercaderías, ocasionando un retraso. En este supuesto el artículo 80 CISG impide que la parte agraviada pueda ser indemnizada por el incumplimiento en la medida en que haya contribuido a que éste haya ocurrido.

6.2 La regla 6 aclara que el artículo 80 también se aplica a la obligación de pagar una suma convenida. Por lo tanto, la contribución del acreedor en el incumplimiento debe reflejarse proporcionalmente en una reducción de la suma convenida.

7. El incumplimiento en la adopción de medidas razonables para mitigar la pérdida (artículo 77 CISG), no afecta el monto a recuperar en concepto de suma convenida

7.1 La regla 7 se ocupa de la interacción entre la regla general de mitigar las pérdidas y el pago de una suma convenida en el supuesto de incumplimiento del deudor. La CISG claramente distingue entre la contribución del acreedor al incumplimiento y el deber de mitigar pérdidas incurridas. Por empezar, a

diferencia del artículo 80 CISG, el artículo 77 CISG no tiene ningún impacto sobre la obligación de pagar la totalidad de la suma convenida. Bajo la CISG la falta del acreedor en mitigar su pérdida carece de impacto en el monto que debe pagar el deudor. La suma convenida debe pagarse independientemente de si el acreedor ha sufrido una pérdida real. Si el hecho de haber sufrido una pérdida genuina es por lo general irrelevante, tampoco reviste relevancia si dicha pérdida ha sido o no ha sido mitigada. Los artículos 74 – 77 CISG contemplan el cálculo de los daños y perjuicios, pero al acordar el pago de una suma convenida las partes se han ocupado con antelación de determinar el monto de la indemnización. El artículo 77 CISG prevé un mecanismo de reducción de dicha suma.⁴³

7.2 Si el artículo 77 CISG fuera relevante para determinar la cantidad de la suma convenida que debe abonar el deudor, cabría entonces determinar cuál ha sido la pérdida real y la cantidad que puede dejar de abonarse. Estas cuestiones son propensas a provocar disputas entre las partes, obstaculizando una resolución rápida y eficiente del conflicto, lo que conspira contra el propósito de la inclusión de una suma convenida. En las discusiones mantenidas a nivel del derecho interno sobre esta cuestión, se ha mantenido que la noción de cláusula de indemnización y la obligación de mitigar los daños son fundamentalmente diferentes, sin que uno influya sobre el otro.⁴⁴

7.3 Todo parece indicar que es preferible dejar a criterio del acreedor si tomar medidas para mitigar el daño sufrido. El incentivo económico para tomar medidas encaminadas a mitigar el daño causado o que podría causarse es reducir la pérdida real y recuperar la totalidad de la suma convenida.⁴⁵ El riesgo económico que corre el acreedor al no adoptar medidas que reduzcan la pérdida real es que dicha pérdida exceda el monto de la suma convenida, no pudiendo el acreedor recuperar la cantidad restante.

8. La relación entre la suma convenida y los remedios previstos por la CISG para el supuesto de incumplimiento del contrato plantea una cuestión de interpretación del contrato bajo los Artículos 8 y 9 CISG. A menos que las partes acuerden de otra forma, se aplicarán las siguientes reglas:

(a) El cumplimiento específico puede reclamarse además de la suma convenida a menos que dicha suma se haya pactado como sustitutiva del incumplimiento contrato.

(b) La resolución del contrato no afecta el pago de la suma convenida (Artículo 81(1) CISG).

(c) No se pueden reclamar daños y perjuicios además de la suma convenida.

8.1 En general

8.1.1 La regla 8 contempla la relación entre la obligación de pagar la suma convenida, como consecuencia del incumplimiento, y los otros derechos y acciones o “remedios” disponibles en caso de incumplimiento del contrato.

8.1.2 Este tema no involucra una cuestión de validez,⁴⁶ razón por la cual, a pesar de algunas opiniones en contrario,⁴⁷ debe regirse por el derecho interno aplicable. La esfera de aplicación de la CISG es un punto regido exclusivamente por la propia Convención, por lo que también se rige exclusivamente por ella lo que atañe a las acciones disponibles en caso de incumplimiento del contrato. Claro que son las

partes quienes cuentan con la facultad de determinar cuáles son los derechos y acciones de las que pueden disponer (artículo 6 CISG),⁴⁸ sujeto a las barreras establecidas por el derecho interno aplicable (artículo 4(2)(a) CISG). El primer paso es por tanto interpretar la cláusula en disputa a la luz de los artículos 8 y 9 CISG.⁴⁹ Si esto no lleva a una solución, se aplicarán las reglas siguientes.

