

## CAPÍTULO 7

### INCUMPLIMIENTO

#### SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

##### ARTÍCULO 7.1.1 (Definición del incumplimiento)

**El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.**

#### COMENTARIO

Este artículo define el “incumplimiento” para los fines de los Principios. Se debe prestar especial atención a dos características de la definición.

La primera es que la definición de “incumplimiento” incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío, como las de incumplimiento total. Por lo tanto, el constructor de un edificio incurre en incumplimiento si ha cumplido parcialmente conforme al contrato y parcialmente en forma defectuosa, al igual que si termina de construirlo con retraso.

La segunda característica es que, para los propósitos de los Principios, el concepto de incumplimiento incluye tanto el incumplimiento no excusable como el excusable.

El incumplimiento puede ser excusable por motivo de la conducta de la otra parte (véase los Artículos 7.1.2 (Interferencia de la otra parte) y 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento) y sus Comentarios o por acontecimientos imprevisibles y fuera de su control (véase el Artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) y sus Comentarios). Una parte no está facultada para reclamar el resarcimiento o el cumplimiento específico por un incumplimiento excusable de la otra parte, pero la parte que no recibió el cumplimiento tiene derecho, en principio, a resolver el contrato independientemente de que el cumplimiento haya sido o no excusable (véase los Artículos 7.3.1 y siguientes, y sus Comentarios).

No existe una disposición general que trate de la acumulación de remedios. La presunción establecida en los Principios es que pueden acumularse todos los remedios que no sean incongruentes entre sí por su propia naturaleza. Así, en general, una parte que insista con éxito en el cumplimiento no se encuentra facultada para el resarcimiento, pero esto no excluye que una parte no pueda resolver un contrato por un incumplimiento no excusable y al mismo tiempo solicite una indemnización de los daños y perjuicios sufridos (véase los Artículos 7.2.5 (Cambio de remedio), 7.3.5 (Efectos generales de la resolución) y 7.4.1 (Derecho al resarcimiento)).

### **ARTÍCULO 7.1.2** *(Interferencia de la otra parte)*

**Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.**

#### **COMENTARIO**

##### **1. Incumplimiento originado por hecho u omisión de la parte que alega el incumplimiento**

Puede considerarse que este artículo contempla dos hipótesis que excusan el incumplimiento. Sin embargo, conceptualmente, va más lejos. Cuando este artículo es aplicable, la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento. De lo que se sigue, por ejemplo, que la otra parte no estará facultada para resolver el contrato por incumplimiento.

Se contemplan dos supuestos diferentes. En el primero, una parte no es capaz de cumplir todo o parte del contrato, porque la conducta de la otra parte ha hecho imposible, en todo o en parte, el cumplimiento de la obligación.

#### **Ejemplo**

1. “A” conviene en realizar trabajos de construcción en el terreno de “B” a partir del 1o de febrero. Si “B” cierra con llave el acceso al terreno y no permite entrar a “A”, “B” no puede quejarse de que “A” no ha comenzado los trabajos. La conducta de “B” suele equipararse a un incumplimiento no excusable, ya sea porque existe una

disposición expresa facultando a “A” a acceder al terreno, o porque la conducta de “B” contraviene los deberes de buena fe y cooperación. Este resultado, sin embargo, no depende de que el incumplimiento de “B” sea excusable. El resultado será el mismo, independientemente de la excusabilidad del incumplimiento de “B”, por ejemplo, en el supuesto de que el acceso al terreno fuera obstaculizado por huelguistas.

Los Principios contemplan la posibilidad de que la interferencia de una de las partes en el cumplimiento de la otra sea sólo parcial. En estos casos, será necesario determinar en qué medida el incumplimiento se debe a la interferencia de la otra parte y en qué medida se pueden reconocer otras causas.

## **2. Incumplimiento originado por un acontecimiento del cual la parte que alega el incumplimiento asume el riesgo**

Otra posibilidad es que el incumplimiento sea el resultado de un acontecimiento cuyo riesgo haya sido atribuido en el contrato, expresa o tácitamente, a la parte que alega el incumplimiento.

### **Ejemplo**

2. “A”, un constructor, celebra un contrato de construcción que debe ser cumplido en el terreno de B, donde ya se han construido otros edificios cubiertos por una póliza de seguro contra todo riesgo contratada por “B”. Si las partes convienen que el riesgo de los daños accidentales recaigan en “B”, como la persona asegurada, no existirá por lo general, ninguna razón que impida a las partes distribuir el riesgo, ya que este tipo de riesgos generalmente es cubierto por un seguro. Aún en el caso de que un incendio se originara por negligencia de “A”, el riesgo podrá ser atribuido a “B”, sin perjuicio de que sería necesario una disposición más expresa en este supuesto que el que sería necesario si ninguna de las partes hubiera contribuido al siniestro.

### **ARTÍCULO 7.1.3** *(Suspensión del cumplimiento)*

**(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.**

**(2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.**

## **COMENTARIO**

Este artículo debe leerse en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 6.1.4 (Secuencia en el cumplimiento). El presente artículo trata de los remedios de la parte perjudicada y se corresponde funcionalmente con el concepto de *exceptio non adimpleti contractus* propio de los países de tradición jurídica romanista.

### **Ejemplo**

“A” conviene en vender a “B” 1.000 toneladas de trigo blanco. El pago debe efectuarse por medio de un crédito documentario confirmado y abierto por un banco del país “X”. “A” no se encuentra obligado a embarcar las mercaderías a no ser que y hasta que abra el crédito documentario de acuerdo con sus obligaciones contractuales.

El texto del artículo no aborda expresamente el problema que surge cuando una parte cumple parcialmente con su obligación pero no la completa, en cuyo caso la parte facultada a recibir tal prestación puede suspender la suya, pero sólo en los casos en que en circunstancias normales dicho proceder sea conforme al principio de la buena fe y lealtad negocial (véase el Artículo 1.7).

## **ARTÍCULO 7.1.4** (*Subsanación del incumplimiento*)

**(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:**

- (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;**
- (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;**
- (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y**
- (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.**

**(2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.**

**(3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.**

**(4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.**

**(5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.**

## **COMENTARIO**

### **1. Principio general**

El párrafo (1) de este artículo expresa que, en el caso de reunirse ciertos requisitos, la parte incumplidora puede subsanar su incumplimiento. Cumpliendo con dichos requisitos, la parte incumplidora puede ampliar brevemente el plazo que tenía para cumplir conforme al contrato, a menos que el cumplimiento oportuno fuera exigido por el contrato o por sus circunstancias. Este artículo, por lo tanto, favorece la conservación del contrato. También refleja el principio de política jurídica de minimizar costos, igualmente apuntado en el Artículo 7.4.8 (Atenuación del daño) y el principio básico de buena fe y lealtad negocial del Artículo 1.7. Esta disposición está relacionada con aquellas disposiciones relativas a la subsanación del incumplimiento contenidas en los Artículos 37 y 48 de CISG y en algunas normas nacionales que regulan los contratos en general y la compraventa. Aun en aquellos ordenamientos que no incluyen disposiciones expresas sobre el subsanamiento, suele tenerse en cuenta una oferta razonable de subsanación para fijar la cuantía del resarcimiento.

### **2. Notificación de la subsanación**

La subsanación sólo podrá efectuarse después de que la parte incumplidora notifique a la otra su intención de subsanar el incumplimiento. Esta notificación debe ser razonable en lo que respecta a la oportunidad de su envío, su contenido y el medio de notificación

empleado. La notificación de subsanación debe ser cursada sin demora injustificada después que la parte incumplidora se percata del incumplimiento. En la medida en que la información se encuentre disponible, la notificación debe indicar cómo y cuándo se efectuará la subsanación. Además, la notificación debe ser transmitida a la parte perjudicada de un modo que sea razonable conforme a las circunstancias.

La notificación de la subsanación es “efectiva” cuando se cumplen los requisitos establecidos en el párrafo (1), incisos (a) a (c).

### **3. Adecuación de la subsanación**

La subsanación será adecuada conforme a las circunstancias si, atendiendo a la naturaleza del contrato, es razonable permitir que la parte incumplidora intente de nuevo realizar la prestación. Como se señala en el párrafo (2), la subsanación no se ve impedida sólo porque el incumplimiento sea considerado esencial. Los factores a ser tenidos en cuenta para determinar lo apropiado de la subsanación incluye la determinación de si ésta puede resolver el problema y si la demora necesaria o probable que conlleve dicha subsanación no constituye en sí misma un incumplimiento esencial. Empero, el derecho a la subsanación no queda menoscabado porque la parte perjudicada cambie de posición con posterioridad. El derecho de la parte perjudicada a cambiar de posición queda suspendido desde que la parte incumplidora notifica en forma efectiva su intención de subsanar el incumplimiento. Otro sería el caso si la parte perjudicada ha cambiado de posición antes de recibir la notificación de la subsanación.

### **4. Interés de la parte perjudicada**

La parte incumplidora no podrá proceder a la subsanación si la parte perjudicada demuestra un interés legítimo para rehusarla. Empero, si se cursa una notificación de subsanación apropiada a las circunstancias, se presume que la parte incumplidora tiene el derecho a subsanar su incumplimiento. Un interés legítimo para oponerse a la subsanación puede presentarse, por ejemplo, si el intento de subsanación causará daño a las personas o las cosas. Por otra parte, no existirá un interés legítimo si, en base al incumplimiento, la parte perjudicada sencillamente decide que no desea continuar con la relación contractual.

#### **Ejemplo**

1. “A” conviene construir un camino en la propiedad de “B”. Cuando el trabajo ha sido terminado, “B” descubre que la superficie del camino tiene una inclinación mayor que la permitida en el contrato. “B” también descubre que durante la construcción, los

camiones de “A” han dañado sus árboles. “A” notifica a “B” su intención de subsanar, nivelando el camino como lo exige el contrato. Aún siendo apropiada la subsanación en esas circunstancias, “B” podría encontrarse legitimado a rechazarla a fin de evitar que los árboles continúen siendo dañados.

## 5. Momento de la subsanación

La subsanación debe efectuarse inmediatamente después de la notificación de la subsanación. El momento para el ejercicio del derecho a subsanar es esencial. La parte incumplidora no puede encerrar a la parte perjudicada en un prolongado período de espera. La falta de perjuicio a la parte perjudicada no justifica la demora de la parte incumplidora en la subsanación.

## 6. Modos apropiados de subsanación

La subsanación puede incluir la reparación y el reemplazo, así como cualquier otra actividad destinada a subsanar el incumplimiento y otorgar a la parte perjudicada todo lo que tiene derecho a esperar conforme al contrato. La reparación del incumplimiento es idónea como subsanación sólo cuando no deja huellas del incumplimiento previo y no amenaza con menoscabar el valor o calidad del producto en su conjunto. Queda a discreción del tribunal la determinación del número de veces que la parte incumplidora puede intentar una subsanación.

### Ejemplo

2. “A” conviene en instalar en la fábrica de “B” un equipo de alta temperatura para la pintura de esmalte. Los motores han sido puestos en marcha sin suficiente lubricante y se traban a las pocas horas de comenzar a operar. “A” reemplaza los motores oportunamente, pero se niega a examinar y constatar el funcionamiento del resto del equipo a fin de asegurar que otras partes no han sufrido daños. “A” no ha llevado a cabo una subsanación efectiva.

## 7. Suspensión de otros remedios de la parte perjudicada

Cuando la parte incumplidora ha dado notificación efectiva de la subsanación conforme al párrafo (3), la parte perjudicada puede, según el párrafo (4) suspender su propia prestación, pero no podrá ejercitar acción alguna que sea incompatible con el derecho de la parte incumplidora a la subsanación, a no ser que llegue a clarificarse que una subsanación tempestiva y adecuada no ha sido efectiva o no lo será. Los remedios incompatibles incluyen una notificación de resolver el contrato,

celebrar operaciones de reemplazo y reclamar el resarcimiento o la restitución.

## **8. Efectos de la notificación de resolver el contrato**

Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato correctamente, conforme a lo dispuesto por los Artículo. 7.3.1(1) y 7.3.2(1), los efectos de la resolución (véase los Artículos 7.3.5, 7.3.6 y 7.3.7) también quedarán suspendidos por una notificación efectiva de subsanación. Si se subsana la falta de cumplimiento, la notificación de la subsanación carecerá de efectos. Por otra parte, los efectos de la resolución se despliegan si ha expirado el plazo de la resolución y no se ha subsanado algún incumplimiento esencial.

## **9. Derecho al resarcimiento de la parte perjudicada**

Conforme al párrafo (5) de este artículo, la parte incumplidora es responsable por el daño derivado del incumplimiento aunque dicha parte tenga éxito en la subsanación. También es responsable por todo daño adicional causado por la subsanación misma, o por la mora en el cumplimiento, o por cualquier tipo de daño que no haya podido ser evitado mediante la subsanación. El principio de reparación integral establecido en el Artículo 7.4.2 adquiere especial importancia en esta materia.

## **10. Obligaciones de la parte perjudicada**

Depende de la parte incumplidora invocar esta disposición. Una vez que la parte perjudicada recibe una notificación efectiva de subsanación, debe permitirla y, conforme al Artículo 5.1.3, cooperar con la parte incumplidora. Por ejemplo, la parte perjudicada debe permitir cualquier inspección que sea razonablemente necesaria para que la parte incumplidora pueda llevar a cabo la subsanación. Carece de efecto una notificación de resolver el contrato, si la parte perjudicada se niega a permitir la subsanación cuando le es requerido. Además, en este supuesto la parte perjudicada no puede perseguir el resarcimiento del daño que podría haberse evitado mediante la subsanación.

## Ejemplo

3. “A” acuerda construir un techo sobre el terreno de “B”, a fin de proteger la maquinaria de las inclemencias del tiempo. El techo es construido defectuosamente. Durante una tormenta, el agua se filtra por el techo y la maquinaria de “B” es dañada. “B” notifica su decisión de resolver el contrato. “A”, a su vez, notifica intempestivamente su intención de subsanar. “B” rechaza la subsanación porque no quiere continuar sus relaciones con “A”. Si la subsanación es adecuada a las circunstancias del caso y a las otras condiciones que ha de cumplir, “B” no puede ejercitar remedio alguno emergente de la construcción defectuosa del techo, pero puede recuperar el importe de los daños sufridos por la maquinaria antes que la subsanación fuera efectuada. Si la subsanación no es apropiada conforme a las circunstancias del caso, o si la subsanación propuesta no hubiera sido capaz de resolver el problema, el contrato quedará resuelto en virtud de la notificación enviada por “B”.

## ARTÍCULO 7.1.5

*(Período suplementario para el cumplimiento)*

**(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.**

**(2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.**

**(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.**

**(4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.**

## **COMENTARIO**

Este artículo trata del supuesto en que una de las partes incurre en mora y la otra desea otorgarle un plazo suplementario para el cumplimiento. La disposición se inspira en el concepto alemán de *Nachfrist*, aunque suelen obtenerse resultados similares en otros ordenamientos jurídicos con medios conceptuales diferentes.

### **1. Características especiales del cumplimiento tardío**

El artículo reconoce que el cumplimiento tardío es sustancialmente diferente del cumplimiento parcial o defectuoso. El cumplimiento tardío no puede ser subsanado, porque una vez que la fecha de cumplimiento haya transcurrido, no lo hará nuevamente. No obstante, en muchos supuestos el acreedor puede preferir un cumplimiento con retardo a ningún cumplimiento. En segundo lugar, no es fácil anticipar, al momento en que una parte incurre en mora, cuán prolongado ha de ser el retraso en el cumplimiento. El interés comercial del acreedor permite presumir que un retraso razonable puede ser aceptable, pero no así un incumplimiento que se demore demasiado. El procedimiento establecido en este artículo autoriza al acreedor a otorgar una segunda oportunidad al deudor, sin perjuicio de los demás remedios que le puedan corresponder.

