

---

# *La exceptio non adimpleti contractus* en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías\*

▮ PATRICIA LEAL BARROS\*\*

RESUMEN. Parte de la doctrina y la jurisprudencia han señalado que la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías contempla un derecho de retención general a partir de la interpretación de varios artículos de la Convención, entre ellos, el artículo 58 y el artículo 71. El presente trabajo analiza estos artículos para determinar si realmente se trata de supuestos de derecho de retención o si, más bien, establecen supuestos de excepción de contrato no cumplido en sus diversas modalidades.

PALABRAS CLAVE: *exceptio non adimpleti contractus*, derecho de retención, Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, remedios.

## **The *Exceptio Non Adimpleti Contractus* in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods**

ABSTRACT. Part of the legal literature and jurisprudence have indicated that the Vienna Convention on the International Sale of Goods contains a general right of

---

\* Fecha de recepción: 27 de noviembre de 2023. Fecha de aceptación: 27 de marzo de 2024.  
Para citar el artículo: Leal Barros, P., “La *exceptio non adimpleti contractus* en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 47, julio-diciembre, 2024, 139-163. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.47.06>.

\*\* Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, Chile; profesora de Derecho Civil y coordinadora del área de Derecho Privado. Doctora en Derecho, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, Chile. Magíster en Derecho Privado, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, Chile. Contacto: [paleal@miuandes.cl](mailto:paleal@miuandes.cl) Orcid: 0000-0002-9262-0391.

retention based on the interpretation of several provisions of the Convention, including Article 58 and Article 71. This work analyzes these articles to determine if they are cases of the right of retention, or rather they establish cases of *exceptio non adimpleti contractus* in its various modalities.

KEYWORDS: *exceptio non adimpleti contractus*, right of retention, Vienna Sales Convention, remedies.

SUMARIO: Introducción. I. La *exceptio non adimpleti contractus*. II. La *exceptio non adimpleti contractus* en la Convención de Viena. III. Consecuencias prácticas de distinguir cuando hablamos de *exceptio non adimpleti contractus*. Conclusiones. Referencias.

## Introducción

En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías no existe una norma que contemple un derecho general de retención. Sin embargo, parte de la doctrina ha señalado que este derecho general de retención deriva de la interpretación conjunta de ciertas normas, como son los artículos 58, 71, 85 y 86, tomando como criterio de interpretación el artículo 7.2 y el principio de que la Convención se interpreta a sí misma<sup>1</sup>. Este argumento ha sido acogido algunas veces por la jurisprudencia<sup>2</sup>. Esta corriente de la doctrina también reconoce que los límites a este

- 
- 1 Hager, G. y Maultzsch, F., “Art. 58 Zahlungszeit; Zahlung als Bedingung der Übergabe: Untersuchung vor Zahlung”, en Schwenger, I. (Begr.), *Schlechtriem & Schwenger Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2008, 741; Mohs, F., “Article 58”, en Schwenger, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, 881-884; Butler, P. y Harindranath, A., “Article 58”, en Kröll, M. y Perales Viscasillas, P. (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, Múnich, C.H. Beck, 2011, 842-843. Por su parte, Schlechtriem, P. y Butler, P., *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlín, Springer, 2009, 46 y 180, no dicen específicamente que exista un derecho general de retención en la CISG, pero sostienen que los artículos 58 y 71 son supuestos de derecho de retención usando indistintamente las frases “*right to withholding performance*” y “*right to retain*”, cuando claramente estas frases se refieren a instituciones distintas. Esta idea también se evidencia en algunas sentencias, v.gr., Austria, *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) de 8 de noviembre de 2005, en donde la Corte cita el artículo 71 conjuntamente con el artículo 86 al hablar del derecho de la parte a retener su cumplimiento; caso disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/austria-november-8-2005-oberster-gerichtshof-supreme-court-austrian-case-citations-do-not> [consultado el 22 de junio de 2021].
  - 2 Alemania, Corte de Apelaciones de Hamburgo, 15 de julio de 2010, *Medical Equipment Case*, disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/germany-july-15-2010-oberlandesgericht-court-appeal-german-case-citations-do-not-identify> [consultado el 22 de junio de 2021]; Austria, Corte Suprema, 8 de noviembre de 2005, *Recycling Machine Case*, disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/austria-november-8-2005-oberster-gerichtshof-supreme-court-austrian-case-citations-do-not> [consultado el 22 de junio de 2021]; Alemania, Corte Suprema, 3 de abril de 1996, *Cobalt Sulphate Case*, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html> [consultado el 23 de enero de 2019]; Países Bajos, Corte Distrital de Arnhem, 29 de julio de 2009, *Minibus Case*,

derecho de retención general aún deben ser delimitados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Puede decirse que este derecho de retención general, a que hace referencia parte de la doctrina, junto con alguna jurisprudencia, obedece a un desarrollo relativamente reciente. En los primeros trabajos que se realizaron para comentar la Convención no hay mención de este derecho de retención general, sino que ella surgirá después, en conjunción con la aplicación de la Convención por parte de los tribunales. Quienes sostienen esta tesis afirman que si bien no existe de manera expresa una disposición en la Convención, la figura puede extraerse gracias a la interpretación conjunta de los artículos 58 (1 y 2), 71, 85 y 86.

Si bien es cierto que quienes alegan la existencia de un derecho de retención general conforman un grupo de destacados profesores especialistas en la Convención, también es cierto que otro destacado grupo rebate esta idea y sostiene que el artículo 58 trata de la institución conocida en el derecho como *excepción de contrato no cumplido*<sup>3</sup>; que ha sido y sigue siendo a menudo confundida con el derecho de retención. Este trabajo tiene como objetivo diferenciar la excepción de contrato no cumplido del derecho de retención en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y determinar cuáles son los artículos dentro de la Convención que contienen la institución de la *exceptio* y en qué modalidades.

## I. La *exceptio non adimpleti contractus*

La excepción de contrato no cumplido es aquella que le corresponde al acreedor de un contrato bilateral o sinalagmático de suspender su propia prestación, dado que el deudor no ha cumplido la suya ni se ha allanado a cumplirla<sup>4</sup>. También puede decirse que ninguna de las partes puede demandar el cumplimiento de la obligación del otro mientras este no cumpla o no tenga intenciones de cumplir la suya<sup>5</sup>. Por este

---

disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/netherlands-july-29-2009-rechtbank-district-court-x-v-omnibus-trading-bv> [consultado el 22 de junio de 2021].

- 3 Schnyder, A. y Straub, R.M., “Art. 58 Zahlungszeit, Modus des Leistungsaustausches, Begustachtungsrecht”, en Honsell, H. (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, Springer, 2010, 755-756; Cabanillas Sánchez, A., “Artículo 58”, en Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Civitas, 1998, 482. Mientras que Maskow, D., “Article 58”, en Bianca, C.M. y Bonell, M.J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, 429, niega la existencia de una regla general que permita suspender el pago de las prestaciones; y cfr. Audit, B., *La vente internationale de marchandises*, París, LGDJ, 1990, 145 (aunque este autor llega a confundir la excepción de incumplimiento con el derecho de retención, señala que el artículo 58.1 y 2 se refiere a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido).
- 4 Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, t. II, Santiago, Legal Publishing, 2014, 1108; López Santa María, J. y Elorriaga De Bonis, F., *Los contratos. Parte general*, 6.<sup>a</sup> ed., Santiago, Legal Publishing Chile, 2017, 618.
- 5 Díez-Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008, 803.

carácter, que brinda al acreedor la posibilidad de no cumplir sus propias prestaciones, parte de la doctrina ha dicho que se trata de un medio compulsivo de pago o de autodefensa privada<sup>6</sup>.