8.2 Cumplimiento específico

8.2.1 Los ordenamientos jurídicos coinciden que la mera presencia de sumas convenidas no excluye, por sí misma, la posibilidad de obtener el cumplimiento específico de la obligación.⁵⁰ En aquellos supuestos en que la suma convenida fue pactada precisamente para remediar el incumplimiento total del contrato (tal como, por ejemplo, la falta de entrega de las mercaderías), la mayoría de los sistemas legales disponen que el acreedor no puede reclamar, de manera acumulativa, la suma convenida y el cumplimiento específico, ya que esto conllevaría un recuperado doble.⁵¹

8.2.2 Pero en aquellos supuestos en que la suma convenida es incorporada para remediar el cumplimiento deficiente, el acreedor puede acumular el pago de la suma convenida y el cumplimiento específico.⁵² Este es el caso que se presenta cuando la suma convenida ha sido estipulada para compensar la demora en el cumplimiento de las obligaciones, cuestión que se ha presentado en la vasta mayoría de casos que tratan sobre sumas convenidas bajo la CISG.

8.2.3 Una interpretación de la Convención bajo el Artículo 7(1) CISG tomando consideración al carácter internacional de la CISG sugiere que este punto de vista sobre cumplimiento específico también debe ser adoptado como una regla por omisión bajo la Convención.

8.3 Resolución del Contrato

8.3.1 Bajo la regla 8 b) La resolución del contrato no impide al acreedor recuperar la suma convenida por incumplimiento del contrato. Esto es consistente con el concepto general de la CISG en permitir combinar, en caso de incumplimiento del contrato, su resolución y los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento.

8.4 Daños y perjuicios

8.4.1 La Regla 8 c) aclara que, a menos que las partes pacten lo contrario, el acreedor no podrá recuperar cualquier pérdida que exceda la suma convenida. La cuestión involucra, en primer lugar, una interpretación del acuerdo de las partes bajo los artículos 8 y 9 CISG.

8.4.2 La relación entre la obligación de pago de la suma convenida y el derecho a recuperar daños y perjuicios por incumplimiento de contrato recibe una respuesta dividida en el derecho interno de los diversos países. Según un punto de vista, el acreedor de la suma convenida no debe tener derecho a cualquier pérdida adicional,⁵³ excepto en casos típicos en los que la conducta del deudor ha sido maliciosa o fraudulenta.⁵⁴ En otros países los tribunales le otorgan la posibilidad al acreedor de incrementar el monto de la suma convenida. Dentro de esta perspectiva, en algunos sistemas los tribunales cuentan con amplia discreción, no quedando la facultad de ajustar la suma convenida a clasificación alguna.⁵⁵ En algunos ordenamientos jurídicos, empero, la posibilidad de ajustar la suma

convenida se limita a aquellos supuestos en los que el monto fijado resulta manifiestamente bajo (*'dérisoire', 'infimo'*).⁵⁶ En sistemas que prohíben cláusulas penales, el deudor no puede invocar lesión o abuso en el caso de que la suma convenida sea irrazonablemente baja,⁵⁷ relegando al acreedor a una reclamación ordinaria para daños y perjuicios.

8.4.3 Conforme a otro punto de vista, se permite el reclamo de daños y perjuicios adicionales, monto que puede ser compensado contra la reclamación por omisión.⁵⁸

8.4.4 A nivel internacional, las Reglas de la CNUDM sobre Sumas Convenidas persiguen un equilibrio entre ambas posturas con relación a la posibilidad de reclamar daños y perjuicios que excedan el monto de la suma convenida. En primer lugar, el artículo 7(1) de dichas reglas expresa que no se podrán reclamar daños adicionales en la medida en que dicha pérdida ha sido cubierta por la suma convenida. Esta posición se conforma con la postura del derecho interno que habilita la compensación de la suma convenida y el daño efectivamente sufrido. De esto se sigue, *a contrario*, que “en la medida” en que la suma convenida no cubra el daño sufrido, puede perseguirse una compensación por esa pérdida. La postura intermedia es expresada en el artículo 7(2) de las Reglas de la CNUDMI sobre Sumas Convenidas, que habilita el recupero de daños y perjuicios adicionales solamente en la medida en que la pérdida “exceda de manera sustancial” la suma convenida.