## 2. Efectos del otorgamiento de un período suplementario para el cumplimiento

La parte que brinda un período suplementario no puede resolver el contrato ni solicitar el cumplimiento específico durante el período de gracia. Tampoco queda afectado el derecho a obtener el resarcimiento por los daños originados por el retardo.

La situación al final del período concedido dependerá de si el retardo en el cumplimiento ya era esencial al momento de otorgarse el período suplementario. En este caso, si el contrato no se cumple durante la prórroga, el derecho a resolver el contrato por incumplimiento esencial simplemente renace al vencimiento del período otorgado. Por otra parte, si el retardo en el cumplimiento no era entonces esencial, la resolución sólo será posible al final del período de gracia, siempre éste hubiera sido razonablemente amplio.

### Ejemplos

1. “A” conviene en construir una carrocería blindada especial para el Mercedes de “B”. El contrato establece que el trabajo debe ser finalizado el 1º de febrero con el fin de que el auto pueda ser embarcado al país de residencia de “B”. El auto se necesita para el 31 de enero, pero no ha sido terminado para esa fecha. “A” le asegura a “B” que finalizará el trabajo en una semana y “B” le concede dicho plazo. “B” tiene la obligación de aceptar el auto si el trabajo se completa dentro de esa semana, sin perjuicio de reclamar el pago resarcimiento de los daños causados, tales como los gastos extras que requiere el flete. Si el trabajo no se concluye dentro de la semana, “B” podrá rehusar la entrega y resolver el contrato.

2. “A”, una sociedad localizada del país “X”, celebra un contrato con “B”, una sociedad del país “Y”, para construir 100 Km. de carretera en “Y”. El contrato establece un plazo de dos años desde el inicio de las obras. Al cabo de los dos años “A” ha completado 85 Km. de la carretera, pero es evidente que finalizar el trabajo le llevará por lo menos tres meses más. “B” notifica a “A” que debe finalizar las obras dentro del mes siguiente. “B” no tiene derecho a resolver el contrato al final del mes. Como este período suplementario no resulta razonable conforme a las circunstancias del caso, el período suplementario deberá extenderse por un período razonable de tres meses.

## ARTÍCULO 7.1.6

*(Cláusulas de exoneración)*

**Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.**

### **COMENTARIO**

#### **1. Necesidad de una regla especial sobre cláusulas de exoneración**

Los Principios no establecen una regla general que permita a un juez anular o dejar de lado cláusulas abusivas o leoninas. Con excepción del principio de buena fe y lealtad negocial (véase el Artículo 1.7), que sólo puede ser invocado excepcionalmente en este contexto, sólo existe una disposición que permite anular el contrato en cualquier momento, bien en su conjunto o sólo alguna de sus disposiciones, cuando una parte otorga injustificadamente a la otra una ventaja excesiva (véase el Artículo 3.2.7).

La razón para la inclusión de una regla específica sobre cláusulas de exoneración es que éstas son particularmente comunes en los contratos internacionales, donde tienden a originar espinosos conflictos entre las partes.

Este artículo opta por otorgarle al juez amplia discreción basada en el principio de justicia contractual. Las disposiciones del contrato que regulan las consecuencias del incumplimiento son válidas en principio, pero el juez puede ignorar las cláusulas leoninas.

#### **2. Definición de “cláusulas de exoneración”**

A los fines de esta disposición, se entiende por cláusulas de exoneración aquellas que, en primer lugar, limitan directamente o excluyen la responsabilidad de la parte incumplidora por su incumplimiento. Estas cláusulas pueden expresarse de diversas formas (v.gr. estableciendo un monto fijo que limita el resarcimiento, o un porcentaje del cumplimiento en cuestión, o imponiendo la retención de un depósito).

También se considera una cláusula de exoneración aquella que permite a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente de la que la otra podía esperar razonablemente. En la práctica, este tipo de cláusula tienen el propósito de permitir al deudor alterar unilateralmente el carácter de la prestación debida, hasta el punto de transformar el

contrato. Debe distinguirse estas cláusulas de aquellas que se limitan a definir las prestaciones a las cuales se obliga el deudor.

### Ejemplos

1. Una compañía de turismo ofrece a un precio considerablemente alto una excursión que incluye el alojamiento en hoteles de lujo. Una cláusula del contrato contempla la posibilidad de que la compañía pueda modificar las condiciones de alojamiento en caso de que así lo exijan las circunstancias. Si la compañía aloja a sus clientes en hoteles de segunda clase, habrá de responder por incumplimiento a pesar de la existencia de la cláusula, porque los clientes esperan justamente ser alojados en hoteles de categoría similar a la prometida.
2. El dueño de un hotel exhibe un cartel en el que se responsabiliza por los automóviles que son depositados en el garaje, pero no por los objetos dejados dentro de ellos. Esta disposición no constituye una cláusula de exoneración para los propósitos de este artículo, porque su finalidad es simplemente la de definir el alcance de la obligación del dueño del hotel.

### 3. Distinción entre cláusulas de exoneración y de cancelación

Las cláusulas de exoneración deben distinguirse de las de cancelación, que autorizan a las partes a liberarse de sus obligaciones mediante el pago de una indemnización. En la práctica, empero, puede haber cláusulas de cancelación que son concebidas por las partes para que operen, en realidad, como cláusulas de exoneración disimuladas.

### 4. Cláusulas de exoneración y pago estipulado en el contrato

La cláusula que prevea que una parte que no cumpla su prestación deberá pagar una suma determinada al acreedor en razón a su incumplimiento (véase el Artículo 7.4.13), puede igualmente tener por efecto la limitación al resarcimiento debido al acreedor. En este caso, el deudor no podrá prevalecerse de la cláusula en cuestión si las condiciones establecidas en el presente artículo son aplicadas.

### Ejemplo

3. “A” acuerda construir una fábrica en favor de “B”. El contrato incluye una cláusula penal de 10,000 dólares australianos (AUD) por cada semana de retraso. La construcción no se completa dentro del plazo estipulado porque “A” deliberadamente suspende su labor para dedicarse a otro proyecto más lucrativo, cuya pena por falta de cumplimiento oportuno es mucho más alta. El daño emergente sufrido por “B” asciende a 20,000 AUD por semana. En este supuesto, “A” no tiene derecho a hacer valer la cláusula penal y “B” puede ser

indemnizado de todos los daños y perjuicios sufridos, debido a que el incumplimiento malicioso de “A” conforma un cuadro de circunstancias que torna notablemente injusta la ejecución de la cláusula penal pactada.

## **5. Supuestos en que no puede ser invocada una cláusula de exoneración**

Conforme al criterio adoptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, este artículo parte de la premisa de que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (véase el Artículo 1.1), las cláusulas de exoneración son en principio válidas. No obstante, una parte no puede invocar dicha cláusula si resulta notablemente injusto valerse de ella.

Este supuesto se conformaría cuando la disposición en cuestión sea intrínsecamente injusta, y cuando su aplicación conduzca a un desequilibrio manifiesto entre las prestaciones de las partes. También puede darse el caso de que una cláusula de exoneración no pueda ser invocada aunque en sí misma no sea manifiestamente injusta. Este sería el caso, por ejemplo, en el cual el incumplimiento sea consecuencia de la culpa grave, o cuando la parte perjudicada no haya podido evitar, mediante la contratación de un seguro, las consecuencias de la limitación o exoneración de responsabilidad.

En todo caso, deberá tenerse en consideración la finalidad del contrato y, en particular, lo que la otra parte podría haber esperado razonablemente del cumplimiento del contrato.

### Ejemplos

4. “A”, un contador, contrae la obligación de confeccionar la contabilidad de “B”. El contrato incluye una cláusula que exonerá a “A” de toda responsabilidad derivada de cualquier inexactitud. Como consecuencia de un error grave de “A”, “B” paga un 100% más de los impuestos debidos. “A” no puede hacer valer esta cláusula de exoneración notablemente injusta.

5. “A”, titular de un almacén de depósito, celebra un contrato con “B” para que éste le vigile la instalación. El contrato incluye una cláusula que limita la responsabilidad de “B”. Un robo es perpetrado y la pérdida sufrida por “A” excede el tope de la responsabilidad pactada. A pesar de que la cláusula fue convenida entre dos profesionales, “B” no puede hacer valer la limitación si el robo fue cometido por sus propios durante el desarrollo de sus funciones.

## 6. Consecuencia de la imposibilidad de ampararse en una cláusula de exoneración

Si una parte no está autorizada a ampararse en una cláusula de exoneración, la parte perjudicada puede obtener la reparación integral del daño sufrido por la falta de cumplimiento. En contraposición con la facultad morigeradora del tribunal otorgada por el Artículo 7.4.13, el juez no puede modificar los términos de una cláusula de exoneración.

### ARTÍCULO 7.1.7

(*Fuerza mayor*)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

## COMENTARIO

### 1. Noción de fuerza mayor

El presente artículo abarca la materia que en la tradición jurídica del *common law* se conoce como la doctrina de la “frustración e imposibilidad de cumplimiento” y en la tradición jurídica continental como *force majeure*.

*majeure*, *Unmöglichkeit*, etc. Sin embargo, el concepto de force majeure no se identifica con ninguna de estas doctrinas. La expresión fuerza mayor ha sido escogida por ser ampliamente conocida en la práctica comercial internacional, como lo confirma la inclusión de las llamadas cláusulas de *force majeure* en innumerables contratos internacionales.

### Ejemplo

1. “A”, un fabricante del país “X”, vende una planta de energía nuclear a una compañía eléctrica del país “Y”. En virtud de las cláusulas del contrato, “A” se obliga a proveer todas las necesidades de uranio por diez años, a un precio fijo en dólares US que han de ser abonados en Nueva York. Los siguientes acontecimientos tienen lugar separadamente:

(1) Cinco años después, la moneda del país “Y” sufre una disminución del 1% con relación al dólar al momento de celebrarse el contrato. “B” no se libera de sus obligaciones, porque este riesgo ha sido distribuido conforme a las disposiciones del contrato que se refieren al pago.

(2) Cinco años después el gobierno de “Y” impone un régimen de control de cambios que le impide a “B” pagar en una moneda que no sea la de “Y”. La obligación de “B” de pagar en dólares US es excusable. “A” tiene derecho a resolver el contrato de suministro de uranio.

(3) Cinco años después, el mercado de uranio es drásticamente alterado a consecuencia de maniobras de unos especuladores. El precio mundial del uranio se incrementa por diez veces en relación con el precio fijado en el contrato. La obligación de “A” de entregar uranio no es excusable, porque el riesgo de este acontecimiento era previsible al momento de perfeccionarse el contrato.

## 2. Efectos de la fuerza mayor en los derechos y obligaciones de las partes

El presente artículo no limita el derecho de la parte que no ha recibido la prestación a resolver el contrato, siempre que dicho incumplimiento sea esencial. Lo que esta disposición establece, en el caso de ser aplicable, es la exención de la parte incumplidora a pagar una indemnización de los daños y perjuicios.

En algunos casos el impedimento obstaculizará cualquier tipo de cumplimiento; en muchos otros simplemente retrasará el cumplimiento, en cuyo caso el efecto de este artículo será el otorgar más tiempo para cumplir. En este supuesto, el tiempo extra para cumplir podrá ser mayor

o menor que la duración del impedimento temporal, porque lo que importa es determinar el impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

### Ejemplo

2. “A” celebra un contrato en el que se compromete a colocar un conducto de gas natural a lo largo del país X. Las condiciones climáticas son tales que resulta prácticamente imposible trabajar del 1º de noviembre al 31 de marzo. El contrato fija el plazo para concluir las obras el 31 de octubre. Sin embargo, los trabajos comienzan con un mes de retraso debido a que una guerra civil, que ha estallado en un país vecino, impide transportar a tiempo toda la tubería. La consecuencia de este evento es la de impedir la continuación de los trabajos hasta la primavera próxima, “A” tiene derecho a una prórroga de cinco meses para completar su trabajo, a pesar de que la duración del impedimento se limitó a un mes.

### 3. Fuerza mayor y excesiva onerosidad (*hardship*)

Este artículo debe ser interpretado junto con el Capítulo 6, Sección 2 de los Principios, que se refieren a la excesiva onerosidad (*hardship*) (véase el Comentario 6 del Artículo 6.2.2).

### 4. Fuerza mayor y práctica contractual

La definición de fuerza mayor en el párrafo (1) de presente artículo tiene un carácter necesariamente amplio. Los contratos mercantiles internacionales establecen con frecuencia disposiciones más complejas y precisas. Las partes, en consecuencia, pueden adaptar la terminología más apropiada para adaptar el contenido de este artículo a la operación.

### 5. Contratos de larga duración

La fuerza mayor, como la excesiva onerosidad (*hardship*), suele tener importancia en los contratos de larga duración (ver Comentario 5 al Artículo 6.2.2), y los mismos hechos pueden encontrarse presentes en una situación de fuerza mayor y de *hardship* (ver Comentario 6 al Artículo 6.2.2). En el supuesto de *hardship* los Principios promueven la negociación entre las partes con el fin de continuar la relación, en lugar de terminarla (Artículo 6.2.3).

De mismo modo, las partes vinculadas por contratos de larga duración cuyo cumplimiento ha sido afectado por fuerza mayor, podrían contemplar que su mejor interés consiste en continuar su relación comercial en lugar de terminarla, dada la duración y la naturaleza de la misma y la envergadura de la inversión inicial, cuyo valor solo podría ser

recuperado con el paso del tiempo. Por lo tanto, las partes podrían continuar con su relación comercial aún en caso de fuerza mayor siempre que sea factible, contemplando su terminación sólo como último recurso. Disposiciones de este tipo podrían adoptar formas muy variadas.

### Ejemplo

3. Una cláusula incorporada en un contrato de larga duración establece que en el supuesto en que el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes se encuentre afectado por algún impedimento, las obligaciones de dicha parte quedarán suspendidas de manera provisoria, pero no por más de 30 días, a menos que dicho impedimento sea de naturaleza permanente, quedando también en suspenso la facultad de las partes de resolver el contrato. Dicha cláusula también establece que en el supuesto que el impedimento subsista al llegar a su fin el período de suspensión, las partes acuerdan entablar negociaciones con el fin de prolongar la suspensión en los términos que logren acordar. También se establece que las controversias que no puedan ser resueltas por acuerdo de las partes serán remitidas a un “*Dispute Board*” de la Cámara de Comercio Internacional (“*ICC Dispute Board*”). Las partes se encuentran obligadas a seguir este procedimiento.

## SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

### ARTÍCULO 7.2.1 (*Cumplimiento de obligaciones dinerarias*)

**Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.**

#### COMENTARIO

Este artículo acoge el principio generalmente aceptado que el pago de una obligación dineraria en virtud de una obligación contractual o casi-contractual siempre podrá ser reclamado y, si tal reclamación no es satisfecha, su cumplimiento puede ser ordenado por un tribunal. El verbo “reclamar” es utilizado en el presente artículo para cubrir a la vez la solicitud dirigida a la contraparte y, en caso de ser necesario, al tribunal para su ejecución.

