



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

**RÉGIMEN
JURÍDICO
DE LA
*EXCEPTIO NON
ADIMPLETI
CONTRACTUS***

ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS

Serie Estudios

103

OTRAS OBRAS DEL AUTOR

- Papeles Comerciales (1991)
- Problemas de Orden Jurídico que Suscita la Publicación Técnica sobre Reestructuración del Patrimonio Ajustado por Efectos de la Inflación (2000)
- Estudios de Derecho Inmobiliario Registral (2003, 2006 y 2010)
- La Venta de la Cosa Ajena (2005)
- El Retracto Convencional y el Retracto Legal (según el Código Civil Venezolano) (2006)
- Saneamiento y Evicción (2006)
- Vicios Redhibitorios y Saneamiento (2007)
- El Error, el Dolo y la Violencia en la Formación de los Contratos (2009)
- Las Arras en la Contratación (2010)
- La Cláusula Penal en el Código Civil Venezolano (2011)



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Enrique Urdaneta Fontiveros

**RÉGIMEN JURÍDICO
DE LA
EXCEPTIO NON ADIMPLETI
*CONTRACTUS***

Serie Estudios

103

Caracas, 2013

U3

Urdaneta Fontiveros, Enrique

Régimen Jurídico de la *exceptio non adimpleti contractus* / Enrique Urdaneta Fontiveros.-- Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2013.

228 p.

Serie Estudios, 103

ISBN: 978-980-6396-95-1

Depósito Legal: lf53720133402211

1. DERECHO CIVIL 2. OBLIGACIONES 3. CONTRATOS I. Título

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO,
SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

Depósito legal: lf53720133402211

ISBN: 978-980-6396-95-1

© Copyright 2013

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Irene de Valera - Editor

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121-A

Teléfonos: (0212) 482.88.45 - 482.86.34

Fax: (0212) 483.26.74

e-mail: acienpoli@cantv.net

Página Web: www.acienpol.org.ve

Biblioteca “Andrés Aguilar Mawdsley”

Telefax: (0212) 481.60.35

e-mail: acienpol@cantv.net

Servicio on line:

Sistema de Cooperación Jurídica: www.scjuridica.org.ve

Centro de Investigaciones Jurídicas

Teléfono: (0212) 377.33.58

Servicio on line:

Proyecto Ulpiano: www.ulpiano.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Margarita Páez-Pumar

Impreso en Venezuela

LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES HACE CONSTAR QUE LAS PUBLICACIONES QUE PROPICIA ESTA CORPORACIÓN SE REALIZAN RESPETANDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO; PERO DEJA CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA ACADEMIA NO SE HACE SOLIDARIA DEL CONTENIDO GENERAL DE LAS OBRAS O TRABAJOS PUBLICADOS, NI DE LAS IDEAS Y OPINIONES QUE EN ELLAS SE EMITAN.

*Individuos de Número
de la
Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

*Junta Directiva
2013-2014*

Presidente	Dr. <i>Luis Cova Arria</i>
Primer Vicepresidente	Dr. <i>Eugenio Hernández-Bretón</i>
Segundo Vicepresidente	Dr. <i>Gabriel Ruan Santos</i>
Secretario	Dr. <i>Humberto Romero-Muci</i>
Tesorero	Dr. <i>Alberto Arteaga Sánchez</i>
Bibliotecario	Dr. <i>Jesús Ramón Quintero</i>

Luis Ugalde	James Otis Rodner
José Guillermo Andueza	Ramón Escovar León
Aristides Rengel Romberg	Román J. Duque Corredor
José Muci-Abraham	Luis Ignacio Mendoza
Enrique Urdaneta Fontiveros	Carlos Ayala Corao
Luciano Lupini Bianchi (e)	Gonzalo Parra Aranguren
Francisco López Herrera	Alberto Baumeister Toledo
Pedro Nikken	Emilio Pittier Sucre
Allan Randolph Brewer-Carías	Julio Rodríguez Berrizbeitia (e)
Tomás Enrique Carrillo Batalla	Alfredo Morles Hernández
Humberto Njaim	Enrique Lagrange
Hildegard Rondón de Sansó	Carlos Leáñez Sievert
Gonzalo Pérez Luciani	Luis Guillermo Govea U., h
Henrique Iribarren Monteverde	Luis H. Farías Mata
Josefina Calcaño de Temeltas	Oscar Hernández Álvarez
Enrique Tejera París	Fortunato González Cruz
René De Sola	Luis Napoleón Goizueta H.

ÍNDICE GENERAL

NOTA PRELIMINAR	XI
I. NOCIONES GENERALES	1
1) Introducción.....	1
2) La <i>exceptio non adimpleti contractus</i> : su concepto.....	1
3) Consagración legal	4
II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACIÓN COMPARADA	5
III. FUNDAMENTO DE LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i>	13
1) La teoría de la causa	13
2) La teoría de la interdependencia de las prestaciones	15
3) La teoría del sinalagma funcional	17
4) La <i>exceptio</i> como un diminutivo de la resolución.....	20
5) La buena fe y la equidad	21
6) La voluntad presunta de las partes.....	21
IV. FUNCIONES DE LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i>	25
1) Función de garantía.	25
2) Medida de presión para inducir al cumplimiento	26
V. NATURALEZA DE LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i>	27
1) La teoría de la condición suspensiva	27
2) El término	28
3) <i>Pactum de non petendo</i>	29
4) ¿Excepción o defensa?.....	29

5) Excepción de derecho sustancial	31
6) Derecho potestativo	32
7) Excepción perentoria	33
VI. DIFERENCIAS ENTRE LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i> Y OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS	35
1) Diferencias con el derecho de retención	35
2) Diferencias con la compensación	40
3) Diferencias con la acción resolutoria	42
4) Diferencias con la reconvencción	45
VII. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i>	47
1) Contratos bilaterales	47
2) Contratos bilaterales imperfectos	49
3) Contratos conexos	56
4) Donación <i>sub modo</i>	58
5) Mutuo con intereses	60
6) Contratos plurilaterales	60
7) Contrato de transacción	64
8) Contrato de seguro	65
9) Contrato de arrendamiento	68
10) Contrato de obras	69
11) Contrato administrativo	73
12) Obligaciones extracontractuales	79
a) Disolución, anulación o resolución de un contrato bilateral	79
b) Hecho ilícito	81
c) Gestión de negocios	81
13) Relaciones familiares	81
14) Derechos reales	83
VIII. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i>	85
1) La existencia de obligaciones recíprocas nacidas de un contrato bilateral	85
a) La obligación del <i>excipiens</i>	90
b) La obligación del demandante	93
2) El incumplimiento de la parte a quien se le opone la excepción ...	98
a) Incumplimiento total o parcial. Cumplimiento defectuoso	98

ÍNDICE GENERAL

b) La <i>exceptio non rite adimpleti contractus</i>	100
c) Carácter culposo del incumplimiento	102
d) El incumplimiento debe haberse consumado	105
e) ¿Debe el incumplimiento tener carácter resolutorio?	108
f) ¿Qué valor tiene la recepción de la prestación en caso de ejecución incompleta o imperfecta?.....	112
3) Las obligaciones deben ser de cumplimiento simultáneo	115
a) El principio de la ejecución simultánea de las obligaciones sinalagmáticas	115
b) ¿Cuándo deben cumplirse las obligaciones surgidas de un contrato bilateral?	117
c) Excepciones a la regla de la ejecución simultánea	118
d) La improcedencia de la alegación de la <i>exceptio</i> por parte del contratante obligado a cumplir con carácter previo	121
e) Caducidad del plazo	124
4) La oposición de la <i>exceptio</i> debe ajustarse al principio de la buena fe	127
a) El principio general	127
b) El incumplimiento de las obligaciones secundarias o accesorias	132
c) La gravedad de la inejecución y el poder de apreciación del juez	136
d) La prohibición de la oposición abusiva de la <i>exceptio</i>	142
IX. SUJETOS DE LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i>	149
1) ¿Quiénes pueden oponer la <i>exceptio</i> ?	149
2) ¿A quiénes puede oponerse?	150
3) ¿ <i>Quid iuris</i> respecto de las obligaciones con sujeto plural?	151
a) Obligaciones divisibles e indivisibles	152
b) Obligaciones solidarias	153
X. EFECTOS DE LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i> ...	155
1) Efecto suspensivo de la excepción	155
2) Efectos derivados de la suspensión del deber de cumplimiento	158
a) En principio, la <i>exceptio</i> suspende totalmente la ejecución de la prestación	158
b) Impide toda ejecución forzosa de la obligación	159
c) Restricciones a la compensación del crédito sujeto a la <i>exceptio</i>	160

d) No coloca al excepcionante en <i>mora solvendi</i> ni al excepcionado en <i>mora credendi</i>	161
e) El <i>excipiens</i> no debe hacer imposible la reanudación del contrato	164
f) No interrumpe ni suspende la prescripción	165
XI. RENUNCIA A LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i> ...	169
1) Renuncia expresa	170
a) Cláusula <i>solve et repete</i>	170
2) Renuncia tácita	173
XII. EXTINCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA <i>EXCEPTIO NON</i> <i>ADIMPLETI CONTRACTUS</i>	175
1) Cesación de la reciprocidad entre las obligaciones derivadas de un contrato bilateral	175
a) ¿La oferta de cumplimiento excluye los efectos de la <i>exceptio</i> ?	176
b) Prescripción	179
2) Cesación de la simultaneidad en el cumplimiento	180
XIII. ASPECTOS PROCESALES	183
1) No requiere intervención judicial	183
2) No es un requisito de la acción	184
3) Es una verdadera excepción	185
4) Tiene el carácter de excepción perentoria	185
5) No cabe su aplicación de oficio	186
6) No es necesario poner en mora al acreedor	187
7) No influye sobre la competencia del tribunal por el valor	187
8) El demandado por resolución puede oponer la <i>exceptio</i>	187
9) Se puede oponer la <i>exceptio</i> y reconvenir al actor	189
10) La carga de la prueba	190
11) La <i>replicatio non adimpleti contractus</i>	194
12) La sentencia es mero-declarativa	195
13) Los efectos de la cosa juzgada	195
BIBLIOGRAFÍA	197

NOTA PRELIMINAR

La *exceptio non adimpleti contractus* se ha convertido en una pieza clave de la moderna contratación. Sin embargo, no siempre ha sido objeto de una formulación precisa acorde con su naturaleza. Además, sus requisitos y efectos no se han desarrollado jurisprudencialmente con la claridad requerida.

En el presente trabajo se analiza esta figura procurando delimitar su campo de aplicación y clarificar sus supuestos de procedencia y consecuencias jurídicas con el objeto de arrojar siquiera un poco de luz alrededor de una institución que, a pesar de su indudable importancia en el tráfico jurídico, ha sido poco tratada entre nosotros. Esperamos pues que esta monografía contribuya a ampliar y enriquecer la escasa bibliografía patria sobre la materia.

Agradezco a mis amigos los profesores Enrique Lagrange, Guillermo Gorrín y Salvador Yannuzzi Rodríguez sus valiosos comentarios y observaciones sobre distintas secciones de este trabajo. Agradezco igualmente a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por patrocinar su publicación.

Enrique Urdaneta Fontiveros
Caracas, junio de 2013

I. NOCIONES GENERALES

1) INTRODUCCIÓN

Con frecuencia una de las partes de un contrato bilateral no cumple con sus obligaciones y pretende, a su vez, que la otra parte ejecute las suyas. La ley le concede entonces a esta última un medio de defensa para paralizar la acción de aquélla. Este remedio defensivo que le permite al contratante denegar la ejecución de la prestación por él debida en tanto no se cumpla la contraprestación que se le adeude es la *exceptio non adimpleti contractus* (también llamada excepción de incumplimiento contractual, o excepción de contrato no cumplido o de toma y daca)¹. Su finalidad es preservar el equilibrio durante la vida del contrato. En síntesis, “no cumplo porque tú no cumples”.

2) LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*: SU CONCEPTO

La doctrina ha formulado muchas definiciones de la *exceptio non adimpleti contractus*.

¹ En este trabajo se hace referencia a la *exceptio non adimpleti contractus*, tanto cuando se utiliza esta expresión latina en forma completa, como también cuando se emplean los términos excepción de incumplimiento contractual, excepción de incumplimiento o, simplemente, excepción o *exceptio*.

En la doctrina francesa autores como Starck, Carbonnier, Capitant, Marty y Raynaud afirman que la *exceptio non adimpleti contractus* es un medio de defensa consistente en el derecho que tiene una parte de no realizar la prestación que prometió en tanto que la otra no ejecute la suya².

Larroumet, por su parte, la define como “la prerrogativa que se le reconoce a una de las partes de un contrato sinalagmático de no ejecutar su obligación con la otra parte mientras esta no ejecute la suya”³.

Según Dubuisson y Trigaux “es un medio de defensa temporal que le permite a una de las partes sin intervención del juez suspender la ejecución de la obligación a su cargo y retener su propia prestación mientras su contraparte contractual no ejecute u ofrezca ejecutar la suya”⁴.

Messineo afirma que la *exceptio non adimpleti contractus* “consiste en la posibilidad de que un contratante se abstenga (legítimamente) de cumplir (es decir, suspenda) la prestación, si el otro no cumpliera (o no ofreciera cumplir) simultáneamente la suya, salvo que para el cumplimiento de ambas prestaciones las partes

² STARCK, Boris: *Droit Civil (Obligations)*. Librairies Techniques. París, 1972. p. 648; CARBONNIER, Jean: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II (El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual). Traducción española de Manuel M^o Zorrilla Ruiz. Editorial Bosch. Barcelona, 1971. p.p. 678-679; CAPITANT, Henri: *De la Causa de las Obligaciones*. Traducción castellana de Eugenio Torragato y Contreras. Ediciones Góngora. Madrid. *sf*. p. 257; MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil*. Tome II. Premier volume. (Les Obligations). Sirey. París, 1962. p. 260.

³ LARROUMET, Christian: *Teoría General del Contrato*. Vol. II. Traducción castellana de Jorge Guerrero R. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1999. p. 138.

⁴ DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: “L’exception d’inexécution en droit belge (Rapport Belge)” en *Les Sanctions de l’Inexécution des Obligations Contractuelles. Études de Droit Comparé* sous la direction de Marcel Fontaine y Geneviève Viney. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Lovain. Bruylant. Bruxelles, 2001. p. 57.

hubiesen establecido términos distintos o que éstos resultaran de la naturaleza del contrato”⁵.

Pérez González y Alguer expresan que la *exceptio non adimpleti contractus* “es la facultad de resistir el cumplimiento y retener la prestación que nos incumbe mientras la otra parte no cumpla o no se allane a cumplir la que le corresponda”⁶.

Por nuestra parte entendemos que la *exceptio non adimpleti contractus es la facultad que tiene una de las partes de un contrato bilateral de negarse a ejecutar su obligación si la otra parte le exige el cumplimiento sin haber ejecutado la suya, salvo que aquélla esté obligada a cumplir con carácter previo*.

La excepción de incumplimiento es pues en un medio de oposición o defensa de los derechos que derivan del contrato bilateral por el cual cada parte puede suspender legítimamente el cumplimiento de sus propias obligaciones, hasta tanto la otra parte cumpla con las suyas, siempre que el que la alegue no esté obligado a cumplir en primer lugar, es decir, antes que el excepcionado. La excepción de incumplimiento contractual se funda en la ejecución simultánea de las obligaciones que surgen de un contrato bilateral y en la idea de que cada parte puede rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya, pues no es justo que una de las partes exija a la otra el cumplimiento de su obligación sin a su vez haber cumplido con su propia obligación. Por consiguiente, si una de las partes de

⁵ MESSINEO, Francesco: *Doctrina General del Contrato*. Tomo II. Traducción castellana de R.O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Ediciones Ejea. Buenos Aires, 1952. p. 434.

⁶ *Anotaciones al tratado de derecho civil de Enneccerus–Kipp–Wolf. Derecho de las Obligaciones*. (Vol. I) (Doctrina General). Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954. p. 170.

un contrato bilateral exige la ejecución de su crédito sin a su vez cumplir con su propia deuda, la otra puede negarse oponiendo la excepción de incumplimiento.

3) CONSAGRACIÓN LEGAL

El artículo 1.168 del Código Civil dice textualmente lo siguiente:

“En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones”

Esta disposición que consagra en términos generales la excepción de incumplimiento contractual fue incluida por primera vez en el Código Civil de 1942 siguiendo la orientación del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y de los Contratos. Nuestros Códigos Civiles anteriores, siguiendo el modelo francés, no consagraban con carácter general la excepción de incumplimiento contractual y se limitaban a establecer concretas aplicaciones de la *exceptio* en algunos casos particulares en materia de venta (artículos 1.535, 1.570 y 1.572 del Código Civil de 1922), así como en la permuta (artículo 1.604 del Código Civil de 1922).

Además existían en dichos códigos numerosas disposiciones que consagraban el llamado derecho de retención que si bien tiene algunos puntos de contacto con la excepción de incumplimiento, existen diferencias sustanciales entre ambos institutos (*infra*, N° VI,1).

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACIÓN COMPARADA

En los textos romanos no se encuentra recogida la *exceptio non adimpleti contractus*. Pero si bien el principio general nunca fue expuesto en Roma, en virtud de la cláusula “*ex fide bona*” se admitía que era contrario a la buena fe reclamar el cumplimiento sin haber cumplido la propia obligación. Para sancionar el principio de la buena fe existieron remedios procesales como la *actio* y la *exceptio doli*, que es tratada en el Digesto¹. El Derecho Romano sin embargo consagró algunas aplicaciones concretas de la *exceptio* sobre todo en materia de compra-venta².

Fue más tarde, por influencia del Derecho Canónico, cuando se abrió el camino para construir la teoría de la *exceptio non adimpleti contractus*. Los canonistas dedujeron el principio de la correlación entre las obligaciones recíprocas nacidas de una misma relación jurídica, siendo consecuencia de ello que una de las partes no está obligada a cumplir en favor de la otra, si esta no cumple. El Derecho

¹ *Digesto*, XIX, I, 24; XLIV, IV, 13.

² Sin duda, como una aplicación de la misma, el Digesto (XVIII, VI, 19,1) recogió la llamada *exceptio imminenti evictionis*: *Ante premium solutum, dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore, eius evictionis offerantur*.

Canónico con su concepción del contrato fuertemente impregnada de ideas morales consagró el principio “*non servandi fidem non est fidem servanda*”. Los glosadores fundamentaron el principio de que nadie puede demandar el cumplimiento de un contrato sin haberlo cumplido por su parte en una razón de moral y buena fe. Posteriormente los postglosadores, empleando los textos romanos inspirados en las ideas de los canonistas, produjeron una transformación extraordinaria en la materia de contratos. De acuerdo con esta corriente renovadora, los deberes de conciencia se enlazan con los deberes jurídicos lo que sirvió de fundamento a la construcción de la teoría de la excepción de incumplimiento³.

En el Derecho intermedio francés, apoyado sobre los principios del Derecho Romano y del Derecho Canónico, no se hizo una aplicación generalizada de la excepción en el ámbito de los contratos sinalagmáticos⁴.

A partir del siglo XVI en el Derecho francés la *exceptio* sufrió un declive muy grande. Este eclipse casi total de la *exceptio* se atribuye a la influencia de Cujas y su escuela que proponiéndose restablecer la pureza primitiva del Derecho Romano, cuyos textos en ninguna parte hacían mención de la excepción, dejaron de emplear la expresión; ni en las obras de los juristas ni en las decisiones de los tribunales franceses de los siglos XVII y XVIII se encuentra una exposición sistemática del instituto objeto de nuestro estudio. En su lugar la jurisprudencia francesa empleó dos medios que

³ Para un examen de la evolución histórica de la *exceptio* a través de los siglos, puede consultarse la obra clásica de CASSIN, René: *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*. Thèse. Paris, 1914. p.p. 42 y ss.

⁴ Al respecto, véase: MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *Leçons de Droit Civil*. Tome II. Premier volume. (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. Paris, 1998. p. 1170.

prácticamente hacían inútil la *exceptio*: la acción resolutoria y el privilegio del vendedor⁵.

Ahora bien, como señala Capitant, de la circunstancia de que los autores no dedicaran un espacio en sus obras a la *exceptio*, no puede deducirse que desconocieran esta figura y su importancia, y que no se dieran cuenta del origen común de las aplicaciones que de ella encontraban en el Digesto. Pero como no realizaron una exposición sistemática de este principio, se explica que el Código Napoleón de 1804 haya guardado silencio acerca de la *exceptio non adimpleti contractus* y sólo haya recogido sus aplicaciones tradicionales en la venta (arts. 1.612, 1.613, 1.651 y 1.653 del *Code*) y en la permuta (art. 1.704 del *Code*), donde aparece el principio de la ejecución simultánea en los contratos sinalagmáticos⁶.

Lo mismo ocurrió en aquellos otros códigos que encontraron en el Código de Napoleón su fuente de inspiración, como el Código Civil italiano de 1865 que consagra aplicaciones concretas de la *exceptio* en materia de compra-venta (arts. 1.468 y 1.510)⁷,

⁵ Al respecto, véase: PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VI. Traducción castellana de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. Habana, 1946. p. 613.

⁶ CAPITANT, Henri: *op. cit.* p.p. 259-263. Para un examen de la *exceptio non adimpleti contractus* por la doctrina clásica francesa, además de la excelente monografía de Cassin citada en la nota 3 *ut supra*, puede consultarse la obra de PILLEBOUT, Jean-François: *Recherches sur l'Exception de Inexécution*. L.G.D.G. París, 1971. En la doctrina francesa moderna es imprescindible la lectura de la obra de la profesora MALECKI, Catherine: *L'Exception d'Inexécution*. L.G.D.J. París, 1999.

⁷ Para un examen de la *exceptio* bajo el Código Civil italiano de 1865, véase: BRUGI, Biagio: "Presupposti dell' *exceptio non adimpleti contractus*" en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* diretta da A. Sraffa e C. Vivante. Vol. XXVII. Parte Seconda. Casa Editrice Francesco Vallardi. Milano, 1929. p.p. 226-228; LESSONA, Carlo: "Legitimità della massima *inadimpleti non adimplendum*" en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* diretta da A. Sraffa e C. Vivante. Vol. XVI. Parte Prima. Casa Editrice Francesco Vallardi. Milano, 1918. p.p. 383-390; SCADUTO, Gioachino: "*L'exceptio non adimpleti contractus* nel diritto

al igual que el Código Civil portugués de 1867 (art. 1.574), o el Código Civil español en el cual junto a las aplicaciones de la *exceptio* en materia de compra-venta (arts. 1.466, 1.500 y 1.505), se recogen también otras para la permuta (art. 1.539)⁸. A partir de estas manifestaciones particulares de la excepción de incumplimiento, la doctrina y la jurisprudencia de esos países la ha elevado a la categoría de un principio general de derecho.

Por el contrario, el Código Civil alemán regula de modo general la excepción de incumplimiento contractual cuando establece que “el obligado en virtud de un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta que se ejecute la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir su prestación anticipadamente” (§ 320). Incluso cuando una de las partes se haya obligado a cumplir previamente, se le concede también la excepción si con posterioridad a la conclusión del contrato se produce un empeoramiento de la situación patrimonial de la otra parte, hasta que se constituya una garantía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que el contrato pone a su cargo (§ 321). Otras disposiciones, también con carácter general, completan estas normas⁹.

civile italiano” en *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*. Vol. VIII. Palermo, 1921; TARTUFARI, Luigi: “L’exceptio inadimpleti contractus e l’azione di danni per causa dell’ exceptio inadempimento” en *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo* diretta da A. Sraffa e C. Vivante. Vol. IV. Parte Seconda. Casa Editrice Francesco Vallardi. Milano, 1906. p.p. 306-311.

⁸ Para un análisis del régimen de la *exceptio* bajo el Código Civil español, véase: CARRASCO PERRERA, Ángel: *Derecho de Contratos*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, 2010. p.p. 10-23; CRUZ MORENO, María: *La Exceptio non Adimpleti Contractus*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: “La excepción de incumplimiento contractual” en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XVII. Fascículo III. Madrid, 1964. p.p. 543-581; RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y Sinalagma Contractual*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2013. p.p. 83-114.

⁹ Al respecto, véase: ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Henrich: “Derecho de obligaciones” (Primera Parte. Doctrina General) en ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. Traducción

El Código suizo de las Obligaciones regula, si bien de modo menos amplio, la excepción de incumplimiento contractual cuando prescribe que “aquel que reclama la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, salvo que goce del beneficio de un término según las cláusulas o la naturaleza del contrato” (art. 82)¹⁰.

Igual posición sigue el nuevo Código italiano de 1942 al consagrar de modo general la *exceptio* en los siguientes términos: “En los contratos con prestaciones recíprocas cada uno de los contratantes puede rechazar el cumplimiento de su obligación, si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya, salvo que se hayan establecido por las partes o resulten de la naturaleza del contrato, términos diversos para el cumplimiento. Sin embargo, no puede rechazarse la ejecución si, habida cuenta de las circunstancias, la negativa es contraria a la buena fe” (art. 1.460)¹¹.

española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954. p.p. 166-171.

¹⁰ Al respecto, véase: VON TUHR, Andreas: *Tratado de las Obligaciones*. Traducción castellana de W. Roces. Editorial Comares. Granada, 2007. p.p. 301-309.

¹¹ Para un examen de la doctrina italiana sobre la *exceptio non adimpleti contractus* bajo el *Codice* de 1942, además de la obra clásica de PERSICO, Giovanni: *L'Eccezione d'Inadempimento*. Giuffrè Editore. Milano, 1955, véase BENEDETTI, Alberto: “L'eccezione di inadempimento” en *Trattato della Responsabilità Contrattuale* dirigido da Giovanna Visintini (Vol. I) (Inadempimento e Remedi). Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Cedam. Padova, 2009. p.p. 625-642; DALMARTELLO, Arturo: Voz “Eccezione di inadempimento” en *Novissimo Digesto Italiano* diretto de Antonio Azara e Ernesto Eula. Vol. VI. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1960. p.p. 354-360; LUZZATTO, Ruggero: “L'eccezione di inadempimento” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* diretta da Antonio Cicu e Enrico Redenti. (1957). Giuffrè Editore. Milano, 1957. p.p. 740-750; PORRARI, Annalisa: “Eccezione di inadempimento” en *Rivista di Diritto Civile* diretta da Alberto Trabucchi, Enrico Allorio, C. Massimo Bianca, Giorgio Cian, Angelo Falzea, Giorgio Oppo, Pietro Rescigno e Rodolfo Sacco. 1985. Parte seconda. Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1985. p.p. 635-643; REALMONTE, Francesco: Voz “Eccezione di inadempimento” (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIV. Ares Giuffrè. Milano, 1965. Documento visualizzato. Consultado en versión electrónica (DVD); VECCHI, P.M.: “L'eccezione di inadempimento” en MAZZAMUTO, S.: *Il Contratto e le Tutele. Prospettive di Diritto*

Actualmente puede decirse que la regla de la excepción de contrato no cumplido es un principio admitido universalmente. Además de los Códigos Civiles alemán, suizo de las Obligaciones e italiano antes mencionados, consagran la excepción de incumplimiento, entre otros, los Códigos Civiles argentino (art. 1.201); brasileño (art. 476); griego (art. 374); holandés (art. 6:262); paraguayo (art. 719); peruano (art. 1.426); portugués (art. 428); y venezolano (art. 1.168). En todos estos ordenamientos se establece expresamente esta figura y con carácter general. Cabe hacer notar que algunos Códigos modernos como el italiano y el alemán establecen expresamente que la excepción debe oponerse de buena fe lo que, como se indica poco más adelante, tiene importancia. La fuente directa en que se inspiró la Comisión Codificadora al redactar el artículo 1.168 de nuestro Código Civil fue el Proyecto franco italiano de las Obligaciones y de los Contratos (art. 48)¹².

Asimismo en el *Common Law* se admite que una parte puede suspender el cumplimiento de su obligación cuando la otra parte no ha cumplido si: a) de manera explícita o implícita, la obligación de cumplir de la primera parte es dependiente del cumplimiento de la segunda, o b) el tribunal declara que la obligación de la segunda parte es una condición del contrato, o c) el incumplimiento de la segunda parte tuviera como efecto el de privar a la primera parte de la esencia de aquello para y por lo que contrató.¹³

Europeo. Torino, 2002. p.p. 378 y ss.; ZANA, Mario: “La regola della buona fede nell’eccezione di inadempimento” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* diretta da Tito Carnacini (1972). Giuffrè Editore. Milano, 1972. p.p. 1376-1394.

¹² El artículo 48 del Proyecto franco italiano de las Obligaciones y de los Contratos dice: “En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones. Sin embargo, la ejecución no puede denegarse si según las circunstancias y en razón de la poca importancia de la prestación no ejecutada, dicha denegación sea contraria a la buena fe”.

¹³ Al respecto, véase: O’SULLIVAN, Janet y HILLIARD, Jonathan: *The Law of Contract*. Oxford University Press, 2012. p.p. 356-360.

En los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales o *Principios de Unidroit* preparados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“Unidroit”) en 1994 y ampliados posteriormente en 2004 y 2010 se consagra la excepción de incumplimiento contractual en el artículo 7.1.3 en los siguientes términos:

“Suspensión del cumplimiento

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

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

Aunque en esta disposición no se regula la situación que se plantea cuando una parte no cumple parcialmente su obligación, en el Comentario Oficial a esta disposición se expresa que en esa eventualidad la otra parte puede suspender su propia prestación, pero sólo en los casos en que en circunstancias normales dicho proceder sea conforme al principio de la buena fe que preside la ejecución de los contratos¹⁴.

En los Principios del Derecho Europeo de los Contratos elaborados por la Comisión presidida por el profesor Lando también se recoge la excepción de contrato no cumplido en el artículo 9.201 según el cual:

“Derecho a suspender el cumplimiento

(1) La parte que tiene que cumplir su obligación de forma simultánea o con posterioridad al cumplimiento de la otra parte, puede suspender el cumplimiento hasta que la otra haya hecho una oferta

¹⁴ Al respecto, véase: Principios de Unidroit. Comentario oficial N° 1 al artículo 7.1.3 en *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. International Institute for the Unification of Private Law. Roma, 2010. p. 226.

de cumplimiento o haya efectivamente cumplido. Dicha parte puede suspender la totalidad del cumplimiento o sólo una parte del mismo, según sea razonable atendiendo a las circunstancias.