8.5.5 En este contexto, queda entonces a criterio de las partes prever una disposición especial para cubrir este punto. Resulta altamente recomendable recurrir a expresiones tales como “con exclusión de cualquier otro reclamo” or “sin perjuicio de otros reclamos”. La Convención, en base a su artículo 6 CISG, no presenta obstáculo alguno a estos pactos.⁵⁹ Sin embargo, el derecho interno aplicable puede adoptar una postura diferente, invalidando cláusulas que permitan recuperar la suma convenida y daños adicionales por incumplimiento del contrato.⁶⁰

8.4.6 Por lo tanto, no pueden recuperarse daños adicionales bajo la CISG, ya que el pago de la suma convenida es el único remedio disponible, sin que sea permisible un recupero adicional en base a la autorización del derecho interno a que los tribunales judiciales y arbitrales la otorguen. El resultado obtenido bajo la Convención no puede ser tergiversado por el derecho interno. Si la suma convenida resulta ser irrazonablemente bajo, nada impide a que el derecho interno invalide dicha cláusula en base a doctrinas como la “lesion”, “unconscionability”, o conceptos similares.

¹ Ver Schwenger/Hachem, en: Schwenger (ed), Schlechtriem & Schwenger – *Commentary on the UN-Convention on the International Sale of Goods*, 3rd edn, Oxford: Oxford University Press (2010), Art 4 CISG, para 17 [en adelante el “Commentary”]; Ferrari, en Schwenger (ed), Schlechtriem/Schwenger – *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5th edn, Munich: C. H. Beck (2008), Art 4 CISG, para 40 [en adelante “Kommentar”]; Magnus, en: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, CISG, 13th edn, Berlin: de Gruyter/Sellier (2005), Art 4 CISG, para 61 [en adelante “Staudinger”]; Benicke, en *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Vol 5 – *Viertes Buch. Handelsgeschäfte. Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§ 343–372, Recht des Zahlungsverkehrs, Effektengeschäft, Depotgeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring*, 2nd edn, Munich: C. H. Beck (2009), Art 21 CISG, para 57 [en adelante “MünchKommHGB”].

² Ver Argentina Art 652 CC; Armenia Art 369 CC; Austria § 1336(1) CC; Bielorrusia Art 311 CC; Bélgica Art 1226 CC; Bolivia Art 532 CC; Brasil Art 408 CC; Bulgaria Sección 92 OCA; Cambodia art 403 CC; Chile Art 1535 CC;

China Art 114 Ley Contractual; Colombia Art 1592 CC; Costa Rica Art 708 CC; Croacia Art 350 Ley Obligaciones Civiles; República Checa § 544 CC; Ecuador Art 1578 CC; Egipto Art 223 CC; El Salvador Art 1406 CC; Georgia Art 417 CC; Francia Art 1226 CC; Alemania § 339 CC; Grecia Art 405 CC; Estonia § 158 Ley de Obligaciones; Francia Art 1226 CC; Italia Art 1382 CC; Iraq Art 170 CC; Irán Art 230 CC; Japón Art 420 CC; Jordania Art 364 CC; República de Corea Art 398 CC; Latvia Art 1716 CC; Líbano Art 266 Código de Obligaciones y Contratos; Lituania Art 6.71 CC; Luxemburgo Art 1226 CC; Macau Art 799 CC; México Art 1841 CC; Moldavia Art 624 CC; Mongolia Art 232 CC; los Países Bajos Art 6.91 CC; Nicaragua Art 1985 CC; Panamá Art 1039 CC; Paraguay Art 454 CC; Perú Art 1341 CC; Polonia Art 481(1) CC; Portugal Art 812 CC; Rumania Art 1066 CC; Rusia Art 330 CC; Eslovaquia § 544 CC; Corea del Sur Art 398 CC; España Art 1152 CC; Suiza Art 160 CO; Siria Art 224 CC; Taiwan Art 250 CC; Uruguay Art 1363 CC; Uzbekistán Art 325 CC; Venezuela Art 1257 CC; Vietnam Art 422 CC; Yemen Art 348 CC.

³ Algunos ordenamientos jurídicos de raigambre continental-romanista carecen de un mecanismo expreso de reducción, tal como en la República Checa, Costa Rica, Latvia y Eslovaquia. En Japón, el art. 420(1), oración 2 CC expresamente establece que el tribunal no podrá aumentar o disminuir la cantidad de la indemnización. El art 420(3) CC equipara cláusula penal con indemnización. Lo mismo sucede en Irán, art 230 CC.

