

Opinión No. 18 del Consejo Consultivo CISG

Compensación conforme a la CISG

Traducción al español por: Vilma Sánchez Del Castillo, Letrada Poder Judicial (Costa Rica) y Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Revisada por los profesores Alejandro M. Garro y M^a del Pilar Perales Viscasillas

Para ser citado como: CISG-AC Opinión No. 18, Compensación conforme a la CISG, Ponente: Profesora- Doctora Christiana Fountoulakis, Universidad de Friburgo, Suiza. Adoptado por el Consejo Consultivo de la CISG en Antigua, Guatemala, el 2 de febrero de 2018.

La reproducción de esta opinión se encuentra autorizada.

Michael Bridge, Presidente

Yesim Atamer, Eric Bergsten, Joachim Bonell, Harry Flechtner, Lauro Gama, Alejandro Garro, Roy Goode, John Gotanda, Han Shiyuan, Johnny Herre, Pilar Perales Viscasillas, Ulrich Schroeter, Ingeborg Schwenzer, Hiroo Sono, Claude Witz, Miembros

Sieg Eiselen, Secretario

OPINIÓN

1.

- 1. Las obligaciones monetarias regidas por la CISG, surjan o no del mismo contrato, pueden ser compensadas por cualquiera de las partes de conformidad con los principios generales subyacentes a la CISG.**
- 2. La compensación tiene el mismo efecto que el pago de una obligación monetaria.**
- 3. La compensación se lleva a cabo mediante una notificación. La notificación debe llegar a la otra parte, pero no surte efectos antes de que ambas obligaciones sean exigibles.**
- 4. El ejercicio del derecho de compensación no requiere que los créditos sean líquidos o se expresen en la misma moneda.**
- 5. La aplicabilidad de la CISG a la compensación no afecta aquellos asuntos relacionados con la cosa juzgada o la reconvención.**

COMENTARIOS

A. Introducción

- 0.1 La compensación de obligaciones monetarias suele referirse al mecanismo por medio del cual, la cantidad que una parte le debe a otra se reduce por la cantidad que la segunda parte adeuda a la primera, en el sentido que esa primera parte solo tiene que pagar el saldo¹. La CISG no utiliza el término "compensación", sin embargo es un vocablo usado a menudo en la jurisprudencia² y en la doctrina³ relacionados con la CISG.

* La CISG-AC comenzó como una iniciativa privada apoyada por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Pace y, el Centro de Estudios de Derecho Comercial Queen Mary de la Universidad de Londres. El Consejo Consultivo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (CISG-AC), fue constituido para apoyar el entendimiento de la CISG, su promoción y asistencia en su interpretación uniforme.

En su reunión formativa en París en junio de 2001, el Prof. Peter Schlechtriem de la Universidad de Friburgo, Alemania, fue elegido Presidente de la CISG-AC por un período de tres años. El Dr. Loukas A. Mistelis, del Centro de Estudios de Derecho Comercial Queen Mary de la Universidad de Londres, fue elegido Secretario. Los miembros fundadores de la CISG-AC fueron el Prof. Emérito Eric E. Bergsten, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pace; el profesor Michael Joachim Bonell, de la Universidad de Roma La Sapienza; el Prof. E. Allan Farnsworth, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia; el Prof. Alejandro M. Garro, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia; el Prof. Sir Roy M. Goode, Oxford, el Prof. Sergei N. Lebedev, de la Comisión de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa; el Prof. Jan Ramberg, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Estocolmo; el Prof. Peter Schlechtriem, de la Universidad de Friburgo; el Prof. Hiroo Sono, de la Facultad de Derecho, Universidad de Hokkaido; el Prof. Claude Witz, Universität des Saarlandes y la Universidad de Estrasburgo. Los miembros del Consejo son elegidos por el mismo consejo. En reuniones posteriores, la CISG-AC, eligió como miembros adicionales a la Prof. Pilar Perales Viscasillas, de la Universidad Carlos III, Madrid; a a profesora Ingeborg Schwenzer, de la Universidad de Basilea; al Prof. John Y. Gotanda, de la Universidad de Villanova; al profesor Michael G. Bridge, de la London School of Economics; al Prof. Han Shiyuan, de la Universidad de Tsinghua; a la Prof. Yesim Atamer, de la Universidad de Bilgi, Turquía; al Prof. Ulrich Schroeter, de la Universidad de Mannheim; al Prof. Lauro Gama Jr, de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro; al Juez Johnny Herre, Juez de la Corte Suprema de Suecia, y al Prof. Harry M. Flechtner, de la Universidad de Pittsburgh. El Prof. Jan Ramberg se desempeñó durante un período de tres años como segundo Presidente de la CISG-AC. En su 11ª reunión en Wuhan, República Popular de China, el Profesor Eric E. Bergsten, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Pace, fue elegido Presidente de la CISG-AC y el Profesor Sieg Eiselen del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Sudáfrica, fue Secretario electo. En su 14ª reunión en Belgrado, Serbia, laProf. Ingeborg Schwenzer de la Universidad de Basilea, fue elegida Presidente de la CISG-AC. En su 24ª reunión en Antigua, Guatemala, el Profesor Michael G. Bridge, de la London School of Economics, fue elegido Presidente de la CISG-AC.

¹ Ver Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in Arbitration and Commercial Transactions*, Oxford 2014, para. 2.02; Wood, *English and International Set-off*, London 1989, para. 1 *et seq.*; Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration*, Oxford 2011, 1; Rodner, *Unilateral Setoff and the Principle of Unidroit*, in Lévy & Derains (eds), *Liber amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Paris 2011, 545; los Principios de UNIDROIT (2016) han adoptado una definición similar en el Artículo 8.5, Comentario 1 y en el Artículo 8.1.

² Ver los casos citados en las notas 8 y 13, e.g., District Court Badalona (Spain), 22 de mayo de 2006, CISG-online 1391; Oberlandesgericht Hamburg, 26 de noviembre de 1999, CISG-online 515; Oberlandesgericht München, 9 de julio de 1997, CISG-online 282; Oberlandegericht München, 19 de octubre de 2006, CISG-online 1394; Oberlandesgericht Köln, 19 de mayo de 2008, CISG-online 1700; Gerechthof Arnhem, 15 de abril de 1997, CISG-online 1330; RB Middleburg, 25 de enero de 1995, CISG-online 374 ; Bundesgericht (Suiza), 20 de diciembre 2006, CISG-online 1426; Tribunale di Padova, 25 de febrero de 2004, CISG-online 819; Decisión 43945/2007 por voto de minoría de la Corte de Primera Instancia de Tesalónica (Grecia), 2008 (Pace).

³ Ver, e.g., Schwenzer y Hachem *en* Schwenzer (ed.), Schlechtriem & Schwenzer, *Comentario de la Convención de las Naciones Unidas para los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG)*, 4ª ed.,

La noción de "compensación" también se encuentra en numerosos instrumentos legales uniformes de carácter internacional, como la Convención sobre Prescripción de 1974⁴, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Operaciones Garantizadas⁵, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos⁶ y en los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en lo sucesivo PRINCIPIOS DE UNIDROIT)⁷.

- 0.2 La CISG no aborda, explícitamente, el tema de la compensación. Esto podría explicar, al menos en parte, por qué la mayoría de la jurisprudencia y autores sostienen que una compensación derivada de un contrato regulado por la CISG está sujeta a la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado, de conformidad con el artículo 7(2) CISG *in fine*.⁸ Poca jurisprudencia y doctrina se encargan de explicar este

Oxford 2016 (en adelante: autor en Schlechtriem & Schwenger), *ad* artículo 4 párrafo 27-28; Bridge in Kröll, Mistelis y Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Commentary*, 2^{da} ed., Munich/Oxford/Portland 2018 (en adelante: autor en Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas), *ad* artículo 84 párrafo 8-9; Fountoulakis en Schlechtriem & Schwenger, *ad* artículo 81 párrafo 23 *et seq.*; Djordjevic en Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *ad* artículo 4 párrafo 38 *et seq.*; Perales Viscasillas en Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *ad* artículo 7 párrafo. 55; Ferrari en Ferrari/Flechtner/Bry (eds.), *The Draft UNCITRAL Digest y Beyond: Cases, Analysis y Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Munich/Londres 2004, pp. 167-168; Magnus, en von Staudinger (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 2018 (en adelante: Magnus en Staudinger), *ad* artículo 4 párrafo 47; Kröll, *Selected Problems Concerning the CISG's scope of Application*, 25 J L & Com (2005) 39, 50 *et seq.* Cf. también en la literatura citada en notas a pie de página 8 y 13.

⁴ La Convención sobre Prescripción en la Venta Internacional de Bienes de 14 de junio de 1973 con sus enmiendas por el Protocolo de 11 de abril de 1980, artículo 25 párrafo 2.

⁵ Ley Modelo de UNCITRAL sobre Operaciones Garantizadas de 2016, artículos 64 y 65.

⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de 2004, artículos 18 y 19.

⁷ UPIC 2016, Capítulo 8 (Artículos 8.1 *et seq.*).

⁸ A nivel de jurisprudencia, ver p.e, Bundesgerichtshof (Alemania), 9 de enero de 2002, CISG-online 651; Oberlandesgericht Celle, 29 de enero de 2015, CISG-online 2618, *Internationales Handelsrecht* 2015, 247; Oberlandesgericht Düsseldorf, 28 de mayo de 2004, CISG-online 850; Oberlandesgericht Köln, 19 de mayo de 2008, CISG-online 1700; Oberlandesgericht Düsseldorf, 22 de julio de 2004, CISG-online 916; Oberlandesgericht Karlsruhe, 20 de julio de 2004, CISG-online 858, *Internationales Handelsrecht* 246 (251); Oberlandesgericht Stuttgart, 20 de diciembre de 2004, CISG-online 997 y 21 de agosto de 1995, CISG-online 150; *Maxxsonics USA, Inc. v. Fengshun Peyjing Electro Acoustic Co. Ltd.*, N.D. Ill., 21 de marzo de 2012, CISG-online 2372; Appellationsgericht Basel-Stadt, 26 de septiembre de 2008, CISG-online 1732; Kantonsgericht Freiburg, Suiza, 23 de enero de 1998, CISG-online 423; Handelsgericht Zurich, 22 de diciembre de 2005, CISG-online 1995; Handelsgericht St. Gallen, 3 de diciembre de 2002, CISG-online 727; Tribunal de Padua, 25 de febrero de 2004, CISG-online 819; Landesgericht München, Alemania, 6 de mayo de 1997, CISG-online 341; Landesgericht Bamberg, 23 de octubre de 2006, CISG-online 1400, *Internationales Handelsrecht* 2007, 113; Landesgericht Hagen, Alemania, 15 de octubre de 1997, CISG-online 311; Landesgericht Duisburg, Alemania, 17 de abril de 1996, CISG-online 186; Rechtbank Arnhem, 25 de febrero de 1993, CISG-online 98; Rechtbank Middelburg, Países Bajos, 25 de enero de 1995, UNILEX, Case No. 153; Rechtbank Roermond, Holya, 6 May 1993, UNILEX, caso No. 94 —Entre la doctrina jurídica, cf., e.g., Ferrari en Schlechtriem, Schwenger & Schroeter (eds.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 7^a ed., Munich 2019, *ad* artículo 4 párrafo. 39; idem, *Scope of Application: Artículos 4-5*, in Ferrari, Flechtner & Bry (eds.), *The Draft Uncitral Digest and Beyond: Analysis of Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Munich 2004, 96 (108); idem, *Gap-Filling y Interpretation of the CISG. Overview of International Case Law*, (2003) 7 *Vindobona Journal* 63 (88); Tallon in Bianca & Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law*, Milan 1987, *ad* artículo 81 notas 2.6, 2.7; Honnold y Flechtner, *Uniform Sales Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4^{ta} ed., Alphen aan den Rijn 2009, *ad* artículo 81 párrafo 444A; Schlechtriem y Schroeter, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6^{ta} ed., Tübingen 2016, párrafo 199; Gillett y Walt, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Theory y Practice*, 2^{da} ed., Cambridge: CUP, 2016, 76; Bonell, *The CISG, European Contract Law and the*

punto de vista. Quienes lo hacen, en general, consideran que la CISG no solo no contempla ninguna regla expresa sobre la compensación, sino que tales normas tampoco pueden derivarse de las disposiciones existentes.⁹ Sin embargo, más recientemente, las más altas instancias judiciales en algunos Estados contratantes, incluidos el Tribunal Supremo de Alemania¹⁰, el Tribunal Supremo de Austria¹¹ y, de manera implícita, el Tribunal Federal de Suiza¹², han sostenido que una compensación de las obligaciones regidas por la CISG se encuentra dentro de su alcance si ambas obligaciones surgen del mismo contrato. La aplicabilidad de la CISG a una compensación también ha sido admitida en casos similares por numerosos tribunales y doctrina.¹³

0.3 La jurisprudencia que aplica la CISG a una compensación, por lo general, lo hace de manera implícita. Típicamente, una sentencia ordenará al demandado que pague solo la diferencia que exista con el monto del crédito del demandante. Como ello se hace sin

Development of a World Contract Law, (2008) 56 Am. J. Comp. L. 1 (3); Förster, *Wesentliche Vertragsverletzung und Aufrechnung von Forderungen nach UN-Kaufrecht*, Neue Juristische Wochenschrift 2015, 830 (832); P. Huber, *UN-Kaufrecht: Bewährtes zu den Leistungsstörungen und Neues zur Aufrechnung*, IPRAx 2017, 268; Mankowski in *Münchener Kommentar zum Hyelsgesetzbuch*, 4^a ed., Munich 2018, ad artículo 4 párrafo 22; Lorenz in Witz, Salger & Lorenz, *International Einheitliches Kaufrecht*, 2^{da} ed., Frankfurt 2016, ad artículo 4 párrafo. 29; cf. también P. Huber in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7^a ed., Munich 2016, ad artículo 4 párrafo 39; Martiny in Reithmann & Martiny (eds), *Internationales Vertragsrecht*, 8^a ed., Colonia 2015, párrafo. 6.63.