### A. Requisitos

Como se desprende del concepto que recién presentamos, la excepción de contrato no cumplido opera solo en contratos bilaterales o sinalagmáticos, en donde se espera de la otra parte una contraprestación<sup>7</sup>. Aunque algunos autores sostienen que para ejercer la *exceptio* no es necesario que la obligación esté enmarcada en un contrato bilateral, dado que las fuentes de la obligación pueden ser diversas, siempre que ellas den lugar a obligaciones recíprocas<sup>8</sup>.

Otro de los requisitos que presenta la doctrina es que la *exceptio* puede ser invocada cuando hay obligaciones de cumplimiento simultáneo. Es por esta razón que hay lugar al derecho del *excipiens* de defenderse y excepcionar su cumplimiento cuando el acreedor lo reclame, o decida resolver el contrato en caso de que este último no haya cumplido con su prestación a su tiempo, ni se haya allanado a cumplirla<sup>9</sup>. Esto es muy importante, dado que, como señala Abeliuk, “no será suficiente que el acreedor diga que está llano al cumplimiento, sino que es necesario que dé principio a la ejecución”<sup>10</sup>.

Por ende, es además necesario que la obligación del acreedor, contra quien se opone la excepción, sea exigible: “ello es lógico, semejante obligación no hay que cumplirla aún; mediante la excepción, el deudor forzaría al acreedor a pagar antes, por ejemplo, de que se venciera el plazo”<sup>11</sup>. Esta regla se exceptúa en el caso de la *excepción por incumplimiento previsible*, en donde puede proceder la excepción cuando se tengan fundados motivos de que la contraparte no podrá cumplir en el tiempo debido.

6 Fueyo Laneri, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Jurídica de Chile, 1991, 235; Chinchilla Imbett, C.A., *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, 222.

7 Moreno Cruz, P., “Los límites a la *exceptio inadimpleti contractus*: la ‘buena’, la ‘mala’ y la ‘fea’ excepción de contrato no cumplido”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, 2013, 134 y 135; Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, n.º 1, 2014, 115; Bozzo Hauri, S., “La eficacia de la excepción de contrato no cumplido frente al incumplimiento de contratos vinculados en el ámbito del consumo. Análisis sobre su ejercicio en procesos de ejecución”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 25, n.º 1, 2018, 52; Bozzo Hauri, S., *Excepción de contrato no cumplido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 89.

8 Bozzo Hauri, S., *Excepción de contrato no cumplido*, cit., 93, 95-97.

9 *Ibid.*, 101.

10 Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, cit., 1111.

11 *Ibid.*, 1113.

Este último requisito guarda relación con el siguiente, cual es que se configure el incumplimiento, o bien que exista riesgo cierto de un futuro incumplimiento. Con respecto a esto se ha discutido sobre el tipo de incumplimiento que debe presentarse. En otras palabras, la doctrina se ha preguntado si hace falta que se configure un incumplimiento total o parcial, o bien si debemos estar frente a un incumplimiento esencial, o bien de menor entidad. Para Abeliuk, basta cualquier tipo de incumplimiento, pues la sanción no es tan drástica, dado que al acreedor le basta con cumplir para poder exigir, a su vez, el cumplimiento de la otra parte<sup>12</sup>.

Por su parte, Bozzo señala que cuando se está frente a un incumplimiento total, la aplicación de la *exceptio* se hace más clara, porque se puede establecer diáfaramente que se está frente a un incumplimiento recíproco cuando ninguna de las partes ha empezado con la ejecución de lo debido. En consecuencia, ninguna de las partes se ha allanado a cumplir su propia prestación, y por ende es más fácil identificar que ha ocurrido el incumplimiento<sup>13</sup>. Ahora bien, frente a otras situaciones de incumplimiento –por ejemplo, incumplimiento parcial, o cumplimiento con retraso, o cumplimiento no ritual–, la identificación del incumplimiento se hace más difícil y, como consecuencia, también se torna más ardua la aplicación de la *exceptio*, al no ser claro cuál de sus modalidades es la correcta para cada caso puntual<sup>14</sup>.

Este problema se soluciona con la aplicación del último requisito: el ejercicio de la excepción conforme a la buena fe<sup>15</sup>, que es de la esencia de la institución, pues permite distinguir en qué casos no corresponde su aplicación. Aquí cabe distinguir si quien alega la excepción está realmente presto a cumplir su obligación, en modo concreto y perceptible, por ejemplo: si ya ha iniciado las labores tendientes a la ejecución de su prestación en el tiempo pautado; de otra forma, sería contrario a la buena fe alegar la *exceptio* en casos en que el incumplimiento no es grave, se refiere a una prestación accesoria o que no tiene transcendencia para la economía del contrato<sup>16</sup>.

## B. Modalidades

La excepción, además de su acepción general, tiene tres modalidades: una, cuando hay incumplimiento total; otra, denominada *exceptio non rite adimpleti contractus*; y, por último, la excepción por incumplimiento previsible. Según Abeliuk, en el derecho chileno cabe hacer la distinción a partir del artículo 1156 c. c., que diferencia

12 *Ibid.*, 1112.

13 Bozzo Hauri, S., *Excepción de contrato no cumplido*, cit., 106.

14 *Ibid.*, 106 y 107.

15 Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, cit., 1113; Bozzo Hauri, S., *Excepción de contrato no cumplido*, cit., 133.

16 Bozzo Hauri, S., *Excepción de contrato no cumplido*, cit., 135.

el incumplimiento total, el cumplimiento imperfecto y el retardo en el cumplimiento<sup>17</sup>. Veamos brevemente cada una de estas modalidades.

La *exceptio non rite adimpleti contractus*, o excepción de cumplimiento no ritual, es el caso donde una de las partes ha cumplido con su obligación, pero su cumplimiento no es perfecto o, en otras palabras, su prestación no se realizó conforme a lo que ambas partes establecieron en el contrato. A diferencia de la *exceptio adimpleti*, en la que no hay cumplimiento, en la *non rite* hay cumplimiento, pero imperfecto, hecho que abre la puerta al ejercicio del remedio<sup>18</sup>. La importancia de distinguir la *exceptio non rite* de las demás modalidades recae en la carga de prueba, dado que el demandante interpelará a su contraparte alegando que su cumplimiento fue imperfecto, mientras que la parte que cumplió, pero de manera, supuestamente, imperfecta, deberá probar que efectivamente cumplió la prestación acorde a los lineamientos del contrato<sup>19</sup>.

Por su parte, la excepción por incumplimiento previsible se ejerce cuando existan fundados motivos para concluir que la otra parte no cumplirá a tiempo<sup>20</sup>. Algunos autores han señalado que esta modalidad solo se encuentra establecida para el caso de la compraventa en los artículos 1826 y 1872 c. c. ch.<sup>21</sup> y 1882 c. c. co.<sup>22</sup>. Sin embargo, otros sostienen que este supuesto tiene un carácter general y puede extenderse más allá del contrato de compraventa<sup>23</sup>. Algunos, en doctrina, señalan que esta institución solo puede establecerse en relación con otro remedio que es la indemnización de perjuicios<sup>24</sup>. Se diferencia de la *exceptio adimpleti*, porque mientras en esta el incumplimiento ya ocurrió, en la excepción por incumplimiento previsible el incumplimiento no ha tenido lugar, pero se tienen fundados motivos de que va a ocurrir<sup>25</sup>.

Lo cierto es que la *exceptio*, en todas sus modalidades, es un remedio que procura una solución mediata e indirecta; dado que permite al acreedor suspender su pro-

17 Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, cit., 1115.

18 *Ibid.*, 1114-1115.

19 *Ibid.*, 1115.

20 Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina”, cit., 121-123; Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, cit., 1115; Chinchilla Imbett, C.A., *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., 218.

21 Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno”, cit., 406; Caprile Biermann, B., “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39, 2.º semestre, 63.