⁴ Ver para Argentina Art 656 CC; Armenia Art 372 CC; Austria § 1336(2) CC; Bielorrusia Art 314 CC; Brasil Art 413 CC; Bulgaria Sección 92 OCA; Chile Art 1539 CC; China Art 114 Ley Contractual; Colombia Art 1601 CC; Croacia Art 354 Ley sobre Obligaciones Civiles; Ecuador Art 1587 CC; Egipto Art 224(2) CC; El Salvador Art 1415 CC; Francia Arts 1231, 1152 CC; Georgia Art 420 CC; Alemania § 343 CC; Grecia Art 409 CC; Estonia § 162 Ley de Obligaciones; Francia Art 1152 CC; Italia Art 1384 CC; Iraq Art 171(2) CC; Irán Art 230 CC; Jordania Art 364(2) CC; República de Corea Art 398(2) CC; Líbano Art 266(2) Código de Obligaciones y Contratos; Lituania Art 6.73(2) CC; Luxemburgo Arts. 1231, 1152 CC; Macao Art 801 CC; México Arts. 1844, 1845 CC; Moldavia Art 630(1) CC; Mongolia Art 232(8) CC; los Países Bajos Art 6.94 CC; Panamá Art 1041 CC; Paraguay Art 459 CC; Perú Art 1346 CC; Polonia Art 484(2) CC; Portugal Art 812 CC; Rumania Art 1070 CC; Rusia Art 333 CC; Corea del Sur Art 398(2) CC; España Art 1154 CC; Suiza Art 163 CO; Siria Art 225(2) CC; Taiwán Art 252 CC; Uzbekistán Art 326 CC; Venezuela Art 1260 CC; Yemen Art 354 CC.

⁵ Ver para Dinamarca Lookofsky, *The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the UNIDROIT 'Restatement' and Danish Law*, (1998) 46 *Am J Comp L* 498; para Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia Dimatteo, *A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages*, (2001) 38 *Am Bus L J* 655. Las reglas de la ley islandesa en materia de contratos se corresponde, casi palabra por palabra, con la ley danesa en materia de contratos.

⁶ Ver para Dinamarca Art 36 Ley de Contratos; Finlandia Sección 36 Ley de Contratos; Noruega Art 36 Ley de Contratos; Suecia § 36 Ley de Contratos; Islandia Art 36 Ley de Contratos. Cf también, Di Matteo, op cit (n. 5), at p 655.

⁷ Ver para el desarrollo en ordenamientos jurídicos dentro de la órbita del *Common Law*, Hachem, *Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation, The Hague: eleven publishing* (2011), p 34 et seq.

⁸ Ver para Australia *Ringrow Pty Ltd v BP Australia Pty* [2005] HCA 71; Bután Sec 67(1) Ley sobre Compraventa Comercial; Irlanda DOOLAN, *Principles of Irish Law*, 6th edn, Dublin: Gill & MacMillan (2003), p 128; Nueva Zelanda BURROWS/FINN/TODD, *Law of Contract in New Zealand*, 3rd edn, Wellington: LexisNexis NZ (2007), para 21.2.6(a). Un enfoque más cauteloso es el adoptado por los tribunales canadienses, ver *Ontario Ltd v Torrey Springs II Associates Ltd Partnership*, Ont Ct App, 4 Julio 2005, 256 DLR (4th) 490 requiriendo un elemento de opresión.

⁹ Ver para la India, sección 74 Ley de Contratos (1872); Paquistán, sección 74 Ley de Contratos (1872). En Malasia, sección 75 Ley de Contratos (1950) explícitamente contempla la ejecutabilidad de sumas convenidas, a pesar de ser clasificadas como penalidades. Sin embargo, la Corte Suprema Malaya ha interpretado esta disposición de manera opuesta, ver *Selva Kumar A/L Murugiah v Thiagarajah A/L Retmasamy* [1995] 1 MLJ 817; crítica de Mohd Danuri/Che Munaaim/Yen, *Liquidated Damages in the Malaysian Standard Forms of Construction Contract: The Law and the Practice*, (2009) 25 *Constr L J* 103 et seq.

¹⁰ Ver Art 2012 Código Civil de Luisiana, disponiendo la reducción de sumas desmesuradas. Los tribunales de Luisiana, sin embargo, siguen la impronta del *Common Law* para invalidar dichos pactos, ver Dye, *Attorney Fees Provisions and Promissory Notes*, (1984) 44 *La L Rev* 836.

¹¹ Ver par alas Filipinas Art 1229 CC; Sudáfrica Arts. 1, 3 Ley sobre Pactos de Penalidades (1962).