(2) Una parte puede igualmente suspender el cumplimiento mientras resulte evidente que existirá incumplimiento de la otra parte una vez que la obligación de esta última haya vencido.¹⁵

En los Comentarios a los Principios publicados por los propios autores se indica que el incumplimiento que da derecho a denegar la ejecución de la propia prestación no ha de ser total, y ni siquiera esencial, bastando un incumplimiento parcial o no esencial para que el acreedor insatisfecho pueda suspender el cumplimiento de su obligación, siempre que esa suspensión sea proporcionada y no contraria a la buena fe¹⁶.

Pero adicionalmente el numeral 2) del artículo 9:201 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos introduce una variante importante en la figura puesto que admite que puede suspenderse el cumplimiento por la parte que según el contrato esté obligada a cumplir con carácter previo, cuando se demuestre que el otro contratante no podrá cumplir con su obligación al vencimiento.

Por su parte la doctrina y la jurisprudencia extranjera modernas han puesto de relieve que las facetas de la *exceptio non adimpleti contractus* son numerosas y como las exigencias prácticas tienden a reconocerle a este instituto nuevas ventajas desconocidas en el pasado.

¹⁵ Al respecto, véase: LANDO, Ole y BEALE, Hughe: *Principios de Derecho Contractual Europeo* (Partes I y II). Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Colegios Notariales de España. Madrid, 2003. p. 594; DIEZ PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A.M.: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Ediciones Civitas. Madrid, 2002. p. 348; CASTRO-NOVO, C.: *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*. Milano, 2001. p.p. 456 y ss.

¹⁶ LANDO, Ole y BEALE, Hughe: *loc. cit.* p.p. 595-596.

III. FUNDAMENTO DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

En el Derecho Romano, como dijimos, se consideraba un supuesto de *dolo* o de *mala fe* que una parte exigiese el cumplimiento sin haber a su vez cumplido con su propia prestación.

En el Derecho moderno se han desarrollado diversas teorías para explicar la razón de ser de la *exceptio non adimpleti contractus* y justificar su existencia.

1) LA TEORÍA DE LA CAUSA

La teoría de la causa ha sido el criterio seguido en el Derecho francés por la mayoría de los autores clásicos como Domat¹, Saleilles² y Capitant³.

En un contrato bilateral, de acuerdo con la teoría clásica de la causa, el cumplimiento de la obligación de uno de los contratantes

¹ DOMAT, J.: “Les lois civiles dans leur ordre naturel” en *Oeuvres complètes*. Tome I. París, 1835. p. 134.

² SALEILLES, Raymond: *Étude sur la Théorie Générale de l’Obligation*. París, 1914. p. 187 y ss.

³ CAPITANT, Henri: *op. cit.* p. 263.

es la causa de la obligación del otro. Por lo cual, si una de las partes no cumple, la obligación de su contraparte carecería de causa y en consecuencia no podría exigirse su cumplimiento. Se explica así que cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación si el otro le exige su cumplimiento, sin a su vez haber cumplido con su propia obligación.

Los tribunales franceses han admitido expresamente la excepción de incumplimiento afirmando sistemáticamente que en los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación de uno de los contratantes reside en el cumplimiento de la obligación del otro; por lo cual, si esta obligación no se cumple, la causa de la primera obligación falta⁴. Sería pues la ausencia de causa la que autorizaría la invocación de la excepción.

Otros autores franceses, sin embargo, critican esta posición considerando inaceptable la teoría de la causa como fundamento de la *exceptio*. Starck entiende que la causa es una condición de validez de los contratos y su ausencia puede constituir un obstáculo para la formación de la obligación, pero de ningún modo para su ejecución⁵. Se afirma, además, que no es necesario acudir a esa teoría, pues su aceptación implicaría postular la ausencia de causa de la obligación de quien opone la excepción, lo que es inexacto, desde que esa parte puede ejecutar la prestación u ofrecer hacerlo; esto demuestra que la causa de la obligación aún subsistiría⁶.

A la teoría de la causa se le critica que si la prestación a cargo de una de las partes tiene su causa en la prestación a cargo de la

⁴ *Ibidem* p. 266 y las decisiones de los tribunales franceses allí citadas.

⁵ STARCK, Boris: *loc. cit.* p. 648.

⁶ SPOTA, Alberto: *Instituciones de Derecho Civil (Contratos)*. Vol. III. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1977. p.p. 445-446.

otra, la inexecución del contrato daría lugar a su nulidad, lo cual haría inoperante la *exceptio* que persigue el cumplimiento simultáneo de ambas prestaciones⁷. Pero adicionalmente, de aceptarse esta teoría, se debería considerar que los contratos bilaterales sólo pueden ejecutarse simultáneamente, siendo así que la naturaleza del contrato, el acuerdo de las partes o la ley pueden determinar lo contrario⁸.

2) LA TEORÍA DE LA INTERDEPENDENCIA DE LAS PRESTACIONES

Es la seguida por la mayor parte de la doctrina anticausalista francesa y la doctrina española.

En los contratos sinalagmáticos, se afirma, las obligaciones son recíprocas e interdependientes. La obligación asumida por uno de los contratantes constituye la razón de ser de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que cada uno está obligado porque el otro está a su vez obligado con él. Por consiguiente, no hay ninguna razón para obligar a uno de los contratantes a ejecutar su obligación con el otro, si éste no ejecuta la suya. Admitir que uno de los contratantes esté obligado a cumplir mientras que el otro no cumpla, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático⁹.

⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: *El Contrato en General*. Tomo II. Palestra Editores. Lima, 2011. p. 321.

⁸ Cfr: PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 53.

⁹ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VI. p. 58; DE PAGE, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Tome II. (Les Obligations) (Première Partie). Bruylant. Bruxelles, 1948/1952. p.p. 761-763; VAN OMMESLAGHE, Pierre: *Droit des Obligations* (Tome I) (Première Partie). Bruylant. Bruxelles, 2010. p. 855.

La interdependencia entre las obligaciones originadas por un contrato sinalagmático no se quebranta después de la formación del contrato. Subsiste hasta el momento en que cada una de las partes haya obtenido de la otra lo que se le debe. Se explica así que si la obligación de una de las partes no ha sido cumplida, la otra que aún no ha cumplido con su obligación y a quien se le exija el cumplimiento está en su derecho de no proceder a la ejecución mientras la primera no le dé satisfacción. La *exceptio non adimpleti contractus* deriva pues de la interdependencia entre las obligaciones creadas por el contrato sinalagmático que conduce a una ejecución simultánea de cada obligación, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

En la doctrina española se afirma que el nexo de interdependencia que se advierte en el contrato bilateral tiene como característica la simultaneidad de las dos ejecuciones (ejecución “mano a mano” o “*trait pour trait*”), lo que justifica que quien se vea demandado para el cumplimiento, sin que el actor haya cumplido su contraprestación, puede oponerse a la demanda pero tan sólo mientras este último no cumpla simultáneamente con su obligación.

Así, Díez Picazo afirma que la excepción se funda en la interdependencia de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral y en la regla de la ejecución simultánea de dichas obligaciones, lo que justifica que cada parte puede rehusar el cumplimiento de la obligación puesta a su cargo mientras la otra no cumpla con la suya¹⁰. Ogayar y Ayllón estima igualmente que el fundamento de la *exceptio* estriba en la propia estructura de las obligaciones recíprocas que de los contratos sinalagmáticos nacen y, por consiguiente, sólo es aplicable a dichos contratos, es decir, la excepción

¹⁰ DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. (Las Relaciones Obligatorias). Editorial Aranzadi. Pamplona, 2008. p.p. 432-434.

de incumplimiento sólo puede y debe aplicarse a las obligaciones recíprocas que originan los contratos bilaterales, ya que es en ellos donde tiene su fundamento la excepción derivada del cumplimiento simultáneo que rige en los contratos sinalagmáticos¹¹. De la misma opinión es Espín cuando considera que la excepción de incumplimiento no debe aplicarse más que a los contratos bilaterales, pues su fundamento se basa precisamente en la propia estructura de las obligaciones recíprocas e interdependientes que de tales contratos nacen¹².

En el fondo, la idea de reciprocidad o interdependencia que explican los anticausalistas franceses y la doctrina española antes citada reproduce en casi los mismos términos la noción de causa empleada por los partidarios de la teoría de la causa. Por tanto, las mismas críticas que se le hacen a la teoría que fundamenta la *exceptio non adimpleti contractus* en la noción de causa, pueden hacerse igualmente a quienes la fundamentan en la noción de interdependencia entre las obligaciones que surgen de un contrato bilateral.

3) LA TEORÍA DEL SINLAGMA FUNCIONAL

La *exceptio non adimpleti contractus* reposa en el sinalagma funcional.

El sinalagma se distingue en genético y funcional. El primero consiste en un nexo causal que liga a las obligaciones en el momento del perfeccionamiento del contrato, de modo que la propia causa del contrato consiste en dar vida a estas obligaciones que nacen una

¹¹ OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que Produce la Obligación Bilateral*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1983. p. 35.

¹² ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 557.

por la otra. Este nexo explica porque si una de las obligaciones no llega a nacer, el contrato es inexistente. Por ejemplo, si en la venta falta el precio, no están justificadas las obligaciones de transmitir la propiedad y entregar la cosa y el contrato es nulo.

El sinalagma funcional, en cambio, consiste en una conexión causal que existe entre las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático, no ya en el momento de su nacimiento, sino en el de su ejecución. La *exceptio non adimpleti contractus*, la resolución por incumplimiento y la teoría de los riesgos en los contratos bilaterales serían manifestaciones del sinalagma funcional.

El sinalagma funcional implica que la obligación de una parte queda ligada, no sólo a la existencia originaria de la obligación de la otra parte sino también a la permanencia de esa otra obligación y, por ende, al cumplimiento o a la posibilidad de su cumplimiento¹³. El sinalagma funcional no atiende pues a la conexión entre las obligaciones en el momento de la formación del vínculo sino en el momento de su ejecución durante la vida de la relación¹⁴. Las obligaciones no sólo nacen conexas sino que hay un ligamen o interdependencia entre las mismas en el momento de su ejecución. La excepción de incumplimiento, se afirma, actúa ampliamente sobre la estructura del sinalagma funcional en los contratos con prestaciones recíprocas para preservar la simultaneidad de las dos prestaciones contrapuestas¹⁵.

¹³ Al respecto, véase: TRABUCCHI, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile*. Edizioni Cedam. Padova, 2005. p.p. 693-696. En la doctrina nacional, véase, MÉLICH-ORSINI, José: *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 59. Caracas, 2003. p.p. 116-118.

¹⁴ Cfr: BIANCA, C. Massimo: "El Contrato" en *Derecho Civil* (Vol. III). Traducción castellana de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. p.p. 508-509.

¹⁵ TRABUCCHI, Alberto: *loc. cit.*; BARASSI, Ludovico: *La Teoria Generale delle Obbligazioni*. Vol. III. Giuffrè Editore. Milano, 1948. p.p. 430-432.

A esta teoría se le critica que no es necesario acudir a la noción de sinalagma funcional para poner de relieve el nexo de interdependencia entre las prestaciones, ya que esta función la cumple sobradamente el contrato bilateral, concebido como unión de obligaciones correlativas, sin distinción entre génesis y función, que en el fondo no son más que manifestaciones de una misma realidad, tan sólo distinguibles en el orden lógico, ya que no es posible obligarse sin pensar en la ejecución de la obligación ni efectuar el cumplimiento sin la existencia de un vínculo preexistente. A esto se agrega que las obligaciones recíprocas constituyen vínculos que obligan al cumplimiento puesto que las partes se obligan recíprocamente a realizar una actividad¹⁶.

Pero adicionalmente se le critica a esta teoría que no adelanta un paso en la indagación del fundamento de la *exceptio* y de los demás efectos en orden al cumplimiento de las respectivas obligaciones surgidas de un contrato bilateral. Se afirma que es precisamente porque existe la excepción, la resolución por incumplimiento y la teoría de los riesgos por lo que puede afirmarse que las obligaciones nacidas de los contratos sinalagmáticos son interdependientes, pero no al contrario, y que no entenderlo así supone confundir causa y efecto¹⁷. No hay pues una noción de sinalagma funcional que explique la existencia de los efectos propios que derivan del cumplimiento de los contratos bilaterales (*exceptio non adimpleti contractus*, resolución del contrato y teoría de los riesgos) sino al revés, es la consagración de esos remedios en los distintos ordenamientos lo que permite inferir el principio de la interdependencia de las obligaciones que nacen del contrato bilateral. El sinalagma

¹⁶ CLEMENTE MEORO, Mario E.: *La Facultad de Resolver los Contratos por Incumplimiento*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 280; ALONSO PÉREZ, Mariano: *Sobre la Esencia del Contrato Bilateral*. Salamanca, 1967, p.p. 31-32.

¹⁷ AULETTA, Giuseppe Giacomo: *La Risoluzione per Inadempimento*. Giuffrè Editore, Milano, 1942, p. 184; DELL'AQUILA, Enrico: *La Resolución del Contrato Bilateral por Incumplimiento*. Salamanca, 1981, p.p. 165-166.

funcional es pues sólo una manera descriptiva de llamar la atención acerca de los efectos específicos inherentes a la propia naturaleza de los contratos bilaterales.

4) **LA *EXCEPTIO* COMO UN DIMINUTIVO DE LA RESOLUCIÓN**

En los países como Francia, España e Italia (bajo la vigencia del Código Civil de 1865) que no consagran la excepción de incumplimiento contractual como principio general, algunos autores afirman que aquélla es una consecuencia *a fortiori* de la resolución contractual. La *exceptio* constituye un derivado de la resolución por incumplimiento que está implícita en las disposiciones del Código Civil que consagran la resolución del contrato. En el fondo, la *exceptio non adimpleti contractus* encuentra su fundamentación en la interpretación *a minore ad majus* con relación al derecho a la resolución. Como lo menos está comprendido en lo más, se afirma, sería un contrasentido del legislador haber acordado el derecho de resolución y no el más simple de negarse a ejecutar la propia prestación hasta que por lo menos, el contrato llegue a cumplirse¹⁸. Quien con la resolución puede recuperar lo entregado, con mayor razón puede negarse a prestarlo.

A esta teoría se le critica que parte de un razonamiento falso, pues no se trata de un más o de un menos. Nada autoriza a considerar que la *exceptio* esté implícita en la resolución puesto que ambas figuras, aunque obedecen en última instancia al mismo principio, se

¹⁸ BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: “Des Obligations”. (Tome II) en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Vol. XII. París, 1902. p.p. 136-137; CARBONNIER, Jean: *op. cit.* Tomo II. Vol. II. p.p. 678-679; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p. 777; GIORGI, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Vol. IV. Traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1929. p. 206.

articulan de forma diferente, tienen un campo de aplicación distinto, cumplen diferente función y producen efectos distintos¹⁹.

5) LA BUENA FE Y LA EQUIDAD

Según algunos autores la *exceptio non adimpleti contractus* es una consecuencia del principio de la buena fe que las partes deben desarrollar en la ejecución de todo contrato (Código Civil, artículo 1.160), muy especialmente en los contratos bilaterales²⁰. Según otros, son razones de equidad las que justifican la existencia de la *exceptio*, puesto que resulta claramente contrario a la equidad que un contratante que no cumple ni ofrece cumplir su obligación pretenda, aunque tenga derecho a ello, el cumplimiento de su crédito²¹.

6) LA VOLUNTAD PRESUNTA DE LAS PARTES

Otros autores alegan como fundamento de la excepción la voluntad presunta de los contratantes.

¹⁹ Si con la resolución se busca la terminación del vínculo, con la *exceptio* se busca preservar el equilibrio durante la vida de la relación, en el curso de su ejecución. Como afirma Barassi, a través de la posibilidad que se concede al acreedor de optar entre el cumplimiento o la resolución, se le procura una tutela directa e inmediata para obtener la satisfacción de su crédito; en cambio, la tutela que procura la *exceptio* es mediata e indirecta en cuanto que se limita a impedir la satisfacción del crédito del co-contratante mediante la presión que sobre él ejerce el *excipiens* para inducirle al cumplimiento; tratándose de dos institutos que en cierto sentido inciden de modo contrario sobre el vínculo, no puede entenderse el uno implícito dentro del otro (BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. III. p. 434).

²⁰ LESSONA, Carlo: *op. cit.* p. 383.

²¹ LA CRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. (Derecho de Obligaciones). Vol. I. Dykinson. Madrid, 2007. p.p. 192-193; DE LOS MOZOS, José Luis: “La Equidad en el Derecho Civil Español” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. N° 233. Madrid, 1972. p. 30.

Los hermanos Mazeaud, partidarios de este criterio, afirman que es evidente que los contratantes se obligan porque piensan que las prestaciones serán cumplidas coetáneamente; en caso contrario, se le habría concedido un término al otro contratante. Así, el vendedor al contado estipula implícitamente que no transmitirá la propiedad ni entregará la cosa sino contra el pago del precio²².

A esta teoría se le critica que tendría como consecuencia limitar la excepción a los contratos sinalagmáticos perfectos, con lo cual se reduciría considerablemente su campo de aplicación impidiéndose su extensión a algunas situaciones extracontractuales en las cuales existe identidad de razón para aplicar la *exceptio*²³.

A nuestro modo de ver, cada una de estas teorías aporta elementos útiles para explicar la razón de ser de la excepción por incumplimiento. El fundamento de la excepción está en la reciprocidad, es decir, como entre las obligaciones hay una dependencia que no sólo existe al principio (sinalagma genético), sino que perdura aún después de la formación del contrato (sinalagma funcional), si una de las partes no cumple sus obligaciones, la otra podrá suspender el cumplimiento de las que le incumben. Se trata de una consecuencia natural que resulta de la regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones sinalagmáticas. A ésta habría que añadir como fundamentación, principios generales en materia del Derecho de obligaciones, como el de la buena fe (Código Civil, artículo 1.160), e incluso principios generales del

²² MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* Tome II. Premier volume. p. 1170.

²³ GHESTIN, Jacques avec le concours de BILLAU, Marc: “Les obligations - Les effets du contrat” en *Traité de Droit Civil*. Tome III. L.G.D.J. Paris, 1992. p. 349.

derecho como la equidad que mediante la *exceptio non adimpleti contractus* se concretan en el principio de la preservación del equilibrio del contrato en el momento de su ejecución. Son todas estas las razones que explican la consagración de la *exceptio* en el artículo 1.168 del Código Civil.

IV. FUNCIONES DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

La excepción de incumplimiento contractual cumple una función de garantía y sirve de medida indirecta de presión al cumplimiento.

1) **FUNCIÓN DE GARANTÍA**

La *exceptio* desempeña una importante función de garantía en el sentido de que al tener a su alcance la facultad de denegar el cumplimiento de su propia prestación hasta tanto la otra parte cumpla con su respectiva contraprestación, cada contratante se asegura el pago de su crédito¹. El pago del crédito de cada una de las partes de un contrato bilateral se encuentra de ese modo asegurado con el pago de su deuda recíproca. El contratante al retener su prestación hasta obtener el pago de lo que se le debe garantiza con lo que adeuda a la otra parte la satisfacción de su crédito, con lo cual se evita el peligro a que quedaría expuesto el contratante si se viera forzado a cumplir su obligación antes que el otro. Con el cumplimiento simultáneo de las deudas recíprocas que sanciona

¹ Cfr: PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VI. p. 612; AULETTA, Giuseppe Giacomo: *op. cit.* p. 300 y ss.; CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 38. En contra: REALMONTE, Francesco: *op. cit.* § 12.

la *exceptio*, se asegura la preservación del equilibrio del contrato durante la ejecución del mismo.

En la eventualidad de que en definitiva se proceda no al cumplimiento del contrato sino a su resolución, la *exceptio* opera como una especie de medida preventiva dirigida a garantizar al *excipiens* contra los riesgos de la inejecución por parte del otro contratante de las obligaciones de restitución que surjan de la resolución del contrato, con lo cual se asegura “la fructuosidad” de dicha resolución². Como la *exceptio* faculta al contratante a resistir la ejecución de la prestación por él debida, ningún peligro corre de que resulte infructuosa una eventual resolución. No realizada la prestación, el contratante queda a cubierto del riesgo de que la misma no pueda ser restituida en especie o, en su caso, por equivalente, por insolvencia del deudor.

2) MEDIDA DE PRESIÓN PARA INDUCIR AL CUMPLIMIENTO

Pero adicionalmente la *exceptio non adimpleti contractus* sirve de medida indirecta de presión para constreñir al deudor recíproco al cumplimiento. Como la *exceptio* suspende la ejecución del contrato y paraliza la pretensión del contratante que reclama el cumplimiento hasta tanto éste cumpla con su respectiva contraprestación, la *exceptio* sirve de mecanismo inductor al cumplimiento³. Por supuesto este mecanismo de presión será tanto más eficaz cuanto mayor sea el interés que tenga el demandante en obtener la prestación que le adeude el *excipiens*.

² Cfr: AULETTA, Giuseppe Giacomo: *loc. cit.*

³ Cfr: CASSIN, René: *op. cit.* p. 348; BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. III. p. 434, DALMARTELLO, Arturo: *op. cit.* p. 356; MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Vol. II. p. 434; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 8; PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 636.

V. NATURALEZA DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

La doctrina ha estructurado diversas teorías para explicar la naturaleza de la *exceptio*.

1) LA TEORÍA DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

Según algunos autores las obligaciones que nacen del contrato bilateral están sometidas a *condición suspensiva*, de tal manera que cada una de las partes sólo entiende que se obliga bajo la condición de que la otra cumpla su obligación¹. Como una variante de esta teoría, se afirma que las obligaciones derivadas de un contrato bilateral son puras y simples, pero al alegarse la excepción por una de las partes, se convierten en obligaciones condicionales².

A esta teoría se le critica que la *exceptio non adimpleti contractus* así concebida sería una condición meramente potestativa

¹ BLOMEYER citado por LARENZ, Karl: *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Traducción castellana de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958. p. 268 (nota 2).

² BOLAFI, Renzo: *Le Eccezioni nel Diritto Sostanziale*. Milano, 1936. p. 149.

para el deudor que haría nula la obligación que depende de ella *ex* artículo 1.202 del Código Civil. Pero adicionalmente se objeta que no son aplicables al supuesto de ejercicio de la *exceptio*, las normas sobre los efectos de la condición suspensiva pendiente, ni mucho menos el efecto retroactivo de la condición suspensiva cumplida³.

2) EL TÉRMINO

Otros autores invocan la existencia de un *término* inherente a las obligaciones recíprocas y consideran que la obligación de cada parte está diferida hasta el momento de la extinción de la obligación de la otra parte⁴. Pero a poco que se profundice en el asunto, se observa que esta tesis no añade nada a lo que ya indica el concepto de obligaciones recíprocas, es decir, que cada parte tiene el derecho de posponer la ejecución de su propia prestación hasta que la otra parte cumpla simultáneamente⁵. Otros autores, siguiendo la misma línea argumental, refieren el término, no al momento del nacimiento de las obligaciones correspondientes, sino al momento posterior de su incumplimiento, es decir, al no cumplir ninguna de las partes, surge un término común a ambas para mantener la simultaneidad de las prestaciones⁶.

Tampoco es convincente esta teoría puesto que una vez alegada la excepción no se aplican las normas sobre obligaciones a término.

³ PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 11.

⁴ ALLARA, Mario: *Delle Obbligazioni*. Torino, 1939. p. 227.

⁵ *Cfr.* MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Tomo. II. p. 433.

⁶ ENRIETTI, E.: *Commentario del Codice Civile* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, (Libro delle Obbligazioni). Vol. I. Firenze, 1950. p.p. 841-842.

3) *PACTUM DE NON PETENDO*

Un sector de la doctrina afirma que la *exceptio* es un *pactum de non petendo* en virtud del cual cada parte se compromete a no exigir la prestación de la otra hasta haber cumplido la suya (*obligación de no hacer*)⁷.

Pero a esta tesis se le critica, en primer lugar, que invoca un pacto inexistente y, en segundo término, que pone el énfasis no en el contenido propio de la excepción que se configura como un *poder* de no cumplir sino en el efecto que ese poder produce por medio de su ejercicio respecto de la otra parte que incumple y que consiste en el *deber* de no pedir⁸.

4) ¿EXCEPCIÓN O DEFENSA?

Considerada desde el punto de vista de quien la opone, se discute si la *exceptio non adimpleti contractus* constituye una negación o defensa (excepción en sentido lato) o una verdadera y propia excepción en sentido estricto⁹.

⁷ Al respecto, véase: ALLARA, Mario: *loc. cit.*

⁸ COLAGROSSO, Enrico: *Teoria Generale delle Obligazioni e dei Contratti*. Roma, 1947 p. 408; MESSINEO, Francesco: *loc. cit.* PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 10.

⁹ Excepción en *sentido lato* es todo medio de defensa del cual se sirve el demandado para justificar el rechazo de la demanda, por lo cual este concepto se confunde con el de simple defensa. Excepción en *sentido estricto* o “excepción en sentido sustancial”, es el “contraderecho” del demandado a impugnar y aniquilar la acción, mediante la alegación de hechos que dependen exclusivamente de la voluntad del demandado hacer valer en el proceso, y que si no se hacen valer obligan al juez a declarar con lugar la acción del demandante. (CHIOVENDA, citado por COLESANTI, Vittorio: Voz “Eccezione” (Diritto Processuale Civile) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIV. Arese Giuffrè. Milano, 1965. § 2. Documento visualizzato. Consultado en versión electrónica (DVD).

La generalidad de los autores sostienen que *se trata de una excepción y no de una defensa* porque la misma no pretende excluir el derecho pretendido por el reclamante –lo que es propio de la defensa–, sino que se funda en un derecho propio e independiente, es decir, en un derecho que es propio de quien la opone y que se enfrenta con aquél, volviéndolo ineficaz¹⁰.

Además, constituye una verdadera y propia *excepción de derecho sustancial* fundada en un hecho impeditivo extintivo que el juez puede tomar en cuenta únicamente cuando el demandado lo invoca¹¹. Cuando el hecho impeditivo o extintivo sólo puede ser tomado en consideración por el juez si el demandado lo hace valer, se afirma, estamos en presencia de una *excepción en sentido propio*, que Chioyenda define como aquella forma particular de defensa que consiste en un derecho del demandado, y precisamente en un contraderecho tendiente a impugnar y a anular el derecho de acción¹².

¹⁰ ALSINA, Hugo: “Defensas y Excepciones” en *Revista de Derecho Procesal*. Año VII. N^{os} 1 y 2. Ediar. Buenos Aires, 1949. p.p. 44 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge: “La excepción de incumplimiento” en *Medios Compulsivos en Derecho Privado*. Ediar. Buenos Aires, 1978. p. 156. Cabe hacer notar que la ley venezolana ni siquiera reconoce esta terminología técnica, sino que se refiere indistintamente a excepción o defensa. Así el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil vigente establece: “En la contestación de la demanda el demandado deberá expresar... las razones, defensas o excepciones perentorias que creyere conveniente alegar”. Del mismo modo, según el artículo 247 del Código de Procedimiento Civil de 1916 “sólo en el acto de la litis-contestación podrá el demandado promover u oponer las excepciones o defensas siguientes...”. Sin embargo, en la doctrina nacional Bello Lozano sí distingue entre excepciones y defensas (BELLO LOZANO, Humberto: *Juicio Ordinario*. Editorial Estrados. Caracas, 1970. p.p. 98-99).

¹¹ *Cfr.*: CARRESI, Franco: “Il Contratto” en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* a cura de Cicu-Messineo. Tomo II. Giuffrè Editore. Milano, 1987. p. 899; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 160; PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 635; REALMONTE, Francesco: *op. cit.* § 8.

¹² CHIOYENDA, Giuseppe: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Vol. I. Traducción española de José Casais y Santaló. Instituto Editorial Reus. Madrid, *s/f*. p. 334. En el mismo sentido, véase: GASTALDI, José María y CENTANARIO, Esteban: *Excepción de Incumplimiento Contractual*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995. p. 29.

5) EXCEPCIÓN DE DERECHO SUSTANCIAL

La *exceptio non adimpleti contractus* es una *excepción de derecho sustancial*. Su contenido no es procesal puesto que no se refiere al modo de provocar la intervención del órgano jurisdiccional ni a los requisitos para la válida constitución de la relación procesal. Su contenido es material o sustancial en el sentido de que comporta la alegación de un hecho impeditivo de la pretensión deducida por el actor. En tal sentido, Messineo expresa que:

“la excepción de incumplimiento es una verdadera y propia excepción de derecho sustancial fundada en el presupuesto de la existencia de un contracrédito a favor del demandado, cuyo incumplimiento por el actor es afirmado; ella neutraliza temporariamente el derecho del actor, pero no lo extingue, de tal modo que éste, una vez cumplido, readquiere el poder de exigir del demandado la prestación debida por éste”¹³.

Precisamente porque la *exceptio non adimpleti contractus* se fundamenta en un contraderecho que le permite al demandado paralizar la pretensión del demandante, es necesario que sea alegada por el demandado pues el juez no puede declararla de oficio. Además, demostrados por el demandante los hechos que fundamentan su pretensión, es decir, la existencia de un derecho de crédito contra el demandado, si no es opuesta la *exceptio*, procede la condena del demandado, independientemente del derecho que a su vez le corresponda a este último de exigir su prestación al demandante.

Pero adicionalmente como la *exceptio non adimpleti contractus* sólo paraliza temporalmente la pretensión del demandante sin

¹³ MESSINEO, Francesco: *loc. cit.* En el mismo sentido, véase: CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *Manuale di Diritto Civile*. Vol. III. (Il Contratto). Giuffrè Editore. Milano, 2008.p. 957.

extinguirla, el instituto objeto de nuestro estudio ha sido calificado como una *excepción sustancial “dilatatoria”*¹⁴. Se quiere decir con esto que la *exceptio non adimpleti contractus* se dirige a la ineficacia temporal y no definitiva de la pretensión ejercitada, es decir, el excepcionante sin negar el derecho del actor, opone un obstáculo a su ejercicio actual. Se paraliza pues la acción, pero sin extinguirla¹⁵.

6) DERECHO POTESTATIVO

En esa misma dirección Persico califica la *exceptio non adimpleti contractus* como una verdadera excepción de derecho sustancial y agrega que constituye un *derecho potestativo*¹⁶ cuya eficacia consiste en paralizar el derecho del co-contratante modificándolo, pero sin excluir definitivamente el derecho mismo. La *exceptio*

¹⁴ Al respecto, véase: AULETTA, Giuseppe Giacomo: *op. cit.* p.p. 309-310; CARRESI, Franco: *loc. cit.*; DALMARTELLO, Arturo: *op. cit.* p. 355.