⁹ Ver, e.g., Mankowski in *Münchener Kommentar zum Hyelsgesetzbuch*, ad artículo 4 párrafo 22; Ferrari in Schlechtriem, Schwenger & Schroeter, ad artículo 4 párrafo 39; Tallon in Bianca & Bonell, ad artículo 81 nota 2.6.

¹⁰ Bundesgerichtshof (Alemania), 24 de septiembre de 2014, CISG-online 2545, *Internationales Handelsrecht* 2015, 9.

¹¹ Oberster Gerichtshof (Austria), 10 de mayo de 2017, *Internationales Handelsrecht* 2018, 241; cf. también Oberster Gerichtshof (Austria), 22 de octubre de 2001, CISG-online 614, *Internationales Handelsrecht* 2002, 27.

¹² Bundesgericht (Suiza), 20 de diciembre de 2006, CISG-online 1426, *Internationales Handelsrecht* 2007, 127.

¹³ Para jurisprudencia, ver, e.g., Oberlandesgericht Wien, 23 Enero de 2017, *Internationales Handelsrecht* 2018, 241; Kantonsgericht Zug, 14 de diciembre de 2009, CISG-online 2026; Oberlandesgericht München, 19 de octubre de 2006, nota 3, CISG-online 1394; Oberlandesgericht Köln, 14 de agosto de 2006, nota II.2.d), CISG-online 1405; Oberlandesgericht Düsseldorf, 21 April 2004, nota II.2, CISG-online 915 (*implícitamente*); Oberlandesgericht München, 9 de julio de 1997, CISG-online 282; Oberlandesgericht Hamburg, 26 de noviembre de 1999, nota I.b), CISG-online 515; Oberlandesgericht Hamburg, 5 de octubre de 1998, CISG-online 473 (*implícitamente*); Landesgericht Mönchengladbach, 15 de julio de 2003, nota II.2, CISG-online 813; Handelsgericht St. Gallen, 14 de junio de 2012, CISG-online 2468, *Internationales Handelsrecht* 2014, 15 (21); Amtsgericht Duisburg, 13 de abril de 2000, CISG-online 659. Por autores, ver, e.g., Magnus, *UN-Kaufrecht – Aktuelles zum CISG*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2017, 140 (148-149) (que sostiene que la aplicación de la CISG no debe ser limitada a obligaciones que surjan del mismo contrato); Magnus in Staudinger, ad artículo 4 párrafo 46 y artículo 81 párrafo 15; Magnus, *Internationale Aufrechnung*, in Leible (ed.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, Munich 2004, pp 209, 221 et seq.; Schwenger y Hachem en Schlechtriem & Schwenger, ad artículo 4 párrafo 28; Fountoulakis in Schlechtriem & Schwenger, ad artículo 81 párrafo 23; Piltz, *Internationales Kaufrecht*, 2^a ed., Munich 2008, párrafo 5-326; Brunner, Murmann y Stucki en Brunner (ed.), *UN-Kaufrecht – CISG -*, 2a ed., Bern 2014, ad artículo 4 párrafo 52-53; Djordjevic en Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, ad artículo 4 párrafo 41; Kröll, (2005) 25 J L & Com 39, 52-53; Martin-Davidson, *Selling Goods Internationally: Scope of the U.N. Convention on Contracts for the Internationale Sale of Goods*, 17 Mich. St. J. Int'l L. (2008), 657 (691); Achilles, *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, 2^a ed., Eschborn 2018, ad artículo 4 párrafo. 10; Saenger in Bamberger&Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, ad artículo 4 párrafo 19 en lo concerniente a la compensación después de la resolución del contrato); Saenger/Sauthoff, *Die Aufrechnung im Anwendungsbereich des CISG*, *Internationales Handelsrecht* 2005, 189, 190 (solo en lo concerniente a la compensación después de la resolución del contrato).

buscar un derecho específico que regule la compensación, se debe inferir que el tribunal admite, implícitamente, la aplicación de la CISG.¹⁴

- 0.4 El objetivo de este dictamen y de sus comentarios consiste además en abordar el tema de la compensación en el marco de la CISG, trazando los detalles de las disposiciones y de los principios generales de la CISG y proporcionando un enfoque uniforme para la compensación dentro de la cuatro esquinas de la CISG. El Consejo Consultivo es del criterio que la solución uniforme dentro de la CISG, es consistente con su naturaleza, su ámbito de aplicación y con sus objetivos. Además, un enfoque uniforme derivado de la Convención evita la complejidad y la imprevisibilidad, inherentes a la aplicación del derecho interno a una compensación. En realidad, los derechos nacionales en materia de compensación difieren considerablemente.¹⁵
- 0.5 Por lo tanto, el modelo "latino" encontrado en la Ley francesa y, en muchos sistemas legales influenciados por el Código Civil francés,¹⁶ establece que la compensación se lleva a cabo *ipso iure* (automáticamente), a partir del momento en que dos partes mantienen obligaciones mutuas.¹⁷ Es decir, hay una descarga automática de esas obligaciones mutuas, de acuerdo con sus montos respectivos, incluso sin el conocimiento de las partes. No es necesario que las reclamaciones o reclamos surjan del mismo contrato o, que estén conectados de otra manera; sin embargo, debido a que la compensación según el modelo "latino" funciona automáticamente, ambos créditos deben ser efectivamente adeudados, verificados y exigibles. Como la compensación se lleva a cabo tan pronto como las obligaciones coexisten, ninguna de las partes está incumpliendo a partir de ese momento. De ahí que, el deber de pagar intereses sobre una suma deja de existir en ese momento, operando el vencimiento de cualquier sanción contractual. Todos los elementos descritos muestran que la compensación conforme al modelo "latino" es un automatismo dispuesto por el derecho sustantivo. El tribunal

¹⁴Ver los casos citados en la nota a pie de página 13. Para una decisión donde el tribunal explica en detalle por qué aplicó la CISG a la compensación, ver Bundesgerichtshof (Alemania), 24 de septiembre de 2014, CISG-online 2545, *Internationales Handelsrecht* 2015, 9.

¹⁵ Para una descripción detallada de leyes nacionales de compensación, ver Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge 2002; Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration*, London 2011, 37-127; Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in Arbitration and Commercial Transactions*, Oxford 2014, capítulos 5 y 6.

¹⁶ Esto incluye, entre otros Estados, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, España, Italia, Argentina. Brasil, Chile, Colombia. Kuwait, Luisiana, México, Panamá, Quebec, Las Filipinas y Venezuela.

¹⁷Cf. Artículo 1195 del Código Civil español: "*Tendrá lugar la compensación cuando dos personas por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra*". Ver también, e.g., Artículo 921 del Código Civil y de Comercio de la Nación de 2015 (Argentina): "*La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente...*". Antiguo artículo 1290 del Código Civil francés fue muy explícito en ese punto "*Set-off is brought about as of right by the sole operation of the law, even without the knowledge of the debtors*". El nuevo artículo 1347 párrafo 2 del Código Civil francés establece que "[la compensation] s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies". Los comentaristas franceses sostienen por unanimidad que la nueva redacción simplemente aclara que la compensación que hubiera tenido lugar debe ser de algún modo invocada por la parte a fin de su consideración por el juez, pero ese artículo 1347 del Código Civil no elimina el concepto de la *compensation légale*. Malaurie/Aynes/Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8ª ed., Paris 2016, n. 1191; Fages, *Droit des obligations*, 6ª ed., Paris 2016, n. 512; Mekki D. 2016 Chron., n. 614; Dissaux/ Jamin, *Commentaire Dalloz en ligne*, ad artículo 1347 *et seq.* CC.

judicial o arbitral solo deben constatar que las reclamaciones hubieran sido compensadas.

0.6 La compensación conforme el modelo alemán¹⁸ también deviene una cuestión de derecho sustantivo. Sin embargo, a diferencia del derecho francés, que impone una compensación a ambas partes, el modelo alemán otorga a las partes el derecho de declarar la compensación.¹⁹ Si no hay una declaración de compensación, las obligaciones continúan existiendo de manera independiente hasta que se extingan por su cumplimiento. La compensación alemana, por lo tanto, es considerada como una defensa (en sentido figurado, pues no es una excepción de derecho procesal); puede que una parte desee compensar para extinguir las obligaciones, mientras que la otra, posiblemente no lo quiera. Esto explica por qué según el derecho alemán el crédito por el que se declara la compensación debe ser ejecutable, es decir, admisible para acciones legales: el destinatario de la declaración de la compensación debe aceptar la extinción de su obligación, siempre y cuando, la otra parte pueda reclamar el cumplimiento de su propio crédito. Por el contrario, la obligación contra la cual se declare la compensación, no debe estar vencida, ni ser exigible. No es necesario que las reclamaciones surjan del mismo contrato ni estén relacionadas entre sí y, a diferencia del derecho francés, tampoco es necesario que se liquiden. Curiosamente y, por razones históricas, la compensación tiene un efecto retroactivo: una vez que se ha declarado, se considera que ambas obligaciones se han extinguido a partir del momento en que fueron compensables, como es el caso bajo el derecho francés de la compensación.

0.7 El *common law* prevé varias categorías de compensación.²⁰ Tomando al derecho inglés como ejemplo, la forma tradicional de la compensación deviene un instrumento de derecho procesal (“compensación independiente”, “compensación legal”). La compensación solo está disponible si hay una acción pendiente y solo si ambas obligaciones son líquidas. La compensación se produce a partir de la fecha del juicio. Hasta ese momento, las obligaciones siguen existiendo, aplicándose los intereses y las cláusulas penales o de estimación de daños y perjuicios. Además de la compensación independiente, los tribunales ingleses han desarrollado otro tipo de compensación, que se utiliza como un instrumento de derecho sustantivo (“*compensación equitativa*”, “compensación de operaciones”). Sin embargo, sus efectos difieren de los efectos de la compensación en el derecho continental europeo. El deudor que tenga una obligación contra su acreedor puede deducir la suma adeudada y pagarle solo el saldo, igual que sucede bajo el derecho alemán y francés. En la alternativa, el deudor puede solicitar una orden judicial para impedir que el acreedor reclame la totalidad del adeudo antes del juicio. Empero, ambas obligaciones siguen vigentes hasta que se proceda a su extinción en el juicio. Por lo tanto, la “compensación equitativa” no califica como una defensa puramente sustantiva, ya que, la compensación se produce a través de una sentencia. Una vez que el tribunal declara la compensación, no se considera que el deudor, que ya

¹⁸El modelo alemán puede ser encontrado en las leyes de Alemania, Suiza, Austria, países escandinavos, Noruega, Suecia y Dinamarca, Turquía, Grecia, solo por mencionar algunos.

¹⁹ Cf., e.g., Bürgerliches Gesetzbuch (Alemania), § 388 párrafo 1: ‘La compensación propiciada por la declaración de la otra parte’; Code of Obligations (Suiza), Artículo 124 para. 1: ‘Set-off only becomes effective to the extent that the debtor indicated to the creditor that he wants to make use of his right to set off.’

²⁰ Para un análisis detallado, ver Wood, *English y International Set-off*, London 1989; Derham, *The Law of Set-off*, 4th ed., Oxford 2010; Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in Arbitration and Commercial Transactions*, Oxford 2014, capítulo 5; Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration*, Oxford 2011, 100-123.

ha deducido el monto que se le adeuda, se encontrara en estado de incumplimiento hasta el pronunciamiento de la compensación por parte del tribunal. De manera que en la “compensación equitativa” existe un efecto retroactivo parcial. La “compensación equitativa” solo funciona cuando ambas obligaciones surgen de la misma operación. No se requiere que provengan del mismo contrato, pero la obligación que se compensa con el crédito del acreedor debe estar inseparablemente conectada con la operación que dio lugar al primer reclamo. Además, la parte que invoca la compensación debe mostrar condiciones equitativas para estar protegida de la demanda de su adversario, debido a que, en el caso de que no haya lugar a un derecho “en equidad.” el tribunal puede negar la compensación pese al hecho que ambas obligaciones se encuentran estrechamente vinculadas, La falta de verificación del crédito del deudor puede evitar una “compensación equitativa”. El tribunal tiene un considerable margen de maniobra. Finalmente, otro tipo de de compensación en el *common law* es la llamada “reducción” (*abatement*), la cual tiene un alcance muy limitado, limitada a los contratos de compraventa de bienes o servicios y de locación de obra, permitiendo al comprador o al cliente deducir un monto razonable del crédito del vendedor o del contratista en proporción a la disminución en el valor de los bienes o servicios proporcionados. Esta “reducción” equivale al derecho a reducir el precio de venta bajo el artículo 50 CISG. Un mecanismo similar está contemplado en el Código Comercial Uniforme de Estados Unidos (UCC) en la sección 2-717 (“*El comprador, al notificar al vendedor de su intención de hacerlo, podría deducir del precio pendiente de pago todo o parte de los daños resultantes de cualquier incumplimiento de dicho contrato.*”). En un contexto contractual, el derecho de los contratos de los Estados Unidos de Norteamérica permite la defensa equitativa de la “recuperación” (*recoupment*), definida como la pretensión que surge de la misma operación que el reclamo del demandante destinada a mitigar o reducir ese reclamo.²¹ La sección 2-717 UCC y la “recuperación” se consideran diferentes a la compensación,²² siendo esta última similar a la compensación independiente del derecho inglés.