¹² Ver para Israel Art 15 Ley de Contratos (Remedios por incumplimiento), haciendo referencia a la ‘compensación pactada’ bajo el título ‘daños convencionales’.

¹³ Ver para Escocia un resumen de los casos más importantes y desarrollo del derecho aplicable a los daños y perjuicios pactados, Comisión Jurídica Escocesa, *Report on Penalty Clauses* (1999), p 5 *et sqq*; ver también para el estado actual del derecho escocés sobre este punto, Gloag/Candlish Henderson, *The Law of Scotland*, 12th edn, Edinburg: Thomson/W Green (2008), paras 10.30-33.

¹⁴ Al momento de la elaboración de esta opinión, el proceso de consulta había terminado pero no había sido ratificado.

¹⁵ Ver Art 8 UNCITRAL Rules; Art 7.4.13(2) PICC; Art 9:509(2) PECL; Art III.-3:712(2) DCFR. Ver también Art 4(1) *Convention Benelux*.

¹⁶ Art 170(4) ECC.

¹⁷ Ver la Corte de Arbitraje sobre Comercio Exterior adjunta a la Cámara de Comercio de Serbia en Belgrado, 15 de Julio 2008, CISG-online 1795; Schwenger/Hachem, Commentary (n 1), Art 4 CISG, para 17; Schwenger, Commentary, Art 74 CISG, para 58; Honnold/Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed., Alphen an Rijn: Kluwer Law International (1999) para 403; P Huber, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol 3 – *Schuldrecht – Besonderer Teil I* §§ 433–610, 5th edn, Munich: C. H. Beck (2008), Art 74 CISG, para 57 [en adelante referido como “MünchKommBGB”]; Hachem, *Fixed Sums in CISG Contracts*, (2009) 13 *VJ* 219.

¹⁸ Federación Rusa, Procedimiento Arbitral 99/2002, 16 Abril 2002, CISG-online 1683; Tribunal de Comercio Exterior adjunto a la Cámara de Comercio Yugoslava en Belgrado, 9 de Diciembre 2002, CISG-online 2123.

¹⁹ Ver para Bolivia Art 534 CC; Brasil Art 412 CC; México Art 1843 CC; Mongolia Art 232(4) CC; Portugal Art 811(3) CC; Vietnam Art 378 Ley Contractual.

²⁰ Acerca de este mecanismo bajo el *Common Law* tradicional, ver más arriba, para. 2.1.2.

²¹ Con respecto a la invalidez de sumas convenidas *RB Hasselt*, 21 Enero 1997, CISG-online 360 (aplicación de derecho interno de Bélgica, cláusula invalida). Con respecto a la reducción de sumas excesivas ver *Hof van Beroep Antwerp*, 18 Junio 1996, CISG-online 758 (aplicando el derecho interno francés); *Gerechtshof Arnhem*, 22 agosto 1995, CISG-online 317 (aplicando el derecho interno alemán, negando la reducción); CIETAC, 7 diciembre 2005, CISG Pace (aplicando el derecho interno chino); CIETAC, 9 noviembre 2005, CISG-online 1444 (aplicando derecho interno chino); CIETAC, 6 febrero 1997, CISG Pace (aplicando derecho interno chino); Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 27 Abril 2005, CISG-online 1500 (aplicando derecho interno ruso); Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 19 Marzo 2004, CISG-online 1186 (aplicando derecho interno ruso); Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 19 Febrero 2004, CISG-online 1182 (aplicando derecho interno ruso); Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 4 abril 2003, CISG-online 1547 (aplicando derecho interno ruso); Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 10 enero 1998 CISG-online 2122 (aplicando derecho interno ruso).

²² Ver *Gerechthshof Arnhem*, 22 agosto 1995, CISG-online 317.

²³ Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 5 junio 1997, CISG-online 1247.

²⁴ Ver para Armenia Art 370 CC; Bielorrusa Art 312(1) CC; Georgia Art 418(2); Kazajstán Art 294 CC; Kirguistán Art 321 CC; Lituania Art 6.72 CC; Moldava Art 625(1) CC; Mongolia Art 232.3 CC; Rusia Art 330 CC; Eslovaquia § 544(2) CC; Tayikistán Art 356 CC; Turkmenistán Art 428 CC; Uzbekistán Art 261 CC.

²⁵ Tribunal de Distrito Nitra, 29 Junio 2006, CISG-online 1957.

²⁶ Ver arriba, para 2.1.1 et seq.

²⁷ Para detalles ver Hachem, op cit (n. 7), p 34 et seq.

