

Reglas sobre el incumplimiento de los contratos internacionales

JORGE ADAME GODDARD

SUMARIO: I. Introducción. II. Del incumplimiento en general. III. Del derecho a exigir el cumplimiento. IV. Terminación. V. Resarcimiento.

I. INTRODUCCIÓN

Habida cuenta de la necesidad de reglas comunes para los contratos internacionales en la zona norteamericana de libre comercio, cabría preguntar qué tan conveniente sería hacer aplicables, por voluntad de las partes, los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*¹ preparados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) a los contratos comerciales internacionales celebrados por personas o empresas de esa zona. ¿Qué ventajas o desventajas podrían tener los contratantes, abogados, jueces y árbitros por el hecho de invocar su aplicación? Me parece que la respuesta tiene que darse caso por caso, pero una orientación general podrá derivarse de hacer un estudio comparativo de las reglas que contienen los *Principios* con las reglas correspondientes del derecho contractual de la tradición romanista y de la tradición del *common law*, que son las tradiciones de las que dependen los derechos contractuales de la zona norteamericana.

Hacer un estudio comparativo de estos *Principios* con toda la tradición romanista y con toda la tradición del *common law* sería una empresa excesiva en relación con la cuestión que aquí se propone acerca de la conveniencia de invocar los *Principios* como regla de los contratos en lo zona norteamericana de libre comercio. En este estudio me he limitado a hacer un estudio comparativo de los *Principios* con dos fuentes representativas de cada una de estas tradiciones: con el *Código Civil para el Distrito Federal* (en lo sucesivo *Código*), que sería

¹ El texto oficial de este documento, así como algunas reflexiones sobre su contenido puede verse en el volumen *Contratación internacional. Comentarios a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, publicado por la Universidad Panamericana y la UNAM (México 1998).

la principal fuente del derecho mexicano que se aplicaría para regir los contratos comerciales internacionales que debieran regirse por la ley mexicana, y con el *Restatement of the Law of Contracts 2d*² (en lo sucesivo *Restatement*) que, aunque no es una fuente oficial,³ puede considerarse representativa del derecho contractual elaborado principalmente por las decisiones judiciales y las obras doctrinales.

Intenté hacer el estudio comparativo artículo por artículo, comparando un artículo de los *Principios* con el correspondiente del *Código Civil* o del *Restatement*, pero pronto me di cuenta que la comparación resultaba demasiado gruesa, porque un artículo podía contener dos, tres o más proposiciones (afirmaciones o negaciones) distintas. Teniendo esto en mente, decidí aislar las proposiciones que contiene cada artículo de los *Principios* para compararlas con las proposiciones correspondientes de los otros derechos. En consecuencia, en el estudio se utiliza la siguiente metodología: primero se presenta el texto oficial del artículo (sin el comentario) de los *Principios*, en letra negrita; en el siguiente párrafo (identificado con la letra A) se presentan las diferentes proposiciones de ese artículo, identificada cada una con una letra cursiva minúscula (*a, b...*). Luego, párrafo B, se hace la comparación de cada una de las proposiciones de los *Principios*

² *Restatement of the Law Second. Contracts*, adoptado y promulgado por el American Law Institute, 3 vols. (St. Paul, Minn. 1981). Esta obra está dividida en 16 capítulos, que a veces se subdividen en secciones (*topics*), y en artículos numerados, que en total son 385. Las referencias se hacen a los artículos. Cada artículo contiene una regla, impresa en letra negrita, que puede dividirse en párrafos, que se distinguen por su número arábigo colocado entre paréntesis, que a su vez se subdividen en cláusulas, que se distinguen por su letra colocada entre paréntesis, o en subcláusulas que se distinguen por numeración romana minúscula colocada también entre paréntesis. De modo que las referencias se hacen al número del artículo, luego el número de párrafo, entre paréntesis, a la letra de la cláusula, también entre paréntesis y al número romano minúsculo de la subcláusula igualmente entre paréntesis. Por ejemplo, la referencia 338(4)(a), indica el artículo 338, párrafo 4, cláusula a. Hay artículos que se subdividen sólo en párrafos o sólo en cláusulas y subcláusulas, de modo que puede haber referencias como éstas 336(1), o 345(a) o 342(b)(iii). Cuando la regla no tiene subdivisiones se cita sólo por el número del artículo, como 339. Cada artículo, además de la regla, contiene un comentario (*comment*), cuyos párrafos se distinguen por su letra cursiva (*a, b...*) y ejemplos (*illustrations*) que se distinguen por número arábigo. Se puede hacer referencia a los párrafos del comentario o a los ejemplos, indicando el número del artículo, seguido de la palabra comentario (*comment*) o ejemplo (*illustration*) y la letra o número correspondiente, por ejemplo 339 comentario b o 339 ejemplo 3. Cada artículo concluye con una nota del redactor del artículo (*reporter's note*) en la que indica los cambios que ha sufrido el artículo en relación con la primera edición del *Restatement* y proporciona referencias a sentencias judiciales, leyes, y obras doctrinales relacionadas con las afirmaciones hechas en cada párrafo del comentario.

³ El *Restatement of the Law* es una obra doctrinal, emprendida por el *American Law Institute*, que intenta recopilar y presentar temáticamente en una forma ordenada el derecho elaborado por los tribunales. Comprende diversas obras dedicadas a campos específicos. En la primera edición del *Restatement of the Law* se publicaron las siguientes: *Agency* (1933), *Conflict of Laws* (1935), *Contracts* (1932), *Judgments* (1943), *Property* (vols. 1 y 2 1936, vol. 3 1941, vols. 4 y 5 1944), *Restitution* (1937), *Security* (1942), *Torts* (vols. 1 y 2 1936, vol. 3 1938, vol. 4 1939), *Trusts* (1935). Veinte años después se comenzó a hacer una segunda edición, *Restatement of the Law. Second*, de las obras ya publicadas: *Agency 2nd* (1958), *Conflict of Law 2nd* (1971), *Contracts 2nd* (1981), *Judgments 2nd* (1982-1988), *Property 2nd* (*Landlord and Tenant* 1977, *Donative Transfers* 1983), *Restitution* (1988), *Torts* (1965, 1977, 1979), *Trusts* (1959-1987); y se han hecho otras sobre campos nuevos: *Foreign Relations Law of the US* (1987), *Suretyship and Guaranty* (1995), *Unfair Competition* (1993), *Property* (1977), *Restitution* (1982-1988;?), *Suretyship and Guaranty* (1995), *Torts* (1965-1979), *Trusts* (1959-1987), *Unfair Competition* (1993).

con las correspondientes del *Código Civil*, y, párrafo *C*, con las del *Restatement*. En el último párrafo (*D*) se concluye de cada proposición de los *Principios* analizada, si es, respecto de las proposiciones de los otros ordenamientos, igual (mismo sentido), semejante (mismo sentido con alguna diferencia), diferente (distinto sentido), opuesta (en contradicción) o desconocida.

El análisis que se hace no es de ningún modo completo, pues falta tomar en cuenta otras fuentes del derecho mexicano y del derecho de los Estados Unidos. Pero el análisis me parece suficiente para responder a la pregunta de la conveniencia de invocar los *Principios* como regla aplicable a los contratos comerciales internacionales en la zona norteamericana de libre comercio, especialmente entre parte mexicanas y estadounidenses. Con este análisis, el abogado, juez o árbitro puede darse cuenta de qué diferencias habría en las soluciones de litigios derivados de contratos internacionales si se aplicaran los *Principios* en lugar del derecho contractual mexicano o americano.

Además, el análisis permite darse una idea de las diferencias entre el derecho contractual americano y el derecho contractual mexicano respecto de los temas tocados en los *Principios*. Puede servir así como una especie de comparación entre estos dos derechos.

En este artículo presento el análisis que he hecho del séptimo capítulo⁴ de los *Principios* relativo al incumplimiento del contrato; el capítulo se divide en cuatro secciones: la primera sobre el incumplimiento en general, la segunda sobre el derecho a exigir el cumplimiento, la tercera sobre la terminación o resolución del contrato y la cuarta sobre el resarcimiento. Se ofrece primero el texto del artículo de los *Principios*, en letra cursiva, precedido de la indicación de su contenido (en letra negrita) que viene en la versión oficial. Después del artículo comienza el comentario, que se divide, como ya se mencionó en párrafos *A*, *B*, *C* y *D*; este último concluye con un cuadro en el que se presentan las conclusiones en forma esquemática.

II. DEL INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 7.1.1 Definición de incumplimiento

Incumplimiento es la falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales, e incluye tanto el cumplimiento defectuoso como el cumplimiento tardío.

A. El artículo (*a*) define el incumplimiento como falta de ejecución de cualquier obligación contractual y (*b*) distingue entre lo que podría llamarse incumplimiento total (que está implícito), que sería la falta absoluta de la presta-

⁴ El estudio del primer capítulo (disposiciones generales) está publicado en *Revista de Derecho Privado* 24 (México septiembre-diciembre 1997) 5-29; el del segundo capítulo (formación del contrato) en *Revista de Derecho Privado* 25 (México enero-abril 1998) 3-40, y el del tercer capítulo (validez del contrato) está en curso de publicación en la revista *Arts Juris* 19 (México 1998).

ción debida, y (b) el incumplimiento parcial que ocurre cuando se da la prestación debida pero de manera defectuosa en cuanto a la calidad, cantidad, tiempo u otra circunstancia. Cabe advertir que contempla el incumplimiento como un hecho sin relacionarlo con la existencia de dolo, culpa o descuido de la parte que incumple.

B. El *Código* tiene un subtítulo, con dos capítulos, destinado al tema del incumplimiento de las obligaciones.⁵ No define, ni pretende definir, el incumplimiento en general, pero dice⁶ que quien está obligado a prestar un hecho (obligación de hacer) “y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido” incurre en responsabilidad por daños y perjuicios. El concepto es igual al de los *Principios*: el incumplimiento es la simple omisión de la prestación debida, sin consideración de si hay o no dolo o culpa, y puede ser total o parcial, esto último cuando se realiza, pero no de acuerdo con lo convenido. Aunque el artículo se refiere a las obligaciones de hacer, como no hay otro específico respecto de las obligaciones de dar, puede considerarse que el concepto se refiere a cualquier tipo de obligación.

C. El *Restatement*, en su capítulo décimo se ocupa del cumplimiento e incumplimiento (*performance and non-performance*) contractual. No tiene ahí una definición de incumplimiento. Sin embargo, en su terminología distingue *non performance*, que en rigor puede traducirse como inejecución, de lo que llama *breach* que es lo que correspondería al incumplimiento contractual. El uso de estas dos palabras parece indicar que no toda falta de ejecución se considera incumplimiento. La diferencia está en que hay ejecuciones o *performances* que son jurídicamente debidas y otras que no lo son; solo la no realización de una ejecución o *performance* jurídicamente debida constituye incumplimiento contractual o *breach*.⁷ De esto resulta que incumplimiento o *breach* es simplemente lo mismo que en los *Principios*: la no realización de una prestación debida.⁸ Acepta igualmente la distinción entre incumplimiento total y parcial.

D. Ambos ordenamientos coinciden con los *Principios* en este punto fundamental.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Definición de incumplimiento como no realización de la prestación debida.	Igual	Igual
(b) Distinción entre incumplimiento total y parcial	Igual	Igual

⁵ Arts. 2104 a 2162.

⁶ Art. 2104.

⁷ Art. 235.

⁸ También se dice que el incumplimiento (*breach*) puede derivar de una declaración expresa del deudor de no cumplir con su deber, denominada *repudiation*, antes de que éste sea exigible.

Artículo 7.1.2 Interferencia de la otra parte

Una parte no podrá valerse del incumplimiento de otra parte, en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por actos u omisiones de la primera o por cualquier otro evento cuyo riesgo ella asumió.

A. Este artículo señala dos supuestos en los que el deudor no es responsable del incumplimiento: (a) cuando el incumplimiento es causado por un acto u omisión del acreedor, y (b) cuando es causado por un evento cuyo riesgo es del acreedor. El primero de estos supuestos está también contemplado en la *Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*⁹ (en lo sucesivo CCIM). El *Comentario* aclara que el artículo se aplica para casos de incumplimiento total o parcial.

B. En el *Código Civil* no hay una regla general semejante expresamente declarada para todo tipo de obligaciones. Respecto de las obligaciones de dar (a), dice¹⁰ que el deudor queda libre de su obligación si la cosa objeto del contrato se perdió por culpa del acreedor, o que cumple entregando la cosa en el estado en que se encuentre si se deterioró por culpa de éste;¹¹ es decir, en ambos casos se exonera de responsabilidad al deudor por el incumplimiento total, en caso de pérdida, o parcial, en caso de deterioro, cuando el acreedor ha sido el causante del mismo. No hay una regla semejante para las obligaciones de hacer, pero nada impide que la misma regla se aplique a éstas, de modo que el deudor quede liberado cuando no puede prestar el hecho debido por culpa del acreedor.

No contempla el *Código* el caso (b) de exoneración del deudor por la ocurrencia de un suceso cuyo riesgo asumió el acreedor, pero ciertamente si esa asunción de riesgo es parte del contrato, valdría, según la doctrina del *Código*, como cláusula o pacto convenido por las partes.

C. En el *Restatement* no encontré una regla expresa que exonere de responsabilidad al deudor cuando el incumplimiento ha sido causado por actos u omisiones del acreedor. Pero se considera que una parte queda descargada de sus obligaciones cuando la otra parte no cumple las suyas. Bajo esta perspectiva, (a) si el acreedor tenía obligación de no hacer ciertos actos, y los hizo, o de hacer otros, y no los hizo, el deudor queda exonerado de cumplir;¹² pero se trata siempre de actos u omisiones debidas. También puede quedar liberado el deudor,¹³ bajo la perspectiva de que la no realización de ciertos actos o la realización de otros es, no una obligación, sino una condición implícita (*implied condition*) de la que depende la obligación de la otra parte. De hecho, así se han planteado casos en que se exonera al deudor por un acto u omisión del acreedor, como el caso en que se exonera al arrendador de no reparar la cosa arrendada porque el arrendatario no le avisó oportunamente del desperfecto.¹⁴

⁹ Art. 80.

¹⁰ Art. 2017-III.

¹¹ Art. 2017-IV.

¹² Arts. 237 y 238.

¹³ Art. 225.

¹⁴ Ver FARNSWORTH, A. *Contracts 2nd* (Boston 1990) 565 n. 12.

En cuanto a la regla relativa a la incidencia de un suceso cuyo riesgo corresponde al acreedor, (b) tampoco tiene el *Restatement* una regla expresa semejante, pero podría valer como cláusula o acuerdo contractual.

D. El *Código* exonera al deudor cuando hay “culpa” del acreedor; los *Principios* no usan ese término sino que hablan de “actos u omisiones” del acreedor que causan el incumplimiento. En realidad no hay oposición entre ambos planteamientos, puesto que la “culpa” o negligencia implica siempre la realización de actos y sobre la no realización de ellos, es decir omisiones. La posición del *Restatement* tampoco difiere en el fondo pues se exonera de responsabilidad al deudor cuando el acreedor no hizo (omitió) lo que debía hacer o lo que se esperaba que hiciera o cuando hizo (actos) lo que no debía hacer o se esperaba que no hiciera.