- 0.8 Las diferencias entre los diversos derechos nacionales no solo se refieren al mecanismo de compensación como tal, sino también a las normas de conflicto aplicables a esta figura. Esto no se aplica tanto a las normas de derecho internacional privado europeo, ya que el Reglamento Roma I establece el mismo régimen de elección para todos los Estados miembros, excepto Dinamarca.²³ Sin embargo, hay diferencias significativas a nivel global y, especialmente, en el arbitraje internacional, donde existen múltiples teorías y enfoques.²⁴
- 0.9 El resumen expuesto, hasta cierto punto esquemático, muestra que las preguntas acerca de la posibilidad de compensar, cómo se produce ese mecanismo y cuáles son sus

²¹ *Reiter v. Cooper*, 113 S. Ct. 1213, 1218 n.2 (1993); *Bull v. United States*, 295 U.S. 247, 262 (1935).

²² *In re Izaguirre*, 166 B.R. 484, 490-93 (Bankr. N.D. Ga. 1994) (“[R]ecoupment merely adjusts the claim of the plaintiff under the contract. Hence, recoupment asserted as a defense is not an “offset” to a claim ... ; recoupment speaks not simply to the net amount due from one party to the other computed by subtracting one claim from the other, but rather to the amount of the plaintiff’s claim alone on a particular contract, transaction or event.”).

²³ Ver Regulation (EC) No. 593/2008 (‘Rome I Regulation’) of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Artículo 17. Ver Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in Arbitration and Commercial Transactions*, Oxford 2014, capítulo 4.

²⁴ Ver Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration*, Oxford 2011, 152 *et seq.*

efectos, encuentran diferentes respuestas en los derechos nacionales. Las diferencias son considerables y conllevan cierta complejidad e, incluso, cierta imprevisibilidad. Estas dificultades se ven exacerbadas por la gran variedad de reglas existentes sobre conflictos de leyes. Esta imprevisibilidad es la que las partes que han elegido la CISG como ley uniforme han querido por cierto evitar. Estos elementos, tomados en conjunto, invitan a las partes informadas a elegir el foro más favorable, conduciendo a las partes menos informadas a situaciones imprevistas.

- 0.10 Las dificultades descritas surgen en los contratos regidos por la CISG cuando la compensación se considera una cuestión no regida por ella, debiendo recurrirse a las normas de Derecho internacional privado del foro para ser resueltas de conformidad con el derecho nacional aplicable (Art 7 (2) CISG *in fine*). Estas dificultades no se plantean si el comprador y el vendedor, amparados por un contrato que se rija por la CISG, pueden compensar sus mutuos, lo que puede aclararse según el Art. 7 (2) CISG 2 *in initio*). El Consejo Consultivo es de la opinión que la compensación de las obligaciones regidas por la CISG es un asunto regido por la propia CISG, de conformidad con sus principios generales, que proporcionan reglas claras y adecuadas entre vendedor y comprador, según las siguientes reglas que se presentan y explican a continuación.

B. Comentarios específicos

1. Las obligaciones monetarias regidas por la CISG, surjan o no del mismo contrato, pueden ser compensadas por cualquiera de las partes de conformidad con los principios generales subyacentes a la CISG.

- 1.1 **Obligaciones monetarias.** Esta regla formula el principio que la CISG rige la compensación de las obligaciones monetarias, por ejemplo, cuando el vendedor reclame el precio de compra, mientras que el comprador reclame daños y perjuicios²⁵; o cuando el comprador reclame la restitución del precio y el vendedor responda con un reclamo por daños y perjuicios²⁶; o cuando el vendedor exija el ajuste de beneficios tras la resolución del contrato y el comprador se base en los daños y perjuicios²⁷ o en otras consideraciones.²⁸ No se consideran obligaciones que no sean la del pago de una suma de dinero. Aun cuando los PRINCIPIOS DE UNIDROIT, los PECL o los derechos nacionales del derecho continental europeo estatuyan el derecho de compensar las reclamaciones relacionadas con bienes del mismo tipo ("bienes similares", "bienes fungibles"), es poco probable que se presente una situación donde el comprador y el

²⁵ Ver, e.g., Oberlandesgericht Düsseldorf, 28 de mayo de 2004, CISG-online 850; Oberlandesgericht Karlsruhe, 20 July 2004, CISG-online 858; Oberlandesgericht München, 9 de julio de 1997, CISG-online 282; Landesgericht Stuttgart, 29 October 2009, CISG-online 2017; Amtsgericht Duisburg, 13 de abril de 2000, CISG-online 659.

²⁶ Ver, e.g., Oberlandesgericht Köln, 19 May 2008, CISG-online 1700; Oberlandesgericht Düsseldorf, 21 de abril de 2004, CISG-online 915; Handelsgericht St. Gallen, 3 de diciembre 2002, CISG-online 727; Oberlandesgericht München, 19 de octubre 2006, CISG-online 1394.

²⁷ Ver, e.g., Tribunal de Primera Instancia de Badalona (España), 22 de mayo de 2006, CISG-online 1391.

²⁸ Ver Bundesgerichtshof (Alemania), 24 de septiembre de 2014, CISG-online 2545, donde el comprador compensa sus costos de reparación contra el reclamo del vendedor por el resto del precio de compra; Oberlandesgericht Hamburg, 26 de noviembre de 1999, CISG-online 515, donde el comprador contrarresta el reclamo del vendedor por el pago de los procedimientos bajo el artículo 88(3) con un reclamo por daños.

vendedor tengan reclamos recíprocos bajo la CISG relacionados con bienes del mismo tipo, ya que la CISG regula los contratos que suelen regir el intercambio de bienes por dinero. Las situaciones de importancia práctica en las cuales se puede presentar una compensación de obligaciones relacionadas con el "mismo tipo de bienes", tal como la compensación de obligaciones de entrega de acciones u otros documentos negociables, o bienes en el comercio de futuros,²⁹ han sido excluidas del ámbito de aplicación de la CISG (Artículo 2 (d) CISG). Y en la medida en que la CISG se aplica a los acuerdos de permuta³⁰, es poco probable que dicho acuerdo involucre bienes del mismo tipo.

- 1.2 ***La compensación como una materia regida por la CISG.*** La compensación de las obligaciones monetarias regidas por la CISG debe resolverse de conformidad con los principios generales subyacentes de la Convención. Aunque la CISG no establece explícitamente reglas generales para la compensación, reconoce el principio de compensación como tal. Por ejemplo, cuando la parte obligada a conservar los bienes, los vende, el artículo 88 (3) CISG estatuye que esa parte tiene derecho a retener del producto de la venta aquellos gastos razonables correspondientes a la preservación y venta de los mismos. Otras disposiciones de la CISG, diferentes al artículo 88 (3) CISG, que no prevén expresamente el derecho de compensación, establecen la regla que la ejecución debe realizarse simultáneamente (Artículos 58 (1) y 81 (2) CISG). El principio de la ejecución simultánea y el derecho de compensación se basan en una idea similar. En ambos casos, resulta primordial evitar que una parte recupere todo lo que se le debe mientras que la otra corra el riesgo de tener que presentar su reclamo ante un tribunal judicial o arbitral.³¹
- 1.3 Los artículos 58 (1), 81 (2), 88 (3) CISG reflejan un justo equilibrio de intereses, durante el intercambio de actuaciones. En lo que respecta al Artículo 88 (3) CISG, la CISG adopta un camino eficiente y expedito para solucionar las obligaciones monetarias recíprocas. En última instancia, las disposiciones se refieren a la forma en que se cumplan las obligaciones de pago mutuo; el tema es una "materia que se rige por la presente Convención (Artículo 7 (2) CISG).
- 1.4 La compensación constituye una versión mejorada de la ejecución simultánea de las obligaciones. Tomando en cuenta la situación abordada en el artículo 88 (3) CISG, si el comprador vendió los bienes por cuenta del vendedor por, digamos \$10,000 y, tuvo

²⁹ Ver, e.g., Bundesgerichtshof (AlemaniaAlemania), 5 de noviembre de 1998, *Neue Juristische Wochenschrift* (1999) 635; Cour de Justice de Genève (Suiza), 9 de octubre de 1998, CISG-online 424; HandelsKammer Zürich (Suiza), 31 de mayo de 1996, CISG-online 1291.

³⁰ Ver, e.g., CIETAC China International Economic & Trade Arbitration Commission (China), 13 de junio de 1989, CISG-online 865; Federal Arbitration Court for the Moscow Region (Rusia), 26 de mayo de 2003, CISG-online 836; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade (Ukraine), 10 de octubre de 2003, CISG-online 923; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade (Ukraine), 15 de abril de 2004, CISG-online 1270; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (Russia), 9 de marzo de 2004, CISG-online 1184; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (Russia), 17 de junio de 2004, CISG-online 1240; ver también Schwenger & Kee, *Barter Contracts and the CISG*, Internationales Handelsrecht (2009) 219 *et seq.*; Mohs *en* Schlechtriem, Schwenger & Schroeter (eds), *ad* artículo 53 párrafo 28.

³¹ Ver Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge 2002, p. 29, con más referencias; Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in Arbitration and Commercial Transactions*, Oxford 2014, párrafo 2.61 *et seq.*; ver también la Opinión Consultiva No. 9 de la CISG, Consequences of Avoidance of the Contract, párrafo 3.11: 'La concurrencia de las obligaciones de las partes implica la inexistencia de obligación alguna por parte de cada una de ellas de otorgar crédito a la otra.'

costos de conservación y venta por \$800, el comprador, en estricta aplicación del principio de la ejecución simultánea, le entregaría \$10,000 al vendedor y recibiría, un par de segundos más tarde, \$800 de éste. Dicho intercambio de dinero se puede acortar para que el comprador pague al vendedor sólo la diferencia entre el precio de reventa y sus costos, que sería de \$9,200. En lugar de efectuar un intercambio real de una suma de dinero contra otra suma de dinero, el intercambio sería simplemente "virtual". Ello sucede al calcular la diferencia entre las sumas de dinero que las partes se deben mutuamente³². El artículo 88 (3) CISG establece explícitamente esta manera de "acelerar" la ejecución simultánea. La CISG no limita esta manera de proceder del artículo 88 (3) CISG. Por el contrario, es inherente a las ideas que subyacen dentro del principio de la ejecución simultánea, a saber, una distribución justa y eficiente de los riesgos en el que una parte puede limitarse a pagar la diferencia entre su reclamo y el de la otra parte, en lugar de tener que realizar un intercambio de dinero. El simple pago de la diferencia es la nota característica de la compensación, entendida conforme la CISG (ver arriba, párr. 0.1). El Consejo Asesor ya ha tenido la oportunidad de afirmar que "suele negarse que la compensación constituya un tema tratado por la CISG"³³ y ha admitido que "la restitución ... se logra de manera más efectiva si se permite la compensación"³⁴. En ese dictamen, el Consejo Consultivo confirma su posición y amplía su alcance al sostener que la compensación de obligaciones monetarias que surjan de la CISG se rijen por ésta, a pesar de que la única norma que la prescribe de manera expresa es el artículo 88 (3) CISG.³⁵

1.5 **Aplicación de los principios generales de la CISG.** Los asuntos regidos por la CISG que no se encuentren expresamente resueltos por ella quedan sujetos a los principios generales en los que se basa la CISG, salvo que tales principios generales no existan (artículo 7(2) CISG). La Regla 1 establece que la compensación de obligaciones monetarias derivadas de la CISG se rige por los principios generales de la CISG. La razón detrás de esta regla es doble: (a) la compensación de obligaciones monetarias es una forma de pago; (b) de las reglas de la CISG relativas al pago se pueden extraer de los principios generales que indican la forma en que la compensación y sus efectos se llevan a cabo. El contenido de cada uno de esos principios generales, su base legal y su aplicación a la compensación, se exponen en detalle en el comentario sobre las Reglas 2 a 4. Para algunos temas específicos no existen principios generales que provengan de la CISG por lo que esos puntos serán atendidos de otra manera por ley aplicable (artículo 7 (2) CISG *in fine*); sin embargo, ello no obstaculizará la aplicación de la CISG a los demás aspectos de la compensación (a continuación, párr. 4.8 *et seq.*).