¹⁵ Desde luego, cuando se afirma que la *exceptio non adimpleti contractus* puede calificarse como una excepción dilatoria, no se quiere significar que la misma dé lugar a una excepción de previo y especial pronunciamiento –*in limine*– ni debe llevar a confundirla con lo que nuestro antiguo Código de Procedimiento Civil de 1916 llamaba excepciones dilatorias que eran de naturaleza procesal. Como se indica en el texto, la *exceptio* participa de la naturaleza de una excepción sustancial o material, pero la misma no se dirige a la extinción del derecho del reclamante sino a su improcedencia actual, carácter éste que la doctrina califica de dilatorio.

¹⁶ Acerca de la configuración de los derechos potestativos como derechos subjetivos, en la doctrina clásica italiana, véase: MESSINA, G.: Voz “Diritti potestativi” en *Nuovo Digesto Italiano* a cura di M. D’Amelio con la collaborazione di A. Azara. Vol. IV. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1938. p.p. 872-879. Cabe hacer notar que, en la doctrina italiana, algunos autores como Barassi consideran que la categoría de los llamados derechos potestativos es muy discutida y cuando se refieren a esta noción prefieren calificarlos como simples facultades o potestades (BARASSI, Ludovico: *Il Diritto del Lavoro*. Milano, 1959. p. 215, citado por RAVERA, Enrico: *Il Recesso*. Giuffrè Editore. Milano, 2004. p. 42). En la doctrina española hay quienes consideran que los derechos potestativos constituyen una categoría intermedia entre las simples facultades jurídicas y los derechos subjetivos. Al respecto, véase CASTÁN TOBEÑAS, José: *Situaciones Jurídicas Subjetivas*. Ediciones Reus. Madrid. 1963. p.p. 39 y ss.

non adimpleti contractus, según este autor, es un derecho potestativo que se resuelve en una manifestación de voluntad recepticia mediante la cual quien la hace valer puede modificar el derecho subjetivo de la otra parte a obtener el cumplimiento, paralizando su ejercicio¹⁷. El ejercicio de este derecho cuyo contenido se agota con su ejercicio se deja a la libre iniciativa de cada parte, siendo independiente de la otra que no tendrá más remedio que soportar sus consecuencias (*pati*).

7) EXCEPCIÓN PERENTORIA

Como se dijo, según la opinión predominante en la doctrina, *la exceptio non adimpleti contractus es una verdadera excepción de derecho sustancial*, es decir, un simple medio defensivo que no implica iniciativa alguna; *se configura como un derecho potestativo* cuya alegación debe hacer el interesado en la oportunidad fijada para la contestación de la demanda (*infra*, N° XIII,4); y si no lo hiciera, se entenderá tácitamente renunciada puesto que el juez no puede hacerla valer de oficio. Tampoco la realización de la prestación a cargo del actor es un requisito para la admisión de

¹⁷ Pero, advierte Persico, la obligación de cumplir la propia prestación no constituye un deber correlativo al derecho potestativo en que se traduce la excepción, sino un corresponsivo del derecho subjetivo (principal) del *excipiens* al cumplimiento. Es necesario distinguir claramente, afirma este autor, entre el derecho y el deber correlativo a la prestación, por una parte, y el poder que surge para cada una de las partes en caso de incumplimiento de la contraprestación. Este último poder, conexo con el derecho principal, es un derecho potestativo de no cumplir cuando se llenan determinados requisitos. En fin, concluye Persico, la falta de cumplimiento de cada crédito corresponsivo que surge de un contrato bilateral supone que en el patrimonio del acreedor no sólo nacerá la facultad de pedir la ejecución forzosa de su crédito, sino también el nacimiento de la facultad de oponer la excepción de incumplimiento frente a una demanda de cumplimiento de su obligación. Esto se explica porque la falta de cumplimiento del contracrédito supone el nacimiento a favor de su titular de una nueva facultad consistente en la de oponer la excepción de contrato no cumplido (PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. p. 12-14).

la demanda de cumplimiento o para la ejecución forzosa de su crédito, pero de no mediar la ejecución de la prestación debida, el demandado podrá oponer la *exceptio*, y de resultar procedente su alegación, podrá negarse a cumplir hasta tanto lo haga el demandante; *es una verdadera excepción perentoria o defensa de fondo* que pospone la pretensión del contratante que reclama el cumplimiento y cuya eficacia consiste en una suspensión de la ejecución contractual, sin que afecte para nada la validez del contrato o la subsistencia de sus efectos.

La doctrina nacional y la jurisprudencia de nuestros tribunales admiten pacíficamente que la *exceptio non adimpleti contractus* es una excepción perentoria o defensa de fondo. Así, Marín afirma:

“La excepción del contrato no cumplido tiene por objeto no permitir el triunfo de la pretensión del demandante, pero como a esa conclusión no ha de llegar el Juez sino después del examen de los hechos invocados por las partes con base a las demostraciones producidas, e incluso luego de hacer aplicación de la regla de la carga de la prueba si tal fuere el caso, es lógico admitir que pertenece a la última categoría, esto es, a las excepciones de fondo o perentorias”¹⁸.

¹⁸ MARÍN, Antonio Ramón: *Contratos. Teoría del Contrato en el Derecho Venezolano*. Vol. I. Mérida, 1998. p. 227. En el mismo sentido, véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo III. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012. p. 276; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009. p. 972; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Quinta Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 61. Caracas, 2012. p.p. 776-777; Sentencia del 23-11-88 en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia. N° 11. Noviembre 1988. p. 350; Sentencia del 08-06-60 en Gaceta Forense. Segunda Etapa. N° 28. p. 255. Cabe hacer notar, sin embargo, que en la doctrina francesa Malecki afirma que en estricto rigor no puede afirmarse que la *exceptio* sea una excepción perentoria “puesto que su procedencia no tiene por efecto arruinar *definitivamente* la pretensión del demandante, sino *impugnarla*” (MALECKI, Catherine: *op. cit.* p. 282).

VI. DIFERENCIAS ENTRE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* Y OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Para delimitar conceptualmente la *exceptio* y no confundirla con otras figuras, es conveniente resaltar las diferencias que la separan de otras instituciones jurídicas con las cuales guarda algunos puntos de contacto.

1) DIFERENCIAS CON EL DERECHO DE RETENCIÓN

El derecho de retención es la facultad concedida por la ley que corresponde al poseedor o detentador de una cosa ajena para conservar la posesión o detentación de ella hasta el pago de lo que se le deba por razón o con motivo de la misma cosa¹. En cambio, la *exceptio non adimpleti contractus*, como ya dijimos, es la facultad que tiene la parte de un contrato bilateral de negarse a cumplir sus obligaciones cuando su contraparte le exige el cumplimiento sin a su vez haber cumplido con su propia obligación.

¹ Para un examen de la naturaleza, caracteres y efectos del derecho de retención y su régimen jurídico en el Derecho venezolano, véase: BURGOS VILLASMIL, José Ramón: *El Derecho de Retención en el Código Civil Venezolano*. Caracas, 1966.

El derecho de retención que le permite a su titular negarse a devolver la cosa a su propietario hasta tanto éste no le pague lo que le adeude en razón de la cosa hace que se asemeje a la excepción de incumplimiento en virtud de la cual se faculta al deudor a no cumplir su obligación hasta tanto su contraparte que le exige el cumplimiento no cumpla, a su vez, con la suya.

Debido a esa estrecha relación que existe entre uno y otra, algunos autores estiman que la *exceptio* no es más que un caso de aplicación del derecho de retención a la materia contractual² y otros consideran que el derecho de retención es una aplicación de la *exceptio*³. Pero entre el derecho de retención y la excepción de incumplimiento existen diferencias importantes, tanto en lo referente a su naturaleza y objeto, como en cuanto a su fundamento y campo de aplicación. A continuación indicamos los principales rasgos diferenciales entre ambos medios de tutela del crédito.

1) El derecho de retención presenta algunas semejanzas con el derecho real porque se manifiesta exteriormente como un poder que la persona ejercita directamente sobre la cosa, tiene carácter absoluto y es oponible a los terceros⁴. En cambio, la *exceptio*

² En tal sentido, véase: AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome III. Sixième édition. París, 1907. § 256 bis, N° 2.

³ En tal sentido, véase: COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo III. Traducción castellana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1960. p. 728. De Page, por su parte, si bien señala algunas diferencias entre la *exceptio non adimpleti contractus* y el derecho de retención, concluye que la excepción absorbe el derecho de retención (DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p.p. 784-785).

⁴ Pero esto no quiere decir que el derecho de retención deba incluirse dentro de la categoría de los derechos reales. No es un derecho real de goce porque su finalidad no consiste en el goce de la cosa, sino en asegurar el crédito con ocasión de la cosa. Tampoco es un derecho real de garantía porque, no obstante esa finalidad, el derecho de retención no atribuye a su titular ninguno de los atributos propios de los derechos reales de garantía, o sea, el *ius praelationis*, el *ius distrahendi* y el *ius persequendi*, por cuanto consiste simplemente en la facultad de rechazar la entrega de la cosa debida hasta el pago del

tiene un marcado carácter personal y opera en el campo puramente obligacional contra la otra parte de un contrato bilateral.

2) El derecho de retención se basa en una conexión objetiva entre el crédito y la cosa poseída (*debitum rei cohaerens*)⁵. En materia civil, se requiere que el crédito nazca con motivo de la cosa; no puede ejercitarse el derecho de retención sobre una cosa de otro en razón de una acreencia ajena a dicha cosa⁶. En cambio,

crédito y más nada. Por último, el derecho de retención no puede tener una naturaleza diferente de la del derecho principal del cual es accesorio y, por tanto, hay que concluir que el derecho de retención es personal porque el derecho que hace valer es siempre un derecho de crédito (Cfr. COVIELLO, Nicolás: *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducción al castellano de Felipe de J. Tena. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1949. p. 575). Por lo cual, sólo cabe afirmar que el derecho de retención presenta cierta afinidad con el derecho real, tal y como se indica en el texto. Conviene tener en cuenta, sin embargo, que esta posición no es compartida por todos los autores. Existe una viva discusión sobre todo en la doctrina clásica italiana acerca de la naturaleza jurídica del derecho de retención. Algunos autores como Butera, Messineo y Talassano consideran que se trata de un derecho personal; otros autores como Cassin, Chironi y Montessori lo incluyen dentro de la categoría de los derechos reales. Por último, otros autores como De Ruggiero y Maroi sostienen que tiene carácter mixto. Para un examen de las teorías que postulan la existencia de una categoría intermedia entre las obligaciones y los derechos reales, véase: LUZZATTO, Ruggero: *Le Obligationi nel Diritto Italiano*. Torino, 1950. p.p. 19 y ss.; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría General de la Obligación* (Parte General de las Obligaciones). Caracas, 1985. p.p. 47-49.

⁵ Según algunos autores, la conexión entre el crédito y la cosa ha de ser íntima en el sentido de que debe reconocerse por causa de mejoras hechas en la cosa o por los gastos necesarios realizados para la conservación de la cosa. En tal sentido, en la doctrina nacional, véase: BURGOS VILLASMIL, José Ramón: *op. cit.* p. 27. En cambio, otros autores consideran que dicha conexión debe entenderse en sentido lato, o sea, en el sentido de que no es necesario que el crédito haya tenido su causa jurídica en la posesión de la cosa, bastando que ésta lo haya ocasionado. En este sentido se pronuncia Coviello en la doctrina italiana (COVIELLO, Nicolás: *loc. cit.* p. 570).

⁶ Así, el poseedor de buena fe que ha hecho mejoras en la cosa puede retener la cosa contra su verdadero dueño hasta que se le hayan satisfecho las impensas o el mayor valor adquirido por la cosa (artículo 793); el co-heredero obligado a restituir un inmueble al caudal hereditario puede retener su posesión hasta que se le reembolsen los gastos que ha realizado en el inmueble para conservarlo y por las mejoras que se han incorporado a él (artículo 1.105); el mandatario tiene la facultad de retener en garantía las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante cumpla con las obligaciones de reembolso de los gastos efectuados por el mandatario, de los avances hechos y de los respectivos

en materia mercantil, no se exige la conexión entre la acreencia y la posesión o detentación de la cosa sino que basta que ambas tengan por causa operaciones mercantiles aunque sean independientes entre sí (arg.: *ex art. 122 del Código de Comercio*).

La *exceptio non adimpleti contractus* no requiere el requisito de la conexión objetiva entre el crédito y la cosa retenida sino que se basa en la conexidad jurídica existente entre las obligaciones que surgen de un contrato bilateral.

3) El derecho de retención requiere que quien lo ejerza tenga la posesión o la detentación de la cosa que le pertenece a otro; en cambio, la *exceptio* no exige que se cumpla con este requisito. De ahí que el derecho de retención sólo se aplica a las obligaciones que tengan por objeto la restitución de una cosa, mientras que la *exceptio* puede invocarse cualquiera que sea el objeto de la obligación reclamada, independientemente de que la misma consista en una prestación de dar, de hacer o de no hacer⁷.

4) El derecho de retención no puede ejercitarse sino con relación a una cosa de otro, cuando el que la retiene ha efectuado gastos en la cosa que el propietario se niega a pagarle o se ha hecho acreedor de éste con ocasión de la cosa misma. La excepción, en

intereses (artículo 1.702); el depositario tiene el derecho de retención del depósito hasta el pago total de cuanto se le deba en razón del depósito (artículo 1.774); el contratista que haya ejecutado una obra sobre una cosa mueble tiene derecho a retenerla en prenda hasta que se le pague (artículo 1.647); el acreedor prendario tiene el derecho a retener la prenda hasta ser indemnizado por los gastos necesarios hechos en la prenda (arg.: *ex art. 1.845, segunda parte, del Código Civil*).

⁷ Una tendencia diversa es la seguida por el Código Civil alemán que no restringe el derecho de retención solamente cuando se trata de una obligación de restituir una cosa, sino que abarca toda especie de prestaciones cualquiera que sea su objeto y naturaleza. Al respecto, véase: ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Henrich: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 135.

cambio, como se dijo, puede alegarse en caso de cualquier incumplimiento de una obligación surgida de un contrato bilateral. En fin, el derecho de retención no puede ejercitarse más que *con* la cosa retenida. La *exceptio* sólo requiere que existan obligaciones recíprocas incumplidas derivadas de un contrato bilateral.

5) El derecho de retención puede entrar en funcionamiento con ocasión de la obligación surgida de un contrato unilateral, de un contrato bilateral imperfecto, o incluso independientemente de toda relación contractual. La *exceptio* es un derecho inherente a la naturaleza misma del contrato bilateral y, por tanto, sólo se da en los contratos bilaterales. La excepción de incumplimiento sólo se aplica entre las partes de un contrato bilateral; el derecho de retención puede aplicarse incluso respecto de los terceros que no han contratado con quien lo ejercita.

6) La *exceptio non adimpleti contractus* presupone que las obligaciones nazcan simultáneamente del mismo contrato, esto es, que coexistan desde el momento de la celebración del contrato. La correspondencia entre las obligaciones que sirve de fundamento a la *exceptio* surge desde que se perfecciona el contrato. El derecho de retención, en cambio, se funda en la conexión de una obligación anterior de devolución de una cosa, con otra que nace posteriormente por razón o con motivo de dicha cosa. La conexión en el primer caso, se afirma, afecta al propio vínculo jurídico, mientras que en el segundo es una mera consecuencia objetiva de una relación jurídica preexistente.

7) El derecho de retención puede neutralizarse cuando el que tiene derecho a la cosa ofrece una garantía para asegurar el cumplimiento de la propia obligación nacida con ocasión de la cosa. En cambio, la *exceptio non adimpleti contractus* no desaparece cuando el demandante-excepcionado ofrece caución suficiente

para asegurar el cumplimiento futuro de su obligación, porque el *excipiens* siempre tiene el derecho de negarse a cumplir mientras la contraprestación no se realice efectivamente.

8) Aunque se discute la posibilidad de establecer convencionalmente un derecho de retención, se admite que éste es siempre un remedio excepcional; en cambio, la *exceptio* es un medio de defensa genérico aplicable a todo contrato bilateral⁸.

2) DIFERENCIAS CON LA COMPENSACIÓN

Si bien tanto la excepción de incumplimiento como la compensación se basan en la idea de que nadie debe pretender el cobro de su crédito sin pagar al mismo tiempo el monto de su deuda frente a la misma persona, la doctrina señala que entre ambas instituciones existen las siguientes diferencias importantes:

1) La *exceptio non adimpleti contractus* sólo permite suspender el cumplimiento de las obligaciones; en cambio, la compensación es un medio de extinción de las obligaciones. La *exceptio* paraliza provisionalmente la ejecución del contrato sin afectar los derechos de las partes mientras que la compensación extingue las dos deudas hasta concurrencia del monto de la menor. La excepción de incumplimiento permite pues la inejecución temporal de la prestación debida, mientras que la compensación produce la extinción de la obligación.

⁸ Poco más o menos en el mismo sentido expuesto en el texto, véase: CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 113 y ss.; COVIELLO, Nicolás: *op. cit.* p.p. 571-573; DALMARTELLO, Arturo: *op. cit.* p.p. 356-357; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. p. 27-32; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p.p. 553-554; BURGOS VILLASMIL, José Ramón: *op. cit.* p.p. 97-103; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p.p. 965-967; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 755-759.

2) La compensación exige como requisito que ambos créditos consistan en dinero o cosas fungibles de la misma especie y calidad y además que sean líquidos y exigibles (Código Civil, artículo 1.333). La excepción de incumplimiento, en cambio, no exige homogeneidad alguna entre los créditos, sino simplemente, que nazcan del mismo contrato. Tampoco requiere la liquidez del crédito del que la alega ni tampoco la del crédito que se paraliza por la excepción (*infra*, N° VIII,1,a y b).

3) La compensación se realiza entre dos obligaciones que normalmente provienen de distintas causas (*ex dispari causa*) y que se entrecruzan por la circunstancia de ser las mismas personas recíprocamente acreedoras y deudoras. En cambio, la excepción de incumplimiento exige más que una mera coincidencia subjetiva puesto que para su procedencia debe tratarse de obligaciones interdependientes provenientes de un mismo contrato bilateral⁹.

Pero cuando concurren los requisitos para su procedencia, nada impide oponer la excepción de incumplimiento y la compensación, sea conjuntamente, o sucesivamente. Por ejemplo, si A adeuda a B una cantidad de dinero y la deuda recíproca de B consiste en parte en una prestación dineraria y en parte en una prestación no dineraria, si A le exige a B el cumplimiento, éste podrá oponerle la compensación para extinguir su deuda dineraria hasta concurrencia del monto de la deuda de A y la excepción de incumplimiento contractual para suspender la ejecución de la porción no dineraria de su deuda. Cuando A cumpla con la prestación no compensada

⁹ La doctrina en general está de acuerdo con los particulares indicados. Al respecto, véase: PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p.p. 19-22; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 107-108; STOLFI, Nicola: “Le obbligazioni in generale” en *Diritto Civile*. Vol. III. Torino, 1932. p. 100; BARRIONUEVO, Heriberto N.: “Excepción de incumplimiento” en *Jurisprudencia Argentina*. Tomo III-1977. Buenos Aires, 1977. p. 673; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 758-759.

de su obligación dineraria, B tendrá que cumplir con la porción no dineraria de su obligación recíproca.

Otras veces la *exceptio non adimpleti contractus* sirve para mantener una situación favorable a una compensación ulterior. Así, el comprador demandado por el pago del precio puede reconvenir al vendedor por daños y perjuicios por haberle vendido una cosa defectuosa y oponer la excepción de incumplimiento para denegar el cumplimiento de la prestación a su cargo, con el objeto de obtener luego el pago abreviado de los daños y perjuicios mediante la compensación judicial de su propio crédito.

3) DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN RESOLUTORIA

En la doctrina de los países que no consagran expresamente la *exceptio non adimpleti contractus* como principio general, se ha sostenido que la misma no es más que un derivado de la resolución y que su sanción, por tanto, estaría implícita en la regla que permite la resolución del contrato por incumplimiento; sin embargo, ambos institutos cumplen funciones diferentes, producen distintos efectos teniendo, por tanto, cada una de ellos su propio régimen jurídico.

Las principales diferencias entre estos dos remedios sinalagmáticos son las siguientes:

1) La acción resolutoria es la facultad que se le concede a una de las partes del contrato bilateral de terminar el contrato en razón del incumplimiento culposo de la otra parte; la excepción de incumplimiento, ya lo hemos dicho, es la facultad que tiene cada una de las partes del contrato bilateral de negarse a cumplir

sus obligaciones cuando su contraparte le exige el cumplimiento sin haber cumplido con sus propias obligaciones. La resolución es pues un medio de terminación de los contratos bilaterales; la *exceptio* es un medio que sólo permite suspender su ejecución dejando subsistente el contrato.

2) La acción resolutoria es una *acción* que se le da a la parte cumplidora con el objeto de extinguir el vínculo contractual. En cambio, la *exceptio non adimpleti contractus* es una *defensa* que persigue suspender la ejecución del contrato. Es pues un mecanismo de defensa que sólo tiende a paralizar temporalmente la acción de cumplimiento interpuesta por quien no ha cumplido la obligación correlativa que debe satisfacer antes o simultáneamente a la del demandado.

3) La resolución persigue poner fin a la relación contractual. Con la excepción de incumplimiento se busca mantener el equilibrio del contrato durante la vida de la relación.

Por consiguiente, la resolución requiere para su procedencia un incumplimiento definitivo ya consumado. En cambio, la excepción de incumplimiento procede también antes del incumplimiento verdadero y definitivo. Basta que no haya cumplimiento simultáneo. Así, el hecho de que una de las partes se retrarde uno o dos días en cumplir su prestación, en principio, no justifica la resolución sino sólo que la otra parte retrase el cumplimiento por el mismo número de días.

Para la procedencia de la *exceptio* no se requiere que el incumplimiento sea de tal gravedad que justifique la resolución del contrato, basta con que justifique la negativa del demandado a cumplir en tanto la otra parte no cumpla lo que le corresponde. Si

bien todo incumplimiento que da lugar a la resolución legítima la oposición de la *exceptio*, el incumplimiento que autoriza a invocar la excepción no siempre es apto para producir la resolución del contrato (*infra*, N° VIII,2,e).

4) En razón de la terminación del contrato que produce la resolución, ambas partes quedan liberadas del cumplimiento de sus obligaciones y obligadas a restituirse mutuamente las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato que ha quedado resuelto. Además, el contratante que incumplió tiene que indemnizar los daños y perjuicios causados a su co-contratante.

La *exceptio*, como ya dijimos, no tiene esa eficacia; sólo suspende la ejecución del contrato hasta tanto la parte que motive la oposición de la excepción cumpla con su propia obligación¹⁰.

5) La excepción de incumplimiento contractual normalmente se ejercita fuera del proceso, es decir, se opone extrajudicialmente. Frente a una reclamación extrajudicial de cumplimiento, cabe perfectamente invocar la *exceptio* para suspender la ejecución del contrato. En cambio de acuerdo con el artículo 1.167 del Código Civil, la resolución exige expresamente la intervención del juez¹¹.

¹⁰ La doctrina en general es conteste con los particulares expuestos. Al respecto, véase: DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p.p. 777-778; VAN OMMESLAGHE, Pierre: *op. cit.* Tome I. p.p. 858-859; BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. III. p. 432; MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Tomo II. p. 437; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. p. 14-18; REALMONTE, Francesco: “Importanza dell’inadempimento e *exceptio non adimpleti contractus*” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* diretta da Tito Carnacini. Giuffrè Editore. Milano, 1963. p. 326; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 106-107; ZANA, Mario: *op. cit.* p. 1385; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p.p. 555-557; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 1001; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 759-760.

¹¹ Cabe hacer notar que cuando la ley prevé la resolución de pleno derecho o las partes la acuerdan, la intervención del juez se limitará a constatar que se dieron los supuestos para la procedencia de la resolución (*sentencia mero-declarativa*).

4) DIFERENCIAS CON LA RECONVENCIÓN

La reconvencción implica ejercitar una acción diferente que se tiene contra el demandante, planteando una nueva *litis*, en la cual el demandado se vuelve actor, con autonomía respecto de la demanda¹². La *exceptio non adimpleti contractus* no puede ser calificada como una reconvencción por cumplimiento de contrato. En efecto, mientras con la *exceptio* el demandado limita su defensa a la oposición de una causa de paralización de la acción, mediante la reconvencción se hace valer una contrapretensión dirigida al cumplimiento por el actor; concretamente, se solicita que el actor, como parte de un contrato bilateral, cumpla con la prestación a su cargo¹³.

Desde luego esto no significa negar que el demandado por cumplimiento, además de oponer la *exceptio*, pueda reconvenir al actor pero esa es una cuestión diferente que desborda el campo propio de la *exceptio*. La *exceptio* es un medio de defensa y no de ataque. Desde que el excepcionante ataca ya no es la sola excepción lo que está en juego, porque se acumula una acción por cumplimiento o, en su caso, por resolución de contrato (*infra*, N° XIII,9).

¹² Cfr: CARNELUTTI, Francesco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. (Composición del Proceso). Traducción castellana de Nicolás Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Buenos Aires, 1944. p.p. 688-690; RENGEL ROMBERG, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (según el nuevo Código de 1987)*. Vol. III. Editorial Ex Libris. Caracas, 1991. p.p. 145-146.

¹³ En el mismo sentido, véase: SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. 108, especialmente, la nota 3. En contra: TARTUFARI, Luigi: *op. cit.* p.p. 307-308.

VII. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

1) CONTRATOS BILATERALES

Para indicar el campo de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, el artículo 1.168 del Código Civil se refiere explícitamente al “contrato bilateral” y el artículo 1.134 *ejusdem* establece que “el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente”.

Se admite, como regla general, que la excepción de incumplimiento no debe aplicarse sino a los contratos bilaterales pues su fundamento se basa en la propia estructura de las obligaciones recíprocas que derivan de estos contratos; por ello parece natural, en principio, limitar a dichos contratos el ámbito de aplicación de la *exceptio*¹.

Las obligaciones que derivan de los contratos bilaterales, como sabemos, son recíprocas e interdependientes, es decir, el acreedor es al mismo tiempo deudor y el deudor es al mismo tiempo acreedor. En los contratos bilaterales las prestaciones de cada una de las

¹ Así lo hacen de modo expreso, entre otros, los Códigos Civiles alemán, suizo de las Obligaciones y venezolano.

partes son prometidas a título de contrapartida o retribución por las prestaciones de la otra. Si el acreedor es deudor es porque el deudor es acreedor y ello en virtud del mismo contrato. Así, en la venta si el vendedor se compromete a transmitir la propiedad y entregar la cosa, es porque el comprador se compromete a pagar el precio. Una prestación es pues el presupuesto indeclinable de la otra.

La reciprocidad o interdependencia entre las obligaciones que surgen de un contrato bilateral se mantiene después de la formación del contrato. Se explica así que si la obligación de una de las partes no ha sido cumplida, la otra que aún no ha cumplido con su obligación está en su derecho de no proceder a la ejecución mientras la primera no cumpla con la suya. Como afirma en la doctrina nacional el profesor José Mélich-Orsini:

“La bilateralidad de un determinado contrato no se deriva sólo de la circunstancia de que el mismo contrato haga nacer obligaciones para ambas partes contratantes, sino de que estas obligaciones sean *recíprocas*. Ahora bien, *reciprocidad* significa “correspondencia o mutuo cambio de una acción con otra”; lo que traducido al ámbito de un contrato que hace nacer obligaciones para ambas partes, debe entenderse en el doble sentido de que a la *asunción* de la obligación por una de las partes, corresponda la asunción de la obligación de la otra parte (el llamado “sinalagma genético”) y de que el *deber de cumplimiento* de la obligación de cada parte esté asimismo en estricta correspondencia con el modo según el cual la otra parte satisfaga, a su vez, el deber de cumplimiento de su respectiva obligación (el llamado “sinalagma funcional”)².

Ahora bien, esto no quiere decir que las dos prestaciones recíprocas deban ser de un valor equivalente. Las prestaciones pueden

² MÉLICH-ORSINI, José: *La Resolución...cit.* p.p. 146-147.

ser interdependientes aunque sean de distinto valor y no serlo aunque tengan un valor equivalente³.

Además, se afirma, a los efectos de la interdependencia de las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático, no basta tener en cuenta simplemente las obligaciones principales, sino que se requiere también tomar en consideración las obligaciones accesorias, cuya importancia muchas veces no es menor que la de las obligaciones principales. No hay pues interdependencia solamente entre las obligaciones principales, sino también entre las obligaciones accesorias, y también puede haberla entre éstas y las obligaciones principales⁴ (*infra*, N° VIII,1).

2) CONTRATOS BILATERALES IMPERFECTOS

La doctrina discute si la *exceptio non adimpleti contractus* se aplica a los contratos bilaterales imperfectos, esto es, aquellos contratos que inicialmente sólo producen obligaciones para una de las partes, pero que durante la vida del contrato hacen o pueden hacer surgir obligaciones para ambas partes como, por ejemplo, el depósito, el comodato y el mandato⁵.

³ Cfr. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean: *La Résolution des Contrats Synallagmatiques en Droit Allemand*. Rousseau & Cié Editeurs. Paris, 1940. p. 88.

⁴ LARROUMET, Christian: *op. cit.* Vol. I. p. 150, especialmente, la nota 18; BRUGI, Biagio: *op. cit.* p. 227.

⁵ El contrato de depósito engendra ordinariamente sólo una obligación de restituir la cosa depositada a cargo del depositario, no quedando inicialmente el depositante obligado a nada, sino en el caso en el que el depositario tenga que realizar gastos para la conservación de la cosa y eventualmente cuando el depositante deba indemnizar al depositario por daños causados por la cosa depositada (Código Civil, artículo 1.773). En el comodato, en principio, sólo el comodatario queda obligado a restituir al comodante la cosa recibida en calidad de comodato (Código Civil, artículo 1.724), pero el comodante puede resultar obligado a reembolsar al comodatario los gastos extraordinarios, necesarios o urgentes que éste se hubiese visto obligado a efectuar

Según un sector de la doctrina francesa, los contratos bilaterales imperfectos equivalen para muchos efectos a los contratos bilaterales; por lo cual, les sería aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*⁶.