La omisión en ambos ordenamiento de la regla relativa a la exoneración de responsabilidad por un acontecimiento cuyo riesgo asumió el acreedor no es importante, porque en ambos puede valer como pacto contractual, e igualmente en ambos hay, como se verá más adelante,¹⁵ exoneración de responsabilidad por caso fortuito, es decir por un acontecimiento que está a riesgo del acreedor.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Exoneración de responsabilidad por acto u omisión del acreedor	Semejante	Semejante
(b) Exoneración de responsabilidad por suceso cuyo riesgo asumió el acreedor	Semejante	Semejante

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 el cumplimiento ha de ser sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que haya cumplido la parte que debe hacerlo primero.*

A. El artículo protege la reciprocidad contractual permitiendo que una parte suspenda el cumplimiento de sus obligaciones (a) cuando no tiene seguridad de que la otra cumplirá, en el caso de obligaciones que han de cumplirse simultáneamente (párrafo 1), o (b) si no ha cumplido la parte que debe hacerlo primero (párrafo 2). El artículo se complementa con las reglas que da el artículo 6.1.4 respecto de la secuencia en el cumplimiento.

B. El *Código Civil* permite (a, b) que la parte afectada por el incumplimiento de la otra pueda resolver el contrato,¹⁶ lo que implica la facultad de negarse a

¹⁵ Sub. 7.1.7.

¹⁶ Art. 1949.

cumplir. Esto supone que la parte que no cumple debía cumplir primero o, al menos, al mismo tiempo que la otra.

C. El *Restatement* tiene las mismas reglas que los *Principios*. Respecto de las obligaciones de cumplimiento simultáneo (a),¹⁷ dice que no se puede exigir el cumplimiento de la obligación de la otra parte, si una no cumple la suya. Y respecto de las obligaciones en que una parte debe cumplir primero (b), dice¹⁸ que si ésta ha incurrido en un incumplimiento importante (*material failure*), no podrá exigir el cumplimiento de su obligación a la otra.

D. Los tres cuerpos jurídicos tienen planteamientos diferentes. Los *Principios* hablan de suspensión del cumplimiento, el *Código* de resolución del contrato y el *Restatement* de inexigibilidad de la obligación, pero las consecuencias prácticas son las mismas.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Suspensión de cumplimiento en obligaciones de cumplimiento simultáneo, si no hay ofrecimiento de cumplimiento.	Semejante	Semejante
(b) Suspensión de cumplimiento si no se cumple la obligación que debe cumplirse primero	Semejante	Semejante

Artículo 7.1.4 Subsanción del incumplimiento

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

(a) comunique sin demora injustificada su intención de subsanar su incumplimiento, indicando la forma en que intenta subsanarlo y el plazo 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 comunicación de la terminación del contrato no impide el derecho a subsanar el incumplimiento.

(3) Los derechos de la parte perjudicada que fueren incompatibles con la prestación de la parte incumplidora, quedarán suspendidos desde la comunicación de la intención de subsanar el incumplimiento hasta la expiración del plazo para la subsanación.

(4) Mientras se encuentre pendiente la subsanación del incumplimiento, la parte perjudicada podrá aplazar su propia prestación.

(5) Independientemente de la subsanación del incumplimiento, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso, al

¹⁷ Art. 238.

¹⁸ Art. 237.

igual que cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

A. El artículo, inspirado en la Convención sobre Compraventas Internacionales,¹⁹ según declara el *Comentario*, regula el llamado derecho a subsanar o remediar el incumplimiento. La idea fundamental es mantener en vigor el contrato y evitar la resolución del mismo cuando es posible que la parte perjudicada obtenga una reparación debida. El primer párrafo (a) afirma el derecho a subsanar el incumplimiento e indica las circunstancias en que puede y debe ejercerse: (b) que se comunique la intención de hacerla, su modo y plazo, (c) que la subsanación sea apropiada a las circunstancias, (d) que la parte perjudicada no tenga interés legítimo para rechazarla, y (e) que se haga sin demora.

El segundo párrafo aclara (f) que el derecho a subsanar el contrato no precluye por el hecho de que la otra parte lo haya declarado resuelto por considerar que el incumplimiento acaecido es esencial, por lo que tendrá que decidirse caso por caso qué debe prevalecer, si la notificación de subsanación o la notificación de dar por terminado el contrato.

El tercer párrafo aclara (g) que una vez hecha la comunicación de subsanación, se suspenden los derechos que tuviera la parte perjudicada que fueran opuestos a la subsanación hasta que termine el plazo para hacerla, por ejemplo esta parte no podrá dar por terminado el contrato en ese lapso, ni exigir la restitución de lo que hubiera pagado. El cuarto párrafo permite (h) que la parte perjudicada, siguiendo la regla del artículo precedente, suspenda el cumplimiento de sus obligaciones hasta que la reparación quede efectuada. Y finalmente, el párrafo quinto indica (i) que el derecho del deudor a subsanar no lo exonera de su responsabilidad por los daños que haya causado a la otra parte por el incumplimiento y la subsanación.

B. El *Código Civil* no tiene reglas expresas sobre la subsanación del incumplimiento, pero no se opone a él, ya que admite que las partes pueden convenir el modo como se haga el pago o cumplimiento²⁰ y la subsanación viene a ser un modo de cumplimiento tardío.

C. En el derecho americano, aunque la subsanación (*cure*) se conocía antes, se vino a generalizar con el *Uniform Commercial Code*²¹ que da al vendedor el derecho a subsanar el incumplimiento de la entrega de las mercancías, sea porque hubiera entregado anticipadamente y antes de que venciera el plazo original para entregar, sea que no hubiera entregado y el plazo de entrega ya estuviera vencido.²² En el *Restatement* (a) se asume la posibilidad de subsanación para todo tipo de contratos, al afirmarse²³ que el efecto del incumplimiento de desligar a la otra parte de sus obligaciones no se produce sino se trata de un incumplimiento importante y que no haya sido subsanado (*uncured material failure*). Se

¹⁹ CCIM arts. 37 y 48.

²⁰ Art. 2078

²¹ Art. 2-508.

²² Esta parece haber sido la fuente de donde provinieron las disposiciones respectivas de CCIM.

²³ Art. 237.

entiende así que existe un plazo entre el incumplimiento y la exoneración de las obligaciones de la otra parte, durante el cual el deudor puede subsanar.²⁴

Las condiciones para poder hacer la subsanación que indica el código de comercio americano son las siguientes: (b) notificar al acreedor de la intención de subsanar, (c, d) tener suficientes bases para pensar que la subsanación no será rechazada, y (e) hacer la subsanación en un plazo razonable. Son parecidas a las condiciones que marcan los *Principios*.

La no preclusión del derecho a subsanar por el previo envío de una notificación de dar por resuelto el contrato (f) coincide, en el fondo, con la afirmación del *Restatement*²⁵ de que el incumplimiento no es importante (*material*), es decir que no da lugar a la terminación del contrato, si el incumplimiento puede remediarse.

La regla (g) de que la parte perjudicada no podrá ejercitar derechos incompatibles con la subsanación mientras corre el plazo para que ésta se produzca, está implícitamente reconocida en la regla general de que la parte que opta por un recurso no puede acudir a otro que sea incompatible con el primero, máxime si la otra parte ha actuado algo en respuesta al recurso primeramente optado.²⁶ Así, en el caso de subsanación, si el acreedor no se ha opuesto a ella, es decir la ha aceptado como un recurso para remediar el incumplimiento del contrato, no podrá optar por otro recurso que sea incompatible con la subsanación, como el de reclamar la resolución del contrato.

La posibilidad (h) de que la parte agraviada suspenda el cumplimiento de sus obligaciones mientras se realiza la subsanación está reconocida en el *Restatement* por la misma regla²⁷ que dispone que el incumplimiento no subsanado de una de las partes permite que la otra suspenda el cumplimiento de sus obligaciones o bien que, pasado cierto tiempo sin que haya subsanación, quede liberado de ellas.²⁸ Asimismo reconoce (i) la responsabilidad del deudor que subsana el incumplimiento por los daños que cause por la demora o la subsanación.²⁹

D. El *Código* no tiene reglas sobre la subsanación, pero no se opone a ella, sino que deja esa posibilidad totalmente al acuerdo de las partes, quienes deberán definir la forma y condiciones en que se haga. En cambio, las reglas del *Restatement*, aunque no están formuladas expresamente como reglas para la subsanación, resultan muy cercanas a las de los *Principios*.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Posibilidad de subsanación	Desconocida	Semejante
(b) Requisito de comunicar intención, forma y plazo para subsanar	Desconocida	Semejante
(c) Requisito de que la subsanación sea apropiada	Desconocida	Semejante

²⁴ Art. 242 *comment a*.

²⁵ Art. 241(d).

²⁶ Art. 378.

²⁷ Arts. 237 y 238.

²⁸ Art. 225(1) y (2).

²⁹ Art. 242 *comment a*. FARNSWORTH, A. *Contracts 2nd* (Boston 1990) 642.

(d) Requisito de que la parte perjudicada no tenga interés legítimo de rechazarla	Desconocida	Semejante
(e) Requisito de que la subsanación se haga sin demora	Desconocida	Semejante
(f) No preclusión del derecho a subsanar por envío de comunicación de dar por terminado el contrato	Desconocida	Semejante
(g) Suspensión de los derechos de la parte perjudicada incompatibles con la subsanación	Desconocida	Semejante
(h) Posibilidad de la parte perjudicada de suspender el cumplimiento de sus obligaciones	Desconocida	Semejante
(i) Responsabilidad de la parte que subsana por los gastos que cause.	Desconocida	Semejante

Artículo 7.1.5 Plazo adicional para el cumplimiento

(1) *En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder a la otra un plazo adicional para que cumpla, y así se lo comunicará.*

(2) *Durante el transcurso de ese plazo adicional, la parte perjudicada podrá suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ninguna otra acción. La parte perjudicada podrá ejercitar cualquiera de las acciones previstas en este capítulo si recibe una comunicación de la otra parte que no cumplirá dentro de dicho plazo adicional o si éste expirase 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 comunicado a la otra el otorgamiento de un plazo adicional de duración razonable, podrá dar por terminado el contrato al vencimiento de dicho plazo. El plazo adicional que no fuere de una duración razonable podrá ser ampliado en consonancia con dicha duración. En su comunicación, la parte perjudicada podrá prevenir al comunicarle el otorgamiento de un plazo adicional, que si no cumple dentro de dicho plazo el contrato quedará automáticamente terminado.*

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

A. Este artículo se refiere a una situación diferente que la contemplada en el artículo anterior. En este artículo, no es el deudor quien pide un plazo adicional para subsanar su incumplimiento, sino que es el acreedor quien por decisión propia le otorga un plazo adicional para cumplir. Esta posibilidad, que tiende también a la conservación del contrato, tiene como fuente, según declara el *Comentario*, la figura alemana del *Nachfrist*. Hay una disposición semejante en la CCIM.³⁰

³⁰ Arts. 47 y 63.

El primer párrafo simplemente señala (a) la posibilidad que tiene el acreedor de otorgar un plazo adicional. El segundo párrafo indica (b) la posibilidad del acreedor, mientras transcurre el plazo adicional, de suspender el cumplimiento de sus obligaciones correlativas, así como (c) el derecho de reclamar el resarcimiento de los daños causados con la demora, pero aclara (d) que el acreedor no podrá ejercitar los recursos incompatibles con la concesión del plazo adicional, como, por ejemplo, dar por terminado el contrato; sin embargo, si el deudor manifiesta que no cumplirá en el plazo adicional, el acreedor tendrá expeditas todas las acciones que le correspondan.

El tercer párrafo señala (e) que el acreedor que otorga un plazo adicional, podrá, al vencer éste, resolver el contrato y aun indicar que el contrato se resolverá por el mero hecho (“automáticamente” dice el texto) de no cumplirse la obligación en el plazo adicional concedido. Además, establece (f) que el plazo adicional debe ser de duración razonable. Estas disposiciones muestran la ventaja que adquiere el acreedor otorgando un plazo adicional: conseguir que el incumplimiento dentro de ese plazo sea considerado un incumplimiento esencial, que le permita dar por terminado el contrato. Sin embargo, el párrafo cuarto limita esta posibilidad indicando (g) que no procede en los casos en que la prestación incumplida represente sólo una mínima parte del valor de la obligación contractual.

B. El *Código Civil* no contempla esta posibilidad de concesión de un plazo adicional, pero no se opone a ella, ya que el acreedor puede convenir con el deudor la forma de pago que mejor le convenga.³¹ El *Código de Comercio*³² excluye que en los contratos mercantiles existan “términos [es decir plazos] de gracia o cortesía”, que serían plazos adicionales no otorgados sino implícitos.

C. El *Restatement* tampoco la contempla y, en cierto modo, la figura le es innecesaria en cuanto acepta la subsanación, que permite que el deudor tenga un plazo para subsanar, independientemente de que se lo otorgue el acreedor.

D. La posibilidad de conceder un plazo adicional es una novedad de los *Principios* respecto del derecho contractual americano y mexicano, pero incorporada a ellos ya en la Convención sobre Compraventa Internacional que está en vigor en ambos países. Es una práctica interesante ya que simultáneamente promueve, por un lado, el cumplimiento y la preservación del contrato, y por el otro, facilita la reparación por incumplimiento al expedir la resolución del contrato.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Posibilidad de concesión de un plazo adicional	Desconocida	Desconocida
(b) Posibilidad de suspensión del cumplimiento de obligaciones correlativas durante el plazo adicional	Desconocida	Desconocida

³¹ Art. 2078.

³² Art. 84

(c) Posibilidad de reclamar indemnización de daños por demora no obstante la concesión de un plazo adicional	Desconocida	Desconocida
(d) Imposibilidad de ejercer alguna acción, durante el plazo adicional, incompatible con éste	Desconocida	Desconocida
(e) Posibilidad del acreedor de resolver el contrato si el deudor no cumple en el plazo adicional	Desconocida	Desconocida
(f) Requisito de que el plazo adicional sea de duración razonable.	Desconocida	Desconocida
(g) Limitación del derecho del acreedor a resolver el contrato a casos de incumplimientos que no sean poco importantes.	Desconocida	Desconocida

Artículo 7.1.6 Cláusulas de exoneración

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad por incumplimiento, o que le permita a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente a la que la otra podía razonablemente esperar, no podrá invocarse si fuere manifiestamente inequitativo³³ en función de la finalidad del contrato.

A. El artículo (a) acepta la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por incumplimiento, si no resultan inequitativas en atención a los fines del contrato. Éstas son en principio válidas, pero el juez puede no aplicarlas, según dice el *Comentario*, si fueren “intrínsecamente” injustas, o su aplicación condujera “a un desequilibrio manifiesto entre las prestaciones de las partes”³⁴ o produjera resultados manifiestamente inequitativos. El *Comentario* aclara que esta regla era necesaria, no obstante que el artículo 3.10 permite la anulación de una cláusula que otorga una ventaja excesiva, porque son cláusulas muy usadas en los contratos internacionales.

³³ El adjetivo masculino “inequitativo” no puede referirse al sustantivo femenino “cláusula”, por lo que hay que suponer que lo inequitativo sería el invocar la cláusula. Parece ser que hubo alguna discusión en la redacción de la versión española de este artículo, pues se presentan en ediciones oficiales textos diferentes. Así, en la edición completa de los *Principios*, que contiene el texto de los artículos más los comentarios e ilustraciones, y que aquí hemos seguido, se da la versión que arriba se transcribe; en la misma obra al final, se da como un apéndice el texto continuo, sin comentarios, de los artículos de los *Principios*, y ahí se da esta otra versión del artículo: “Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad por incumplimiento, o que le permita a una parte ejecutar una prestación <sic> forma sustancialmente a lo que la otra podía razonablemente esperar, no podrá invocarse si fuere manifiestamente desleal en función de la finalidad del contrato”. En otra edición oficial de los *Principios* (Roma UNIDROIT 1994) que sólo transcribe los artículos en las versiones oficiales alemana, española, francesa, inglesa e italiana, se da este último texto. La versión mejor es la que se transcribe arriba, pero el adjetivo “inequitativo” habría que referirlo no a la cláusula sino al hecho de su invocación, tal como lo dice la versión inglesa en la que el adjetivo *unfair* se refiere al pronombre *it* (*if it would be grossly unfair to do so*).