1.6 **Obligaciones regidas por la CISG.** Los casos (bastante numerosos hasta ahora) donde la CISG ha sido aplicada a una compensación corresponden a obligaciones regidas por la CISG (ver arriba, párrafo 0.2). Hasta donde se puede observar, la CISG no ha sido aplicada a una situación en la que una de las obligaciones del contrato tuviera su base legal en un derecho distinto a la CISG, lo que es acorde con el punto de vista de este

³² Ver, e.g., Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration, A Comparative Analysis*, Oxford 2011, 7; Wood, *English and International Set-Off*, Londres 1989, párrafos 1-4.

³³ Opinión No. 9 del Consejo Consultivo de la CISG, Consecuencias de la Resolución del Contrato, para. 3.23..

³⁴Ibid.

³⁵ Ver también Bundesgerichtshof (Alemania), 24 de septiembre de 2014, CISG-online 2545, nota 56, *Internationales Handelsrecht* 2015, 9; Magnus *in* Staudinger, *ad* artículo 4 párrafo 47.

dictamen. La CISG tiene un alcance limitado, a saber: regula los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor derivados del contrato de compraventa, pero no alcanza a otras obligaciones que no sean específicos de la compraventa, como los derivados del enriquecimiento ilícito o aquéllos reclamos basados en la invalidez del contrato (artículo 4 CISG). Estas obligaciones se rigen por el derecho designado por las normas de conflicto (Artículo 7(2) CISG). Por lo tanto la cuestión de si la obligación o el crédito ha surgido puede depender de un derecho aplicable diferente a la CISG, siendo el tribunal judicial arbitral quien determinará si dicha obligación se rige por la CISG o bien se trata de una obligación *ex lege* sujeta otro derecho aplicable o si ha prescrito.

- 1.7 El hecho de que dichas obligaciones se encuentran fuera del alcance del ámbito de aplicación de la CISG excluye su aplicación a la compensación de obligaciones que no se rijen por ella. La compensación es un modo de cumplir con una obligación monetarias, punto que no se encuentra expresamente resuelto por la CISG (supra, párrafo 1.4 y abajo, párrafo 2). La CISG se ocupa del cumplimiento de las obligaciones, y más específicamente, del pago de las obligaciones pero solo en lo que respecta a las obligaciones que surgen del contrato de compraventa *stricto sensu*. De esas reglas sobre cumplimiento y pago pueden derivarse principios generales aplicables a "*materias que se rigen por la presente Convención*" (Artículo 7(2) CISG). En cuanto a los asuntos no regidos por la CISG, el artículo 7(2) CISG no puede dictar que ellos se rijan por los principios generales de la CISG, ya que esta cuestión se rige el derecho aplicable ajeno a la CISG. En otras palabras, la compensación atañe a la CISG solo en cuanto a las obligaciones que se rijen por la CISG, y es solo con respecto a dicha compensación que la CISG puede estatuir la aplicación de sus principios generales. Por lo tanto, los principios generales de la CISG solo pueden aplicarse a la compensación, en la medida en que la compensación atañe a obligaciones "internas de la CISG".

- 1.8 **Obligaciones derivadas del mismo contrato o de contratos diferentes.** La Regla 1 preceptúa que en tanto ambas obligaciones se rijan por la CISG, el hecho que no se deriven del mismo contrato no impide la aplicación de la CISG a la compensación, lo que será explicado al examinar la Regla No. 5 (abajo, párrafos 5.1 y siguientes).

- 1.9 **Los acuerdos de las partes toman prioridad.** La Regla 1 no establece explícitamente que las partes puedan derogar o variar las reglas de la compensación derivadas de las normas de la CISG. Esas posibilidades son acordes con el artículo 6 CISG. En la práctica, las partes a menudo prevén arreglos contractuales. Pueden, por ejemplo, estipular que en un caso específico sus obligaciones mutuas no deban ser cumplidas en especie pues solo la parte que adeude la mayor cantidad pagará a la otra parte (también llamada "*compensación por acuerdo*"). En relaciones comerciales de larga duración, las partes también pueden establecer las llamadas cláusulas de "*compensación*", donde acuerdan un mecanismo de descarga continua de responsabilidades.³⁶ Y vice versa, las partes también pueden excluir la posibilidad de compensar los reclamos o créditos que tengan la una con la otra. Esto tampoco es inusual³⁷ y suele servir para preservar el flujo

³⁶ Los acuerdos de compensación tienen el propósito de controlar ciertos tipos de riesgo (ver, e.g., Firth, *Derivates: Law and Practice*, London 2013) y, son entre otros tipos de transacciones, de uso frecuente en contratos de futuros incluidos en la CISG.

³⁷ Ver Oberlandesgericht Hamburg, 5 de octubre de 1998, CISG-online 473, donde se declaró que las partes habían excluido la posibilidad de compensación en sus contratos en virtud de la incorporación a los mismos de la cláusula "neto 40 días". El Tribunal sostuvo que la cláusula de pago neto impide al comprador deducir cualquier daño del precio convenido de venta. Ver también Oberlandesgericht München, 11 de marzo de 1998, CISG-online 310 (compensación excluida por § 10(2) de las Condiciones Generales de las Industria textil

de caja de una parte. Las formas comunes de excluir el derecho de compensación, son las cláusulas de pago como "*efectivo neto*", "*contra reembolso*", "*efectivo contra entrega de documentos*" o "*documentos contra pago*".³⁸ Cuando no exista tal acuerdo, la CISG proporciona la base legal de una parte a compensar su reclamo contra el reclamo de la otra, sin su consentimiento, conforme a los requisitos y efectos derivados de los principios generales de la Convención.

2. La compensación tiene el mismo efecto que el pago de una obligación monetaria.

De acuerdo con lo que se entiende por compensación bajo la CISG, lo que se produce es un saldo que representa la diferencia acaecida entre ambas obligaciones pecuniarias (supra, párrafo 0.1) y, donde el importe residual queda pendiente. Ese efecto se encuentra explícitamente previsto en el artículo 88 (3) CISG, que estatuye que la parte con derecho a revender los bienes a cuenta de la otra parte, puede retener del producto de la venta el monto correspondiente a los gastos razonables de la reventa, dando cuenta del saldo. Igual efecto se otorga en todas las demás situaciones en las que se ha admitido una compensación conforme la CISG: la parte que invoque la compensación está exenta de pagar la reclamación dirigida a ella y sólo adeuda la diferencia entre las dos cantidades.³⁹ En otras palabras, la parte que invoque la compensación, aunque no paga, cumple con la obligación que le exige la otra parte tiene en su contra al incoar su propia reclamo. El pago consiste, por así decirlo, en el hecho que la parte que invoca la compensación renuncia a su derecho a recibir el pago de su propio reclamo. Por supuesto, el efecto del pago en efectivo y el de la compensación no son idénticos, porque la parte enfrentada con la compensación puede no aceptar la existencia del reclamo de la otra parte y tendrá que, según sea el caso, sostener dicha posición ante un tribunal judicial o arbitral. Pero este riesgo en nombre de la primera parte es inherente a una compensación, en la medida en que esta se considere un asunto regido por la CISG (arriba, párrafo 1.2) y sea aceptado como tal conforme la CISG. Lo que importa es que el mecanismo de compensación opere conforme la CISG y produzca el efecto que tendría el pago de la deuda en efectivo : la parte que invoca la compensación "paga" a la otra parte al retener la suma que se le adeuda y es responsable solo por la diferencia.⁴⁰

3. La compensación se lleva a cabo mediante una notificación. La notificación debe llegar a la otra parte, pero no surte efectos antes de que ambas obligaciones sean exigibles.

alemana); Vienna Arbitration Proceeding S 2/97 (Barley case), 10 de diciembre de 1997, CISG-online 351 (compensación excluida en los términos y condiciones generales del vendedor).

³⁸Ver los casos citados en nota a pie de página 37; por escrito legal ver Mohs *in* Schlechtriem, Schwenger & Schroeter (eds), *ad* artículo 61 para. 19; Magnus *in* Staudinger, *ad* artículo 53 párrafo 13; Huber *in* Münchener Kommentar, *ad* artículo 53 párrafo 15, con más referencias.

³⁹E.g., Bundesgerichtshof (AlemaniaAlemania), 24 de septiembre de 2014, CISG-online 2545, *Internationales Handelsrecht* 2015, 9; Oberlandesgericht Wien, 23 de enero de 2017, *Internationales Handelsrecht* 2018, 241; Kantonsgericht Zug, 14 de diciembre de 2009, CISG-online 2026; Oberlandesgericht München, 19 de octubre de 2006, nota 3, CISG-online 1394; Oberlandesgericht Köln, 14 de agosto de 2006, nota II.2.d), CISG-online 1405.

⁴⁰Cabe señalar que la idea de comparar la compensación con un pago abreviado no es compartida por todos los ordenamientos jurídicos nacionales. Las diferencias de percepción se deben a la calificación de la compensación como de carácter procedimental o sustantivo, cf. Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in Arbitration and Commercial Transactions*, Oxford 2014, párrafo 2.61; Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration*, Oxford 2011, 8-9.

- 3.1 **La compensación se lleva a cabo mediante notificación.** La jurisprudencia que se pronuncia acerca de la compensación conforme la CISG solo indica de manera general que el demandado se basó en un derecho de compensación, sin brindar más especificaciones sobre la manera o las modalidades en que la compensación fue invocada.⁴¹ A veces, una compensación es declarada no antes sino durante el proceso judicial.⁴² Sin embargo, también hay situaciones donde es claro que una compensación ha sido "reclamada" o "efectuada" antes del inicio de los procedimientos judiciales.⁴³
- 3.2 La Regla 3 estatuye el principio que una compensación regulada por la CISG debe ejercerse mediante una notificación a la otra parte. Esto se basa en las siguientes consideraciones: la compensación significa rebajar la cantidad adeudada al acreedor por el monto que el acreedor deba al deudor (arriba, párrafo 1.4). Cualquier parte puede ampararse en la compensación siempre que ambas tengan un reclamo monetario mutuo. La compensación evita la necesidad que cada parte cumpla con su obligación mediante un pago en efectivo (arriba, párrafos 1.2 y siguientes). No obstante, cuando las partes no hayan acordado un mecanismo de compensación en el que las obligaciones mutuas sean automáticamente balanceadas de forma regular en una fecha acordada (arriba, párrafo 1.9), la compensación será usualmente de interés solo para una de las partes, mientras que la otra parte rechaza la compensación, negando por lo general el hecho que la primera parte tenga un reclamo en su contra e, insistiendo en el pago en efectivo. Debido a esto, la compensación se debe considerar como una excepción presentada por la parte que argumenta que no hay necesidad de realizar un pago en efectivo, ya que dicha parte tiene un reclamo contra la otra. En otras palabras, la parte que se allane a la compensación invoca el derecho a no realizar el pago en efectivo.
- 3.3 Según la CISG, los derechos que se conceden a una de las partes solo tienen efectos jurídicos si son declarados a la otra parte. Esto puede derivarse de una serie de normas, como las contempladas en los siguientes artículos: 14 CISG y siguientes (oferta y aceptación); 26 CISG (declaración de resolución); 39 CISG (notificación de falta de conformidad); 47 y 63 CISG (que fijan un período adicional de tiempo); 48 (2)-(4) CISG (aviso de ejercicio del derecho de subsanación); 50 CISG (reducción del precio); 65 CISG (especificación sobre las características de los bienes); 71 CISG (aviso de suspensión); 72 CISG (notificación de resolución por incumplimiento previsible); 73 CISG (notificación de resolución de un contrato a plazos) y; 85-88 CISG (avisos relacionados con el deber de conservar los bienes). El artículo 88 (3) CISG, que trata de la compensación con respecto a la parte que tiene derecho a vender los bienes que estaba obligada a conservar, establece que esa parte *"tiene derecho a retener del producto de la venta una cantidad igual a los gastos razonables de su conservación y venta"* y que *"deberá abonar el saldo a la otra parte"*. Al usar estas palabras, el art. 88 (3) CISG

⁴¹ Ver, e.g., Oberlandesgericht München, 9 de julio de 1997, CISG-online 282.

⁴² Ver Oberlandesgericht Köln, 19 de mayo de 2008, CISG-online 1700.

⁴³ La Corte de Distrito de Badalona (España), 22 de mayo de 2006, CISG-online 1391 (el vendedor pagó una parte del precio de compra, después de haber "descontado" una cierta cantidad, como podrían ser los costos por transferencia bancaria); Oberlandesgericht Düsseldorf, 21 de abril de 2004, CISG-online 915, en el que se consideraba que el vendedor había declarado, implícitamente, una compensación, al negarse a hacer una restitución total del precio de compra, porque, supuestamente, tenía un reclamo de daños contra el comprador; Landesgericht Stuttgart, 29 de octubre de 2009, CISG-online 2017.

exige implícitamente a la parte que tiene la intención de compensar que exprese su propósito a la otra.⁴⁴

3.4 Esas disposiciones muestran que la CISG consagra el principio de declaración, lo que significa que los derechos que una parte pretende ejercer de acuerdo con la CISG, deben ser comunicados a la otra parte por la vía de la declaración. De hecho, como se ha señalado muchas veces, la CISG ha rechazado tanto el que los derechos de una parte deban hacerse valer mediante una demanda judicial como que los derechos surjan *ipso facto*.⁴⁵ El principio de declaración se aplica, sin excepción, a todos los derechos derivados de la CISG. Por lo tanto, puede ser fácilmente identificado como un "*principio general en el que se basa* [la CISG]" (art. 7 (2) CISG) y puede usarse como fundamento para lograr una compensación regida por la CISG.⁴⁶ La Regla 3, en su primer párrafo, estatuye que una parte que quiera acceder a una compensación conforme la CISG, deberá declararlo a la otra parte.