22 Chinchilla Imbett, C.A., *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., 221.

23 Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina”, cit., 121-123.

24 Vial del Río, V., “Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido”, *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, n.º 32, 2015, 61.

25 Chinchilla Imbett, C.A., *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., 219.

pia prestación, cuando la otra parte incumple la suya a su vez, o bien no se encuentra en posición de cumplirla en los términos en que se había pactado<sup>26</sup>. Por esto, en el nuevo derecho de las obligaciones se le conoce como suspensión del cumplimiento.

## II. La *exceptio non adimpleti contractus* en la Convención de Viena

Parte de la doctrina ha señalado que en el artículo 58.1 (segunda oración) y en el artículo 58.2<sup>[27]</sup>, ambos de la Convención, se establece un derecho de retención para el vendedor<sup>28</sup>; otros señalan que se trata de una modalidad de la excepción de incumplimiento<sup>29</sup>. De conformidad con el artículo 58.1 el vendedor puede establecer el pago del precio por el comprador como condición para la entrega de las mercaderías o los documentos. Mientras que el artículo 58.2 establece que, cuando el contrato se ha establecido con transporte, el vendedor podrá supeditar la entrega de las mercaderías o sus documentos al pago del precio. Examinemos cada caso.

### A. La suspensión del vendedor en el artículo 58.1

El artículo 58.1 establece: “El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención”. Por el momento nos interesa analizar la segunda parte de esta frase, la cual se refiere a que el comprador está obligado a pagar cuando el vendedor “ponga a su disposición” las mercaderías o los documentos representativos de estas.

26 Fueyo Laneri, F. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, cit., 235.

27 El artículo 58 de la Convención establece: “1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos. / 2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio. / 3) El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad”.

28 Entre los que sostienen que se trata de un caso de derecho de retención del vendedor cfr. Hager, G. y Maultzsch, F., “Art. 58 Zuhlgszeit; Zahlung als Bedingung der Übergabe: Untersuchung vor Zahlung”, cit., 741; Mohs, F., “Article 58”, cit., 881-884; Butler, P. y Harindranath, A., “Article 58”, cit., 842-843; Schlechtriem, P., y Butler, P., *UN Law on International Sales*, cit., 46 y 180.

29 Cfr., por todos, Schnyder, A. y Straub, R.M., “Art. 58 Zahlungszeit, Modus des Leistungsaustausches, Begustachtungsrecht”, cit., 755-756; Cabanillas Sánchez, A., “Artículo 58”, cit., 482.

En primer lugar, tenemos que considerar que este artículo se aplica cuando en el contrato no se ha establecido fecha o momento ciertos del pago<sup>30</sup>. Por lo tanto, cuando el vendedor cumpla con su obligación de poner a disposición del comprador las mercaderías, o sus documentos, es cuando el comprador entraría en mora de no realizar el pago debido.

Dicho lo anterior, el comprador deberá pagar las mercaderías cuando en el contrato no se ha establecido fecha exacta de cumplimiento y cuando las mercaderías se encuentren a disposición del comprador. Por lo tanto, debemos determinar bajo qué circunstancias puede considerarse que las mercancías o sus documentos han sido puestos a disposición del comprador, y nos surgen tres escenarios: (1) cuando las mercancías o sus documentos han sido enviados a los depósitos del comprador, el lugar donde tiene la base de sus negocios o alguna de las sucursales; siempre y cuando se haya establecido alguno de estos sitios como el lugar de entrega de las mercaderías. Por lo tanto, no podrá considerarse que las mercaderías o documentos están a disposición del comprador si el vendedor ha enviado las mercaderías a algún lugar que no haya sido el establecido en el contrato –aunque sea, por ejemplo, una de las sucursales del comprador–; porque puede que el reenvío de las mercaderías al lugar establecido por el comprador en el contrato le acarree a este gastos excesivos o innecesarios, que se traduzcan en posteriores perjuicios.

El otro escenario (2) se produce cuando las mercaderías han llegado a la aduana del país de operaciones del comprador. Nuevamente, se considerará que las mercaderías o sus documentos se han colocado a disposición del comprador, si el lugar establecido en el contrato como lugar de entrega final ha sido la aduana del país de operaciones del comprador. De lo contrario, no se puede afirmar que las mercaderías están a disposición del comprador y, por lo tanto, el vendedor caerá en mora; porque no habrá enviado las mercancías al lugar indicado en el contrato.

También, dentro de este escenario, se puede contemplar la variable de que la entrega de las mercaderías se haya fijado en un punto medio, entre el lugar de operaciones del vendedor y el lugar de operaciones del comprador, siempre que así se haya establecido en el contrato. Si las mercaderías llegaron a este lugar, punto medio entre la central de operaciones de ambas partes, puede considerarse que el comprador tenía las mercancías o sus documentos a su disposición. Este tipo de envío, a un punto medio, es muy común en la práctica, ya que las mercaderías suelen ser manejadas por agentes aduanales que actúan bajo las órdenes del comprador o vendedor respectivamente.

El último escenario, (3) donde se puede considerar que las mercancías han sido puestas a disposición del comprador, es que se haya estipulado en el contrato que el lugar de envío sería a un tercero, cliente del comprador. Dentro del derecho comercial es una práctica muy común la reventa de cosa ajena, o bien la reventa de

30 Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4.<sup>a</sup> ed., Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009, 334.

mercancías cuando aún no se dispone de ellas, y también se da que el comprador estipule que las mercaderías sean enviadas directamente a su cliente, es decir, un tercero en esta relación. Si este ha sido el lugar de envío acordado en el contrato, el vendedor debe enviar las mercaderías directamente al tercero para que el comprador se allane a realizar el pago.

Considerando entonces cuándo se aplicaría este artículo y los escenarios en donde se puede establecer que el vendedor ha cumplido con su obligación de poner las mercaderías o sus documentos a disposición del comprador, cabe ahora preguntarse si se trata de un supuesto de excepción de contrato no cumplido, o bien de un supuesto derecho de retención, como sostiene parte de la doctrina. Primero, hay que considerar cuáles son los requisitos de aplicación de una y otra institución para determinar cuál es la establecida en el artículo *in commento*. Como ya revisamos los requisitos de la *exceptio*, pasemos a revisar los requisitos del derecho de retención.

Recordemos que los requisitos del derecho de retención son: (1) la tenencia legítima de una cosa ajena (o bien, de una cosa que es del deudor): la cosa a retener debe estar en manos de quien pretende ejercer el derecho de retención y la tenencia de la cosa debe ser legítima, libre de vicios; (2) la existencia de un crédito cierto, líquido y exigible: la existencia del crédito es lo que abre paso al ejercicio del derecho de retención en garantía de que el deudor realizará la prestación debida; y para algunos autores, (3) la existencia de un precepto legal que establezca en ciertos casos el legítimo ejercicio del derecho de retención y (4) la conexión entre el crédito y la cosa o bien su tenencia<sup>31</sup>.

Nuestra respuesta a esta interrogante es que no podemos considerar al artículo 58.1 como supuesto de derecho de retención del vendedor, porque en este supuesto no se contemplan los requisitos de aplicación del derecho de retención. El vendedor no retiene nada del deudor, como garantía de una deuda impaga. Este artículo solo se refiere al momento en que el comprador está obligado a pagar, cuando en el contrato no se ha establecido una fecha o momento cierto de pago.

