

Consejo Consultivo de la CISG*

Opinión No. 14

Intereses bajo el artículo 78 CISG

Para ser citado como: CISG-AC Opinión No. 14. Los intereses bajo el artículo 78 CISG. Relator: Prof. Dr. M. Yeşim Atamer, Universidad Bilgi de Estambul, Turquía. Aprobada por unanimidad por el Consejo Consultivo de la CISG en su 18^a reunión, celebrada en Beijing, China, el 21 y 22 de octubre 2013.

Traducción al español por la Profesora Mariliana Rico Carrillo y revisada por los Profesores Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas.

La reproducción de esta opinión está autorizada

INGEBORG Schwenzer, Presidente

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

SIEG EISELEN, Secretario

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

En su reunión fundacional, que tuvo lugar en París en junio del año 2001, el Prof. Peter Schlechtriem de la Universidad de Friburgo, Alemania, fue elegido presidente del CISG-AC por el término de tres años. El Dr. Loukas A. Mistelis del Centro de Estudios de Derecho Comercial de la Universidad de Londres (“Queen Mary”), fue electo Secretario. El Consejo Asesor de la CISG ha sido integrado por: Prof. Emérito Eric E. Bergsten, de la Universidad de Pace; Prof. Michael Joachim Bonell, de la Universidad de Roma, “La Sapienza”; Prof. E. Allan Farnsworth de la Universidad de Columbia; Prof. Alejandro M. Garro de la Universidad de Columbia; Prof. Sir Roy M. Goode, de la Universidad de Oxford; Prof. Sergei N. Lebedev de la Comisión de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa; Prof. Jan Ramberg, de la Universidad de Estocolmo; Prof. Peter Schlechtriem, de la Universidad de Friburgo; Prof. Hiroo Sono, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Hokkaido; Prof. Claude Witz, de la Universidad de Saarlandes y de la Universidad de Estrasburgo. Los miembros del Consejo son elegidos por el mismo consejo.

En reuniones subsiguientes, el CISG-AC eligió como miembros adicionales a Prof. Pilar Perales Viscasillas, de la Universidad Carlos III, Madrid; Prof. Ingeborg Schwenzer, de la Universidad de Basilea; Prof. John Y. Gotanda, de la Universidad de Villanova; Prof. Michael G. Bridge, de la Escuela de Economía de Londres; Prof. Han Shiyuan, de la Universidad de Tsinghua University; y Prof. Yesim Atamer, de la Universidad de Bilgi en Estambul. El Prof. Jan Ramberg sirvió por un término de tres años como su segundo presidente de la CISG-AC. En su Onceava reunión en Wuhan, República Popular de China, el Prof. Eric E. Bergsten de la Universidad de Pace fue elegido como Presidente de la CISG-AC y el Prof. Sieg Eiselen del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sudáfrica fue electo Secretario. En su catorceava reunión en Belgrado, Serbia, la Prof. Ingeborg Schwenzer de la Universidad de Basilea fue electa Presidente de la CISG-AC.

Artículo 78

Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

OPINIÓN

- 1. Todos los aspectos sobre el pago de intereses se rigen por la CISG y los principios generales en los que ésta se basa.**
- 2. Es necesario distinguir dos enfoques diferentes para la concesión de intereses: mientras que el artículo 84 CISG tiene un carácter restitutorio y refleja la idea de restitución, el artículo 78 CISG sigue principios similares a la indemnización por daños y perjuicios y tiene por objeto la compensación.**
- 3. Los intereses en virtud del artículo 78 CISG se devengarán desde el momento en que la suma es debida. Una suma es debida a partir del momento en que, por ejemplo:**
 - a. debió hacerse el pago del precio;**
 - b. ocurre la pérdida que hace surgir la responsabilidad por daños y perjuicios;**
 - c. debió hacerse efectivo el pago de una reclamación por reembolso.**
- 4. Cualquier obligación monetaria, líquida o ilíquida, puede devengar intereses.**
- 5. En concordancia con el Artículo 59 CISG, para que los intereses comiencen a devengarse no se requerirá ningún requisito adicional, tal como un requerimiento o demanda de pago o la constitución en mora, ni de ninguna otra formalidad.**
- 6. Los intereses dejarán de devengarse al momento de extinguirse la obligación de pago.**
- 7. La obligación de pagar intereses en virtud del artículo 78 CISG se mantiene a pesar de extinguirse la obligación de pagar daños y perjuicios en virtud del Artículo 79 CISG. Sin embargo, no se devengarán intereses cuando la falta de pago de una obligación dineraria haya sido causada por la acción u omisión del acreedor o cuando el deudor haya ejercido su derecho a suspender el cumplimiento.**
- 8. El tipo de interés puede ser determinado por acuerdo entre las partes.**
- 9. En ausencia de tal acuerdo, el tipo de interés aplicable será aquél que el tribunal del lugar del establecimiento del acreedor aplicaría a un contrato de compraventa similar no regido por la CISG.**
- 10. Se pagará un interés compuesto si las partes así lo han acordado o si el tribunal del lugar del establecimiento del acreedor así lo permitiría en un contrato de compraventa similar no regido por la CISG.**
- 11. Los intereses se pagarán en la misma moneda, en el mismo lugar y de conformidad con todas las demás formalidades que exige el pago de la suma principal.**
- 12. Cualquier pérdida sufrida por el acreedor que no sea recuperable como intereses en virtud del artículo 78 CISG puede recuperarse como indemnización por daños y perjuicios, de conformidad con el artículo 74 CISG.**

ÍNDICE

OPINIÓN

COMENTARIOS

I. INTRODUCCIÓN

II. HISTORIA DE LA REDACCIÓN

III. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 78

1. CONSIDERACIONES GENERALES

a. Necesidad urgente de una interpretación uniforme del artículo 78

b. Supuestos básicos de la opinión

2. REQUISITOS PARA QUE LA MORA PROCEDA DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 78 CISG

a. La falta de pago del precio de la compra o cualquier otra suma adeudada

b. La falta de pago en la fecha de vencimiento

aa. La falta de pago

bb. Fecha de vencimiento

aaa. Precio de la compra

bbb. Daños y perjuicios

ccc. Otras sumas

c. Ningún requisito para la reclamación de intereses

3. CÁLCULO DE INTERESES

a. El tipo de interés definido en el contrato

b. La regla residual para definir el tipo de interés

aa. Diferentes enfoques en la doctrina y la jurisprudencia

bb. Evaluación y propuesta

aaa. Evaluación de los diferentes enfoques

bbb. Regla propuesta

4. INTERÉS COMPUESTO

5. MODALIDADES DE PAGO

6. DEFENSAS CONTRA UNA RECLAMACIÓN DE INTERESES

7. CESE DEL RECLAMO DE INTERES

8. RELACIÓN DE INTERESES CON UNA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL

9. CARGA DE LA PREUBA

ANEXO: TABLA DE CASOS

("Los tratados no son sólo pergaminos secos. Son instrumentos para proporcionar estabilidad a sus partes y cumplir los fines que ellos incorporan. Por tanto, pueden cambiar con el tiempo, deben adaptarse a las nuevas situaciones, evolucionar de acuerdo con las necesidades sociales de la comunidad internacional y a veces pueden caer en obsolescencia")¹

COMENTARIOS

I. Introducción

1.1 Cuando el precio de compra o cualquier otra obligación monetaria no es pagada a tiempo, el acreedor sufre pérdidas por el simple hecho de no poder utilizar este dinero². Aunque el artículo 78 de la CISG reconoce el derecho del acreedor a reclamar intereses en estos casos y solicitar una indemnización por cualquier pérdida adicional de acuerdo con el artículo 74, deja un gran problema sin resolver, que es el porcentaje correspondiente al tipo de interés que puede cobrarse en estos casos. En razón de que no existe un debate en curso en la jurisprudencia y la doctrina respecto al tipo de interés aplicable, esta opinión tiene por objeto proponer una solución aceptable sobre la base de los principios generales de la CISG (artículo 7 CISG). En esta labor, el Consejo Asesor, liderado por la declaración de Georg Nolte arriba expresada, insta a leer la Convención de manera tal que, en aras de la seguridad jurídica, pueda adaptarse a las necesidades de la comunidad internacional.

1.2 El artículo 78 CISG³ es la única disposición que se encuentra dentro de la Parte III, Capítulo V, Sección III de la CISG, inmediatamente a continuación de las disposiciones relativas a la

¹ Georg Nolte, Rep. of the Int'l Law Comm'n, 60th Sess., May 5–June 6, July 7–Aug. 8, 2008, U.N. Doc. A/63/10 (reproducido de Arato, Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences, 9 The Law and Practice of International Courts and Tribunals (2010), pp. 443–494, at 444.

² Este principio ya estaba establecido en el Derecho Romano: *minus solvit, qui tardius solvit = quien paga lo debido con demora, paga menos de lo que debe*, Digest, 50,16,12,1 (Ulpiano), Ver *Gelzer*, Verzugs-, Schadens- und Bereicherungszins, 2010, párrafo 19.

³ Si no se indica lo contrario, todas las referencias de artículos se relacionan con la CISG.

indemnización de daños y perjuicios en la Sección II. Esta ubicación, y la referencia a la norma general sobre daños y perjuicios (artículo 74 CISG) en el artículo 78 CISG, indican que las reclamaciones de intereses y de daños están basadas en juicios de valor similares, dirigiéndose ambas, fundamentalmente, a compensar una pérdida. Otra característica correspondiente a estas disposiciones es el método de cálculo abstracto: tanto el artículo 76 CISG como el artículo 78 CISG calculan el importe a pagar por el deudor, independientemente de la pérdida real experimentada por el acreedor.

1.3 Aunque el artículo 78 CISG no proporciona un tipo o tasa de interés específico, el principal objetivo de una reclamación de cobro de intereses es compensar la pérdida del acreedor. El principio general de la plena compensación establecido en el artículo 74 CISG, como así también el método de cálculo abstracto previsto en el artículo 76 CISG, brindan suficientes pautas de referencia, sobre la base de la CISG, para determinar la tasa o el tipo de interés..

II. Historia de la elaboración del artículo 78 CISG

2.1 La Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (LUCI, 1964), antecesora de la CISG, preveía en su artículo 83 que un comprador que se retrasaba en el pago del precio de compra debía pagar intereses *"sobre la suma que está en mora a un tipo igual a la tasa de descuento oficial en el país en el que [el vendedor] tiene su establecimiento [...] más 1%"*. Cuando en 1969 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI") creó el primer "Grupo de Trabajo sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías" con la finalidad de revisar la LUCI, la CNUDMI propuso en su "Proyecto de Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías " de 1976 mantener en gran parte la redacción del artículo 83 y agregar sólo siguiente frase: *"pero su derecho no ha de ser inferior a la tasa aplicada a los créditos comerciales sin garantía a corto plazo en el país donde el vendedor tenga su establecimiento."* ⁴

⁴ Para más detalles sobre la historia de la redacción del Artículo 78 CISG ver *Kizer*, Minding the Gap: determining Interest Rates Under the UN Convention for the International Sale of Goods, 65 U. Chi. L. Rev. 1279 (1988), 1285-1286; *Mazzotta*, CISG Article 78: Endless disagreement among commentators, much less among the courts, 2004 (disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mazzotta78.html> - intro) párrafo III.

2.2 Las divergencias irreconciliables entre las delegaciones nacionales sobre el tema de intereses provocaron más dificultades de lo que probablemente se esperaba. Mientras que algunos países estaban en contra del derecho a los intereses en general, otros estaban en contra del tipo de interés propuesto. Estas discusiones llevaron al resultado que los dos siguientes proyectos de convenciones de 1977 y 1978 excluyeran una disposición general respecto a la obligación de pagar intereses en caso de incumplimiento. Ambos proyectos de convenciones sólo proporcionaron una norma similar al artículo 84 CISG, que al obligar al vendedor a restituir el precio de compra luego de resolverse el contrato, también lo obliga a pagar intereses devengados sobre dicho precio de compra.