Este artículo se aplica independientemente de la unidad monetaria en que deba o debiera efectuarse el pago. En otras palabras, el derecho del acreedor para reclamar el pago se extiende también a los casos en que el pago deba realizarse en una moneda extranjera. En cuanto a la determinación de la moneda en que se debe una obligación dineraria, o en la que debe ser pagada, véase los Artículos 6.1.9, 6.1.10 y 7.4.12.

Excepcionalmente, podrá excluirse el derecho a reclamar el pago del precio de las mercaderías que han de ser entregadas o de los servicios que han de ser prestados. Este es el supuesto que se presenta, en particular, cuando los usos comerciales exigen al vendedor que efectúe una reventa de aquellas mercaderías no aceptadas ni pagadas por el comprador. En cuanto a la aplicación de los usos, véase el Artículo 1.9.

### ARTÍCULO 7.2.2 (*Cumplimiento de obligaciones no dinerarias*)

**Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:**

**(a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;**

- (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
- (c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;
- (d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
- (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

## COMENTARIO

### 1. Derecho a reclamar el cumplimiento de obligaciones no dinerarias

De acuerdo con el principio del carácter obligatorio del contrato (véase el Artículo 1.3), cada parte debería, en principio, estar autorizada a reclamar las prestaciones de la otra parte; no sólo las dinerarias, sino también las no dinerarias. Mientras que esto no es controvertido en los países de tradición romanística, en los ordenamientos jurídicos que pertenecen a la órbita del *common law* sólo se permite cumplimiento específico de una obligación no dineraria en circunstancias especiales.

Al igual que el Artículo 46 de CISG, esta disposición adopta el principio del cumplimiento específico, sujeto a algunas excepciones.

El principio es particularmente importante con respecto a otros contratos diversos a la compraventa. A diferencia de las obligaciones de dar, las obligaciones hacer o no hacer con frecuencia sólo pueden ser cumplidas por la propia parte contratante. En estos casos, la única forma de obtener la prestación de la parte que no desea cumplir es mediante la ejecución forzosa.

### 2. El cumplimiento específico es un remedio no discrecional del tribunal

Mientras que el Artículo 28 de CISG establece que “el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención”, en los Principios el cumplimiento específico no es un remedio cuyo otorgamiento dependa de la discrecionalidad del tribunal. Esto significa que un tribunal se encuentra obligado a ordenar el cumplimiento específico,

a menos que resulte aplicable alguna de las excepciones establecidas en el presente artículo.

### **3. Excepciones al derecho de reclamar el cumplimiento específico**

#### *a. Imposibilidad*

No se puede reclamar la prestación que sea imposible de hecho o de derecho (inciso (a)). Sin embargo, la imposibilidad no anula el contrato; la parte perjudicada tiene a su disposición otros remedios (véase los Artículos 3.3. y 7.1.7(4)).

La denegación de una autorización administrativa exigida por la ley nacional aplicable, que afecte la validez del contrato, determina su nulidad (véase el Artículo 6.1.17(1)). En este supuesto no puede suscitarse el problema de la ejecución forzosa. Cuando, sin embargo, la denegación de dicha autorización simplemente convierte imposible a la prestación, sin que se afecte la validez del contrato (véase el Artículo 6.1.17(2)), el inciso (a) de este artículo será aplicable, en cuyo caso no puede reclamarse la prestación.

#### *b. Ejecución excesivamente onerosa*

En casos excepcionales, particularmente cuando hubo un cambio drástico de las circunstancias después de la celebración del contrato, el cumplimiento podría ser todavía posible, pero tan oneroso que reclamarlo en forma específica atentaría contra el principio general de buena fe y lealtad negocial (véase el Artículo 1.7).

#### *Ejemplo*

1. Un buque petrolero naufraga en aguas costeras durante una fuerte tempestad. Aunque sería posible recuperar el buque del fondo del mar, el cargador no podría reclamar el cumplimiento del contrato de transporte si esto fuese a ocasionar al naviero gastos muy por encima del valor del petróleo (véase el Artículo 7.2.2(b)).

Las palabras “o en su caso, la ejecución forzosa” tienen en cuenta el hecho de que en los ordenamientos jurídicos del *common law* es el tribunal y no los acreedores quien supervisa el cumplimiento de una orden de proceder al cumplimiento específico de una obligación. En consecuencia, en ciertos casos, especialmente aquellos que envuelvan prestaciones duraderas, los tribunales de dichos países rehúsan ordenar el cumplimiento específico de una obligación cuando ello implique una tarea injustificadamente onerosa para los jueces.

En lo que respecta a otras posibles consecuencias que surgen de un cambio drástico de circunstancias que conforman una situación de excesiva onerosidad (*hardship*), véase los Artículos 6.2.1 y siguientes.

### c. *Operación de reemplazo*

Muchos bienes y servicios de tipo estándar son ofertados por diversos proveedores. Si un contrato para tales bienes o servicios de tipo estándar no se cumple, la mayoría de los clientes no estarían dispuestos a perder tiempo y esfuerzos reclamando el cumplimiento específico de la otra parte. Preferirían ir al mercado a obtener los mismos tipos de bienes o servicios, y reclamar el resarcimiento por la falta de cumplimiento.

En vista de esta realidad económica, el inciso (c) excluye el cumplimiento específico cuando la parte facultada a reclamarlo pueda razonablemente obtenerlo de otra forma. Esta parte podrá resolver el contrato y realizar una operación de reemplazo (véase el Artículo 7.4.5).

La palabra “razonablemente” indica que el simple hecho que el mismo cumplimiento pueda ser obtenido de otra fuente no es de por sí suficiente, ya que en ciertas circunstancias la parte perjudicada no podría recurrir a un proveedor sustituto.

#### Ejemplo

2. “A”, quien reside en un país en vías de desarrollo, donde el cambio de divisas es muy escaso, compra una máquina de tipo estándar a “B”, un fabricante en el país “X”, un país desarrollado. En virtud del contrato, “A” paga antes de la entrega el precio de USD 100,000. “B” no cumple con su obligación de entrega. Aunque “A” podría obtener en el país “X” otra máquina de ese mismo tipo, esto no sería razonablemente exigible debido a la escasez y costo del cambio de divisas en el país de “A”. En este supuesto, “A” tiene derecho a reclamar a “B” la entrega de la máquina prometida.

### d. *Cumplimiento de naturaleza exclusivamente personal*

En los casos que el cumplimiento sea de carácter exclusivamente personal, la ejecución forzosa podría interferir con la libertad personal del deudor. Además, dicha forma de cumplimiento podría afectar la calidad de la prestación. La supervisión de una prestación de naturaleza personal también podría dar lugar a dificultades prácticas insuperables, como lo demuestra la experiencia de aquellos países donde se ha impuesto a los tribunales esta clase de responsabilidades. Por estas razones, el inciso (d) excluye la ejecución forzosa del cumplimiento cuando éste sea de naturaleza exclusivamente personal.

La determinación del ámbito de esta excepción depende esencialmente del significado que se otorgue a la frase “de naturaleza exclusivamente personal”. La tendencia moderna es atribuirle el significado del cumplimiento de prestaciones cuyas características son únicas. Esta excepción no se aplica a prestaciones que deben ser cumplidas por personas

jurídicas. Tampoco se trata de incluir dentro de esta frase a las actividades ordinarias de un abogado, médico, ingeniero u otras personas, cuyos servicios pueden ser prestados por otros con la misma preparación y experiencia. El cumplimiento será de naturaleza exclusivamente personal si este no es delegable y exige una destreza particular de naturaleza artística o científica, o si implica una relación confidencial y personal.

### Ejemplos

3. La obligación por parte de una firma de arquitectos para diseñar un conjunto de diez edificios puede ser de cumplimiento específico en la medida en que la firma puede delegar la tarea en uno de sus socios, o bien emplear a un arquitecto externo para realizarla.
4. Por el contrario, si se le encarga a un famoso arquitecto que diseñe un nuevo conjunto residencial realizando la idea de una ciudad para el siglo XXI, no se podría ordenar su ejecución forzosa, ya que la prestación es única y requiere el empleo de una pericia muy especial.

El cumplimiento de una obligación de no hacer no se incluye dentro del supuesto que plantea el inciso (d).

### e. *Reclamación del cumplimiento en un plazo razonable*

El cumplimiento de un contrato frecuentemente requiere de una preparación especial y del esfuerzo del deudor. Si llega el momento del cumplimiento pero el acreedor no lo reclama dentro de un plazo razonable, el deudor está facultado para presumir que el acreedor ya no insistirá en el cumplimiento específico. Si al acreedor se le permitiera dejar al deudor en estado de incertidumbre acerca del momento en que el cumplimiento específico podría ser reclamado, se corre el riesgo de que el acreedor especule en forma desleal, en detrimento del deudor y de un sano desarrollo del mercado.

Por estas razones, el inciso (e) excluye el derecho al cumplimiento específico, salvo que se reclame dentro de un tiempo razonable después de que el acreedor supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

Para una regla similar, respecto al derecho a resolver el contrato, véase el Artículo 7.3.2(2).

## ARTÍCULO 7.2.3

*(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)*

**El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los Artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.**

### **COMENTARIO**

#### **1. Derecho al cumplimiento en caso de prestación defectuosa**

Este artículo aplica los principios generales de los Artículos 7.2.1 y 7.2.2 a un supuesto específico de incumplimiento, sin embargo muy frecuente, el cumplimiento defectuoso. Para mayor claridad, este artículo afirma que el derecho a reclamar el cumplimiento específico incluye el derecho de la parte que ha recibido la prestación defectuosa a reclamar la subsanación del defecto.

#### **2. Subsanación de la prestación defectuosa**

En los Principios, la subsanación del incumplimiento denota el derecho de la parte incumplidora a corregir su prestación (véase el Artículo 7.1.4), como el derecho de la parte perjudicada a reclamar tal enmienda a la parte incumplidora. El artículo trata de este último derecho.

Este artículo menciona expresamente dos supuestos de subsanación denominados reparación y reemplazo. La reparación de las mercaderías defectuosas (o la prestación adecuada de un servicio que fue insuficiente) es el caso más común, y el reemplazo de una prestación defectuosa es también frecuente. El derecho a reclamar la reparación o el reemplazo puede también existir con respecto al pago de dinero, por ejemplo, en el caso de un pago insuficiente, o de un pago en una moneda diversa o en una cuenta diferente de la acordada por las partes.

Además de la reparación y el reemplazo existen otras formas de subsanación, como la de obtener la remoción de los derechos de un tercero que afectan las mercaderías, o la obtención de una autorización administrativa.

### 3. Restricciones

La subsanación de una prestación defectuosa está sujeta a las mismas limitaciones que el derecho al cumplimiento en general. Muchas de las excepciones del derecho a reclamar el cumplimiento que se encuentran en el Artículo 7.2.2 pueden ser aplicables a las diversas formas de subsanación. Sólo la aplicación del inciso (b) requiere un comentario particular. En muchos supuestos que involucran defectos pequeños e insignificantes, se excluye la necesidad de reclamar un reemplazo o una reparación que podrían implicar un “esfuerzo o gastos no razonables.”

#### Ejemplo

Se vende un vehículo nuevo con un pequeño defecto de pintura que deprecia su valor en un 0.01% del precio de compra. Repintarlo occasionaría un costo equivalente al 0.5% de su precio de compra. En este supuesto no cabe reclamar la reparación de la prestación defectuosa, esto es, que el vendedor repinte el automóvil, pero el comprador está facultado a reclamar una reducción en el precio de compra.

### ARTÍCULO 7.2.4 (Pena judicial)

- (1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.**
- (2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.**

### COMENTARIO

#### 1. Penas impuestas judicialmente

La experiencia de algunos ordenamientos jurídicos ha enseñado que las amenazas de penas impuestas judicialmente constituye el medio más eficaz para garantizar el cumplimiento de una sentencia que ordene el cumplimiento de una obligación (medidas cautelares). Otros ordenamientos jurídicos, por el contrario, no contemplan tales sanciones porque son consideradas como una inadmisible invasión a la libertad de la persona humana.

Este artículo adopta una postura intermedia al prever las penas monetarias pero no las otras, aplicables a toda clase de sentencias que ordenan una prestación, incluyendo las que ordenan el pago de dinero.

## **2. Discrecionalidad para imponer una pena**

El uso de la palabra “puede” en el párrafo (1) de este artículo clarifica que la imposición de una pena queda a la discreción del tribunal. Su ejercicio depende del tipo de obligación que se debe cumplir. En el caso de una sentencia que ordena pagar una suma de dinero, sólo será necesario recurrir a una pena judicial en situaciones excepcionales, especialmente cuando la celeridad en el pago es esencial para la parte perjudicada. Lo mismo puede decirse respecto a la obligación de entregar mercaderías. Las obligaciones de pagar dinero o de entregar mercaderías suelen hacerse efectivas por medios ordinarios de ejecución. Por contraste, en el caso de las obligaciones de hacer o no hacer, especialmente en aquellos supuestos en que dichas obligaciones no pueden ser fácilmente cumplidas por un tercero, compelir el cumplimiento por medio de una pena judicial suele constituir la solución más adecuada.

## **3. Beneficiario**

Los ordenamientos jurídicos difieren respecto a si la pena judicial debe pagarse a la parte perjudicada, al Estado o a ambos. En algunos ordenamientos se considera el pago de la pena a la parte perjudicada como una dádiva injustificada que es contraria al orden público.

Este artículo rechaza este último punto de vista y apunta a la parte perjudicada como beneficiaria de la pena, pero la primera frase del párrafo (2) expresa que las disposiciones de orden público del derecho del foro podrían impedir tal solución, indicando asimismo otros posibles beneficiarios de las penas judiciales.

## **4. Distinción entre penas judiciales, indemnización de daños y perjuicios y pago estipulado por la falta de cumplimiento**

La segunda frase del párrafo (2) deja claro que la pena judicial pagada a la parte perjudicada no afecta la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios. El pago de la pena se refiere a una compensación a la parte perjudicada por las pérdidas que de ordinario no son susceptibles de compensación en virtud de las normas que se refieren al resarcimiento. Más aún, mientras que el pago de daños se verifica después del pago de la pena judicial, los tribunales podrían, en alguna medida, computar el pago de la pena judicial al momento de cuantificar la indemnización de los daños y perjuicios.

También cabe distinguir entre las penalidades judiciales y el pago estipulado por las partes para la falta de cumplimiento, del que trata el Artículo 7.4.13, aunque ambos cumplen funciones similares. Un tribunal podría negarse a imponer una pena judicial si considerase que la estipulación contractual relativa al pago para el caso de incumplimiento ya constituye incentivo suficiente para el cumplimiento.

## 5. Forma y procedimiento

Una pena judicial podrá imponerse en la forma de un pago global o a plazos.

El procedimiento de imposición de una penalidad judicial se rige por la *lex fori*.

## 6. Penas impuestas por árbitros

Como el Artículo 1.11 establece que la palabra “tribunal” incluye también a los tribunales arbitrales, surge la cuestión de si los árbitros también tienen la facultad de imponer penas.

Mientras que la mayoría de los ordenamientos jurídicos pareciera negar dicha atribución a los árbitros, algunas legislaciones modernas y la práctica judicial más reciente la han reconocido. Esta solución encuentra apoyo en los Principios, y se relaciona con la importancia creciente del arbitraje como medio alternativo para el arreglo de controversias, especialmente en el comercio internacional. Como la ejecución de una penalidad impuesta por los árbitros sólo puede ser llevada a cabo por los jueces o con su cooperación, esta apropiada supervisión judicial funciona como prevención contra cualquier tipo de abuso en el que puedan incurrir los árbitros.