³⁴ Art. 7.1.6 *Comentario* 5.

También el artículo indica que deben considerarse cláusulas de exoneración (b) aquellas que directamente limitan o excluyen la responsabilidad por incumplimiento, y también aquellas (c) que permiten al deudor cumplir su obligación, dando o haciendo, en vez de la cosa debida, algo de valor inferior a lo que el acreedor pudiera esperar; es decir, distingue entre cláusulas de limitación directa o de limitación indirecta de la responsabilidad por incumplimiento.

Entre estas últimas igualmente puede considerarse aquella que otorga al deudor la posibilidad de pagar una cantidad para cancelar su obligación principal (cláusula de cancelación) o la que determina una cantidad que deberá pagar por concepto de indemnización de daños derivados de algún incumplimiento (cláusula penal).

B. El *Código Civil* contiene algunas disposiciones al respecto. Acepta (a) que la responsabilidad derivada de incumplimiento puede ser regulada por convenio entre las partes,³⁵ salvo que la ley lo prohíba en casos específicos, pero aclara³⁶ que la responsabilidad procedente de dolo, es decir la que deriva de un incumplimiento o daño intencional, es irrenunciable; esto no impide que puede renunciarse la responsabilidad derivada de culpa o negligencia, de modo que la limitación no es muy amplia; pero también podrían ser impugnadas en cuanto constituyeran una lesión (un lucro excesivo, obtenido mediante abuso),³⁷ pero es difícil que se den los supuestos previstos para que la impugnación sea efectiva. Sin embargo, las leyes específicas de cada contrato pueden establecer límites a la renuncia de responsabilidades.

No tiene el código, a diferencia de los *Principios* (b y c), una descripción de estas cláusulas de exoneración. Sin embargo, regula la llamada cláusula penal,³⁸ que podría ser considerada, desde la perspectiva de los *Principios*, como una cláusula de exoneración. El *Código* la concibe como una pena convenida anticipadamente para el caso de incumplimiento del contrato, que da al acreedor la alternativa de elegir entre el pago de la pena o la indemnización de los daños y perjuicios;³⁹ como esta cláusula no extingue la responsabilidad principal del deudor sino que sólo otorga al acreedor otra alternativa, es decir la posibilidad de elegir el pago de la pena en vez de la indemnización de daños y perjuicios, no puede servir para limitar la responsabilidad del deudor, a menos que el acreedor expresamente renunciara a exigir la indemnización de daños y perjuicios, de modo que si se produjera el incumplimiento únicamente pudiera exigir la pena convenida. Una cláusula así, en tanto fuera una limitación de la responsabilidad del deudor, sería válida si cumpliera los requisitos legales arriba mencionados.

C. En el derecho americano, también (a) se acepta la limitación de responsabilidad por convenio entre las partes, como resultado de la libertad contractual, pero se considera que la responsabilidad por daño causado intencionalmente o por grave descuido (*intentionally or recklessly*) no puede ser limitada o

³⁵ Art. 2127.

³⁶ Art. 2106.

³⁷ De acuerdo con el artículo 17.

³⁸ Arts. 1840 a 1850.

³⁹ Art. 1840.

exculpada en un acuerdo contractual.⁴⁰ La renuncia a la responsabilidad derivada de culpa o negligencia (*negligence*) se acepta, siempre y cuando, precisa el *Restatement*,⁴¹ la renuncia no sea inaceptable para la conciencia de una persona honesta (*unconscionable*), pues de ser así podría ser impugnada; además, se admite la impugnación de estas cláusulas por considerárseles en algunas jurisdicciones como contrarias al interés público.⁴²

Tampoco tiene el *Restatement* una (*b* y *c*) tipología de estas cláusulas, pero admite la validez de una cláusula penal,⁴³ siempre que sea una forma de valorar anticipadamente los daños y perjuicios⁴⁴ derivados del incumplimiento y, en consecuencia, siempre que fije una cantidad que sea proporcional a los daños y perjuicios reales o posibles. La regulación de esta cláusula procura evitar que se fije una cantidad excesivamente onerosa en perjuicio del deudor; pero también se acepta que una cláusula que estableciera una cantidad excesivamente baja es impugnabile en tanto contradice la conciencia de una persona honesta.⁴⁵

D. Tanto el *Código* como el *Restatement* aceptan la posibilidad limitada de convenir cláusulas de exoneración de responsabilidad, siempre y cuando no sea responsabilidad derivada de dolo o daño intencional. Los *Principios* no mencionan expresamente esta limitación, pero se puede interpretar que está implícita, pues tal exoneración de responsabilidad podría resultar inequitativa. En los tres cuerpos jurídicos será finalmente el juez quien decida si vale o no una cláusula de ese tipo, pero los criterios de juicio difieren un poco: los *Principios* dicen que el juez deberá ver si la invocación de la cláusula resulta algo inequitativo, lo cual es en el fondo semejante a lo que dice el *Restatement* de que la cláusula no resulte inaceptable para una persona honrada. La posición del *Código* es más formal, pues se refiere a que no esté prohibida por la ley o que no constituya una lesión.

La cláusula penal que admiten el *Código* y el *Restatement* puede ser usada como cláusula de exoneración de responsabilidad, aunque sujeta a las restricciones señaladas.

La descripción de diversos tipos de cláusulas de exoneración es algo peculiar de los *Principios*, que responde al uso frecuente que tienen estas cláusulas en los contratos internacionales.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Validez de cláusulas de exoneración de responsabilidad que no resulten inequitativas	Semejante	Semejante
(b) Descripción de cláusulas de limitación directa de responsabilidad	Desconocida	Desconocida

⁴⁰ Ver FARNSWORTH *Contracts 2nd* (Boston 1990) 353 nota 17.

⁴¹ Art. 208.

⁴² FARNSWORTH, A. *Contracts 2nd* (Boston 1990) 353.

⁴³ Art. 356.

⁴⁴ La cláusula que simplemente establece una pena por incumplimiento es inválida, ver *Restatement* art. 178.

⁴⁵ Art. 356 *comment a*.

(c) Descripción de cláusulas de limitación indirecta de responsabilidad Desconocida Desconocida

Artículo 7.1.7 Fuerza mayor (*force majeure*)

(1) *El incumplimiento de una parte es excusable cuando se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabía razonablemente esperar, al tiempo de celebrarse el contrato,⁴⁶ <que lo hubiera tomado en cuenta> o que <podiese> haber evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias.*

(2) *Cuando el impedimento sólo sea temporal, la excusa tendrá efecto durante un periodo de tiempo que sea razonable en función del efecto del impedimento en el cumplimiento del contrato.*

(3) *La parte incumplidora deberá comunicar a la otra el impedimento y su efecto sobre su aptitud para cumplir el contrato. Si la comunicación no fuere recibida en un plazo razonable contado a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable del daño que le llegare a causar a la otra dicha falta de recepción.*

(4) *Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una parte ejercitar el derecho de dar por terminado el contrato, o a aplazar su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero que se le debe.*

A. El artículo indica en su primer párrafo lo que considera como fuerza mayor; en el segundo precisa que la exoneración de responsabilidad podrá ser temporal o definitiva; en el tercero señala los requisitos que deben cumplirse para hacer valer tal exoneración, y en el cuarto limita el alcance de la exoneración, señalando que la presencia de la fuerza mayor no excluye la facultad de resolver el contrato, suspender su cumplimiento o reclamar intereses por cantidades ya debidas.

El punto central es (a) la definición de fuerza mayor (párrafo primero). Ahí se dice que es un impedimento ajeno a la voluntad de la parte que incumple, que no fue previsto ni era previsible al momento de celebrarse el contrato y que no podía evitarse ni superarse el impedimento ni sus consecuencias. La parte que incumple debe probar que existe un impedimento de tales características (involuntario, imprevisto e imprevisible, inevitable e insuperable) y además, esto es definitivo, que el impedimento fue la causa del incumplimiento.

El segundo párrafo aclara (b) que el impedimento no excusará totalmente el cumplimiento del contrato si es un impedimento temporal, de modo que sólo

⁴⁶ La siguiente frase del texto español de la versión completa de los *Principios* que aquí se ha venido siguiendo es confuso, por lo que se propone una mejor lectura en la que se han añadido las palabras indicadas entre corchetes agudos (<>) textualmente dice "...y que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o que haber evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias". La otra versión oficial que sólo reproduce el texto de los artículos sin los comentarios e ilustraciones [*Principles of international commercial contracts (official texts of the black letter rules in English, French, German, Italian and Spanish)* Rome 1996] da la misma redacción confusa. La lectura que se propone coincide con el sentido de la versión inglesa: "and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences".

justificará la demora en el cumplimiento, pero nada más. El texto no excluye que pueda haber una exoneración total, por ejemplo cuando se pierde la cosa objeto del contrato.

El tercero párrafo indica (c) que la parte que quiere excusarse del incumplimiento debe notificar a la otra parte de la presencia del impedimento y de su efecto en cuanto al cumplimiento del contrato. Como la otra parte tendrá que sufrir, hasta cierto punto, las consecuencias negativas que puede acarrear el incumplimiento, no obstante que esté justificado, (d) se exige con razón que la parte que quiere servirse de la excusa para cumplir corra con los riesgos de la transmisión de la notificación.

La excusa por el incumplimiento, aclara el párrafo cuarto, únicamente exonera a la parte que incumple de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, pero (e) no impide que la otra parte ejercite otros recursos, como dar por terminado (o resolver) el contrato, reclamar la restitución de lo que hubiere entregado o cobrar intereses por cantidades que ya fueran debidas cuando se produjo el impedimento.

La noción y efectos de la fuerza mayor es semejante a lo que dispone la CCIM,⁴⁷ que también la considera un impedimento involuntario, imprevisto e imprevisible, inevitable e insuperable, en sí y en sus consecuencias, cuyos efectos pueden ser temporales o definitivos, y que no extinguen los otros recursos que pueda tener el acreedor.

B. El *Código Civil*⁴⁸ tiene el principio de que “nadie está obligado al caso fortuito”, salvo que la ley lo imponga o se haya asumido esa responsabilidad, lo cual supone la exoneración de responsabilidad por incumplimiento debido a caso fortuito. En otro artículo⁴⁹ habla de “caso fortuito o fuerza mayor”. La doctrina⁵⁰ ha querido ver una distinción entre “caso fortuito” y “fuerza mayor”, diciendo que el primero se refiere a acontecimiento de la naturaleza, y la segunda a hechos humanos, pero no hay acuerdo al respecto. No hay en el *Código* una noción expresa de lo que es el caso fortuito ni de sus efectos, salvo lo que dice⁵¹ refiriéndose al arrendamiento de tierras rústicas; que el arrendatario no podrá rebajar el pago de la renta, por pérdida de los frutos debida a casos fortuitos “ordinarios”, sino que sólo podrá hacerlo cuando ocurran casos fortuitos “extraordinarios”, entre los que menciona los siguientes: incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto, y concluye proponiendo una descripción general: “otro acontecimiento igualmente desacomunado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever”. De acuerdo con este artículo (a) el caso fortuito es un acontecimiento, que puede ser un acto humano, como la guerra, o de la naturaleza, como un terremoto, independiente de la voluntad del deudor, imprevisto o imprevisible, e inusitado o desacomunado; la diferencia entre el caso fortuito “ordinario” y el “extraordinario”, sugiere que el ordinario puede ser uno previsible y superable, como la esterilidad de la tierra o una pobre

⁴⁷ Art. 79.

⁴⁸ Art. 2111

⁴⁹ Art. 2017-V.

⁵⁰ ROJINA VILLEGAS, R. *Derecho civil mexicano* V, 4a. (México 1981) 357 ss.

⁵¹ Art. 2455.

temporada de lluvia, y el extraordinario sería el verdadero caso fortuito imprevisible e insuperable.

La prueba del caso fortuito corresponde, igual que en los *Principios*, al deudor, que es quien se beneficia alegando la incidencia del caso fortuito.

En cuanto a los efectos del caso fortuito, (b) tampoco hay una regla general; en el caso del arrendamiento de tierras rústicas, se prevé que el arrendatario puede rebajar el pago de la renta, es decir que queda liberado parcialmente de la obligación de pagarla. En el capítulo sobre las obligaciones de dar una cosa, se dice⁵² que la obligación se extingue cuando la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, siempre que se trate de una cosa específica o de una cosa genérica ya individualizada,⁵³ lo que significa que en estos casos la exoneración es total. Respecto de las obligaciones de no hacer, no hay una regla específica.

No menciona la regla (c) de que el deudor debe comunicar la presencia del impedimento y sus efectos sobre el contrato, ni, por supuesto, (d) que el deudor corre con los riesgos de una comunicación defectuosa. Aunque no dice expresamente (e) que la exoneración de responsabilidad no impide el ejercicio de otros recursos que pueda tener el acreedor, esto es algo implícito en la doctrina del *Código* que no admite el enriquecimiento sin causa.⁵⁴

C. El *Restatement*⁵⁵ se refiere a este tema en su capítulo once en la sección sobre imposibilidad de cumplimiento (*impracticability*). Señala que (a) ésta debe ser consecuencia de un evento, cuya no realización era un presupuesto para hacer el contrato (*a basic assumption on which the contract was made*), es decir que las partes no habrían hecho el contrato de haber pensado que tal evento ocurriría. No se distingue si el evento es acto humano o de la naturaleza, pero debe ocurrir sin culpa (*fault*) del deudor. No se precisan las características que debe tener ese evento, pero se aclara que debe hacer imposible el cumplimiento (*performance is made impracticable*). Como casos específicos se proponen: la muerte de una persona necesaria para cumplir, como la muerte de un artista obligado a cantar una ópera,⁵⁶ la destrucción o el deterioro de una cosa, así como el hecho de que no llegue a existir (por ejemplo, una cosecha),⁵⁷ o la expedición de una orden del gobierno que impide el cumplimiento.⁵⁸ Estos eventos deben ocurrir después de perfeccionado el contrato y no haber sido previstos (antes bien, se supone que no ocurrirán); pero también exculpan de responsabilidad los eventos que existieran al momento de la celebración del contrato, si el deudor no los conoció ni debía conocerlos.⁵⁹

El efecto general que producen estos eventos es (b) liberar al deudor del cumplimiento de su obligación (*his duty to render that performance is discharged*), pero también liberar a la otra parte de su obligación correlativa, ya que

⁵² Art. 2017-V.

⁵³ Art. 2022.

⁵⁴ Art. 1882 y ss.

⁵⁵ Art. 261.

⁵⁶ Art. 262.

⁵⁷ Art. 263.

⁵⁸ Art. 264.

⁵⁹ Art. 266(1).

ésta sólo es exigible bajo la “condición” que se cumpla la primera.⁶⁰ La liberación puede ser temporal o definitiva.⁶¹ No contiene (c) la regla expresa de que el deudor debe comunicar la presencia del impedimento, ni que (d) el mismo corre con los riesgos por defectos de la transmisión.

Acepta expresamente (e) que el acreedor pueda ejercer ciertos recursos como suspender el cumplimiento de sus obligaciones,⁶² reclamar la restitución de cualquier cosa o beneficio que hubiera dado por motivo del contrato,⁶³ o pedir al juez que de algún otro modo remedie una situación injusta, derivada de la exoneración de responsabilidad del deudor, y que no pudiera remediarse por los medios ordinarios.⁶⁴

D. El *Código* tiene el mismo punto de vista (caso fortuito o fuerza mayor) que los *Principios*, pero no tiene, a diferencia de éstos, una delimitación general de lo que lo constituye el caso fortuito o fuerza mayor; tampoco tiene una descripción general de sus efectos, sino que los menciona en relación con tipos específicos de obligación. Sin embargo, ni la noción ni los efectos del caso fortuito son en realidad diferentes de los que expresan los *Principios*. El *Código* en este aspecto parece contener una regulación simplemente menos elaborada que la de los *Principios*.