Pero esta opinión no es compartida por otros autores que sostienen que los contratos bilaterales imperfectos son verdaderos contratos unilaterales a los cuales no le son aplicables las reglas de los contratos bilaterales⁷. En dichos contratos las dos series de obligaciones no son interdependientes entre sí, no surgen simultáneamente y con fundamento la una en la otra y viceversa. Se afirma, en tal sentido, que en los contratos bilaterales imperfectos la obligación surgida posteriormente no fue tenida en cuenta al celebrar el contrato, como causa del mismo. Así, el depositario, el comodatario y el mandatario no se determinaron a contratar para que les fuesen devueltos los gastos eventuales que se vieron obligados a realizar; ello no fue la causa de su obligación, sino tan sólo un efecto secundario del contrato⁸.

(Código Civil, artículo 1.733). En el mandato, en su inicio sólo el mandatario se obliga a realizar la gestión encomendada (Código Civil, artículo 1.684), pero el mandante quedará obligado a reembolsar al mandatario los avances y gastos efectuados por éste en la ejecución del mandato (Código Civil, artículo 1.699).

⁶ CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 447 y ss.; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* Tome II. Premier volume. p.p. 89-90; MALECKI, Catherine: *op. cit.* p.p. 248-249. Es también el criterio que prevalece en la doctrina española que se ha ocupado de la cuestión. Al respecto, véase: CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p.p. 50 y ss. y 60; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p.p. 557 y ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *op. cit.* p.p. 94-95.

⁷ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *op. cit.* Tomo III. p. 580; JOSSERAND, Louis: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II (Teoría General de las Obligaciones). Traducción castellana de Santiago Cunchillos y Manterola. Bosch y Cia Editores. Buenos Aires, 1950. p.p. 25-26; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VI. p.p. 47-48; LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Traducción castellana. Tomo XV. Habana, 1917. p. 435; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p.p. 412-413.

⁸ CAPITANT, Henri: *op. cit.* p.p. 275 y ss.

En Italia, el Código Civil de 1942, a diferencia del Código Civil italiano de 1865, ya no se refiere a contratos unilaterales y contratos bilaterales sino a contratos con prestaciones correspectivas y contratos con obligaciones para una sola de las partes, lo que ha suscitado en la doctrina posterior al Código de 1942 las más diversas posiciones en torno al alcance de estas expresiones.

Según algunos autores como Messineo, Colagrosso y Barassi no existe ninguna diferencia sustancial entre las dicciones del *Codice* (contratos con prestaciones correspectivas y contratos con prestaciones para una sola de las partes) y las del Código de 1865 (contratos bilaterales y contratos unilaterales)⁹.

Otros autores como De Ruggiero y Maroi, en cambio, sostienen que la distinción entre contratos con prestaciones correspectivas y contratos con prestaciones para una sola de las partes no sustituye a la clasificación tradicional (contratos bilaterales y contratos unilaterales), sino que la presupone. Según estos autores, la noción de contratos con prestaciones correspectivas a que se refieren los artículos 1.406, 1.453, 1.460, 1.451 y 1.469 del *Codice* va más allá de la de contratos bilaterales perfectos puesto que comprende todos los contratos a título oneroso, aun cuando sean unilaterales¹⁰.

Otros autores como Trabucchi dudan que la expresión “contratos con prestaciones correspectivas” pueda entenderse en el sentido amplio de abarcar los llamados contratos bilaterales imperfectos

⁹ MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Tomo I. p.p. 413-414; COLAGROSSO, Enrico: *op. cit.* p. 237; BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. II. p.p. 262-264.

¹⁰ DE RUGGIERO, Roberto y MAROI, Julvio: *Istituzioni di Diritto Privato*. Vol. II. Milano, 1954. p. 154.

y postulan que aquella expresión se “avecina a la categoría de contratos onerosos”¹¹.

Finalmente, otro sector de la doctrina italiana considera que el contrato con prestaciones correspectivas puede equivaler a contrato bilateral o a contrato oneroso, según los casos. Así Luzzatto afirma que esta expresión “tiene un significado mudable queriendo, a veces, significar contrato bilateral, según la tradicional descripción, y otras, contrato oneroso (sea o no bilateral)”¹².

En términos parecidos Persico afirma que “los artículos que hablan de prestaciones correspectivas, autorizan a pensar que el concepto recibido por el nuevo Código sea más amplio que el del Código de 1865; porque en la nueva dicción, contrato con prestaciones correspectivas, confluye todo contrato oneroso, sea con obligaciones recíprocas, sea con obligaciones unilaterales. El Código, sin embargo, emplea a veces la mencionada expresión en el significado más restringido de contrato *oneroso bilateral*”. Precisamente, según Persico, ocurre esto último en relación con la excepción de incumplimiento contractual, ya que “para que la excepción opere deben existir obligaciones en ambos contratantes; en función recíproca y correspectiva, dado que la negativa a cumplir la propia obligación está subordinada a la circunstancia de que la otra parte no cumpla o no ofrezca cumplir la suya. Se trata aquí de un caso en que el Código usa la expresión contrato con prestaciones correspectivas con el mismo significado de contrato oneroso bilateral”¹³.

De donde resulta que como consecuencia de algunas teorías expuestas por la doctrina italiana moderna, se amplía el campo de

¹¹ TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p.p. 694-696.

¹² LUZZATTO, Ruggero: *Le Obbligazioni...cit.* p. 172.

¹³ PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 43.

aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* para comprender, en algunos casos, a los contratos bilaterales imperfectos y, en otros, a los contratos onerosos unilaterales¹⁴.

Por lo que al Derecho venezolano concierne, debido a que en los contratos unilaterales sólo una de las partes es acreedora y la otra deudora, no es posible aplicar en estos contratos la *exceptio non adimpleti contractus*¹⁵ (ni tampoco la acción resolutoria). Si se trata de un contrato unilateral, en caso de inejecución de la obligación por parte del deudor, se aplica el derecho común que es válido para todos los contratos, es decir, ya sea la ejecución forzosa si es posible, o la ejecución por equivalente y la aplicación de la responsabilidad contractual del deudor.

Quedan igualmente excluidos del campo de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* los llamados contratos bilaterales imperfectos como el depósito no remunerado, el comodato y el mandato gratuito. En efecto, como indicamos poco antes, los contratos que el Código Civil denomina bilaterales son aquellos en los cuales las partes se obligan *recíprocamente* la una hacia la otra.

Ahora bien, para que exista la interdependencia y reciprocidad entre las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, se requiere

¹⁴ Al respecto, véase: BIGLIAZZI GERI, Lina: “Risoluzione per inadempimento” en *Commentario del Codice Civile* a cura de Scialoja e Branca. Libro IV (Delle Obbligazioni). Tomo II. (arts. 1.460-1.462). Bolonia-Roma, 1988. p.p. 8-17.

¹⁵ Por esa razón la *exceptio* es inaplicable aun en el caso de los *contratos unilaterales onerosos*, ya que en los mismos sólo resulta obligada una única parte una vez que han quedado perfeccionados como tales; por lo cual, mal puede decirse que en dichos contratos existan prestaciones recíprocas. Bien sabido es que la entrega de la cosa por la parte que en lo sucesivo tendrá la exclusiva condición de acreedora es un elemento constitutivo que se requiere para el perfeccionamiento del contrato real, o sea, que tiene lugar *contrahendi causa* y no *solvendi causa* como sucede en otros contratos.

que las obligaciones sean coetáneas y directamente dependientes del acuerdo de voluntades¹⁶. No hay interdependencia cuando las obligaciones nacen durante la ejecución del contrato directamente de la ley en razón de acontecimientos posteriores e independientes de la voluntad de las partes contratantes. La interdependencia sólo puede nacer en el momento del acuerdo de voluntades cuando se celebra el contrato.

En los contratos bilaterales imperfectos, ya lo hemos dicho, unas obligaciones nacen por la voluntad de las partes en el momento de la celebración del contrato; tal es el caso de las obligaciones del depositario, comodatario o mandatario. Las otras no nacen del acuerdo de voluntades sino por disposición de la ley, durante la ejecución del contrato; tal es el caso de las obligaciones del depositante, comodante o mandante de reembolsar los gastos hechos por el depositario, comodatario o mandatario.

Para la configuración del contrato bilateral hay que tener en cuenta pues las obligaciones que surgen desde el momento de la celebración del contrato “si no inmediatamente, al menos con certidumbre”¹⁷. Si desde entonces y a raíz del mismo, cada una de las partes contratantes se obliga recíprocamente con una prestación, el contrato es bilateral. Si, por el contrario, desde el momento de la celebración del acto, una sola de las partes queda obligada, el contrato será unilateral. No es bilateral, por tanto, el contrato que en principio sólo produce obligaciones para una de las partes pero que en el curso de su desarrollo hace o puede hacer surgir obligaciones a cargo de la otra parte. La bilateralidad a que se refiere el Código es la perfecta y no la sinalagmática imperfecta.

¹⁶ Cfr: CONSTANTINESCO, Leontin-Jean: *op. cit.* p. 27; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 761-762.

¹⁷ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean: *Ibidem.*

En el contrato bilateral, en fin, ambos contratantes se constituyen recíprocamente en deudores y acreedores, son al mismo tiempo deudor y acreedor, debiendo surgir sus obligaciones en el mismo momento, coexistiendo. La *exceptio non adimpleti contractus* prevista en el artículo 1.168 se aplica sólo en el caso de los contratos bilaterales, por ser precisamente consecuencia de la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones. Por lo cual, el que se ha convertido en acreedor durante el curso de la ejecución del contrato, en caso de inejecución de la otra parte, sólo podrá invocar las sanciones del derecho común tales como la acción de cumplimiento o el cumplimiento por equivalente, salvo en ciertos casos la posibilidad de ejercer el derecho de retención cuando así lo establece la ley como, por ejemplo, en el caso del contrato de mandato y del contrato de depósito. Pero, como se dijo, este derecho no puede confundirse con la *exceptio non adimpleti contractus* (*supra*, N° VI,1).

Ahora bien, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar que un contrato que sólo hace surgir normalmente obligaciones a cargo de una de las partes, pueda en el caso concreto producirlas también para la otra parte como ocurre en el caso del mandato remunerado o del depósito remunerado. Por convenio, las partes pueden pues transformar un contrato que por su naturaleza es unilateral en un contrato bilateral, o sea, en un contrato con obligaciones recíprocas en cuyo caso, en razón de la interdependencia creada por la voluntad de los contratantes entre las obligaciones a cargo de cada uno de ellos, cabría la aplicación de la *exceptio*¹⁸.

¹⁸ Cfr: DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p.p. 411-412; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 762-763.

3) CONTRATOS CONEXOS

Tampoco vemos obstáculo a que los particulares, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, puedan crear un nexo de interdependencia entre contratos distintos con lo cual el campo de aplicación de la *exceptio* quedaría ampliado a las obligaciones recíprocas derivadas de los contratos enlazados que ellos celebren.

La doctrina y la jurisprudencia francesa y belga admiten la conexidad entre distintos contratos cuando de acuerdo con la intención de las partes dichos contratos forman un conjunto indefectiblemente vinculado al logro de un propósito económico determinado, de manera que la validez, eficacia y ejecución de cada uno de ellos condicione la validez, eficacia y ejecución del otro. En tales casos la inejecución de la obligación nacida de uno de esos contratos puede justificar la suspensión de la obligación derivada del otro. Por ejemplo, el incumplimiento de una obligación a cargo del franquiciante establecida en el contrato de franquicia puede justificar la suspensión del pago de los cánones de arrendamiento adeudados por el franquiciado en razón de un contrato de arrendamiento concluido con el franquiciante¹⁹. Dicho en otras palabras, la imprescindible relación sinalagmática que debe ligar las distintas prestaciones puede predicarse incluso cuando la fuente contractual no sea única, siempre y cuando exista un coligamento funcional entre los distintos contratos celebrados por las mismas partes. Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia italianas admiten que cuando existe una dependencia recíproca entre los contratos conexos celebrados por las mismas partes puede

¹⁹ Al respecto, véase: DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p.p. 71-73, especialmente, la nota 40 y la jurisprudencia de los tribunales belgas allí citada.

oponerse la *exceptio non adimpleti contractus* a las prestaciones correspondientes que derivan de tales contratos²⁰.

La noción de contratos enlazados ha sido acogida por la doctrina nacional. La conexión o agrupación de contratos, se afirma, se presenta cuando dos o más contratos, donde cada uno de ellos constituye una relación jurídica independiente, autónoma y suficiente por sí misma, tienen una conexión sustancial, de modo tal que la validez, los efectos o la interpretación de uno puede afectar la validez, el cumplimiento, la ejecución o la interpretación del otro. La conexión, se advierte, debe ser sustancial de manera que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato sea esencial para el sentido económico del otro²¹.

Con base en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden convenir en que dos o más contratos que ellas celebren se consideren enlazados, estableciendo que el cumplimiento, el incumplimiento, la nulidad o la interpretación de uno afecte al otro contrato (Código Civil, artículo 1.159). La voluntad de las partes es pues fuente de conexión contractual. La manifestación de voluntad de enlazar dos o más contratos puede ser expresa o tácita, pero en todo caso debe ser clara. Así, si dos personas celebran un contrato de suministro y un contrato de arrendamiento pueden acordar que el incumplimiento de la obligación del proveedor-arrendador según el contrato de suministro, le permita al cliente-arrendatario suspender el cumplimiento de su obligación de pagar el canon establecido en el contrato de arrendamiento celebrado por las mismas partes.

²⁰ Al respecto, véase: DALMARTELLO, Arturo: *op. cit.* p. 356, especialmente, la nota 5 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada; PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 639 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

²¹ RODNER, James Otis: *Los Contratos Enlazados. El Subcontrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Estudios N° 77. Caracas, 2008. p.p. 6 y 30.

En todo caso la oponibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* sólo se admitirá si queda suficientemente establecida la voluntad de las partes de vincular la ejecución o inejecución de un contrato a la del otro (u otros) contratos, o demostrada una conexión por el objeto o por la causa de los diversos contratos celebrados por las mismas partes.

Para que exista reciprocidad se requiere, por supuesto, que los diversos contratos enlazados hayan sido celebrados entre las mismas partes; por lo cual, no puede el arrendatario suspender el pago del canon de arrendamiento por el hecho de que el subarrendatario no pague el canon del sub-arrendamiento. Además, si no existe una conexión por el objeto o la causa de los dos contratos, no existe relación de interdependencia entre las obligaciones derivadas de uno y otro.

En otros países se observa la tendencia de los tribunales mucho más favorable a admitir la conexión creada por la voluntad de las partes en el ámbito mercantil, que en el civil. Incluso algunos ordenamientos establecen sin más esta conexión entre las obligaciones de los comerciantes²². En el campo civil, suelen mostrarse más renuentes a su admisión sobre todo en presencia de terceros que pudieran quedar afectados por su alegación²³.

4) **DONACIÓN *SUB MODO***

Por su carácter unilateral, se excluye la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* en el contrato de donación aun cuando el donante someta la liberalidad a una *carga o modo*.

²² En el caso de Suiza y Alemania (§ 369 del Código de Comercio).

²³ Al respecto, véase: CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p.p. 53-54.

Como es bien sabido, la carga o modo no constituye un correspondiente a la obligación asumida por el donante sino que representa sólo la pérdida de una parte de la ventaja que al donatario le reporta la donación, o el deber de usar de una manera determinada el objeto de la donación o una parte del mismo. Es pues una obligación secundaria y accidental y no una contraprestación cuya reciprocidad pueda predicarse respecto de la obligación del donante²⁴.

Ahora bien, la donación continúa siendo un contrato a título gratuito aun cuando el donante la someta al cumplimiento de una carga (arg.: *ex art. 1.432 del Código Civil*). La carga no incide pues sobre la naturaleza del negocio que continua siendo un contrato de donación sin transformarse en un *negotium mixtum*, ni oneroso ni bilateral²⁵. A nuestro modo de ver, esto ya sería suficiente para excluir la aplicación de la *exceptio* a las relaciones entre el donante y el donatario surgidas de la donación *sub modo*.

Pero hay algo más. La obligación de cumplir el modo no nace en virtud de la aceptación de la donación sino después y sólo cuando el bien donado haya efectivamente ingresado en el patrimonio del donatario. Una vez que el donatario haya obtenido el bien donado surge el deber de cumplir el *modus*²⁶. De ahí que si al donatario se le exige el cumplimiento de la carga establecida por el donante que no haya aún cumplido con su obligación de entrega, podrá aquél siempre oponer que dicha carga presupone el cumplimiento previo de la obligación por parte del donante. A la inversa, el donante a quien se le exija el cumplimiento de la donación no podrá invocar la excepción de incumplimiento por la inejecución de la

²⁴ Cfr: TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p.p. 150-151.

²⁵ Cfr: AZZARITI, Francesco y MARTÍNEZ, Giovanni: *Successioni per Causa di Morte e Donazioni*. Padova, 1948. p. 745.

²⁶ Cfr: MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Tomo I. p. 214.

carga impuesta al donatario cuyo cumplimiento sólo puede exigirse después de la entrega de la cosa donada²⁷.

5) MUTUO CON INTERESES

Por ser el mutuo con intereses un contrato unilateral que sólo hace surgir obligaciones a cargo del mutuuario, tampoco cabe oponer la excepción de incumplimiento cuando el mutuuario no devuelva la cosa recibida en préstamo o no pague los intereses pactados, lo que no excluye que las partes convengan que en caso de incumplimiento se produzca la caducidad del término concedido para la devolución del préstamo.

6) CONTRATOS PLURILATERALES

La doctrina extranjera discute si la excepción de incumplimiento es aplicable a los contratos plurilaterales, especialmente al contrato de sociedad.

Según un sector de la doctrina extranjera, la estructura particular de este tipo de contratos hace inaplicable la *exceptio* a las relaciones jurídicas surgidas de los mismos. Se afirma que las prestaciones convenidas en el contrato de sociedad no juegan en función de la reciprocidad sino en razón de su convergencia. Los contratantes no convienen en un intercambio de prestaciones sino que se obligan a poner en común prestaciones de dinero, de bienes o de industria. Ello excluye la aplicación al contrato de sociedad de

²⁷ Cfr. PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 61.

las reglas previstas para las obligaciones recíprocas que presuponen una equiparación de reciprocidad y bilateralidad²⁸.

Exponente de esta corriente de opinión en la doctrina española es Alonso Pérez quien afirma “creemos que no presenta naturaleza bilateral el contrato de sociedad, pues en él no se dan, como observa Uría, contraprestaciones recíprocas y cualitativamente iguales y no van dirigidas a proporcionar a nadie el goce inmediato de las mismas, sino a fundirse entre sí para proporcionar a todos las ventajas que resulten de la utilización del fondo común; la aportación de un socio no supone la compensación del otro, ni cumple función económico-jurídica de reciprocidad, en cuanto no se destina a satisfacer el interés de otro socio; en la sociedad existe una “comunidad de fin”, una coordinación de intereses uniformes para conseguir una misma finalidad por tratarse de un contrato de cooperación, a diferencia del que engendra obligaciones correlativas, en que las prestaciones son expresión de intereses dispares o heterogéneos cuya satisfacción se lleva a efecto mediante el cambio, dando un *aliud* distinto del que se recibe”²⁹.

En cambio, según otros autores, en los contratos plurilaterales el incumplimiento de una de las partes legitima la oposición de la excepción de incumplimiento contractual por parte de cualquiera de las otras, cuando la prestación incumplida sea considerada esencial para el logro del fin común perseguido por todas ellas, según las circunstancias³⁰. Esta afirmación se basa en el hecho de que en los

²⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER José: *Anotaciones...cit.* Tomo II. Vol. II p.p. 696-697.

²⁹ ALONSO PÉREZ, Mariano: *op. cit.* p. 50.

³⁰ Es la solución que consagra el artículo 1.459 del Código Civil italiano de 1942 para la resolución de los contratos plurilaterales. Pero la doctrina admite que la misma solución se aplica para la *exceptio* en este tipo de contratos. Al respecto, véase: AULETTA, Giuseppe Giacomo: “Risoluzione del rapporto sociale per inadempimento” en *Rivista*

contratos plurilaterales la obligación que asume uno de los sujetos intervinientes no constituye directamente el correspondiente de la obligación asumida por cada uno de los otros, sino que representa tan sólo un medio para la realización del fin común.

Por consiguiente, el incumplimiento de una de las partes solamente influye sobre la prestación de las otras y sobre el negocio en su conjunto, cuando el propósito común perseguido no pueda ya alcanzarse en razón de la prestación incumplida. Pero si las prestaciones ya cumplidas no impiden la consecución del fin social, no podrá una de las partes a quien se le exija el cumplimiento ampararse en el incumplimiento de otro de los sujetos intervinientes para negarse a cumplir con su obligación³¹. Así, si A debe aportar una cantera, B un millón de Bs. y C su trabajo, si A se niega a dar su contribución y le exige a B que cumpla con su parte, éste puede negarse a hacerlo. Pero la situación es distinta cuando, por ejemplo, cien personas convienen en formar una sociedad obligándose cada una de ellas a contribuir con Bs. 1.000 y noventa y ocho han efectuado sus aportes, pero A y B no lo han hecho. Si cualquiera de los socios le exige el cumplimiento a A, éste no puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* basándose en que B no ha cumplido cuando, en el caso concreto, ni la persona de B ni su contribución hayan sido consideradas esenciales para el logro del objeto social.

Por nuestra parte pensamos que en un contrato plurilateral como el de sociedad, las partes se obligan teniendo en cuenta fundamentalmente el propósito común y la consecución del fin

Trimestrale di Diritto e Procedura Civile diretta da Tito Carnacini. Giuffrè Editore. Milano, 1955. p.p. 522-523.

³¹ ASCARELLI, Tulio: "Il contratto plurilaterale" en *Studi in Tema di Contratti*. Milano, 1952. p. 133; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 63; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. 136.

social. Ciertamente, cada socio promete sus prestaciones y contribuciones para que asimismo los otros se obliguen a prestaciones y aportes de contenido igual o equivalente. Sin embargo, no se produce aquí el efecto particular de las obligaciones propiamente bilaterales e interdependientes puesto que, según resulta de las disposiciones del Código Civil, las obligaciones se establecen entre los socios y la sociedad. El artículo 1.654 del Código Civil establece que “cada asociado es deudor a *la sociedad* de todo cuanto ha prometido aportar a ella”. Por consiguiente, desde que la sociedad comienza, la propia sociedad civil como persona jurídica es titular de los bienes ya aportados y de los créditos correlativos a los aportes prometidos por los socios. Más que un patrimonio vinculado a un fin determinado, lo que existe es un patrimonio perteneciente a una persona jurídica cuya personalidad es distinta y separada de la de sus socios. Por lo cual, una vez formada la sociedad, ésta es la que resulta acreedora de lo que los socios han prometido aportar. Y la sociedad comienza, dice el artículo 1.652, “desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa”.

Por consiguiente, si la demanda para que el socio pague su contribución es interpuesta por la sociedad, no podría el socio incumplidor oponer la *exceptio non adimpleti contractus* fundándose en el incumplimiento de otro socio por cuanto la demanda interpuesta lo es por una persona jurídica distinta de la de sus socios a la que, por hipótesis, no se le puede atribuir un incumplimiento. Si la demanda la interpone un socio incumpliente, nos inclinamos por pensar que en tal caso lo hace no en su propio interés, sino en el interés de la sociedad, por lo que tampoco cabría oponer la *exceptio*³².

³² Cfr. LARENZ, Karl: *op. cit.* Tomo II. p. 394; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER José: *loc. cit.*; PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. (Vol. I).

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.652, es posible que medie un intervalo entre la celebración del contrato de sociedad y la existencia de la sociedad. Durante ese período, por supuesto, las obligaciones no pueden darse entre los socios y la sociedad, que aún no existe, sino sólo entre los socios, en cuyo caso sí sería procedente oponer la excepción de incumplimiento conforme a los criterios expuestos *ut supra*.

Por último, en la doctrina italiana, según algunos autores, en las relaciones entre la sociedad y los socios, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones sobre exclusión de socios, el incumplimiento de las obligaciones de uno de los socios frente a la sociedad le permite a esta última no sólo recurrir a la ejecución forzosa de su crédito o reclamar el pago de los daños y perjuicios conforme al Derecho común, sino también suspender el cumplimiento de las prestaciones que le adeude al socio incumpliente³³; y, según otros, el socio, a su vez, en ciertos casos, podría suspender el cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad, cuando ésta no le hubiese dado lo que le corresponda según el contrato social³⁴.

7) CONTRATO DE TRANSACCIÓN

La doctrina discute si cabe la *resolución* por incumplimiento del contrato de transacción. Aunque, según algunos autores, en

Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1956. p. 405; BORDA, GUILLERMO A.: *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Tomo II. La Ley. Buenos Aires, 1997. p.p. 208-209. En la doctrina nacional ése parece ser el criterio seguido por Borjas cuando refiriéndose al contrato de sociedad afirma que “el incumplimiento de una de las partes no da derecho a las otras a negarse a dar ejecución al propio aporte...sino sólo a excluir al socio incumpliente” (BORJAS, Leopoldo: *Instituciones de Derecho Mercantil. Las Sociedades*. Ediciones Schnell C.A. Caracas, 1975. p. 49).

³³ RUBINO, Domenico: *Le Associazioni non Riconosciute*. Milano, 1952. p.p. 133 y 221, especialmente, la nota 2.

³⁴ PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 64.

atención al principio de la equiparación de la transacción con la cosa juzgada (Código Civil, artículo 1.718), la acción resolutoria no es aplicable a este contrato³⁵, la generalidad de los autores admite que no es lícito que una de las partes de la transacción pretenda demandar la ejecución de la obligación de la otra sin haber antes cumplido u ofrecido cumplir con sus recíprocos compromisos. Por lo cual, en el supuesto en el que uno de los transigentes pretenda el cumplimiento de la transacción sin a su vez haber cumplido u ofrecido el cumplimiento, el demandado podrá invocar *exceptio non adimpleti contractus*, claro está, siempre que concurren los requisitos para la procedencia de este medio de defensa³⁶.

8) CONTRATO DE SEGURO

No obstante ser un contrato aleatorio, el contrato de seguro es un contrato bilateral; por lo cual, el incumplimiento de las obligaciones por parte de cualquiera de los contratantes le permite al

³⁵ Valsechi trae una lista de autores franceses e italianos que admiten la resolución de la transacción por incumplimiento y de quienes la rechazan (VALSECHI, Emilio: “Il gioco e la scommessa – La transazione” en *Tratato di Diritto Civile e Commerciale* a cura de A. Cicu y F. Messineo. Giuffrè Editore. Milano, 1954. p. 374, especialmente, la nota 3). En la doctrina española Gullón sostiene que la resolución por incumplimiento es inaplicable a la transacción (GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: “La transacción” en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*. Tomo 18. Vol. II. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1964. p.p. 154 y ss.). En cambio Albaladejo y Tamayo Haya sostienen la posición contraria (ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*. Tomo II. (Derecho de Obligaciones). Edisofer S.L. Madrid, 2004. p. 853; TAMAYO HAYA, Silvia: *El Contrato de Transacción*. Thomson-Civitas. Madrid, 2003. p. 371). En la doctrina nacional, Mélich-Orsini admite la resolución de la transacción ex artículo 1.167 del Código Civil en caso de incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por uno de los transigentes (MÉLICH-ORSINI, José: *La Transacción*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 65. Caracas, 2006. p. 173).

³⁶ En tal sentido, en la doctrina francesa, véase: MALECKI, Catherine: *op. cit.* p. 248. En la doctrina italiana, véase: VALSECHI, Emilio: *op. cit.* p. 305. En la doctrina española, véase: TAMAYO HAYA, Silvia: *op. cit.* p. 366. En la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *loc. cit.* p. 178.

otro oponer la *exceptio non adimpleti contractus* conforme a lo dispuesto en artículo 1.168 del Código Civil. Pero adicionalmente, la falta de pago de la prima por parte del asegurado autoriza a la empresa aseguradora a negarse a pagar la indemnización prevista en el contrato. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales³⁷.

Para evitar que el asegurado espere a que sobrevenga el siniestro para proceder al pago de la prima, en la legislación especial que rige la materia y en las propias pólizas se contempla la suspensión de la cobertura de la póliza ante la falta de pago oportuno de la prima, la necesidad de constituir en mora al asegurado en el pago de la prima, así como el plazo a partir del cual regirá dicha suspensión. La doctrina califica a estas cláusulas como una regulación convencional de la *exceptio non adimpleti contractus*³⁸.

En caso de pago ulterior por parte del asegurado cesa la suspensión y se reanuda la eficacia del contrato de seguro, pero sólo

³⁷ En sentencia del 02-02-1965, la Sala Civil, Mercantil y del Trabajo de la antigua Corte Suprema de Justicia dejó establecido lo siguiente: “No se desprende del artículo 561 del Código de Comercio, el concepto de que perfeccionado el contrato de seguro, el asegurador no pueda negarse al pago de la indemnización aun cuando el asegurado no haya hecho el pago oportuno de la prima, sino que debe pagarla salvo el derecho de cobrar ésta. Este artículo sólo dice que el asegurador gana la prima desde que comienza el riesgo, sin restringir en modo alguno los derechos que los preceptos legales atribuyen a las partes en relación con los efectos de los contratos bilaterales de los cuales forma parte el contrato de seguro, puesto que de él nacen obligaciones recíprocas entre los contratantes: a cargo del asegurador la de pagar la indemnización una vez asumido el riesgo, y a cargo del asegurado la de pagar la prima. Consecuencia de esto es que a falta de pago de la prima en tiempo oportuno, el asegurador puede, por aplicación de los artículos 1.167 y 1.168 del C.C., que rige los efectos de este tipo de contrato, pedir el pago de la prima (ejecución del contrato); o pedir la rescisión por haber faltado el asegurado al pago de la prima (resolución del contrato), o también negarse, por la misma razón, a pagar la indemnización prevista en el contrato (excepción de contrato no cumplido)...”. (Sentencia del 02-02-65 en Gaceta Forense. Segunda Etapa. N° 47. p. 275).

³⁸ DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p. 784; VAN OMMESLAGHE, Pierre: *op. cit.* Tome I. p.p. 876-877; BENÍTEZ DE LUGO, Luis: *Tratado de Seguros*. Vol. I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955. p.p. 322-329.

para el futuro de modo que el asegurador no estará obligado a indemnizar al asegurado por el siniestro sobrevenido durante el período de la suspensión, lo que no es más que un corolario del carácter aleatorio del contrato de seguro: el álea se produjo de manera definitiva e irreversible estando suspendida la vigencia de la póliza y, por tanto, el riesgo corre por cuenta del asegurado³⁹. En algunas ocasiones, en la propia póliza se establece el plazo a partir del cual la póliza recobrará su fuerza y vigor cuando se haya efectuado por el asegurado el pago de las primas vencidas.