## 7. Reconocimiento y ejecución de autos y sentencias que impongan penas

Debe prestarse especial atención a los problemas que surgen del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y sentencias extranjeras que imponen una pena. Reglas especiales sobre esta materia pueden encontrarse ocasionalmente en algunos ordenamientos internos y, en alguna medida, en tratados internacionales.

## ARTÍCULO 7.2.5

*(Cambio de remedio)*

**(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.**

**(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.**

### **COMENTARIO**

#### **1. La parte perjudicada tiene derecho a cambiar de remedio**

Este artículo se dedica a un problema que es propio del derecho a reclamar el cumplimiento. La parte perjudicada puede abandonar el remedio de requerir la prestación no dineraria y optar en cambio por otro u otros derechos o acciones.

La elección se permite debido a las dificultades usualmente envueltas en la ejecución de obligaciones no dinerarias. Aun si la parte perjudicada decide primero invocar su derecho a reclamar la prestación, no sería justo limitarla a esta única opción. La parte incumplidora puede ser incapaz de cumplir, o su incapacidad para cumplir puede que se manifieste sólo durante el curso del cumplimiento.

#### **2. Cambio voluntario de remedio**

Deben distinguirse dos situaciones.

En el primer caso, la parte perjudicada ha reclamado la prestación, pero cambia de parecer antes de la ejecución de la sentencia a su favor, quizá porque ha descubierto la incapacidad de la otra parte para cumplir. La parte perjudicada entonces desea invocar otro remedio. Ese cambio voluntario de remedio puede permitirse si los intereses de la parte incumplidora quedan adecuadamente protegidos, ya que ésta podría haberse estado preparando para el cumplimiento o haber incurrido en gastos a tal efecto. Por esta razón, el párrafo (1) de este artículo aclara que la parte perjudicada está facultada para invocar otro remedio sólo si no ha recibido la prestación dentro del plazo fijado para ello o, en su defecto, dentro de un término razonable.

Cuánto tiempo adicional debe ser otorgado a la parte incumplidora para que cumpla, depende de la dificultad que el cumplimiento lleve consigo. La parte incumplidora goza del derecho de cumplir siempre que lo haga antes de que venza el período suplementario otorgado.

Respecto a razones similares que restringen el derecho de la parte perjudicada a resolver el contrato en el supuesto de mora en el cumplimiento, véase el Artículo 7.3.2(2).

### **3. Mandato judicial no factible de ejecución forzosa**

El párrafo (2) contempla el segundo y no menos difícil problema que se presenta cuando la parte perjudicada ha intentado sin éxito hacer cumplir la sentencia judicial o el laudo arbitral que impone el deber de cumplir. En este caso, es obvio que la parte perjudicada puede recurrir inmediatamente a otros remedios.

### **4. Límites temporales**

En el supuesto de un cambio de remedio, la limitación temporal prevista en el Artículo 7.3.2(2) para notificar tal decisión de resolver el contrato debe ser adecuadamente prorrogada. El período razonable para cursar la notificación comienza a correr, en el caso de un cambio voluntario de remedio, a partir del momento en que la parte perjudicada supo o debió enterarse del incumplimiento, una vez que ha expirado el período suplementario del que disponía la parte incumplidora para cumplir. En el supuesto del párrafo (2) de este artículo, dicho período comienza a correr a partir del momento en que la parte perjudicada supo o debió enterarse de que el laudo o sentencia ordenando el cumplimiento no era susceptible de ejecución forzosa.

## SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN

### ARTÍCULO 7.3.1

(*Derecho a resolver el contrato*)

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.

## COMENTARIO

### 1. Resolución del contrato si el incumplimiento es excusable

Las reglas establecidas en esta Sección son aplicables tanto a los casos en que la parte que incumple es responsable, como a aquellos en que el incumplimiento es excusable y, en estos casos, la parte perjudicada no puede reclamar ni el cumplimiento específico ni una indemnización de los daños y perjuicios por el incumplimiento.

#### Ejemplo

1. “A”, una compañía del país “X”, compra vino a “B” del país “Y”. Posteriormente, el gobierno del país “X” impone un embargo a las importaciones de productos agrícolas del país “Y”. Aunque el impedimento no es imputable a “A”, “B” puede resolver el contrato.

### 2. Derecho a resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial

En los casos de incumplimiento de una de las partes, la determinación de si la otra puede resolver el contrato depende de una ponderación de las circunstancias. Por un lado, la prestación puede tener tal demora o defectos que la parte perjudicada ya no pueda emplearla para los fines proyectados, o bien el comportamiento de la parte incumplidora ha sido tal que se debería permitir a la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato.

Por otro lado, la resolución del contrato habrá de causar un detrimiento serio a la parte incumplidora, cuyos gastos en la preparación para ofrecer la prestación podrían no ser recuperados.

Por ello el párrafo (1) de este artículo dispone que la parte perjudicada puede resolver el contrato sólo si el incumplimiento de la otra parte es “esencial”, esto es, si es substancial y no de poca importancia. Véase también los Artículos 7.3.3. y 7.3.4.

### 3. Circunstancias significativas para determinar si el incumplimiento es esencial

El párrafo (2) de este artículo presenta un elenco de circunstancias relevantes para la determinación de si, en un determinado caso, la falta de cumplimiento de una obligación contractual constituye un incumplimiento esencial.

a. *Si el incumplimiento priva substancialmente a la otra parte de sus expectativas*

El primer factor al que hace referencia el párrafo (2)(a) es que el incumplimiento sea tan esencial que prive a la parte perjudicada de algo fundamental que tenía derecho a esperar en el momento de celebrarse el contrato.

Ejemplo

2. El 1º de mayo “A” contrata la entrega a “B” de software estándar antes del 15 de mayo. “B” ha solicitado que la entrega se efectúe rápidamente. Si “A” ofrece la entrega el 15 de junio, “B” podrá rechazarla y resolver el contrato.

La parte perjudicada no podrá resolver el contrato si la parte incumplidora puede demostrar que no pudo prever, y que razonablemente no hubiera podido prever, que el incumplimiento sería esencial para la otra parte.

Ejemplo

3. “A” se compromete a remover basura del terreno de “B” en el plazo de treinta días sin especificar la fecha exacta de inicio del plazo. “B” omite informar a “A” que “B” ha contratado excavadores a un costo muy alto para comenzar a trabajar en el mismo terreno a partir del 2 de enero. “B” no puede resolver el contrato por el hecho que “A” no haya limpiado el terreno para el 2 de enero.

b. *Carácter esencial del cumplimiento estricto de la obligación*

El párrafo (2)(b) no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial. Tales obligaciones que exigen su estricto cumplimiento no son infrecuentes en los contratos mercantiles. Por ejemplo, en los contratos de venta de artículos de consumo, el tiempo de entrega suele considerarse esencial y en una operación de crédito documentario los documentos ofrecidos deben conformarse fielmente con las cláusulas del crédito.

c. *Incumplimiento intencional*

El párrafo (2)(c) trata de la situación en la que el incumplimiento es intencional o temerario. Podría, sin embargo, ser contrario a la buena fe y lealtad negocial (véase el Artículo 1.7) resolver el contrato en un supuesto de incumplimiento insignificante, aun cuando haya sido intencional.

d. *Falta de confianza en el cumplimiento futuro*

El párrafo (2)(d) le otorga importancia al hecho de que el incumplimiento brinde a la parte perjudicada un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro de la otra parte. Si una parte debe una de las primeras prestaciones permite anticipar que éstos se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes, la parte perjudicada puede resolver el contrato, aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismos la resolución del contrato.

A veces el incumplimiento intencional puede demostrar que no se puede confiar en la otra parte.

Ejemplo

4. “A”, que es mandatario de “B”, presenta recibos falsos a “B” para solicitar el reembolso de supuestos gastos. Aunque la suma solicitada por “A” en concepto de reembolso sea insignificante, “B” puede considerar el comportamiento de “A” como un incumplimiento esencial y resolver el contrato de mandato.

e. *Pérdida desproporcionada*

El párrafo (2)(e) se ocupa de supuestos en los que la parte que no ha cumplido el contrato ha confiado en dicho contrato y se estaba preparando para cumplirlo o se ha ofrecido a hacerlo. En estos casos se debe prestar atención a si dicha parte sufriría un menoscabo desproporcionado en el caso de que su incumplimiento sea considerado como esencial. Es menos probable que el incumplimiento sea considerado esencial en el caso de cumplimiento moroso, posterior a la preparación de la prestación, que si el incumplimiento tiene lugar mucho antes de tal preparación. También cabe tener en cuenta si la parte de la prestación que ha sido ofrecida o efectivamente entregada puede ser de algún beneficio para la parte incumplidora, si dicha parte de la prestación es rechazada o devuelta.

Ejemplo

5. El 1º de mayo “A” se obliga a entregar software fabricado especialmente para “B”. El contrato dispone que la entrega deberá realizarse antes del 31 de diciembre. “A” ofrece entregárselo el 31 de enero, cuando “B” todavía necesita el software y “A” no puede venderlo a otros usuarios. “B” puede reclamar una indemnización de los daños y perjuicios, pero no puede resolver el contrato.

#### **4. Resolución del contrato después del período suplementario (*Nachfrist*)**

El párrafo (3) está enlazado con el Artículo 7.1.5(3), donde se dispone que la parte perjudicada pueda otorgar a la parte que incumple un período suplementario (*Nachfrist*) para resolver un contrato que, de otro modo, no podría resolver por retraso (véase el Comentario 2 al Artículo 7.1.5).

### **ARTÍCULO 7.3.2** (*Notificación de la resolución*)

**(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejerce mediante una notificación a la otra parte.**

**(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.**

### **COMENTARIO**

#### **1. El requisito de la notificación**

El párrafo (1) de este artículo confirma el principio de que el derecho de una parte a resolver el contrato se ejerce por tal notificación a la otra parte. El requisito de la notificación permitirá a la parte incumplidora evitar pérdidas originadas por la incertidumbre de si la parte perjudicada aceptará el cumplimiento. También se pretende evitar que la parte perjudicada especule con el alza o baja del valor de la prestación en detrimento de la parte incumplidora.

#### **2. Prestación retrasada**

Si la prestación se debe pero no se ha realizado, la actuación de la parte perjudicada dependerá de su información y de sus aspiraciones.

Puede suceder que la parte perjudicada no sepa si la otra parte tiene la intención de cumplir, o si ésta ya ha decidido no cumplir, o si todavía se encuentra indecisa. En este caso, la parte perjudicada puede esperar y

ver si la prestación es finalmente ofrecida y tomar una decisión en el caso y al momento en que esto ocurra. Véase el párrafo (2). La parte perjudicada, por otro lado, puede desear obtener el cumplimiento y solicitarlo dentro de un período razonable después de que supo o debió conocer el incumplimiento (véase el Artículo 7.2.2(e)).

Este artículo no contempla el supuesto en que la parte incumplidora solicita de la perjudicada una decisión acerca de si esta última aceptará el cumplimiento tardío. Tampoco se ocupa del supuesto el que la parte perjudicada se entera por otras fuentes de que la parte incumplidora pretende cumplir el contrato. En este caso, el principio de buena fe y lealtad negocial (véase el Artículo 1.7) puede reclamar a la parte perjudicada que informe a la otra parte que no desea aceptar el cumplimiento tardío, bajo pena de responder por daños y perjuicios.

### **3. “Tiempo razonable”**

La parte perjudicada que pretenda dar por terminado el contrato deberá notificar a la otra parte, dentro de un período razonable después de que supo, o debiera haber sabido, la situación de incumplimiento (párrafo (2)).

Qué debe considerarse “razonable” dependerá de las circunstancias. En aquellas situaciones en las que la parte perjudicada pueda obtener fácilmente una prestación de reemplazo, y pueda entonces especular con el alza y baja del precio, la notificación deberá ser cursada sin demora injustificada. Cuando se requieran de ciertas indagaciones para saber si es posible obtener una prestación de reemplazo, el período razonable habrá de ser necesariamente más largo.

### **4. La notificación debe ser recibida**

La notificación cursada por la parte perjudicada produce efectos cuando es recibida por la parte incumplidora (véase el Artículo 1.10)

#### **ARTÍCULO 7.3.3** *(Incumplimiento anticipado)*

**Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.**

## COMENTARIO

Este artículo establece el principio de que el incumplimiento que ha de ser esperado se equipara al incumplimiento que tuvo lugar al momento en que se debía la prestación. Un requisito que debe quedar claro es que habrá de existir incumplimiento; una sospecha, aun bien fundada, no será suficiente. Más aún, es necesario que el incumplimiento sea esencial y que la parte que tiene derecho a recibir la prestación notifique su decisión de resolver el contrato.

Una ilustración de incumplimiento anticipado se presenta cuando una parte declara que no cumplirá el contrato. Las circunstancias también pueden indicar que se ha de tratar de un incumplimiento esencial.

### Ejemplo

“A” promete a “B” entregar petróleo transportado por el buque M/S Paul en la terminal del país “X” el 3 de febrero. El 25 de enero el M/S Paul se encuentra a 2000 Km. de la terminal. A la velocidad que hace no llegará el 3 de febrero; como pronto lo haría el 8 de febrero. Como el tiempo de la entrega es esencial y ha de esperarse un retraso significativo, “B” puede resolver el contrato antes del 3 de febrero.

## ARTÍCULO 7.3.4

*(Garantía adecuada de cumplimiento)*

**Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.**

## COMENTARIO

### 1. Expectativa razonable de incumplimiento esencial

Este artículo protege el interés de una parte que tiene razones para creer que la otra será incapaz o no desea cumplir el contrato en la fecha estipulada, pero que no puede recurrir al Artículo 7.3.3 pues aún existe la posibilidad de que la otra parte quiera o pueda cumplir. La primera parte, en ausencia de esta disposición, se encontraría con frecuencia en un dilema. Por un lado, incurrirá en una pérdida si espera la fecha del

cumplimiento y la otra parte no cumple. Por otro lado, si decide resolver el contrato y entonces resultara evidente que el contrato habría sido cumplido por la otra parte, su proceder equivaldría a un incumplimiento del contrato, conllevando su responsabilidad por el daño causado.

## **2. El derecho a suspender el cumplimiento depende de garantías adecuadas de cumplimiento**

Consecuentemente, este artículo faculta a la parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial por parte de la otra, a reclamar garantías adecuadas de cumplimiento y a suspender mientras tanto el cumplimiento de sus propias obligaciones. Qué constituye una garantía adecuada depende de las circunstancias. En algunos casos será suficiente la declaración de la otra parte de que cumplirá, mientras que en otros, el requisito de una fianza o garantía de un tercero podría estar justificado.

### Ejemplo

“A”, un constructor de barcos con un solo astillero, promete construir un yate para “B” a ser entregado a más tardar el 1º de mayo. Poco después “B” se entera por “C” de que “A” también se ha comprometido a construir un yate para “C” durante el mismo período. “B” está facultado para solicitar de “A” una garantía adecuada de que el yate se entregará a tiempo. Además, “A” tendrá que dar a “B” una explicación satisfactoria de cómo cumplirá con el contrato.

## **3. Resolución del contrato**

De no otorgarse la garantía adecuada de cumplimiento solicitada, la otra podrá resolver el contrato.