El *Restatement* tiene un punto de vista aparentemente diferente, pues no se refiere a la fuerza mayor o al caso fortuito, sino a la imposibilidad de cumplir, es decir no a la causa (la fuerza mayor) sino al efecto (la imposibilidad de cumplir), pero en el fondo es el mismo planteamiento. Lo que en la perspectiva del *Restatement* causa la imposibilidad de cumplir, es la ocurrencia de un suceso que las partes presupusieron que no ocurriría; un suceso así tiene que ser un acto externo a su voluntad, imprevisto, imprevisible y también insuperable, es decir una fuerza mayor tal como la describen los *Principios*. Una peculiaridad del cuerpo jurídico americano es que considera la exoneración de responsabilidad también por acontecimientos ya existentes al momento de perfeccionarse el contrato.

La reglamentación del *Restatement* de esta cuestión ha sido hecha con mayor detalle que la de los *Principios*, y con tendencia a buscar soluciones para las tres situaciones típicas que ha aislado (muerte de persona obligada a cumplir, pérdida de la cosa debida, orden del gobierno), más que una solución general aplicable a todos los casos.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Definición de fuerza mayor	Semejante	Semejante
(b) Efectos de la fuerza mayor	Semejante	Semejante
(c) Requisito de notificar la presencia de la fuerza mayor y sus efectos	Desconocida	Desconocida
(d) Atribución al deudor de riesgos por defectos en esa comunicación	Desconocida	Desconocida

⁶⁰ Art. 267.

⁶¹ Art. 269.

⁶² Art. 268(1).

⁶³ Arts. 272 y 377

⁶⁴ Art. 272(2).

(e) Posibilidad del acreedor de ejercer Semejante Semejante
 otros recursos.

III. DEL DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO

Artículo 7.2.1 Cumplimiento de obligación dineraria

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

A. La regla (a) de que la deuda de dinero es siempre exigible se quiso incluir sin ninguna matización, según dice el *Comentario*, para aclarar que la obligación de pagar una cantidad de dinero, independientemente de la moneda que se haya determinado, es una obligación cuyo cumplimiento específico es siempre exigible, a diferencia de otras obligaciones (de dar una cosa específica o prestar algún servicio) que, de no poderse cumplir en especie, se liquidan mediante el pago de una indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

B. El *Código Civil* tiene el principio de que el incumplimiento de cualquier obligación da a la parte perjudicada la facultad de reclamar el cumplimiento específico del contrato o la resolución del mismo y, en ambos casos, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.⁶⁵ En el caso de las obligaciones de pagar dinero, (a) el acreedor siempre podrá exigir el pago de la cantidad debida que equivale al cumplimiento del contrato. Respecto de la moneda de pago, véase el comentario al artículo 6.1.10.

C. El *Restatement* contempla, en general, tres recursos diferentes de los que puede disponer el acreedor perjudicado: i) exigir una indemnización de daños y perjuicios, ii) el cumplimiento específico, y iii) la restitución de lo entregado, en casos en que no es posible exigir el cumplimiento específico ni una indemnización de daños y perjuicios;⁶⁶ (a) la reclamación del pago de la cantidad debida se hace exigiendo la indemnización de daños y perjuicios que siempre incluye la cantidad debida y no pagada.⁶⁷

D. La regla es la misma en los tres cuerpos jurídicos, con la sola diferencia, entre los cuerpos nacionales, del recurso que se tiene para exigir la deuda de dinero, que en el *Código* sería la acción de cumplimiento del contrato y en el *Restatement* la acción de indemnización por daños y perjuicios.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Exigibilidad de la deuda de dinero	Igual	Igual

⁶⁵ Art. 1949.

⁶⁶ *Restatement, introductory note chap. 16.*

⁶⁷ Art. 345(a).

Artículo 7.2.2 Cumplimiento de obligaciones no dinerarias

Si una parte no cumple con una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede exigir su cumplimiento, a menos que:

- a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;*
- b) el cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravoso u oneroso;*
- c) la parte legitimada para recibir la prestación no pueda razonablemente obtenerla por otra vía;*
- d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o*
- e) la parte legitimada para recibir la prestación no la exija dentro de un plazo razonable desde de⁶⁸ que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.*

A. El artículo dispone en su primer párrafo, como regla general, (a) que se puede exigir el cumplimiento en especie de todas las obligaciones contractuales.⁶⁹ Esta es una regla importante, sobre todo para países del sistema de *common law*, en los que el cumplimiento específico sólo puede exigirse en determinadas circunstancias.

Sin embargo, excluye esta posibilidad en los casos previstos en sus diferentes incisos, que son (b) si el cumplimiento en especie es imposible (inciso a), (c) excesivamente gravoso u oneroso, (d) innecesario, porque el acreedor puede satisfacer razonablemente bien su pretensión de otra forma (por ejemplo, comprado de otro proveedor la mercancía que esperaba recibir), (e) impracticable por tratarse de una acción de naturaleza personal que no se puede hacer bien forzadamente, o (f) inoportuno por no haberlo exigido el acreedor en un plazo razonable.

B. El *Código* acepta (a) la regla general que el cumplimiento específico siempre puede exigirse.⁷⁰ Reconoce que no podrá exigirse el cumplimiento en especie si se ha perdido la cosa específica, en cuyo caso el deudor cumple pagando su valor y los daños y perjuicios,⁷¹ y que respecto de una obligación de hacer, si el deudor no cumple, se hace responsable de los daños y perjuicios que cause,⁷² y que el acreedor podrá pedir, cuando esto sea posible, que un tercero cumpla el hecho debido a costa del deudor,⁷³ es decir que el deudor se liberará pagando la cantidad que se pague al tercero para que cumpla el hecho debido más los daños y perjuicios. En otras palabras, la regla que marca el *Código* es que se puede exigir el cumplimiento en especie siempre en las obligaciones de dar cosa genérica, en las de dar cosa específica sólo si ésta no se ha perdido o deteriorado, pero no en las obligaciones de hacer cuyo incumplimiento dará lu-

⁶⁸ Este "de" sobra.

⁶⁹ También la CCIM (art. 46) indica la regla general de exigibilidad del cumplimiento en especie, salvo algunas excepciones que son diferentes a las que tienen los *Principios*.

⁷⁰ Art. 1949.

⁷¹ Art. 2017-I.

⁷² Art. 2104.

⁷³ Art. 2027.

gar finalmente al pago de una cantidad de dinero que comprenda el valor de la prestación más los daños y perjuicios.

El criterio del *Código* para determinar si procede o no el cumplimiento específico es básicamente la distinción entre obligaciones de dar y obligaciones de hacer, y no tanto la imposibilidad, onerosidad o inconveniencia del cumplimiento en especie. El criterio de (b) imposibilidad, podría sin embargo coincidir con el de pérdida de la cosa específica debida, y el de (e) impracticabilidad con el de que no es exigible el cumplimiento específico de obligaciones de hacer. Pero no tiene alguna regla que impida el cumplimiento específico por ser (c) excesivamente gravoso u oneroso ni porque (d) el acreedor pueda ser satisfecho de otra manera. Tampoco (f) fija un plazo como requisito para exigir el cumplimiento específico.

C. El *Restatement* tiene una sección específica⁷⁴ sobre los casos en que se puede exigir el cumplimiento específico del contrato (*enforcement by specific performance*). La regla principal es (a) que los jueces tienen la facultad discrecional de aceptar o negar este tipo de reclamación,⁷⁵ sujetos a las limitaciones establecidas. La principal limitación es que no procede la acción de cumplimiento específico, cuando la acción por daños y perjuicios sería un remedio adecuado al incumplimiento;⁷⁶ esta regla puede reducir ampliamente los casos en que sea posible exigir el cumplimiento específico, pues pocas serán las situaciones en que no se pueda remediar adecuadamente el incumplimiento de un contrato con una indemnización pecuniaria. Tampoco procede cuando los términos del contrato no son claros,⁷⁷ cuando el acreedor que exige el cumplimiento específico no ha cumplido su obligación correlativa o dado garantías de cumplirla,⁷⁸ cuando resulte inequitativo por haberse hecho el contrato por error o ser muy gravosa esta forma de cumplimiento para el deudor⁷⁹ (lo cual es semejante a c), cuando sea contrario al interés público,⁸⁰ cuando la supervisión del cumplimiento específico resulte muy gravosa,⁸¹ cuando la obligación sólo pueda ser cumplida por el deudor⁸² (semejante a e), ni cuando el deudor, a quien se pretende exigir el cumplimiento específico, tiene todavía facultad de resolver o anular el contrato.

D. Las reglas de cumplimiento específico de los *Principios* parecen ser una mezcla de las tradiciones de derecho civil y *common law*. De la tradición civilista parece derivar la regla general que acepta el cumplimiento específico y de la otra tradición las limitaciones específicas a esa posibilidad. El resultado es un régimen distinto que no concuerda completamente con ninguna de estas tradiciones. El *Código* difiere en cuanto a las limitaciones, de modo que por ejemplo el pago de una cosa específica, que de acuerdo con este ordenamiento, podría siempre exigirse en especie, salvo que la cosa hubiere perecido, no podrá ser

⁷⁴ Topic 3, Chapter 16.

⁷⁵ Art. 357(1).

⁷⁶ Art. 359.

⁷⁷ Art. 362.

⁷⁸ Art. 363.

⁷⁹ Art. 364.

⁸⁰ Art. 365.

⁸¹ Art. 366.

⁸² Art. 367.

exigido de acuerdo con los *Principios* si, por ejemplo, resultara excesivamente oneroso al deudor, por ejemplo por requerir de un transporte especial que no fue originalmente previsto. El *Restatement* difiere en cuanto al planteamiento general, pues en vez de la admisibilidad general del cumplimiento específico, plantea que tal posibilidad sólo se dará en casos residuales en que no puede el acreedor ser satisfecho con una indemnización pecuniaria.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Regla general de exigibilidad del cumplimiento específico	Igual	Diferente
(b) Excepción si tal cumplimiento es imposible	Semejante	Desconocida
(c) Excepción si tal cumplimiento es excesivamente gravoso	Desconocida	Semejante
(d) Excepción si tal cumplimiento es innecesario por haber otra forma de satisfacer al acreedor.	Desconocida	Desconocida
(e) Excepción si tal cumplimiento es impracticable por deberse una prestación personal	Semejante	Igual
(f) Excepción si tal cumplimiento no se exigió oportunamente	Desconocida	Desconocida

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.

A. Este artículo contempla el supuesto de cumplimiento defectuoso, y afirma (a) que el acreedor puede exigir la reparación, la sustitución de la prestación defectuosa u otra subsanación de ésta. Añade (b) la referencia de que debe leerse en relación con los dos artículos precedentes, con lo cual se hacen aplicables a la reclamación de reparación, sustitución o subsanación, todas las limitaciones referentes a la reclamación de cumplimiento específico. Además debe leerse, agrega el *Comentario*, en relación con el artículo 7.1.4 que habla del derecho del deudor a subsanar un cumplimiento defectuoso. La CCIM⁸³ contiene una disposición semejante, en cuanto al cumplimiento defectuoso de la obligación de entregar las mercancías, que da lugar a que el comprador pueda reclamar la reparación o sustitución de las mercancías.

B. El *Código Civil* no tiene reglas específicas de cómo ha de procederse a la subsanación de un cumplimiento defectuoso. Tiene, por una parte, la regla ya comentada de que el incumplimiento del contrato da derecho a la parte agravia-

⁸³ Art. 46-2 y 3.

da a exigir el cumplimiento o a resolverlo y, en ambos casos, a exigir una indemnización de los daños y perjuicios.⁸⁴ Por otra parte, contiene reglas respecto de la responsabilidad por evicción o por defectos ocultos de la cosa.⁸⁵ La responsabilidad por evicción no es una responsabilidad derivada de un cumplimiento defectuoso, por lo que no es comparable con las reglas del artículo de los *Principios*; en cambio, la responsabilidad por defectos de la cosa sí se deriva de un cumplimiento defectuoso, de la entrega de cosas que no son del todo conformes con el contrato.⁸⁶ En concreto dispone⁸⁷ que si la cosa enajenada tiene defectos ocultos, el adquirente (acreedor de la cosa) puede pedir la rescisión del contrato o una disminución proporcional del precio; pero este último mecanismo no es una forma de cumplimiento específico. De modo que no hay reglas comparables en el código mexicano.

C. El *Restatement* tampoco tiene reglas específicas sobre la reparación o sustitución de las mercancías. El *Uniform Commercial Code*⁸⁸ contempla el derecho que tiene el comprador, como acreedor de la mercancía, de hacer una compra de reemplazo (*cover*) cuando no recibe mercancías o las que recibe son defectuosas. Pero no trata de la posibilidad de exigirle al vendedor que entregue mercancías sustitutas.

D. Las reglas de los *Principios* resultan desconocidas para los dos ordenamientos nacionales, pero semejantes a las de la CCIM, lo que indica que el contenido de este artículo es algo peculiar del derecho mercantil internacional. Sin embargo, el contenido de esta regla en nada se opone a la doctrina contractual contenida en ellos.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Derecho a reclamar reparación, sustitución u otra forma de subsanar el incumplimiento	Desconocida	Desconocida
(b) Limitación de este derecho a los casos que se puede exigir cumplimiento en especie.	Desconocida	Desconocida

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.

⁸⁴ Art. 1849.

⁸⁵ Arts. 2119 a 2162

⁸⁶ Esta responsabilidad la establece (art. 2142) sólo para los contratos “conmutativos”, en los que ambas partes conocen de antemano cuál es en concreto la prestación que deben (a diferencia de los contratos “aleatorios”).

⁸⁷ Art. 2144.

⁸⁸ Art. 2-712.

(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.*

A. La regla que contiene este artículo se refiere, no a los contratos, sino al procedimiento judicial en que se conocen cuestiones relativas a contratos. Dice (a) que el juez puede imponer una pena a la parte que no cumpla con una orden o sentencia. La imposición de una pena, por parte del juez, puede ser un medio adecuado para agilizar el cumplimiento de una obligación contractual. Es algo parecido a la pena convencional acordada por las partes en caso de incumplimiento. El artículo sólo admite la posibilidad de que se imponga tal pena, de modo que deja al tribunal en libertad de imponerla o no, de acuerdo con lo que prescriba la ley que lo regula (la *lex fori*).

El segundo párrafo indica (b) la preferencia de que la pena se pague a la parte perjudicada, en cuyo caso el pago de la pena no excluye el pago de otra cantidad por concepto de indemnización, aunque en el *Comentario* se dice que el tribunal, al momento de calcular el monto de la indemnización de daños y perjuicios, descontará la cantidad pagada como pena. Esta posibilidad podrá verse limitada por las leyes procesales que prohíben que las penas se paguen a las partes.

La posibilidad de imponer una pena también la tienen los tribunales arbitrales, ya que en los *Principios* la palabra "tribunal" incluye tribunal arbitral. Pero la ejecución de una pena impuesta en un laudo arbitral quedará a juicio de los jueces a quienes se les encargue y de las leyes procesales del lugar.

B y C. Ni el *Código Civil* ni el *Restatement* tienen una regla semejante.

D. La regla de este artículo es de carácter procesal o adjetivo, más que de carácter sustantivo por lo que no existen reglas comparables en los derechos contractuales.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Posibilidad de que el juez imponga una pena por incumplimiento de una sentencia	Desconocida	Desconocida
(b) Preferencia de que la pena se pague a la parte perjudicada.	Desconocida	Desconocida

Artículo 7.2.5 Cambio de pretensión

(1) *La parte perjudicada que habiendo requerido el cumplimiento de una obligación no dineraria, no la obtenga dentro del plazo fijado para ello o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otra pretensión.*

(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 otra pretensión.*

A. En su primer párrafo, el artículo dispone (a) que la parte perjudicada que exige el cumplimiento en especie del contrato, puede cambiar su pretensión y exigir otra forma de cumplimiento que, en la mayoría de los casos, sería una indemnización de los daños y perjuicios causados. El segundo párrafo contempla el caso en que ya se dictó una sentencia y el actor se da cuenta que no será posible conseguir el cumplimiento específico, y la regla que da es la misma, (b) que puede optar por otra forma de cumplimiento como lo sería la indemnización pecuniaria.