Pero es más discutible la eficacia de la alegación de la *exceptio* por parte del asegurado ante un incumplimiento por parte del asegurador. Desde luego, la excepción sería admisible para suspender el pago de la prima frente a una declaración de la empresa aseguradora de no asumir el riesgo correspondiente a un determinado período aún no transcurrido, pero no lo sería respecto a la falta de pago de la indemnización correspondiente a un siniestro ocurrido durante el período ya transcurrido de la vigencia del contrato⁴⁰. Como el seguro es un contrato de ejecución sucesiva, el asegurado ya estaba beneficiado por la cobertura del riesgo durante el tiempo transcurrido y, por tanto, el único recurso que pudiera realmente tutelar sus intereses en caso de falta de pago por parte del asegurador sería exigir el cumplimiento de la indemnización pretérita adeudada por éste, pero no la alegación de la *exceptio*.

³⁹ De acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales, la situación es distinta cuando en la póliza se convenga en el pago de la prima por fracciones anticipadas y que, llegada la oportunidad de pago del monto de la indemnización, se deducirá previamente la parte no pagada de la prima. En tal caso la empresa aseguradora no podría oponer la *exceptio non adimpleti contractus* por falta de pago de fracciones vencidas, pues hay una estipulación en el contrato que establece una situación especial que regula esta eventualidad (Sentencia del 13-06-57 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. VI. Tomo II. p.p. 520-522).

⁴⁰ Cfr. BUTTARO, Lucca: *L' Interesse nell' Assicurazione*. Milano, 1954. p. 158; PER-SICO, Giovanni: *op. cit.* p.p. 97-98.

9) CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

La *exceptio non adimpleti contractus* se aplica igualmente en el contrato de arrendamiento.

Como el pago del canon generalmente se debe anticipadamente, el arrendador puede negarse a entregar al arrendatario la cosa arrendada en caso de falta de pago del canon estipulado (Código Civil, artículos 1.585 y 1.592). Si el arrendador hubiere ya entregado la cosa, en caso de incumplimiento por parte del arrendatario de su obligación de pagar el canon en los términos convenidos o de servirse de la cosa arrendada como un buen padre de familia, y para el uso determinado en el contrato o, a falta de convención, para aquel que pueda presumirse, según las circunstancias, el arrendatario no podrá entonces exigirle al arrendador que efectúe las reparaciones a su cargo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.586 del Código Civil y que le asegure el disfrute pacífico de la cosa arrendada conforme a lo dispuesto en el artículo 1.591 *ejusdem*. Desde luego, la inejecución por parte del arrendador no debe ser contraria a las exigencias de la buena fe ni la *exceptio* puede alegarse en circunstancias tales que impliquen para el arrendatario daños mayores de los que normalmente deriven de la falta de disfrute de la cosa arrendada.

El arrendatario, a su vez, sólo puede suspender el pago de la totalidad del canon cuando el incumplimiento por parte del arrendador lo prive del disfrute total de la cosa. Por otra parte, si durante el contrato es preciso hacer en la cosa arrendada alguna reparación urgente, que no pueda diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, el arrendatario tiene la obligación de tolerar la obra aunque sea muy molesta y aunque durante ella se vea privado de una parte de la cosa. Pero si la reparación dura más de veinte días,

el arrendatario sólo puede disminuir el precio del canon de arrendamiento, en proporción del tiempo de la obra y de la parte de la cosa de la que se vea privado (Código Civil, artículo 1.590).

A nuestro modo de ver, en cualquier otro caso de privación parcial de la cosa imputable al arrendador, el arrendatario podrá suspender parcialmente el pago del canon. Desde luego, como se indica poco más adelante, no basta una inexecución insignificante por parte del arrendador para oponer la *exceptio non adimpleti contractus* (*infra*, N° VIII,4,c).

Por último, si el arrendatario opta por efectuar el mismo las reparaciones urgentes que requiera la cosa, o cuando tenga el deber de hacerlo para mitigar los daños que puedan producirse, éste tendrá derecho a la restitución de las cantidades desembolsadas por este concepto. Pero si el arrendador se negare a efectuar el reembolso, no podría el arrendatario suspender el pago de la pensión de arrendamiento en los términos convenidos. Esto por cuanto éste continúa con el pleno disfrute de la cosa arrendada y, además, porque su derecho al reembolso no surge directamente del contrato ni es un correspectivo de su obligación de pagar el canon⁴¹ (*supra*, N° VIII,1).

10) CONTRATO DE OBRAS

Como el contrato de obras es un contrato bilateral, cada una de las partes puede negarse a ejecutar su obligación si la otra parte no ejecuta la suya. Como es de suponer, la entrega de la obra realizada no puede quedar desligada del precio convenido pues ello alteraría

⁴¹ Podría, desde luego, producirse la compensación, siempre y cuando el crédito del arrendatario fuese líquido y exigible (arg.: *ex art.* 1.333 del Código Civil).

la reciprocidad de las obligaciones derivadas de este contrato. Por consiguiente, la *exceptio non adimpleti contractus* es oponible por cada una de las partes; pero si la totalidad o una parte del precio de la obra se debe pagar anticipadamente, sólo podría valerse de la *exceptio* el contratista para rechazar la pretensión del comitente de que el primero dé inicio a la ejecución de los trabajos, hasta tanto le sea pagado el precio o, en su caso, el anticipo.

Desde luego, en la generalidad de los casos la remuneración del contratista no consiste en un pago total que debe hacerse antes de iniciarse la obra. Tampoco es usual la estipulación de un pago global y alzado al finalizar la ejecución de los trabajos. Pero sí es normal la concesión, antes del comienzo de la obra por parte del contratista, de un anticipo del precio para facilitarle a este último el financiamiento de la obra. El resto del precio de estos contratos generalmente lo paga el comitente por relación de obras ejecutadas que debe presentar el contratista y, por tanto, el pago del precio se distribuye en relación con los trabajos ejecutados.

Si se ha convenido en que la obra se pague por partidas de obra ejecutada, la falta de pago oportuno de las obras ya realizadas faculta al contratista a suspender la ejecución de los trabajos mediante la oposición de la *exceptio*, hasta que reciba el pago del precio adeudado. A su vez el comitente puede suspender el pago de las valuaciones que le presente el contratista que no correspondan a partidas de obra ejecutada o, cuando de la verificación efectuada, resulte que su ejecución adolezca de vicios o diversidades. Pero no podrá una de las partes invocar la *exceptio* frente a un incumplimiento posterior de su contraparte, para negarse a cumplir una prestación anterior por la cual ya hubiese recibido la contraprestación. Por ejemplo, si se convino en la ejecución de un proyecto por etapas y en el pago fraccionado del precio en la oportunidad

de la recepción de las obras correspondientes a cada etapa, una vez completada satisfactoriamente las obras de la primera etapa y efectuada la recepción formal de las mismas, no podría el comitente negarse a pagar el precio de dichas obras, alegando que el contratista no ha ejecutado aún las obras correspondientes a la segunda etapa del proyecto.

Salvo pacto o uso en contrario, el contratista tiene derecho al pago de la compensación acordada cuando la obra le sea entregada conforme a lo convenido (Código Civil, artículo 1.646). Desde luego, si el contratista no entrega la obra dentro del término estipulado, no puede exigir el pago del precio; y si lo hiciera, el comitente podría oponerle la *exceptio* para denegar el pago hasta tanto el contratista efectúe dicha entrega. Si se ha convenido en que el pago se efectúe al aceptarse la obra, el contratista puede rechazar la entrega si el comitente habiendo aceptado la obra no paga u ofrece pagar el precio⁴², sin perjuicio de que aquél –si así lo desea– ante el incumplimiento ajeno intente la respectiva acción de cumplimiento.

Por su parte, frente a la pretensión del pago del precio ejercitada por el contratista que ha ejecutado la obra irregular, deficiente

⁴² La doctrina extranjera considera que esta facultad del contratista es una aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* y no constituye un supuesto de derecho de retención; por lo cual, no es oponible a los terceros adquirentes a título particular. Al respecto, véase: RUBINO, Domenico: *L'Appalto*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1958. p. 385. Cabe hacer notar, sin embargo, que el artículo 1.647 del Código Civil prevé un derecho especial de retención “en prenda” a favor de quien haya ejecutado una obra sobre cosa mueble (como, por ejemplo, el pintor, el artífice o el artesano), hasta que se le pague. De modo pues que si el contratista al tiempo de entregar la obra no recibe el precio, sin existir pacto o costumbre en contrario, tiene derecho a retener el bien mueble sobre el cual haya ejecutado la obra. Acerca de las prerrogativas de que goza el contratista de obra en cosa mueble en razón de este derecho de “retención en prenda”, véase: BURGOS VILLASMIL, José Ramón: *op. cit.* p.p. 124-126. En nuestro concepto, no hay razón para excluir el funcionamiento de la *exceptio non adimpleti contractus* en estos contratos de obra a los que se aplica el derecho de retención.

o imperfectamente, el comitente tiene a su alcance no sólo la excepción de incumplimiento contractual, sino también la acción de cumplimiento dirigida a la corrección o rectificación de la prestación defectuosa, así como la acción para obtener la indemnización de los daños y perjuicios causados. Pero el comitente –si así lo desea– puede simplemente limitarse a oponer las irregularidades y defectos de la obra contratada para obtener una reducción del precio a su cargo.

Cabe hacer notar que si bien, como principio de carácter general, el dueño o comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame tanto si el contratista no le ha hecho entrega de la obra o no le pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*) como si solamente ha cumplido en parte o de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*), en atención a las circunstancias puede resultar contrario a las exigencias de la buena fe facultar al dueño o comitente para denegar el pago total del saldo del precio adeudado cuando con una pequeña parte de ese saldo puede ser resarcido de las imperfecciones de la obra. Por lo cual, en algunas ocasiones, en caso de inejecución parcial o cumplimiento defectuoso por parte del contratista, cuando el comitente opone la *exceptio non rite adimpleti contractus*, no se justifica la denegación total del pago del precio de la obra, sino que convendrá, según las circunstancias, ajustarla a la entidad del incumplimiento del contratista para evitar situaciones abusivas y contrarias a las exigencias de la buena fe (arg.: *ex art. 1.160 del Código Civil*) (*infra*, N° VIII,4,c y d)⁴³.

⁴³ Este parece haber sido el criterio seguido por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda en sentencia del 1° de agosto de 1960 que estimó contrario a la buena fe que, en caso de objeciones a ciertas partidas de las valuaciones de obra presentadas por el contratista, el dueño de la obra pretendiera retenerle la totalidad de los pagos,

Desde luego, el comitente demandado por el pago del precio o la devolución de las cantidades retenidas en garantía que oponga la *exceptio non rite adimpleti contractus* tendrá la carga de la prueba de las imperfecciones, irregularidades o deficiencias de la obra y, en su caso, la de la mala calidad de los materiales suministrados por el contratista.

Por último, si se trata de un contrato de obra pública, como se indica poco más adelante, no puede el contratista suspender la ejecución de la obra en caso de retraso en el pago del precio (*infra*, N° VII,11).

11) CONTRATO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con la doctrina nacional y la jurisprudencia de nuestros tribunales, en materia de contratos administrativos el co-contratante de la Administración no puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* para dejar de cumplir sus obligaciones cuando la Administración contratante le exija el cumplimiento sin a su vez haber cumplido sus propias obligaciones⁴⁴.

incluyendo los correspondientes a las partidas no objetadas (Sentencia del 01-08-60 en Ramírez & Garay. Tomo II. p.p. 279-280). Tampoco el hecho de que el contratista no haya terminado la obra implica que no tenga derecho al cobro del precio de la obra ejecutada (Sentencia del 05-02-90 en Ramírez & Garay. Tomo CXI. p.p. 92-93).

⁴⁴ Al respecto, véase BADELL MADRID, Rafael: *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*. Caracas, 2001. p.p. 163-165; GRAU, María Amparo: “Principios generales de los contratos administrativos” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías” (Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”)*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2006. p.p. 37-39. La doctrina y la jurisprudencia nacionales, en esencia, siguen en esta materia las orientaciones de la doctrina administrativa francesa clásica expuesta por Jean Rivero en los siguientes términos: “Si es la Administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al co-contratante ampararse detrás

La relación jurídica de subordinación en que se encuentra el particular que contrata con la Administración aunada a la primacía del interés público que preside el contrato administrativo excluye la aplicación a este tipo de contrato de la regla contenida en el artículo 1.168 del Código Civil. Así lo dejó establecido la antigua Corte Federal y de Casación en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1944 en los siguientes términos:

“Antes de examinar este alegato... cabe observar... que en los contratos administrativos que interesan a un servicio público, el particular contratista no puede oponer a la autoridad pública con quien ha contratado la regla *inadimplenti non est adimpledum*, partiendo no sólo del carácter de subordinación de la actividad del contratista, al supremo interés público del servicio, que autoriza, como se ha visto, no considerar intangible el contrato cuando dicho interés lo exige, sino también partiendo de un nuevo concepto de la causa en los contratos bilaterales cuando se trata de contratos administrativos de la índole ya indicada”⁴⁵.

En diversas sentencias de nuestro máximo tribunal se ha reiterado este criterio. Así, en sentencia del 14 de agosto de 1998 la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia afirmó:

de la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender la ejecución de sus propias obligaciones: el particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la Administración; sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la rescisión en caso de falta muy grave.” (RIVERO, Jean: *Derecho Administrativo*. Traducción castellana. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984. p. 137). En el mismo sentido, también en la doctrina francesa, véase: JÈZE, Gastón: *Principios Generales de Derecho Administrativo*. Tomo VI. Traducción castellana. Buenos Aires, 1950. p. 229.

⁴⁵ Sentencia de la Corte Federal y de Casación de fecha 05-12-44 en Memoria de la Corte Federal y de Casación (1945). Tomo I. Imprenta Nacional. Caracas, 1945. p. 290.

[...] los querellantes, como prestatarios que son de un servicio público, estaban en el deber jurídico de no cesar la prestación del mismo, puesto que, como es sabido, la fórmula de derecho civil *non adimpleti contractus*, que permite a una de las partes contratantes dejar de cumplir sus obligaciones contractuales cuando la otra lo hace, no es aplicable en los contratos de servicio público. Ello en virtud de que en este tipo de relación jurídica, el interés general que motiva la contratación está muy por encima del interés particular involucrado⁴⁶.

Del mismo modo en sentencia de la misma Sala del 11 de abril de 2000 se lee:

“Cuando la Administración reclama al co-contratante el cumplimiento de alguna previsión contenida en un contrato administrativo, éste queda imposibilitado para oponer la excepción antes dicha, bastando citar para ello la decisión de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1945 (caso Astilleros La Guaira) y las subsecuentes decisiones emanadas de esta Sala que ratificaron este criterio. Por ello, mal podría la demandada oponer a la demandante su incumplimiento, ya que ello, en materias como la sometida a consideración de la Sala, resultaría improcedente⁴⁷.”

En términos muy similares en sentencia del 14 de julio de 2004 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia expresó:

“Es improcedente la excepción de contrato no cumplido opuesta por la demandada en caso de demanda por presunto incumplimiento de un contrato administrativo⁴⁸.”

⁴⁶ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de agosto de 1998 (Expediente N° 14.695) (Consultada en original).

⁴⁷ Sentencia del 11-04-00 en Ramírez & Garay. Tomo CLXIV. p. 388.

⁴⁸ Sentencia del 14-07-04 en Ramírez & Garay. Tomo CCXIII. p.p. 300-302.

Más recientemente la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 17 de julio de 2008 reiteró este criterio al señalar que:

“El contratante no puede oponerle a la Administración la excepción de contrato no cumplido para justificar el incumplimiento de sus obligaciones, alegando que el retraso en la ejecución de la obra, se encuentra en la tardanza en la firma del contrato y en el pago del anticipo correspondiente”⁴⁹.

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, el principio general según el cual cada una de las partes de un contrato bilateral puede negarse a cumplir su obligación si la otra parte no ejecuta la suya (claro está, si se llenan los requisitos para la procedencia de la *exceptio*) resulta alterado en el ámbito de la contratación administrativa. El interés público al cual queda sujeta la actividad contractual de la Administración determina que el contratista debe prestar el servicio con la continuidad requerida y que no puede, por tanto, amparándose en el incumplimiento de las obligaciones de la Administración, suspender la ejecución del contrato para dejar de cumplir las suyas⁵⁰.

De ahí que la demora en el pago por parte de la Administración contratante o cualquier otra falta de la Administración no le permite al contratista suspender el cumplimiento del contrato,

⁴⁹ Sentencia del 17-07-08 en Ramírez & Garay. Tomo CCLVI. p.p. 423-424.

⁵⁰ En cambio, nuestro máximo tribunal sí ha estimado procedente la *exceptio non adimpleti contractus* cuando ésta es opuesta por el ente público contratante en razón del incumplimiento del contrato por parte de su contraparte contractual. Al respecto, véase: Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de febrero de 1995 (Caso: *Jesús Barrios Barco vs Corporación de Mercadeo Agrícola*) (Consultada en original); Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 26-02-02, (Caso: *Empacando C.A. vs. Ministerio de Agricultura y Cría* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00331-260202-16560.htm>).

quedando a salvo, por supuesto, la posibilidad de reclamar –sin excepcionarse del cumplimiento de sus obligaciones– la compensación debida por los daños y perjuicios causados por la actuación de la Administración⁵¹.

La doctrina moderna se orienta en el sentido de atemperar el rigor de este principio para admitir que si la falta de la Administración es de tal magnitud que le impide al co-contratante cumplir el contrato, éste tiene el derecho de suspender su ejecución. Así,

⁵¹ Cabe hacer notar, sin embargo, que tanto el Decreto N° 1.821 mediante el cual se dictaron las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras publicado en la Gaceta Oficial N° 34.797 del 12 de septiembre de 1991, como el Decreto N° 1.417 mediante el cual se reformaron dichas Condiciones publicado en la Gaceta Oficial N° 5.096 Extraordinario de fecha 31 de julio de 1996, consagraron el derecho de quien contratara con el Poder Nacional la ejecución de una obra de paralizar la ejecución del contrato en caso de retraso significativo en el pago del precio por parte del ente contratante. En efecto, en el artículo 53 del precitado Decreto N° 1.417 se establece: “El Contratista tendrá derecho a paralizar la obra, en caso de que el Ente Contratante tenga un atraso mayor de treinta (30) días calendario en el límite establecido en el párrafo anterior (para la entrega del anticipo del precio de la obra), hasta tanto se realice el pago del anticipo.” Asimismo, según el artículo 60 *ejusdem*: “Cuando el Ente Contratante tenga un atraso en los pagos de valuaciones por más de sesenta (60) días calendario por cantidades superiores al diez por ciento (10%) del monto total del contrato más el porcentaje que represente el saldo no amortizado del Anticipo, el Contratista tendrá derecho a paralizar la ejecución de la obra hasta tanto se realice el pago y en este caso se considerará otorgada una prórroga automática por tiempo igual al de la paralización de la obra.” No obstante, la jurisprudencia del máximo tribunal, como hemos dicho atrás, se orientó en otra dirección rechazando totalmente la posibilidad de que quien hubiera celebrado un contrato administrativo con la Administración pudiese válidamente invocar la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender el cumplimiento de sus obligaciones en caso de incumplimiento de las suyas por parte de la Administración contratante. El Decreto N° 1.417 fue derogado expresamente por el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas publicado en la Gaceta Oficial N° 39.181 del 19 de mayo de 2009. En la actualidad, ni la Ley de Contrataciones Públicas publicada en la Gaceta Oficial N° 39.503 del 6 de septiembre de 2010 ni el precitado Reglamento de la Ley reconocen el derecho del co-contratante de la Administración de suspender la ejecución del contrato, ni siquiera tratándose de un contrato de obra. La solución legal es diferente en otros ordenamientos. Así, en España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se reconoce expresamente el derecho del contratista de suspender la ejecución del contrato, en caso de incumplimiento o demora en el pago por parte de la Administración.

en la doctrina francesa De Laubadère afirma que el contratista de la Administración no puede dejar de cumplir las obligaciones que le impone el contrato administrativo “salvo que el incumplimiento de la Administración haga imposible la realización del contrato”⁵². En la misma dirección, en la doctrina argentina, Dromi expresa que “la *exceptio non adimpleti contractus* puede ser opuesta por el contratista de la Administración Pública, cuando una conducta de ésta haya dado lugar a una *situación de hecho* que impida cumplir las obligaciones a su cargo, v. gr., retardo del pago, o no pago en el tiempo oportuno”⁵³. Asimismo, Marienhoff sigue este criterio cuando señala que “en homenaje a la satisfacción del interés público no puede... aceptarse... la ruina económica del co-contratante, situación en la que éste podría verse colocado ante una *prolongada* falta de pago por parte de la Administración Pública, de sumas *considerables* en relación a la *índole del contrato* y al *capital del co-contratante*”⁵⁴. Exponente de esta corriente de opinión en la doctrina nacional es el autor Mauricio Subero Mujica cuando afirma que “tanto el interés de la Administración (equivalente al interés general) en que el servicio o la obra se presten o ejecuten de manera eficiente (lo que supone la solvencia del contratista), así como el interés en no hacer excesivamente onerosa o imposible la contratación de la Administración, imponen la necesidad de que, en ciertas condiciones extremas, que se erigen en una total imposibilidad de ejecución de las obligaciones del contratista o que lo

⁵² DE LAUBADÈRE, André: *Contrats Administratifs*. Tome II. L.G.D.J. París, 1983-1984. p.p. 55 y ss. y p.p. 194 y ss.

⁵³ DROMI, Roberto: *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996. p. 360.

⁵⁴ MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. (Contratos Administrativos-Teoría General). Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1992. p. 382. Asimismo, en la doctrina argentina puede consultarse el interesante trabajo de Ana Salvatelli que lleva el título “Condiciones de aplicación y vigencia de la *Exceptio Non Adimpleti Contractus*” publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*. N° 20. Editorial Sherwood. Caracas, 2005. p.p. 229-244.

colocan en riesgo o precariedad, se admita la posibilidad de oponer a la Administración la *exceptio non adimpleti contractus*”⁵⁵.

A nuestro modo de ver, en este caso más que un supuesto de procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* lo que podría plantearse, según las circunstancias, es una imposibilidad material de cumplimiento asimilable a un evento de fuerza mayor⁵⁶. Para eximir al contratista del deber de cumplimiento, la actuación fáctica de la Administración que haga imposible la ejecución del contrato debe reunir los requisitos exigidos para la procedencia de la fuerza mayor, es decir, las notas de externalidad, imprevisibilidad e irreversibilidad.

12) OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

En atención a la exigencia de la interdependencia de las obligaciones para la admisibilidad de la *exceptio*, se discute si este medio de defensa es procedente en algunas situaciones extracontractuales.

a) **Disolución, anulación o resolución de un contrato bilateral**

La doctrina y la jurisprudencia admiten la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* respecto de las obligaciones

⁵⁵ SUBERO MUJICA, Mauricio: “Sobre la oponibilidad de la excepción de contrato no cumplido por parte del contratista de la administración en los contratos administrativos” en *Revista de Derecho Administrativo*. N° 18. Editorial Sherwood. Caracas, 2004. p. 140.

⁵⁶ Cfr: GRAU, María Amparo: *op. cit.* p.p. 38-39.

surgidas de la disolución, anulación o resolución de un contrato bilateral. La *disolución* de un contrato bilateral es también un acto bilateral tendiente a ponerle fin a un contrato por mutuo acuerdo, de modo que si una de las partes no cumple con sus obligaciones derivadas de la disolución, la otra parte puede negarse a cumplir con sus obligaciones hasta que la primera cumpla con las suyas, salvo que se hayan establecido fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones⁵⁷.

En los supuestos de *nulidad o resolución de un contrato bilateral* existe una identidad de razón para aplicar analógicamente la *exceptio non adimpleti contractus* y exigir que las obligaciones de restitución surgidas de la nulidad o resolución se cumplan simultáneamente.⁵⁸ Por lo cual, en el caso de que se declare la nulidad o resolución y las partes queden obligadas mutuamente a devolverse las prestaciones recibidas, si una de ella se niega a hacerlo la otra podrá alegar la *exceptio*. Como las obligaciones de restitución son el reverso de las obligaciones surgidas del contrato, si una de las partes exige la restitución a la otra sin restituir a su vez, esta última le puede oponer la excepción de incumplimiento, aunque tales obligaciones no emanan de un contrato sino de una sentencia.

⁵⁷ Cfr. CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 447 y ss.; GHESTIN, Jacques: *op. cit.* Tome III. p. 353; DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 860; REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 4; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 764-765.

⁵⁸ *Ibidem*. Además, véase: DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p. 781. En la doctrina nacional, véase: LÓPEZ HERRERA, Francisco: *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil Venezolana*. Empresa El Cojo S.A. Caracas, 1952. p. 205. En el artículo 1.308 del Código Civil español se dice “Mientras que uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba”.

b) Hecho ilícito

Desde luego no cabe alegar la excepción de incumplimiento respecto de las obligaciones de indemnizar surgidas del hecho ilícito, ni siquiera cuando dichas obligaciones surjan de un mismo accidente. No obstante provenir de una misma fuente, no existe interdependencia entre las obligaciones impuestas por la ley que no coexisten sino como consecuencia de un hecho accidental⁵⁹.

c) Gestión de negocios

Pero según la opinión general, la excepción de incumplimiento sí puede oponerse en las relaciones extracontractuales surgidas de la gestión de negocios aunque falta allí la estricta corresponsabilidad entre las obligaciones del dueño y del gestor. Invocar en este contexto la *exceptio*, se afirma, permite mantener el equilibrio interno de los deberes recíprocos de restitución derivados de la gestión de negocios⁶⁰.

13) RELACIONES FAMILIARES

Se excluye la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* en el ámbito de las relaciones jurídicas de carácter familiar como, por ejemplo, el matrimonio.

⁵⁹ Cfr: DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 63.

⁶⁰ GHESTIN, Jacques: *loc. cit.* especialmente, la nota 44 y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada; MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent y STOFFELMUNCK, Philippe: *Les Obligations*. Defrénois. París, 2005. p. 439, especialmente, la nota 16 y la jurisprudencia de la Casación francesa allí citada; VAN OMMESLAGHE, Pierre: *op. cit.* Tome I. p. 860.

Si bien es cierto que en el matrimonio puede hablarse de obligaciones para ambas partes, las mismas no revisten necesariamente la característica de interdependientes, correlativas o correspectivas propias del contrato bilateral. Por lo cual, si un esposo falta a uno de los deberes personales derivados del matrimonio, ello no autoriza al otro, en términos generales, a faltar a los suyos. Así, no se concibe que el incumplimiento del deber de cohabitación por parte de uno de los cónyuges autorice la suspensión del deber de socorro que le debe el otro, puesto que el uno no lo establece la ley como correspectivo del otro⁶¹. Cualquier pacto en contrario sería absolutamente nulo por contrario a las buenas costumbres (arg.: ex arts. 6° y 142 del Código Civil).

Pero adicionalmente es erróneo asimilar el matrimonio a un contrato sinalagmático y equiparar los deberes que engendra a obligaciones puramente contractuales. El matrimonio no es un contrato sino una institución que está configurada por un conjunto de reglas que deben ser respetadas para no desvirtuar su esencia⁶².

No cabe tampoco invocar la *exceptio* en las relaciones surgidas entre el tutor y el pupilo por cuanto aquí tampoco se da una verdadera reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones a cargo de uno y otro. Por ejemplo, no podría el tutor negarse a rendir las cuentas de su administración mientras el pupilo no le pague la remuneración a que tenga derecho. La ley establece, además, que antes de la aprobación definitiva de las cuentas de la tutela, no puede celebrarse ningún “*arreglo ni convenio*” entre el tutor y el menor llegado a la mayoría de edad (Código Civil, artículo 380).

⁶¹ Cfr: DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *loc. cit.*; GASTALDI, José María y CENTANARIO, Esteban: *op. cit.* p.p. 86-87.

⁶² Cfr: LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. Tomo I. Banco Exterior. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006. p. 220.

14) DERECHOS REALES

La *exceptio non adimpleti contractus* presupone la coexistencia de *derechos de crédito*; no se aplica en el campo de los *derechos reales*. Por lo cual, la jurisprudencia extranjera ha resuelto que no cabe invocar la *exceptio* cuando las partes han convenido en la constitución de una servidumbre *non aedificandi* a cambio de una remuneración y después el titular del fundo sirviente pretenda suspender, por falta de pago, los deberes que nacen de la servidumbre⁶³.

⁶³ En tal sentido, véase: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *Droit Civil. Les Obligations*. Dalloz. París, 2005. p. 624, especialmente, la nota 1 y la jurisprudencia francesa allí citada; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.* p. 440, especialmente, la nota 20 y la jurisprudencia de la Casación francesa allí citada; DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 63, especialmente, la nota 16 y la jurisprudencia de los tribunales belgas allí citada que, como apuntan estos autores, no ha dejado de ser objeto de críticas por parte de la doctrina.

VIII. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

Para la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* se requiere que concurren determinados requisitos o supuestos de procedencia. Estos requisitos son los siguientes: 1) la existencia de obligaciones recíprocas nacidas de un contrato bilateral; 2) el incumplimiento de la parte a quien se le opone la excepción; 3) las obligaciones deben ser de cumplimiento simultáneo; y 4) la invocación de la excepción no debe ser contraria a la buena fe.

Pasamos a referirnos a cada uno de estos requisitos.

1) LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS NACIDAS DE UN CONTRATO BILATERAL

El artículo 1.168 del Código Civil requiere para la procedencia de la excepción de incumplimiento que se trate de un contrato bilateral, lo que presupone que las partes se hayan obligado recíprocamente en virtud del contrato (Código Civil, artículo 1.134). Ya nos hemos referido a la bilateralidad del contrato y a la extensión del campo de aplicación de la *exceptio* a otras relaciones sinalagmáticas (*supra*, N° VII,12)¹.

¹ En la doctrina extranjera Luque Gamero expresa que “no debe considerarse como requisito para el ejercicio de la excepción de incumplimiento la existencia de un contrato

Conviene tener en cuenta, sin embargo, como apunta Carbonnier, que no todas las obligaciones que surgen de un contrato bilateral son recíprocas. La excepción procede únicamente cuando se exige el cumplimiento de una de las obligaciones recíprocas del contrato bilateral, es decir, una de las obligaciones a cargo del demandado que tenga por correlativa otra obligación a cargo del demandante. Por consiguiente, no puede oponerse la *exceptio* cuando la prestación cuyo cumplimiento se persigue no es correlativa a la obligación de la otra parte. Por ejemplo, en el contrato de arrendamiento cuando el arrendatario es demandado por devolución de la cosa por vencimiento del término, no puede éste negarse al cumplimiento de esa obligación alegando que el actor no le conservó la cosa en estado de ser usada o disfrutada, porque esta obligación tiene como correlativa la del pago del canon y aquélla la de recibir la cosa².