### **ARTÍCULO 7.3.5** (Efectos generales de la resolución)

- (1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.**
- (2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.**

**(3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.**

## **COMENTARIO**

### **1. La resolución extingue obligaciones futuras**

El párrafo (1) de este artículo establece la regla general de que la resolución del contrato tiene efectos para el futuro, por lo que las partes se liberan de su deber de efectuar y recibir prestaciones futuras.

### **2. No se altera el derecho al resarcimiento**

El hecho que en virtud de su resolución el contrato llegue a su fin no priva a la parte perjudicada de su derecho de reclamar el resarcimiento por el incumplimiento, conforme con las reglas establecidas en la Sección 4 de este Capítulo.

#### **Ejemplo**

1. “A” vende a “B” una maquinaria de producción especializada. La maquinaria presenta serios defectos después de que “B” comienza a emplearla y sus importantes defectos provocan el paro de la planta de “B”. “B” da por resuelto el contrato pero conserva el derecho al resarcimiento (véase el Artículo 7.3.5.(2)).

### **3. Disposiciones contractuales no afectadas por la resolución**

No obstante la regla general establecida en el párrafo (1), pueden existir obligaciones que subsistan luego de su resolución. Este es el caso, en concreto, de las disposiciones u obligaciones relativas a la resolución de controversias y al derecho aplicable, pero pueden existir otras disposiciones u obligaciones que por su propia naturaleza estén destinadas a seguir produciendo efectos aún con posterioridad a la resolución del contrato, o a producir sus efectos solo después de la resolución del contrato. Dichas disposiciones pueden relacionarse con la confidencialidad, la prohibición de competencia, el pago de intereses o la eliminación de una relación contractual (por ejemplo, la devolución de inventario, de documentos o material publicitario; devolución de medios o documentos con información confidencial; indemnizaciones, tratamiento de derechos o bases de datos de propiedad intelectual, costos relacionados con la salida del negocio, etc.).

## Ejemplos

2. Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, excepto que en este caso “A” revela información confidencial a “B”, que este se compromete a no revelar a menos que llegue a ser de dominio público. El contrato contiene además una cláusula que somete las controversias a los tribunales del país de “A”. “B” continúa sometido a la obligación de no revelar la información confidencial aun después de resolver el, por lo que toda controversia relativa al contrato y sus efectos deberá ventilarse ante los tribunales del país de “A” (véase el Artículo 7.3.5(3)).

3. “A”, una empresa dedicada al arrendamiento financiero establecida en el país “X”, arrienda una aeronave comercial a “B”, aerolínea que opera vuelos regionales en el país “Z”. A los fines de su nacionalidad, la aeronave fue registrada en el país “Z” a nombre de “B”, como operador de la nave. Como las regulaciones áreas internacionales no permiten volver a utilizar una aeronave sin antes cancelar su inscripción en los registros de “Z”, “B” se ha obligado contractualmente a obtener la cancelación de su inscripción registral una vez terminada la relación. “B” decide estandarizar su flota de aviones y da por resuelto el arrendamiento financiero. “A” no cuenta con un poder previamente otorgado a fin de cancelar la inscripción registral y exportar la aeronave. “B” se encuentra obligado a cooperar con “A” para cancelar la inscripción registral y obtener el permiso administrativo requerido que permitan a “A” reubicar su aeronave en otro país.

## 4. Obligaciones posteriores a la resolución de contratos de larga duración

La cuestión de las obligaciones que surgen con posterioridad a la resolución del contrato son particularmente importantes en los contratos de larga duración. Las partes deberían considerar el tratamiento de las siguientes cuestiones relacionadas con cláusulas destinadas a subsistir después de la resolución: cuáles son las cláusulas que subsistirán luego de la resolución; si dichas cláusulas obligan a una o ambas partes después de la resolución; cuánto tiempo han de subsistir; quién se hará cargo de los costos; qué remedios estarán disponibles en caso de incumplimiento; etc. Las cláusulas que subsisten después de la resolución pueden ser elaboradas de diferentes maneras: mediante una cláusula general prescribiendo que permanecerán en vigencia todas aquellas cláusulas destinadas a operar a pesar de la resolución del contrato; incluyendo una lista de aquellas cláusulas específicas destinadas a subsistir con posterioridad a la resolución del contrato; o bien indicando en la cláusula pertinente que esta permanecerá en vigor a pesar de la resolución. Los redactores del contrato deben prestar atención especial a la eventual

compatibilidad de las obligaciones que subsisten después de la resolución y las normas imperativas del derecho interno (tales como las limitaciones a la prohibición de competencia).

### Ejemplos

4. Los hechos son los mismos que en el ejemplo 3. El contrato entre “A” y “B” incluye una cláusula de indemnización en favor de “A” por las pérdidas sufridas a causa de la demora en cancelar la inscripción registral de la aeronave, cláusula expresamente destinada a subsistir luego de la resolución del contrato. Dicha cláusula tiene plena eficacia y puede ser ejecutada independientemente de cualquier otra reclamación derivada del contrato resuelto, aunque el pago de dicha indemnización tendrá un impacto en el cálculo de los daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.

5. El consultor “A” acuerda prestar a su cliente “B”, por un tiempo indefinido, servicios de consultoría respecto de un nuevo producto. Los derechos de propiedad intelectual que surjan de los servicios prestados por “A” pertenecen en todo momento a “B”, quien queda obligado al pago de regalías por un período de quince años a partir de la fecha de la primera venta. Tan solo cinco años después de haber surgido el deber de “B” de pagar regalías a “A”, el contrato es resuelto conforme al Artículo 5.1.8. La obligación de “B” al pago de regalías subsiste por 10 años con posterioridad a la resolución del contrato.

6. El proveedor “B” acuerda suministrar a “A” un sistema de telecomunicaciones. Conforme a los términos de este acuerdo, “B” se compromete a asistir a “A” al terminar el contrato en la migración de los servicios a otro proveedor, asumiendo “A” el pago de los costos de salida de dicho contrato. El contrato es resuelto. “B” queda obligado a asistir a “A” con la migración de los servicios de telecomunicaciones y “A” queda obligado a pagar los costos relacionados con dicha migración.

## ARTÍCULO 7.3.6

(*Restitución en el caso de contratos de ejecución instantánea*)

**(1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido.**

**(2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable.**

**(3) La parte que se benefició con el cumplimiento no está obligada a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte.**

**(4) Puede exigirse una compensación por aquellos gastos razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido.**

## **COMENTARIO**

### **1. Contratos de ejecución instantánea**

El párrafo (1) de este artículo solamente se refiere a contratos cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, o conforme a los cuales al menos el cumplimiento de la prestación característica tiene lugar en un solo momento, mientras que a los contratos de larga duración se les aplica una regla diferente (ver Artículo 7.3.7(1)). El ejemplo más común de un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en forma instantánea es el contrato de compraventa ordinario, en donde el objeto de la venta debe transferirse en un momento específico. Sin embargo, este artículo también hace referencia a contratos como el de construcción, en el que el contratista se encuentra obligado a realizar la totalidad de la obra que debe ser aceptada por el cliente en un momento específico. Un contrato llave en mano constituye un ejemplo importante de este tipo.

Normalmente en un contrato comercial una parte debe pagar una suma de dinero por la prestación recibida. Esta no es la obligación característica del contrato. Así, un contrato de compraventa en el que el precio de compra debe ser pagado a plazos estará regulado por este artículo siempre que el cumplimiento del vendedor deba realizarse en un solo momento.

### **2. Derecho de las partes a la restitución como consecuencia de la resolución del contrato**

El párrafo (1) del presente artículo concede a cada parte el derecho a reclamar la restitución de todo lo que haya sido entregado en virtud del contrato, siempre y cuando se restituya, al mismo tiempo, cuanto se haya recibido.

## Ejemplo

1. En el proceso de adquisición de una sociedad, el accionista mayoritario “A” acuerda vender y transferir a “B” acciones por un valor de 1,000,000 GBP. Una vez realizada la transferencia de las acciones, “B” solamente paga 600,000 GBP, motivo por el cual A resuelve el contrato. “A” puede reclamar la restitución de las acciones. A su vez, “A” debe restituir las 600,000 recibidas de “B”.

La norma también se aplica cuando la parte perjudicada ha realizado un mal negocio. Si en el caso presentado en el Ejemplo 1 el valor real de mercado de las acciones fuera de 1,200,000 GBP, “A” puede solicitar la restitución de las acciones.

El presente artículo también se aplica cuando la parte perjudicada ha entregado dinero como contraprestación de bienes, servicios u otras prestaciones que la parte no ha recibido o que son defectuosas.

## Ejemplo

2. El empresario “A” vende un cuadro de Constable al empresario “B” por 600,000 EUR. “B” paga solamente 200,000 EUR por el cuadro, motivo por el que “A” decide resolver el contrato. Posteriormente se descubre que el cuadro no es un Constable, sino una copia. En la resolución del contrato, “B” puede reclamar la devolución del dinero y debe restituir el cuadro a “A”.

En relación con los gastos que implica la restitución, se aplica el Artículo 6.1.11.

## 3. Restitución en especie imposible o inapropiada

Normalmente, la restitución debe hacerse en especie. Sin embargo, existen casos en los que en lugar de la restitución en especie, se debe hacer una entrega de dinero. Es el caso, sobre todo, en el que no es posible la restitución en especie. La compensación normalmente ascenderá al valor del cumplimiento recibido.

## Ejemplos

3. La sociedad “A”, contratada para excavar el terreno de la sociedad “B”, abandona el trabajo luego de realizar solamente una parte. “B”, quien resuelve el contrato, debe pagar a “A” una suma en compensación por el trabajo realizado, determinada teniendo en cuenta el valor que el trabajo tiene para “B”. A la vez, “B” puede demandar a “A” por cualquier daño que “B” haya podido sufrir como consecuencia del incumplimiento de “A” (véase el Artículo 7.3.5 (2)).

4. La sociedad “A” fleta un barco para un crucero empresarial organizado para sus empleados, a realizarse en la barrera coralina

australiana. A mitad de camino el crucero se avería y no puede seguir adelante. “A” resuelve el contrato con “B”, propietario de la sociedad que organizó el crucero, y trae de vuelta en avión a sus empleados. Si “A” ya pagó el precio, puede reclamar su restitución. Al mismo tiempo, “A” debe entregar a “B” una compensación correspondiente al valor de la parte del crucero realizada. Adicionalmente, “A” puede reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de “B” (véase el Artículo 7.3.5 (2)).

También está prevista en el párrafo 2 de este artículo la entrega de una suma de dinero siempre que la restitución en especie no sea apropiada. Este es el caso, en especial cuando la restitución de lo cumplido en especie implicaría esfuerzos o gastos que no son razonables. El criterio en este contexto es el mismo previsto en el Artículo 7.2.2 (b).

### Ejemplo

5. “A”, un artista, vende 200 anillos chapados en plata al comerciante “B”. “B” no paga los anillos y “A” resuelve el contrato. Resulta que “B”, en el entretanto, había enviado los anillos a su establecimiento comercial, pero el barco en el que habían sido enviados naufragó. Si bien sería posible recuperar los anillos del barco naufragado, incurriendo en grandes gastos, no se puede esperar que “B” lo haga. “B” debe pagar una suma razonable a “A”, determinada atendiendo al valor de los anillos.

El propósito de especificar que debe efectuarse una compensación en dinero “siempre que sea razonable” es el de clarificar que una compensación solamente procede cuando el cumplimiento ha conferido un beneficio a la parte que lo ha recibido, y en la medida de aquél. Este no es el caso, por ejemplo, cuando el defecto en la prestación que otorga a quien la recibió el derecho a resolver el contrato sólo se descubre al comenzar a cumplirse el mismo.

### Ejemplo

6. La sociedad “A” contrata a la sociedad “B” para desarrollar un software especializado para mejorar su sistema de comunicación interno. Después de que “B” desarrolla e instala el software, resulta que este no cumple las funciones requeridas. “A” puede resolver el contrato y reclamar la restitución del precio pagado, pero dado que el sistema instalado no tiene valor alguno para “A”, no sería razonable esperar que “A” pague a “B” una compensación por el software instalado.

#### 4. La distribución del riesgo

La norma prevista en el párrafo (2) implica una distribución del riesgo: impone al beneficiario del cumplimiento la obligación de compensar el valor de dicho cumplimiento si no está en condiciones de restituir la prestación en especie. Esta regla del párrafo (2) se aplica incluso si el beneficiario del cumplimiento es responsable del deterioro o destrucción de lo recibido. Esta distribución del riesgo de deterioro o destrucción se justifica, en especial, porque el riesgo debe correr a cargo de quien tiene el control del cumplimiento. Por el contrario, no existe la obligación de compensar el valor de la prestación cuando su deterioro o destrucción es imputable a la otra parte, bien sea porque se deba a la culpa de la otra parte o sea consecuencia de un defecto inherente al cumplimiento. De allí la norma contemplada en el párrafo (3).

##### Ejemplo

7. El fabricante “A” vende y entrega un automóvil de lujo a la sociedad “B”. El automóvil tiene frenos defectuosos. Debido a este defecto, el automóvil choca contra otro, destruyéndose totalmente. Dado que el automóvil no era apto para su finalidad, “B” puede resolver el contrato y reclamar la restitución del precio de compra. “B” no tiene que otorgar una compensación en dinero en razón de su imposibilidad de restituir el automóvil.

La obligación del beneficiario de compensar el valor del cumplimiento recibido no se excluye en los casos en que el deterioro o la destrucción también habrían ocurrido si no se hubiera cumplido con el contrato.

##### Ejemplo

8. El fabricante “A” vende y entrega un automóvil a la sociedad B. Después de la entrega, el automóvil resulta completamente destruido como consecuencia de un huracán que inunda las propiedades de “A” y de “B”. “B” resuelve el contrato a causa de un defecto del automóvil. “B” puede reclamar la restitución del precio de venta, pero al mismo tiempo debe compensar el valor que el automóvil tenía antes de su destrucción.

El problema de la obligación del beneficiario de pagar el valor del cumplimiento recibido solamente surge sólo en aquellos casos en los que el deterioro o la destrucción tiene lugar antes de la resolución del contrato. Si la prestación cumplida se deteriora o destruye con posterioridad a la resolución del contrato, se aplican las normas generales sobre el incumplimiento, ya que el beneficiario está obligado a restituir lo que ha recibido después de la resolución del contrato. Cualquier incumplimiento de dicha obligación otorga el derecho a la otra parte a reclamar el

resarcimiento de los daños de conformidad con el Artículo 7.4.1, a menos que esté exonerado por el incumplimiento de conformidad con el Artículo 7.1.7.

### Ejemplo

9. La sociedad “A” vende y entrega a la sociedad “B” una limusina con un techo defectuoso. Dado que la limusina no es apta para su finalidad, “B” puede resolver el contrato. Como consecuencia de ello, “B” puede reclamar la restitución del precio de compra pero tiene la obligación de restituir la limusina. Antes de que “B” pudiera restituirla, la limusina es destruida completamente a causa de una tormenta. “A” no puede reclamar el resarcimiento de los daños porque “B” está exonerado de conformidad con el Artículo 7.1.7.

## 5. Compensación por los gastos

El beneficiario de un cumplimiento puede haber incurrido en gastos para proteger o conservar la prestación cumplida. Es razonable permitir que el beneficiario exija una compensación por estos gastos cuando se ha resuelto el contrato y las partes deben restituir lo que han recibido.