B. El *Código Civil*⁸⁹ admite que el acreedor que ha escogido exigir el cumplimiento específico del contrato, pueda cambiar y pedir la resolución e indemnización de daños y perjuicios. Esto coincide en el fondo con la regla (a) del artículo de los *Principios*. Respecto de la situación en que ya se dictó una sentencia que condena al cumplimiento en especie, se prevé en el *Código de Comercio* que la ejecución de la sentencia siempre se hace para cobrar una cantidad de dinero (una "cantidad líquida"), por lo que si la sentencia fuere de cumplimiento específico, se realiza el llamado incidente de liquidación para definir la cantidad que habrá de cobrarse. Esto hace que el actor no tenga realmente derecho a ejecutar una sentencia que condena al cumplimiento en especie, sino solamente el de forzar al deudor al pago de una cantidad de dinero.

C. El *Restatement* admite⁹⁰ (a) que el acreedor pueda cambiar el recurso conforme al cual reclama el incumplimiento del contrato, siempre que el cambio no sea incongruente (por ejemplo, de pedir la resolución del contrato a pedir su cumplimiento en especie) y que no resulte injusto para la otra parte, por ejemplo, si ésta ya hubiera hecho preparativos para cumplir en especie, sería injusto que el acreedor pudiera ahora exigir una indemnización de daños y perjuicios. Pero no tiene una regla específica para el caso de que ya se hubiera dictado sentencia, lo cual posiblemente esté contemplado en las leyes procesales.

D. La posibilidad de cambiar el recurso elegido está contemplada en el *Código* y en el *Restatement*, pero con ciertas diferencias: en el *Código* se plantea la alternativa, no entre dos formas de cumplimiento distintas, sino entre la resolución del contrato y la exigencia de su cumplimiento. En el *Restatement* se admite esa posibilidad siempre que el cambio no sea injusto para el deudor, mientras que los *Principios* sólo exigen que el deudor no hubiera pagado en el plazo suplementario fijado o en un plazo razonable. La posibilidad de cambiar una sentencia que ordena el cumplimiento específico por otra forma de cumplimiento, no cabe en el sistema procesal mercantil mexicano que ordena que toda ejecución sea para cobrar una cantidad de dinero; el *Restatement* no contempla esa posibilidad, pero quizá la consideren las leyes procesales.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Posibilidad de cambiar el recurso por incumplimiento del contrato	Semejante	Semejante

⁸⁹ Art. 1949.

⁹⁰ Art. 378.

(b) Posibilidad de variar la forma de ejecución de la sentencia. Desconocida⁹¹ Desconocida

IV. TERMINACIÓN⁹²

Artículo 7.3.1 Derecho a dar por terminado el contrato

(1) Una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales 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 no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

b) el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato;

c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

d) el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra;

e) la terminación 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 podrá dar por terminado el contrato si la otra parte no cumple antes de la expiración del plazo adicional previsto en el artículo 7.1.5.

A. Este artículo establece en primer lugar (párrafo primero) la regla de que (a) el acreedor insatisfecho puede resolver el contrato sólo en caso de incumplimiento esencial de alguna de las obligaciones contractuales.

El segundo párrafo menciona los criterios que deben observarse para determinar si el cumplimiento es esencial o no, pero no da un criterio principal para determinar qué es el incumplimiento esencial. En la CCIM, el incumplimiento esencial es aquel que priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre que el deudor hubiera previsto o debido prever tal resultado;⁹³ en este artículo de los *Principios*, dicha (b) privación sustancial de los beneficios es sólo uno de los elementos a considerar, entre los otros descritos en los demás incisos de este artículo. Los otros criterios son: (c)

⁹¹ Pero tal posibilidad es opuesta a la regla del *Código de Comercio*, de que toda ejecución será para cobrar cantidad líquida.

⁹² No parece adecuada la palabra "terminación" para designar la disolución o resolución de las obligaciones contractuales, ya que terminación parece indicar que el contrato llegó a su término, es decir que se cumplió el plazo o término de su vigencia. La palabra parece haber entrado como una mala traducción de la palabra inglesa *termination*. De ella derivan la expresión "dar por terminado el contrato", en vez de resolver el contrato.

⁹³ Art. 25.

que el cumplimiento estricto fuera esencial, como puede ser, por ejemplo, la entrega en una fecha determinada, (d) que el incumplimiento fuere intencional o temerario, de modo que un incumplimiento económicamente no muy grave podría ser considerado esencial si el deudor obró intencional o temerariamente; (e) que el incumplimiento de la parte es un signo objetivo de que el deudor no cumplirá con futuras obligaciones, por ejemplo la falta de calidad de las mercancías manufacturadas y entregadas en la primera remesa, puede ser un signo de que las siguientes remesas no tendrán tampoco la calidad convenida; (f) que la situación del deudor no resulte excesivamente desventajosa por causa de la resolución, como cuando hizo ya gastos importantes para cumplir su obligación que no pueden ser reembolsados ni compensados debidamente.

El tercer párrafo contempla la situación en que el acreedor puede resolver el contrato sin necesidad de demostrar que ha habido un incumplimiento esencial, y dispone que (g) si el deudor no ha cumplido en el plazo suplementario que le fijó el acreedor para cumplir, de conformidad con el artículo 7.1.5, el acreedor puede resolver el contrato. Es una regla igual a la que tiene la CCIM.⁹⁴

B. El *Código Civil* tiene la regla ya mencionada⁹⁵ de que (a) el incumplimiento de una parte, en los contratos bilaterales, da lugar a que la otra pueda exigir el cumplimiento o resolver el contrato y, en ambos casos, la indemnización de daños y perjuicios. A esta regla se le denomina “pacto comisorio tácito”. Pero el código mexicano no especifica qué tipo de incumplimiento da lugar a la resolución, por lo que en principio cualquier incumplimiento puede justificarla. En consecuencia, no tiene ninguna de las otras reglas (b-g) que indican criterios para juzgar si el incumplimiento es esencial.

C. El *Restatement*, de acuerdo con la doctrina de que en los contratos bilaterales el cumplimiento de la obligación de una parte es condición para exigir el cumplimiento de la otra (*concept of constructive conditions of exchange*), dice⁹⁶ que (a) en los contratos bilaterales (*exchange of promises*) si una parte quiere exigir a la otra el cumplimiento de sus obligaciones, es requisito necesario (*condition*) que la primera no haya incurrido en un incumplimiento importante (*material*) de alguna obligación que debía haber cumplido antes. Si hubiera ese incumplimiento importante, se suspende la exigibilidad de la obligación de la parte agraviada y, pasado un tiempo, sin que se remedie el incumplimiento, se libera a esta última de su obligación.⁹⁷ Ésta puede entonces resolver el contrato, siempre que el incumplimiento sea importante y que haya pasado un tiempo prudente, en el cual la otra parte pudo remediar su incumplimiento.

Las circunstancias que deben observarse para determinar si se produce un incumplimiento importante, o “esencial” en la terminología de los *Principios*, son en el *Restatement*⁹⁸ las siguientes: (b) el grado en que la parte perjudicada se ve privada de los beneficios que esperaba del contrato; (c) el grado en que los beneficios que pierde dicha parte podrían ser compensados mediante una indemnización pecuniaria; (f) la pérdida que puede sufrir la parte que no ha cumplido

⁹⁴ Art. 64.

⁹⁵ Art. 1949.

⁹⁶ Art. 237.

⁹⁷ Art. 225.

⁹⁸ Art. 241.

por los gastos hechos al disponerse a cumplir; la posibilidad de que la parte en deuda pueda subsanar su incumplimiento, y si (d) la parte en deuda actuó de forma contraria a la buena fe y lealtad en los negocios.

Para la determinación del plazo prudente que debe esperarse para que la parte en deuda subsane su incumplimiento, dice el *Restatement*⁹⁹ que deben tenerse en cuenta, además de las circunstancias arriba mencionadas, las siguientes: si la demora puede impedir a la parte perjudicada que tome medidas para reponer la prestación incumplida, y si el contrato exigía cumplimiento puntual, por ser eso algo importante.

La resolución, pasado un plazo adicional otorgado por el acreedor, no se contempla en el *Restatement*, pero puede ser libremente convenida por las partes.

D. Hay dos diferencias importantes del *Código* respecto de la regla de los *Principios*; la primera es que la resolución, de acuerdo con el *Código*, se produce, no por declaración de la parte perjudicada, como lo disponen en los *Principios*, sino por la decisión del juez; sin embargo, suele convenirse, en muchos contratos, que una de las partes, por ejemplo el vendedor de una cosa a crédito, pueda resolver unilateralmente el contrato, en caso de incumplimiento, sin necesidad de la intervención judicial, convenio que se denomina "pacto comisorio expreso". La otra es que no exige un incumplimiento calificado para poder resolver el contrato, sino que en principio cualquier incumplimiento contractual da derecho a la resolución.

La doctrina del *Restatement* es semejante a la de los *Principios*. Ambos requieren un incumplimiento calificado, llamado *material* en el primero y "esencial" (*fundamental* en la versión inglesa) en los *Principios*. Parece que éstos exigen un incumplimiento más grave que el que requiere el primero, pues el criterio principal para determinarlo, que es la privación del beneficio que la parte agraviada tendría derecho a esperar, debe ser en las reglas internacionales una privación "sustancial", mientras que en las reglas americanas no se califica.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Regla de resolución por incumplimiento esencial	Diferente	Semejante
(b) Considerar si hay una privación sustancial de beneficios	Desconocida	Semejante
(c) Considerar si el cumplimiento estricto fuera esencial	Desconocida	Semejante
(d) Considerar si el incumplimiento fuera intencional o temerario	Desconocida	Semejante
(e) Considerar si el incumplimiento hace prever incumplimientos futuros	Desconocida	Desconocida
(f) Considerar si la pérdida que sufre por la resolución la parte que incumple es desproporcionada	Desconocida	Semejante

⁹⁹ Art. 242.

(g) Resolución por falta de cumplimiento en plazo adicional. Desconocida Desconocida

Artículo 7.3.2 Comunicación de la terminación

(1) El derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercerá mediante una comunicación a la otra parte.

(2) Si la prestación hubiere sido ofrecida tardíamente o haya¹⁰⁰ sido defectuosa, la parte perjudicada perderá el derecho a dar por terminado el contrato a menos que comunique su decisión en tal sentido a la otra parte en un periodo razonable después de que supo o debió saber de la prestación defectuosa <o del ofrecimiento de cumplimiento tardío>.¹⁰¹

A. El artículo aclara, en primer lugar, (a) que la resolución se produce por declaración de la parte agraviada (párrafo primero). Ciertamente que la declaración puede ser infundada y revisada posteriormente por un tribunal, pero la decisión la toma la parte agraviada. El segundo párrafo simplemente asienta que (b) la comunicación de resolución debe darse en un plazo razonable a partir de que la parte agraviada conoció o debió conocer el incumplimiento o el ofrecimiento de cumplimiento tardío.

B. De conformidad con el *Código Civil*, (a) la resolución la declara el juez. Esto no está expresamente previsto, como lo estaba en los códigos anteriores, lo que ha hecho que algún autor diga que basta la declaración de la parte agraviada, pero en la práctica judicial son los tribunales quienes regularmente la declaran. Sin embargo se acepta que la parte agraviada la pueda declarar si así lo dispone la ley, por ejemplo el arrendatario ante el incumplimiento del arrendador de hacer las reparaciones necesarias,¹⁰² o lo convienen las partes (“pacto comisorio expreso”). (b) Cuando la resolución se pide al juez, no hace falta comunicar la intención de resolver a la otra parte que recibirá oportunamente notificación de la demanda; cuando la resolución la declara una de las partes, evidentemente debe comunicarle su intención a la otra, de acuerdo con lo que hayan convenido en el contrato. No se contempla un plazo específico para declarar o pedir la resolución.¹⁰³

C. Según el *Restatement*, (a) la parte agraviada es la que, primero, suspende el cumplimiento de sus propias obligaciones y luego, pasado el tiempo prudente para que la otra parte tenga oportunidad de subsanar el incumplimiento, declara resuelto el contrato. Conforme al punto de vista de esta doctrina, el hecho de que la parte agraviada no declare resuelto el contrato, significa que acepta el cumplimiento o la demora de la otra parte y, por lo tanto, que hace una renuncia

¹⁰⁰ En vez de “haya”, debiera decir “hubiere”, para concordar con el primer verbo.

¹⁰¹ Las palabras entre corchetes agudos <> deben agregarse de conformidad con la versión inglesa que se refiere al conocimiento de la oferta de cumplimiento (*offer*) o del cumplimiento defectuoso (*non-conforming performance*).

¹⁰² Art. 2416.

¹⁰³ El *Código de Comercio* (art. 1047) señala un plazo de prescripción general de 10 años para todas las acciones, como la de resolución del contrato, que no tienen un plazo específico.

(*waiver*) de su facultad de resolver el contrato. La cuestión del plazo, si las partes no convinieron uno, se resuelve por decisión del juez, que considerará¹⁰⁴ (b) un plazo razonable en atención a las circunstancias, tomando en cuenta el tiempo que requeriría la parte en deuda para subsanar su incumplimiento.¹⁰⁵

D. Nuevamente, en este tema de la resolución del contrato, el *Código* difiere y el *Restatement* coincide con los *Principios*.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) La resolución la declara la parte agraviada	Diferente	Semejante
(b) En un plazo razonable a partir del conocimiento del incumplimiento.	Desconocida	Semejante

Artículo 7.3.3 Incumplimiento anticipado

Si con anterioridad a la fecha de cumplimiento de una de las partes queda claro que habrá un incumplimiento esencial (por la otra parte),¹⁰⁶ la otra puede dar por terminado el contrato.

A. Este artículo permite (a) la resolución del contrato, antes de que se produzca el incumplimiento, cuando el acreedor prevé fundadamente que la otra parte incurrirá en incumplimiento esencial. Es una regla que permite evitar gastos y pérdidas a ambas partes. Un caso claro en que operaría es cuando una de las partes declara que no cumplirá su obligación, o que la cumplirá de manera no conforme con el contrato. Lo principal es que la previsión de cumplimiento sea clara, es decir fundada en hechos probados, y no una mera conjetura.

B. El *Código Civil* no tiene disposiciones sobre previsión de incumplimiento.

C. El *Restatement* tiene una sección sobre el tema.¹⁰⁷ La cuestión se planteó en el *common law* a partir del caso en que una parte declara, antes de que su obligación sea exigible, que no cumplirá (*repudiation*). El *Restatement*¹⁰⁸ (a) acepta que el repudio (*repudiation*) puede ser mediante una declaración del deudor o mediante un acto suyo que lo pone en situación de no poder cumplir con el contrato, por ejemplo el vendedor de un terreno que antes de la fecha de entrega vende y entrega el mismo terreno a otro comprador. Ambos casos corresponden a la noción de previsión de incumplimiento del artículo de los *Principios*. Puede haber diferencias en cuanto al juicio acerca de si la previsión de incumplimiento, o *repudiation* por conducta en la terminología del *Restatement*, es fundada: los *Principios* dicen que debe quedar claro que se producirá el incumplimiento esencial; el *Restatement* dice que debe darse un acto voluntario y

¹⁰⁴ Art. 225 *comment a* y art. 204.

¹⁰⁵ Art. 242.

¹⁰⁶ Las palabras puestas entre paréntesis deben suprimirse, de conformidad con el sentido de la versión inglesa.