En la doctrina francesa y belga modernas se afirma que la prestación cuyo cumplimiento rehúsa el demandado mediante la invocación de la *exceptio* no tiene que representar la contrapartida económica o financiera de la prestación no cumplida por el actor, puesto que ello limitaría considerablemente el ámbito de aplicación de la *exceptio*. Así en un contrato de mandato remunerado, la obligación de remunerar al mandatario sería la contrapartida de la obligación de cumplir correctamente el encargo encomendado,

bilateral, sino más bien que exista un deber de cumplimiento simultáneo de las prestaciones recíprocas, impuestas unas veces por el mismo contrato y otras por determinadas circunstancias.” (LUQUE GAMERO, Ricardo: “Excepción de Incumplimiento” en *Temas de Derecho Contractual*. Cultural Cuzco S.A., Editores. Lima, 1987. p. 32). A nuestro modo de ver, si bien la *exceptio non adimpleti contractus* no entra en funcionamiento solamente cuando se trata de obligaciones surgidas de un contrato bilateral sino también, en ocasiones, respecto de deberes derivados de otras fuentes, como ya dijimos, ello se justifica sólo por la identidad de razón que existe en estos casos para aplicar analógicamente la *exceptio*.

² Cfr: VON TUHR, Andreas: *op. cit.* p. 305.

pero no de la de restituir al mandante las cantidades recibidas para la ejecución del mandato por cuenta de éste. La inejecución de aquélla, por tanto, no podría justificar la suspensión de ésta!³

Además, se afirma, a los efectos de la interdependencia de las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático no basta tener en cuenta simplemente las obligaciones principales, sino que se requiere también tomar en consideración las obligaciones accesorias, cuya importancia muchas veces no es menor que la de las obligaciones principales. No hay pues interdependencia solamente entre las obligaciones principales, sino también entre las obligaciones accesorias, y también puede haberla entre éstas y las obligaciones principales⁴ (*supra*, N° VII,1).

La doctrina italiana, en tal sentido, se ha encargado de señalar que el vínculo de interdependencia existe incluso respecto de las obligaciones accesorias o instrumentales dirigidas directamente a realizar la corresponsabilidad existente entre las obligaciones principales⁵.

En la *doctrina francesa y belga* se habla de una *conexión jurídica o intelectual* que debe existir entre las obligaciones, para que puedan considerarse como recíprocas y hacer procedente la excepción⁶. Para que haya conexidad basta que el *excipiens* sea

³ STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L.: *Les Obligations*. Litec. París, 1993. N° 1.712; DUBUISSON, Bernard y TRIGAU, Jean-Marc: *op. cit.* p.p. 60-61. A propósito del debate que existe en la doctrina italiana moderna respecto a la exigencia del vínculo de corresponsabilidad de las obligaciones que se enfrentan entre sí por medio de la *exceptio non adimpleti contractus*, véase: CAPPUCINI, Carlotta: “L’autotutela unilaterale passiva” en *La Disciplina dell’Autotutela* a cura di Pasquale Gianniti. Padova, 2010. p.p. 144 y ss., 179 y ss.

⁴ LARROUMET, Christian: *op. cit.* Vol. I. p. 150, especialmente, la nota 18.

⁵ REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 3.

⁶ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VI. p.p. 626-627.

acreditor en razón de un crédito surgido de la misma relación jurídica que sirve de fundamento a su obligación. La conexión jurídica se satisface cuando las obligaciones tienen una comunidad de origen, puesto que lo que se busca preservar a través de la *exceptio* es el equilibrio general del contrato, no un equilibrio entre los diversos elementos que lo componen. Las obligaciones recíprocas, se afirma, forman parte de una estructura coherente y armónica prevista por las partes o, en su caso, por la ley, cuyo equilibrio debe preservarse. La conexidad entre las obligaciones se da cuando ellas se sostienen entre sí, sirviéndose mutuamente de cobertura. En un contrato bilateral todas las obligaciones forman parte de un conjunto contractual en el cual las prestaciones de las partes en su conjunto, tanto actuales como posibles, se sirven mutuamente de causa⁷. Por lo cual, se afirma, no se debe limitar la posibilidad de oponer la *exceptio* respecto de parejas de obligaciones sino que, dentro de los límites impuestos por las exigencias de la buena fe (*infra*, N° VIII,4), el incumplimiento de cualquiera de ellas debe, en principio, hacer posible la alegación de la *exceptio* por parte del obligado a cualquier otra⁸.

⁷ LARROUMET, Christian: *op. cit.* Vol. II. p. 141; DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p.p. 61-64 y 105.

⁸ Es el criterio que sostienen Cruz Moreno y Rodríguez-Rosado en la doctrina española (CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 49; RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *op. cit.* p.p. 99-102). Pero la jurisprudencia de los tribunales españoles se orienta en otra dirección cuando afirma que “la conjunción de varias obligaciones en un solo contrato no implica que haya de atribuírseles el calificativo de recíprocas, el que técnicamente sólo corresponde a aquellas ligadas por la íntima trabazón que supone el que cada una se constituya en causa eficiente de la otra. De ahí que la reciprocidad haya de ser apreciada valorando no tanto las obligaciones derivadas del contrato en su conjunto cuanto las obligaciones en juego o controversia; es decir, la exigida por el reclamante y la pretendidamente correlativa cuya falta de cumplimiento se le opone”. Al respecto, véase: FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 639. Madrid, 1977. p. 417 y la jurisprudencia de los tribunales españoles allí citada.

En cambio, *la jurisprudencia francesa y belga* se orientan en otra dirección. Parten de una noción más estricta de la interdependencia entre las obligaciones que derivan de un contrato bilateral. Así, los tribunales franceses y belgas no han vacilado en negar al arrendatario el derecho de rehusar el pago del canon de arrendamiento por el hecho de que el arrendador no haya efectuado las reparaciones a su cargo en el inmueble arrendado. La obligación de pagar el canon, de acuerdo con la jurisprudencia francesa y belga, encuentra su contrapartida en la obligación correlativa del arrendador de permitir al arrendatario el uso y disfrute de la cosa arrendada; por lo cual, si la falta de reparaciones de la que se queja el demandado no le impide el disfrute de la cosa, la excepción no puede válidamente oponerse⁹.

En el mismo sentido la Casación italiana ha decidido en numerosos fallos que no cabe oponer la *exceptio* ante el incumplimiento de obligaciones accesorias, salvo que las partes hayan acordado otra cosa¹⁰. Esta afirmación contrasta con la posición de la doctrina italiana según la cual no puede considerarse apriorísticamente excluida la *exceptio* por el incumplimiento de deberes que no estén directamente encaminados a realizar la corresponsabilidad existente entre las obligaciones principales.

Por último, cabe observar que aunque la Casación italiana excluye la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* por el incumplimiento de obligaciones accesorias, no niega que los particulares en ejercicio del principio de la autonomía de la

⁹ Al respecto, véase: PILLEBOUT, Jean-François: *op. cit.* p.p. 80 y ss. y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada; DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 60, especialmente, la nota 7 y la jurisprudencia de los tribunales belgas allí citada.

¹⁰ Al respecto, véase la jurisprudencia de la Casación italiana citada por PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 637.

voluntad puedan contemplar la posibilidad de su invocación aun en el caso de inejecución de obligaciones accesorias derivadas de un contrato, en cuyo caso sí sería oponible la *exceptio*¹¹. Por lo cual, la *exceptio* puede hacerse valer también en los casos en los cuales la conexión entre las obligaciones haya sido estipulada convencionalmente por las partes, pues las mismas razones de equidad determinan que en estos supuestos rija la regla del cumplimiento simultáneo.

Nos toca ahora referirnos a las obligaciones (recíprocas) del *excipiens* y de la parte a quien se opone la *exceptio*.

a) La obligación del *excipiens*

Desde luego, si el *excipiens* no es efectivamente deudor de la obligación que le reclama su co-contratante, no cabe invocar la *exceptio*. Si la obligación cuyo cumplimiento se le exige no existe, por ejemplo, por estar sometida a una condición suspensiva aún no cumplida; o no es exigible por estar sometida a un término inicial que aún no ha llegado; o se extinguió, por pago, novación, compensación o por cualquier medio de extinción de las obligaciones, no hay lugar a la oponibilidad de la *exceptio*.

La doctrina señala algunas situaciones en las cuales el deudor que ya ha ejecutado la prestación a su cargo aduce que no ha cumplido aún, precisamente para poder oponer la *exceptio* como, por ejemplo, cuando el vendedor de bienes que transmitió la posesión de los mismos al comprador mediante la entrega de las llaves del inmueble donde se encontraban (Código Civil, artículo 1.489), pretende después impedir la adquisición de la posesión de hecho

¹¹ *Ibidem*.

por parte del comprador, mientras no se produzca el pago de la totalidad del precio.

La obligación del *excipiens* puede tener por objeto una *prestación de dar* como, por ejemplo, la transmisión de la propiedad u otro derecho real sobre un bien mueble o inmueble, o una *prestación de hacer* como, por ejemplo, la realización de un servicio, la entrega de una cosa, el transporte de determinadas mercancías, etc. Como ya dijimos, ésta es una diferencia importante entre la *exceptio non adimpleti contractus* y el derecho de retención, puesto que éste sólo se aplica a las obligaciones de restituir cosas (*supra*, N° VI,1).

La doctrina discute si es posible invocar la *exceptio* para suspender el cumplimiento de una *obligación de no hacer*.

Según algunos autores, no cabe esta posibilidad puesto que la realización de la conducta prohibida conduce a una inejecución definitiva de la obligación (arg.: *ex art. 1.266*, primer aparte, del Código Civil), siendo que la excepción de incumplimiento sólo autoriza al demandado a suspender provisionalmente el cumplimiento, pero no legitima un incumplimiento definitivo. Si el deudor se ha comprometido, por ejemplo, a no enajenar una cosa y lo hace, ya habrá incumplido definitivamente su obligación. La naturaleza misma de la obligación de no hacer, se afirma, impide oponer la *exceptio*¹².

Otros autores, en cambio, afirman que es posible oponer la excepción de incumplimiento, aun cuando la prestación debida consista en un no hacer. Ciertamente, la *exceptio* tiene una función esencialmente suspensiva, pero su razón de ser consiste en

¹² AULETTA, Giuseppe Giacomo: *La Risoluzione...cit.* p. 310.

mantener con dicha suspensión el *statu quo*, es decir, la posición de equilibrio que existía entre los contratantes al inicio de la relación. Pues bien, este equilibrio, se dice, queda siempre alterado cuando se obliga a uno de los contratantes al cumplimiento, no obstante la inejecución de la correspondiente obligación de la otra parte. Por lo cual, la circunstancia de que la obligación asumida por el demandado tenga por objeto una prestación negativa, resulta indiferente por lo que respecta a la oponibilidad de la *exceptio*. Así, por ejemplo, si alguien se somete a una prohibición de concurrencia a cambio de una remuneración y ésta no se le paga, no tiene porque cumplir su promesa y, por tanto, podrá realizar los actos de competencia prohibidos en el contrato hasta tanto la parte contraria cumpla lo prometido¹³.

Según otro sector de la doctrina, sólo cuando la negativa al cumplimiento conduzca a un estado irreversible de incumplimiento es cuando debe negarse la oponibilidad de la excepción de incumplimiento¹⁴.

Por nuestra parte pensamos que cuando una de las partes de un contrato bilateral le exige a la otra el cumplimiento de su obligación sin haber cumplido a su vez con su propia obligación, el demandado puede oponer la excepción de incumplimiento y dejar de cumplir con su obligación, independientemente de que ésta tenga por objeto una prestación de dar, de hacer o de no hacer. Si el demandado opone la excepción para dejar de cumplir con su obligación de no hacer y luego el excepcionado, para enervar el efecto de la excepción, cumple su obligación recíproca, podría

¹³ CASSIN, René: *op. cit.* p. 485; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 128-129; VON TUHR, Andreas: *op. cit.* p. 305, especialmente, la nota 131.

¹⁴ DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 95; CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 56.

reclamar del *excipiens* la destrucción de aquello que realizó en contravención a su obligación de no hacer (arg.: *ex art.* 1.268 del Código Civil). Aun cuando la negativa de cumplimiento por parte del *excipiens* conduzca a una situación irreversible de incumplimiento por no poder borrarse del terreno de la realidad los efectos de la inejecución, el *excipiens* puede dejar de cumplir su obligación invocando el artículo 1.168; si luego el excepcionado extinguiera el efecto de la excepción cumpliendo su obligación recíproca, podría reclamar del excepcionante el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la obligación ya imposible de ser cumplida (Código Civil, artículo 1.266, primer aparte).

Desde luego, por razones de orden público no podrá en algunas ocasiones el demandado invocar la *exceptio*. Así, cuando su oposición conlleve la retención de personas como, por ejemplo, niños que han sido dejados al cuidado de un guardador o colegio.

Por último, en caso de que la obligación del *excipiens* consista en la restitución de bienes, éste sólo podría invocar la *exceptio* para negarse a devolver bienes que tuviese derecho a poseer¹⁵. Por ejemplo, no podría el cajero de un banco pretender retener el dinero que pasa por sus manos, hasta tanto no se le pague el salario atrasado. La *exceptio* no puede conferir al demandado más derechos de los que tiene en virtud del contrato cuyo equilibrio se trata de preservar mediante su alegación.

b) La obligación del demandante

Para que la excepción de incumplimiento contractual sea procedente, ya lo hemos dicho, se requiere que el demandante tenga

¹⁵ *Cfr.* CRUZ MORENO, María: *loc. cit.*, especialmente, la nota 87.

frente al excepcionante una *obligación recíproca* derivada de un contrato bilateral, es decir, que exista una obligación a cargo del demandante que guarde una relación de interdependencia con la obligación cuyo cumplimiento éste le reclame al demandado. Por ejemplo, si el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y entregársela al comprador, es porque éste se obliga al pago del precio; y este último se obliga a pagarlo a cambio de la transmisión de la propiedad de la cosa vendida y su entrega. Por lo cual, en caso de inejecución de la obligación de entrega, el comprador podrá negarse a pagar el precio.

Hay ciertas obligaciones en las que no se da la relación de interdependencia. Así, en virtud del contrato de arrendamiento el arrendador se obliga a permitir al arrendatario el uso y disfrute de la cosa arrendada a cambio del pago del canon por parte de este último. La contraprestación por el uso y disfrute de la cosa es el pago del canon y no la devolución de la cosa arrendada; por cual, si el arrendador le entrega al arrendatario la cosa en mal estado, incumpliendo el contrato, el arrendatario puede, en su caso, obtener una rebaja proporcional del canon, pero nunca negarse a devolver la cosa¹⁶. Tampoco se da la correspectividad entre la obligación del mandante de anticipar al mandatario los medios que éste requiera para la ejecución del mandato y el cumplimiento del encargo encomendado por parte del mandatario. Lo que tiene el mandante es un deber de cooperar con el cumplimiento del encargo debido por el mandatario, deber éste que no reviste el carácter de una contraprestación. Por lo cual, si el mandante rehúsa hacerlo, el mandatario podrá ponerlo en mora e invocar los efectos de la *mora credendi*, pero no los de la *exceptio non adimpleti contractus*¹⁷.

¹⁶ Cfr: DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p.p. 761-762; VON TUHR, Andreas: *loc. cit.*

¹⁷ Cfr: REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 3, especialmente, la nota 17. En contra Luzzatto quien no vacila en interpretar extensivamente el artículo

Como indicamos con anterioridad, las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden crear una relación de interdependencia o conexidad entre las distintas obligaciones derivadas de un mismo contrato o entre las obligaciones surgidas de los diversos contratos enlazados que celebren, con el objeto de ampliar el radio de acción de la *exceptio* (*supra*, N° VII,3).

La obligación del demandante debe existir, ser válida y exigible.

Debe *existir* en el momento en que se opone la *exceptio* y no haberse extinguido por el pago o de otro modo.

Debe ser *válida* lo que excluye a las obligaciones nulas y anulables.

La doctrina ha discutido la posibilidad de que la obligación del demandante cuya inexecución alegue el demandado como fundamento de la *exceptio* sea una *obligación natural*. Como es bien sabido, las obligaciones naturales se caracterizan porque una vez pagadas espontáneamente no dan lugar a la repetición de lo pagado (*solutio retentio*) (Código Civil, artículo 1.178), pero sin que pueda ejercerse coacción para su cumplimiento. Por lo cual, debe excluirse la posibilidad de alegar la *exceptio* cuando la obligación del demandante sea una obligación natural; en caso contrario, la *exceptio* se convertiría en un modo coercitivo para constreñir al obligado naturalmente a cumplir la prestación, puesto que sólo así podrá obtener lo que se le debe. Se trata pues de un

1.460 del *Codice* para concederle al mandatario en tal caso el derecho de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* (LUZZATTO, Ruggero: *L'eccezione di inadempimento...cit.* p.p. 747-748).

modo coercitivo incompatible con el pago espontáneo que supone la obligación natural¹⁸.

La obligación del demandante debe ser *exigible* en el sentido de que debe haber sido contraída en forma pura y simple y no estar sometida a un término inicial aún no vencido o a una condición suspensiva aún no cumplida, porque de estar sometida a tales modalidades, el cumplimiento no podría exigirse todavía al deudor, lo que excluye la posibilidad de oponer la *exceptio*.

En cambio, no se requiere que la obligación del demandante sea cierta ni que sea líquida. Así, se admite que el demandado pueda oponer la *exceptio* por el crédito que tenga por concepto de *indemnización de daños y perjuicios* derivados del incumplimiento de la obligación por parte del demandante. Desde luego, la obligación de pagar daños y perjuicios nace en el momento en que se produce el daño, pero es un sucedáneo de la ejecución en especie de la obligación contractual. En efecto, el resarcimiento hace las veces, ocupa el lugar y se sustituye al derecho que tiene el *excipiens* al cumplimiento exacto de la obligación contraída. Las obligaciones de las partes no dejan de ser correspectivas por el hecho de que el deudor de una de ellas no la ejecute total o parcialmente o la cumpla defectuosamente. La responsabilidad contractual no destruye el vínculo de interdependencia existente *ab origine* entre las obligaciones de las partes. Lo que pasa es que la obligación incumplida se transforma en la de pagar su equivalente económico y más nada.

Si ante el incumplimiento del demandante no se le permitiera al demandado oponer la *exceptio* por el crédito indemnizatorio

¹⁸ Cfr: PILLEBOUT, Jean-François: *op. cit.* N° 220; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. 133; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p.p. 71-72; CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p.p. 57-58; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 767.

que tuviere contra aquél, se produciría un resultado evidentemente injusto: Quien antes de la inejecución definitiva e imputable sólo podía exigir su crédito si cumplía con su propia obligación (arg.: *ex art. 1.168 del Código Civil*); producido el incumplimiento no necesitaría hacerlo y podría así lograr un pago “anticipado”, esto es, un pago anterior al suyo por parte de su co-contratante, lo que sería evidentemente un contrasentido.

Por consiguiente, se admite que la *exceptio* puede hacerse valer para suspender el cumplimiento de la obligación contractual a cargo del *excipiens* cuando la obligación a cargo del demandante consista en indemnizar los daños y perjuicios derivados de la inejecución del contrato, aun cuando el crédito que el *excipiens* tenga por este concepto no sea ni cierto ni líquido. En el juicio el *excipiens* podrá pedir que en su caso se declare la compensación judicial de su obligación con los daños y perjuicios que le sean concedidos¹⁹.

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia italianas admiten que la obligación del demandante que legitime la oposición de la *exceptio* puede estar claramente expresada en el contrato o resultar de las exigencias de la buena fe que preside la ejecución de los contratos *ex artículo 1.160 del Código Civil*²⁰.

¹⁹ La doctrina en general está de acuerdo con los particulares indicados. Al respecto, véase: CASSIN, René: *op. cit.* p. 405; BRUGI, Biagio: *op. cit.* p. 661; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. 218; TARTUFARI, Luigi: *op. cit.* p.p. 306 y ss; BIANCA, C. Massimo: “Eccezione d’inadempimento e buona fede” en *Il Contratto. Siloge in Onore di G. Oppo*. Padova, 1992. p.p. 52 y ss.; REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento... cit.* § 3, especialmente, la nota 19; DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p.p. 61-62 y 78; ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Henrich: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 168; CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 58; RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *op. cit.* p. 102.

²⁰ GALGANO, Francesco: *Diritto Civile e Commerciale*. Vol. II. Tomo I. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1990. p. 572, especialmente, la nota 21 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

Por último, el contenido de la obligación del demandante (al igual que el de la del *excipiens*) puede consistir en una *prestación de dar, de hacer o de no hacer*; no se requiere que sea de la misma clase que la prestación debida por el *excipiens*. Desde luego, si ambas prestaciones tienen por objeto una suma de dinero o cantidades determinadas de cosas de la misma especie, se producirán los efectos de la compensación si concurren los demás requisitos para la procedencia de este medio de extinción de las obligaciones.

2) EL INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE A QUIEN SE LE OPONE LA EXCEPCIÓN

En los contratos bilaterales, ya lo hemos dicho, una de las partes no puede demandar a la otra el cumplimiento si no hubiera cumplido con su propia obligación (Código Civil, artículo 1.168). Dicho en otras palabras, de acuerdo con lo dispuesto en la precitada disposición legal, cuando una de las partes de un contrato sinalagmático exige la ejecución de su crédito sin cumplir su propia deuda, la otra parte puede rehusarse oponiendo la *exceptio*. En virtud de esta defensa, un contratante tiene el derecho a abstenerse de cumplir su prestación si no se produce el cumplimiento simultáneo de la prestación correlativa. Por consiguiente, el incumplimiento de la parte demandante es el requisito básico para poder alegar con éxito la excepción.

a) Incumplimiento total o parcial. Cumplimiento defectuoso

El incumplimiento, como sabemos, puede ser *total*, cuando el deudor nada ha satisfecho al acreedor, es decir, no ha cumplido en absoluto la obligación que el contrato le imponía; o *parcial*,

cuando el deudor ejecuta en parte la obligación, es decir, realiza actos de ejecución de la prestación pero sin que ésta se haya cumplido en su totalidad. Además, también hay incumplimiento cuando lo cumplido lo ha sido en forma inexacta, irregular o imperfecta en cuyo caso se habla de *cumplimiento defectuoso*.

El caso más claro de incumplimiento es el total. Cuando la obligación principal a cargo del demandante ha sido totalmente inejecutada, la cuestión no presenta ninguna dificultad y es aplicable a esta situación todo lo dicho hasta aquí. Cuando el deudor no ha cumplido en forma alguna, el acreedor puede oponerle la excepción cualquiera que sea la magnitud del incumplimiento de la otra parte, revista o no carácter resolutorio. Por ejemplo, si el vendedor no entrega la mercancía el día uno, pero reclama el precio el día dos, el comprador, suponiendo que no exista acuerdo en cuanto a la fecha de cumplimiento, puede negarse a pagar conforme al artículo 1.168 del Código Civil, aunque de hecho no pudiera resolver la compra-venta por el retraso de un día. Esto por cuanto la *exceptio non adimpleti contractus* no presupone que el accionante esté incurso en un incumplimiento que revista carácter resolutorio, bastando para que prospere la *exceptio* que a la fecha de su reclamación el actor no haya cumplido la obligación a su cargo.

Pero también cabe alegar la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de incumplimiento parcial. Esto es un corolario del fundamento mismo de la *exceptio*, puesto que cada parte lo que quiere es obtener las prestaciones de la otra íntegramente y sería desconocer su voluntad obligarle a cumplir su obligación cuando solamente recibe una parte de lo que se le prometió²¹.

²¹ Cfr: CAPITANT, Henri: *op. cit.* p.p. 280-281; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 568.

b) *La exceptio non rite adimpleti contractus*

La excepción de contrato cumplido incorrectamente, o también de incumplimiento parcial, o irritual, funciona en los casos en que el demandado por cumplimiento de un contrato bilateral ha recibido una ejecución incompleta o imperfecta de las obligaciones que tenía el actor. Quien cumple mal, en definitiva, no cumple; y por tanto, si quien cumplió parcial o defectuosamente pretendiere el cumplimiento total de las obligaciones de su contraparte contractual, esta última podría oponerle la excepción de incumplimiento parcial, también conocida como *exceptio non rite adimpleti contractus*²². Como indicamos poco antes, el artículo 1.168 del Código Civil protege al contratante contra toda clase de incumplimiento de su contraparte contractual y la inexactitud es un supuesto de incumplimiento.

La *exceptio non adimpleti contractus* se basa en la falta de cumplimiento; la *exceptio non rite adimpleti contractus*, en el cumplimiento parcial o defectuoso²³.

La *exceptio non rite adimpleti contractus* es una variedad de la excepción que se justifica porque el acreedor tiene el derecho a que la obligación sea cumplida de modo total y exacto, tal como

²² La jurisprudencia de nuestros tribunales admite la procedencia de la *exceptio non rite adimpleti contractus* en caso de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso. Al respecto véase: Sentencia del 12-06-96 en Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia. Pierre Tapia. Nº 6. Junio 1996. p.p. 243-244; Sentencia del 24-04-92 en Ramírez & Garay. Tomo CXXI. p.p. 456-458; Sentencia del 19-10-82 en Ramírez & Garay. Tomo LXXX. p.p. 350-351; Sentencia del 27-03-79 en Ramírez & Garay. Tomo LXIV. p.p. 415-418; Sentencia del 01-10-63 en Ramírez & Garay. Tomo VIII. p.p. 54-57; Sentencia del 02-02-60 en Ramírez & Garay. Tomo I. p.p. 172-178.

²³ Para la doctrina del Código Civil italiano de 1865, por todos, véase: SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. 178. Para la doctrina del *Codice* vigente, por todos, véase: BENEDETTI, Alberto: *op. cit.* p. 629; ZANA, Mario: *op. cit.* p.p. 1379-1380, especialmente, la nota 12 y la doctrina y la jurisprudencia italiana allí citada.

fue contraída (Código Civil, artículo 1.264). La *exceptio non rite adimpleti contractus* que se apoya en el cumplimiento inexacto, es decir, parcial o no del todo conforme con los requisitos de tiempo, lugar y modalidades del cumplimiento, encuentra pues su fundamento en los artículos 1.168 y 1.264 del Código Civil²⁴.

El fundamento de la *exceptio non rite adimpleti contractus* prevista para los casos en que la obligación de uno de los contratantes no ha sido cumplida correctamente estriba en la regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, puesto que ante el cumplimiento cuantitativa o cualitativamente inexacto por parte del demandante, el cumplimiento por parte del demandado supondría un exceso respecto a la prestación efectivamente cumplida por el actor. Ahora bien, el hecho de que este último haya cumplido aunque parcial o incorrectamente va a producir unos efectos especiales, puesto que resultaría igualmente contrario al principio del cumplimiento simultáneo y al equilibrio del contrato durante la fase de su ejecución que el demandado se niegue a cualquier cumplimiento amparándose en la inejecución parcial o defectuosa por parte de su contraparte contractual. Si bien la aplicación de la *exceptio* no ofrece duda alguna en los casos de inejecución total y absoluta de la obligación principal a cargo del actor o cuando éste entrega una cosa o realiza una prestación diversa de la debida (*aliud pro alio*), exige en los supuestos de ejecución parcial, incompleta o defectuosa una cuidadosa apreciación de los intereses en juego de acuerdo con las exigencias de la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos *ex* artículo 1.160 del Código Civil. Como se indica poco más adelante, la buena fe impone límites a la oposición y a la eficacia de la *exceptio non rite adimpleti contractus* (*infra*, N° VIII,4).

²⁴ Cfr: MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Tomo II. p. 438; GASTALDI, José María y CENTANARIO, Esteban: *op. cit.* p. 92.

En resumidas cuentas, el incumplimiento total da derecho a la *exceptio non adimpleti contractus*, el parcial a la *exceptio non rite adimpleti contractus*. La primera hace referencia al incumplimiento acabado de la obligación; la segunda al cumplimiento inexacto o defectuoso. En una situación no hay cumplimiento, en la otra se cumple pero se cumple mal.

c) **Carácter culposo del incumplimiento**

Según algunos autores, la excepción de incumplimiento contractual procede siempre que el demandante exija el cumplimiento de su crédito, sin a su vez haber cumplido con su propia obligación, independientemente de cual sea la causa de la inejecución. Tanto el incumplimiento culposo como el incumplimiento involuntario autorizan al demandado a oponer la excepción de incumplimiento. Como la *exceptio* se basa en la idea de causa, se afirma, dicha excepción puede oponerse cualquiera que sea el motivo por el cual el co-contratante no ha ejecutado su obligación, no habiendo razón para distinguir entre la inejecución proveniente de la mala voluntad o la negligencia del deudor y la que obedece a la fuerza mayor²⁵.

En cambio, otros autores sostienen que como la *exceptio non adimpleti contractus* se basa en la equidad, se requiere para su

²⁵ CAPITANT, Henri: *op. cit.* p. 278; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 628. En la misma dirección, en la doctrina italiana, Galgano afirma que a los fines de la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* “basta, en realidad, con que se produzca el hecho objetivo de la inejecución de la contraprestación. La denegación de cumplir con la propia prestación reviste carácter legítimo aun en el caso de que se declare *ex post* que la contraprestación se hizo de imposible cumplimiento por causa imputable al deudor”. En el mismo sentido la Casación italiana en sentencia de 08-11-84 declaró que, a los efectos de la oposición de la excepción de incumplimiento contractual, se debe “prescindir del carácter culposo del incumplimiento de la parte a quien se opone la excepción” (GALGANO, Francesco: *op. cit.* Vol. II. Tomo I. p. 573, especialmente, la nota 24 y la sentencia de la Casación italiana allí citada) En contra, AULETTA, Giuseppe Giacomo: *La Risoluzione...cit.* p.p. 137 y ss.

procedencia que el incumplimiento del actor sea imputable. Por tanto, no cabe su invocación cuando la otra parte rehúsa cumplir por una causa que no le sea imputable²⁶. Este es el criterio seguido por la jurisprudencia de nuestros tribunales²⁷.