### Ejemplo

10. La sociedad “A” vende y entrega un caballo de carrera a la sociedad “B”. Tiempo después se descubre que el caballo no proviene de un semental determinado, como lo había prometido “A”. “B” resuelve el contrato y puede exigir una compensación por los gastos en los que incurrió para alimentar y cuidar al caballo.

Esta norma solamente se aplica a los gastos razonables. Lo que es razonable depende de las circunstancias del caso. En el Ejemplo 10 sería determinante si el caballo había sido vendido como un caballo de carreras o como un caballo ordinario.

No se puede exigir una compensación por otros gastos ligados al cumplimiento recibido, aun cuando sean razonables.

### Ejemplo

11. La sociedad “A” vende y entrega un paquete de *software* a la sociedad “B”. “B” descubre con posterioridad que el *software* carece de determinada funcionalidad que se suponía debía tener. “B” solicita entonces al experto de *software* “C” que compruebe si dicha funcionalidad aún puede ser implementada. Como resulta que esto no

es posible, “B” resuelve el contrato. “B” no puede recuperar de “A” los honorarios pagados a “C” como gastos, de conformidad con el párrafo (4).

## 6. Beneficios

Los Principios no adoptan ninguna posición respecto de los beneficios que se han derivado del cumplimiento, o los intereses devengados. En la práctica comercial a menudo resultará difícil establecer el valor de los beneficios recibidos por las partes como consecuencia del cumplimiento. Además, a menudo son ambas partes quienes recibirán dichos beneficios.

## 7. No se afectan los derechos de terceros

Al igual que otros artículos de los Principios, este artículo trata de las relaciones entre las partes y no de los derechos que terceras personas pueden haber adquirido sobre los bienes en cuestión. Deberá determinarse conforme al derecho aplicable si, por ejemplo, un acreedor del comprador, el síndico de la quiebra, o un adquirente de buena fe pueden oponerse a la restitución de los bienes vendidos.

### ARTÍCULO 7.3.7 (*Restitución en contratos de larga duración*)

**(1) Al resolver un contrato de larga duración, solamente se puede reclamar la restitución para el período posterior a la resolución, siempre que el contrato sea divisible.**

**(2) En la medida en que proceda la restitución, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.3.6.**

## COMENTARIO

### 1. Contratos de larga duración

A diferencia de la regla del párrafo (1) del Artículo 7.3.6 respecto de los contratos de ejecución instantánea, el párrafo (1) de este artículo dispone, respecto de los contratos de larga duración, que la restitución solo procede por el período posterior a la resolución, siempre que el contrato sea divisible. En realidad, podría resultar inapropiado deshacer el cumplimiento de un contrato cuyos efectos se llevaron a cabo durante

un largo periodo de tiempo antes de la resolución. Además, la restitución es un remedio que solamente tiene efectos en el futuro (ver Artículo 7.3.5). Por ende, la restitución solo puede ser exigida respecto del período posterior a la resolución.

### Ejemplo

1. “A” contrata la prestación de servicios informáticos para las computadoras de la sociedad “B” – tanto del *hardware* como del *software* – por un período de cinco años. Después de tres años de prestar el servicio regularmente, “A” se ve obligado a suspender los servicios a causa de una enfermedad, y el contrato es resuelto. “B”, quien ha pagado a “A” por el cuarto año, puede reclamar la restitución del pago anticipado por ese cuarto año, pero no el dinero pagado por los tres años de servicio regular.

Dado que los contratos solamente se resuelven hacia el futuro, puede exigirse cualquier pago pendiente por prestaciones cumplidas en el pasado. Este artículo no impide solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios.

### Ejemplos

2. La sociedad “A” arrienda unos equipos a la sociedad “B” por tres años, con un canon de 10,000 EUR mensuales. “B” paga puntualmente los dos primeros meses, pero luego suspende los pagos sucesivos, a pesar de las intimaciones reiteradas por parte de “A”. Pasados cinco meses, “A” resuelve el arrendamiento. “A” tiene derecho a conservar los 20.000 EUR ya recibidos (véase el Artículo 7.3.7 (1)) y a obtener el pago de los 50.000 EUR vencidos y debidos (con fundamento en el contrato de arrendamiento que solamente se resuelve hacia el futuro), junto con cualquier resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento (véase el Artículo 7.3.5 (2)).

3. El hospital “A” contrata con “B” para que realice el servicio de limpieza, pactándose una duración del contrato de tres años. Pasado un año, “B” informa a “A” que no puede continuar con los servicios de limpieza a menos de que se doble el precio. “A” rechaza esta condición y “B” suspende el servicio. Al resolverse el contrato, “A” puede reclamar el resarcimiento de los daños derivados de cualquier gasto adicional en el que incurra al contratar otra empresa de limpieza (véase el Artículo 7.4.1 conjuntamente con el Artículo 7.3.5 (2)); por su parte “B” tiene derecho a conservar los pagos recibidos por los servicios ya prestados (véase el Artículo 7.3.7 (1)).

La norma en virtud de la cual la restitución solamente puede ser reclamada por el período posterior a la resolución del contrato no se aplica si las prestaciones son indivisibles.

## Ejemplo

4. “A” se compromete a pintar diez cuadros con el mismo motivo histórico para el salón de fiestas de “B”. Después de haber entregado y haber sido pagado por haber pintado cinco cuadros, “A” abandona el trabajo. Dado que para la decoración del salón se habían previsto diez cuadros pintados por el mismo pintor y mostrando diferentes aspectos del mismo evento histórico, “B” puede reclamar el total del dinero dado en anticipo a “A” y deberá devolverle los cinco cuadros.

## 2. Restitución

Este artículo contiene una regla especial en el sentido de que, tratándose de contratos de larga duración, se excluye la restitución de las prestaciones cumplidas en el pasado. De llegar a existir el derecho a la restitución en virtud de este artículo, la restitución se someterá a lo previsto en el Artículo 7.3.6.

## SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO

### ARTÍCULO 7.4.1 (Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.

#### COMENTARIO

##### 1. Derecho al resarcimiento en general

Este artículo establece el principio de un derecho general al resarcimiento en caso de incumplimiento, excepto cuando el incumplimiento sea excusable de acuerdo a estos Principios, como en el supuesto de fuerza mayor (véase el Artículo 7.1.7) o de una cláusula de exoneración (véase el Artículo 7.1.6). Excesiva onerosidad (*hardship*) (véase el Artículo 6.2.1 y siguientes), en principio, no da lugar al resarcimiento del daño sufrido.

El Artículo insiste en que el derecho al resarcimiento, como otros remedios, surge por el simple hecho del incumplimiento. La parte perjudicada únicamente debe probar el incumplimiento, esto es, que no ha recibido lo que se le había prometido. No es necesario probar además que el incumplimiento se debe a la culpa de la parte incumplidora. El grado de dificultad para probar el incumplimiento dependerá del contenido de la obligación y, en particular, si la obligación es de emplear los mejores esfuerzos o de resultado (véase el Artículo 5.1.4).

El derecho al resarcimiento existe en el supuesto de falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que surgen del contrato, por lo que no es necesario distinguir entre obligaciones principales y accesorias.

##### 2. El resarcimiento de los daños y perjuicios es compatible con otros remedios

Este artículo también establece que la parte perjudicada puede solicitar la reparación del daño sufrido, bien como único remedio (v.gr. reparación por mora en el cumplimiento, o por una prestación defectuosa aceptada por la parte perjudicada, o por cumplimiento imposible del que sea responsable la parte incumplidora), o bien en unión con otros remedios. Por lo tanto, en caso de resolución del contrato, el resarcimiento puede

solicitarse para compensar el menoscabo sufrido por dicha resolución, o, en el caso de cumplimiento específico, para compensar el retardo con el que la parte perjudicada recibe el cumplimiento y por aquellos gastos en los que hubiera incurrido. El resarcimiento de los daños y perjuicios también puede acompañarse de otros remedios (v.gr. subsanación del incumplimiento, admisión del error, publicación en periódicos, etc.).

### **3. Resarcimiento y responsabilidad precontractual**

El derecho al resarcimiento puede surgir no solamente en el contexto del incumplimiento de un contrato, sino también durante la fase precontractual (véase, por ejemplo, el Artículo 2.1.15 con relación al resarcimiento por negociar de mala fe, el Artículo 2.1.16 para el supuesto de violación del deber de secreto, o el Artículo 3.2.16 para el caso de error, dolo, intimidación o excesiva desproporción de las prestaciones). Estas situaciones están sujetas a la aplicación por analogía de las normas que regulan el resarcimiento.

#### **ARTÍCULO 7.4.2** (Reparación integral)

**(1) 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, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.**

**(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.**

#### **COMENTARIO**

##### **1. La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral**

El párrafo (1) de este artículo establece el principio de que la parte perjudicada tiene el derecho a la reparación integral por el daño sufrido a consecuencia del incumplimiento del contrato. Este párrafo reafirma además la necesidad de una relación causal entre el incumplimiento y el daño (véase asimismo el Comentario 3 al Artículo 7.4.3). El incumplimiento no debe ser una fuente de menoscabo ni de ganancias para la parte perjudicada.

No se ha adoptado la solución propiciada en algunos ordenamientos jurídicos, que permite al tribunal reducir el monto de la reparación atendiendo a las circunstancias del caso, puesto que en un contexto internacional esta facultad morigeradora podría ocasionar un grado considerable de incerteza, variando ampliamente su aplicación de un tribunal a otro.

## **2. La reparación del daño cubre las pérdidas sufridas, incluyendo el lucro cesante**

Al especificar el daño que se debe reparar, el párrafo (1) de este artículo, siguiendo la norma establecida en el Artículo 74 de CISG, establece que la parte perjudicada tiene derecho al resarcimiento no sólo por la pérdida sufrida, sino también por toda ganancia de la que ha sido privada como consecuencia del incumplimiento.

La noción de pérdidas sufridas debe entenderse en un sentido amplio. Puede incluir una reducción del patrimonio de la parte perjudicada o un incremento de su responsabilidad cuando el acreedor, al no recibir el pago del deudor, se ve obligado a pedir dinero en préstamo para hacer frente a sus obligaciones. El lucro cesante o, como en ocasiones se le denomina, la pérdida consecuencial, consiste en el beneficio que podría haber percibido la parte perjudicada en el curso ordinario de las cosas si el contrato se hubiera cumplido adecuadamente. Muchas veces este beneficio será incierto, de modo que con frecuencia adquiere la forma de la pérdida de una expectativa (véase el Artículo 7.4.3(2)).

### Ejemplos

1. Una biblioteca nacional envía un manuscrito valioso por mensajería especializada al extranjero para una exposición. El manuscrito se daña irreparablemente durante el transporte. Su pérdida se estima en 100,000 EUR. Esta es la suma que debe pagar la compañía de mensajería.
2. “A”, que no ha recibido el pago de “B” conforme lo pide el contrato, debe recurrir a un banco para solicitar un préstamo de dinero a un tipo de interés alto. “B” debe compensar a “A” por el interés pagado al banco.
3. “A”, una compañía constructora, arrienda una grúa de la compañía “B”. Al no haber recibido mantenimiento adecuado, el brazo de la grúa se rompe y cae sobre el coche del arquitecto de la obra, aplastándolo. El accidente origina una interrupción de las obras durante ocho días, a consecuencia del cual “A” debe pagar al propietario de la obra una pena por mora de 50,000 EUR. “B” debe rembolsar a “A” los gastos incurridos como consecuencia de la

interrupción del trabajo, más la suma de la penalidad por mora y por la reparación del coche del arquitecto que “A” tuvo que pagar.

4. “A”, un cantante, cancela un compromiso con “B”, un promotor. “A” debe pagar los daños ocasionados a “B” no sólo en razón de los gastos erogados por “B” para la preparación del concierto, sino también la pérdida de las ganancias que se hubieran obtenido de no haberse cancelado el espectáculo.

### **3. Los daños no deben enriquecer a la parte perjudicada**

La parte perjudicada no debe enriquecerse con el resarcimiento por el incumplimiento. Esta es la razón por la que el párrafo (1) también prevé que el resarcimiento debe tomar en consideración cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera podido obtener por el incumplimiento, ya sea por los gastos que ha evitado (*v.gr.* al no tener que pagar el costo del alojamiento para el artista que no se presenta a escena), o las pérdidas que evitó gracias al incumplimiento (*v.gr.* en el supuesto de incumplimiento de un negocio que hubiera ocasionado pérdidas a la parte perjudicada).

#### Ejemplo

5. “A” alquila una máquina excavadora a “B” por dos años, a una renta mensual de 10,000 EUR. El contrato se resuelve a los seis meses por falta de pago del alquiler. Seis meses después, “A” logra alquilar la misma maquinaria por 11,000 EUR mensuales. La ganancia de 12,000 EUR obtenida por “A”, como resultado del nuevo alquiler durante el tiempo que resta del contrato con “B”, o sea, un año, deberá ser deducida del monto de la indemnización adeudada por “B”.

### **4. Reparación en el caso de modificaciones del daño**

En aplicación del principio de reparación integral se debe atender cualquier modificación del daño, incluyendo su expresión en términos pecuniarios, que pueda ocurrir entre el incumplimiento y la sentencia. Este regla tiene excepciones. Por ejemplo, si la parte perjudicada ha reparado el daño por su propia cuenta, el monto se deberá corresponder con las sumas desembolsadas.

### **5. Compensación del daño inmaterial**

El párrafo (2) de este artículo dispone expresamente la reparación de daños no pecuniarios. Puede tratarse de un dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionado por ataques al honor o a la reputación.

Esta norma podría ser aplicada en el comercio internacional en materia de contratos celebrados por artistas, deportistas famosos y famosas o consultores contratados por una empresa u organización.

También en estos casos debe satisfacerse el requisito de que el daño sea cierto (véase el Artículo 7.4.3), además de las otras condiciones para ser acreedor al resarcimiento.

### Ejemplo

6. “A”, un joven arquitecto que ha comenzado a crearse cierto prestigio, firma un contrato para la modernización de un museo municipal de bellas artes. El nombramiento recibe amplia difusión por la prensa. Las autoridades municipales deciden posteriormente contratar los servicios de un arquitecto más experimentado y resolver el contrato con “A”. “A” puede obtener el resarcimiento, pero no sólo por las pérdidas materiales sino también por el daño a la reputación y la perdida de la oportunidad para “A” de alcanzar la mayor celebridad que le hubiera otorgado la realización del encargo.

La reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y toca a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral. Los tribunales no sólo pueden reclamar el pago de una compensación monetaria, sino también otras formas de reparación, tales como la publicación de un aviso o noticia en un periódico determinado (*v.gr. en el caso de violar la cláusula que prohíba la competencia o la reapertura de un negocio, la difamación, etc.*).

### ARTÍCULO 7.4.3 (Certeza del daño)

- (1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.**
- (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.**
- (3) 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.**

## COMENTARIO

### 1. El daño debe poder determinarse con un grado razonable de certeza

Este artículo confirma el conocido principio de certeza del daño, ya que no es posible solicitar a la parte incumplidora que repare un perjuicio que no se ha producido y que posiblemente nunca suceda.

El párrafo (1) también autoriza la compensación del daño futuro, esto es, cuando el daño no se ha verificado, pero es muy probable que se realice. El párrafo (2) incluye además la pérdida de una expectativa o “chance”, obviamente sólo en proporción a la probabilidad de su ocurrencia. Por lo tanto, el propietario de un caballo que llega demasiado tarde para correr una competición como consecuencia del retraso en su transporte, no puede reclamar una compensación equivalente al primer premio, aun cuando el caballo fuese el favorito.