2.3 la cuestión se planteó una vez más en 1980, durante la Conferencia Diplomática celebrada en Viena. Se propusieron tres alternativas diferentes para definir el tipo de interés, y aunque fueron discutidas ampliamente, no se llegó a un consenso. Finalmente, los redactores reconocieron el principio de un derecho a reclamar intereses sobre cualquier obligación monetaria adeudada, pero no se definió expresamente el tipo de interés o las modalidades de pago.

III. Interpretación del artículo 78 CISG

1. Observaciones generales

a. Necesidad urgente de una interpretación uniforme del artículo 78 CISG

3.1 En cuanto a la historia de la redacción del artículo 78 CISG, podría interpretarse que esta disposición, además de establecer el derecho a solicitar el pago de intereses, deja todos los detalles del tipo de interés deliberadamente a cargo del derecho interno que fuere aplicable "*en virtud de las normas del derecho internacional privado*" (Art. 7 (2) CISG). Sin embargo, una mirada a la jurisprudencia relativa al artículo 78 CISG demuestra que hay toda una variedad de interpretaciones potencialmente aplicables a la determinación del tipo de interés. Un estudio de 274 decisiones exhibe una drásticamente una multiplicidad de soluciones, especialmente en relación con el tipo de interés.⁵ Mientras que algunos tribunales nacionales aplican regularmente

⁵ Ver caso de estudio anexo a esta Opinión. Para otros casos de estudio, ver *Liu*, Recovery of Interest, Nordic Journal of Commercial Law of the University of Turku, 2003 (disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/liu.html>) y *Behr*, The Sales Convention in Europe: From Problems in Drafting

el tipo de interés que determina el derecho aplicable al contrato, habiendo sido éste determinado a su vez por las normas de derecho internacional privado del foro, otros fallos optan por cubrir el vacío del artículo 78 CISG recurriendo al tipo interés aplicable en el lugar del establecimiento del acreedor o del deudor, o bien la tasa Libor/Euribor, o bien el tipo de interés al que se arriba en virtud del artículo 7.4.9 de los Principios de UNIDROIT.⁶ La interpretación de las decisiones de los tribunales arbitrales en relación con el artículo 78 CISG es más problemática aún, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos ni siquiera explican la norma o principio al que se recurre para arribar al tipo de interés.⁷ También se debaten cuestiones como el *dies a quo* a partir del cual se devengan los intereses o si puede aplicarse un interés compuesto. Esta fragmentación de opiniones requiere una interpretación uniforme del artículo 78 CISG, especialmente porque la falta de uniformidad podría inducir a las partes a fundamentar sus pretensiones en el derecho que les resulte más favorable en cuanto el tipo de interés. Esta opinión del Consejo Consultivo de la CISG se orienta fundamentalmente a ofrecer una solución que sea aceptable tanto para la doctrina como para la jurisprudencia elaborada en torno a la CISG.

b. Supuestos básicos de esta opinión

3.2 En la actualidad, la doctrina alrededor de CISG es prácticamente unánime en cuanto a que el recurrir al derecho interno que indiquen las reglas de derecho internacional privado del foro constituye *una última ratio* para llenar el vacío en el marco de la Convención, lo que debe ser evitado en la medida de lo posible.⁸ Aplicar los principios generales de la CISG es siempre una prioridad (Art. 7 (2) CISG), ya que éxito del derecho uniforme reside en su independencia respecto del derecho interno que podría de otra forma aplicarse en virtud de las disposiciones de derecho internacional privado del foro. Con el fin de fomentar la uniformidad, esta opinión prefiere revisar los principios generales de la CISG para ayudar a concretar los detalles de un

to Problems in Practice, 17 Journal of Law and Commerce (1998) 263-299 (disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/beh.html>).

⁶ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2010 (PICC).

⁷ Sobre la discreción de los tribunales arbitrales en la determinación del tipo de interés aplicable, ver *Gotanda*, Awarding Interest in International Arbitration, 90 Am. J. Int'l L. 1996, pp. 40-63, p 50 y ss.

⁸ Ver, por ejemplo, *Schwenzer/Hachem* in: Schlechtriem/Schwenzer (eds.) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3rd ed., 2010, Art. 7 párrafo 42; *Honnold/Flechtner*, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4th ed., 2009, párrafo 102; *Magnus* en: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2013, Art. 7, Rn. 58; *Brunner*, UN-Kaufrecht – CISG, 2004, Art. 7 párrafo 6; *Huber/Mullis*, The CISG, 2007, p. 34.

reclamo de intereses. Este punto de vista es reforzado por el hecho que los redactores de la Convención, aunque incapaces de concebir una respuesta a la mayoría de los problemas relacionados con los reclamos de intereses, optaron por no incluir el tema de intereses en el artículo 4, es decir, entre los temas expresamente excluidos de la CISG.⁹ Esta decisión puede ser interpretada como una delegación de esta cuestión para los futuros jueces o árbitros. Detener el desarrollo de la CISG a finales de 1970 no pudo haber sido el propósito de sus redactores.¹⁰

3.3 Con el fin de determinar los principios que guían la interpretación del artículo 78 CISG en general, primero se debe definir qué es lo que persigue el reclamo de intereses.¹¹ La razón principal por la que se conceden intereses es compensar las supuestas pérdidas sufridas por el acreedor por haber sido privado del uso del dinero. Mediante el pago de intereses, el acreedor se coloca en la misma posición pecuniaria que habría tenido si el pago de la suma se hubiera hecho a tiempo, es decir, si se hubiera pagado en la fecha de vencimiento. El reclamo de intereses presupone que el acreedor habría reinvertido el dinero. Por lo tanto, el deudor debe compensar al acreedor por el valor temporal de uso de ese dinero. Una segunda justificación para reclamar intereses es evitar el enriquecimiento injusto o indebido. Cualquier persona que mantiene el dinero de otra por más tiempo de lo que se encuentra jurídicamente autorizada, se beneficiará de los frutos legales (*fructus civiles*) de este dinero de una manera injusta. Bajo tales circunstancias, el cobro de los intereses sirve para transferir la riqueza a la persona a la que pertenece. De cualquier manera, la concesión de intereses tiene también un efecto disuasorio. El conocimiento de una demanda potencial de intereses crea un incentivo para devolver el dinero o para resolver litigios más rápido.

3.4 Al analizar el artículo 78 CISG, se puede observar que el pago de intereses no se basa en la idea de restitución o enriquecimiento injusto. El acreedor no está reclamando el beneficio de una

⁹ En sentido similar, *Djordjevic* en: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.) UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2011, Art. 4 párrafo 45. Ver para una propuesta del Reino Unido que fue rechazada, pretendiendo introducir una disposición en la Parte I, Capítulo I en el sentido de que: "La presente Convención no afectará ningún derecho del vendedor o comprador para recuperar los intereses sobre el dinero") Ver the Official Records of the UN Conference on Contracts for the International Sale of Goods, 10 March-11 April 1980, publicado en 1991, p. 137-138.

¹⁰ *Kizer* (nota 4) p. 1295. Ver respecto de la dinámica (evolutiva) de la interpretación de los Tratados, Arato (nota 1) p. 465 y ss.; *Gardiner*, Treaty Interpretation, reprint 2011, p. 253 y ss.

¹¹ Ver en detalle *Gotanda*, A Study of Interest, Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper No. 2007-10, p. 4; *Schwenzer/Hachem/Kee*, Global Sales and Contract Law, 2012, párrafo 46.12-16.

suma que el deudor ha utilizado de buena fe por algún tiempo sin saber que tenía que devolver el dinero. En realidad éste es el principio sobre el que se basa el artículo 84. Allí, en el caso de incumplimiento, la relación contractual original se transforma en una relación de restitución.¹² Esto significa que el comprador está obligado a devolver los bienes al vendedor y el vendedor a restituir el precio pagado por el comprador. Además, el vendedor debe pagar intereses sobre el precio desde la fecha en que el precio fue pagado, y el comprador debe dar cuenta de todos los beneficios que haya obtenido de las mercancías desde el momento de la entrega. Ya que ambos hicieron uso del dinero y de los bienes respectivamente en un período durante el cual no estaban sujetos a la obligación de restitución, el cálculo de la prestación y de los intereses se centra únicamente en lo que las partes han ganado o hubieran podido haber ganado. El punto de referencia es el deudor y no el acreedor.

3.5 Sin embargo, el artículo 78 CISG no refleja la idea de restitución del artículo 84 CISG.¹³ El punto de referencia del artículo 78 CSG es lo opuesto; en este caso la pérdida del acreedor es lo primordial. La disposición tiene por objeto compensar las pérdidas del acreedor y ponerlo en la misma posición que habría tenido si el pago se hubiese realizado oportunamente.¹⁴ La similitud de esta reclamación de intereses con la reparación de daños y perjuicios es evidente.¹⁵ La ubicación de la disposición en la CISG (después de la Sección II sobre daños y perjuicios y antes de la Sección IV de la exención del pago de daños), y también la redacción del artículo, enfatizando que el demandante siempre podrá solicitar una indemnización adicional de acuerdo con el artículo 74 CISG cuando el interés no sea suficiente para la compensación, respaldan la idea que la conexión con los daños está en primer plano.¹⁶ Si el artículo 78 CISG estuviera basado en el concepto de proveer compensación por los beneficios recibidos de manera

¹² Ver en detalle CISG-AC Opinión No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Ponente: Professor *Michael Bridge*, London School of Economics, London, United Kingdom, párrafo 3.7.

¹³ Ver también *Cortier*, Interest in Uniform Application – How to Solve the UN Sales Law's Interest Rate Problem Under Artículo 78 CISG and Artículo 84 CISG, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2002-2003) [2004] 1-18, párrafo II bb (disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/cortier1.html>).

¹⁴ Comisión de Arbitraje de Comercio Internacional Económico de China (*China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC]*), 20-07-2005, CISG-online 1708.

¹⁵ Ver también *Honnold/Flechtner* (nota 8) párrafo 421.

¹⁶ *Schwenzer/Hachem/Kee* (nota 11) párrafo 46.06.

injustificada,¹⁷ no habría habido necesidad de introducir por separado el deber de pagar intereses cuando proceda el reembolso del precio según el artículo 84 CISG.

3.6 Dado que el artículo 78 CISG no se refiere a la restitución sino a la compensación, la presente opinión considera apropiado que las cuestiones relativas a la reclamación de intereses se resuelvan mediante la utilización del principio de compensación plena del artículo 74 CISG, que declara que los daños y perjuicios consisten "*en una suma igual a la pérdida*".¹⁸ Este principio refleja la idea que la parte perjudicada tiene derecho a reclamar una indemnización por todas las pérdidas que ha sufrido y las ganancias de las que fue privada como consecuencia del incumplimiento.¹⁹ La finalidad del artículo 74 CISG es colocar a la parte lesionada en la misma posición pecuniaria que habría tenido si el contrato se hubiera cumplido correctamente. Esto significa que, para aplicar el artículo 78 CISG, las principales cuestiones a tener en cuenta para justipreciar la cantidad exacta de la pérdida consiste en determinar el momento en que el acreedor sufre la pérdida monetaria y el valor temporal del dinero para dicho acreedor,²⁰

3.7 El valor temporal de la suma adeudada tiene que ser determinado de una manera abstracta, en concordancia con el artículo 76 CISG.²¹ Esta disposición establece que en caso de incumplimiento del contrato, siempre y cuando las mercaderías tengan un precio corriente o de mercado, no hay necesidad de realizar una operación de reemplazo para calcular la pérdida del acreedor. El acreedor podrá solicitar de inmediato la diferencia entre el precio de mercado en el momento que se incumplió el contrato y el precio del contrato. Esta diferencia de valor es la que, sin admitirse prueba en contrario, se presume la pérdida del acreedor. En concordancia con esta idea, se puede suponer que el reclamo de los intereses previsto en el artículo 78 CISG otorga al acreedor el derecho al valor temporal del dinero. A diferencia del artículo 76 CISG, el artículo 78 CISG no menciona el lugar a tener en cuenta para determinar el "precio corriente", en nuestro

¹⁷ Ver sobre esta opinión infra nota. 58.

¹⁸ En concordancia con esta opinión, *Cámara de Comercio de Arbitraje de Serbia*, 19-10-2009, CISG-online 2265

¹⁹ Ver CISG-AC Opinión No. 6, Calculation of Damages under CISG Artículo 74. Profesor Relator: *John Y. Gotanda*, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA. El artículo 7.4.2 de los Principios de UNIDROIT y el artículo 9:502 PECL (*Principles of European Contract Law*) siguen el mismo principio.