²⁸ Ver *XCO International, Inc v Pacific Scientific Company*, US Ct App (7th Cir), 24 Mayo 2004, 369 F3d 998 at 1001: ‘*Los tribunales se abstienen de revisar la razonabilidad de otros términos del contrato; porque debiera hacerlo con este?*’

²⁹ Ver *XCO International, Inc v Pacific Scientific Company*, US Ct App (7th Cir), 24 Mayo 2004, 369 F3d 998 at 1001.

³⁰ Ver *XCO International, Inc v Pacific Scientific Company*, US Ct App (7th Cir), 24 Mayo 2004, 369 F3d 998 at 1001.

³¹ Ver *XCO International, Inc v Pacific Scientific Company*, US Ct App (7th Cir), 24 Mayo 2004, 369 F3d 998 at 1002. Ya establecido en p 1001 el Juez Posner había establecido que ‘*irónicamente, es la empresa más grande, PacSci, la que se queja de la ‘cláusula penal’*”.

³² [1966] 1 WLR 1428 at 1446.

³³ Cita de Mattei, *The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts*, (1995) 43 *Am J Comp L* 433 con mayores referencias.

³⁴ Ver Pearce/Halson, *Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication*, (2008) 28 *Oxford J Leg Stud* 82 et seq, quien habla de la función reivindicativa de los daños pactados.

³⁵ Ver Coote, *Contract Damages, Ruxley and the Performance Interest*, (1997) 56 *Cambridge L J* 541 et seq; Pearce/Halson, op cit (n. 33), (2008) 28 *Oxford J Leg Stud* 75; Webb, *Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation*, (2006) 26 *Oxford J Leg Stud* 43; McKendrick, *The Common Law at Work: the Saga of ‘Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd’*, (2003) 3 *Oxford U Commonwealth L J* 168.

³⁶ [2001] 1 AC 268 (HL). El espía Blake – un ‘*notorio, auto-confeso traidor*’ en las palabras de Lord Nicholls de Birkenhead,– había sido miembro del Servicio de Inteligencia Secreto (SIS) entre 1944 y 1961. *Attorney-General v Blake* [2001] 1 AC 268 (HL) at 275 En 1951 cambió de bando en favor de la Unión Soviética. En 1989 Blake escribió su auto biografía, publicada en 1990. Con esta publicación, Blake violó la cláusula en el contrato con SIS, que lo obligaba a no divulgar información oficial obtenida como resultado de su trabajo. La información revelada por Blake, sin embargo, ya no era confidencial y su publicación ya no dañaba el interés público. La Corona lo demandó por 90’000 £, que Blake no había cobrado que hasta ese momento, ya que el pago que se le debía bajo el contrato de publicación había sido congelado por una orden judicial. Por mayoría de cuatro a uno, los Lores adjudicaron a la Corona lo que ésta reclamaba.

³⁷ Ver *Attorney-General v Blake* [2001] 1 AC 268 (HL) p. 285, voto de Lord Nicholls de Birkenhead.

³⁸ Cita de Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd edn, Oxford: Oxford University Press (2003), p 444 *et seq.*

³⁹ Ver para USA § 355 Restatement (2nd) of Contracts. En Canadá, la decisión más destacada es *Whiten v Pilot Insurance Co*, Can Sup Ct 22 Febrero 2002, [2002] 1 SCR 595, con mayoría de votos emitida por el Juez Binnie. El voto disidente, emitido por el Juez Bel J, sólo se refiere a la cantidad otorgada. Hubieron varias decisiones que llevaron a esta decisión, ver *Ribeiro v Canadian Imperial Bank of Commerce*, Ont Sup Ct, 9 Febrero 1989, 67 OR 2d 385, otorgando daños punitivos por el despido injustificado por parte del banco. En *Vorvis v Insurance Corporation of British Columbia*, Can Sup Ct, 4 Mayo 1989, [1989] 1 SCR 1085, el tribunal explícitamente partió de la fórmula del US § 355 Restatement (2nd) of Contracts, que expresamente se refiere a ‘también un tort’. En su voto disidente, el Juez Wilson rechaza este requisito y establece que fue la naturaleza de la conducta del demandado lo que fue decisivo. Este punto también fue señalado en *Royal Bank v W Got & Associates Electric Ltd*, Can Sup Ct, 15 Octubre 1999, [1999] 3 SCR 408, señalando que – aunque raramente ocurre – hay casos en que las circunstancias justifican daños punitivos aún en la ausencia de un hecho ilícito. Expresiones similares pueden ser emitidas en Inglaterra en Burrows, *op cit* (n. 40), p 409: ‘desarrollos recientes sugieren que la regla en *Addis* [...] puede requerir una reconsideración en el futuro cercano.’ Edelman, *Exemplary Damages for Breach of Contract*, (2001) 117 *L Q R* 539 también apoyándose en *Royal Bank v W Got & Associates Electric Ltd*, Can Sup Ct, 15 Octubre 1999, [1999] 3 SCR 408. Para la jurisprudencia de Nueva Zelanda, ver *Tak & Co Inc v AEL Corp Ltd* (1995) 5 NZBLC 103, expresando que la regla de *Addis* no es absoluta.