### 2. Determinación del alcance del daño

El requisito de certeza del daño no sólo atañe a su existencia sino también a su alcance. Puede existir un daño cuya existencia no se discute pero que es difícil cuantificarlo. Es el caso frecuente del daño ocasionado por la pérdida de una expectativa (que no siempre involucra una especulación, como en el supuesto de la carrera de caballos, sino también supuestos como el de una compañía de la ingeniería que se prepara para la formulación de la oferta ) o la reparación de un daño no material (v.gr. el detrimento a la reputación de una persona, su dolor o sufrimiento).

#### Ejemplo

“A” entrega un sobre con un pliego a “B”, una compañía de mensajería urgente, en el que “A” responde a una invitación a remitir ofertas en una licitación para la construcción de un aeropuerto. “B” asume la responsabilidad de entregar el sobre antes de la fecha de cierre para recibir ofertas, pero lo entrega después de esa fecha y por ese motivo la solicitud de “A” es descartada. El monto de la reparación debida a “A” dependerá del grado de la posibilidad que tenga “A” de que su oferta hubiera ganado la licitación, para cuya determinación se exige que sea comparada con las otras propuestas sometidas a consideración. La extensión del monto de la reparación en este supuesto habrá de calcularse en proporción a las ganancias que “A” hubiera podido obtener.

En virtud del párrafo (3), cuando el monto del resarcimiento no pueda establecerse con cierto grado de certeza, el tribunal está facultado para cuantificarla equitativamente, en lugar de rechazarla o conceder una suma simbólica.

### **3. El daño, además de cierto, debe ser una consecuencia directa del incumplimiento**

Existe una clara vinculación entre la certeza y la naturaleza directa del daño. Aunque esta naturaleza directa del perjuicio causado no se encuentre regulada expresamente en los Principios, queda implícito en el Artículo 7.4.2(1), que se refiere al daño resarcible como aquél “derivado del incumplimiento”, lo que presupone un nexo causal suficiente entre el incumplimiento y el daño sufrido. Si el daño es demasiado indirecto, es muy probable que también sea incierto e imprevisible.

#### **ARTÍCULO 7.4.4** (*Previsibilidad del daño*)

**La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.**

#### **COMENTARIO**

El principio de que el daño resarcible se limita a aquél que pudo ser previsto se corresponde con la solución adoptada por el Artículo 74 de CISG. Esta limitación se refiere a la naturaleza misma del contrato: no todos los perjuicios que deje de percibir la parte perjudicada se relacionan directamente con el contrato. La parte incumplidora no debe cargar con la reparación de perjuicios que no pudo prever al momento de celebrar el contrato, ni con los riesgos que, por esa razón, no pudo contemplar cubrir con un seguro.

Los requisitos de previsibilidad deben ser analizados simultáneamente con los de la certeza del daño establecidos en el Artículo 7.4.3.

Es necesario clarificar lo que se entiende por el requisito de previsibilidad del daño en los Principios, ya que puede no guardar correspondencia con algunos ordenamientos jurídicos, conforme a los

cuales, en el caso de incumplimiento doloso o con culpa grave, el resarcimiento del daño alcanza a los perjuicios que no pudieron preverse. Como la presente norma no contempla dicha excepción, es necesario interpretar el concepto de previsibilidad de manera restringida. La previsibilidad del daño se refiere a la naturaleza del daño y no a su amplitud, a menos que ésta sea tal que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente.

En todo caso, la noción de previsibilidad es lo suficientemente flexible como para dejar al juez un amplio margen de discreción.

Lo que era previsible será determinado con referencia al momento de celebración del contrato y con respecto a la parte incumplidora en sí misma (incluyendo sus dependientes o mandatarios). El criterio determinante consiste en identificar lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencias del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes o los negocios previos que hayan celebrado.

### Ejemplos

1. Una compañía de limpieza solicita una máquina que es entregada con cinco meses de retraso. El fabricante de la máquina debe compensar a la compañía de limpieza por el lucro cesante originado por la demora en su entrega, ya que el fabricante pudo haber previsto de que la máquina debía ser puesta en funcionamiento de inmediato. Por otra parte, el daño resarcible no comprende la pérdida por parte de la compañía de limpieza de un valioso contrato con el gobierno, que se habría celebrado de haber sido entregada la máquina a tiempo, ya que este tipo de perjuicio no era previsible.

2. “A”, un banco, suele emplear los servicios de seguridad de una compañía para el transporte de los sacos de monedas a distribuir por sus sucursales. Sin informar a la compañía de seguridad, “A” envía sacos con monedas para coleccionistas, de valor cincuenta veces superior al de las monedas transportadas en entregas previas. Los sacos son robados en un asalto. “A” sólo tiene derecho a ser indemnizado por la pérdida sufrida que se corresponda con el valor de los sacos de monedas regularmente transportados, ya que éste es el único tipo de daño que pudo ser previsto. El valor de la pérdida de los sacos de las nuevas monedas ha transformado la pérdida previsible en otra de diferente naturaleza.

A diferencia de ciertas convenciones internacionales, especialmente las del área del transporte, los Principios siguen el criterio de la CISG en el sentido de no incluir en el concepto de reparación integral el daño imprevisible ocasionado por el incumplimiento doloso.

## ARTÍCULO 7.4.5

*(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)*

**Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.**

### COMENTARIO

#### 1. Monto del daño presumido en caso de una operación de reemplazo

Junto con las reglas generales aplicables a la prueba de la existencia y monto del daño, es aconsejable establecer una serie de presunciones que puedan facilitar la tarea de la parte perjudicada.

La primera de las presunciones que se establece en este artículo se corresponde sustancialmente con el Artículo 75 de CISG. Se refiere a la situación en que la parte perjudicada ha realizado una operación de reemplazo, ya sea porque así se lo imponga el deber de atenuar el daño o los usos comerciales. En tal caso, el perjuicio sufrido se considera que es la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo.

La presunción es aplicable sólo si se ha realizado una operación de reemplazo y no si la parte perjudicada ha cumplido por sí misma la obligación que debería haber cumplido la otra parte (por ejemplo, cuando un naviero procede a reparar por sí mismo un buque que debió ser reparado por el astillero a quien se le había confiado el trabajo).

Tampoco hay una operación de reemplazo, y por lo tanto se aplicarán las reglas generales, cuando una compañía, después de resolver el contrato, utiliza su equipo para cumplir otros contratos que podría haber cumplido al mismo tiempo que el primero (“pérdida de volumen”).

La operación de reemplazo debe llevarse a cabo dentro de un tiempo razonable y de una manera también razonable, a fin de evitar que la parte incumplidora sea perjudicada por una conducta apresurada o maliciosa.

#### 2. Resarcimientos ulteriores cubren el daño adicional

La regla de que la parte perjudicada podrá recuperar la diferencia entre los dos precios de los contratos establece un derecho de resarcimiento mínimo. La parte perjudicada también puede obtener el resarcimiento por el daño adicional que pudo haber sufrido.

## Ejemplo

“A”, un astillero, se compromete a ajustar un buque perteneciente a “B”, un naviero, para lo cual se conviene en que las reparaciones se llevarán a cabo a partir del 1º de julio en el muelle de “A”, a un costo de USD 500,000. El 1º de junio “B” se entera que el muelle sólo estará disponible a partir del 1º de agosto. “B” resuelve el contrato y después de largas y costosas negociaciones celebra un contrato con “C”, otro astillero de características idénticas al de “A”, a un costo de USD 700,000. “B” tiene derecho a ser indemnizado por “A” no sólo por la diferencia del precio de USD 200,000, sino también por los gastos en que incurrió y la compensación por el período más prolongado durante el cual no podrá disponer del buque.

### **ARTÍCULO 7.4.6** (*Prueba del daño por el precio corriente*)

**(1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.**

**(2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.**

## COMENTARIO

### **1. Cuantía del daño presunto sin operación de reemplazo**

El propósito de este artículo, que se corresponde sustancialmente con el Artículo 76 de CISG, es facilitar la prueba del daño cuando no hubo una operación de reemplazo, pero existe un precio corriente por la prestación contratada. En tales casos, se presume que el daño resarcible equivale a la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de resolver el contrato.

## 2. Determinación del “precio corriente”

De acuerdo con el párrafo (2), “precio corriente” es el que generalmente se cobra por mercaderías o servicios semejantes. El precio se determinará en comparación con el que se paga por bienes o servicios similares. Para probar el precio corriente se puede recurrir a organizaciones profesionales, cámaras de comercio, etc.

Para los fines de este artículo, el lugar pertinente para determinar el precio corriente es el del lugar donde el contrato debería haberse cumplido o, si no hubiese precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otra plaza que pueda ser razonablemente utilizada como referencia.

## 3. Resarcimientos ulteriores cubren el daño adicional

La regla de que la parte perjudicada pueda recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución sólo establece un derecho mínimo al resarcimiento. La parte perjudicada también puede obtener el resarcimiento por cualquier daño adicional que hubiera sufrido como consecuencia de la resolución.

### ARTÍCULO 7.4.7 (*Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada*)

**Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.**

### COMENTARIO

#### 1. Contribución al daño de la parte perjudicada

Conforme al principio general establecido en el Artículo 7.1.2, que limita los remedios de la parte perjudicada cuando el incumplimiento se deba en parte a su propia conducta, el presente artículo limita el derecho al resarcimiento en la medida en que la parte perjudicada haya contribuido parcialmente al daño, ya que sería injusto que dicha parte recibiera el resarcimiento íntegro por daños de los que ella misma es parcialmente responsable.

## 2. Modos de contribuir al daño causado

La contribución de la parte perjudicada al daño puede consistir en su propia conducta o en un evento cuyo riesgo haya asumido. La conducta puede revestir la forma de un acto (*v.gr.* dar al transportista una dirección equivocada) o una omisión (*v.gr.* no haber dado al constructor de la maquinaria que resultó ser defectuosa todas las instrucciones necesarias). Con frecuencia dichos actos u omisiones resultan de la falta de cumplimiento de la parte perjudicada de sus prestaciones u obligaciones contractuales. Sin embargo, también podría provenir de su conducta negligente o de la falta de cumplimiento de otros contratos. Los acontecimientos externos por los que la parte perjudicada asume el riesgo pueden consistir, entre otros eventos, en actos u omisiones de personas por quien la parte perjudicada debe responder, como sería el caso de dependientes o mandatarios.

### Ejemplos

1. “A”, beneficiario de una franquicia otorgada por “B”, que ha sido obtenida “en exclusividad” conforme al contrato, adquiere mercancías de “C” porque “B” le ha solicitado el pago inmediato, descuidando el hecho de que el contrato de franquicia otorga a “A” un plazo de 90 días para el pago. “B” reclama el pago de la pena estipulada por la violación de la cláusula de “exclusividad”. “B” sólo podrá obtener una indemnización parcial, porque fue el mismo “B” quien provocó el incumplimiento de “A”.
2. Durante un viaje en un lujoso crucero, “A”, un pasajero, se lesionó porque uno de los ascensores no se detuvo en el piso pedido. “B”, el naviero, es declarado responsable por las consecuencias del daño sufrido por “A”. A su vez, “B” demanda a “C”, la compañía encargada de inspeccionar el funcionamiento de los ascensores antes de que zarpara el crucero. En el curso del litigio, se prueba de que el accidente no se hubiera producido si el piso hubiera estado mejor iluminado. Como esto era responsabilidad de “B”, “B” no puede obtener el resarcimiento íntegro de “C”.

## 3. Distribución de la contribución al daño

La conducta de la parte perjudicada, o los acontecimientos externos cuyo riesgo haya sido asumido por dicha parte, podrían haber hecho absolutamente imposible el cumplimiento. En el supuesto de que se hayan satisfecho los requisitos del Artículo 7.1.7 (fuerza mayor), la parte incumplidora queda totalmente exonerada de su responsabilidad.

De otro modo, la exoneración será parcial, dependiendo de la medida en que la parte perjudicada haya contribuido al daño. Puede que sea muy difícil aportar pruebas para determinar la contribución de cada una de las partes al daño sufrido. En algunos casos esto dependerá de un sano ejercicio de la discreción judicial. A fin de brindar una pauta a los tribunales, este artículo dispone que el juez deberá tener en cuenta el comportamiento de las partes. Cuanto mayor sea la falta de una parte, mayor será su cuota de contribución al daño causado.

### Ejemplos

3. Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1. Como “B” fue el primero en dejar de cumplir los términos del contrato, a él se le atribuye que “A” dejara de cumplir con la cláusula de “exclusividad”. “B” sólo podrá recobrar el 25% de la cuantía prevista en la cláusula penal.

4. Los hechos son los mismos que en el ejemplo 2. Como el incumplimiento de “B” y “C” parecen equivalentes, “B” sólo podrá recobrar de “C” el 50% de lo que ha pagado en concepto de indemnización en favor de “A”.

## 4. Contribución al daño y su atenuación

Este artículo debe interpretarse conjuntamente con el artículo siguiente que se refiere a la atenuación del daño (Artículo 7.4.8). Mientras que el presente artículo trata de la conducta imputable a la parte perjudicada en relación con la causa que originó el daño sufrido en un comienzo, el Artículo 7.4.8 se refiere a la conducta posterior que observa o puede observar la parte perjudicada.

### ARTÍCULO 7.4.8 (Atenuación del daño)

**(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.**

**(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.**

## COMENTARIO

### 5. Deber de la parte perjudicada de mitigar el daño

El propósito de este artículo es evitar que la parte perjudicada permanezca inactiva y aguarde pasivamente el resarcimiento del daño que pudo evitar o cuyas consecuencias pudo atenuar. Así, se establece que no será resarcido todo daño que la parte perjudicada pudo evitar adoptando medidas razonables.

Es evidente que si bien no se le puede exigir a una parte que ha sufrido las consecuencias del incumplimiento del contrato no se le puede exigir que, además, gaste tiempo y dinero, tampoco resulta sensato desde un punto de vista económico permitir el incremento de un perjuicio que pudo reducirse adoptando medidas razonables.

Las medidas que debe adoptar la parte perjudicada pueden destinarse a limitar la amplitud del daño, sobre todo cuando este puede prolongarse durante mucho tiempo de no adoptarse alguna medida apropiada, tal como una operación de reemplazo conforme al Artículo 7.4.5, o bien a evitar el incremento de un menoscabo inicial.

#### Ejemplos

1. El 2 de mayo “A” solicita a “B”, una agencia de viajes, que reserve una habitación en un hotel de la ciudad “X” para el día 1º de junio y a un costo de 200 EUR. El 15 de mayo, “A” se entera de que “B” no ha hecho reserva alguna. “A” espera hasta el 25 de mayo, fecha en que hace una nueva reserva y sólo puede encontrar una habitación a un costo de 300 EUR. Si la reservación se hubiera hecho el 15 de mayo, el precio de la habitación hubiera sido de 250 EUR. “A” sólo puede recobrar 50 euros de “B”.

2. “A” es una compañía a quien “B” le ha confiado la construcción de una fábrica. Cuando la construcción estaba a punto de ser terminada, “A” suspende los trabajos de improviso. “B” busca otra compañía para que finalice la edificación, pero no toma la precaución de proteger la construcción realizada, que se deteriora por las inclemencias del tiempo. “B” no puede reclamar indemnización por los daños a la construcción derivados de las inclemencias del tiempo y la falta de protección.