²⁰ Ver *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda* (nota 9) Art. 78 párrafo 1; *Staudinger/Magnus* (nota 8) Art. 78 párrafo 1.

²¹ Ver sobre esta disposición *Atamer*, Die abstrakte Schadensberechnung und ihr Verhältnis zum Anspruch auf den entgangenen Gewinn am Beispiel von Artikel 74 und 76 CISG, en: *Liber Amicorum Ulrich Magnus, Mankowski/Wurmnest* (eds.), 2014, pp. 154-160.

caso el "valor actual temporal del dinero". Pero dado que la pérdida del acreedor pone de relieve el valor temporal del dinero en el lugar donde se encuentra su establecimiento, esta parece ser la opción más plausible, lo que se explicará en detalle más adelante, en los párrafos 3.35-3.44.

3.8 El artículo 78 CISG, al igual que las demás disposiciones de la Parte II y III de la CISG, es una norma de derecho sustantivo. Los redactores de la Convención han seguido el enfoque adoptado en los países de raigambre continental-romanista, donde el reclamo de intereses es caracterizado como una cuestión de derecho sustantivo.²² Los intereses se devengarán, en principio, desde el momento que el pago es debido hasta el momento que el pago se haya efectuado. Teniendo en cuenta que el pago efectivo casi siempre se realizará después de una sentencia, será necesario un nuevo cálculo durante el procedimiento de ejecución. En la mayoría de los países de cultura neo-romanista los sujetos encargados del cumplimiento de la sentencia harán este cálculo, tomando en cuenta el tipo de interés fijado en la decisión. Sin embargo, en otros países, especialmente los de la órbita del Common Law, suelen adoptarse normas orientadas a aplicar intereses con posterioridad a la sentencia.²³ Esto significa que los intereses previos al juicio sólo se ejecutan hasta que haya una decisión. A partir de ese momento la norma pertinente determina el tipo de interés posterior al juicio, que se aplica hasta que la deuda se paga por completo. Obviamente, estas disposiciones son parte de las reglas de procedimiento de estos países en particular, aplicándose también a la ejecución de laudos extranjeros. La aplicación de las normas de derecho interno no puede ser reemplazada por la CISG, ya que ésta no se ocupa del procedimiento de ejecución.²⁴ Esto implica que si las normas de ejecución de derecho interno aplican un tipo de interés previo al juicio hasta que el pago se haga efectivo, la disposición de la CISG sobre el tipo de interés también continuará surtiendo efectos hasta ese momento. Si las normas de ejecución optan por aplicar un tipo de interés posterior a la sentencia, la disposición sobre intereses de la CISG sólo tendrá efecto hasta el momento en que se dicte dicha sentencia.

2. Requisitos para que la mora proceda de acuerdo con el artículo 78 CISG

²² *Schwenzer/Hachem/Kee* (nota 11) párrafo 46.20.

²³ *Gelzer* (nota 4) párrafo 412.

²⁴ Ver en detalle *Gotanda*, Conflict of Interest: Article 78 CISG and Post-Judgment Interest Statutes, in: *Büchler/Müller-Chen* (eds.), Private Law, National-Global-Comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, 2011, pp. 597-607, p 604 y ss.

a. Falta de pago del precio de la compra o de cualquier otra suma adeudada

3.9 La redacción de la CISG es muy clara al indicar que "cualquier" suma en mora devenga intereses. Esto significa que por lo general es indiferente la razón por la que la suma se convirtió en una cantidad adeudada. Sólo es necesario que sea una obligación mediante la cual el deudor se comprometa a pagar una cantidad monetaria al acreedor. No importa una diferencia relevante si dicha suma constituya, por ejemplo, el precio de compra, los gastos incurridos por el vendedor en virtud del artículo 85 CISG, o los daños y perjuicios que deban ser pagados al comprador debido a la disconformidad en la entrega de las mercaderías. También entran en el ámbito de esta disposición otras sumas contractualmente acordadas, tal como penalidades que no son pagadas a tiempo.²⁵

3.10 El término "suma" debería interpretarse en el sentido de incluir cualquier reclamo monetario, aunque no hubiera sido aún liquidado. Los intereses comenzarán a devengarse desde el momento de la pérdida a pesar de que la parte que ha incumplido su obligación no sabrá la cantidad exacta que deberá pagar en concepto de daños y perjuicios,. El deudor sólo podrá impedir este resultado pagando una cantidad aproximada a la pérdida sufrida por el acreedor. Es el deudor quien asume el riesgo de pagar una cantidad superior o inferior. La opinión que prevalece en la actualidad, tanto en la doctrina²⁶ como en la jurisprudencia de la CISG,²⁷ es que el artículo 78 CISG se aplica, sin excepciones, a cualquier reclamo por daños y perjuicios cuyo importe no haya sido definido por un tribunal judicial o arbitral. La historia legislativa detrás de esta disposición no revela ningún argumento en contra de esta interpretación.²⁸ Tiene sentido aceptar que incluso sumas ilíquidas puedan acumular intereses en razón de que la pérdida del

²⁵ Compendio de la CNUDMI sobre la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Compendio CNUDMI), edición 2012, Art. 78 párrafo 2 (disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>).

²⁶ Bacher en: *Schlechtriem/Schwenger* (eds.) *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5th ed., 2008, Art. 78 párrafo 10 y ss.; *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda* (nota 9) Art. 78 párrafo 9; Thiele, *Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (1998), párrafo III/6 (disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/thiele.html>); *Staudinger/Magnus* (nota 8) Art. 78 párrafo 8; Gelzer (nota 2) párrafo 173; *Brunner* (nota 8) Art. 78 párrafo 3; *Huber* in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6. Aufl. 2012, Art. 78 párrafo 4; *Ferrari*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski* u.a. (eds.), *Internationales Vertragsrecht*, 2007, Art. 78 párrafo 4

²⁷ *Landgericht Landshut* (Alemania), 05-04-1995, CISG-online 193 ("According to the prevailing opinion, Article 78 CISG also applies to claims for damages"); *Kantonsgericht Zug* (Suiza), 21-10-1999, CISG-online 491; *U.S. District Court*, N.D. of New York (USA), 07.09.1994, CISG-online 113. Sin embargo, ver también *CIETAC (China)*, 15-09-2005, CISG-online 1714.

²⁸ Thiele (nota 26) párrafo III/4.

acreedor surge independientemente del hecho que el importe no haya sido determinado, teniendo en cuenta que la parte incumplidora sigue disfrutando de los beneficios de una suma que no ha pagado.²⁹

3.11 Como se señaló en el párrafo 3.4 supra, algunas veces los intereses de una "suma" que debe ser pagada se rigen el artículo 84 CISG en lugar del artículo 78 CISG. Se requiere, por lo tanto, determinar el ámbito de aplicación de los artículos 78 y 84 CISG de acuerdo con la valoración subyacente a dichas disposiciones. Cada vez que se trate de restituir al acreedor los beneficios acumulados, deberá aplicarse el artículo 84 CISG. Eso significa que en caso de un incumplimiento total o parcial o una reducción del precio, que puede ser considerada como un incumplimiento parcial, la cantidad debe ser reembolsada con intereses que se fijarán de acuerdo con el artículo 84 CISG. Este interés comienza a devengarse desde el momento en que el obligado a restituir debió hacer el pago de la cantidad original. Sin embargo, la cantidad a pagar deviene exigible a partir del momento de la declaración de resolución o reducción del precio, por lo que el tipo de interés bajo el artículo 78 CISG comenzará a aplicarse a partir de ese momento. Si la suma no es reintegrada inmediatamente, el deudor se encuentra en mora y se aplicarán los intereses de conformidad con el artículo 78 CISG.

b. La falta de pago a la fecha del vencimiento

aa. La falta de pago

3.12 Los intereses comenzarán a devengarse desde el momento que la suma original es debida y no ha sido pagada. En el comercio internacional se utilizan diversos métodos de pago, particularmente medios de pago diferentes al dinero efectivo. En el caso de una transferencia de fondos a través de una entidad de crédito, el deudor habrá cumplido su obligación a tiempo solo cuando la transferencia a la entidad financiera del acreedor se haga efectiva, que deberá ser, a más tardar, en la fecha de vencimiento. No basta que la orden de pago se haya dado oportunamente a la entidad financiera del deudor. Sin embargo, en el caso que el pago se haga a

²⁹ El Art.7.4.10 de los Principios de UNIDROIT (2010) acepta expresamente que los intereses sobre los daños por obligaciones no dinerarias pueden devengarse desde el momento del incumplimiento. El Comentario Oficial (p. 281) considera esta solución incluso como "la que mejor se adapta al comercio internacional, donde los empresarios no acostumbran dejar su dinero ocioso".

través de una orden de pago dirigida a una entidad financiera, como un cheque o una carta de crédito, es suficiente que ésta llegue al lugar del establecimiento del acreedor en la fecha de vencimiento. Si posteriormente el pago no se hace efectivo a través de estos instrumentos, los intereses empezarán a devengarse de forma retroactiva desde la fecha de vencimiento de la obligación y el deudor se considerará en mora a partir de ese momento.

bb. Fecha de vencimiento

3.13 Es fundamental determinar la fecha exacta de vencimiento para cada tipo de suma, ya que los intereses comenzarán a devengarse a partir de este momento. En general, la concesión de un plazo adicional para el pago, de acuerdo con el artículo 47 o 63 CISG, no cambia la fecha de vencimiento. Si el deudor quiere extinguir la obligación, deberá pagar la suma adeudada junto los intereses que se hayan devengado durante el período adicional concedido. Sin embargo, las partes tienen libertad para diferir el momento del pago mediante acuerdo. En tal caso, si el deudor no cumple con su obligación, los intereses comenzarán a devengarse en la nueva fecha de pago,

aaa. Precio de compra

3.14 La obligación de pagar el precio de compra vence en el momento que se haya determinado en contrato o en la CISG. Si no hay ninguna estipulación especial en el contrato, la fecha de vencimiento debe determinarse de acuerdo con el artículo 58 CISG. Esta disposición establece la regla del cumplimiento concurrente o simultáneo. Por lo tanto, la obligación de pago debe cumplirse, a más tardar, cuando el vendedor pone a disposición del comprador las mercancías o los documentos representativos.^{30 31}

³⁰ Pero ver *Shanghai New Pudong District People's Court* (China), 23-09-2005, CISG-online 1612, donde el Tribunal omitió aplicar el art. 58 CISG, aunque decidió que al contrato le faltaba un acuerdo sobre el momento del pago. El contrato se celebró FOB Tianjin y los bienes fueron entregados en el puerto de Tianjin, el 21 de julio de 2004. Por lo tanto, el precio de compra también debería haber sido pagado el 21 de julio. En cambio, el Tribunal dictaminó que: (“En cuanto al [vendedor] la reclamación de intereses, ya que las partes no llegaron a un acuerdo sobre el momento del pago en la oferta y en la aceptación, deben calcularse a partir del momento en que el [vendedor] solicitó al [comprador] el pago por primera vez, es decir, el 6 de septiembre de 2004.”).

³¹ La elección política de la Directiva sobre morosidad de la UE es diferente: si la fecha o el plazo de pago no ha sido fijado en el contrato, el acreedor tendrá derecho a intereses de demora al vencimiento de un período de 30 días corridos a partir de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente (Art. 3 (3) (b) (i), la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 sobre la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, DO 23.02.2011, L48 / 1). Esta regla definitivamente no es aplicable a cualquier reclamo basado en la CISG. Ver en detalle *Perales Viscasillas*, Late Payment Directive 2000/35 and the CISG, 19 Pace International Law Review 2007, pp 125-142, p. 135.