31 Sobre el derecho de retención cfr. Mateo y Villa, Í., *El derecho de retención*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014; Terner Barrios, F. y Mantilla Espinosa, F., “Posesión y retención: ¿hechos, derechos o quimeras?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo, diciembre, 2010, 125; Sancho Rebullida, F. d. A., “Facultad de retención posesoria”, en Sancho Rebullida, F. d. A., *Estudios de derecho civil I*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1978; Echevarría de Rada, T., “En torno al derecho de retención”, en Cabanillas Sánchez, A. et al. (orgs.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson Civitas, 2003; Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, cit., 1125; Pizarro Wilson, C., “El derecho de retención. Una garantía bajo sospecha”, *Ius et Praxis*, año 15, n.º 1, 2009, 342; Fueyo Laneri, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, cit., 522; Jordà Capitán, E., *Retención posesoria y derecho de retención*, Madrid, Dykinson, 2014; Leiva Fernández, L.F.P., *Derecho de retención*, Buenos Aires, Astrea, 1991; Venegas Rodríguez, R., *El derecho de retención. Doctrina, legislación comparada, jurisprudencia*, Santiago, Nascimento, 1940; Zumaquero Gil, L., *El derecho de retención en el Código Civil español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. Específicamente sobre el derecho de retención en la Convención de Viena revisar Leal Barros, P., “El derecho de retención en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 33, 2017, 161-192.

Pero la doctrina también se encuentra dispar en determinar si el artículo 58.1 en su segunda oración se refiere a un supuesto de excepción de contrato no cumplido o a un supuesto de derecho de retención<sup>32</sup>; examinemos entonces.

La segunda oración del artículo 58.1 establece: “El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos”. Al leer esta frase, lo primero con que nos encontramos es con el carácter sinalagmático: ambas partes se deben prestaciones mutuas. El vendedor debe poner a disposición del comprador las mercaderías, y este, a su vez, debe pagarlas. Lo segundo es la simultaneidad, las partes deben ejecutar sus prestaciones de manera simultánea: cuando una parte ejecute su prestación, la otra debe ejecutar, a su turno, la propia; de lo contrario, la parte que no ejecuta su prestación caería en mora, estaría incumpliendo.

Sin embargo, en la práctica de la compraventa internacional de mercaderías rara vez se dará que contra la entrega de las mercaderías se realice simultáneamente el pago. El envío de las mercaderías puede tardarse semanas, incluso meses si el envío se realiza por barco, y el pago puede demorarse, en cambio, unos días, como suele ocurrir con las transferencias internacionales.

Lo que sí puede darse de manera prácticamente simultánea es que, apenas el vendedor haya entregado las mercaderías, o las haya puesto a disposición del comprador, este realice la transferencia, lo que sin duda se demora mucho menos que el envío de las mercaderías; o bien, el comprador puede asegurar el pago a través de una carta de crédito emitida por su banco, práctica muy usual en la compraventa internacional de mercaderías<sup>33</sup>. La aplicación estricta de este artículo podría resultar injusta para el comprador, ya que el sistema bancario internacional todavía no está diseñado para realizar el pago de manera realmente inmediata una vez se tenga disposición de las mercaderías.

Volviendo a la pregunta de si este supuesto se trata de un derecho de retención, nuestra respuesta a esta interrogante debe ser, de nuevo, negativa. El artículo 58.1, segunda oración, no contempla un derecho de retención, debido a que no se evidencia la conjunción de los requisitos de aplicación del derecho en cuestión.

Ahora bien, si no se refiere a un supuesto de derecho de retención, ¿a qué se refiere?, ¿a una obligación sujeta a condición o a una excepción de contrato no cumplido? Recordemos que la obligación sujeta a condición es aquella cuya realización depende del acaecimiento de un hecho futuro que no se sabe si ocurrirá o no<sup>34</sup>. En

32 Schnyder, A. y Straub, R.M., “Art. 58 Zahlungszeit, Modus des Leistungsaustausches, Begustachtungsrecht”, cit., 755-756; Cabanillas Sánchez, A., “Artículo 58”, cit., 482; Maskow, D., “Article 58”, cit., 429; por su parte, Audit, B., *La vente internationale de marchandises*, cit., 145, confunde la excepción de incumplimiento con el derecho de retención, señalando que el artículo 58.1 y 2 se refiere a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido.

33 Para ver más sobre cartas de crédito cfr. Ostendorf, P., *International Sales Terms*, 3.<sup>a</sup> ed., Múnich, Beck-Hart-Nomos, 2018, 64 ss.

34 Alessandri Rodríguez, A., *Teoría de las obligaciones*, Santiago, Jurídica Ediar-Cono Sur, 1988, 29; Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, cit., 610; Peñailillo Arévalo, D., *Obligaciones. Teoría*

este caso, la pretensión que solicita el vendedor del comprador, es decir, la realización del pago, no puede decirse que es una condición incierta; si bien cuando las partes acuerdan firmar un contrato se prometen prestaciones que se darán en un futuro, estos hechos son ciertos, se sabe que se darán, porque así lo han establecido en el contrato, porque no están sujetos a una condición futura e incierta; por lo tanto, no podemos decir que estamos frente a un supuesto de obligación sujeta a condición. Aunque la Convención, tanto en su versión oficial en inglés como en español, haya usado la palabra “condición”, esta fue utilizada, sin duda, en sentido más bien coloquial.

Es por esto por lo que creemos que, en cambio, estamos frente a un supuesto de suspensión por contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*. Esto, dado que la Convención permite al vendedor suspender sus prestaciones mientras la otra parte no se allane a cumplir las propias. Por lo cual el vendedor no se hallará en mora mientras el comprador no cumpla con la prestación que a su vez debe. En este supuesto se ven claramente el sinalagma y la simultaneidad propias de la *exceptio*.

## B. La suspensión del vendedor en el artículo 58.2

Siguiendo con el examen del artículo 58, pasemos a analizar su numeral 2, que señala: “Si el contrato implica el transporte de mercancías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio”.

Como extraemos de la lectura, el ámbito de aplicación de este numeral se restringe a los casos en los cuales el contrato de compraventa internacional de mercaderías incluye el transporte de las mismas. En este caso, el vendedor podrá poner como condición al envío de las mercaderías, o de sus documentos correspondientes, la realización del pago por parte del comprador. Vemos que este numeral es muy similar a la segunda frase del artículo 58.1, con la salvedad de que aquí se especifica el hecho de que el contrato incluya el transporte de mercancías.

Nuevamente, vale preguntarnos si se trata de un supuesto de derecho de retención, *exceptio non adimpleti contractus*, o bien se trata de una obligación sujeta a condición. Ni en este numeral, ni en el anterior se evidencia la confluencia de los requisitos del derecho de retención<sup>35</sup>. El vendedor, en este caso, se limita a no realizar su prestación hasta que el comprador cumpla con el pago. Como vemos, no se conjugan el *incumplimiento* que da paso a la retención de un bien del deudor y, en consecuencia, la *retención* de una cosa del comprador por parte del vendedor, en garantía del pago, porque en este supuesto el vendedor no retiene nada del comprador,

.....  
*general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Jurídica de Chile, 2003, 355; Vial del Río, V., *Manual del derecho de las obligaciones*, cit., 41-42; Ramos Pazos, R., *De las obligaciones*, Santiago, Lexis Nexis, 2004, 127.

35 Nos remitimos a lo señalado en páginas anteriores.

solo se abstiene de realizar la prestación que debe, hasta tanto el comprador ejecute la prestación debida.

Tampoco creemos que se trate de un supuesto de obligación sujeta a condición, comoquiera que en el numeral anterior no estamos ante un hecho futuro e incierto. Por lo tanto, creemos que se trata de un supuesto de *exceptio non adimpleti contractus*, porque el vendedor suspende su prestación hasta que el comprador cumpla a su vez lo que le corresponde, que en el caso sería el pago del precio de las mercaderías.