⁴⁰ Ver Schwenger, *Commentary* (n 1), Art 79 CISG, para 51.

⁴¹ Ver OLG Hamburg, 25 Enero 2008, CISG-online 1681.

⁴² Ver Schwenger, *Commentary* (n 1), Art 79 CISG, para 51; Schwenger, *Force majeure and hardship in international sales contracts*, (2009) 39 *Vict U Wellington L Rev* 719 *et seq*; Schwenger, *Die clausula und das CISG*, in: Wiegand/Koller/Walter (eds), *Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*, Zurich: Schulthess (2009), p 734. En contra: Mankowski, *MünchKommHGB* (n 1), Art 79 CISG, para 15.

⁴³ Ver *Gerechtshof Arnhem*, 22 Agosto 1995, CISG-online 317.

⁴⁴ Ver para Inglaterra McGregor, *Damages*, para. 13-015 (‘completamente extraño’); Whincup, para 13.34. Para los Estados Unidos, ver *Lake River Corp v Carborundum Co*, US Ct App (7th Cir), 9 Agosto 1985, 769 F2d 1284 at 1291 por el Jueze Posner; *Oscar de la Renta, Ltd v Mulberry Thai Silks, Inc*, US Ct App (SD NY), 17 Abril 2009, 2009 WL 1054830.

⁴⁵ Al nivel de derecho interno se ha expresado preocupación de que conduzca a gastos inútiles en un frustrado intento de mitigar el daño o, si la mitigación es exitosa, a una compensación en demasía al acreedor, ver Beale, *Remedies*, p 57.

⁴⁶ Mohs/Zeller, *Penalty and Liquidated Damages Clauses in CISG Contracts Revisited*, (2006) 21 *Mealy's Int Arb Rep* 2.

⁴⁷ Ver ICC Ct Arb, 7197/1992, CISG-online 36 (aplicando el derecho interno austriaco); CIETAC, 9 Noviembre 2005, CISG-online 1444 (aplicando derecho interno chino); Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 11 Abril 2006, CISG-online 1944 (aplicando derecho interno ruso); Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 27 Mayo 2005, CISG-online 1456 (aplicando derecho interno ruso); Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 4 Abril 2003, CISG-online 1547 (aplicando derecho interno ruso); Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 18 Febrero 2002, CISG-online 890 (aplicando derecho interno ruso); Tribunal

sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 10 Enero 1998, CISG-online 2122 (aplicando derecho interno ruso); Corte de Arbitraje de Comercio Exterior adjunta a la Cámara de Comercio de Serbia, 30 Octubre 2006, CISG-online 2081 (aplicando derecho interno serbio). El punto no fue discutido por el Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 24 Mayo 2004, CISG-online 1210 (otorgando daños adicionales).

⁴⁸ Mohs/Zeller, op cit (n 46), at p 2.

⁴⁹ Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 13 enero 2006, CISG-online 1622; Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 13 Mayo 1997, CISG-online 2121. El Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 1 Marzo 2006, CISG-online 1941, se abstuvo de discutir el derecho aplicable para interpretar cláusulas con sumas convenidas; Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 27 Julio 1999, CISG-online 779; Tribunal sobre Arbitraje Comercial Internacional en la Federación Rusa de la Cámara de Comercio e Industria, 23 Noviembre 1994, CISG-online 445; Tribunal de Arbitraje de Comercio Exterior adjunta a la Cámara de Comercio de Yugoslavia, 9 Diciembre 2002, CISG-online 2123.

⁵⁰ Para detalles ver Hachem, op cit (n 7), p 155 et seq.