3.15 Si el comprador declara que no va a realizar el pago antes de la fecha de vencimiento (incumplimiento anticipado) el momento a partir del cual comenzarán a devengarse los intereses se definirá de acuerdo con la solución adoptada para remediar esta situación. En caso que el vendedor no haga uso de su derecho a resolver el contrato pero insista en el pago del precio de compra (por ejemplo, porque la entrega ya se realizó), los intereses comenzarán a devengarse a partir de la fecha de vencimiento. Aunque es obvio que el comprador no pagará, el vendedor no afrontará las pérdidas derivadas de la falta de pago hasta la fecha de vencimiento. Sin embargo, si el vendedor prefiere resolver el contrato, puede reclamar daños y perjuicios e intereses desde la fecha en que ocurrió la pérdida, es decir, antes de la fecha de vencimiento.³²

bbb. Daños y perjuicios

3.16 La presente opinión comparte el enfoque que las sumas ilíquidas también pueden devengar intereses.³³ Por lo tanto, el momento en que surge el derecho a la reparación por daños y perjuicios es fundamental para que los intereses comiencen a devengarse. Mientras que hay algunas decisiones que prefieren definir la fecha de vencimiento para las sumas ilíquidas a partir de la fecha de inicio del procedimiento, o cuando el deudor ha sido informado del reclamo,³⁴ la opinión predominante es que la fecha de vencimiento es la del momento en que ocurrió la pérdida.³⁵ Teniendo en cuenta que el motivo de la concesión de un reclamo de intereses es

³² Ver *infra* párrafo 3.16.

³³ Ver *supra* párrafo 3.10

³⁴ *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No. 8786), 01-01-1997, CISG-online 749 ("El demandado tenía que presentar su reclamo contra el demandante, por primera vez, mediante una cantidad definida en su contestación de fecha ..., por ejemplo, cuando justificó su contestación a la demanda y reconvencción. Por lo tanto, el demandante sólo adquirió conocimiento en esa fecha acerca de la cantidad exacta reclamada por el demandado. En consecuencia, el demandado no podrá reclamar intereses sobre el monto de capital antes de la [fecha de la contestación]"); Audiencia Provincial de Cuenca (España), 31-01-2005, CISG-online 1241 ("Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4635) el principio 'in illiquidis non fit mora' se refiere al supuesto de reclamo de deudas dinerarias en que, por hallarse ilíquida la cantidad reclamada, su liquidación tiene lugar durante el transcurso del proceso". Por lo tanto, la *mora solvendi* [morosidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones] no puede apreciarse para los efectos de un reclamo de intereses legales). Ver también *Landgericht Zwickau* (Alemania), 19-03-1999, CISG-online 519; *CIETAC* (China), 31-12-1999, CISG-online 1805.

³⁵ Ver doctrina citada en la nota 26 y *Piltz*, *Internationales Kaufrecht*, 2. Aufl. 2008, párrafo 5-372; *Brunner* (nota 8) Art. 78 párrafo 4; *Landgericht Landshut* (Alemania), 05.04.1995, CISG-online 193 ("La reclamación comienza a existir con la ocurrencia de la pérdida. El 25 de enero de 1994, se afirmó que la pérdida ya se había producido."); *Handelsgericht des Kantons Zürich* (Suiza), 05-02-1997, CISG-online 327 ("El interés en el reclamo de daños y perjuicios es debido a partir de la fecha de vencimiento. Se convierte en debido con su aparición. Lo decisivo es el tiempo en que el [comprador] pudo haberse dado cuenta de la pérdida de beneficios. Como el [comprador] no justifica cuando pudo haber ocurrido el beneficio, la demanda de pago de intereses es denegada"); *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No. 9187), 01-06-1999, CISG-online 705

compensar a una de las partes por la incapacidad para utilizar el dinero, el momento de la pérdida es el momento decisivo. La pérdida comienza en el momento que se produce la privación. Este momento puede coincidir con el momento de incumplimiento, pero también puede presentarse en una fecha posterior.³⁶ Si, por ejemplo, el vendedor entregó unas mercancías que no eran conformes con el contrato y éstas dañaron la propiedad del comprador, la pérdida surgirá en el momento del daño y el derecho a la reclamación de intereses surgirá en el mismo momento. Pero si el comprador tuvo que pagar una multa a un tercero por el incumplimiento del vendedor, el interés empezará a devengarse desde que el pago fue hecho al tercero. En concordancia con esto, la parte que resuelva el contrato tendrá derecho a intereses desde el momento que se concluyó la operación y el precio fue pagado de acuerdo con el artículo 75 CISG, o desde el momento de la resolución, si se aplica el método de cálculo abstracto (Art. 76 CISG).³⁷ En el caso que un incumplimiento anticipado conduzca a la resolución del contrato, la pérdida ocurrirá antes de la fecha de vencimiento. Cuando, por ejemplo, la conducta del vendedor demuestre claramente que incurrirá en un incumplimiento esencial del contrato, el comprador podrá declarar resuelto el contrato y aceptar un contrato de reemplazo, dentro de un y de una manera plazo razonable. En tal caso, el interés comenzará a devengarse a partir de este momento.

ccc. Otras sumas

3.17 Los gastos en que haya incurrido el acreedor deben ser compensados posteriormente por el deudor y se consideran como otro tipo de sumas en mora. Por lo general el comprador incurre en estos gastos en razón de que el vendedor ha ejercitado su derecho de saneamiento (artículos 34, 37 o 48 CISG), o gastos adicionales que tenga que soportar el comprador como consecuencia del cambio de lugar de establecimiento del vendedor (Art. 57 CISG), o gastos derivados del artículo 86 CISG en razón del almacenamiento de las mercaderías, cuando el vendedor haya entregado

(“Los intereses calculados desde la fecha en que ocurrieron los daños”); *Kantonsgericht Zug* (Suiza), 27-11-2008, CISG-online 2024; *Tribunal Cantonal du Valais* (Suiza), 28-01-2009, CISG-online 2025; *Cámara de Comercio de Serbia*, 19-10-2009, CISG-online 2265.

³⁶ En ese sentido, la terminología del Artículo 7.4.10 de los Principios de UNIDROIT es confusa, ya que la disposición establece el “*tiempo de incumplimiento*” como el momento en el cual comienza a devengarse los intereses, mientras que el Comentario Oficial reformula este momento como la “*fecha en que ocurre el daño*”.

³⁷ *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No. 8740), 01-10-1996, CISG-online 1294 (“*Esta diferencia debía ser compensada contra el monto del reclamo principal, con los intereses devengados desde la fecha que se realizó la compra, el 30 de enero de 1995*”); *Hof van Beroep*, Antwerpen (Bélgica), 24-04-2006, CISG-online 1258 (“*Se considera que si hay una venta de reemplazo en el sentido del Artículo 75 CISG, el interés se devenga desde el pago de la venta de reemplazo*”).

las mercaderías no conformes con lo pactado y el comprador se vea en la obligación de conservarlas. En todos estos casos, la obligación de compensar las pérdidas del acreedor surge en el momento del gasto real efectuado por el acreedor. Los intereses también comenzarán a devengarse a partir de este momento.

3.18 Además de los gastos, cualquier obligación de pago impuesta al deudor conforme al contrato puede dar lugar a una reclamación de intereses cuando aquél no haya cumplido a tiempo. Por ejemplo, cualquier penalidad contractual no pagada al vencimiento comenzará a devengar intereses desde el momento de su vencimiento.³⁸

c. Ningún otro requisito para reclamar intereses

3.19 El artículo 78 CISG resalta que el pago de la suma adeudada debe estar "en atraso" para que los intereses comiencen a devengarse. El vencimiento de la obligación es el único requisito mencionado en la disposición. Ordenamientos jurídicos diversos establecen diferentes requisitos para constituir al deudor en mora,³⁹ pero la CISG se abstiene de introducir esta clase de requerimientos. En particular, no se necesita una notificación de incumplimiento.⁴⁰ El artículo 59 CISG establece claramente que el comprador debe pagar el precio "sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor".⁴¹ Esta es también la regla para cualquier otra suma adeudada. El interés comienza a devengarse a partir del momento del vencimiento de la reclamación monetaria. El acreedor no tiene que dar un aviso o recordar de su retraso al deudor. El criterio de abstenerse de la necesidad de alertar al deudor del vencimiento de la obligación es evidente en la regulación de este tema en los instrumentos jurídicos internacionales no vinculantes adoptados en los últimos años, así como en los proyectos de

³⁸ *Oberlandesgericht Hamburg* (Alemania), 25-01-2008, CISG-online 1681 ("El reclamo de intereses vence al mismo tiempo que el vencimiento de la obligación de pagar una cláusula penal. El reclamo por el pago de una cláusula penal comenzó a existir cuando las existencias comerciales para la producción de helados no fue instalado de manera tal que estuviera listo para su uso dentro del plazo estipulado en el contrato (a mediados de abril de 1995)").

³⁹ Ver en detalle *Jones/Schlechtriem*, *Breach of Contract*, Chapter 15, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1999, párrafo 66 y ss.; *Gotanda* (nota 7) p 42 y ss

⁴⁰ *Gelzer* (nota 2) párrafo 98; *Staudinger/Magnus* (nota 8) Art. 78 párrafo 5; *Kantonsgericht Zug* (Suiza), 12-12-2002, CISG-online 720; *Cour d'appel de Grenoble* (Francia), 29-03-1995, CISG-online 156; *Landgericht Flensburg* (Alemania), 24-03-1999, CISG-online 719; *Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce*, 27-05-2004, CISG-online 2079. Ver también Compendio CNUDMI (nota 25), Art. 78 párrafo 4.

⁴¹ Ver por ejemplo, *Schlechtriem/Schwenzer/Mohs* (Nota 8) Art. 59 párrafo 2; *Staudinger/Magnus* (Nota 8) Art. 59 párrafo 4.

reforma de la legislación.⁴² Esta es la tendencia que se observa en el artículo 7.4.9 de los Principios de UNIDROIT, el artículo 9: 508 PECL, el artículo 166 (1) CESL⁴³ y el artículo 3 (1) de la Directiva sobre morosidad de la UE.⁴⁴ La única excepción podría consistir en una estipulación contractual que introduzca requisitos especiales para que los intereses comiencen a devengarse.

3.20 El acreedor no necesita demostrar haber sufrido pérdida alguna a fin de tener derecho al cobro de intereses.⁴⁵ Se presume de manera irrefutable, a fin de viabilizar el reclamo de intereses, que el acreedor ha experimentado un daño por el sólo hecho de carecer de la oportunidad para utilizar el dinero.⁴⁶ El principio del artículo 74 CISG, que consagra que los daños y perjuicios consisten en una '*suma igual a la pérdida*' sustenta las reclamaciones de intereses, habilitando al acreedor a cobrar intereses a pesar de no incurrir en ninguna pérdida real. La compensación consiste en una suma global y el acreedor no necesita probar los daños reales sufridos.⁴⁷ Esta es, precisamente, la idea implícita en la fórmula abstracta para calcular pérdida sufrida conforme lo establece el artículo 76 CISG. Tampoco es necesario que el acreedor demuestre haber sufrido pérdida alguna, excepto el precio de mercado de las mercancías y la diferencia entre dicho precio con el precio establecido en el contrato.

3.21 En tercer lugar, la responsabilidad por el pago de intereses es una responsabilidad objetiva, como lo es cualquier otra responsabilidad por incumplimiento bajo la CISG.⁴⁸ Sin embargo, a menos que se trate de intereses reclamados por pérdidas adicionales en virtud del artículo 74 CISG, la posibilidad de exención del artículo 79 CISG no se aplica a sumas adeudadas y no

⁴² Para información comparada *Gelzer* (nota 2) p. 74 y ss. y 119 y ss.

⁴³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas, 11-10-2011, COM (2011) 635 final. Ver *Remien*, Zinsen wegen Zahlungsverzug im Vorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEKR/CESL) und die Pluralität von dessen Quellen, in: *Liber Amicorum Lando*, *Bonell et al.* (eds.), 2012, pp. 335 y ss.

⁴⁴ See *supra* nota 31.

⁴⁵ *Piltz* (nota 35) párrafo 5-487.

⁴⁶ *Liu*, Recovery of Interest, *Nordic Journal of Commercial Law of the University of Turku* (2003), párrafo 3.2 (Pace); *Mazzotta* (nota 4) párrafo IV.

⁴⁷ *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No. 7585), 1-1-1992, CISG-online 105; *Oberlandesgericht Koblenz* (Alemania), 17-09-1993, CISG-online 91.