Por nuestra parte pensamos que cuando la inejecución del actor deriva de una imposibilidad sobrevenida que no le sea imputable, la denegación de la prestación por parte de su contraparte contractual no se fundamenta en la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* ya que en tal caso al haberse extinguido la obligación del actor no concurren los presupuestos para la oponibilidad de la *exceptio* (*supra*, N° VIII,1,b). Por lo cual, en caso de que el incumplimiento se deba a una causa extraña no imputable, se aplican las soluciones que aporta *la teoría de los riesgos*: la parte a quien su contraparte no le pueda cumplir su obligación debido a un caso fortuito o de fuerza mayor, puede pedir ser liberada de la suya.

Si la fuerza mayor le impide totalmente el cumplimiento al demandante, su pretensión de exigir el pago de la otra parte debe ser desestimada definitivamente y no sólo postergada (que es el efecto de la *exceptio*); *si le impide cumplir parcialmente*, el demandado tiene derecho a una reducción correspondiente de su

²⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *op. cit.* Vol. XII (Des Obligations). Tome II. p.p. 139-140; DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 83; VAN OMMESLAGHE, Pierre: *op. cit.* Tome I. p.p. 857-858; ZANA, Mario: *op. cit.* p. 1380.

²⁷ Así, la Sala Político Administrativa en sentencia de fecha 26-02-02 declaró que “la procedencia de la excepción *non adimpleti contractus* requiere de condiciones especialísimas para que pueda prosperar, tales como las siguientes: . . . v. que se trate de un incumplimiento culposo, esto es, que la conducta ilícita de la demandante sea la causa y justificación para que la demandada no cumpla o se niegue a cumplir con las obligaciones a su cargo.” (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 26-02-02, con ponencia de Levis Ignacio Zerpa, caso: *Empacando C.A. vs. Ministerio de Agricultura y Cria* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00331-260202-16560.htm>).

propia prestación, en cuyo caso subsiste la posibilidad de hacer valer la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando el actor incumpla la parte de la prestación todavía susceptible de ser cumplida y pretenda, no obstante, exigirle el cumplimiento parcial a su contraparte. Desde luego, si el demandado no conserva un interés apreciable en el cumplimiento de las prestaciones que aún resulten posibles, los efectos de la fuerza mayor serán los mismos que produce la imposibilidad total, debiendo entonces desecharse definitivamente la pretensión de cumplimiento parcial del demandante.

*Si el demandante se encuentra imposibilitado temporalmente de cumplir su obligación por una causa extraña no imputable, su pretensión de exigir el cumplimiento a la otra parte debe desestimarse mientras subsista el obstáculo que le impide cumplir con su propia prestación, pero una vez cesado éste quedarán ambas partes obligadas a cumplir, pudiendo en su caso alegarse la *exceptio*, salvo que se trate de obligaciones que por su naturaleza deban cumplirse en un determinado tiempo y dicho período transcurriere sin que hubiere cesado el obstáculo, en cuyo caso se habrá configurado un supuesto de incumplimiento permanente con plenos efectos liberatorios para ambas partes, por aplicación de la teoría de los riesgos²⁸.*

²⁸ En Italia este segundo supuesto de imposibilidad temporal inimputable se encuentra regulado en el artículo 1.256 del Código Civil de acuerdo con el cual “la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no pueda ya considerarse obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tenga ya interés en conseguirla”. Algunos autores como Dalmartello y Luzzatto consideran que éste es un supuesto de excepción de incumplimiento, mientras que otros como Barassi, Colagrosso, Enrietti, Mengoni y Zana consideran que constituye un supuesto diferente. Al respecto, véase: REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 5, especialmente, la nota 28; ZANA, Mario: *op. cit.* p. 1380, especialmente, la nota 15.

En fin, el incumplimiento que da lugar a la *exceptio non adimpleti contractus* debe ser culposo. En caso de que la inejecución se deba a una causa extraña no imputable se aplican las soluciones que aporta la teoría de los riesgos.

d) El incumplimiento debe haberse consumado

La *exceptio non adimpleti contractus* presupone que el incumplimiento alegado por el *excipiens* se haya producido para el momento de la oposición de la *exceptio*. Ello excluye aquellas situaciones en las cuales el incumplimiento todavía no se ha producido, sino que sólo existe la posibilidad de que pueda ocurrir. El simple hecho de que exista la perspectiva de que uno de los contratantes en el futuro va a incumplir sus obligaciones no justifica la oposición de la *exceptio*. No puede pues el demandado utilizar este remedio defensivo para precaverse de una inejecución eventual o simplemente temida. Nuestro Código Civil no consagra como principio de carácter general la noción de *anticipatory breach of contract* del *common law*²⁹. Por ejemplo, el asegurado no podría negarse a pagar la prima ante el temor de que la empresa aseguradora no pague la indemnización debida en caso de producirse un eventual siniestro.

²⁹ Para un examen de la noción de *anticipatory breach* y sus supuestos de procedencia en el Derecho inglés, véase: O'SULLIVAN, Janet y HILLIARD, Jonathan: *op. cit.* p.p. 367-376. Para un examen detallado de la noción de *anticipatory breach* en el Derecho comparado y su inadmisibilidad a los efectos de legitimar la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* en los Derechos francés y belga, véase: VANWIJCK-ALEXANDRE, M.: *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belges et français face à l'anticipatory breach de la Common Law*. Liège, 1982. p.p. 277 y ss.; VANWIJCK-ALEXANDRE, M.: "Prévision de l'inexécution: l'anticipatory breach a-t-elle une place dans le droit belge?" en *Le Droit des Affaires en Évolution: La Modification Unilatérale du Contrat*. Institut des Juristes d'Entreprise. Bruxelles, 2003. p.p. 295 y ss.

El artículo 1.493 (segunda parte) del Código Civil según el cual “el vendedor no está obligado a hacer la entrega aun cuando haya acordado plazo para el pago del precio, si después de la venta el comprador se hace insolvente o cae en estado de quiebra, de suerte que el vendedor se encuentre en peligro inminente de perder el precio, a menos que se dé caución de pagar en el plazo convenido” no constituye una derogación a esta regla ya que la insolvencia y la quiebra producen la caducidad del término conforme a lo dispuesto en los artículos 1.215 del Código Civil y 943 del Código de Comercio. Por lo cual, en estos casos el pago del precio se hace inmediatamente exigible (*infra*, N° VIII,3,e).

El artículo 1.530 del Código Civil sí constituye una excepción a esta regla toda vez que le permite al comprador suspender el pago del precio cuando “tuviere justo temor” de ser “perturbado por una acción, sea hipotecaria, sea reivindicatoria” hasta que el vendedor haya hecho cesar el peligro, salvo que se otorgue caución suficiente.

Una parte de la doctrina y la jurisprudencia extranjera ha querido atemperar el rigor de esta condición y admitir la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus* aunque no se haya consumado el incumplimiento como, por ejemplo, cuando la otra parte haya manifestado claramente su intención de no cumplir con sus propias obligaciones o que ciertamente no estará en condiciones de poder hacerlo al vencimiento, aun cuando no se hubiere producido la caducidad del término.

De acuerdo con esta orientación se le concede al demandado la facultad de oponer la *exceptio* no sólo cuando se produce el incumplimiento, sino incluso ante la declaración del demandante

de no querer cumplir con su prestación al vencimiento³⁰. Dicho en otros términos, se asimila al incumplimiento, a los efectos de legitimar la alegación de la *exceptio*, la actuación del obligado que manifiesta de manera unívoca su propósito de no cumplir con su obligación al vencimiento y que, no obstante, exija a su contraparte el cumplimiento.

A nuestro modo de ver, esta interpretación sólo podría admitirse ante una manifestación clara y definitiva que no deje lugar a dudas acerca de la intención del actor de no cumplir con sus obligaciones, la cual estará siempre sometida al poder soberano de apreciación del juez quien deberá actuar con suma prudencia en el examen del caso concreto sometido a su consideración y decisión.

³⁰ Al respecto, en la doctrina y la jurisprudencia francesas, véase: CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 547-549 y las decisiones de los tribunales franceses allí citadas. En la doctrina española, véase: RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *op. cit.* p.p. 95-96. Por su parte, Fernández Urzainqui afirma que si bien para que el obligado a pagar primero no pueda oponer la excepción de no haber cumplido previamente, basta con que el actor se encuentre dispuesto a cumplir cuando venza el término, “no parece, sin embargo, exigible tal manifestación del reclamante para neutralizar la excepción. En tanto no haya perdido el beneficio del término, le bastará con no hallarse incurso en situación de patente incumplimiento o ante una imposibilidad evidente de cumplir la obligación de su incumbencia” (FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: *op. cit.* p. 421, especialmente, la nota 53). En la doctrina italiana, Persico sostiene, con base en lo dispuesto en el artículo 1.219 (numeral 2) del *Codice*, según el cual no es necesaria la constitución en mora cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación, que a los efectos de la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus*, la declaración inequívoca de uno de los contratantes de no querer cumplir con sus obligaciones al vencimiento equivale a incumplimiento. En este caso, afirma Persico, se trataría de una caducidad voluntaria del beneficio del término por parte del contratante remiso (PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p.p. 111-113). En contra de este criterio en la doctrina italiana se pronuncia Zana quien afirma que no puede excluirse apriorísticamente una sucesiva pero tempestiva retractación por parte del deudor quien puede siempre volver sobre sus pasos y manifestar su voluntad de cumplir su obligación. No obstante, este autor cita decisiones de la Casación italiana que legitiman la oposición de la *exceptio* cuando el actor manifiesta inequívocamente su voluntad de negarse a cumplir al vencimiento (ZANA, Mario: *op. cit.* p.p. 1390-1391, especialmente, las notas 55 y 57 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada).

Parece claro que puede rechazarse por contraria a la buena fe la pretensión de cumplimiento por parte del contratante que declare anticipadamente su voluntad de no cumplir con su obligación al vencimiento. Pero la simple desaparición de la confianza en la ejecución del contrato por la otra parte, por supuesto, no justifica la negativa del *excipiens* de cumplir con sus obligaciones.

Quizás lo más aconsejable sea que las partes en sus convenciones regulen las condiciones bajo las cuales podrá oponerse anticipadamente la *exceptio non adimpleti contractus* para precaver un eventual incumplimiento cuando el acreedor tenga el temor fundado de que el deudor no cumplirá con sus obligaciones.

e) ¿Debe el incumplimiento tener carácter resolutorio?

Como indicamos poco antes, la ley no distingue entre la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*; por lo cual, basta un incumplimiento parcial o un cumplimiento defectuoso del demandante para hacer viable la *exceptio*. Ahora bien, hay que hacer una salvedad importante: no basta un incumplimiento insignificante, o de muy reducido alcance o que recaiga sobre obligaciones accesorias. De lo contrario el ejercicio de la *exceptio* sería abusivo y contrario a la buena fe (*infra*, N° VIII,4,b y c).

Pero no se requiere que el incumplimiento tenga carácter resolutorio. Para la procedencia de la excepción de incumplimiento no es necesario que el incumplimiento sea de tal gravedad que justifique la resolución del contrato. No sólo el incumplimiento que revista carácter resolutorio autoriza a oponer la *exceptio*. Esto por varias razones.

1) La resolución y la *exceptio* son institutos que cumplen diferente función y producen efectos distintos. Por consiguiente, no es correcto exigir para la excepción por incumplimiento los mismos requisitos que para la resolución.

La resolución produce la terminación del contrato y, por tanto, requiere como supuesto de procedencia que el incumplimiento sea de particular gravedad. La resolución es una medida grave que pone fin a la relación contractual. Por lo cual, también debe ser particularmente grave la inejecución requerida para producir la resolución. Tiene que existir una correlación entre la entidad del incumplimiento de una de las partes y el grave efecto de la resolución. De ahí que un incumplimiento leve o la inejecución de una obligación meramente accesoria no debe justificar un efecto tan grave como la resolución³¹.

En cambio, la *exceptio* sólo suspende la ejecución del contrato. Con su oposición lo que se busca es preservar el equilibrio durante la vida del contrato. Como el *excipiens* continúa obligado al cumplimiento, lo que hay que ponderar es la proporción entre la inejecución del demandante y la negativa del *excipiens* de ejecutar *ahora* su obligación. De ahí que sea posible alegar la *exceptio* y permitir al demandado suspender su prestación, aunque la misma sea objetivamente superior a la inejecutada por el demandante³².

³¹ Respecto de la gravedad del incumplimiento requerida para la resolución de los contratos en nuestro ordenamiento, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *La Resolución...cit.* p.p. 197-203.

³² Una cuestión diferente es si la alegación de la *exceptio non adimpleti contractus* debe considerarse, en el caso concreto, abusiva y contraria a las exigencias de la buena fe, sobre todo cuando el demandado ya recibió la mayor parte de la prestación y pretende suspender totalmente el cumplimiento de su obligación. Esta limitación al ejercicio de la *exceptio* será analizada más adelante (*infra*, N° VIII,4,c y d).

No es necesario pues que el incumplimiento de una de las partes tenga carácter esencial para que la otra tenga derecho a suspender el cumplimiento de su propia prestación. En determinados casos puede pues ser legítima la oposición de la excepción, no obstante no revestir el incumplimiento del demandante la gravedad requerida para la resolución, tomando en consideración todas las circunstancias que rodeen el caso concreto³³.

2) Pero adicionalmente de exigirse que el incumplimiento que motive la *exceptio non adimpleti contractus* revista carácter resolutorio, se privaría de este medio de defensa a los deudores en aquellos casos en los cuales, precisamente por no revestir el incumplimiento del actor la gravedad suficiente para dar lugar a la resolución, se encuentran más necesitados de protección. En efecto, ante la imposibilidad de invocar la *exceptio* en tales casos, es dable anticipar que el demandante no se sentirá presionado al cumplimiento cabal y completo de su propia prestación, con lo cual probablemente el demandado que, por hipótesis, sólo hubiere recibido un cumplimiento parcial o defectuoso, no obtendrá muchas veces la satisfacción completa de su interés sobre todo en aquellos casos en los cuales la ejecución forzosa en especie de la obligación del demandante no es posible. De no permitírsele al demandado retener su prestación hasta tanto el demandante subsane su incumplimiento o complete su cumplimiento parcial

³³ Siguiendo esta orientación, la Casación italiana ha sostenido que no incurre en contradicción alguna el juez de mérito que aprecia un incumplimiento como contrario a la buena fe a los fines de justificar la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* y que luego lo considere de escasa importancia a los fines de la proponibilidad de una acción de resolución de contrato por incumplimiento (Sentencia de la Casación italiana del 26-01-2006 reseñada por CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *op. cit.* Vol. III (Il Contrato) p. 956, especialmente, la nota 82). En el mismo sentido expuesto en el texto, véase: MALECKI, Catherine: *op. cit.* p.p. 280-282; REALMONTE, Francesco: *Importanza dell'inadempimento...cit.* p.p. 321-322; SACCO, R. y DE NOVA, G.: *Il Contratto*. Vol. II. Torino, 1993. p. 646; ZANA, Mario: *op. cit.* p.p. 1384-1385; CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p.p. 63-64. En contra: CASSIN, René: *op. cit.* p. 519.

o defectuoso, aquél correrá además con las consecuencias de la eventual insolvencia del demandante-deudor, cuando le requiera el cumplimiento cabal de la prestación debida o solicite la resolución del contrato en un juicio posterior³⁴.

3) Según el artículo 1.530 del Código Civil, el comprador puede suspender el pago del precio “si fuere perturbado *o tuviere motivo de serlo* por una acción hipotecaria o reivindicatoria hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a menos que vendedor dé caución suficiente”. Esta disposición faculta al comprador para oponer, frente a una demanda de cumplimiento del vendedor, la *exceptio non adimpleti contractus*, siendo suficiente para ello que exista *el peligro de perturbación* por el ejercicio (eventual) de una acción reivindicatoria o hipotecaria. Basta pues con el fundado temor de evicción que en ningún caso haría procedente la resolución del contrato. De ahí que pueda razonablemente inferirse que en los demás supuestos de incumplimiento, también pueda el demandado oponer la *exceptio* aunque el demandante haya ejecutado su propia prestación de manera parcial o defectuosa, aun cuando el incumplimiento en cuestión no legitime el ejercicio de la acción resolutoria³⁵.

³⁴ En otros ordenamientos se reconoce que para la oposición de la *exceptio* no es necesario que el incumplimiento revista carácter resolutorio. Así, el B.G.B. consagra la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus* (§ 320.2) sometiendo esta última a requisitos propios y distintos de los de la resolución por incumplimiento. Al respecto, véase: ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Henrich: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p.p. 167-168. Lo mismo hacen la doctrina y la jurisprudencia italianas que entienden incluida la *exceptio non rite adimpleti contractus* en la regulación que hace el *Codice* de la excepción de incumplimiento. Al respecto, véase: BENEDETTI, Alberto: *op. cit.* p. 629; BIGLIAZZI GERI, Lina: *op. cit.* Tomo II. p. 18. Asimismo en Francia donde no se regula en el Código Civil la *exceptio non adimpleti contractus* con carácter general, la doctrina y la jurisprudencia llegan a las mismas conclusiones. Al respecto, véase: CASSIN, René: *op. cit.* p. 521; PILLEBOUT, Jean-François: *op. cit.* p.p. 226 y ss. y la jurisprudencia de los tribunales franceses citada por estos autores.

³⁵ En la doctrina francesa, Cassin aun cuando afirma que en el supuesto previsto en el artículo 1.653 del *Code*, sustancialmente idéntico al artículo 1.530 del Código Civil

Ciertamente, cuando el incumplimiento de la prestación debida es insignificante, la *exceptio non adimpleti contractus* no es admisible por ser contraria a las exigencias de la buena fe (*infra*, N° VIII,4,c). Pero de ello no se deduce que el incumplimiento que autorice el ejercicio de la *exceptio* tenga que revestir la misma gravedad que se exige para pedir la resolución del contrato. En fin, si bien siempre que el incumplimiento pueda dar lugar a la resolución será posible invocar la *exceptio* (claro está, si se cumplen todos los requisitos para su procedencia), no siempre el incumplimiento que legitime la oposición de la excepción servirá de fundamento para obtener la resolución del contrato.

f) ¿Qué valor tiene la recepción de la prestación en caso de ejecución incompleta o imperfecta?

Si bien es posible invocar la *exceptio non rite adimpleti contractus* ante un supuesto de cumplimiento parcial o defectuoso, bueno es advertir que para que dicha excepción pueda funcionar, es necesario suponer que el demandado al aceptar la ejecución incompleta o imperfecta no haya entendido renunciar a quejarse de ello y exigir la satisfacción cabal de su interés.

Entonces ¿qué valor debe atribuirse a la recepción de la prestación en caso de ejecución incompleta o imperfecta para rehusar el cumplimiento de la propia prestación recíproca, cuando la misma le fuere reclamada al *excipiens*? ¿Cuál es la situación jurídica

venezolano, el comprador puede oponer la *exceptio* aunque no sea procedente la resolución, este autor reconoce implícitamente que la *exceptio non adimpleti contractus* debe analizarse en relación con los supuestos de procedencia de la acción resolutoria a que alude el artículo 1.184 del Código Civil francés (CASSIN, René: *op. cit.* p. 519). En cambio, en el mismo sentido expuesto en el texto, en la doctrina francesa moderna, véase: MALECKI, Catherine: *loc. cit.* y en la doctrina española, véase: CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 65.

del acreedor que, en lugar de rechazar la prestación incompleta o defectuosa –cosa que puede perfectamente hacer (arg.: *ex arts.* 1.290 y 1.291 del Código Civil)– la recibe?

Al respecto se distingue según que haya habido recepción pura y simple de la prestación por el *accipiens*, o aprobación provisional de la misma dejando a salvo todos los derechos que pudieran corresponderle o aprobación absoluta de la prestación.

En el primer caso no se perjudican los derechos que pudieran corresponderle a quien reciba la prestación, teniendo por supuesto el *accipiens* la carga de la prueba del incumplimiento inexacto o incompleto; en el segundo caso podrá aún oponerse la excepción, pero existe una presunción de pago en contra del *accipiens*; y en el tercero, no podrá luego oponerse la *exceptio* por falta de conformidad³⁶.

A veces la ley determina el valor que corresponde a la recepción de la prestación como, por ejemplo, cuando establece que el comprador no puede excepcionarse por los vicios aparentes de la cosa y que habría podido conocer por sí mismo (Código Civil, artículo 1.519) o cuando prescribe que el comprador no será oído en reclamaciones por defectos en la calidad o en la cantidad de las mercancías vendidas cuando haya recibido las mercancías sin reservas (Código de Comercio, artículo 145)³⁷; otras veces el

³⁶ Cfr: MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Tomo II. p. 439; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p.p. 129-130; REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 5.

³⁷ Cabe hacer notar que la recepción de la cosa sin reservas por parte del comprador no implica que haya renunciado a la garantía por vicios ocultos (que puede hacer valer por vía de acción o excepción). La razón es clara. Si el vicio permanece oculto a pesar de la verificación efectuada en el momento del recibo de la mercancía, la renuncia no sería válida por haber sido el resultado de un error sufrido por el comprador. Al respecto, véase lo que expongo en mi libro *Vicios Redhibitorios y Saneamiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 73. Caracas, 2008. p. 80. En el ámbito de la legislación especial de protección de las personas en el acceso a los bienes y servicios,

juez se atenderá a las declaraciones de las partes en relación con la prestación recibida. En definitiva, la determinación y alcance del significado de la recepción operada es una cuestión de hecho reservada al poder soberano de apreciación de los jueces de instancia, a cuyo efecto la autoridad judicial deberá tomar en cuenta, entre otros elementos, las protestas formuladas por el *accipiens* al tiempo de la entrega, la utilización posterior de las mercancías recibidas, el silencio más o menos largo observado por el *excipiens* y las demás circunstancias que demuestren o hagan presumir la verdadera intención de las partes en relación con la recepción de la prestación, sin que la determinación del juez de mérito sea censurable en casación³⁸.

La carga de la prueba de que la recepción operada equivale a aprobación absoluta de la prestación corresponde al acreedor-demandante.

Por último, debido a que la aprobación definitiva de la prestación como cumplimiento cabal de la obligación comporta una

además, en caso de entrega de un bien con vicios o defectos de conformidad, surge a cargo del proveedor la obligación de repararlo o de sustituirlo por un bien idóneo, exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias para el fin contractualmente acordado. Por lo cual, frente al incumplimiento de esta obligación, el adquirente –si así lo desea– puede limitarse a oponer la *exceptio non adimpleti contractus* para negarse a pagar el precio hasta tanto el vendedor repare o sustituya el bien. Al respecto, véase lo que expongo en el Capítulo XIII de mi trabajo antes citado.

³⁸ En sentencia de fecha 16 de febrero de 1979 el Juzgado Superior Tercero Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda consideró que el hecho de que el comprador no le diera aviso al vendedor de su rechazo de la mercancía por no ajustarse a las especificaciones de la contratada en el tiempo convenido, no hacía procedente la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus*. En el caso concreto, sin embargo, el comprador tenía la obligación de dar aviso al vendedor del rechazo de la mercancía por no cumplir con las especificaciones señaladas en el documento de venta, dentro de los treinta (30) días subsiguientes a la fecha de entrega de los productos. El comprador guardó silencio y pretendió rechazar la mercancía un año después de haberla recibido para negarse a cumplir con sus obligaciones. (Sentencia del 16-02-79 en Ramírez & Garay. Tomo LXIV. p.p. 27-29).

renuncia a los derechos que pudieran corresponderle al *accipiens*, incluyendo el derecho de invocar la *exceptio*, en caso de duda habrá que concluir que la recepción de la prestación incompleta o defectuosa no equivale a conformidad.

3) LAS OBLIGACIONES DEBEN SER DE CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO

En los contratos bilaterales, dice el artículo 1.168, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, *a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones*. Para la procedencia de la excepción de incumplimiento se requiere, por tanto, que el *excipiens* no esté obligado a pagar primero, es decir, antes que el excepcionado.

La satisfacción de esta exigencia nos lleva a analizar el principio de la ejecución simultánea de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral y el momento del cumplimiento de las obligaciones recíprocas, los casos en los cuales no se aplica esa regla, así como las circunstancias bajo las cuales el obligado a pagar en primer lugar puede, no obstante, adquirir el derecho al cumplimiento simultáneo y, por tanto, la facultad de oponer la *exceptio*.

a) El principio de la ejecución simultánea de las obligaciones sinalagmáticas

Como consecuencia de la interdependencia entre las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, las mismas tienen que cumplirse simultáneamente si las partes no han decidido otra cosa. Así en materia de compra-venta, dice el artículo 1.493 del Código

Civil, el vendedor que no ha acordado plazo para el pago, no está obligado a entregar la cosa si el comprador no paga el precio.

La regla del cumplimiento simultáneo resulta implícita en la regulación de la propia excepción de incumplimiento que trae el artículo 1.168 y se aplica, en principio, a todos los contratos bilaterales. La característica propia de las obligaciones recíprocas que nacen de los contratos bilaterales conduce a la simultaneidad en la ejecución de tales obligaciones. Este principio se enuncia por la doctrina francesa diciendo que los contratos bilaterales deben ser cumplidos *donnant donnant o trait pour trait*, los alemanes lo expresan en la frase *zug um zug*, los autores italianos lo concep-túan como *mano a mano* y los españoles *toma y daca*. Si no se ha previsto nada en el contrato, la regla es pues el cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas. Por lo cual, en principio, ninguna de las partes está obligada a cumplir sin haber recibido al propio tiempo lo que se le debe.

El verdadero fundamento de la *exceptio*, ya lo hemos dicho, estriba en el cumplimiento simultáneo de las obligaciones bilaterales o recíprocas, en virtud del cual cuando una de las partes no haya cumplido aún ni esté dispuesta a cumplir, tampoco puede exigir a la otra parte su prestación, pues ello equivaldría a exigirle el cumplimiento anticipado³⁹. La regla del cumplimiento simultáneo

³⁹ La doctrina en general está de acuerdo con los particulares indicados. Al respecto, véase: CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 422-424; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.* p. 438; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* Tome II. Premier volume. p. 1169; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 623; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p. 778; BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. III. p. 409; MESSINEO, Francesco: *op. cit.* Vol. I. p. 412; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 62 y ss.; MEDICUS, Dieter: *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Vol. I. Traducción española de Ángel Martínez Garrión. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1995. p. 218; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 561; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER José: *Anotaciones...cit.* Tomo II. Vol. I. p. 170.

trae como consecuencia la inexigibilidad de la obligación debida por una de las partes de un contrato bilateral, cuando el reclamante no haya cumplido la que correlativamente le corresponda.

b) ¿Cuándo deben cumplirse las obligaciones surgidas de un contrato bilateral?

Cuando no haya plazo estipulado, dice el artículo 1.212, la obligación deberá cumplirse inmediatamente si la naturaleza de la obligación, o la manera como deba ejecutarse o el lugar designado para cumplirla, no hagan necesario un término, que se fijará por el Tribunal.

Esta regla se aplica también a las obligaciones surgidas de un contrato bilateral. Por tanto, cuando ninguna de las partes haya concedido crédito a la otra mediante la estipulación de un plazo, dichas obligaciones deben cumplirse instantáneamente, pero precisamente como se trata de obligaciones recíprocas, las mismas deben ejecutarse de manera simultánea. Rige pues el principio de la instantánea y simultánea exigibilidad de las obligaciones recíprocas. Por ello, cuando falta la simultaneidad de cumplimiento, no puede pretenderse la exigibilidad de una de las obligaciones por la otra parte. Si faltando la simultaneidad, se pretende por una parte exigir a la otra su prestación, esta última puede oponer la excepción de incumplimiento.

Las obligaciones surgidas de un contrato bilateral deben cumplirse pues inmediata y simultáneamente, salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa en cuyo caso cada una de ellas debe cumplir en el momento acordado.

La *exceptio* presupone que las dos prestaciones recíprocas deben cumplirse coetáneamente; que la obligación del demandante

no esté sujeta a plazo. Si, en efecto, el demandante gozara en el momento de trabarse la litis de un plazo no vencido para cumplir sus obligaciones no habría incumplimiento de su parte y, por tanto, la *exceptio* sería improcedente. El *excipiens* no debe estar obligado pues a pagar primero. La excepción de incumplimiento supone que quien la invoca todavía no haya ejecutado su obligación y que no deba ejecutarla antes que el otro contratante ejecute la suya⁴⁰.

c) Excepciones a la regla de la ejecución simultánea

El principio de la ejecución simultánea de las obligaciones recíprocas no es absoluto y puede ser modificado por el acuerdo de las partes, la naturaleza de la obligación, los usos y costumbres o por la propia ley. Como advierte el profesor Mélich-Orsini:

“El cumplimiento simultáneo o no de las obligaciones contrapuestas que se originan de un contrato sinalagmático, dependerá del orden cronológico que se establezca al respecto en el concreto contrato. Desde luego que, en caso de silencio sobre ese particular, habrá que tener en cuenta el art. 1.212. del C.C., que conducirá a admitir como una regla general en los contratos sinalagmáticos, la de la ejecución simultánea de dichas contrapuestas obligaciones. Pero, como se señala en dicho texto legal, además de la posibilidad de que una parte haya concedido crédito a la otra mediante la estipulación de plazos expresos o tácitos, hay que atender muy especialmente a la naturaleza de ciertas relaciones que excluyen manifiestamente la ejecución simultánea. Esto ocurre con algunos contratos que implican a cargo de una parte una prestación de cumplimiento sucesivo o continuo, mientras que la naturaleza de la prestación de la otra supone, cuando más, un pago hecho en forma periódica. En el caso, por ejemplo, del arrendamiento o del contrato de trabajo, cualesquiera que sean los intervalos fijados para la obligación de cumplimiento periódico

⁴⁰ Cfr: DALMARTELLO, Arturo: *op. cit.* p. 358.

(los pagos que deberá ejecutar el arrendatario o el patrono), siempre habrá una desigualdad temporal entre estos pagos y las correspondientes conductas del arrendador o del trabajador que con ellos se aspira a retribuir⁴¹.

Si bien la simultaneidad en la ejecución de las obligaciones es un efecto normal de los contratos bilaterales (*naturalia negotii*), no constituye un requisito esencial a su existencia; por lo cual, es susceptible de derogación por disposición convencional o legal, así como por los usos comerciales o en atención a la propia naturaleza del contrato.