3.5 ***Ausencia de requisitos de forma.*** La CISG se basa en el principio de libertad de formas. Esto queda plasmado en el artículo 11 CISG, según el cual, un contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito, ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma.⁴⁷ Lo expuesto acaece, prácticamente, en todas las demás disposiciones de la CISG que no estatuyan una forma particular para ejercer un derecho o, para remitir algún tipo de comunicación. En ese sentido, es común decir que un "principio general" con arreglo al artículo 7 (2) CISG puede ser derivado, estatuyendo que todas las declaraciones y comunicaciones contempladas en la CISG están libres de requisitos en cuanto a la forma.⁴⁸ Este principio general puede ser utilizado para la compensación al amparo de la CISG. Ciertamente, como la compensación no está expresamente prevista en la CISG, "*la declaración de la compensación*" no está expresamente asentada en ella. Sin embargo, es unánime el criterio que el principio de libertad de forma de requisitos no aplica solo a declaraciones expresamente establecidas en la CISG, sino también a las declaraciones referidas a asuntos que se rigen por la CISG, aunque ello no se encuentre expresamente resuelto (artículo 7(2) CISG).⁴⁹ Este es el caso con respecto a la compensación (arriba, párr. 1.2). Por lo tanto, le es aplicable el principio de libertad de

⁴⁴ Magnus *in* Leible (ed), 209 (221) *et seq.*; Fountoulakis *in* Schlechtriem, Schwenger & Schroeter, *ad* artículo 81 párrafo 21.

⁴⁵ Ver UNCITRAL YB III (1972) 41-54, UNCITRAL YB III (1972) 85-86, párrafos 28-47; Hellner, *Ipsa facto avoidance*, en Ehmann (ed), *Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung, Festgabe für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag*, Berlin 1980, 85 *et seq.*

⁴⁶ Bundesgerichtshof (Alemania), 24 de septiembre de 2014, CISG-online 2545, nota 58, *Internationales Handelsrecht* 2015, 9; Magnus *en* Staudinger, *ad* artículo 4 párrafo 47; Fountoulakis *en* Schlechtriem & Schwenger, *ad* artículo 81 párrafo 21.

⁴⁷ Una excepción a esto, consta en el artículo 96 CISG, que permite a los Estados cuya legislación requiere que los contratos de venta se celebren o se confirmen por escrito que formule una reserva, de conformidad con el artículo 12 CISG, en el sentido que el principio de libertad de forma consagrados en la CISG no se aplica cuando alguna de las partes tenga su establecimiento principal en ese Estado.

⁴⁸ Ver, e.g., Schmidt-Kessel *in* Schlechtriem & Schwenger, *ad* artículo 11 párrafo 10; Perales Viscasillas *en* Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *ad* artículo 11 párrafo 14; Magnus *in* Staudinger, *ad* artículo 11 párrafo 7.

⁴⁹ Schmidt-Kessel *en* Schlechtriem & Schwenger, *ad* artículo 11 párrafo 11; Perales Viscasillas *en* Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *ad* artículo 11 párrafo 6.

formas. Por supuesto, las partes pueden acordar lo contrario en el contrato y, por ejemplo, someter la declaración de compensación a un requisito por escrito.⁵⁰

3.6 *La notificación debe llegar a la otra parte, pero no surte efectos antes de que ambas obligaciones sean exigibles.*

Otra pregunta concierne al momento en el que la declaración de compensación surte efectos.

La pregunta comprende dos aspectos. El primer punto que debe responderse es el momento en el que se considera que se ha hecho la declaración (punto a ser tratado a continuación en (a)). El segundo punto se refiere a cuándo la compensación surte efecto, es decir, el momento en que ambas reclamaciones se compensan entre sí (que será tratado en el punto (b)).

3.7 Para responder a esos interrogantes, el Consejo Consultivo se guía por las siguientes dos consideraciones: por un lado, la compensación debe declararse (arriba, párrafo 3.2) y; por otro, la compensación tiene el mismo efecto de un pago (arriba, párrafo 2).

3.8 (a) *La notificación debe ser recibida por la otra parte.* En cuanto a la pregunta de cuándo la declaración se considera efectuada, la CISG ofrece la distinción entre las comunicaciones que se han hecho efectivas una vez que han sido recibidas por la otra parte, como es el caso de las comunicaciones a las que se refieren los artículos 47 (2) CISG, 63 (2) CISG, 65 CISG o el artículo 79 (4) CISG, a diferencia de otro tipo de comunicaciones. Esas otras comunicaciones se encuentran regidas por el artículo 27 CISG. Si bien la redacción de esta disposición solo lidia con el riesgo de retardo y falseamiento, suele tratarse de una regla que establece que la declaración surte efectos al momento de su expedición.⁵¹

3.9 El fundamento subyacente del artículo 27 CISG es que el destinatario de la comunicación es la parte que incumple y, por ende quien asume el riesgo de pérdida o retardo en la transmisión de la comunicación.⁵² Cuando ninguna de las partes incumple o las consecuencias provocadas por la declaración son importantes, se aplica el principio de recepción, en lugar del principio de envío. Esto también ocurre en relación con la declaración de compensación. El principio de que los efectos se producen cuando la comunicación es recibida suele aplicarse en aquellos casos en que las partes tengan reclamos mutuos, ninguna de ellas haya incumplido sus obligaciones y ambas están en condiciones de exigir el cumplimiento de la otra. Por supuesto, puede ser que uno de los reclamos surja de un incumplimiento de contrato, lo que ocurriría si el comprador pretende compensar su reclamo por daños y perjuicios contra el reclamo del vendedor por el pago del precio. También, puede ser que ambas reclamaciones surjan de un incumplimiento de contrato. Un ejemplo de ello aparece cuando el comprador reclama un monto correspondiente a la reducción del precio de compra, a lo que tiene derecho acorde con el artículo 50 CISG; en tanto, el vendedor tiene un reclamo por intereses debido al pago tardío del precio de compra (artículo 78 CISG). Sin embargo, lo anterior no es decisivo para determinar la regla apropiada que determine el momento en que la declaración de compensación debe ser efectuada. El objetivo del artículo 27 CISG es

⁵⁰ Ver también Oberlandesgericht Düsseldorf, 21 de abril de 2004, CISG-online 915 (la compensación declarada implícitamente se considera válida en términos de forma).

⁵¹ Schlechtriem y Schroeter, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6ª ed., Tübingen 2016, párrafo 315; Schroeter en Schlechtriem, Schwenger & Schroeter, *ad* artículo 27 párrafo 28, con referencias; Magnus en Staudinger, *ad* artículo 27 para. 24; Benicke en Münchener Kommentar HGB, *ad* artículo 27 párrafo 13 *et seq.*

⁵² Schroeter en Schlechtriem, Schwenger & Schroeter, *ad* artículo 27 párrafo 2.

trasladar al destinatario el riesgo de pérdida o de retardo durante la ejecución del contrato de compraventa, a saber: cuando el comprador notifica una falta de conformidad (artículo 39 CISG); cuando el comprador o el vendedor fijan un período de tiempo adicional para la ejecución (artículo 47 (1) CISG y artículo 63 (1) CISG); reclamos de cumplimiento específico (artículo 46 (1) CISG y artículo 62 CISG) o cuando una de las partes resuelve el contrato (artículo 26 CISG). En otras palabras, el artículo 27 CISG se aplica cuando el destinatario suponga que en la ejecución de sus obligaciones ha habido un incumplimiento y se le exige un correcto cumplimiento. Este no es el caso de la declaración de compensación, cuyo único objetivo es informar al destinatario que habrá una compensación en lugar de un pago en efectivo. Por ende, el principio del artículo 27 CISG no es el adecuado para ser aplicado a una declaración de compensación, por lo que debe aplicarse la regla de la recepción en lugar de la regla del envío para determinar los efectos de una declaración de compensación. Esto significa que la declaración de compensación debe llegar a la otra parte y ser recibida por ésta, pues de lo contrario no se tendrá por efectuada la compensación.

- 3.10 Esta constatación queda corroborada por otro aspecto. La compensación es entendida como un modo de cumplimiento de una obligación monetaria, es decir, como una alternativa al pago (supra, párrafo 2). Las reglas de la CISG deben tenerse en cuenta al momento del pago. En ese sentido, la CISG apunta a que el pago surta efectos una vez que el acreedor haya recibido el reclamo monetario.⁵³ El simple hecho de haber iniciado el proceso de pago no deviene un pago en sí mismo. Las reglas de pago en la CISG siguen la "teoría de la recepción" y no la del envío. Al aplicar este principio a la compensación se hace evidente que la notificación por la que se declare la compensación debe ser recibida por la otra parte para que la compensación pueda surtir efectos.
- 3.11 (b) *La compensación no será efectiva antes del vencimiento de ambas obligaciones.* El momento en el que se declara la compensación debe distinguirse del momento en que esta se hace efectiva, es decir, cuando las obligaciones sean realmente compensadas. La compensación, pese a su asimilación al pago, descansa en una declaración. Las declaraciones pueden hacerse, conforme a la CISG, para que tenga efectos en al principio o retroactivamente); es decir, la compensación puede surtir efectos en un momento distinto al de la fecha de la declaración. Una parte puede, por ejemplo, declarar que el contrato será resuelto dentro de dos semanas o puede declararlo resuelto a partir de la semana pasada. La declaración de resolución como tal entra en vigencia al momento del envío, pero el momento en que surte efecto la resolución puede ser anterior o posterior al de la declaración. Lo mismo es válido para la compensación, que puede declararse antes que las obligaciones sean realmente compensadas.
- 3.12 Como la compensación tiene el mismo efecto que el pago (supra, párr. 2), parece apropiado determinar el momento en que la compensación entra en vigencia, ello, acorde con los preceptos que regulan la reclamación de pago del precio de compra u otros conceptos. De acuerdo con el artículo 61 CISG, el derecho a reclamar la devolución del precio pagado o los daños y perjuicios requiere que el comprador haya incumplido su obligación contractual. Mientras el cumplimiento no sea exigible, el comprador que no haya pagado el precio (o que no cumple), no ha incurrido en un incumplimiento. Del mismo modo, de conformidad con el art. 81 (2) CISG no se puede reclamar la devolución del precio pagado en tanto no se haya cumplido con la obligación de

⁵³Piltz, *Münchener Anwaltshybuch, Internationales Wirtschaftsrecht*, Munich 2017, § 7 párrafo 202; Piltz, *Internationales Kaufrecht*, 2ª ed., Munich 2008, párrafo 4-124; Mohs *en* Schlechtriem & Schwenzler, *ad* artículo 53 párrafo 12; Fountoulakis *en* BeckOGK, *ad* artículo 53 párrafo 25.

restitucion. De ahí que la CISG establezca la regla conforme a la cual una reclamación monetaria no puede ser formulada, antes que la deuda esté vencida.⁵⁴ En lo que atañe a la compensación, la parte que la invoca para recuperar lo que se le adeude debe contar con un reclamo que sea exigible.⁵⁵ Hasta tanto el crédito no sea exigible, una compensación, incluso si ya fue declarada, no surte ningún efecto. Así como una parte no puede exigir el pago de una obligación antes de la fecha de su vencimiento, la parte que se apresta a compensar debe esperar la fecha del vencimiento de su crédito.

- 3.13 Otro tema a zanjar consiste en determinar si debe ser exigible la obligación sobre la cual se declare la compensación. Sobre ese punto este dictamen se basa en lo prescrito en el artículo 58 CISG que regula el momento de pago. Ha sido determinado casi por unanimidad que el comprador no tiene derecho a anticipar el pago antes de la fecha establecida en el contrato. En caso de pago anticipado, el vendedor puede negarse a aceptarlo.⁵⁶ El vendedor que acepte el pago anticipado puede reservarse su derecho a una indemnización por posibles pérdidas en el tipo de cambio.⁵⁷ El derecho del vendedor a rechazar y negarse a aceptar el pago anticipado, aun cuando, no se indica expresamente en el artículo 58 CISG surge de las deliberaciones del Comité de Redacción de la CISG. Como afirma Schlechtriem "*si la petición para aclarar este punto [por ejemplo, el derecho del vendedor a devolver el pago efectuado antes de la fecha de vencimiento] fuera rechazada, se dio por sentado que el vendedor podía rechazar los pagos prematuros o parciales. El único punto sujeto a negociación consistía en determinar si el vendedor debe devolver el dinero de una sola vez.*"⁵⁸

⁵⁴Ver artículo 59 CISG, que establece que el comprador debe pagar el precio de compra en la fecha fijada o determinable a partir del contrato y la CISG, en otras palabras, al momento de su vencimiento. De esta disposición se deriva un principio general según el cual el pago de sumas distintas al precio de compra sigue la misma regla, es decir, deben pagarse en la fecha de su vencimiento. Honnold y Flechtner, *Uniform Law for International Sales*, párrafo 340; Schwenger y Hachem en Schlechtriem & Schwenger, *ad* artículo 7 para. 35; Ferrari en Schlechtriem, Schwenger & Schroeter, *ad* artículo 7 párrafo 55; Mankowski en Ferrari et al., *ad* Artículo 59 párrafo 11; Mohs en Schlechtriem, Schwenger & Schroeter, *ad* artículo 59 párrafo 6; Fountoulakis en BeckOGK, *ad* artículo 59 párrafo 8, 13; Oberlandesgericht Hamburg, 25 de enero de 2008, CISG-online 1681.