⁴⁸ *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Atamer* (nota 9), Art. 79 párrafo 1. Ver *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Alemania), 24-04-1997, CISG-online 385; *Amtsgericht Willisau* (Suiza), 12-03-2004, CISG-online 961.

pagadas a tiempo.⁴⁹ Carece de relevancia el hecho que el deudor haya retenido intencionalmente el dinero o haya hecho lo posible para superar el evento que impide el pago.⁵⁰ Además, aunque el acreedor pueda ser exonerado de la obligación de pagar intereses en virtud del artículo 79 CISG, siempre se encuentra facultado, por ejemplo, para reclamar intereses sobre el precio de compra que no ha sido pagado oportunamente.

3. Cálculo de intereses

a. El tipo de interés definido en el contrato

3.22 Teniendo en cuenta que la libertad de contratación es la regla bajo los principios de la CISG, las partes pueden definir libremente el tipo de intereses de mora. Los tribunales deben dar efectos al tipo de interés establecido en el contrato,⁵¹ siempre que no viole las disposiciones del derecho nacional aplicable en materia de validez, especialmente las normas sobre la usura (art. 4 CISG) o el orden público.⁵² Si las partes han acordado una cláusula de elección sobre la legislación aplicable, siendo el derecho interno de un Estado aplicable al contrato, dicho derecho es el que define el tipo de interés.⁵³ En algunos casos, una cláusula contractual sobre el lugar de pago también puede interpretarse como un acuerdo respecto al tipo de interés.

3.23 Por otro lado, las partes se encuentran obligadas por cualquier uso que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, estas prácticas se presumen incluidas en

⁴⁹ Ver *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Atamer* (nota 48) Art. 79 párrafo 42; *Schwenzer/Hachem/Kee* (nota 11) párrafo 46.68; *Staudinger/Magnus* (nota 8) Art. 78 párrafo 11; *Piltz* (nota 35) párrafo 5-486; *Liu* (nota 46) párrafo 3.3.

⁵⁰ En ese sentido, no es convincente el laudo arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Arbitraje de Hungría de 10-12-1996, CISG-online 774, rechazando un reclamo de intereses por el período del embargo de la ONU en Yugoslavia, que impidió el pago del precio de venta. Según este tribunal, los intereses sobre el importe restante sólo podían devengarse después que se suspendieron las sanciones de la ONU, lo que contradice claramente el artículo 78 CISG.

⁵¹ Por ejemplo, *Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, 01-01-2003 (No. 11849), CISG-online 1421 (“Los tipos contractuales son aplicables”); *Comisión de Arbitraje de Comercio Internacional Económico de China, CIETAC*, 06-12- 2000, CISG-online 1449 (“El [Comprador] deberá pagar los intereses sobre la demora en el pago basados en el tipo de interés mensual de 0,45% acordado por las partes”); *Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Arbitraje de la Federación Rusa*, 07-04-2006 CISG-online 1943.

⁵² Ver *Schlechtriem/Schwenzer/Bacher* (nota 26) Art. 78 párrafo 42; *Gotanda* (nota 7), p. 57. Para información comparada sobre los límites en los tipos de interés, ver *Schwenzer/Hachem/Kee* (nota 11) párrafos 46.37 - 46.41.

⁵³ Ver *Rechtbank Rotterdam* (Holanda), 15-10-2008, CISG-online 1899; *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No. 7565), 01-01-1994, CISG-online 566; *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No.1308), 01-10-1998, CISG-online 1308.

el contrato de acuerdo con el artículo 9 CISG.⁵⁴ Los términos del contrato debe ser analizados cuidadosamente para determinar si las partes consideraron implícitamente aplicable, a fin de determinar el tipo de interés, el uso de las prácticas del comercio internacional. No debe olvidarse, empero, que la existencia de un uso internacional es aceptable sólo en el supuesto de ser ampliamente conocido en el comercio internacional y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo relacionados con un sector comercial en particular. De hecho, la doctrina de la CISG no da ningún ejemplo de un uso del comercio internacional para determinar el tipo de interés aplicable en caso de incumplimiento. Por lo tanto, el artículo 9 (2) CISG no debe interpretarse de una manera que permita que se convierta en una puerta de entrada para una determinación arbitraria del tipo de interés.⁵⁵

b. La regla residual para definir el tipo o tasa de interés

3.24 El artículo 78 CISG se aplica cuando no es posible determinar la intención de las partes en lo que se refiere al tipo o tasa de interés en el supuesto de mora. Debido a que los redactores de la CISG han dejado sin resolver la cuestión del tipo de interés, es necesario decidir la mejor manera de cubrir esta laguna del artículo 78 CISG. A continuación se expondrán, en primer lugar, las tendencias de la doctrina y la jurisprudencia, para luego destacar las preferencias del Consejo Asesor.

aa. Diferentes enfoques en la práctica y la doctrina

3.25 Las opiniones acerca de cómo fijar el tipo de interés han sido múltiples. Pero las dos grandes corrientes que cabe distinguir son aquellas que prefieren un enfoque uniforme, por contraposición a las que prefieren recurrir al derecho nacional interno. La primera corriente de

⁵⁴ *Honnold/Flechtner* (nota 8) párrafo 421; Faust, *Zinsen bei Zahlungsverzug*, *RabelsZ* Bd. 68 (2004) pp. 511–527, p 517.

⁵⁵ Pero ver, por ejemplo, *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial* (Argentina) 23-10-1991, CISG-online 460 (El tribunal se refirió expresamente a los usos del comercio internacional sobre la base del artículo 9 CISG. A este respecto, el Tribunal consideró que el pago de intereses, 'a un tipo internacionalmente conocido y utilizado como la tasa de interés preferencial', constituye 'un uso aceptado en el comercio internacional, aun cuando no esté expresamente acordado entre las partes', otorgando al vendedor reconocimiento de su crédito conforme a "una tasa de interés preferencial ... tal como fue requerido por el acreedor", sin especificar cuál era dicha tasa de interés preferencial, aplicando una tasa de 10%). Ver también *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial* (Argentina), 06-10-1994, CISG-online 378 (El tribunal sólo afirma que las prácticas comerciales internacionales permiten un tipo de interés anual del 12%, sobre todo cuando el deudor ha incurrido en mora y las partes han acordado, como mecanismo de financiamiento, un tipo de interés del 9% anual, como lo demuestra la factura, sin explicar exactamente cuál es dicha práctica empresarial). Ver también sobre la dificultad de definir tal uso internacional Kizer (nota 4) 1297.

opinión interpreta la laguna del artículo 78 CISG como una invitación a los tribunales para definir el tipo de interés en base a los principios generales que se deducen de la CISG (véase el artículo 7 (2) CISG, primera parte de la oración), percibiéndose como una laguna *intra legem*. La segunda corriente, sin embargo, interpreta que el artículo 78 CISG en el sentido de excluir la cuestión del tipo de interés del ámbito de aplicación de la CISG, y por lo tanto entiende que se trata de una invitación expresa a los tribunales para recurrir al derecho interno aplicable según las normas de derecho internacional privado del foro (artículo 7 (2) CISG, segunda parte de la oración); es decir, se supone que es una laguna *praeter legem*.

3.26 Aunque los partidarios del enfoque de derecho uniforme tienden a recurrir a un principio rector para todos los casos en que deba aplicarse un tipo de interés, existen varias sugerencias respecto a este principio general. Las principales propuestas se pueden resumir de la siguiente manera:⁵⁶

- El tipo de interés vigente en el lugar del establecimiento del acreedor;⁵⁷
- El tipo de interés vigente en el lugar del establecimiento del deudor;⁵⁸
- El tipo de interés vigente relacionado con la divisa o moneda del reclamo en particular (*lex monetae*);⁵⁹

⁵⁶ Para un resumen ver el caso de estudio adjunto a esta Opinión, y también Compendio CNUDMI (nota 25), Art. 78 párrafo 11-14; *Gelzer* (nota 2) párrafo 295 y ss.; *Schwenzer/Hachem/Kee* (nota 11) párrafo 46.103-106; *MünchKomm/Huber* (nota 26) Art. 78 párrafo 13-14.

⁵⁷ *Perales Viscasillas*, “La determinación del tipo de interés en la compraventa internacional”, *Cuadernos Jurídicos* (julio-agosto 1996) No. 43, 5-12, at II A 5 (disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/78art.html>); *Kröll/Mistelis/PeralesViscasillas/Djordjevic* (nota 9) Art. 4 párrafo 45 (el tipo de interés de ahorros para la moneda del lugar del establecimiento del acreedor); *Stoll*, *Inhalt und Grenzen der Schadensersatzpflicht sowie Befreiung von der Haftung im UN-Kaufrecht, im Vergleich zu EKG und BGB*, in: *Schlechtriem* (ed.) *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, 1987, pp. 279-280; *Kizer* (nota 4) 1297 (el tipo de interés de ahorros para la moneda del lugar del establecimiento del acreedor); *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Österreich* (Arbitraje), 15-06-1994, CISG-online 691 (= Ver CISG-online 120 and 121); *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No.7331), 01-01-1994, CISG-online 106; *Landgericht Frankfurt am Main* (Alemania), 16-09-1991, CISG-online 26; *Rechtbank van Koophandel*, Hasselt (Bélgica), 20-09-2005, CISG-online 1496; *Cámara de Comercio de Arbitraje de Serbia*, 19-10-2009, CISG-online 2265.

⁵⁸ *Heuzé*, *La vente internationale de marchandises: droit uniforme*, 2000, párrafo 464 (p. 420); *Saenger* in: *Bamberger/Roth* (eds.) *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 2011, Art. 78 CISG párrafo 5; *Landgericht Berlin* (Alemania), 21-03-2003, CISG-online 785; *Tribunal Cantonal Vaud* (Suiza), 11-04-2002, CISG-online 899; *Cámara de Comercio de Arbitraje de Yugoslavia*, 28.01.2009, CISG-online 1856; *Rechtbank van Koophandel Oudenaarde* (Bélgica), 10-07-2001, CISG-online 1785; *LG Heidelberg* (Alemania), 2-11-2006, CISG-online 1416.

⁵⁹ *Schlechtriem/Schwenzer/Bacher* (nota 26) Art. 78 párrafo 30; *Cortier* (nota 13) párrafo IV; *Piltz* (nota 35) párrafo 2-160 y 5-495 y ss.; *Drobning*, *Der Zinssatz bei internationalen Warenkäufen gemäß CISG nach Rechtsprechung und Schiedspraxis*, in: *Kronke/Thorn* (eds.), *FS von Hoffmann*, p. 775; *Rechtbank van Koophandel Oudenaarde* (Bélgica), 10-07-2001, CISG-online 1785.

-Aplicar un tipo de interés a nivel internacional o regional como el Libor (*London Interbank Offered Rate*)⁶⁰ o el Euribor (*Euro Interbank Offered Rate*)⁶¹ o el tipo de interés al que hace referencia la Directiva 2011/7/UE, estableciendo medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales;

-La aplicación del artículo 7.4.9 de los Principios de UNIDROIT⁶²

3.27 Teniendo en cuenta que ninguna de estas propuestas ha prevalecido hasta ahora en la doctrina y la jurisprudencia, la posición que cuenta con mayor apoyo es aquella que considera este vacío como laguna *praeter legem*. En consecuencia, el tipo de interés se determina de acuerdo con el derecho sustantivo interno que fuere aplicable conforme a las normas de derecho internacional privado del foro.⁶³

bb. Evaluación y propuesta

3.28 Esta diversidad de enfoques en la doctrina y la jurisprudencia demuestra la necesidad urgente de un esfuerzo por unificar la aplicación del artículo 78 CISG en torno a un principio común. Teniendo en cuenta que la previsibilidad es de suma importancia para los operadores del comercio internacional, un enfoque uniforme sobre el tema de intereses fomentará aún más las

⁶⁰ *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No. 11849), 01-01-2003, CISG-online 1421; *Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa* 15.11. 2006, CISG-online 2008.