### C. La suspensión del comprador del artículo 58.1

El artículo 58.1, en su primera oración, establece: “El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención”. Parte de la doctrina ha señalado que este primer numeral establece un derecho de retención en cabeza del comprador, porque solo la entrega de las mercancías y la puesta a su disposición es lo que causaría el pago. Según estos autores, el comprador tendrá el derecho de retener el precio si las mercaderías o los documentos que las representan no se ponen a su disposición y si no se le permite una breve inspección de estas conforme a lo señalado por el artículo 58.3<sup>[36]</sup>. Analicemos este supuesto.

Lo primero que se extrae de la lectura de este numeral, tal como dijimos para el supuesto del vendedor, es que el ámbito de aplicación de este artículo se limita a aquellos casos en que en el contrato no se ha determinado la fecha o momento cierto del pago<sup>37</sup>. Ahora bien, visto desde la perspectiva del comprador, este no está obligado a pagar hasta tanto el vendedor no ponga a su disposición las mercaderías o los documentos que las representen. Por tal motivo, el determinar qué se entienda por poner a disposición las mercaderías o sus documentos representativos resulta muy relevante para el estudio de este artículo; al respecto tiene aplicación la misma lógica que ya se expuso cuando se analizó el numeral concerniente al caso del vendedor, a cuya lectura se remite.

Ahora bien, si el vendedor no cumple con su prestación, de colocar las mercaderías o sus documentos representativos, no es exigible la obligación del comprador de pagar el precio; por lo tanto, el comprador no entra en mora si el vendedor no cumple la prestación que a su vez debe. Se da entonces un sinalagma funcional, ambas partes se deben prestaciones mutuamente. La ejecución de una prestación depende de la ejecución de la prestación de la otra parte, por lo que también se evidencia la simultaneidad.

36 Véase, por todos, Mohs, F., “Article 58”, cit., 882.

37 Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, cit., 334.

Dicho esto, cabe preguntarnos si estamos frente a un supuesto de derecho de retención o de excepción de contrato no cumplido, y la respuesta para nosotros resulta obvia. Estamos ante un supuesto de excepción de contrato no cumplido debido a que el comprador no está obligado a prestar el pago mientras el vendedor no ejecute la prestación que le corresponde. En este supuesto no confluyen los requisitos del derecho de retención, sino las características propias de una excepción por contrato no cumplido, como lo son el sinalagma y la simultaneidad en la ejecución de las prestaciones; la parte no incurre en incumplimiento si la otra, a su vez, no ejecuta la prestación que le corresponde.

#### **D. La suspensión del comprador del artículo 58.3**

El último numeral del artículo 58 establece: “El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras que no haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad”. Este numeral consagra el derecho del comprador a revisar las mercaderías antes de pagar el precio, y, como consecuencia, consagra también el deber del vendedor de permitir el ejercicio de este derecho<sup>38</sup>, siempre y cuando las disposiciones del contrato acerca de las modalidades de transporte y el pago del precio así lo permitan.

El comprador tiene el derecho de revisar las mercaderías para comprobar si son conformes con lo pactado en el contrato acerca de su calidad, tamaño, cantidad y volumen, entre otras cosas. En otras palabras, el comprador tiene derecho de verificar si el vendedor ha cumplido o no con su parte del contrato y, de ser así, disponerse a pagar.

En consecuencia, si el vendedor ha expedido mercaderías no conformes al contrato, porque no son correspondientes a alguna de sus características –por ejemplo, el vendedor ha despachado menos cantidad de la pactada, o ha despachado mercaderías de una calidad que no se corresponde con la acordada en el contrato–, el comprador no está obligado a pagar. Ante este hecho, el comprador deberá informar en un tiempo razonable que las mercaderías expedidas no son conformes al contrato. En otras palabras, la Convención le impone al comprador la carga de comunicación luego de otorgar un derecho. En este caso, le otorga al comprador el derecho de examinar las mercaderías antes de realizar el pago y luego le impone la carga de comunicar al vendedor en un tiempo razonable, con posterioridad a la recepción de las mercaderías, que estas no están conformes con el contrato.

Si el comprador no cumple con la carga de comunicación, pierde su derecho de alegar la falta de conformidad de las mercaderías, conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Convención; y si no paga el precio de las mercaderías luego de su recepción, se constituiría en mora. En el caso de que cumpla con la carga de comu-

---

38 Cabanillas Sánchez, A., “Artículo 58”, cit., 483.

nicar, en un tiempo razonable, la falta de conformidad de las mercaderías, el comprador tiene derecho a accionar alguno de los remedios contenidos en los artículos 45 a 52 de la Convención.

El comprador tampoco estará obligado a pagar si el vendedor no ha hecho posible la revisión de las mercaderías en los casos en que las modalidades de entrega y pago así lo permitan. En este caso el comprador deberá probar que no le ha sido posible la revisión de las mercaderías. Por tanto, la carga de la prueba sobre la revisión de las mercaderías reposa sobre el comprador.

Analizado este numeral, creemos que tampoco estamos frente a un supuesto de derecho de retención. Podemos extraer del análisis que no confluyen los requisitos de aplicación del derecho de retención. El acreedor, que en este caso es el comprador, no retiene nada del vendedor. Por el contrario, este numeral contempla el derecho del comprador a revisar las mercaderías antes de proceder a realizar el pago del precio. Pensamos, en cambio, que estamos ante un supuesto de excepción de contrato no cumplido, porque el comprador no está obligado a realizar su prestación (pago del precio) hasta constatar que el vendedor ha cumplido cabalmente con la prestación que le corresponde, que es la de entregar mercaderías conformes con el contrato. Específicamente, se trata de la *exceptio non adimpleti contractus* en su modalidad de *non rite*, es decir, excepción de incumplimiento del contrato por cumplimiento no ritual, ya que el vendedor cumplió con la prestación de entregar las mercaderías, pero entregó mercaderías no conformes con el contrato, por lo que el comprador tiene derecho a ejercer la excepción de no cumplir con su prestación, que es la de pagar el precio.

Dicho lo anterior, creemos que el artículo 58 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías no contiene ningún supuesto de derecho de retención en ninguno de sus numerales. Al analizar detenidamente el artículo *in commento* nos percatamos de que la Convención le otorga al acreedor el derecho de suspender sus obligaciones mientras la otra parte no cumpla o no se allane a cumplir. Por lo mismo, esto no es más que el principio de la *exceptio non adimpleti contractus*, dado que el acreedor suspende su obligación: de pagar, de enviar las mercaderías o los documentos (según el caso), cuando la otra parte no ha cumplido su prestación. El artículo 58 establece el principio de mantener el sinalagma contractual, en donde las partes tienen prestaciones recíprocas que deben a su vez cumplir de manera simultánea.

Recordemos entonces que en el derecho de retención se retiene un bien del deudor, y en el caso planteado por el artículo 58 los bienes, el precio o los documentos aún no pertenecen a la otra parte, porque no ha cumplido con su prestación. Aunque, como también debemos recordar, la propiedad de las mercaderías escapa del ámbito de aplicación de la Convención. En cualquier caso, en ninguno de los numerales del artículo 58, se plantea la retención de un bien, sino la suspensión de las prestaciones propias ante el incumplimiento de la otra parte.

## **E. El incumplimiento previsible o “*anticipatory breach of contract*” del artículo 71**

El artículo 71 CISG se encuentra en la sección que trata del incumplimiento previsible<sup>39</sup>. El mismo permite a una parte diferir su cumplimiento cuando sea manifiesto que, con posterioridad a la celebración del contrato, la otra parte no podrá cumplir con sus prestaciones. Esto se presume porque la parte ha desmejorado su capacidad económica, o también puede presumirse por su actitud al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato. En el caso en que los motivos antes mencionados se hagan evidentes, este artículo, en su segundo numeral, también permite al vendedor, que ha enviado las mercaderías, detener la entrega, cuando las mercaderías ya están en tránsito para ser entregadas al comprador, aun a pesar de que el comprador tenga un documento que le permita obtenerlas. Parte de la doctrina señala que este artículo establece un supuesto del derecho de retención, mientras que otra parte alega que se trata de una suspensión anticipada de las prestaciones; en otras palabras, una *exceptio non adimpleti contractus*, en su modalidad de excepción por incumplimiento previsible. Pasemos a examinar este artículo para determinar a qué institución se refiere.