⁵¹ Ver para Austria § 1336(1) oración 3 CC; Bolivia Art 533(1) CC; Brasil Art 410 CC; Chile Art 1537 CC; Colombia Art 1594 CC; Costa Rica Art 426 Com C; Ecuador Art 1580 CC; El Salvador Art 1408 CC; Francia Art 1229(2) CC; Georgia Art 419(1) CC; Alemania § 340(1) CC; Italia Art 1383 CC; Latvia Art 1718(1) CC; Líbano Art 266 Código de Obligaciones y Contratos; Lituania Art 6.73(1) oración 1 CC; México Art 1846 CC, Art 88 Com C; Moldava Art 626(1); Holanda Art 6.92(1) CC; Paraguay Art 458 CC; Perú Art 1341 CC; Portugal Art 811(1) CC; España Art 1153(2) CC, Art 56 Com C; Suiza Art 160(1) CO; Uruguay Art 288 para. 2 Com C; USA Perillo, Corbin on Contracts. A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law, vol XI Damages, Newark/San Francisco: LexisNexis Mathew Bender (2005), p 513; Venezuela Art 1258 CC. China adopta una regla *a contrario* basada en el art. 114(3) Ley Contractual.

⁵² Ver para Argentina Art 659 CC; Austria § 1336(1) oración 3 CC; Bolivia Art 533(1) CC; Brasil Art 411 CC; Chile Art 1537 CC; China Art 114(3) Ley contractual; Columbia Art 1594 CC; Ecuador Art 1580 CC; Francia Art 1229(2) CC; Georgia Art 419(1) CC; Alemania § 341(1) CC; Italia Art 1383 CC; Livia Art 1720 No 2 CC; Líbano Art 266 Código de Obligaciones y Contratos; Lituania Art 6.73(1) oración 1 CC; México Art 1846 CC; Moldavia Art 626(1) CC; Suiza Art 160(2) CO; USA Perillo, op cit (n 51), p 513; Art 170(3) ECC.

⁵³ Ver para Algeria Art 185 CC; Argentina Art 655 CC; Bahrein Art 227 CC; Bielorrusia Art 313(2) CC; Brasil Art 416 oración 2 CC; Costa Rica Art 426 Com C; Egipto Art 225 CC; Inglaterra *Diestal v Stevenson* [1906] 2 KB 345; Italia Art 1382 CC; Iraq Art 171 CC; Kuwait Art 304 CC; Libia Art 228 CC; Nueva Zelanda Burrows/Finn/Todd, op. cit. (n. 15), para 21.2.6(a); Paraguay Art 454(2) CC; Portugal Art 811(2) CC; Qatar Art 267; Siria Art 226 CC; USA Farnsworth, Contracts, p 304 *et seq*; Yemen Art 355 CC.

⁵⁴ Ver para Algeria Art 185 CC; Bahrein Art 227 CC; Costa Rica Art 427 Com C; Egipto Art 225 CC; Francia Steltmann, *Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht*, Berlin: Duncker & Humblot (2001), p 174 *et seq* con una vision en conjunto de la discusión; Iraq Art 171 CC; Kuwait Art 304 CC; Libia Art 228 CC; Qatar Art 267; Siria Art 226 CC; Yemen Art 355 CC.

⁵⁵ Ver para China Art 114(2) Ley Contractual; Jordania Art 364(2) CC; Marruecos Art 264 Código de Obligaciones y Contratos; Holanda Art 6.92(2) CC; Emiratos Árabes Unidos Art 390(2) CC.

⁵⁶ Francia Art 1152(2) oración 1 CC; Argentina Alterini, *Contratos Civiles – Comerciales – de Consumo – Teoría General*, Buenos Aires: Abeldedo-Perrot (2005), p 602.

⁵⁷ Ver para USA Farnsworth, Contracts, p 301 et seq.

⁵⁸ Ver para Austria § 1336(3) oración 1 CC; Bulgaria Sección 92 OCA; Estonia § 161(2) ley de Obligaciones; Georgia Art 419(2) CC; Alemania § 340(2) oración 2 CC; Lituania Art 6.73(1) oración 3 CC *e contrario*; Moldavia Art 625(2) oración 1 CC; Suiza Art 161 CO; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6th edn, Bern: Stämpfli (2012), para 71.12.

59. Mohs/Zeller, op cit (n 46), p. 2.

60. Ver, en los EEUU, USA *H & M Driver Leasing Service, Unlimited, Inc v Champion International Corporation*, II Ct App, 17 marzo 1989, 536 NE2d 858 at 860: ‘*En este caso, el contrato dispuso expresamente que los USD 10,000 pactados como ‘cláusula de indemnización’ podrían recuperarse ‘además de todo otro daño’ que resulte del incumplimiento. Dicha cláusula claramente impone, en sí misma, una penalidad que no puede ser convalidada.*’ Hachem, op cit (n 7), p 163.