⁶¹ *Rechtbank van Koophandel, Hasselt* (Bélgica), 10-05-2006, CISG-online 1259 (el tipo de interés del Banco Central Europeo de la facilidad marginal de crédito); *Cámara de Comercio de Arbitraje de Serbia*, 23-01-2008, CISG-online 1946; *Cámara de Comercio de Arbitraje de Serbia*, 04-06-2009, CISG-online 2266.

⁶² *Brunner* (nota 8) Art. 78 párrafo 12; *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No. 8769), 01-12-1996, CISG-online 775; *Comisión de Arbitraje de Comercio Internacional Económico de China*, 02-09-2005, CISG-online 1712.

⁶³ *Nicholas*, en: Bianca/Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law*, 1987, 568-571 (disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb78.html>) note 2.1; *Mazzotta* (nota 4) párrafo V; *MünchKomm/Huber* (nota 26) Art. 78 párrafo 15; *Staudinger/Magnus* (nota 8) Art. 78 párrafo 13; *Ferrari* (nota 26) Art. 78 párrafo 18; *Schlechtriem/Butler*, *UN Law on International Sales*, 2009, párrafo 318; *Huber/Mullis* (nota 8) p.359-360; *Zeller*, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2005, p. 136-137; *Magnus* in: Honsell (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Art. 78 párrafo 12; *Garbers*, *The Dogmatic and Practical Implications of Article 78 of the CISG on Claims for Interest under International Sales Contracts Case Law* (disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garbers.html>); *Behr* (nota 5) V C; *Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa* , 09-06-2004, CISG-online 1239; *Kantonsgerecht Zug* (Suiza), 27-11-2008, CISG-online 2024; *Tribunal Cantonal du Valais* (Suiza), 28-01-2009, CISG-online 2025; *Handelsgericht des Kantons Aargau* (Suiza), 19-06-2007, CISG-online 1741; *Rechtbank Breda* (Holanda), 16-01-2009, CISG-online 1789; *Landgericht Dresden* (Alemania), 28-04-2006, CISG-online 1630; *Oberlandesgericht Hamburg* (Alemania), 25-01-2008, CISG-online 1681; *District Court Dolny Kubin* (República Eslovaca), 17-06-2008, CISG-online 1874.

aaa. Evaluación de los distintos enfoques

3.29 Como se ha mencionado en los párrafos 3.1 a 3.2, es preferible el enfoque del criterio uniforme, que consiste en cubrir el vacío del artículo 78 CISG dentro de la propia CISG. La imprevisibilidad en que deja a las partes contratantes es el principal problema de dejar las cuestiones relativas al tipo de interés al criterio del derecho nacional interno que sea aplicable conforme a las normas de derecho internacional privado del foro. Las reglas de derecho internacional privado pueden referirse algunas veces a la ley del país en el que el acreedor o el deudor tengan su establecimiento, y otras veces puede apuntar al derecho de otro lugar, como el lugar de cumplimiento de la obligación. Mientras las normas de derecho internacional privado no se hayan unificado a nivel mundial, este enfoque siempre obstaculizará la aplicación uniforme de la CISG.

3.30 Entre los diferentes enfoques de la ley uniforme resumidos anteriormente, no parece conveniente recurrir al tipo de interés del establecimiento del deudor, ya que el artículo 78 CISG (como se indicó en los párrafos 3.4 a 3.5 anteriores) no está dirigido a la restitución. De conformidad con la declaración incluida en la Opinión No. 9 del CISG-AC, que se refiere a las "Consecuencias de la Resolución del Contrato", la tasa vigente de inversión comercial del lugar del establecimiento del deudor debe aplicarse para los asuntos de restitución del artículo 84 CISG.⁶⁴ Sin embargo, el derecho a percibir intereses bajo el artículo 78 CISG se basa en el concepto de compensación, por lo que tiene un punto de referencia diferente.

3.31 También parece problemática cualquier solución basada en el tipo de interés aplicable en el lugar de pago (como las previstas en el artículo 7.4.9 de los Principios de UNIDROIT o en el artículo 9: 508 PECL), ya que no proporciona una solución sencilla y clara. Las estipulaciones contractuales sobre el lugar de pago casi siempre plantean problemas de interpretación, y las diversas interpretaciones obstaculizan el objetivo de la unificación. Por ejemplo, siempre será una cuestión de interpretación definir exactamente el lugar de pago si el pago es estipulado

⁶⁴ Ver en detalle CISG-AC Opinión No. 9, Consecuencias de la resolución del contrato, Ponente: Profesor *Michael Bridge*, London School of Economics, London, United Kingdom, párrafo 3.25.

"contra reembolso", "contra documentos", "de conformidad con los términos de la carta de crédito", o en los casos en que las partes han acordado el pago mediante una transferencia de fondos, un domicilio bancario o una tarjeta de débito, o el envío de un cheque al acreedor.⁶⁵ Es también muy dudoso si el lugar de pago es el lugar donde el acreedor invertiría el dinero, o tendría que refinanciar su deuda. El lugar de pago puede ser elegido con el único motivo de simplificar la operación (contra reembolso) sin que el acreedor deba otorgar ninguna consideración real a la posibilidad de retener el dinero en el lugar de pago.

3.32 Por otra parte, fijar el tipo de interés vigente en el lugar de pago también es problemático con relación al reclamo de daños y perjuicios. Los Principios de UNIDROIT tienen una disposición aparte para los intereses devengados por daños y perjuicios en el artículo 7.4.10, en el cual el tipo de interés no está definido aún. La doctrina sugiere que esto implica recurrir al derecho interno aplicable.⁶⁶ Esto significa que bajo los Principios de UNIDROIT los diferentes tipos de interés se aplican de acuerdo con la naturaleza del reclamo monetaria, lo que ciertamente no es adecuado para un enfoque uniforme. Incluso si se acepta que lo decisivo para la reparación de daños y perjuicios el tipo de interés aplicable en el lugar de pago, hay que responder de nuevo a la delicada cuestión relativa a la determinación del lugar de pago a efectos de la indemnización. Esta cuestión en particular ha sido muy debatida tanto por la doctrina como la jurisprudencia de la CISG.⁶⁷ Con todo, definir el lugar de pago y por lo tanto,

⁶⁵ Ver esta cuestión en *Atamer*, en: Vogenauer/Kleinheisterkamp (eds), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2009, Art. 6.1.6 párrafos 11-16; *Huber/Mullis* (nota 8), p. 309 y ss.; *Schlechtriem/Schwenzer/Mohs* (nota 8) Art. 57 párrafos 6-8.

⁶⁶ *Vogenauer/Kleinheisterkamp/McKendrick* (nota 65) Art. 7.4.10 párrafo 5.

⁶⁷ Más información sobre este debate es proporcionada por *Liu*, *Place of Performance: Comparative analysis of Articles 31 and 57 of the CISG and counterpart provisions in Article 7:101 of the PECL*, en: J Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law (2007)* p. 346, 355–356; *Schlechtriem/Schwenzer/Mohs* (nota 8) Art. 57 párrafo 29; *MünchKomm/Huber* (nota 26) Art. 57 párrafos 30–32. Diferentes puntos de vista también se han expresado en la jurisprudencia: mientras que para los créditos monetarios algunos están en favor de generalizar la regla expresada en el Art. 57 CISG de acuerdo con el Art 7 CISG y aceptar el lugar del establecimiento del acreedor como el lugar de cumplimiento para todo tipo de reclamaciones monetarias (Alemania: *OLG Düsseldorf*, 2-07-1993, CISG-online 74; Francia: *CA Grenoble*, 23-10-1996, CISG-online 305; Austria: OGH, 18-12-2002, CISG-online 1279), otros aplican el principio de que las obligaciones secundarias, como la de pagar daños y perjuicios, deben seguir la obligación principal y compartir su lugar de cumplimiento (Alemania: *OLG Braunschweig*, 28-10-1999, CISG-online 510). Según el Tribunal Supremo de Austria, el lugar de cumplimiento de la obligación de restitución se determinará mediante la transposición de las obligaciones primarias —a través del efecto espejo— en obligaciones de restitución (OGH, 29-06-1999, CISG-online 483).

la legislación pertinente para determinar el tipo de interés, implica un sinnúmero de dificultades, por lo que este enfoque no serviría al propósito de la unificación.⁶⁸

3.33 Tampoco parece muy satisfactoria la sugerencia de utilizar los tipos de interés aplicables a nivel internacional o regional, tales como el Libor o Euribor, ya que el alcance de estos tipos de interés es demasiado estrecho: sólo la tasa interbancaria de Londres se puede determinar para cinco monedas diferentes;⁶⁹ mientras que el tipo de interés ofrecido por el *Euro Interbank* se define sólo por el euro. Ninguno de estos criterios proporciona un tipo de interés aplicable a todo tipo de moneda.

3.34 Por último, tampoco es convincente recurrir al tipo de interés que aplica el país de la moneda. Algunas monedas como el dólar, el euro, o el franco suizo, se definen frecuentemente en el comercio internacional como la moneda de pago, aunque no son las monedas oficiales en el lugar de pago ni en los lugares de establecimiento de las partes. Carece de explicación sensata aplicar el tipo de interés bancario promedio, a corto plazo, en los EE.UU. a una obligación contractual entre un vendedor turco y un comprador israelí que firman un contrato con el precio fijado en USD. Este tipo de interés sin duda no reflejaría la pérdida del acreedor turco ya que el dinero probablemente habría sido utilizado en Turquía y no en los EE.UU. También puede ocurrir que en los países con monedas más débiles se establezcan tipos de intereses en monedas distintas a la moneda nacional. Por ello es que resulta preferible aplicar un tipo de interés que tenga una relación más estrecha con el contrato.

bbb. Regla propuesta

⁶⁸ Otra de las críticas con respecto a las sugerencias de los Principios de UNIDROIT y PECL (*tasa de interés activa a corto plazo promedio de la banca comercial para los prestatarios preferenciales*) es que se están refiriendo a un tipo de interés difícilmente previsible para la parte que haya incumplido y que el cálculo exacto del importe de los intereses a pagar sería muy gravoso para los Tribunales debido a los cambios en un corto período de tiempo, siendo por lo tanto proclive a discusiones. Ver *Schwenzer/Hachem/Kee* (nota 11) párrafo 46.108; *Gelzer* (nota 2) párrafo 325. De hecho, el CESL también ha abandonado este enfoque y ha optado por aplicar un tipo anunciado por el Banco Central Europeo. En el caso de los Estados miembros que no están en la zona euro, el tipo de interés es el anunciado por el Banco Central de ese Estado miembro.

⁶⁹ El franco suizo, el euro, la libra esterlina británica, el yen japonés y el dólar estadounidense. La aplicación de tipos Libor para las monedas danesas, suecas, canadienses, australianas y neozelandesas terminó a finales de julio de 2013.

3.35 Esa opinión consultiva considera que el objetivo primordial de un reclamo de intereses es compensar el valor temporal del dinero para el acreedor.⁷⁰ El reclamo de intereses del artículo 78 CISG se acerca más a la reparación de daños y perjuicios que a cualquier otro. Por lo tanto, la idea de una reparación integral, que subyace en las demandas de indemnización por daños y perjuicios, también debería aplicarse al reclamo de intereses, enfocándose en compensar las pérdidas del acreedor. Estas pérdidas no necesitan probarse; al igual que el método de cálculo abstracto del artículo 76 CISG, el artículo 78 CISG también favorece un cálculo independientemente de la pérdida real sufrida por el acreedor. Obviamente, es de crucial importancia determinar cuánta pérdida ha de asumir el acreedor en el supuesto de mora en el pago. Sólo por esta cantidad debe ser aceptada la compensación, sin que sea necesario demostrar la pérdida y sin que sea posible eximirse del pago de intereses. Dado que en la gran mayoría de los casos se puede suponer que el acreedor invertiría el dinero en el lugar de su establecimiento, o que tomaría un préstamo en este lugar para refinanciar su negocio, es la opinión de este Consejo Consultivo que el tipo de interés en ese lugar es decisivo. En la mayoría de los casos esta solución será predecible para un deudor que se retrasa el pago.