¹⁰⁷ Chapter 10, topic 3: *Effect of prospective non performance*.

¹⁰⁸ Art. 250.

positivo (*voluntary affirmative act*) del deudor que lo haga incapaz o aparentemente incapaz de cumplir, de modo que la mera demora en los actos preparatorios del cumplimiento, la cual no es un acto positivo, o la dificultad financiera involuntaria causada, por ejemplo, por una devaluación, no constituyen un repudio.¹⁰⁹

El *Restatement* atribuye¹¹⁰ dos efectos al repudio: descarga a la otra parte del cumplimiento de sus obligaciones y genera la responsabilidad de la parte que repudia de pagar todos los daños y perjuicios que cause su incumplimiento (*claim for damages for total breach*), es decir los efectos propios de la resolución del contrato.

D. El *Código* desconoce la resolución por previsión de incumplimiento, mientras que el *Restatement* la trata con más detalle que los *Principios*.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Resolución por previsión de incumplimiento.	Desconocida	Semejante

Artículo 7.3.4 Garantía adecuada de cumplimiento

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial, podrá exigir garantía adecuada de cumplimiento y, mientras tanto, podrá suspender su propia prestación. Si esta garantía no se otorga en un plazo razonable, la parte que la exige podrá dar por terminado el contrato.

A. Este artículo complementa el anterior. En este último, cuando resulta claro que una parte incurrirá en incumplimiento esencial, la otra puede declarar resuelto el contrato. En este otro artículo, se contempla el caso en que una parte tiene la presunción fundada de que la otra no cumplirá. La diferencia entre uno y otro supuesto es el grado de certeza de la previsión, que es menor en este segundo supuesto que en el primero. La parte amenazada por el posible incumplimiento puede no estar segura de que la otra parte efectivamente incumplirá, o no tener interés en resolver el contrato sin dar otra oportunidad para cumplir; este artículo le permite (a) suspender el cumplimiento de sus obligaciones y (b) exigir a la otra parte que le dé garantías suficientes de que cumplirá y, en caso contrario, resolver el contrato. Es una disposición semejante a la de los artículos 71 y 72 de la CCIM.

B. El *Código* no tiene disposiciones sobre previsión de incumplimiento.

C. El *Restatement*¹¹¹ tiene una disposición igual que dice que el acreedor que prevé con fundamento que el deudor incurrirá en un incumplimiento grave, puede (a) suspender el cumplimiento de sus obligaciones, pero sólo cuando sea razonable, y (b) pedir que le dé garantías adecuadas de cumplimiento, y en caso

¹⁰⁹ FARNSWORTH, A. *Contracts 2nd* (Boston 1990) 665.

¹¹⁰ Art. 253.

¹¹¹ Art. 251.

de no hacerlo, se considera que el deudor ha manifestado su voluntad de no cumplir el contrato (*repudiation*).

D. El *Código* desconoce la regla y el *Restatement* tiene una igual, salvo la restricción en cuanto a la posibilidad de suspender el cumplimiento de las obligaciones que sólo se admite si es razonable.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Suspensión del cumplimiento de las obligaciones por previsión de incumplimiento de la otra parte	Desconocida	Semejante
(b) Posibilidad de exigir garantías ante la previsión de incumplimiento.	Desconocida	Igual

Artículo 7.3.5 Efectos generales de la terminación

(1) *La terminación del contrato releva a las partes de la obligación de efectuar y aceptar prestaciones futuras.*

(2) *La terminación no excluye el derecho al resarcimiento por incumplimiento.*

(3) *La terminación no altera las disposiciones contractuales relativas a la resolución de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a tener efecto aun después de su terminación.*

A. El artículo señala los siguientes efectos de la resolución del contrato: (a) libera a las partes del cumplimiento de sus obligaciones futuras, pero no de las anteriores; (b) genera la responsabilidad, para la parte que incumple, de pagar la indemnización de daños y perjuicios. El párrafo tres, con el objeto de evitar la discusión de si las reglas e instancias para solución de controversias previstas en el contrato siguen en vigor o se extinguen a causa de la resolución, aclara que (c) dichas cláusulas siguen en vigor. Los mismos efectos están previstos en la CCIM.¹¹²

B. El *Código Civil* contempla la resolución del contrato desde la perspectiva de contener obligaciones sujetas a una condición resolutoria implícita (pacto comisorio tácito), y como no tiene reglas especiales para determinar los efectos de la resolución del contrato causada por un incumplimiento, deben seguirse las reglas sobre el efecto de la condición resolutoria. El efecto es¹¹³ (a) volver las cosas “al estado que tenían, como si esa obligación no hubiese existido”. Entonces, el efecto es la liberación retroactiva de las obligaciones de las partes, y no sólo respecto al futuro, de modo que las dos están obligadas a restituirse cuanto se hubieran dado por efecto del contrato. Esta regla llevaría a la conclusión (c) de que las cláusulas sobre solución de controversias se extinguen lo mismo que

¹¹² Art. 81-1.

¹¹³ Art. 1940.

las demás disposiciones del contrato. Además dispone¹¹⁴ (b) que el acreedor agraviado que resuelve el contrato puede exigir una indemnización de daños y perjuicios.

C. El *Restatement* trata los efectos como derivados, no de la resolución, sino del incumplimiento o bien del repudio verbal o de hecho (*repudiation*) a cumplir la obligación contractual. El incumplimiento grave (*material breach*) hace¹¹⁵ (a) que la parte agraviada quede exonerada de sus obligaciones pendientes (*remaining duties*) y que (b) la parte en deuda quede obligada a pagar una indemnización de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento total (*claim for damages for total breach*); cuando el incumplimiento no es grave ni da lugar a la liberación de las obligaciones de la otra parte, la indemnización de daños y perjuicios se calcula sobre la base de un incumplimiento parcial del contrato.¹¹⁶ Los efectos del repudio (*repudiation*) son esos mismos.¹¹⁷ No hay en el *Restatement* (c) una disposición expresa respecto de la supervivencia de las cláusulas de solución de controversias, pero como no se habla de resolución o terminación del contrato, sino sólo de suspensión o descargo de las obligaciones no cumplidas por la parte agraviada, no hay motivo para pensar que dichas cláusulas pierdan eficacia.

D. Los efectos de la resolución son en el *Restatement* semejantes a los previstos en los *Principios*; ambos se refieren a la resolución exclusivamente de las obligaciones futuras y al pago de daños y perjuicios; en cambio, el *Código* habla de resolución con efectos retroactivos, lo que impide la supervivencia de las cláusulas de solución de controversias.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Liberación de las obligaciones por efecto de la resolución del contrato	Diferente	Semejante
(b) Obligación de pagar daños y perjuicios por la resolución del contrato	Igual	Semejante
(c) Declaración de supervivencia de las cláusulas de solución de controversias.	Desconocida	Desconocida

Artículo 7.3.6 Restitución

(1) *A la terminación del contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en razón de dicho contrato, siempre y cuando restituya a la vez lo que recibió. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacer una compensación en dinero, siempre que sea razonable.*

¹¹⁴ Art. 1949.

¹¹⁵ Art. 243(1) *comment a* y art. 225(2).

¹¹⁶ Art. 243(3).

¹¹⁷ Art. 253.

(2) Con todo, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, dicha restitución cabrá sólo en relación a lo dado y recibido con posterioridad a la terminación del contrato.

A. La restitución de lo recibido por causa de un contrato posteriormente resuelto se trata aquí como una posibilidad y no como un efecto de la resolución del contrato. Cualquiera de las partes, dice el primer párrafo, (a) puede reclamar la restitución de lo dado, si a su vez restituye lo recibido. La restitución debe hacerse en especie, y si no es posible, mediante la entrega de su valor equivalente en dinero. El segundo párrafo (b) limita la restitución a lo que las partes se hubieran dado después de la resolución, cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, que genera obligaciones que se cumplen en diversos momentos, como un contrato de distribución.

B. En el *Código*, la restitución es una consecuencia del efecto retroactivo de la resolución del contrato,¹¹⁸ de modo que está implícitamente pedida cuando aquélla se pide al juez. Esta es una diferencia importante con el régimen de los *Principios* que contempla la restitución como una posibilidad que puede ser invocada o no, a juicio del actor.

El *Código* no tiene reglas específicas sobre la forma de hacer la restitución derivada de la resolución del contrato, pero pueden ser aplicables, por analogía, las reglas sobre la restitución en caso de enriquecimiento "ilegítimo",¹¹⁹ especialmente las que se refieren a quien recibe algo con buena fe,¹²⁰ como es el caso de quien recibe algo por virtud de un contrato. La regla general es que (a) quien recibe debe restituir lo que hubiera recibido y en la medida de su enriquecimiento;¹²¹ si recibe una cosa, debe restituir la misma y, en caso de haberla enajenado, su precio;¹²² si recibe una prestación, debe pagar una cantidad equivalente, no al valor de la prestación, sino al enriquecimiento o beneficio que hubiera tenido. El *Código* no tiene una regla específica (b) sobre la restitución en contratos de tracto sucesivo, pero el principio general de que la restitución se hace en la medida del propio enriquecimiento, puede dar lugar a la misma solución de los *Principios*, pues lo que las partes hubieran dado antes de la resolución del contrato se compensa con lo que hubieran recibido.

C. El *Restatement* contiene una sección especial sobre la restitución en materia de contratos¹²³ donde se contemplan varios supuestos de restitución. La idea subyacente es que la restitución es un medio, no para proteger las expectativas contractuales, para lo cual están la acción de cumplimiento específico o la de indemnización de daños y perjuicios, sino para evitar el enriquecimiento injusto de alguna de las partes. En el caso de resolución del contrato por incumplimiento la regla es¹²⁴ (a) que la parte agraviada por el incumplimiento tiene derecho a exigir la restitución de cualquier beneficio que hubiera conferido a la

¹¹⁸ Art. 1940.

¹¹⁹ Art. 1882 y ss.

¹²⁰ Art. 1887.

¹²¹ Art. 1882.

¹²² Arts. 1883 y 1887.

¹²³ *Topic 4, Chapter 16*. Hay además todo un *Restatement* sobre el tema de restitución.

¹²⁴ Art. 373(1).

otra por causa del contrato, salvo que ésta debiera únicamente una cantidad de dinero, y la primera ya hubiera cumplido la totalidad de sus obligaciones; en este supuesto, la restitución no es razonable, pues el interés del acreedor está en recibir una cantidad de dinero; esta situación parece comprendida en la frase final del primer párrafo de los *Principios*, que dice que la restitución no es debida sino que es apropiada.

Tampoco tiene una regla específica para el caso de contratos de tracto sucesivo, pero se puede llegar a la regla de los *Principios* de que sólo se restituye lo dado con posterioridad a la resolución del contrato, aplicando el criterio de restitución en la medida del beneficio otorgado, pues en los contratos de tracto sucesivo, los beneficios, mientras se cumple el contrato, son recíprocos.

D. El *Código* y el *Restatement* coinciden en el planteamiento de que la restitución debe hacerse en la medida del beneficio otorgado, a diferencia de los *Principios* que se refieren a la restitución de lo entregado. La diferencia es quizá sólo formal, pues en el fondo todos se refieren a la restitución de la cosa dada o su valor. Es más importante la diferencia que tiene el *Código* respecto de los *Principios* y el *Restatement* en cuanto que el primero contempla la restitución como un efecto inmediato o necesario de la resolución del contrato, y estos otros sólo como una posibilidad que tiene el acreedor agraviado.

No tienen los dos ordenamientos nacionales una regla explícita para el caso de resolución de contratos de tracto sucesivo, como la que tienen los *Principios*.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Restitución de lo dado o su valor en dinero	Semejante	Semejante
(b) Restitución en caso de contratos de tracto sucesivo	Desconocida	Desconocida

V. RESARCIMIENTO

Artículo 7.4.1 Derecho al resarcimiento

Todo incumplimiento otorga a la parte perjudicada un derecho al resarcimiento, ya sea exclusivo o en concurrencia con otras pretensiones, salvo que el incumplimiento fuere excusable conforme a estos Principios.

A. El artículo establece: (a) la regla general de que el incumplimiento genera la obligación de indemnizar o resarcir los daños y perjuicios causados; en los siguientes artículos se determina el alcance y forma de calcular el monto del resarcimiento. Además establece: (b) que el resarcimiento de daños y perjuicios puede reclamarse como acción independiente o en concurrencia con otros recursos, como puede ser la acción de cumplimiento específico o la de restitución, y (c) que si el incumplimiento es excusable, por causa de fuerza mayor (artículo 7.1.7) o de una cláusula de exoneración (artículo 7.1.6), no cabe exigir el resarcimiento.

B. En el ya varias veces citado pacto comisorio tácito previsto en el *Código*,¹²⁵ se faculta al acreedor, ante el incumplimiento de una obligación contractual, a exigir la resolución del contrato o su cumplimiento y, en ambos casos, una indemnización de los daños y perjuicios. En consecuencia se admite la regla (a) de que el acreedor puede exigir una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato; sin embargo hay una diferencia teórica. En los *Principios* el resarcimiento se debe sin más, por mero efecto del incumplimiento; en el *Código Civil* el resarcimiento es consecuencia, no del incumplimiento, sino de la resolución del contrato. La concurrencia del resarcimiento con otros recursos (b) también está prevista en el *Código* en el mismo artículo que dice que la acción de cumplimiento específico concurre con el resarcimiento de daños y perjuicios; en otro artículo¹²⁶ señala que el resarcimiento es concurrente con la restitución. La regla (c) de que el resarcimiento no se debe cuando el incumplimiento es excusable (por fuerza mayor o cláusula de exoneración de responsabilidad) se corresponde con la disposición que dice¹²⁷ que nadie está obligado al caso fortuito y la que permite limitar la responsabilidad, salvo la derivada del dolo.

C. El *Restatement*¹²⁸ tiene una regla general (a) igual, que da al acreedor el derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios por cualquier incumplimiento contractual. La regla (b) de que el resarcimiento es concurrente con la acción de cumplimiento específico deriva, en la doctrina del *Restatement*, de la misma naturaleza del resarcimiento, que se entiende¹²⁹ como una forma de poner a la parte perjudicada en la misma situación económica que tendría de haberse cumplido el contrato o, en otras palabras, de proteger sus expectativas en el cumplimiento del contrato (*expectation interest*); la regla se reconoce explícitamente en el *Restatement*,¹³⁰ donde dice que el resarcimiento es concurrente con el cumplimiento específico. El *Restatement* acepta que hay casos en los que no obstante el incumplimiento no se pueden exigir daños y perjuicios, pero los considera, no a la luz de la doctrina de la fuerza mayor, sino conforme a la doctrina de la impracticabilidad o frustración del contrato.¹³¹

D. Hay coincidencias en cuanto a los efectos de las reglas, pero diferencias en los planteamientos. Los *Principios* y el *Restatement* ven la acción indemnizatoria como una consecuencia directa del incumplimiento, mientras que el *Código* la presenta como consecuencia de la resolución del contrato e indirectamente del incumplimiento. Los *Principios* y el *Código* acogen la teoría de exoneración de responsabilidad por fuerza mayor, mientras que el *Restatement* sigue la de la impracticabilidad o frustración del contrato.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Acción para reclamar indemnización por incumplimiento contractual	Semejante	Igual

¹²⁵ Art. 1949.

¹²⁶ Art. 2107.

¹²⁷ Art. 2111.

¹²⁸ Art. 346(1).

¹²⁹ Art. 344(a).

¹³⁰ Art. 358(2).

¹³¹ Arts. 261 y ss.