⁵⁵ En la jurisprudencia, el hecho de que una reclamación utilizada para compensación deba estar vencida, parece haber constituido la base de todos los casos en los que se apreció la existencia del derecho a compensar. El requisito de vencimiento de la reclamación no suele ser, usualmente, explícito. Parece más bien como una regla general comúnmente aceptada que este reclamo deba cumplir con los requisitos para hacer un reclamo de pago (separado) (Oberlandesgericht München, 19 de octubre de 2006, CISG-online 1394; Oberlandesgericht Köln, 14 de agosto de 2006, CISG-online 1405; Oberlandesgericht Düsseldorf, 21 de abril de 2004, CISG-online 915; Oberlandesgericht München, 9 de julio de 1997, CISG-online 282; Oberlandesgericht Hamburg, 26 de noviembre de 1999, CISG-online 515; Oberlandesgericht Hamburg, 5 de octubre de 1998, CISG-online 473; Landesgericht Mönchengladbach, 15 de julio de 2003, CISG-online 813 ; Amtsgericht Duisburg, 13 de abril de 2000, CISG-online 659).

⁵⁶Slechtriem y Schroeter, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6ª ed., Tübingen 2016, párrafo 530; Magnus in Staudinger, *ad* artículo 58 para. 31; Piltz, *Internationales Kaufrecht*, 2ª ed., Munich 2008, párrafo 4-146; Butler y Harindranath en Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *ad* artículo 58 párrafo 33; Mankowski en Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), *Internationales Vertragsrecht*, 2ª ed., Munich 2018, *ad* artículo 59 párrafo 10; Huber en Münchener Kommentar BGB, *ad* artículo 58 párrafo 28; Fountoulakis en BeckOGK, *ad* artículo 58 párrafo 44; *contra* Mohs en Schlechtriem & Schwenger, *ad* artículo 58 párrafo 20.

⁵⁷ Maskow en Bianca & Bonnell, *ad* artículo 58 nota 2.4; Magnus in Staudinger, *ad* artículo 58 párrafo 31; Butler/Harindranath in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *ad* artículo 58 párrafo 33, con más referencias.

⁵⁸ Schlechtriem, *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna 1986, p. 82 footnote 329, con referencias de A/Conf. 97/C.1/L.206=O.R., p. 123 y A/Conf. 97/C./SR.25 at 9 O.R., p. 370.

- 3.14 Esta norma, derivada de la interpretación del artículo 58 CISG puede generalizarse para todo tipo de reclamaciones monetarias en el marco de la CISG y, en un siguiente paso, aplicarse análogamente a una compensación. Dado que el deudor que invoca la compensación está tomando un atajo para pagar al acreedor (arriba, párr. 2), no debería tener derecho a hacerlo antes que haya vencido el reclamo del acreedor. Del mismo modo que no es posible imponer la aceptación de un pago anticipado al vendedor, la compensación no puede surtir efecto antes que haya vencido el reclamo del acreedor. Por supuesto, al igual que con el pago en efectivo, el acreedor puede aceptar la compensación aun cuando todavía no haya vencido su crédito.
- 3.15 Otro punto que necesita aclaración, es el del momento en que vence la obligación, lo que debe determinarse en base al contrato o la CISG.⁵⁹ En ausencia de acuerdo entre las partes, la fecha de vencimiento de una obligación monetaria se fija o, al menos, puede derivarse, de las diversas disposiciones relativas a los distintos créditos. Por ejemplo, el crédito por el pago del precio de compra se rige por el artículo 58 CISG que preceptúa que, a falta de un acuerdo en contrario entre las partes, el precio debe pagarse cuando el vendedor ponga la mercancía o los documentos representativos a disposición del comprador. Un crédito por daños y perjuicios deviene exigible al momento en que se produzca la pérdida.⁶⁰ Los intereses sobre el precio de compra que deben devolverse después de la resolución del contrato, se devengan a partir de la fecha en que se pagó, originalmente, el precio de compra,⁶¹ etc. Aplicada a una compensación en virtud de la CISG, la cuestión de cuándo cada uno de los reclamos vence, dependerá de su naturaleza. Por ejemplo, una compensación del crédito del vendedor por el pago del precio de compra contra el crédito del comprador por daños y perjuicios pueden tener lugar lo antes posible, tan pronto vence la obligación del pago del precio (lo que puede acaecer cuando el vendedor pone la mercancía a disposición del comprador o en alguna otra oportunidad, antes o después de ese momento, dependiendo del acuerdo de las partes) y se haya producido el daño o pérdida para el comprador (lo que da nacimiento al crédito para reclamar daños y perjuicios).
- 3.16 **La compensación no tiene efecto retroactivo.** Como la compensación se considera una forma alternativa de pago, su efecto debe ser similar al de esa figura. En caso de pago en efectivo, el deudor cumple su obligación en el momento en que la otra parte pueda disponer del crédito. Mientras la primera parte no haya pagado, su obligación persiste. Del mismo modo, si una parte está atrasada en el pago, se encuentra obligada a pagar intereses sobre el importe adeudado hasta el momento en que realice el pago (artículo 78 CISG).⁶² Si se han acordado daños y perjuicios en caso de una demora en los pagos, la parte que no pague en tiempo debe responder por el monto previsto en la cláusula de indemnización. En otras palabras, el pago despliega sus efectos solo a futuro y no tiene efecto retroactivo (efecto *ex-nunc* en oposición al efecto *ex-tunc*).
- 3.17 Lo mismo debe ser válido para la compensación. Una compensación reemplaza el pago en efectivo de una obligación monetaria. El deudor no ha cumplido con su obligación mientras la compensación no ha tenido lugar. Por tanto, si el deudor compensa el reclamo que tiene contra el acreedor, después que el reclamo del acreedor hubiese

⁵⁹ Opinión No. 14, Interés bajo el artículo 78 CISG, Regla 3, segunda oración.

⁶⁰Bacher *en* Schlechtriem, Schwenger & Schroeter, *ad* artículo 78 párrafo 9; Fountoulakis *en* BeckOGK, *ad* artículo 59 párrafo 14, y 14.1.

⁶¹Fountoulakis *en* BeckOGK, *ad* artículo 59 párrafo 14.

⁶²Bacher *en* Schlechtriem, Schwenger & Schroeter, *ad* artículo 78 párrafo 25a.

vencido, el deudor ha estado en mora durante el período en que el pago tuvo que haberse efectuado y, no se hizo. El deudor debe pagar intereses por ese tiempo y, según sea el caso, la indemnización o penalidades que correspondan. En otras palabras, la compensación también debe tener un efecto *ex-nunc*, al igual que el pago en efectivo. No hay ninguna razón para tratar a la parte que compensa, mejor que a la que paga en efectivo.

- 3.18 Las soluciones encontradas en algunos textos legislativos de derecho civil, según los cuales los efectos de la compensación, una vez invocada, se remontan al momento en que las obligaciones han devenido exigibles (arriba, párrafos 0.5 y 0.6), no encuentra apoyo conforme la CISG. Existen razones históricas para que el efecto retroactivo de la compensación previsto en dichos textos carezca de base legítima bajo la CISG. Más bien, los efectos de la compensación bajo el amparo de la CISG deben provenir de la propia CISG, en particular de sus normas de pago, según las cuales el deudor no ha cumplido su obligación hasta que la suma sea pagada.

4. El ejercicio del derecho de compensación no requiere que los créditos sean líquidos o se expresen en la misma moneda.

- 4.1 ***La compensación no necesita expresarse en la misma moneda.*** Con frecuencia, las reclamaciones que se compensarán se expresan en diferentes monedas, por ejemplo, cuando una reclamación por el pago del precio de compra se compensa con una reclamación por daños y perjuicios. Aunque por lo general las partes acuerdan la moneda en que debe pagarse el precio, la moneda de pago del crédito que nace de un reclamo de daños y perjuicios suele ser aquella en la que parte sufrió la pérdida,⁶³ que suele coincidir con el domicilio del acreedor.⁶⁴ Según sea el caso, la pérdida también puede presentarse en otra moneda, por ejemplo, cuando se persigue el reembolso de gastos efectuado para el cobro de deudas.⁶⁵
- 4.2 A diferencia de los PRINCIPIOS DE UNIDROIT 2016, la CISG no aborda específicamente cuestiones de moneda, ni mucho menos, ni tampoco si un reclamo monetario expresado en una determinada moneda pueda cumplirse en otra. Sin embargo, la mayoría de los autores y tribunales concuerdan en que la CISG rige las cuestiones concernientes a la moneda en que debe hacerse el pago.⁶⁶
- 4.3 Ante el interrogante de si es factible que se produzca una compensación cuando las reclamaciones se expresan en monedas distintas, los arts. 88 (3) y 84 CISG sirven de orientación. La primera disposición estatuye el derecho de una parte a retener del

⁶³ OLG Hamburg, 28 de febrero de 1997, CISG-online 261; Schwenger *en* Schlechtriem & Schwenger, *ad* artículo 74 párrafo 63, con más referencias.

⁶⁴ Magnus *en* Staudinger, *ad* artículo 74 párrafo 56; Magnus, *Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht. Zugleich ein Beitrag zu seiner Lückenfüllung und Auslegung*, *RabelsZ* 53 (1989) 116, 134-135.

⁶⁵ Magnus *in* Staudinger, *ad* artículo 74 párrafo 56; Magnus, *RabelsZ* 53 (1989) 116, 134-135; Mankowski *en* Münchener Kommentar HGB, *ad* artículo 74, párrafo 14.

⁶⁶ Cf. Magnus, *RabelsZ* 53 (1989) 116, 127 *et seq.*; Magnus *in* Staudinger, *ad* artículo 53 párrafo 20, con referencias; Brunner, Murmann y Stucki *en* Brunner (ed.), *UN-Kaufrecht – CISG* -, 2ª ed., Bern: Stämpfli, 2014, *ad* artículo 4 párrafo 54; Fountoulakis *en* BeckOGK, *ad* artículo 53 párrafo 11 *et seq.*; Martiny *en* Reithmann & Martiny, párrafo 6.64; contra Schlechtriem y Witz, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris 2008, párrafo 279.

producto de la venta "*una cantidad igual a los gastos razonables por preservar los bienes y venderlos*". La norma también aplica cuando el comprador que revende los bienes por cuenta del vendedor ya había pagado el precio de compra. En este caso, el vendedor debe devolver el precio de compra en la moneda que se fijó para el pago,⁶⁷ mientras que el comprador debe contabilizar "*el producto de la venta*" (artículo 88 (3) CISG). Es probable que dichos montos sean denominados en la moneda acordada para la reventa con el tercero y, por lo tanto, pueden diferir de la moneda en la que el vendedor deba restituir el precio de compra. Del mismo modo, el artículo 84 CISG preceptúa que el vendedor que está obligado a reembolsar el precio se encuentra obligado a pagar intereses sobre el precio, mientras que el comprador debe rendir cuentas al vendedor de todos los beneficios derivados de los bienes. Suele admitirse que ambos reclamos pueden ser compensados.⁶⁸ Al mismo tiempo, no es raro que las dos obligaciones se expresen en monedas diferentes. De hecho, los intereses sobre el precio se consideran pagaderos en la moneda de pago,⁶⁹ mientras que los beneficios por los cuales el comprador debe responder suelen reflejarse en otra moneda, probablemente la divisa del país del comprador.

- 4.4 Tanto el artículo 84 como el 88 (3) CISG prevén una compensación de obligaciones expreadas en diferentes monedas. La regla puede generalizarse en el sentido que una compensación debería ser posible aun cuando los créditos a compensar se expresan en diferentes monedas. Este principio encuentra sus límites cuando la obligación que se utiliza para declarar la compensación es expresada en una moneda no convertible, ya que esto haría imposible determinar el monto del reclamo y, por lo tanto, también el monto susceptible de ser compensado. El destinatario de la declaración de compensación que sufra pérdidas monetarias tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios en virtud del artículo 74 CISG.⁷⁰
- 4.5 La regla no se aplicará cuando las partes hayan excluido el derecho de compensar obligaciones en diferente moneda. Según sea el caso, puede ser importante para una parte recibir el pago en una moneda extranjera que sea más fuerte o más confiable que la suya propia o puede desear recibir el pago solo en una moneda en particular, por ejemplo, la de su domicilio social. El contrato podrá prever cláusulas individuales o modelo en moneda extranjera, dejando el claro que queda excluido el pago en una moneda distinta a la acordada. En ese caso, no sería posible compensar los créditos expreados en diferentes monedas.
- 4.6 ***Las obligaciones no necesitan ser liquidas.*** Suele ocurrir que el crédito a ser compensado bajo la CISG consista en un crédito o reclamo por daños y perjuicios en favor de quien desea hacer una declaración. También es frecuente que el monto de dicho crédito no hay sido precisado ("liquidado"). La Regla 4 establece que la compensación no está excluida en tal caso, lo que es consistente con las consideraciones desarrolladas a la luz de las normas de la CISG en materia de pago de intereses (art. 78 CISG). Según la CISG, el interés comienza a devengarse a partir de que una "suma es

⁶⁷Opinión No. 9 del Consejo Consultivo CISG, Consecuencias de la Resolución del Contrato, Regla 2.4.