3.36 En consecuencia, el punto de referencia para determinar el tipo de interés aplicable a cualquier suma adeudada se definirá de acuerdo con el derecho del Estado donde el acreedor tiene su establecimiento. Las disposiciones de este país respecto al tipo de interés definirán la cantidad de la pérdida exigible bajo el régimen especial de la reclamación de intereses. Esta solución es similar a la que se arribaría mediante una regla de derecho internacional privado, ya que se refiere al tribunal y a las leyes de un país determinado. Pero para determinar el interés a pagar por el deudor, el tribunal no tendría que remitirse a las disposiciones del derecho internacional privado, pudiendo aplicar directamente el derecho interno del Estado del acreedor. Esta solución también encuentra inspiración en el artículo 28 CISG. Al igual que el cobro de intereses, la procedencia del cumplimiento específico también fue un tema muy debatido entre los redactores de la Convención, adoptándose la fórmula de compromiso que establece el artículo 28 CISG.⁷¹ Conforme a esta disposición, el tribunal competente puede considerar las

⁷⁰ Ver *supra* párrafo 3.5-3.7.

⁷¹ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen* (nota 8) Article 28 párrafo 1.

leyes del foro respecto a la procedencia del cumplimiento específico. En virtud del artículo 78 CISG, el tribunal debe remitirse al derecho del lugar del establecimiento del acreedor.

3.37 Esta propuesta se superpone en cierta medida con los resultados de las prácticas corrientes de los tribunales. De las 274 decisiones analizadas, 103 fueron resueltas, ya sea directamente o por medio de referencia, a las normas de derecho internacional privado que conducen a la aplicación de la ley del Estado del acreedor.⁷² En aras de la uniformidad y la previsibilidad, es preferible llegar a la misma solución, es decir, aplicar el tipo residual de intereses en el país del acreedor, infiriéndolo directamente del artículo 78 CISG. De hecho, la determinación del tipo de interés por referencia al Estado del acreedor es también el enfoque del artículo 83 de la ULIS.⁷³ Es interesante observar que la Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea de 2011 ("CELS") ya no comparte el enfoque de los Principios de UNIDROIT, PECL o del DCFR, que se refieren al tipo de interés en el lugar de pago. En su lugar, los redactores la CELS han preferido referirse en el artículo 166, al tipo de interés aplicable en el lugar del establecimiento del acreedor.

3.38 Teniendo en cuenta las enormes diferencias en la doctrina, esta opinión persigue un acuerdo mínimo para llegar a un consenso global; esto es, en la opinión de este Consejo Consultivo, de lo que se trata es encontrar una regla aplicable sin necesidad de recurrir a las normas nacionales de derecho internacional privado. Esta opinión opta por abstenerse de ir más allá, escogiendo también un tipo de interés específico vigente en el país del acreedor, como, por ejemplo, la tasa de los préstamos bancarios a corto plazo para prestatarios preferenciales (ver. Art. 7.4.9 de los Principios de UNIDROIT, Art. 9: 508 PECL o Art. 166 CESL). Una interpretación dinámica de un tratado debe apuntar a la interpretación que sea más aceptable. Dada la historia de la redacción de la Convención, la elección de un tipo de interés específico que intente compensar mejor las pérdidas del acreedor iría demasiado lejos para lograr el objetivo de lograr un consenso. Por lo tanto, estas conclusiones sólo persiguen encontrar una regla que presumiblemente sea susceptible de una mejor aplicación para compensar las pérdidas

⁷² Ver el cuadro adjunto a la presente opinión para ver con qué frecuencia se utilizan otros enfoques.

⁷³ Artículo 83 ULIS; "*Cuando el incumplimiento del contrato consista en el retraso en el pago del precio, el vendedor tendrá, en todo caso, derecho a percibir intereses sobre la suma que está en mora a un tipo igual a la tasa de descuento oficial en el país donde se encuentre su establecimiento o, si no tiene establecimiento, su residencia habitual, más 1%.*"

del acreedor. Teniendo en cuenta que el cobro de los intereses es un reclamo excepcional, ya que el acreedor no necesita demostrar su pérdida real, también su cálculo debe estar respaldado por la idea que subyace a esta excepción: el acreedor tiene este derecho especial sólo por la pérdida que se supone sufrirá indudablemente. Y esta pérdida de intereses sólo puede ser lo que el acreedor normalmente tiene derecho a obtener en el lugar de su establecimiento, de acuerdo con las normas supletorias de su propio derecho interno aplicables a un contrato de compraventa.

3.39 En los casos que el país del acreedor tenga un tipo legal aplicable para las deudas de dinero, tal como "8 %", se aplicará dicho tipo de interés; cuando la ley tenga una referencia dinámica como "*la tasa de interés activa a corto plazo promedio de los bancos para los prestatarios preferenciales*", entonces éste será el tipo de interés aplicable en el marco de la CISG.⁷⁴ De lo contrario, la jurisprudencia del país en cuestión será decisiva en la determinación del tipo correcto. Es al acreedor a quien le corresponde la carga de la prueba en cuanto al tipo y el cálculo de los intereses.

3.40 La solución propuesta podría tener un efecto secundario negativo en el supuesto que el derecho interno del acreedor funcione con una regla supletoria que prevé un tipo de interés fijo que ya no refleja las condiciones del mercado.⁷⁵ Sin embargo, cada vez que el acreedor es compensado insuficientemente debido a un tipo de interés fijo, siempre puede obtenerse una corrección a través de una indemnización de daños y perjuicios basada en el artículo 74 CISG.⁷⁶ No se compadece con el artículo 78 CISG una determinación del tipo de interés que eluda las normas supletorias del país del acreedor, brindando al acreedor la oportunidad de reclamar el costo de oportunidad de la suma adeudada sin ni siquiera probar su pérdida. En muchos países el principio general es que el tipo de interés supletorio es un monto fijo definido por las autoridades estatales y cualquier pérdida adicional tiene que ser probada por el acreedor; no es convincente adoptar una regla diferente a nivel internacional.

⁷⁴ Para una visión comparada detallada sobre los tipos de interés oficiales ver *Gotanda* (nota7) pp. 41-50; *Schwenzer/Hachem/Kee* (nota 11) párrafo 46.80 - 46.94.

⁷⁵ *Gotanda*, When Recessions Create Windfalls: The Problems of Using Domestic Law to Fix Interest Rates under Article 78 CISG, 13 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (1/2009) 229-240, p. 230.

⁷⁶ Ver *infra* párrafo 3.51-52.

3.41 Es evidente que la contraparte del análisis de esta cuestión es cómo equilibrar un posible exceso de compensación causado por tipos de intereses fijos. Dado que al deudor no se le concede el derecho de demostrar la pérdida real del acreedor, o que el tipo de interés fijo excede las condiciones del mercado, existe el riesgo de enriquecimiento del acreedor. Pero esta ganancia inesperada debe ser aceptada como un efecto secundario de la regla propuesta, ya que el problema de exceso de compensación también existe en los contratos sujetos al derecho doméstico. Si el legislador en el país del acreedor no reacciona adecuadamente a los cambios en el mercado, el papel de un tribunal no puede simplemente pasar por alto la norma supletiva aplicable al tipo de interés con el fin de determinar un tipo de interés más adecuado para las operaciones internacionales. El acreedor en una disputa a nivel doméstico podría reclamar esta cantidad fija de intereses sin discutir si el tipo aplicado es justo. Lo mismo debería ser válido para una controversia internacional. Además, esta solución también estaría en línea con la tendencia en algunos países de utilizar tipos de interés altos como un elemento disuasorio para la práctica de pagar con retraso.⁷⁷ La Directiva sobre Morosidad de la Unión Europea⁷⁸, por ejemplo, establece el tipo de interés aplicable a operaciones entre empresas en 8 puntos porcentuales por encima de la tasa de referencia del Banco Central Europeo.

3.42 Otra pregunta que puede surgir es la falta de un tipo de interés supletorio para la moneda en disputa. Si por ejemplo, la pérdida se ha producido en una moneda diferente a la del lugar del establecimiento del acreedor, éste puede exigir los intereses a devengarse en esta moneda. Sin embargo, muchos países ofrecen al deudor la opción (*alternativa facultas*) de convertir la deuda en moneda extranjera a la moneda local y hacer el pago con esta moneda.⁷⁹ Esto significaría que se aplica el tipo de interés aplicable a la moneda local. Pero las partes pueden haber convenido en que la moneda del contrato sea la exclusiva moneda de pago (cláusula efectiva). En tal caso, el deudor sólo puede efectuar el pago en esta moneda. En principio se excluirá la transformación. Si por ejemplo, en un contrato de compraventa entre un comprador de Brasil y un vendedor de Mongolia, en donde el precio es fijado en USD y se incluye una cláusula de pago efectivo, el vendedor de Mongolia puede, en caso de mora, exigir intereses de

⁷⁷ Ver también *Schwenzer/Hachem/Kee* (nota 11) párrafo 46.120.

⁷⁸ Ver más arriba en la nota 31.

⁷⁹ Para información comparada ver *Vogenauer/Kleinheisterkamp/Atamer* (nota 65) Art. 6.1.9, párrafo 3 de los Principios de UNIDROIT.

acuerdo al tipo aplicable a las deudas en USD, siempre que dicho tipo o tasa exista en Mongolia. De hecho, muchos países de moneda débil también tienen una tasa oficial de intereses aplicable a obligaciones expresadas en monedas fuertes como el USD, euros, libras esterlinas o francos suizos. Incluso si no existe un tipo de cambio oficial, es muy probable que la jurisprudencia haya elaborado un tipo de interés para las deudas en moneda extranjera, ya que los países con moneda débil también tienden a usar monedas fuertes en los contratos nacionales, situación que da lugar a un problema similar para definir el tipo de interés.⁸⁰ Sin embargo, si no hay un tipo especial que se pueda definir para la moneda contractual en razón de la historia de la redacción de la Convención, en nuestro ejemplo en USD, la única opción será la de aplicar el tipo de interés aplicable a las deudas expresadas en la moneda nacional de Mongolia (Tögrög).⁸¹

3.43 La regla supletoria propuesta podría ser inútil si el derecho interno del acreedor no prevé una regla que define el tipo de interés aplicable a obligaciones en mora. En este caso, los tribunales deben tratar de definir, a partir de las pruebas presentadas por las partes, la práctica que se usa en el país del acreedor, sea o no una tasa establecida, siempre que se pueda encontrar en la jurisprudencia de ese país. En el supuesto, por ejemplo, que en dicho país se prohíba el reclamo de intereses, el tribunal no debe otorgar ningún interés basado en el artículo 78 CISG. En tales casos, las pérdidas del acreedor sólo se pueden compensar con sujeción a los requisitos del artículo 74 CISG.

3.44 Es obvio que la norma propuesta no puede pretender imitar perfectamente una regla supletoria que refleje el interés de mercado. La regla propuesta simplemente se limita a ofrecer una respuesta simple a la necesidad urgente de unificar criterios, proponiendo una norma de

⁸⁰ Ver *Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Arbitraje de la Federación Rusa*, 27-12-2005, CISG-online 1484

⁸¹ Pero ver *Cámara de Comercio de Arbitraje de Yugoslavia*, 28-01-2009, CISG-online 1856

("Con el fin de determinar exactamente el 'domicilio' (serbio) para el tipo del euro, no se debe recurrir a la legislación serbia, ya que ésta regula y es apropiada solo para los tipos de la moneda local (RSD) y daría lugar a una compensación excesiva si se aplica a las sumas denominadas en euros. Más bien, es más adecuado aplicar el tipo de interés que se utiliza regularmente para el ahorro, como los depósitos a corto plazo en los bancos de primera clase en el lugar de pago (Serbia) para la moneda de pago, ya que esto representa un tipo relativamente libre de riesgo inversión"), *Cámara de Comercio de Serbia*, 23-01-2008, CISG-online 1946 (Como a partir de marzo de 2001 no había ninguna ley en Serbia para fijar un tipo de interés para créditos en moneda extranjera, el Tribunal Arbitral recurrió al EURIBOR dado se trataba de una reclamación en euros).

derecho internacional privado. Esta regla está más cerca de una regla supletoria destinada a jugar como un incentivo para que las partes prevean un tipo de interés contractual. Si las partes no quieren encontrarse con problemas de exceso o insuficiencia de la compensación, lo mejor sería definir el tipo de interés pactando dicho tipo en su contrato.