(b) Concurrencia de la indemnización con la acción de cumplimiento	Igual	Igual
(c) Exoneración de responsabilidad por fuerza mayor.	Igual	Semejante

Artículo 7.4.2 Reparación integral

(1) *La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño derivado del incumplimiento. Este daño comprende tanto cualquier pérdida sufrida, así como cualquier ganancia de la que se haya visto privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera obtenido al evitar gastos o daños.*

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

A. El primer párrafo establece: (a) la regla de que el resarcimiento es integral (*full compensation*), es decir que comprende los daños y perjuicios o ganancias dejadas de obtener. Exige (b) que los daños y perjuicios sean causados o “derivados” del incumplimiento. Y señala (c) que para fijar el monto del resarcimiento deberá considerarse lo que la parte perjudicada hubiera dejado de gastar como consecuencia del incumplimiento (por ejemplo, lo que se ahorra al no pagar almacenaje para las mercancías que no se entregaron) o lo que hubiera ganado con ello (por ejemplo, al poder vender las mercancías entregadas tardíamente a un precio mayor que si se hubieran entregado a tiempo); la idea de esta regla es que la parte perjudicada por el incumplimiento no debe enriquecerse con la indemnización de daños y perjuicios.

El segundo párrafo aclara (d) que los daños objeto de resarcimiento no son solo los pecuniarios, sino también el sufrimiento físico y la angustia emocional.

B. El *Código Civil* reconoce la regla (a) de que el resarcimiento incluye los daños o pérdidas y los perjuicios o privación de cualquier ganancia.¹³² Tiene también el requisito (b) de que los daños y perjuicios sean derivados, es decir sean “consecuencia inmediata y directa” del incumplimiento.¹³³ Pero desconoce la regla (c) de deducir del monto del resarcimiento los gastos que el perjudicado se hubiera ahorrado o los beneficios que hubiera recibido a causa del mismo incumplimiento. La inclusión (d) del sufrimiento físico y de la angustia emocional en el concepto de daño la reconoce el *Código* donde trata¹³⁴ del “daño moral”, que incluye la afectación de los “sentimientos” de una persona, pero exige que sea causado por un hecho u omisión “ilícitos”, y es exigible por responsabilidad extracontractual o contractual.

C. El *Restatement* contiene¹³⁵ la regla (a) del resarcimiento integral, que procura resarcir a la parte perjudicada en la medida de su interés en el cumplimien-

¹³² Arts. 2107-2109.

¹³³ Art. 2110.

¹³⁴ Art. 1916.

¹³⁵ Art. 347.

to del contrato (*expectation interest*); éste se mide considerando la pérdida sufrida directamente por el incumplimiento (*loss in value*),¹³⁶ y también el valor de la ganancia dejada de obtener, pero incluye también¹³⁷ cualquier otro gasto incidental (*incidental loss*,¹³⁸ como los gastos para almacenar mercancías que no son conformes con el contrato y que van a devolverse) y los daños que cause el incumplimiento a personas o propiedades (*consequential loss*, como los que produce una maquinaria comprada que estalla por defecto de su fabricación). Igual que los *Principios*, exige¹³⁹ (b) que los daños sean causados por el incumplimiento. Admite¹⁴⁰ la limitación (c) de que del monto del resarcimiento se deduzcan los gastos no erogados como consecuencia del incumplimiento así como las ganancias obtenidas (o pérdidas evitadas). Y acepta la inclusión como daños (d) del sufrimiento físico y la angustia emocional, pero sólo en el caso de que el incumplimiento del contrato haya causado lesiones corporales o una grave (*serious*) angustia emocional.

D. En general, la regla de reparación integral prevista en este artículo de los *Principios* se reconoce en ambos derechos, aunque las categorías para medir el monto del resarcimiento son diferentes. El *Código Civil* habla de “daños y perjuicios”, mientras que el *Restatement* habla de *loss in value*, *incidental loss* y *consequential loss*. El texto del artículo de los *Principios* admite que el cálculo se haga conforme a cualquiera de los dos métodos, que no tienen por qué llevar a resultados diferentes. La regla de deducir del monto de la indemnización, el valor de los gastos que el acreedor evitó o las ganancias que obtuvo por el incumplimiento se reconoce en el *Restatement*, pero no en el *Código*. Y la inclusión del sufrimiento físico y daño emocional se contempla en ambos derechos, aunque con criterios diferentes.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Indemnización integral que incluye daños y perjuicios	Igual	Igual
(b) Requisito de nexo causal entre daño e incumplimiento.	Igual	Igual
(c) Consideración de gastos evitados y ganancias obtenidas por el incumplimiento	Desconocida	Igual
(d) Inclusión del sufrimiento físico y angustia emocional como daño.	Semejante	Semejante

¹³⁶ Art. 347(a).

¹³⁷ Art. 347(b).

¹³⁸ Dice el *comment c* de este párrafo que *incidental losses include costs...*, por lo que se afirma que este tipo de pérdida son “gastos”.

¹³⁹ Art. 347(a) y (b).

¹⁴⁰ Art. 347(c).

Artículo 7.4.3 Certeza del daño

(1) *Solamente es resarcible el daño que pueda determinarse con un grado razonable de certeza, aun cuando sea futuro.*

(2) *La pérdida de expectativas podrá resarcirse en la medida de la probabilidad de éstas.*

(3) *Cuando no pueda establecerse la cuantía de los daños con suficiente certeza, quedará a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.*

A. El artículo en su primer párrafo afirma (a) la regla de “certeza del daño”, es decir que sólo se resarcen los daños efectivamente causados y demostrados, pero añade (b) que también se resarcen los daños futuros cuando pueda razonablemente determinarse que ocurrirán. El segundo párrafo afirma (c) que la pérdida de expectativas se resarce en la medida en que pudieren ocurrir. Y el tercer párrafo proporciona una regla alterna (d) que mitiga el efecto de la regla de certeza del daño, y es que deja al arbitrio del tribunal la fijación de la cuantía cuando no puede establecerse con suficiente claridad por los medios de prueba a disposición de las partes.

B. El *Código Civil*, congruente con la distinción entre daños y perjuicios, establece¹⁴¹ (a) que el daño resarcible es el daño “sufrido”, lo cual supone que sea un daño efectivamente acaecido y además demostrado, por lo que viene a ser la misma regla de certeza del daño, pero no hace referencia a (b) los daños futuros y probables; la pérdida de expectativas (c) queda incluida¹⁴² como un perjuicio o ganancia que “debiera haberse obtenido”; esta expresión no supone que la ganancia debía haberse obtenido en el momento o antes de que se produzca el incumplimiento del contrato, sino que puede abarcar ganancias que se debieran haber obtenido posteriormente, es decir expectativas de ganancias. La regla (d) de discreción del tribunal para fijar la cuantía del resarcimiento cuando el monto no pueda determinarse con certeza, no la expresa este *Código*, pero tampoco la rechaza abiertamente.

C. El *Restatement* tiene expresamente¹⁴³ (a) la regla de certeza del daño (*certainty rule*), donde dice que sólo pueden resarcirse las pérdidas (*losses*) que las pruebas puedan demostrar con un grado razonable de certeza. No hace referencia expresa a (b) los daños futuros y probables. Acepta¹⁴⁴ (c) que se consideren las pérdidas de expectativas (*lost profits*). Y explica que cuando hay dudas en cuanto al monto del resarcimiento, se tiende a favorecer a la parte perjudicada antes que a la parte que ha incumplido el contrato, por lo que (d) se deja al tribunal que determine la cuantía, en vez de negar el resarcimiento por dificultad de la prueba de la cuantía del daño.

¹⁴¹ Art. 2108.

¹⁴² Art. 2109.

¹⁴³ Art. 352.

¹⁴⁴ Art. 352 *comment b*.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Regla de certeza de daño	Igual	Igual
(b) Inclusión de daños futuros	Desconocida	Desconocida
(c) Inclusión de pérdida de expectativas	Semejante	Semejante
(d) Referencia al arbitrio judicial.	Desconocida	Igual

Artículo 7.4.4 Previsibilidad del daño

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente podría haber previsto al momento de la celebración del contrato como consecuencia probable del incumplimiento.

A. El artículo (a) limita la responsabilidad por los daños causados a los daños que el deudor previó o que podía haber previsto al momento de la celebración del contrato. La misma regla la tiene el artículo 74 de la CCIM. La razón de esta limitación es no cargar al deudor con la responsabilidad por daños que no pudo prever y respecto de los cuales no pudo asegurarse.

B. El *Código Civil* no tiene una regla semejante.¹⁴⁵

C. El *Restatement*¹⁴⁶ tiene la misma regla, pero más desarrollada, ya que señala qué se entiende por daño o pérdida previsible y da criterios conforme a los cuales el tribunal pueda reducir el monto del resarcimiento.

D. La regla parece haber sido tomada del derecho americano y de ahí haber pasado a la CCIM de donde fue tomada por los redactores de los *Principios*.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Limitación al daño previsto o previsible.	Desconocida	Igual

Artículo 7.4.5 Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo

La parte perjudicada que dio por terminado el contrato y efectuó una operación de reemplazo en término y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de otros daños adicionales.

A. El artículo fija (a) una regla para el cálculo del resarcimiento cuando la parte afectada hace una operación de reemplazo. La regla corresponde al artículo 75 de la CCIM. Primero establece el supuesto fáctico: que la parte perjudica-

¹⁴⁵ En el capítulo sobre el incumplimiento de las obligaciones (arts. 2104 a 2118), define el daño como el menoscabo sufrido a consecuencia del incumplimiento de una obligación, pero no da reglas para calcular el monto de la indemnización del daño.

¹⁴⁶ Art. 351(1).

da por un incumplimiento, haya resuelto el contrato y hecho una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, y luego indica la consecuencia de que podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio naturalmente más alto de la operación de reemplazo; finalmente añade que la parte perjudicada podrá exigir el resarcimiento de otros daños no comprendidos en el sobreprecio que tuvo que pagar.

B. El *Código Civil* tampoco tiene esta regla expresa, pero en nada se opone a ella.

C. El *Restatement* tampoco la expresa, pero puede considerarse una regla implícita, ya que afirma que la parte perjudicada por el incumplimiento de un contrato, debe tomar medidas para evitar o reducir sus pérdidas, y entre esas medidas contempla las operaciones de reemplazo (*substitute transactions*).¹⁴⁷

D. Aunque la regla de este artículo no está expresa en el *Código* ni en el *Restatement*, se puede considerar que ambos ordenamientos la aceptan, pues no es más que una forma de probar los daños y calcular el monto del resarcimiento, de acuerdo con la regla de certeza del daño.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Cálculo del resarcimiento por operación de reemplazo.	Semejante	Semejante

Artículo 7.4.6 Prueba del daño por el precio corriente

(1) Si la parte perjudicada que dio por terminado el contrato y no efectuó una operación de reemplazo,¹⁴⁸ pero la prestación contractual tiene un precio corriente, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la terminación del contrato, así como el resarcimiento de cualquier daño adicional.

(2) Precio corriente es el 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 dicha plaza, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como punto de referencia.

A. El artículo es igual a otro¹⁴⁹ de la CCIM. Establece en su primer párrafo otra (a) regla para calcular el resarcimiento cuando la parte agraviada no ha hecho una operación de reemplazo, pero ésta es posible: el daño equivale a la diferencia entre el precio del contrato y el precio "corriente" que tendría la posible operación de reemplazo. El segundo párrafo expresa (b) la definición de precio corriente: el generalmente cobrado en el lugar donde debía cumplirse el contrato

¹⁴⁷ Art. 350 *comment c*.

¹⁴⁸ La redacción de esta primera frase no es muy afortunada, quedaría más clara en estos términos: "Si una parte perjudicada dio por terminado el contrato y no efectuó una operación de reemplazo, pero la prestación contractual..."

¹⁴⁹ Art. 76.

o, si ahí no lo hubiera, en otro lugar que resulte razonable tomar como punto de referencia.

B. El *Código* desconoce la regla y la definición subsiguiente.

C. Igualmente el *Restatement*.

D. La regla de este artículo para el cálculo del resarcimiento también puede considerarse implícita en ambos ordenamientos ya que es conforme con la regla de certeza del daño que ambos contienen.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Cálculo del daño por referencia s posible operación de reemplazo	Semejante	Semejante
(b) Definición de precio corriente de operación de reemplazo.	Semejante	Semejante

Artículo 7.4.7 Daño imputable parcialmente a la parte perjudicada

Quando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro evento cuyo riesgo ella asumió, 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.

A. El artículo señala la regla (a) de que no deben resarcirse los daños que son causados, en alguna medida, por un acto u omisión de la parte perjudicada, ni tampoco (b) los daños parcialmente causados por un acontecimiento cuyo riesgo ella asumió. Debe leerse en relación con el artículo 7.1.2 que exonera de responsabilidad por incumplimiento cuando éste fue totalmente causado por un acto u omisión del acreedor o por un evento cuyo riesgo él asumió. La diferencia entre ambos es que el artículo 7.1.2 contempla el caso de que el deudor está totalmente exonerado de responsabilidad por el incumplimiento, mientras que en este otro la exoneración es sólo parcial. En consecuencia, el artículo 7.4.7 indica que del monto total de las pérdidas, debe deducirse la cantidad que corresponda a las pérdidas causadas en parte por actos u omisiones del acreedor o por acontecimientos cuyo riesgo él asumió. Como las pérdidas contemplados en este artículo tienen varias causas, el artículo finalmente dispone (c) que el juez tendrá en consideración la conducta de ambas partes.

B. El *Código Civil* no tiene (a) una regla formulada expresamente que disponga la reducción del monto de la indemnización cuando el daño se deba en parte a actos u omisiones de la parte perjudicada, pero su contenido está implícito en la regla que dice,¹⁵⁰ respecto de las obligaciones de dar una cosa, que si ésta se deteriora por “culpa” del acreedor, es decir por causa de actos u omisiones suyas,¹⁵¹ el deudor se libera entregando la cosa en el estado en que se encuentre, es decir no responde de los daños; aunque esta regla se refiere expre-

¹⁵⁰ Art. 2017-IV.

¹⁵¹ Art. 2025.

samente a las obligaciones de dar una cosa, nada impide, en la lógica de este *Código*, que se aplique analógicamente respecto de las obligaciones de hacer.

Tampoco tiene una regla expresa (*b*) que indique que no son resarcibles los daños causados por eventos cuyo riesgo asumió el acreedor, pero el contenido es semejante a la regla que dice¹⁵² que quien asume el riesgo de un caso fortuito responde de sus consecuencias, pues lleva a la conclusión de que si el acreedor asumió el riesgo de esos eventos ha de asumir los daños consecuentes, cuyo resarcimiento no podrá exigir al deudor.

Carece igualmente de la indicación de que (*c*) el juez tome en cuenta la conducta de las partes para calcular el monto de la indemnización, pero en nada se opone a ella.

C. El *Restatement* no tiene una regla expresa igual a la regla (*a*), pero tiene otra¹⁵³ que limita la responsabilidad por daños excluyendo la de aquellos que el acreedor pudo evitar; si el deudor no es responsable por daños que el acreedor pudo evitar, menos será responsable por daños que el acreedor causó. En cuanto a la regla (*b*) que limita responsabilidad por los daños derivados de sucesos cuyo riesgo asumió el acreedor, tampoco hay una regla expresa, pero está implícita en aquella otra¹⁵⁴ que reconoce que la parte que asume el riesgo de un suceso soporta sus consecuencias. Tampoco hace referencia expresa a (*c*) que el juez tome en cuenta la conducta de las partes, pero esto es algo implícito.

D. El contenido del artículo de los *Principios*, aunque no está mencionado expresamente, es aceptado en ambos ordenamientos.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Limitación del resarcimiento por daños causados por actos u omisiones del acreedor	Semejante	Semejante
(b) Limitación del mismo por daños a riesgo del acreedor	Semejante	Semejante
(c) Indicación al juez de considerar la conducta de ambas partes.	Semejante	Semejante

Artículo 7.4.8 Atenuación del daño

(1) *La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto ésta podía haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó.*

(2) *La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente tratando de reducir el daño.*

¹⁵² Art. 2111.