### ***1. La suspensión del cumplimiento del artículo 71.1***

Analicemos este artículo por partes. Su primer numeral señala que cualquiera de las partes podrá diferir sus prestaciones luego de la celebración del contrato, siempre que se haya hecho manifiesto que la otra parte no podrá cumplir con las propias. Este artículo señala, además, las dos circunstancias por las cuales puede perverse que la otra parte no cumplirá: “a) un grave menoscabo de [la capacidad del deudor] para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato”. Se entiende que fuera de estas circunstancias no puede establecerse que la parte no cumplirá; por ejemplo, si la parte ha dejado de cumplir sus prestaciones con otros clientes, esta no es una causal para determinar que no podrá cumplir sus prestaciones.

En primer lugar, debe considerarse que estas circunstancias tuvieron que suscitarse después de la celebración del contrato; por tanto, la parte no podrá diferir sus

---

39 El artículo 71 de la Convención establece: “1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: / a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o / b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato. / 2) El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías. / 3) La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones”.

prestaciones si las causales se dieron antes o durante la celebración del contrato, porque se entiende que ya estaba en conocimiento de la situación de su contraparte o debió haberlo estado –considerando que se valorará a las partes como profesionales razonables y diligentes–. Además, debe tratarse de situaciones de hecho concretas, identificables y reales que hagan presumir que el contrato no se cumplirá a tiempo; es decir, no bastan los simples rumores de que pueda estar sucediendo algo que pueda hacer presumir que la parte no cumplirá.

Pasemos a analizar las dos causales para diferir el cumplimiento. La primera de las causales por las cuales se puede prever que la contraparte no cumplirá es que esta haya entrado en un estado de grave menoscabo de su capacidad para cumplir las prestaciones, o de grave menoscabo en su solvencia. Extraemos aquí dos cuestiones: la primera, el grave menoscabo en sus capacidades puede deberse a situaciones tanto internas como externas; por ejemplo, una situación interna es que haya una huelga de los trabajadores de su planta que haya sido tan larga que pueda hacer presumir que la mercadería no llegará a tiempo; una situación externa es que haya un fuerte retraso en la aduana del país de origen de las mercaderías que haga presumir que las mercaderías no saldrán a tiempo y, en consecuencia, la mercadería no llegará en la fecha indicada en el contrato, o que haya acaecido una guerra o una situación política grave en el país de origen de las mercaderías que haga presumir que las mercaderías no estarán listas a tiempo; es lo que ocurrió hace poco, cuando estuvimos en pandemia y todos los envíos se demoraron porque las aduanas se encontraban cerradas por la cuarentena decretada por los gobiernos, o en el caso de la guerra entre Ucrania y Rusia, donde desde el inicio ya se esperaba que el envío de ciertos productos se demorara, o incluso que no llegasen.

La segunda de las posibilidades es que la parte haya caído en un grave deterioro patrimonial. Ante todo, tenemos que considerar que debe tratarse de un caso verdaderamente grave, es decir que si se trata de un simple retraso en los pagos no puede considerarse como un grave menoscabo y, por consiguiente, no dará lugar al diferimiento de las prestaciones<sup>40</sup>. En consecuencia, se considera un grave menoscabo que a la parte se le haya declarado en quiebra, por ejemplo.

La segunda causal que permite el diferimiento de las prestaciones se deducirá del comportamiento de la parte en el momento de disponerse a cumplir el contrato o al cumplir el contrato. Nuevamente, es necesario que se trate de situaciones concretas, reales y de peso para que la parte pueda diferir lícitamente sus prestaciones; por ejemplo, no bastará un simple retraso en las comunicaciones para afirmar que, dado el comportamiento de la parte al disponerse a cumplir el contrato, se presume que no cumplirá; por el contrario, serán necesarios hechos, como que la parte afectada demuestre, a través de las comunicaciones sostenidas, que la contraparte

---

40 Fountoulakis, C., “Section I. Anticipatory Breach and Instalment Contracts”, en Schwenger, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenger. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, 995-996.

no da importancia a la calidad del producto a despachar, cuando en el contrato se ha establecido claramente el tipo de calidad deseado; o que para cierta fecha establecida en el contrato la parte no ha tramitado la carta de crédito correspondiente y no dé muestras claras de que lo hará en breve. En ningún caso se tomarán en cuenta razones subjetivas; por el contrario, las razones para suspender la prestación deben ser claras, reales y objetivas, pues de no ser así el juez –en un eventual litigio– no justificará la suspensión<sup>41</sup>.

## 2. La suspensión “in transitu” del artículo 71.2

El segundo numeral del artículo 71 señala que el vendedor que haya expedido las mercancías antes de que se hicieran evidentes las causales del primer numeral –que ya analizamos– puede oponerse a que las mercaderías lleguen a manos del comprador, aun en el caso de que este tenga un documento que lo acredite para obtenerlas.

Si el primer numeral se refería al diferimiento de las prestaciones propias, es decir, la suspensión antes de realizar la prestación, el segundo numeral se refiere al caso específico en que el vendedor ya ha ejecutado su prestación. En otras palabras, la Convención le permite al vendedor, que ya ha enviado las mercaderías, detener su traslado cuando estas se encuentren en tránsito, es decir, en camino al lugar donde el comprador ha indicado que las mercaderías deban ser enviadas; es por esto que a este numeral se le ha denominado suspensión *in transitu*<sup>42</sup>.

Como vemos, este numeral es de aplicación muy limitada, ya que implica que en el contrato se incluya que el envío de las mercaderías corresponde al vendedor; si el envío de las mercaderías, en cambio, depende del comprador es muy difícil que un trabajador del comprador se oponga a trasladar las mercaderías hasta los depósitos de este, contraviniendo así una orden de su jefe.

En el caso de que sea una empresa transportista la que se encargue del traslado de las mercaderías, la aplicación del numeral resulta más compleja, porque la Convención expresamente señala en el mismo: “Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías”. En otras palabras, este numeral se refiere a los derechos nacidos de la relación entre comprador y vendedor, excluidos los terceros que puedan verse involucrados en el desempeño del contrato<sup>43</sup>.

Es así que, si el comprador ya ha revendido las mercaderías a un tercero y el envío de las mercaderías se realiza desde los depósitos del vendedor hasta los depósitos del tercero, el vendedor no podrá impedir el traslado de las mercaderías, porque

41 Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, cit., 388.

42 Fountoulakis, C., “Section I. Anticipatory Breach and Instalment Contracts”, cit., 960 ss.

43 Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, cit., 390.

esto afectaría los derechos del tercero sobre las mercaderías. Este tema se escapa del ámbito de aplicación de la Convención, por lo cual el vendedor tendrá entonces que accionar algún otro remedio dispuesto en la Convención para solventar el incumplimiento del contrato.

### **3. El deber de información del artículo 71.3**

El tercer numeral de este artículo insta a la parte que suspenda el cumplimiento antes o después de la expedición de las mercaderías a informar inmediatamente a la otra parte de tal acción. Sin embargo, la contraparte podrá otorgar seguridades suficientes de que cumplirá con sus obligaciones. En este caso, la parte que suspendió su prestación debe cumplirla.