⁶⁸Opinión No. 9 del Consejo Consultivo CISG, Consecuencias de la Resolución del Contrato, párrafo 3.23.

Opinión No. 9 del Consejo Consultivo CISG, Consecuencias de la Resolución del Contrato, párrafo 3.26.

⁷⁰Ver, para pago del precio de compra en otra moneda, Fountoulakis *en* BeckOGK, *ad* artículo53 párrafo 14; para otras situaciones ver, e.g., Opinión No. 9 del Consejo Consultivo CISG, Consecuencias de la Resolución del Contrato , para. 3.8.

adeudada" y, en cuanto a los daños y perjuicios, éstos se adeudan tan pronto como se produce el daño (arriba, párrafo 3.15). Por consiguiente, la parte que incumple el contrato se encuentra en mora desde el día en que ocurrió la pérdida y debe intereses sobre el reclamo por daños y perjuicios a partir de esa fecha, independientemente de si el monto exacto de la pérdida se ha determinado.⁷¹ El término "suma" utilizado en el Artículo 78 CISG incluye, por lo tanto, obligaciones monetarias que no han sido liquidadas. En otras palabras, el deudor de una obligación por daños y perjuicios cuyo monto exacto aún no se ha determinado debe pagar un monto que cubra la pérdida del acreedor para evitar pagar los intereses devengados por dicho monto.⁷²

- 4.7 En aras de la coherencia en la interpretación de la CISG, una "suma" ("obligación monetaria") relacionada con una compensación también incluye sumas no liquidadas. Sería incoherente que un deudor de un reclamo por daños y perjuicios esté obligado a pagar una suma que cubra la pérdida incurrida (evitando que se acumule una suma de intereses demasiado alta), pero no se le permita pagar compensando su reclamo contra el acreedor. La compensación debe ser posible cuando el crédito que se declara compensar no haya sido aún determinado. Independientemente de si la obligación sujeta a compensación no sea líquida o el crédito de la contraparte no se encuentre determinado, quien corre con el riesgo de la imprecisión del monto de la compensación es la parte que la declara. En el supuesto en que el deudor de un reclamo por daños y perjuicios no liquidados estima que su pérdida ascenderá a 50,000 €, procediendo a compensar su reclamo por dicho monto contra un crédito de la otra parte, pero después resulta que la pérdida en realidad era de 60,000 €, el deudor que declaró la compensación ha incurrido en mora por dejar de pagar 10.000 € desde el momento en que ocurrió el daño. Igual sucede si el deudor de una obligación de pago del precio que asciende a 50,000 € declara compensar dicha obligación contra un crédito por daños y perjuicios que tiene contra la parte y que estima en 50,000 €, mientras que su pérdida se fija posteriormente en 40,000 €. En ese caso dicho deudor se habrá retrasado en el pago de 10,000 en el pago del precio de compra a partir del momento en que venció dicha obligación.
- 4.8 ***Aspectos que no se pueden derivar de las reglas de la CISG.*** Si bien los principios generales de la CISG pueden aplicarse a la compensación de obligaciones que surgen de la propia CISG, hay otra serie de cuestiones relativas a la compensación donde ello no es posible. Cabe preguntarse si es posible una compensación cuando una de las partes se ha tornado insolvente; cuando una de las obligaciones ha prescrito, o bien un crédito que inicialmente vinculaba a las partes ha sido cedido a un tercero. Estas situaciones involucran asuntos que están fuera del alcance de la CISG,⁷³ aunque esto no obsta que que la compensación se rija por la CISG.
- 4.9 Los temas relacionados con insolvencia, prescripción o cesión de derechos que afecten a un contrato de compraventa regido por la CISG son resueltos por el derecho nacional o internacional que sea aplicable. De la misma manera, cuando una compensación se

⁷¹ Opinión No. 14, Interest Under Artículo 78 CISG, Norma 3 regla en letra sencilla 4, Comentario 3.10.

⁷² Opinión No. 14, Interest Under Artículo 78 CISG, Norma 3 regla en letra sencilla 4, Comentario 3.10.

⁷³ Para más, ver Ferrari, *en* Schlechtriem, Schwenzler & Schroeter, *ad* artículo 4 párrafo 33, 35-38; Schwenzler y Hachem, *en* Schlechtriem & Schwenzler, *ad* artículo 4 párrafo 47, 50. Esto no excluye que persistan interacciones entre las leyes nacionales de insolvencia y la CISG, como lo enfatizan esos autores.

rige por la CISG, aquellos aspectos que se refieren a asuntos ajenos a la CISG se rigen por el derecho aplicable.

- 4.10 Específicamente, el tema de la compensación en caso de insolvencia debe determinarse a la luz del derecho interno regule la operación y los efectos dispositivos de la compensación. Los efectos de la compensación en un proceso concursal puede variar de manera significativa de un país al otro. Puede ser que la compensación surta efectos de manera automática tan pronto comience el proceso de insolvencia, (como es el caso bajo el derecho inglés), o bien la compensación sea obligatoria, o pueda ser excluida por acuerdo de partes, dependiendo de lo que el derecho aplicable requiera en cuanto a los créditos a ser compensados, etc.⁷⁴ A menos que el procedimiento de insolvencia altere la forma en que la compensación opera, o bien dicho derecho establezca una fecha límite después de la cual no es posible la compensación, la CISG será la que determine si se han cumplido los requisitos para que tenga lugar la compensación. En ese caso, el derecho interno aplicable sólo establece si la parte que invoca la compensación puede llevarla a cabo después de iniciado el procedimiento de insolvencia.⁷⁵ Por el contrario, si el derecho aplicable establece que el comienzo del proceso de insolvencia crea una nueva situación de compensación, dicha compensación quedara sujeta al derecho interno aplicable.
- 4.11 Si existen dudas acerca de si ha prescrito una obligación cuya compensación se hubiese declarado, la determinación de si todavía puede operar la compensación no se rige por la CISG, pero esto no impide aplicar la CISG a otros aspectos de la compensación; el hecho que la CISG no prevea reglas en materia de prescripción no impide su aplicación a otros extremos de la compensación. Al igual que en cualquier otro contrato que se rige por la CISG, el tema de la prescripción, incluidos sus efectos, debe resolverse de conformidad con el derecho aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado (art. 7(2) CISG). Los otros aspectos de la compensación (cómo se logra la compensación, cuestiones monetarias, el efecto *ex nunc* de una compensación, etc.) seguirán siendo regidos por la CISG. La misma situación se presenta cuando surja la duda de si y bajo qué condiciones puede compensarse una obligación que surge de un contrato regido por CISG contra un reclamo de la otra parte que ha sido cedido a un tercero, o bien, cuando una de las partes ha adquirido un crédito por vía de cesión contra la otra parte del contrato. En ausencia de cualquier disposición de la CISG, los temas relacionados con la compensación de créditos que han sido cedidos se rige por las otras normas legales que pueden resultar aplicables, como los Principios de Unidroit⁷⁶ o las normas del derecho interno que correspondan (art. 7(2) CISG).
- 4.12 Finalmente, muchas legislaciones nacionales y normas como los Principios de Unidroit prohíben la compensación legal en ciertos supuestos. A menudo, se prohíbe la compensación de créditos que no pueden ser cedidos, tal como los salarios y pensiones de los empleados estatales o el derecho a cobrar reclamos basados en delitos y causideltos, esto es, se prohíbe la compensación de créditos que son esenciales o destinados a reparar graves injusticias. Estas cuestiones no son abordadas por la CISG,

⁷⁴ Ver Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in Arbitration and Commercial Transactions*, Oxford 2014, capítulos 12 y 13.

⁷⁵ Esto se da generalmente en sistemas de Derecho continental europeo. Ver Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in Arbitration and Commercial Transactions*, Oxford 2014, párrafo 13.09 *et seq.*

⁷⁶ Para un caso basado en los Principios de Unidroit y los Principios del Derecho Contractual Europeo, en relación con el tema de si una parte ha cumplido con su obligación de pago al compensar los reclamos que tenía contra su acreedor cuyo crédito había sido cedido a un tercero, ver *Internationales Schiedsgericht der Wirtschaftskammer Österreich*, SCH-4921, 11 de marzo de 2006, <http://www.unilex.info>.

que excluye la validez de los derechos y obligaciones que emanan del contrato (art. 4 CISG). Por lo tanto, no se puede derivar ninguna regla de la CISG sobre si la compensación está prohibida en ciertas situaciones. Pero la ausencia de reglas en la CISG que restringen la compensación no es relevante porque dichas restricciones impuestas por el derecho interno no se refieren a las obligaciones que se rigen por la CISG. La CISG solo se aplica a los asuntos que están dentro de su ámbito de aplicación, por lo que su aplicación se limita a la compensación de créditos y obligaciones que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. Este es el caso de los reclamos por el pago del precio de compra y obligaciones contractuales monetarias por incumplimiento de contrato (ver arriba, párrafo 1.6). La compensación de tales reclamaciones no plantea el tema de su admisibilidad. El hecho que la CISG no establezca normas sobre la prohibición de la compensación no deviene un obstáculo para su aplicación la compensación de obligaciones que caen dentro e su ámbito de aplicación.

5. La aplicabilidad de la CISG a la compensación no afecta aquellos asuntos relacionados con la cosa juzgada o la reconvencción.

- 5.1 Esta regla debe leerse junto con la Regla 1 que establece que las obligaciones monetarias regidas por la CISG se pueden compensar de conformidad con los principios generales de la CISG, independientemente si surgen o no del mismo contrato. Esta regla ha sido adoptada porque la aplicación de la CISG a una compensación no afecta la cosa juzgada (abajo, párrafos 5.7 y 5.8) o la posibilidad de una reconvencción (abajo, párrafo 5.9). Tampoco afecta esta regla la competencia judicial para entender en el reclamo, ya que la compensación regida por la CISG funciona como una excepción opuesta a una demanda, y no como una acción independiente de naturaleza procesal (más adelante, párrafos 5.4 y siguientes).
- 5.2 **Competencia judicial.** No se discute que la determinación de la competencia de un tribunal judicial o o de un tribunal arbitral para conocer un reclamo se rige por el derecho procesal civil o la norma de arbitraje aplicable. La compensación puede plantear cuestiones complejas cuando las obligaciones sujetas a compensación caen bajo jurisdicciones diferentes en caso de ser planteadas individualmente. En materia de derecho contractual, esta situación se presenta si las obligaciones provienen de contratos cuyas eventuales disputes se encuentran a jurisdicciones diferentes. Los escenarios podrían variar: puede ser que el crédito contra el cual se declare la compensación surja de un contrato que está sujeto a una cláusula de selección de foro, mientras que el contrato del cual surja el otro crédito no se encuentre sujeto a dicha cláusula o viceversa. Es posible que existan diferentes cláusulas de selección de foro para ambos contratos, lo que podría conferir, según sea el caso, competencia exclusiva al tribunal cuya jurisdicción ha sido prorrogada por dichas cláusulas. También puede tratarse de reclamos que surjan de contratos sujetos a cláusulas de arbitraje distintas y divergentes, o bien un reclamo que se origine en un contrato sujeto a una cláusula de arbitraje mientras que el otro reclamo se encuentra sujeto a una jurisdicción judicial, o viceversa.
- 5.3 Si una parte interpone un reclamo ante un tribunal judicial o arbitral competente para entender tal demanda y el demandado invoca un derecho de compensación (que puede consistir en una declaración que se ha producido una compensación o un pedido de que el tribunal declare dicha compensación), cabe preguntarse si el tribunal es competente para decidir dicha excepción o defensa de compensación.⁷⁷ Esto dependerá del derecho

⁷⁷ El vocablo ‘excepción’ no es usado técnicamente en este contexto.

del foro o lugar de arbitraje, como así también de otros aspectos del caso.⁷⁸ En principio, pueden obtenerse las siguientes respuestas: el tribunal competente para decidir el reclamo interpuesto en la demanda decide también la excepción de compensación, pese a su falta de competencia para conocer del reclamo de la parte que invoca la compensación; o bien que el tribunal que acoja el primer reclamo suspenda su decisión a la espera de que se resuelva el segundo reclamo en la otra jurisdicción; o bien que el tribunal decline escuchar la excepción de compensación.⁷⁹ Los enfoques también pueden diferir cuando el primer reclamo está sujeto a una cláusula arbitral y el segundo no se encuentra sujeto a dicha cláusula. En la medida en que el acuerdo de arbitraje no pueda interpretarse de manera definitiva, la decisión acerca de si debe acogerse la excepción de compensación dependerá del derecho aplicable al que se encuentra sujeto el tribunal arbitral. Los criterios varían y son similares a aquéllos desarrollados bajo la jurisdicción de los tribunales judiciales, aunque se observa una tendencia general hacia un "fuero de atracción", es decir, aceptar la compensación pese a la falta de competencia para entender en el reclamo que se pretende compensar.⁸⁰ También puede presentarse una situación en la que el primer reclamo cae bajo la competencia judicial mientras que el segundo ha sido sometido a una cláusula de arbitraje. Una vez más, diferentes tribunales han llegado a diversas soluciones respecto a la competencia del tribunal escogido para aceptar la excepción de compensación.⁸¹

- 5.4 Permitir o no que se dirima la excepción de compensación, suspender los procedimientos o proceder de otra manera no resulta en todo caso de la aplicación de la CISG. La aplicación de la CISG a la compensación de obligaciones que surgen del contrato de compraventa reñido por ésta no modifica las normas existentes sobre competencia judicial, cuestión que cae bajo la órbita del derecho procesal o arbitral, según corresponda. Por lo tanto, un tribunal puede, en aplicación de su *lex fori*, negarse a entender una excepción de compensación si el reclamo de la parte que invoca la compensación está sujeto a una cláusula de arbitraje.⁸² Esta solución pareciera bastante obvia desde una perspectiva comparada, al menos para los ordenamientos jurídicos de derecho continental europeo, que consideran a la compensación como una materia de derecho sustantivo y en los que no suele presentarse *a priori* superposición alguna entre el derecho aplicable a la compensación y el derecho procesal o arbitral que determina la procedencia de una excepción de compensación. La división entre el derecho aplicable al fondo y la competencia para entender en una compensación puede ser menos obvia en aquellos ordenamientos jurídicos en los que la disponibilidad de la compensación de créditos y obligaciones suele considerarse una cuestión de procedimiento, aunque en dichos ordenamientos también se presentan situaciones bien conocidas en las que la compensación opera como una defensa sustantiva ante el

⁷⁸ Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in arbitration and commercial transactions*, Oxford 2014, párrafo 3.03 et seq.