¹⁵³ Art. 350.

¹⁵⁴ Art. 261 frase final y *comment c*.

A. El primer párrafo (a) excluye la responsabilidad por los daños que sufrió el acreedor pero que podía haber evitado tomando medidas adecuadas, por ejemplo haciendo una compra de reemplazo. El segundo párrafo afirma (b) el derecho al reembolso de los gastos causados por tales medidas. El contenido es semejante a lo que al respecto dispone¹⁵⁵ la CCIM.

B. El *Código Civil* no tiene disposiciones semejantes.

C. El *Restatement* tiene la misma regla¹⁵⁶ (a), y aclara que medidas adecuadas son las que no sean excesivamente gravosas, riesgosas o humillantes para el acreedor, y que él podrá reclamar la pérdida sufrida si las medidas fueron adecuadas, aun cuando no hayan impedido la pérdida. La posibilidad (b) de reclamar los gastos que importaron las medidas para reducir los daños, aunque no está prevista expresamente, está comprendida¹⁵⁷ donde dice que el resarcimiento de los daños debe incluir los gastos incidentales (*incidental losses*) entre los que se contemplan los hechos para reducir pérdidas.

D. El *Código* desconoce la regla de los *Principios* que coincide con el *Restatement*.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Limitación del resarcimiento por pérdida evitable	Desconocida	Igual
(b) Reembolso de gastos hechos para evitar pérdidas.	Desconocida	Igual

Artículo 7.4.9 Intereses por falta de pago de dinero

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando corresponde, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar 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 bancario en los préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago. En caso de no existir dicho tipo en tal lugar, se aplicará el tipo corriente en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de aquel tipo en todos esos lugares, el tipo de interés será el que se considere apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional por los mayores daños que le haya causado la falta de pago.

¹⁵⁵ Art. 77.

¹⁵⁶ Art. 350.

¹⁵⁷ Art. 347 comment c.

A. El artículo fija en el primer párrafo la regla de que (a) toda cantidad pecuniaria debida genera intereses moratorios, y aclara (b) que los intereses se deben aunque la demora del pago sea excusable.

El segundo párrafo define (c) reglas para fijar el tipo del interés moratorio. En principio es el interés promedio que cobran los bancos, del lugar donde debe hacerse el pago, por préstamos de la misma moneda, a corto plazo a clientes bien calificados. Si en el lugar de pago del contrato no existiera un tipo con esas características, se acudiría al tipo correspondiente en el lugar de emisión de la moneda, y si tampoco existiera un tipo de cambio así, se aplicaría el tipo de cambio apropiado (es decir, el interés legal) en el Estado emisor de la moneda.

Finalmente, el párrafo tercero afirma (d) que el pago de intereses moratorios no excluye cobrar una indemnización por otros daños causados con la demora en el pago.

B. El *Código* no tiene una disposición expresa que disponga que la falta de pago genera intereses moratorios, pero dispone (a) que todo incumplimiento genera la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios consecuentes¹⁵⁸ y entre éstos se pueden considerar los intereses moratorios. Tampoco tiene una (b) aclaración de que los intereses moratorios se deben aunque la demora en el pago sea excusable.

La cuestión de la fijación de un tipo de interés en la perspectiva del *Código* es algo sencillo, pues no considera más que la moneda nacional. El *Código*, a diferencia de los *Principios*, (c) no da una regla para fijarlo, sino que directamente lo determina:¹⁵⁹ el 9% anual.

Aunque no lo dice expresamente, el *Código* parece (d) opuesto a la regla de que los daños y perjuicios por el incumplimiento de una cantidad debida pueden comprender una indemnización adicional al pago de los intereses moratorios. En principio este código dice que la indemnización de daños y perjuicios por falta de pago de una cantidad de dinero no pueden exceder del interés legal, salvo pacto en contrario; la regla es, entonces, que el incumplimiento del pago genera sólo intereses moratorios al tipo legal, y la frase "salvo pacto en contrario" se ha entendido que se refiere a convenir un tipo de interés más elevado y no a considerar otro tipo de daños y perjuicios.

C. El *Restatement*¹⁶⁰ sí consigna la regla de que (a) la demora en el pago de una cantidad pecuniaria debida genera intereses moratorios, desde el momento en que la cantidad era debida hasta el momento del pago. No aclara (b) que los intereses se deben aunque la demora en el pago sea excusable, pero habrá que analizar esto conforme a las doctrinas de la impracticabilidad y de la frustración del contrato.

No (c) fija un tipo de interés, pero advierte que suele cobrarse el interés legal definido en las leyes. Tampoco da criterios para fijar un tipo de interés.

¹⁵⁸ Art. 2107. El *Código de Comercio*, en cambio, sí establece que por toda cantidad debida, si consta por escrito, se deben intereses (art. 361).

¹⁵⁹ Art. 2395. Si bien este artículo se refiere al interés que puede cobrarse por el préstamo (mutuo) de dinero, se considera que ese interés es también el "interés legal" que puede cobrar por la demora en el pago, conforme al artículo 2117.

¹⁶⁰ Art. 354(1).

Los intereses se conciben¹⁶¹ como una forma de indemnizar el daño causado con la demora en el pago, por lo que, en principio, tampoco parece aceptable la regla (d) de que además de los intereses puede cobrarse una indemnización adicional.

D. Tanto el *Código* como el *Restatement* aceptan que la demora en el pago de una cantidad debida genere intereses moratorios, pero no aclaran, quizá por no ser necesario, que éstos se deben aunque la demora sea excusable; además, en ambos cuerpos jurídicos, se consideran los intereses como una forma de indemnizar daños y perjuicios. En ambos derechos se fija un tipo de interés legal, a diferencia de los *Principios* que dan reglas para la determinación de un tipo de interés, atendiendo a la índole internacional del contrato. La posibilidad de una compensación adicional a los intereses moratorios es desconocida en el *Restatement*, y parece opuesta al *Código*.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Regla de que toda cantidad debida genera intereses moratorios	Semejante	Semejante
(b) Aclaración de que los intereses se deben aunque la demora sea excusable	Desconocida	Desconocida
(c) Fijación de reglas para determinar el tipo de interés	Desconocida	Desconocida
(d) Posibilidad de cobrar indemnización de daños además de intereses moratorios.	Opuesta	Desconocida

Artículo 7.4.10 Intereses sobre la restitución

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre la restitución¹⁶² correspondiente al incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

A. El artículo se refiere al supuesto de incumplimiento de obligaciones no dinerarias,¹⁶³ en que las partes han acordado o un juez ha determinado una cantidad que la parte deudora debe pagar a la otra como indemnización por los daños y perjuicios causados. La regla es que (a) se deben intereses respecto de esa cantidad a partir del momento en que se produjo el incumplimiento y no a partir del momento en que se determinó la cantidad por acuerdo de las partes o decisión del juez.

¹⁶¹ Art. 354 *comment a*.

¹⁶² El texto en su versión inglesa se refiere a los intereses por la cantidad fijada como indemnización de daños por incumplimiento (lo cual suele designarse como *damages*), por lo que sería mejor que la versión española se refiriera no a los intereses sobre "la restitución" sino sobre la "indemnización".

¹⁶³ Ver el *comentario* de este artículo.

B. La perspectiva del *Código* es diferente. Contempla¹⁶⁴ que la responsabilidad por incumplimiento comprende tanto la devolución de la cosa debida, o de su precio, como la indemnización de daños y perjuicios. El precio de la cosa debida, o bien de la acción debida, se fija con relación al momento en que debía darse la cosa o cumplirse la acción; mientras que la indemnización de daños y perjuicios se refiere a todos los que hallan acaecido hasta el momento en que se determina el monto de la indemnización. En consecuencia, (a) no tiene una regla sobre cobro de intereses por la cantidad definida como indemnización de daños y perjuicios.

C. El *Restatement* también tiene otro punto de vista. El monto de la indemnización se calcula conforme al criterio general de indemnizar a la parte afectada por el incumplimiento en una cantidad tal que la ponga en la situación que hubiera tenido si el contrato se hubiera cumplido adecuadamente (*expectation interest*). Bajo esta perspectiva tampoco hace falta (a) la regla de pagar intereses por la cantidad fijada como indemnización, ya que se indemniza a la parte afectada considerando su situación al momento de determinarse la suma correspondiente.

D. La regla de los *Principios* resulta diferente a las dos tradiciones jurídicas nacionales, sin que parezca haber algo que justifique esa diferencia.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Pago de intereses por la cantidad fijada com indemnización.	Diferente	Diferente

Artículo 7.4.11 Modalidad de la compensación monetaria

(1) *La indemnización se pagará en forma global. No obstante, cuando la naturaleza del daño lo justifique, podrá pagarse a plazos.*

(2) *La indemnización pagadera a plazos podrá ser indexada.*

A. El artículo simplemente enuncia diversas maneras de pagar la suma indemnizatoria. Puede ser (a) en un solo pago, (b) en varios pagos a plazos, y en este último caso (c) con pagos indexados. El *Comentario* indica que el pago a plazos puede ser la forma adecuada cuando el incumplimiento ha generado daños que perduran en el tiempo, por ejemplo en un accidente laboral del jefe de familia, debido a un incumplimiento contractual, que priva a la familia de parte de su ingreso, la indemnización adecuada puede ser el pago de una renta periódica en favor de los hijos menores de edad.

B y C. Ni el *Código* ni el *Restatement* admiten expresamente estas formas de pago de la suma indemnizatoria, pero en nada se oponen a ellas. Lo ordinario es que el pago se haga en una sola exhibición.

D. Las reglas de este artículo resultan desconocidas pero aceptables para el *Código* y el *Restatement*.

¹⁶⁴ Art. 2107.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Pago de la indemnización en una sola exhibición	Igual	Igual
(b) Pago de la indemnización a plazos	Desconocida	Desconocida
(c) Pago de indemnización a plazos e indexada.	Desconocida	Desconocida

Artículo 7.4.12 Moneda en la que se fija el resarcimiento

El resarcimiento se fijará según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria hubiera sido expresada, o en aquella en la cual el perjuicio ha sido sufrido.

A. El artículo se refiere a una situación distinta que la que trata el artículo 6.1.9, que se ocupa de la moneda de pago de las obligaciones contractuales. Este artículo deja simplemente a la parte perjudicada por el incumplimiento (a) la elección de que el resarcimiento se le pague en la moneda prevista en el contrato o que se le pague en alguna otra moneda en la que tuvo que hacer operaciones consecuencia del incumplimiento, por ejemplo si tuvo que comprar alguna materia prima o pagar servicios profesionales pagando con moneda distinta de la prevista en el contrato.

B y C. El *Código* y el *Restatement* no tienen una disposición semejante porque se refieren exclusivamente a contratos nacionales.

D. Aunque la regla de los *Principios* resulta desconocida para los dos ordenamientos nacionales, sin embargo comparten su objetivo, que la parte afectada por el incumplimiento reciba una indemnización integral. De suerte que si se diera el caso de que la parte afectada hizo gastos, consecuencia del incumplimiento, en una moneda diferente, en el monto de la indemnización, en aplicación tanto de las reglas del *Código* como las del *Restatement*, se considerarían como daños los costos cambiarios.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Elección de la moneda en que se paga el resarcimiento.	Desconocida	Desconocida

Artículo 7.4.13 Pago estipulado para el incumplimiento

(1) Cuando el contrato estipule que la parte incumplidora pagará una suma determinada a la parte perjudicada por el incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma con independencia del daño efectivamente sufrido.

(2) *Con todo, y no obstante cualquier pacto en contrario, la suma estipulada podrá reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva en relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.*

A. El primer párrafo reconoce la validez de (a) una cláusula condicionada al incumplimiento de una obligación contractual. Tal cláusula puede ser hecha con el fin de determinar una suma que deberá pagarse como indemnización de daños y perjuicios (*liquidated damages*), tal como se hace en el *common law*, o bien de fijar una suma que constituya una pena que disuada el incumplimiento, como la llamada cláusula penal prevista en los códigos civiles. Aclara que, dado el incumplimiento, (b) la suma convenida debe pagarse a la parte afectada sin que tenga ésta necesidad de probar los daños sufridos.

El segundo párrafo limita la libertad de las partes para definir el monto de esta indemnización preconstituída, indicando (c) que el juez podrá reducirla a un monto razonable, cuando fuere notablemente excesiva en relación al daño ocasionado. Esto significa que la parte que incumplió el contrato, y a quien se le exige el pago de la cantidad convenida, tendrá que probar que la suma es "notablemente excesiva" en relación con los daños causados efectivamente.

B. El *Código* se ocupa en varios artículos de la cláusula penal.¹⁶⁵ La contempla¹⁶⁶ como (a) la fijación de una pena que deberá pagarse en caso de que la obligación no se cumpla. Aclara¹⁶⁷ que (b) para exigir el pago de la pena, el acreedor no tiene que probar que sufrió perjuicio alguno, pues basta sólo que pruebe el incumplimiento de la obligación principal. Tiene varias limitaciones respecto del monto de la pena: (c) en primer lugar, que el monto de la pena no puede ser mayor que el de la obligación principal,¹⁶⁸ pero además que si la obligación se cumple parcialmente, la pena se reducirá en forma proporcional¹⁶⁹ o equitativa.¹⁷⁰

C. El *Restatement* (a) acepta la cláusula de liquidación anticipada de daños y perjuicios,¹⁷¹ pero expresamente rechaza la cláusula penal,¹⁷² por considerar que el objetivo de los recursos contractuales es compensatorio y no punitivo. Bajo esta óptica, se establece que la cláusula es válida en tanto defina una suma razonable en relación con los daños previsibles, al momento de celebrarse el contrato, o con los daños efectivamente causados y, en ambos casos, con las dificultades de probar los daños, es decir se considera que es válida la cláusula si la prueba de los daños parece difícil, o inválida si resultara fácil. De esto se advierte que (b) la suma definida se pueda reclamar sin necesidad de probar daños, y (c) que si la suma no es razonable, se considera que constituye una pena y es,

¹⁶⁵ Arts. 1840-1850.

¹⁶⁶ Art. 1840.

¹⁶⁷ Art. 1842.

¹⁶⁸ Art. 1843.

¹⁶⁹ Art. 1844.

¹⁷⁰ Art. 1845.

¹⁷¹ Art. 356(1).

¹⁷² Art. 356 *comment a*.

por consiguiente, inválida, de modo que no hay posibilidad de reducirla o ajustarla.

D. El *Código* y el *Restatement* aceptan este tipo de cláusulas, aunque con perspectivas diferentes; ambos coinciden con los *Principios* en que se puede exigir su cumplimiento sin necesidad de probar el daño, sino sólo el incumplimiento; pero ambos difieren en cuanto a las limitaciones que imponen para evitar que sea excesiva. Los *Principios* sólo exigen que no sea “notablemente excesiva” en relación con el daño causado; el *Código* que no sobrepase el monto de la obligación principal, y el *Restatement* que no sea insensata o desproporcionada (*unreasonable*) en relación con el daño previsto o causado y a la dificultad de prueba de los daños; el criterio de los *Principios* y el del *Restatement* es esencialmente el mismo (proporción en relación con los daños), aunque más exigente en este último. Las consecuencias de rebasar el límite son también diferentes: para el *Código* y el *Restatement*, la cláusula que rebasa el límite es inválida; para el *Restatement* la cláusula es válida, pero ajustable.

<i>Principios</i>	<i>Código</i>	<i>Restatement</i>
(a) Validez de cláusula condicionada al incumplimiento de una obligación.	Semejante	Semejante
(b) Dispensa de la prueba de daños en ese caso.	Igual	Igual
(c) Reducción de la suma notoriamente desproporcionada.	Diferente	Diferente