En este numeral identificamos dos supuestos adicionales. El primero de ellos es que la Convención impone una carga de comunicación a la parte que suspende las prestaciones. Como es usual en la Convención, una vez que otorga un derecho, en este caso, el derecho a suspender las prestaciones propias, insta luego a observar una carga: la de informar inmediatamente que se procedió a la suspensión de la propia prestación. La no realización de la carga puede aparejar graves consecuencias para la parte que no la lleva a cabo, ya que, como quiera que no permite que la otra parte tenga conocimiento de la suspensión, ello puede generar un grave menoscabo que se traducirá en pérdidas: la contraparte que no fue informada podrá proceder contra aquella en juicio por la indemnización de daños y perjuicios, alegando, entre otras cosas, la no comunicación de la suspensión. Todo esto si se toma en cuenta el principio de la CISG de conservación del contrato, y además el de hacer todo lo posible para aminorar las pérdidas propias y de la contraparte<sup>44</sup>.

### **4. El deber de otorgar seguridades de cumplimiento del artículo 71.3**

El segundo de supuesto del tercer numeral es que permite que la contraparte otorgue seguridades suficientes de que cumplirá con sus obligaciones. Estas seguridades deben ser ciertas y suficientes. Deben ser ciertas, porque no bastará la indicación o promesa de que se darán, sino que deberán otorgarse efectivamente. Además, deberán ser suficientes, porque no es razonable el otorgamiento de una caución que no asegure verdaderamente la realización de la prestación adeudada. Así las cosas, no bastará el otorgamiento de una caución que no sea proporcional con el monto de la prestación que se debe<sup>45</sup>.

44 Para ahondar sobre los principios en la Convención véase Oviedo Albán, J., “Los principios generales en la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 47, n.º 141, 2014. Ello está en concordancia con los artículos 74 y 80 de la Convención.

45 Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, cit., 393.

Vale ahora preguntarse si este artículo trata de un supuesto de excepción de contrato no cumplido o bien de un supuesto de derecho de retención, como, en cambio, ha apuntado parte de la doctrina<sup>46</sup>. Para nosotros la respuesta es clara: consideramos que no se trata de un derecho de retención, sino de una excepción de contrato no cumplido en su modalidad de excepción de incumplimiento previsible, ya que este artículo establece la suspensión de las prestaciones antes de que sean exigibles.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, para que el derecho de retención sea aplicable es necesario que confluayan ciertos requisitos, como la existencia de un crédito cierto, líquido y exigible, y la tenencia de un bien del deudor. Luego de haber analizado el artículo 71 podemos decir que no nos encontramos frente a un supuesto de derecho de retención<sup>47</sup>.

La aplicación de este artículo se hace bajo una premisa distinta de la del derecho de retención. Establece que una parte puede suspender su prestación cuando tenga fundado temor de que la otra parte no podrá cumplir con la suya. Al momento de aplicar este artículo no existe un crédito vencido, solo un temor fundado que lleva a pensar que no se cumplirá con la prestación a tiempo. Además, el acreedor no tiene bajo su tenencia un bien de su deudor; en este caso el “futuro” acreedor suspende su prestación ante el temor de perder la cosa o el dinero en un futuro evento de incumplimiento, que puede suceder o no, aunque existen fuertes indicios de que el incumplimiento ocurrirá. Esto es lo que sucede en la excepción de incumplimiento previsible: el acreedor suspende su prestación por el temor de no ver realizada la prestación de la contraparte y, en consecuencia, perder la cosa y el dinero.

También contempla este artículo que, una vez que el vendedor ha cumplido con su prestación de enviar las mercaderías, puede detener su envío, si durante el trayecto de estas se han hecho evidentes las causales contenidas en el primer numeral de este artículo. Como vemos, introduce una modalidad diferente de excepción, porque permite la detención de las mercaderías cuando estas se encuentran en tránsito para ser entregadas al comprador. En otras palabras, este artículo permite la suspensión de la prestación propia cuando esta ya ha tenido inicio.

Sin duda, con este artículo la Convención va más allá del concepto tradicional de excepción por incumplimiento, porque, en efecto: (1) permite al vendedor detener la mercadería cuando esta se encuentra en camino de ser entregada al comprador, es decir, permite suspender la prestación cuando la misma ya ha empezado a realizarse;

46 Cfr., por todos, Schlechtriem, P. y Butler, P., *UN Law on International Sales*, cit., 46 y 180. También se ha establecido en ciertas sentencias extranjeras: así en el caso de Austria de 8 de noviembre de 2005, en el que la Corte cita el artículo 71 conjuntamente con el artículo 86 cuando habla del derecho de la parte a retener su cumplimiento; caso disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/austria-november-8-2005-oberster-gerichtshof-supreme-court-austrian-case-citations-do-not> [consultado el 22 de junio de 2021].

47 Sobre el derecho de retención en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías cfr. Leal Barros, P., “El derecho de retención en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, cit., 161-192.

(2) insta al acreedor a informar inmediatamente al deudor de que suspenderá las prestaciones, y, además, (3) le otorga el derecho al deudor de rendir una caución que garantice el pago de su acreencia.

### **III. Consecuencias prácticas de distinguir cuando hablamos de *exceptio non adimpleti contractus***

Distinguir cuando hablamos de *exceptio non adimpleti contractus* o de otra institución, como, por ejemplo, el derecho de retención, tiene importancia por sus consecuencias correlativas, comoquiera que los riesgos y las responsabilidades se diferencian. Mientras que en el derecho de retención el acreedor tiene el derecho de retener las mercaderías, este derecho a su vez se convierte en una carga contractual, ya que el acreedor deberá conservar las cosas de su deudor hasta que este cumpla con la obligación debida. En otras palabras, el acreedor retenedor deberá hacerse cargo de las mercaderías hasta que el deudor responda, debiendo en consecuencia cumplir con los gastos de conservación y guarda hasta que el deudor salde esta deuda y la deuda que originó a su vez el derecho a retener.

Por su parte, si bien en la *exceptio* no se retienen mercaderías del deudor, quien alega la excepción debe estar dispuesto a cumplir su prestación y, por ende, deberá demostrar que se allanó a cumplirla. El *excipiens* deberá informar a su contraparte que ha suspendido su propia prestación por el incumplimiento del deudor, y además este incumplimiento deberá tener la gravedad necesaria para suspender su propia prestación, es decir, deberá probarse que el ejercicio de la excepción fue conforme a la buena fe.

### **Conclusiones**

La excepción de contrato no cumplido se encuentra regulada en la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías en los artículos 58 y 71. En el artículo 58.1 se refiere al momento en que el comprador está obligado a pagar cuando en el contrato no se ha establecido una fecha o momento cierto de pago. En su segunda oración, el artículo 58.1 establece: “El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos”. La Convención usa el término “condición”, por lo que podría llegar a pensarse que esta oración se refiere a una obligación sujeta a condición, pero lo cierto es que la CISG utiliza esta expresión en su acepción más coloquial, puesto que estamos frente a un supuesto claro de suspensión por contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*. Esto debido a que la Convención permite al vendedor suspender sus prestaciones mientras la otra parte no se allane a cumplir las propias.

El artículo 58.2 se refiere al supuesto de que el contrato se haya pactado con transporte de mercaderías, caso en el cual el vendedor no está obligado a cumplir su prestación hasta que el comprador haya cumplido con el pago. No se configura

un incumplimiento, sino que el vendedor solo se abstiene de realizar la prestación debida hasta que el comprador ejecute la suya; por tanto, se trata de un supuesto de *exceptio non adimpleti contractus*, porque el vendedor suspende su prestación hasta que el comprador cumpla a su vez lo que le corresponde, que en el caso sería el pago del precio de las mercaderías.