⁷⁹ Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in arbitration and commercial transactions*, Oxford 2014, párrafo 3.20 et seq., con más referencias.

⁸⁰ Mourre, The Set-off Paradox in International Arbitration, *Arb. Int.* 2008, 387 et seq.; Schöll, Set-off defences in international arbitration. Criteria for Best Practice – A Comparative Perspective, *ASA Special Series No. 26* (2006), 97 et seq.; Kee, Set-off in International Arbitration – What Can the Asian Region Learn?, 1 *Asian Int. Arb. J.* (2005), 141 et seq.; Gabriel y Meier, Set-off Defences in Arbitration – Conclusions from a Swiss Civil Law Perspective, 5(2) *Indian Journal of Arbitration* (2017), 55 et seq.

⁸¹ Ibid.

⁸² Cf., e.g., Kantonsgericht Zug, 14 de diciembre de 2009, CISG-online 2026, párrafo 14.

reclamo que se pretende compensar. Este es el tipo de situaciones dan motivo a este dictamen, que concierne a la compensación de obligaciones que surgen de un mismo contrato de compraventa internacional.⁸³ Por ello es que la posición adoptada en este dictamen no tan alejada a lo que podría suponerse a primera vista en los ordenamientos jurídicos del *common law*. Sin embargo, no cabe exagerar las similitudes entre la aplicación de la CISG y las nociones que rigen la compensación en el derecho interno, ya que las soluciones que plantea la CISG tienen una base autónoma e independiente de las normas sobre compensación de los derechos nacionales.

- 5.5 La Regla 1, en conjunto con la Regla 5, disponen que la compensación de las obligaciones derivadas de un contrato regido por la CISG tiene lugar de acuerdo con las reglas derivadas de la CISG. Esta regla no plantea temas de competencia ya que tanto el primer como el segundo reclamo se originan en el mismo contrato, mientras que tanto el foro o tribunal arbitral competente para conocer la disputa es el elegido en el contrato o el determinado de acuerdo con las normas procesales pertinentes.⁸⁴ El tribunal judicial o arbitral que asuma competencia para conocer el primer reclamo también será competente para dirimir el tema de la compensación (siempre que la compensación se refiera a reclamos internos de la CISG). Esto no descarta que, en ausencia de un acuerdo de elección de foro por las partes, varias jurisdicciones podrían ejercer competencia concurrente para decidir la disputa contractual.
- 5.6 La Regla 1 establece, además, que una compensación de obligaciones que surjan de diferentes contratos, ambos regidos por la CISG, opera de acuerdo con las reglas derivadas de la CISG y tienen el efecto provisto por ella. La aplicación de la CISG, por ende, no se limita a la compensación derivada del mismo contrato. No hay razón alguna por la cual la CISG determine los principios generales que rijen la compensación de obligaciones que surgen de un mismo contrato, pero no establezca e determine los principios generales que la rijan, pero no los proporcione para regir la compensación de reclamos que surjan de operaciones diferentes.
- 5.7 Este enfoque no altera las normas procesales de competencia judicial que sean aplicables. Al igual que con respecto a los requisitos para la compensación de las cláusulas internas de la CISG, su aplicación y efecto se rigen por la CISG. Como la compensación al amparo de la CISG no necesita ser opuesta ante un tribunal judicial o arbitral, ya que su operabilidad no depende de una sentencia ni de un laudo, una compensación de obligaciones bajo la CISG surge como una excepción al reclamo principal que surge de la CISG, es decir, bajo el derecho aplicable al fondo. Por lo tanto, un tribunal cuya legislación nacional prevea la compensación por vía procesal no puede limitarse a sujetar la compensación a sus reglas de procedimiento, sino que debe tomar en cuenta el hecho que la compensación se rige por el derecho uniforme de la compraventa. Por ejemplo, cuando la compensación se rija por la CISG, un tribunal debe lidiar con una compensación de una obligación de pago de una suma líquida no podría impedir la defensa del demandado que alegue, bajo el derecho procesal que rige al tribunal, que dicha obligación pueda compensarse con una obligación de una suma que

⁸³Cf. § 2-717 UCC, por un lado y, compensación equitativa, por el otro (arriba, párrafo 0.7). Mientras que el primero se limita al mismo contrato, la compensación equitativa requiere que los reclamos surjan de la misma transacción, lo cual es apreciado por el tribunal y puede, según sea el caso, dar lugar a la compensación, incluso, si los reclamos provienen de contratos separados, ver *The Angelic Grace* [1980] 1 Lloyd's Rep. 288; *National Westminster Bank plc v Skelton* [1993] 1 WLR 72, 76.

⁸⁴ Las partes podrían, en teoría, disponer algo diferente en una cláusula de selección de foro o una cláusula arbitral, aunque esto es poco probable en razón de las dificultades a las que podría dar lugar dicho acuerdo.

no ha sido liquidada,. Ello porque bajo la CISG la compensación de reclamaciones no liquidadas puede proceder (ver más arriba, párrafos 3.16 y 3.17).

5.8 **Res judicata.** Cuando la disputa de las partes se presente ante un tribunal judicial o arbitral, el tribunal procederá a admitir o rechazar los reclamos que han sido objeto de compensación.. Puede plantearse la cuestión acerca de si dichos reclamos pueden ser planteados de manera independiente en un nuevo juicio, o bien si al haber recaído una decisión judicial sobre el asunto impide su resolución por otro tribunal. Esta cuestión, conocida como *res judicata* (cosa juzgada), es un asunto regido por la ley procesal que resulte aplicable. En los países de derecho continental europeo, la cosa juzgada se aplica solo a la parte dispositiva del fallo (*dispositif du jugement; operative part of the judgment; prononcé; Urteilstenor*). Por ejemplo, cuando el demandado opone la compensación argumentando que la pretensión del demandante debe ser rechazada por el monto del reclamo que ha sido presentado y el tribunal decide aceptar la pretensión de la parte actora solo en la medida en que su monto no exceda el reclamo de compensación planteado por la parte demandada, la parte dispositiva de la sentencia ordenará " pagar X y desestimar el resto de la pretensión de la parte actora". La razón por la cual se desestima parte del reclamo de la actora -el hecho que el demandado haya tenido éxito en la compensación alegada- es solo el motivo y no pertenece a la parte dispositiva de la sentencia. Sin embargo, a estas alturas, la mayoría de las normas procesales nacionales contienen una norma que extiende la cosa juzgada a la compensación⁸⁵ o permitiendo a la actora exigir una decisión provisional sobre la existencia del derecho a compensar los reclamos.⁸⁶ Los ordenamientos jurídicos que pertenecen a la órbita del *common law* suelen ser considerablemente más estrictos en esta materia que el derecho continental europeo. En términos generales, suele exigirse una sentencia sobre el fondo que ponga fin a todas las cuestiones que fueron abordadas en la sentencia o que podrían haberse planteado en dicho proceso, incluyendo aquellos reclamos que fueron presentados como una compensación, o que podrían haber sido interpuestos pero no lo fueron.⁸⁷ El principio de cosa juzgada también ha sido adoptado por el derecho arbitral.⁸⁸

5.9 Las reglas de procedimiento sobre cosa juzgada no se ven afectadas por la aplicación de la CISG a la compensación. El derecho aplicable a la compensación y los temas de cosa juzgada son ones separadas. La CISG regula lo relacionado con el hecho de si las

⁸⁵ E.g., Código de Procedimiento Judicial (Suecia), Capítulo 17, Sección 11 para. 2; German ZPO, § 322 para. 2; Ley de Enjuiciamiento Civil (España), artículo 408.3.

⁸⁶ Austrian ZPO, § 236.

⁸⁷ Ver Reglas Federales de Procedimiento Civil, Regla 13 (a) (1), según la cual el acusado está obligado a declarar como contrademanda (incluida la compensación) cualquier reclamo que tenga contra la parte contraria si el reclamo surge de la transacción (o suceso) que es el tema del reclamo del demandante.

⁸⁸ Ver Sentencia del Tribunal Supremo de Suecia de 3 de abril de 1998, Informe de arbitraje de Estocolmo 1999/2, 77 y siguientes. y también el Informe en Söderlund, Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings, 22 (4) *Journal of International Arbitration* 2005, 301, 317-318: contra el voto mayoritario de los árbitros y basado en la ley nacional del procedimiento civil, el Tribunal Supremo determinó que la finalidad legal con respecto a un laudo arbitral se extiende a cualquier reclamo que se haya invocado para fines de compensación, incluso si el reclamo de compensación excede el reclamo principal. Ver también Poudret/Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., London 2007, 279-280; Günes, Res Judicata in International Arbitration: To What Extent Does an Arbitral Award Prevent the Re-Litigation of Issues?, 12(6) *Transnational Dispute Management* 2015, 1, 20.

obligaciones de las partes han sido compensadas. Si otro tribunal judicial o arbitral puede volver al tema de si ha habido una compensación es materia de derecho procesal.

- 5.10 **Contrademanda.** Finalmente, la aplicación de la CISG a una compensación no tiene ningún impacto en cuanto a si el reclamo en disputa puede presentarse como una contrademanda o una reconvencción, en lugar de oponerse para compensar el reclamo de la parte actora. A pesar de que la terminología no es la misma en todas partes y según las Reglas Federales de Procedimiento Civil de Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, el término "contrademanda" incluye la compensación (procesalmente operativa),⁸⁹ existen diferencias importantes entre una compensación basada en la CISG y aquella que suele oponerse en lo que suele entenderse por una contrademanda o reconvencción. Desde una perspectiva comparada, la diferencia más importante es que una contrademanda requiere de la existencia de un proceso pendiente, es decir, solo opera ante un tribunal judicial o arbitral. Una contrademanda tiene la ventaja de permitir al demandado hacer valer su reclamo contra la parte demandante incluso si el procedimiento fue iniciado por dicha parte, pudiendo exceder la cantidad reclamada en la demanda. Dependiendo del derecho procesal aplicable, una contrademanda también puede permitir la participación de terceros en el litigio. Sin embargo, la contrademanda requiere que haya comenzado un proceso, quedando sujeta a límites de tiempo y formalidades, llevando aparejado gastos procesales y la carga de los costes del procedimiento, exigiendo por lo general que la contrademanda se interponga en el mismo proceso.⁹⁰ Todos esos aspectos, en particular la disponibilidad, requisitos y efectos de la contrademanda, se rigen por la *lex fori* o la *lex arbitri* a la que se encuentra sujeta el tribunal. Una contrademanda es, por ende, un instrumento que difiere de cualquier tipo de compensación bajo el derecho interno, como así también de una compensación bajo el derecho procesal aplicable, que difiere considerablemente de la compensación bajo la CISG. Para una parte que se enfrenta ante un reclamo derivado de un contrato de compraventa, la compensación y la contrademanda presentan diferentes posibilidades de reacción, según las circunstancias del caso. Obviamente que cuando una parte decide plantear una contrademanda en lugar de invocar una compensación sobre el fondo, su reclamo se regirá por la CISG, pero su aplicación se limita al ámbito de aplicación de la CISG, mientras que la admisibilidad y el funcionamiento de la contrademanda estará sujeta al derecho procesal aplicable.

⁸⁹ Cf. Reglas Federales de Procedimiento Civil, Regla 13(c).

⁹⁰ Para mayores diferencias entre compensación y contrademanda y sus respectivas ventajas y desventajas, ver Pichonnaz/Gullifer, *Set-off in arbitration and commercial transactions*, Oxford 2014, para. 5.13 *et seq.*