## 6. Reembolso de gastos

La reducción del resarcimiento en proporción a la omisión por la parte perjudicada de las medidas necesarias para evitar los daños, no deben sin embargo ocasionar mayores pérdidas a la parte perjudicada. Puede recuperar de la parte incumplidora los gastos efectuados para mitigar el daño, siempre que dichos gastos sean razonables conforme a las circunstancias (párrafo (2)).

### Ejemplos

3. Los hechos son los mismos que en el Ejemplo 2, pero aquí “B” adopta las medidas para proteger las obras realizadas. El costo de dichas medidas deberá sumarse a la cuantía de la restitución adeudado por “A” por incumplimiento del contrato, con la condición que dichos gastos sean razonables. Si no lo fueran, habrán de ser reducidos.
4. Los hechos son los mismos que en el Ejemplo 1, pero aquí “A” consigue una habitación en un hotel de lujo por 500 EUR. “A” sólo podrá recobrar los 50 euros de diferencia respecto a la habitación que “A” podría haber obtenido por 250 EUR.

## ARTÍCULO 7.4.9

(Intereses por falta de pago de dinero)

**(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.**

**(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.**

**(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.**

## COMENTARIO

### 1. Compensación de suma global por dejar de pagar una suma de dinero

Este artículo confirma la regla ampliamente aceptada que el daño que resulta del retardo en el pago de una suma de dinero se encuentra sujeto a un régimen especial, calculándose en una suma global correspondiente a los intereses devengados entre el momento en que se hizo exigible el pago y el momento del pago efectivo.

Los intereses deben ser abonados siempre que el retardo en el pago se atribuya a la parte incumplidora y a partir del momento en que la deuda es exigible, sin ninguna necesidad de que la parte perjudicada notifique la falta de dicho pago.

Si el retardo es consecuencia de fuerza mayor (*v.gr.* si a la parte incumplidora le es imposible obtener la suma debida en razón de la entrada en vigor de una nueva regulación de control de cambios), los intereses se devengan de todas formas y deben ser pagados no en concepto de restitución, sino como compensación por el enriquecimiento del deudor que resulta de la falta de pago, ya el deudor continúa recibiendo intereses sobre la suma cuyo pago se encuentra imposibilitado de efectuar.

El daño es calculado en una suma global. En otras palabras, sujeto a lo dispuesto en el párrafo (3) de este artículo, la parte perjudicada no tiene que probar que podría haber obtenido un mayor interés, ni tampoco la parte incumplidora que la parte perjudicada habría obtenido un interés menor que el promedio del tipo bancario a la que se refiere el párrafo (2).

Las partes pueden, por supuesto, acordar con anticipación un tipo de interés diferente que se encontrará sujeto a lo dispuesto en el Artículo 7.4.13).

### 2. Tipo de interés

El párrafo (2) de este artículo fija como tipo de interés aplicable, en primer lugar, el tipo promedio bancario para operaciones de préstamo a corto plazo en favor de clientes calificados. Esta solución parece ser la que mejor responde a las necesidades del comercio internacional y también la más apropiada para asegurar una adecuada reparación del daño sufrido. El tipo en cuestión es aquél al que la parte perjudicada normalmente colocaría el dinero que ha dejado de percibir. Dicho tipo es el promedio que pagaría un banco por un préstamo a corto plazo a clientes calificados y que predominase para la moneda de pago en el lugar de pago.

Si no existe dicho tipo para la moneda de pago en el lugar de pago, se aplicará, en primer lugar, el tipo promedio de interés vigente en el Estado de la moneda de pago. Por ejemplo, si se otorga un préstamo libras esterlinas pagadero en el país “X”, y no existe una tipo de interés para los préstamos en libras en el mercado financiero del país “X”, se pagará el tipo de interés vigente en el Reino Unido.

En ausencia de dicho tipo en cualquiera de ambos lugares, el tipo de interés será el que se considere “apropiado” conforme a la ley del Estado de la moneda de pago. En la mayoría de los casos será el tipo de interés legal, y si hubiera más de uno, se pagará el tipo de interés más apropiado para las operaciones internacionales. Si no existe un tipo de interés legal, se aplicará el tipo de interés bancaria más apropiado.

### **3. Otros daños resarcibles**

El propósito del pago de intereses es reparar el daño normalmente ocasionado por el retardo en el pago de una suma de dinero. Dicho retardo puede, sin embargo, causar un daño adicional a la parte perjudicada, por el que dicha parte puede reclamar el resarcimiento, siempre y cuando pueda probar dicho daño adicional y éste cumpla con los requisitos de certeza y previsibilidad ( párrafo (3)).

#### **Ejemplo**

“A” celebra un contrato con “B”, una compañía financiera especializada, para obtener un préstamo que le permitiría renovar su fábrica en el país “X”. El préstamo menciona expresamente el destino de los fondos. El dinero prestado es transferido tres meses más tarde de lo convenido. Durante este tiempo, el costo de las obras se ha incrementado en un 10%. “A” tiene derecho para recuperar dicha suma adicional de “B”.

### **ARTÍCULO 7.4.10** *(Intereses sobre el resarcimiento)*

**A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.**

## COMENTARIO

Este artículo determina el momento a partir del cual se devengan intereses sobre el resarcimiento en el caso de incumplimiento de obligaciones no dinerarias. En tales casos, el importe del resarcimiento no se habrá determinado en dinero al momento del incumplimiento. La liquidación sólo se hará después de ocurrido el perjuicio, ya sea en virtud de un convenio de las partes o por un tribunal.

El presente artículo fija el momento en el que acaece el perjuicio como punto de partida para que los intereses comiencen a devengarse. Esta solución es la que mejor se adapta a las necesidades del comercio internacional, cuyos participantes no acostumbran dejar su dinero ocioso. En efecto, el patrimonio de la parte perjudicada se ve disminuido a partir del momento de sufrir el daño, mientras que la parte incumplidora, durante el tiempo en que la indemnización no es abonada, continúa disfrutando de los beneficios de los intereses de la suma que deberá pagar. Es justo por lo tanto que esta ganancia sea transferida a la parte perjudicada.

Sin embargo, al realizarse la estimación final del daño, se debe prestar atención al hecho de que la indemnización se concede a partir de la fecha en que éste tiene lugar, a fin de evitar una doble compensación que podría tener lugar, por ejemplo, en el caso que se deprecie el valor de la moneda.

Este artículo no se ocupa del problema de los intereses compuestos, que conforme al derecho interno de algunos países se encuentra sujeto a normas de orden público orientadas a proteger a la parte incumplidora.

### ARTÍCULO 7.4.11 (*Modalidad de la compensación monetaria*)

- (1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.**
- (2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.**

## COMENTARIO

### 1. Pago global o a plazos

Si bien este artículo no impone una forma determinada para el resarcimiento, se considera que el pago del resarcimiento en un solo momento es el que mejor se adecua a las necesidades del comercio internacional. Pueden existir circunstancias, empero, en que el pago en cuotas resulte más apropiado a la naturaleza del daño, por ejemplo, cuando se trata de un daño continuado.

#### Ejemplos

1. “A”, un consultor, es contratado por “B” con la finalidad de vigilar las condiciones de seguridad de sus fábricas. “A” muere cuando viaja en helicóptero, en oportunidad de un viaje a una de las fábricas de “B”. Se determina que “B” es responsable por el accidente. “A” deja dos hijos pequeños de doce y ocho años. Con el propósito de compensar la pérdida de mantenimiento de la familia de “A”, puede asignarse una mensualidad a sus hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

2. “A”, un consultor en materia de seguridad, es contratado por “B” por un período de tres años. Su remuneración se fija en el 0.5% de la producción. “A” es despedido seis meses después sin causa justificada. Sería apropiado que “B” fuese obligado a pagar a “A” una suma mensual correspondiente al salario acordado hasta que “A” encuentre un nuevo trabajo, o bien por un período máximo de treinta meses.

### 2. Indexación

El párrafo (2) de este artículo contempla la posibilidad de indexación del resarcimiento pagadero a plazos, a fin de eliminar el mecanismo complejo que implica la revisión de una sentencia para computar los efectos de la inflación. Sin embargo, la indexación puede estar prohibida por la ley del foro.

#### Ejemplo

3. Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1. Las cantidades mensuales pueden ajustarse conforme al índice de incremento del costo de la vida donde viven los hijos de “A”.

## ARTÍCULO 7.4.12

*(Moneda en la que se fija el resarcimiento)*

**El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.**

### **COMENTARIO**

Como el daño resultante del incumplimiento de un contrato internacional puede aparecer en diferentes lugares, surge el problema de determinar la moneda en que habrá de fijarse el resarcimiento. La materia de la que se ocupa el presente artículo debe distinguirse del problema de la moneda en la que debe pagarse la indemnización por los daños y perjuicios a la que se refiere el Artículo 6.1.9.

Este artículo ofrece una opción entre la unidad monetaria en la que se expresa la obligación dineraria y aquella en la que se ha sufrido el daño, debiendo optarse por la que resulte más apropiada conforme a las circunstancias del caso.

Mientras que la primera alternativa no exige ningún comentario en particular, en el segundo caso se debe tener en cuenta que la parte perjudicada puede incurrir en gastos en una moneda determinada para reparar el daño que ha sufrido. En tal caso, debería tener derecho a reclamar que el pago del resarcimiento sea realizado en la misma moneda, aun cuando no sea la moneda expresada en el contrato. Otra moneda que podría considerarse apropiada es aquella en el cual se hubieran percibido las ganancias.

La elección se deja a la parte perjudicada, siempre y cuando se respete el principio de la reparación integral.

Finalmente, en ausencia de una indicación en contrario, una parte tiene derecho a recibir el pago de los intereses, los perjuicios liquidados y las penas en la misma moneda que la expresada para el pago de la obligación principal.

## ARTÍCULO 7.4.13

*(Pago estipulado para el incumplimiento)*

**(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.**

**(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.**

### **COMENTARIO**

#### **1. Definición del pago estipulado para el incumplimiento**

Este artículo da una definición intencionadamente amplia de estipulaciones para pagar una suma específica en caso de incumplimiento, ya sea que dicha cláusula apunte a facilitar la restitución del resarcimiento (que en la tradición jurídica del *common law* se conoce como “liquidación del monto del resarcimiento”) o bien la de disuadir el incumplimiento (cláusula penal propiamente dicha), o con ambos propósitos.

#### **2. El pago estipulado para el incumplimiento es válido en principio**

Existen variaciones considerables entre los ordenamientos jurídicos internos con respecto a la validez de este tipo de cláusulas. Esta variedad incluye aquellos países de tradición continental romanista, que las convallidan con la posibilidad de revisarlas judicialmente en el supuesto de que sean particularmente onerosas, hasta aquellos países de la tradición jurídica del *common law*, que rechazan la validez de cláusulas específicamente orientadas a disuadir el incumplimiento (cláusulas penales).

Vista su frecuencia en la práctica contractual internacional, el párrafo (1) de este artículo reconoce en principio la validez de toda cláusula que disponga la obligación de la parte incumplidora de pagar cierta suma de dinero a la parte perjudicada por dicho incumplimiento, encontrándose facultada esta última a reclamar dicha suma, independientemente del daño que haya efectivamente sufrido. La parte incumplidora no puede

alegar que la parte perjudicada ha sufrido un daño menor o que no ha sufrido daño alguno.

### Ejemplo

1. “A”, un ex-futbolista internacional del país “X”, es contratado por tres años para entrenar a los jugadores de “B”, un equipo de fútbol del país “Y”, con una remuneración mensual de 10.000 AUD. El contrato establece que en caso de despido injustificado, “A” deberá cobrar 200.000 AUD. “A” es despedido sin motivo alguno a los seis meses. “A” tiene derecho a reclamar la suma acordada, aún en el caso de que haya sido inmediatamente contratado por otro equipo, percibiendo el doble del salario recibido de “B”.

Generalmente, el incumplimiento debe ser imputable a la parte incumplidora, ya que es inconcebible que se deba pagar lo acordado en una cláusula penal cuando el incumplimiento es el resultado de una situación de fuerza mayor. Excepcionalmente, sin embargo, las partes pudieron haber pactado dicha cláusula con la intención de cubrir supuestos en que la parte incumplidora no sea responsable por el incumplimiento.

En caso de incumplimiento parcial, la suma puede reducirse proporcionalmente, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.

### 3. La suma estipulada puede reducirse

Con el fin de evitar la posibilidad de abusos que pueden surgir con este tipo de cláusulas, el párrafo (2) de este artículo permite la reducción de la suma estipulada si fuera manifiestamente excesiva “con relación al daño que resulte del incumplimiento y a las demás circunstancias del caso”. El mismo párrafo (2) establece expresamente que las partes no pueden excluir la posibilidad de reducir el monto de la cláusula por ningún motivo.

La suma estipulada sólo podrá reducirse pero no descartarse totalmente, como sería el caso en que los jueces, a pesar de lo acordado por las partes, decidieran fijar la cuantía del perjuicio con relación precisa al daño sufrido. Tampoco puede incrementarse, al menos conforme a este artículo, cuando la suma pactada sea menor que el daño efectivamente sufrido (véase, sin embargo, el Comentario 4 al Artículo 7.1.6). Más aún, es necesario que la suma estipulada sea “manifiestamente excesiva”, esto es, que claramente así se perciba por cualquier persona razonable. La relación que existe entre la suma estipulada y el daño realmente sufrido habrá de ser atendida de un modo especial.

## Ejemplo

2. “A” celebra un contrato con “B” para la compra de maquinarias, cuyo pago se prevé en cinco cuotas de 50,000 EUR cada una. Una cláusula del contrato habilita a “B” a resolver el contrato de inmediato en caso de que “A” deje de pagar una cuota, autorizando a “B” a quedarse con las sumas pagadas y reclamar los futuros abonos como resarcimiento. “A” deja de pagar la tercera cuota. “B” se queda con los 100,000 EUR ya pagados y reclama el pago de 150,000 EUR, que representan tres cuotas restantes, además de la restitución de las maquinarias. El tribunal reducirá la suma estipulada, ya que de lo contrario “B” percibiría un lucro desmedido a consecuencia del incumplimiento de “A”.

## 4. El pago estipulado para el incumplimiento debe distinguirse de multas, penas y otras cláusulas similares

El tipo de cláusulas a las que se refiere este artículo debe distinguirse de las multas, penas y otras cláusulas similares que permiten a una de las partes retirarse del contrato, ya sea pagando una suma o perdiendo depósitos realizados. Por otro lado, se incluye dentro del ámbito de aplicación de este artículo una cláusula en virtud de la cual una de las partes pueda retener sumas ya pagadas como parte del precio.

## Ejemplos

3. “A” se compromete a vender un inmueble a “B” por 450,000 EUR. “B” debe ejercer la opción a compra dentro de tres meses y debe pagar un depósito de 25,000 EUR, que “A” tiene derecho a retener si “B” no ejerce su derecho de opción. Como no se trata de un pago estipulado para el caso de incumplimiento del contrato, esta cláusula no cae dentro del ámbito de aplicación de este artículo, y la suma no podrá reducirse aun si es manifiestamente desproporcionada en tales circunstancias.

4. “A” contrata con “B” el arrendamiento de una maquinaria que pertenece a “B”. El contrato prevé que en el supuesto de que “A” deje de pagar una sola mensualidad de alquiler, el contrato será resuelto y la suma ya pagada será retenida por “B” en concepto de indemnización por el daño sufrido. Esta cláusula sí se incluye dentro del ámbito de aplicación del presente artículo y la suma acordada podría estar sujeta a reducción.