Por su parte, el artículo 58.3 consagra el derecho que tiene el comprador de revisar las mercaderías antes de realizar el pago del precio, cuando las condiciones del contrato así lo permitan. Este numeral contempla un supuesto de excepción de contrato no cumplido, porque el comprador no está obligado a realizar su prestación hasta constatar que el vendedor ha cumplido cabalmente con la prestación que le corresponde, que es la de entregar mercaderías conformes con el contrato. Se trata, específicamente, de la *exceptio non adimpleti contractus* en su modalidad de *non rite*, es decir, excepción de incumplimiento del contrato por cumplimiento no ritual, ya que el comprador puede ejercer su excepción cuando el vendedor no ha cumplido la prestación de entregar las mercaderías conforme a lo pactado en el contrato.

El artículo 71.1, por otro lado, establece el derecho que tienen las partes a diferir sus obligaciones cuando después de la celebración del contrato resulta manifiesto que la contraparte no podrá cumplir con su prestación por haber sufrido un grave deterioro a su solvencia, o bien por su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato. El segundo numeral del artículo 71 señala que el vendedor que haya expedido las mercancías antes de que se hicieran evidentes las causales del numeral 1 puede oponerse a que las mercaderías lleguen a manos del comprador. El numeral 1 del artículo 71 se refiere a la suspensión de las prestaciones propias antes de empezar a realizar la prestación; mientras que el numeral 2 concierne al caso específico en que el vendedor ya haya empezado a ejecutar su prestación, y la Convención le permite suspender la prestación, es decir, detener el traslado, cuando la prestación ya se haya iniciado. El numeral 3, último, del artículo 71 contempla que quien suspenda el cumplimiento, antes o después de la expedición de las mercaderías, debe informar de dicha suspensión de sus prestaciones a su contraparte.

Después de haber analizado el artículo 71 concluimos que se trata de un supuesto de excepción de contrato no cumplido en su modalidad de excepción de incumplimiento previsible, dado que este artículo establece la suspensión de las prestaciones antes de que sean exigibles, pudiendo la parte suspender su prestación cuando tenga fundado temor de que su contraparte no podrá cumplir con la prestación que le corresponde. Este artículo, además, permite la suspensión de la prestación cuando las mercaderías se encuentren *in transitu*, por lo que introduce una modalidad diferente de excepción al permitir la detención de las mercaderías cuando estas se encuentran en tránsito para ser entregadas al comprador. En otras palabras, este artículo permite la suspensión de la prestación propia cuando esta ya se ha iniciado.

A la luz de lo anterior, concluimos que no puede afirmarse que en la Convención se contemple un derecho de retención general a partir de la interpretación de los ar-

títulos 58 y 71, dado que estos son supuestos de excepción de contrato no cumplido y de excepción de incumplimiento previsible, respectivamente.

## Referencias

- Abeliuk Manasevich, R., *Las obligaciones*, t. II, Santiago, Legal Publishing, 2004.
- Alessandri Rodríguez, A., *Teoría de las obligaciones*, Santiago, Jurídica Ediar-Cono Sur, 1988.
- Audit, B., *La vente internationale de marchandises*, París, LGDJ, 1990.
- Bozzo Hauri, S., “La eficacia de la excepción de contrato no cumplido frente al incumplimiento de contratos vinculados en el ámbito del consumo. Análisis sobre su ejercicio en procesos de ejecución”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 25, n.º 1, 2018, 47-75.
- Bozzo Hauri, S., *Excepción de contrato no cumplido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Butler, P. y Harindranath, A., “Article 58”, en Kröll, M. y Perales Viscasillas, P. (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, Múnich, C.H. Beck, 2011.
- Cabanillas Sánchez, A., “Artículo 58”, en Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Civitas, 1998.
- Caprile Biermann, B., “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39, 2.º semestre, 53-93.
- Chinchilla Imbett, C.A., *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Díez-Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
- Echevarría de Rada, T., “En torno al derecho de retención”, en Cabanillas Sánchez, A. et al. (orgs.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.

- Fountoulakis, C., "Section I. Anticipatory Breach and Instalment Contracts", en Schwenger, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenger. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Fueyo Laneri, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Jurídica de Chile, 1991.
- Hager, G. y Maultzsch, F., "Art. 58 Zahlungszeit; Zahlung als Bedingung der Übergabe: Untersuchung vor Zahlung", en Schwenger, I. (ed.) *Schlechtriem & Schwenger Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., Múnich, C.H. Beck, 2008.
- Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4.<sup>a</sup> ed., Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009.
- Jordà Capitán, E., *Retención posesoria y derecho de retención*, Madrid, Dykinson, 2014.
- Leal Barros, P., "El derecho de retención en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", *Revista de Derecho Privado*, n.º 33, 2017, 161-192.
- Leiva Fernández, L.F.P., *Derecho de retención*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- López Santa María, J. y Elorriaga De Bonis, F., *Los contratos. Parte general*, 6.<sup>a</sup> ed., Santiago, Legal Publishing Chile, 2017.
- Maskow, D., "Article 58", en Bianca, C.M. y Bonell, M.J. (eds.), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987.
- Mateo y Villa, Í., *El derecho de retención*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- Mejías Alonzo, C., "La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, n.º 1, 2014, 111-156.
- Mejías Alonzo, C., "La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.º 2, 2013, 389-412.

- Mohs, F., "Article 58", en Schwenger, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Moreno Cruz, P., "Los límites a la *exceptio inadimpleti contractus*: la 'buena', la 'mala' y la 'fea' excepción de contrato no cumplido", *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, 2013, 133-150.
- Ostendorf, P., *International Sales Terms*, 3.<sup>a</sup> ed., Múnich, Beck-Hart-Nomos, 2018.
- Oviedo Albán, J., "Los principios generales en la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 47, n.º 141, 2014, 987-1020.
- Peñailillo Arévalo, D., *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Jurídica de Chile, 2003.
- Pizarro Wilson, C., "El derecho de retención. Una garantía bajo sospecha", *Ius et Praxis*, año 15, n.º 1, 2009, 339-352.
- Ramos Pazos, R., *De las obligaciones*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- Sancho Rebullida, F. d. A., "Facultad de retención posesoria", en Sancho Rebullida, F. d. A., *Estudios de derecho civil I*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1978.
- Schlechtriem, P. y Butler, P., *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlín, Springer, 2009.
- Schnyder, A. y Straub, R.M., "Art. 58 Zahlungszeit, Modus des Leistungsaustausches, Begustachtungsrecht", en Honsell, H. (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, Springer, 2010.
- Tenera Barrios, F. y Mantilla Espinosa, F., "Posesión y retención: ¿hechos, derechos o quimeras?", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fiebo, diciembre, 2010, 115-141.
- Venegas Rodríguez, R., *El derecho de retención. Doctrina, legislación comparada, jurisprudencia*, Santiago, Nascimento, 1940.
- Vial del Río, V., "Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido", *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, n.º 32, 2015, 57-64.

Vial del Río, V., *Manual del derecho de las obligaciones en el Código Civil chileno*, Santiago, Universidad Andrés Bello, Biblioteca Americana, 2003.

Zumaquero Gil, L., *El derecho de retención en el Código Civil español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

### **Jurisprudencia**

Alemania, Corte de Apelaciones de Hamburgo, 15 de julio de 2010, *Medical Equipment Case*, disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/germany-july-15-2010-oberlandesgericht-court-appeal-german-case-citations-do-not-identify> [consultado el 22 de junio de 2021].

Alemania, Corte Suprema, 3 de abril de 1996, *Cobalt Sulphate Case*, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html> [consultado el 23 de enero de 2019].

Austria, Corte Suprema, 8 de noviembre de 2005, *Recycling Machine Case*, disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/austria-november-8-2005-oberstergerichtshof-supreme-court-austrian-case-citations-do-not> [consultado el 22 de junio de 2021].

Países Bajos, Corte Distrital de Arnhem, 29 de julio de 2009, *Minibus Case*, disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/netherlands-july-29-2009-rechtbank-district-court-x-v-omnibus-trading-bv> [consultado el 22 de junio de 2021].