4. El interés compuesto

3.45 Dado que las partes son libres de definir el tipo de interés a pagar en caso de incumplimiento, también pueden estipular que los intereses sean capitalizados en ciertos intervalos. La CISG no contiene ninguna disposición que pueda obstaculizar el interés compuesto. Pero la pregunta más importante consiste en determinar si la regla supletoria para determinar el tipo de interés contempla la posibilidad de que dicho interés se acumule de manera simple o compuesta.⁸² La tendencia jurisprudencial dominante es la de rechazar la aplicación del interés compuesto de manera automática.⁸³ La doctrina de la CISG sigue parcialmente esta orientación y sólo lo permite bajo el artículo 74 CIG, siempre que el acreedor pueda probar que tuvo que pagar intereses compuestos como consecuencia del incumplimiento del deudor.⁸⁴ Sin embargo, en concordancia con la solución propuesta anteriormente, la cuestión debe decidirse de acuerdo con el derecho interno del acreedor. Si las reglas supletorias de su país prevén una capitalización de intereses durante el momento del incumplimiento y el interés compuesto puede ser pagado en las operaciones comerciales, esto también debe ser aplicable bajo el artículo 78 CISG.⁸⁵ Las leyes vigentes en el lugar del establecimiento del acreedor gobiernan este tema. Si no hay una disposición que permita a los intereses devengar un interés compuesto, el acreedor no puede pretender este reclamo en virtud del artículo 78 CISG. En tal caso, sólo puede reclamar el

⁸² La validez de dicha cláusula se decidirá por las disposiciones del Derecho nacional de acuerdo con el artículo 4 de la CISG. Estipulaciones generales, especialmente sobre el interés compuesto, pueden provocar un control más estricto en las leyes nacionales.

⁸³ *Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Caso No 8502, 01-11-1996, CISG-online 1295; *Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Caso No 8908, 01-12-1998, CISG-online 1337 (= CISG-online 751); *Hof van Beroep, Antwerpen* (Bélgica), 24-04-2006, CISG-online 1258 ("*En cualquier caso, en virtud de la CISG, el interés compuesto no es concedido de forma automática y el demandante, en este caso [el vendedor], tiene que demostrar que tiene derecho al interés compuesto, por ejemplo, porque [el vendedor] tuvo que pagar intereses adicionales debido a la falta de los pagos que eran debidos*").

⁸⁴ Por ejemplo, *Schlechtriem/Schwenzler/Bacher* (nota 26) Art. 78 párrafo 43; Brunner (nota 8) Art. 78 párrafo 15.

⁸⁵ Para un análisis detallado de los distintos sistemas jurídicos en relación con el interés compuesto ver *Gotanda*, Compound Interest in International Disputes, 34 *Law and Policy in International Business* 393 (2002-2003). Ver también *Schwenzler/Hachem/Kee* (nota 11) párrafo 46.43-46.46. A favor del interés compuesto en la CISG *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda* (nota 9) Art. 78 párrafo 28

interés compuesto como un elemento pérdida adicional en virtud del artículo 74 CISG, sin perjuicio de los requisitos previstos en dicho artículo.

5. Modalidades de pago

3.46 Dado que el pedido del pago de intereses constituye un derecho accesorio, las modalidades de pago siempre deben seguir la suerte de la obligación principal.⁸⁶ Los intereses se han de pagar en la misma moneda, al mismo tiempo y en el lugar de la obligación principal. En el caso de intereses reclamados por daños y perjuicios, primero debe comprobarse la moneda en que se produjo la pérdida.⁸⁷ En principio, dicha moneda será la del lugar del establecimiento del acreedor.⁸⁸

6. Las excepciones disponibles frente a una demanda de intereses

3.47 Aunque la exención prevista en el artículo 79 CISG no puede impedir el pago de intereses de conformidad con el artículo 78 CISG, el deudor todavía podría oponer algunas excepciones contra un reclamo de intereses. Conforme al artículo 80 CISG, "*Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.*". Considerando que el artículo 79 CISG sólo exonera al deudor de la responsabilidad por daños y perjuicios, la excepción de culpa concurrente del artículo 80 CISG se aplica a todo tipo de acciones, incluyendo la acción que persigue el pago de intereses. Esto significa que el acreedor no tiene derecho a cobrar intereses cuando la falta de pago se debe a su propia acción u omisión. El deudor está exento de todas las consecuencias de su incumplimiento.⁸⁹ Por ejemplo, si un vendedor ha cedido sus derechos a un comprador

⁸⁶ Brunner (nota 8) Art. 78 párrafo 6; Schlechtriem/Schwenzer/Bacher (nota 26) Art. 78 párrafo 23.

⁸⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer (nota 8) Art. 74 párrafo 63; Brunner (nota 8) Art. 74 párrafo 49. En el mismo sentido, el artículo 7.4.12 de los Principios de UNIDROIT.

⁸⁸ Staudinger/Magnus (nota 8) Art. 74 párrafo 56.

⁸⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer (nota 8) Art. 80 párrafo. 8; Flechtner, en: Ferrari/Flechtner/Brand (eds.), Draft Digest and Beyond (2003), pp. 839–840; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Atamer (nota 9) Art. 80 párrafo 11-12.

a una empresa de *factoring* sin notificar de esta cesión al comprador, el retraso en el pago por parte del comprador no puede devengar intereses.⁹⁰

3.48 El derecho del deudor a suspender el cumplimiento también tendrá un efecto en el reclamo de los intereses, ya que habrá que posponer la fecha de vencimiento para el pago del deudor.⁹¹ Si el comprador es quien debe cumplir primero con su obligación, pero se hace evidente que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de su obligación, dicho comprador puede suspender el pago hasta que la otra parte otorgue seguridades suficientes de cumplimiento (artículo 71 CISG). Obviamente esta disposición se basa en la misma política del artículo 80 CISG, ya que la causa de la suspensión es el incumplimiento de la otra parte.

7. El cese del derecho a reclamar intereses

3.49 El derecho a cobrar intereses es accesorio al de una obligación principal. Por lo tanto, los intereses dejan de devengarse en el momento que la obligación principal se paga por completo.⁹² Aunque algunos ordenamientos jurídicos parten de la presunción que los intereses devengados se extinguen cuando el acreedor acepta el pago de la obligación principal sin hacer una reserva expresa de su derecho a cobrar intereses, esta presunción no debe ser generalizada ni extendida a la CISG. A pesar que el acreedor ha aceptado al vencimiento, sin reserva alguna, el monto de la obligación principal, aún en este caso conserva su derecho a reclamar por separado por los intereses devengados. La compensación también tiene el efecto de extinguir la obligación principal, por lo que también detiene el devengo de los intereses. Si la obligación principal deja de existir debido al incumplimiento o es parcialmente extinguida debido a un incumplimiento parcial o a una reducción del precio, los intereses devengados se disminuirán en su totalidad o en proporción a la suma principal restante. La expiración del plazo de prescripción con respecto a la deuda principal y su efecto sobre la demanda de intereses se decidirá de acuerdo con el derecho interno aplicable.⁹³

⁹⁰ Pero ver *Amtsgericht Willisau* (Suiza) 12 de marzo de 2004, CISG-Online 961 donde la Corte aplicó el artículo 79 y no eximió al comprador del pago de intereses.

⁹¹ *Schlechtriem/Schwenger/Bacher* (nota 26) Art. 78 párrafo 21.

⁹² *Gelzer* (nota 2) párrafos 409-412.

⁹³ Ver *Gelzer* (nota 2) párrafo 415, así como el artículo 27 de la Convención de 1974 de Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.

3.50 Como se mencionó anteriormente en el párrafo 3.8, los intereses previstos en la CISG también podrían dejar de devengarse con la emisión de un laudo, donde las leyes del país en el cual el laudo se haga efectivo prevean intereses posteriores al juicio. Bajo tales circunstancias, la reclamación de los intereses contractuales es sustituida por la de procedimiento.

8. Relación de intereses con una indemnización adicional

3.51 El tipo de interés aplicable en el país del acreedor generalmente representa la tasa conforme a la cual una suma global puede ser reclamada por el acreedor. Pero el artículo 78 CISG subraya expresamente que la parte perjudicada tiene derecho a un interés "*sin perjuicio de cualquier reclamación por daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74*". Por lo tanto, el acreedor siempre puede probar que los intereses por mora no compensan por sí solo, plenamente, las pérdidas sufridas debido al retraso en el pago. Si el acreedor demuestra que habría utilizado los fondos para participar en inversiones de riesgo para maximizar su beneficio, podría reclamar daños y perjuicios que van más allá de los intereses, que es una medida libre de riesgo.⁹⁴ En los casos en que el acreedor debió tomar un préstamo bancario debido a la escasez de flujo de efectivo, podría reclamar como pérdida la diferencia entre el tipo de interés del préstamo obtenido y el tipo de interés aplicable en virtud del artículo 78 CISG.⁹⁵

3.52 Sin embargo, cualquier reclamo de daños y perjuicios está sujeta a los requisitos de la CISG. Eso significa que, según el artículo 74 CISG, la pérdida debe ser probada por el

⁹⁴ Ver *Amtsgericht Oldenburg in Holstein* (Alemania), 24-04-1990, CISG-online 20. Para un análisis en detalle sobre cómo el interés se puede conceder en sí mismo como daños y perjuicios, especialmente en controversias relativas a inversiones internacionales, ver *Sénéchal/Gotlanda*, Interest as Damages, 47 Colum. J. Transnat'l L. 2008-2009, pp. 491 y ss.

⁹⁵ Ver *Handelsgericht des Kantons Zürich* (Suiza), 21.09.1995, CISG-online 246; *Bundesgericht* (Suiza), 28-10-1998, CISG-online 413; *Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (No. 7197), 01-01-1992, CISG-online 36 ("*El tribunal consideró que el vendedor actuó sobre la base de un crédito por el que tuvo que pagar intereses al tipo del 12% y aplicó este tipo, ya que el vendedor tuvo que obtener el crédito con el fin de reemplazar los fondos faltantes, causado por la falta de pago por el comprador*"); *Kantonsgericht Zug* (Suiza, 12-12-2002, CISG-online 720; *Handelsgericht Wien* (Austria), 03-05-2007, CISG-online 1783; *Oberlandesgericht Hamburg* (Alemania), 25-01-2008, CISG-online 1681; *Handelsgericht des Kantons Aargau* (Suiza), 19-06-2007, CISG-online 1741.

acreedor⁹⁶, debe ser previsible, y el acreedor debe haber actuado de conformidad con su obligación de mitigar sus pérdidas en virtud del artículo 77 CISG. Además, el deudor puede eximirse de pago si puede probar la causal de exoneración prescripta por el artículo 79 CISG.

9. Carga de la prueba

3.53 Cuando el acreedor reclame intereses deberá comprobar la existencia de una suma adeudada y el tipo de interés aplicable en ese caso en particular.⁹⁷ Si el reclamo se basa en un tipo de interés contractual, lo que deberá probar es la existencia de la cláusula contractual estableciendo ese tipo de interés. Si el tipo de interés requiere la aplicación de la legislación nacional del acreedor, las disposiciones *lex fori* del tribunal determinarán cómo se debe probar el derecho extranjero. En algunas jurisdicciones dicha prueba queda a cargo de las partes, mientras que en otros el tribunal se compromete a emprender de oficio esta investigación.

⁹⁶ *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* (Alemania), 18-01-1994, CISG-online 123 ("De conformidad con el artículo 1284 Codice Civile [de Italia] el tipo de interés es del 10%... No puede hacerse lugar al reclamo [del vendedor] de pagar intereses por un importe de 13,5%. El artículo 78 CISG no prohíbe que el acreedor reclame daños y perjuicios en virtud del artículo 74 CISG a fin de recuperar pérdidas adicionales resultantes de cargos financieros. Sin embargo, el [vendedor] no ha demostrado pérdida adicional alguna causada por el uso del crédito. Los certificados emitidos por el Banco de Italia sólo se refieren a las fluctuaciones del tipo de descuento")

⁹⁷ 97. *Brunner* (nota 8) Art.78 párrafo 13; *Staudinger/Magnus* (nota 8) Art. 78 párrafo 20.