Por una parte puede suceder que los contratantes convengan en que uno de ellos esté obligado a cumplir primero como, por ejemplo, en la venta a plazos cuando se concede al comprador un término para el pago del precio. Cada vez que se estipula un plazo para el cumplimiento de la obligación de uno de los contratantes y no para el otro, la *exceptio non adimpleti contractus* no se puede invocar contra el que se beneficia con la estipulación del plazo⁴².

Otras veces, en atención a la naturaleza del contrato, se puede alterar la regla de la simultaneidad en la ejecución de las obligaciones recíprocas como ocurre en el contrato de arrendamiento, el contrato de obras, el contrato de transporte, el mandato o el depósito, etc., en donde es prácticamente imposible que las prestaciones sean simultáneas (salvo, por ejemplo, que en el contrato de arrendamiento el canon se pague día a día). En todos estos casos, salvo que por disposición de la ley o convenio de las partes

⁴¹ MÉLICH-ORSINI, José: *La Resolución...cit.* p. 243.

⁴² Esta solución la confirma el artículo 1.493 del Código Civil que no le permite al vendedor invocar la *exceptio non adimpleti contractus* cuando le haya concedido al comprador un plazo para el pago del precio.

se establezca otra cosa, quien realiza la prestación a cambio del precio en dinero es quien debe cumplir primero⁴³.

Si el contrato tiene por objeto el cumplimiento de prestaciones escalonadas, se admite que llegado el término contemplado para la ejecución de cada una de las prestaciones, se debe restablecer el equilibrio entre las obligaciones correspectivas; por lo cual, frente al incumplimiento de una prestación anterior por uno de los contratantes el otro puede oponer la *exceptio* para denegar la prestación ulterior por él debida hasta tanto no haya recibido el pago de la contraprestación adeudada. Pero no podrá una de las partes invocar la *exceptio* frente a un incumplimiento posterior de su contraparte, para negarse a cumplir una prestación anterior por la cual ya hubiese recibido la contraprestación⁴⁴.

Otras veces los usos y costumbres son los que establecen que una de las partes debe cumplir primero su prestación. Esto es lo que sucede para el hotelero, el que presta el servicio de comida en un restaurante, etc., quienes deben cumplir sus prestaciones antes de ser pagados⁴⁵. Se considera en estos casos conforme a los usos que el cumplimiento de la prestación no dineraria preceda al de la prestación dineraria⁴⁶.

Cuando la naturaleza del contrato o los usos y costumbres determinan que uno de los contratantes debe cumplir su obligación en primer lugar, cabe el acuerdo en contrario para limitar o modificar

⁴³ Es la solución que se consagra expresamente en otros Códigos: § 551, § 614 § 641 del B.G.B.; artículo 333 del Código suizo de las Obligaciones; § 1.156 del Código Civil austríaco. También es la solución que da nuestro Código Civil en el artículo 1.646, a falta de pacto o costumbre, para el contrato de obras.

⁴⁴ *Cfr.* DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p.p. 75-76.

⁴⁵ *Cfr.* TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 628; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p. 782.

⁴⁶ *Cfr.* DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *loc. cit.*

el orden cronológico de cumplimiento de las prestaciones como, por ejemplo, cuando se contempla el pago periódico del canon de arrendamiento durante la vigencia del contrato, o cuando se establece que la prestación instantánea que eventualmente deba cumplir también el obligado a la prestación continuada se ejecute simultáneamente a la contraprestación (como, por ejemplo, como es usual, cuando se conviene en la restitución del vehículo reparado sólo contra el pago del precio).

Por último, otras veces la propia ley modifica la regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones. Por ejemplo, en el transporte a través del Sistema Ferroviario Metropolitano (Metro de Caracas) en donde se establece la necesidad del pago anticipado por parte del usuario⁴⁷.

En fin, si bien la regla general es el cumplimiento simultáneo de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, hay casos en los cuales las particulares circunstancias del contrato, el acuerdo de las partes, los usos y costumbres o la propia ley imponen a alguna de las partes el cumplimiento previo. Cuando ello suceda, el obligado a cumplir primero no puede, en principio, oponer la *exceptio non adimpleti contractus* a la parte favorecida con el diferimiento de su prestación.

d) La improcedencia de la alegación de la *exceptio* por parte del contratante obligado a cumplir con carácter previo

Ahora bien, en estos casos de cumplimiento previo para una de las partes se excluye la invocación de la *exceptio non adimpleti*

⁴⁷ Así se establece en el numeral 4 de las Normas del Usuario del Sistema Metro aprobadas por la junta directiva de la C.A. Metro de Caracas el 8 de abril de 2008 que pueden consultarse en www.metrodecaracas.com.ve/metrometrobus/normas.html

contractus sólo para la parte obligada a cumplir primero. Pero quien está obligado a pagar sólo después que lo haya hecho su co-contratante, puede invocar la *exceptio* si éste le exige el cumplimiento sin haber cumplido previamente su propia obligación⁴⁸.

Desde luego, si la obligación del demandado a quien su contraparte le exige el cumplimiento está sujeta a un término que aún no ha vencido, le bastará a éste con alegar la falta de vencimiento del término promoviendo la cuestión previa de la existencia de un plazo pendiente conforme a lo dispuesto en el ordinal 7º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y no tendrá necesidad de oponer la *exceptio* porque la obligación cuyo cumplimiento se le pide no es aún exigible. Pero si el término que tenía para cumplir venció o si simplemente se había obligado a pagar después que lo hiciera la otra parte, podrá enervar la pretensión de cumplimiento del demandante oponiendo la *exceptio non adimpleti contractus*.

Cuando se establece un orden para el cumplimiento de las obligaciones y una de las partes tiene que cumplir su prestación en primer lugar, como ya dijimos, sólo se excluye la *exceptio* para la parte obligada al cumplimiento previo. Pero si el demandado se había obligado a cumplir sólo cuando ya lo hubiera hecho su contraparte, aquél podrá oponer la *exceptio*, si ésta le exige el cumplimiento sin haber cumplido con su propia obligación⁴⁹. El

⁴⁸ Cfr. DALMARTELLO, Arturo: *loc. cit.*; RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *op. cit.* p. 95.

⁴⁹ Este es el significado que debe dársele al artículo 1.168 de nuestro Código Civil. En el mismo sentido se expresa la doctrina italiana que comenta la primera parte del artículo 1.460 del *Codice* de 1942, sustancialmente idéntica al artículo 1.168 del Código Civil venezolano. Así, Persico afirma: “El artículo 1.460, en verdad, parece admitir la *exceptio* solamente en los casos en los cuales es necesario el cumplimiento simultáneo. En mi criterio, sin embargo, si la parte obligada a la ejecución simultánea exige la prestación a su contraparte sin haber cumplido, esta última podrá oponerle la *exceptio*, a *fortiori* podrá oponérsela además cuando estuviere obligada a cumplir su obligación, en primer

obligado al cumplimiento previo no puede pues oponer con éxito la *exceptio non adimpleti contractus* a la pretensión de cumplimiento contractual por parte del reclamante.

En fin cuando las obligaciones son de cumplimiento simultáneo, cada una de las partes puede invocar la *exceptio* (Código Civil, artículo 1.168); cuando uno de los contratantes sólo se obliga a cumplir una vez que lo haya hecho su contraparte, sólo el primero estará legitimado para oponer la *exceptio*, pero no quien se obligó a pagar antes. Por último, si la obligación de una de las partes está sometida a un término, y su contraparte se obligó en forma pura y simple, la parte a quien se le pide el cumplimiento de la prestación exigible no puede oponer la *exceptio* por no haber incumplimiento de su contraparte. Pero vencido el término entra en juego el principio de la simultaneidad del cumplimiento. Como ambas obligaciones son ya exigibles en ese momento, cualquiera de las partes podrá entonces denegar su prestación si

lugar. La excepción de incumplimiento, por tanto, sólo se excluye contra el contratante que goza del beneficio de un término. Esta conclusión deriva de la naturaleza y función de la *exceptio* que se concede al contratante de buena fe frente a su co-contratante incumpliente” (PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 83). En el mismo sentido, en la doctrina italiana: LUZZATTO, Ruggero: *L’eccezione di inadempimento...cit.* p.p. 740 y ss.; PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p.p. 637-638; REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 8 y 12; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 134 y ss.; ZANA, Mario: *op. cit.* p. 1380. En la doctrina francesa, véase: CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 531 y ss.; GHESTIN, Jacques: *op. cit.* Tome III. p.p. 361-362, especialmente, la nota 87 y la jurisprudencia francesa allí citada. En la doctrina y la jurisprudencia nacionales, en el mismo sentido indicado en el texto, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 767, especialmente, la nota 35; BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo III. p. 277; Sentencia del 02-02-65 en Gaceta Forense. Segunda Etapa. N° 47. p. 272. Cabe hacer notar, sin embargo, que la jurisprudencia de nuestros tribunales en algunos fallos ha mantenido el criterio de que la *exceptio* sólo puede invocarse cuando las obligaciones “tienen fechas idénticas”, pero no cuando se alega que el actor debió haber cumplido previamente con su propia obligación. Al respecto, véase: Sentencia del 09-12-81 en Ramírez & Garay. Tomo LXXV. p.p. 88-89; Sentencia del 04-06-80 en Ramírez & Garay. Tomo LXIX. p.p. 78-79; Sentencia del 27-03-79 en Gaceta Forense. Tercera Etapa. N° 103. p. 794. Por las razones indicadas en el texto, ese criterio es incorrecto.

su contraparte le exige el cumplimiento sin haber cumplido con su propia obligación⁵⁰.

e) Caducidad del plazo

De acuerdo con lo antes expuesto, si una de las partes goza del beneficio de un término para el cumplimiento de su obligación, su co-contratante demandado para que cumpla su prestación de ejecución inmediata, no puede oponerle la *exceptio non adimpleti contractus*. Sin embargo, este principio no es absoluto y el obligado a cumplir primero no se encuentra totalmente desprotegido frente a un cambio de circunstancias que le hagan temer el incumplimiento de las obligaciones de su contraparte al vencimiento, puesto que hay que tener en cuenta las circunstancias que de acuerdo con la ley producen la caducidad del plazo⁵¹.

Si se configura alguno de los supuestos contemplados en el artículo 1.215 del Código Civil, quien se había obligado a pagar

⁵⁰ En otros ordenamientos se consagra de manera clara esta solución. Así en el artículo 82 del Código suizo de las Obligaciones según el cual “el que demanda la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, a menos que tenga en su beneficio un término según las cláusulas o la naturaleza del contrato” y en el párrafo 320 del B.G.B. que dispone que “quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la ejecución de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir anticipadamente”. De manera más imprecisa el artículo 1.460 del Código Civil italiano, después de consagrar la *exceptio non adimpleti contractus*, hace la salvedad de que “se hayan establecido por las partes o resulten de la naturaleza del contrato términos diversos para el cumplimiento”. La misma salvedad contiene el Código Civil portugués para el caso de que “hubiera plazos diferentes para el cumplimiento de las prestaciones” (artículo 428). Empleando similares términos imprecisos, el Código Civil venezolano hace la salvedad de que “se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones” (artículo 1.168). Pero, por aplicación de los principios generales, se llega a la misma solución.

⁵¹ Con respecto a las circunstancias que según el artículo 1.215 del Código Civil producen la caducidad del término, en la doctrina nacional, véase MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 334; MÉLICH-ORSINI, José: *El Pago*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 86. Caracas, 2010. p.p. 143-144; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *op cit.* p.p. 521-522.

primero adquiere el derecho al cumplimiento simultáneo y podrá, por tanto, invocar la *exceptio*. Por consiguiente, si el obligado a pagar en segundo lugar se ha hecho insolvente, o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término; por lo cual, si pretende exigirle a la otra parte el cumplimiento sin haber cumplido a su vez con su propia prestación, dicha otra parte podrá negarse a cumplir hasta tanto su contraparte cumpla con la obligación a su cargo. Esto se explica porque las circunstancias que determinan la caducidad del plazo ponen en peligro la interdependencia que es connatural a las obligaciones sinalagmáticas de los contratantes. En efecto, si el demandado en tales casos, que a su vez tuviese un crédito recíproco contra el demandante, tuviese que pagar primero y esperar el vencimiento del término para cobrar su crédito, correría el grave riesgo de perder su prestación sin poder a su vez cobrar lo suyo.

Ahora bien, si el contratante que se encuentra incurso en alguno de los supuestos del artículo 1.215 es demandado por su co-contratante para que ejecute su prestación, podrá rechazar el cumplimiento que se le exige si el otro no cumple contemporáneamente la propia obligación. En efecto, el contratante que gozaba antes de un término para el pago sólo ha perdido el beneficio del plazo, pero no ha quedado obligado a pagar primero. Ante la caducidad del plazo establecido a favor de una de las partes entra a funcionar la regla del cumplimiento simultáneo y, por tanto, ambas partes pueden invocar la *exceptio*⁵².

⁵² Es la solución que trae el artículo 429 del Código Civil portugués según el cual “quien estuviere obligado a cumplir en primer lugar, puede negarse a ejecutar su respectiva prestación, si el otro contratante no cumple o no otorga garantía de cumplimiento si, con posterioridad a la celebración del contrato, sobreviene alguna de las circunstancias

El Código Civil hace una aplicación de este principio en los artículos 1.493 y 1.530. La primera de estas disposiciones le concede al vendedor el derecho a negarse a hacer la entrega de la cosa, aun cuando haya acordado plazo para el pago del precio, si después de la venta el comprador se hace insolvente o cae en estado de quiebra, de suerte que el vendedor se encuentre en peligro inminente de perder el precio, a menos que se dé caución de pagar el precio en el plazo convenido⁵³; y la segunda establece que si el comprador fuere perturbado o tuviere fundado temor de serlo por una acción hipotecaria o reivindicatoria puede suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que el vendedor dé garantía suficiente para asegurar su restitución.

En otros ordenamientos se consagra el principio general de que si uno de los contratantes tiene que cumplir la prestación previamente, podrá no obstante denegar la prestación por él debida, si la situación económica de la otra parte hubiere empeorado notablemente después de la conclusión del contrato al punto que

que comportan la pérdida del beneficio del plazo”. La doctrina francesa que comenta el artículo 1.188 del Código Civil francés de 1804 y la doctrina italiana que se refiere al artículo 1.176 del Código Civil italiano de 1865, sustancialmente idénticos al artículo 1.215 del Código Civil venezolano, entienden en el mismo sentido las consecuencias que produce la pérdida del beneficio del plazo. Al respecto, véase: CASSIN, René: *op. cit.* p. 555 y SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. p. 148 y 153.

⁵³ Obsérvese que la insolvencia del comprador conforme a los artículos 1.215 y 1.493 produce consecuencias jurídicas distintas: según la primera, la obligación de pagar el precio se hace inmediatamente exigible; según la segunda, se faculta al vendedor para suspender la entrega a no ser que se le otorgue garantía para asegurar el pago del precio en el plazo estipulado. De acuerdo con los principios generales, en el caso de insolvencia del comprador prevalece la norma especial prevista en el artículo 1.493, sobre la general que contempla el artículo 1.215, mientras que en los demás casos previstos por el artículo 1.215 se aplica dicha norma ya que nada prevé al respecto la norma especial del artículo 1.493. *Cfr.*: AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2010. p.p. 272-273.

hiciese peligrar la obtención de la contraprestación, a menos que el demandante preste caución para asegurar el cumplimiento de su obligación⁵⁴.

4) LA OPOSICIÓN DE LA EXCEPTIO DEBE AJUSTARSE AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

a) El principio general

En los distintos sistemas jurídicos que reconocen la existencia de la *exceptio non adimpleti contractus* se admite que su alegación no puede ser contraria a las exigencias de la buena fe.

⁵⁴ Así, según el artículo 1.461 del Código Civil italiano “cada contratante podrá suspender la ejecución de la prestación por él debida, si las condiciones patrimoniales del otro llegasen a ser tales que pongan en peligro evidente la consecución de la contraprestación, salvo que se prestare una garantía suficiente”. Esta disposición excluye el derecho del acreedor a suspender el propio cumplimiento en caso de insolvencia del deudor cuando el deudor preste garantía suficiente de cumplir con su obligación. Una previsión similar no existe en nuestra legislación. Del mismo modo el párrafo 321 del Código Civil alemán establece que “quien está obligado por un contrato bilateral a cumplir su parte primero puede, si después de la conclusión del contrato se produce un deterioro significativo de la posición financiera de la otra parte por la que corre peligro la reclamación de la contraprestación, negarse a cumplir su parte hasta que la contraprestación se cumpla o se ofrezca una garantía por ella”. La doctrina alemana discute si esta disposición, además de legitimar la suspensión de la ejecución de la prestación que debía cumplirse anticipadamente, autoriza a exigir el cumplimiento simultáneo conforme a las reglas generales del contrato bilateral, como afirma Larenz, o si simplemente su eficacia se limita a autorizar la denegación provisional de la propia prestación mientras no se garantice la contraprestación, puesto que permanece la obligación anticipada a cargo del obligado a pagar primero, como comúnmente se sostiene. A propósito de las distintas posiciones que adopta al respecto la doctrina alemana, véase: LARENZ, Karl: *op. cit.* Tomo I. p. 271, especialmente, la nota 9. A nuestro modo de ver, en rigor, debe distinguirse la excepción de incumplimiento de otras situaciones en las cuales ese incumplimiento aún no se ha verificado, pero existen posibilidades ciertas o más o menos ciertas de que pueda llegar a verificarse. Son las hipótesis en las cuales, como dice el párrafo 321 del B.G.B. “se produce un deterioro significativo de la situación financiera de la otra parte por la que corre peligro la reclamación de la contraprestación” en cuyo caso el deudor de la prestación anticipada puede negarse a cumplir, hasta tanto la otra parte cumpla con la contraprestación o se preste caución para asegurar su cumplimiento.

En algunos ordenamientos como el italiano y el alemán, cuando se regula el instituto objeto de nuestro estudio, se establece expresamente que la *exceptio* debe ser opuesta de buena fe⁵⁵. En nuestro Derecho este principio se fundamenta en el artículo 1.160 del Código Civil según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe. De acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales, la *exceptio non adimpleti contractus* no debe ser opuesta en condiciones contrarias a la buena fe⁵⁶.

La doctrina italiana se ha encargado de señalar que la buena fe que limita la alegación de la *exceptio* a que alude el artículo 1.460 del *Codice* no es la buena fe subjetiva consistente en la ignorancia o creencia equivocada que tiene un sujeto de obrar bien o conforme a derecho, sino la *buena fe objetiva* que consiste en el comportamiento leal y honesto (*correttezza*) en la ejecución de las obligaciones, lo que se aprecia teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes⁵⁷.

En la doctrina francesa y belga se deducen las siguientes consecuencias de este principio que limita el campo de aplicación de la *exceptio*: 1) La excepción sólo puede ser invocada en caso de falta grave a las obligaciones principales del contrato; pero no en caso de inejecución de obligaciones secundarias; 2) La excepción no puede ser alegada cuando el que la alega ha motivado el incumplimiento de la otra parte o ha faltado él mismo a sus obligaciones;

⁵⁵ El Código Civil italiano de 1942 después de consagrar la posibilidad de invocar la *exceptio*, en el artículo 1.460 (segunda parte) agrega “sin embargo no puede rechazarse la ejecución si, habida cuenta de las circunstancias la negativa es contraria a la buena fe”. También el Código Civil alemán en el párrafo 320 recoge el principio de la buena fe como límite a la válida alegación de la excepción, pero con especial referencia al caso de su alegación frente al incumplimiento parcial, es decir, como límite a la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

⁵⁶ Sentencia del 16-01-79 en Ramírez & Garay. Tomo LXIV. p.p. 28-29.

⁵⁷ Al respecto, véase: PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 639; ZANA, Mario: *op. cit.* p.p. 1381 y ss.

y 3) En general, debe rechazarse también la excepción, cuando el contratante a quien se le opondrá, puede invocar una causa legítima para no cumplir⁵⁸.

En la doctrina italiana, al analizar el principio de la buena fe como límite a la válida oposición de la *exceptio*, Persico propone tres series de valoraciones de la conducta de los contratantes: la relación de sucesión, la relación de causalidad y la relación de proporcionalidad entre los incumplimientos de una y otra parte⁵⁹.

Según *la relación de sucesión* de los incumplimientos, cada parte puede justificar su propio incumplimiento solamente si el mismo ha sido precedido por el incumplimiento de la otra parte, de ahí que no puede oponer la *exceptio* quien ha incumplido primero. Sería contraria a la buena fe la invocación de la excepción por parte del que ha impedido con sus propios actos el cumplimiento del demandante, o se ha negado a recibir la prestación debida que le hubiere ofrecido el demandante en la oportunidad prevista para ello o a colaborar en la recepción del pago. Pero este criterio que expone Persico no resulta siempre exacto, al menos en los casos de cumplimiento simultáneo, que son la regla general en materia de excepción de incumplimiento, como lo reconoce el propio autor citado. Por lo cual, se requiere tomar en cuenta la relación de causalidad y la proporcionalidad entre el incumplimiento del demandante y el del *excipiens*.

⁵⁸ CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 565-580; PILLEBOUT, Jean-François: *op. cit.* p. 221. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VI. p.p. 631-632; GHESTIN, Jacques: *op. cit.* Tome III. p.p. 362-364; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. p. 782.

⁵⁹ Al respecto, véase: PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p.p. 140-145 a quien seguimos ampliamente en el examen de las relaciones de sucesión, causalidad y proporcionalidad entre el incumplimiento de cada uno de los contratantes a los fines de la valoración de la conducta del *excipiens* y su conformidad con las exigencias de la buena fe. En el mismo sentido: CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *op. cit.* Vol. III (Il Contrato). p. 956.

Según *la relación de causalidad*, afirma Persico, el incumplimiento del que alega la excepción debe estar motivado sólo por el incumplimiento de la otra parte, no por otros fines, como represalia o fines de lucro.

Finalmente, *el incumplimiento* del que alega la excepción *debe ser proporcionado* o equivalente *al de la parte que reclama*.

En función de estos criterios el juez puede apreciar cuando la invocación de la excepción es contraria a las exigencias de la buena fe con el objeto de declarar aun de oficio inadmisibles, total o parcialmente, la excepción por parte del demandado.

Tal y como lo dejó establecido la Corte de Casación italiana en una sentencia de fecha 1º de septiembre de 1954:

“En los contratos con prestaciones recíprocas, en caso de incumplimiento mutuo, para concluir en la aplicación del principio *inadimplenti non est adimplendum*, cumple proceder a una apreciación comparativa de la conducta de ambos contratantes en relación a la invocada y recíproca falta de cumplimiento, observando no sólo la subsistencia de las prestaciones, sino tomando en consideración las relaciones que existan entre una y otra de sucesión, causalidad y proporcionalidad, su relativa gravedad y eficacia, en cuanto a la finalidad económica perseguida en el contrato y la consecuente influencia sobre su suerte”⁶⁰.

Galgano cita sentencias más recientes de la Casación italiana que establecen lineamientos generales tales como aquel según el

⁶⁰ Sentencia de la Casación italiana de fecha 01-09-1954 reseñada por PERSICO, Giovanni: *loc. cit.* p. 145, especialmente, la nota 19. Poco más o menos en los mismos términos, véase: Sentencia de la Casación italiana del 16-05-2006 reseñada por CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *loc. cit.* p. 956, especialmente, la nota 78.

cual “la parte que opone la excepción puede considerarse de buena fe sólo si la negativa a la ejecución del contrato se traduce en un comportamiento que resulte objetivamente razonable y lógico, en el sentido que encuentre concreta justificación en la relación entre las prestaciones inejecutadas y prestaciones denegadas, en relación a los cánones legales de reciprocidad y contemporaneidad de las mismas”, agregando que la Casación italiana en sus decisiones se ha atendido a los siguientes criterios: a) la excepción es contraria a la buena fe cuando no existe proporcionalidad entre la prestación inejecutada y la prestación denegada; b) la excepción es contraria a la buena fe cuando la falta de ejecución de la prestación es debida a razones excusables; y c) la excepción es contraria a la buena fe cuando se ha consentido en el incumplimiento de la contraparte⁶¹.

Con base en lo antes expuesto, no hay buena fe cuando el excepcionante fue el primero en incumplir provocando con su actuación el incumplimiento del demandante, o cuando fue el propio excepcionante con su conducta el que impidió el cumplimiento del demandante⁶². Por ejemplo, cuando el arrendatario pretende suspender el pago del canon de arrendamiento, no obstante haber causado él mismo el incendio del inmueble. Tampoco hay buena fe si el *excipiens* se ha colocado él mismo en la imposibilidad de cumplir, como ocurre cuando el vendedor de un inmueble que luego lo ha enajenado a un tercero pretende hacer valer la *exceptio* contra el primer adquirente. Por otra parte, no hay tampoco buena fe cuando el incumplimiento que motiva la alegación de la *exceptio* está causado por error u omisión involuntaria o cuando el

⁶¹ GALGANO, Francesco: *op. cit.* Vol. II. Tomo I. p.p. 573-575, especialmente las notas 26-31 y las recientes decisiones de la Casación italiana allí citadas.

⁶² *Cfr.* DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 82, especialmente, la nota 80.

demandante justifica el retardo con motivos objetivos y proporciona convincentes seguridades de cumplir oportunamente⁶³.

b) El incumplimiento de las obligaciones secundarias o accesorias

La oposición de la *exceptio non adimpleti contractus*, se afirma, es contraria a las exigencias de la buena fe cuando se basa en el incumplimiento de obligaciones accesorias.

Respecto a la imposibilidad de alegar la *exceptio* frente al incumplimiento de *obligaciones secundarias o accesorias*⁶⁴, según la doctrina francesa, hay que atenerse a la voluntad de las partes para explicar el distinto efecto del incumplimiento de obligaciones

⁶³ Cfr. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: *Buena Fe en la Ejecución de los Contratos*. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Editoriales Temis, Ubijus, Zavalia y Reus. Madrid, 2011. p.p. 153-154; BORDA, GUILLERMO A.: *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo II. Editorial Perrot. Buenos Aires, 2008. p.p. 224-225. La doctrina italiana moderna se ha encargado de señalar que, como principio de carácter general, la regla de la buena fe no entra en juego como una norma que prescribe un comportamiento determinado apriorísticamente, sino más bien como un límite a la actuación de un sujeto, concretamente determinable sólo en función de una valoración *a posteriori* tomando en cuenta todas las circunstancias que rodean al caso concreto sometido a la consideración del juzgador (ZANA, Mario: *op. cit.* p. 1382, especialmente, la nota 24). En el mismo sentido, en la doctrina francesa moderna Malecki afirma que sólo *a posteriori* podrá el juez decidir si la *exceptio non adimpleti contractus* se hizo valer fuera de los límites de la buena fe. Quien opone la excepción es consciente de correr este riesgo (MALECKI, Catherine: *op. cit.* p.p. 288-301).

⁶⁴ Sobre la caracterización de las obligaciones accesorias, véase: AULETTA, Giuseppe Giacomo: “Importanza dell’inadempimento e diffida ad adempienze” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* diretta da Tito Carnacini. Giuffrè Editore. Milano, 1955. p. 655; MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Traducción castellana de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. p. 47; TRABUCCHI, Alberto: *op. cit.* p.p. 630-631. En la doctrina española, véase: ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: *La Resolución de los Contratos por Incumplimiento*. Editorial Cremades. Granada, 2009 p.p. 143-152. En la doctrina nacional: MÉLICH-ORSINI, José: *La Resolución...cit.* p.p. 228-238.

principales y accesorias, pues no todas las obligaciones asumidas por una parte tienen igual importancia para la otra. Así, el comprador contrata no sólo para hacerse propietario de la cosa, sino también para obtener su posesión pacífica y útil; pero existen por el contrario obligaciones de orden secundario o accesorio, cuya ejecución no ha sido elemento determinante de la voluntad de los contratantes. En el contrato de arrendamiento, la simple inejecución por el arrendador o por el arrendatario de una cláusula accesoria del contrato de arrendamiento tampoco autoriza a la otra parte a denegar el cumplimiento de su propia prestación. Supongamos, por ejemplo, que el arrendatario se ha comprometido a no introducir un perro en los lugares arrendados. La contravención de esta obligación accesoria no constituye causa suficiente para permitir al arrendador que prive al arrendatario del disfrute de los lugares arrendados⁶⁵.

En la doctrina española se afirma que para determinar cuándo la obligación inejecutada es principal o accesoria puede seguirse un doble criterio: el objetivo que viene dado por la función que la prestación abstractamente considerada cumple en la estructura típica del contrato; y el subjetivo, determinado por la voluntad de las partes y la finalidad perseguida al contratar. A pesar de que los dos criterios pueden conjugarse para calificar a una determinada obligación como principal o accesoria, se afirma, es conveniente dar prioridad al segundo⁶⁶.

En cualquier caso, la esencialidad o accesoriedad de la obligación incumplida, a los fines de la invocación de la *exceptio*, viene

⁶⁵ Cfr: CAPITANT, Henri: *op. cit.* p. 79. Desde luego, esto no quiere decir que la *exceptio non adimpleti contractus* sólo deba admitirse en los casos en que sea procedente la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones (*supra*, N° VIII,2,e).

⁶⁶ Al respecto, véase: FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: *op. cit.* p.p. 420-421.

determinada por su carácter interdependiente —o no interdependiente— respecto de las obligaciones de la otra parte. Por consiguiente, no es suficiente a los fines de alegar la *exceptio* que la prestación incumplida forme parte de un contrato bilateral sino que se requiere que exista reciprocidad entre la obligación incumplida y la puesta a cargo de la otra parte; es necesario que la obligación incumplida quiebre o altere la relación de reciprocidad o interdependencia entre las obligaciones surgidas del contrato bilateral⁶⁷. Pero, como dijimos en su oportunidad, no hay una interdependencia solamente entre las obligaciones principales, sino también entre las obligaciones accesorias, y muchas veces entre éstas y las obligaciones principales (*supra*, N° VIII, 1)⁶⁸. Hay obligaciones accesorias que son indispensables para los fines del contrato o necesarias para la satisfacción del interés del acreedor, y obligaciones accesorias sin las cuales carece de sentido el objetivo que se han propuesto las partes al contratar. Además, una determinada obligación meramente accesorio en un contrato, puede en otro considerarse fundamental. Esta es una cuestión de hecho que en definitiva corresponderá apreciar a los jueces de instancia quienes deberán tener en cuenta la voluntad de las partes para determinar la importancia que ellas han concedido a las obligaciones accesorias.

⁶⁷ Cfr: CARBONNIER, Jean: *Précis de Droit Civil*. París, 1972. N° 167; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 628; VON TUHR, Andreas: *op. cit.* p. 305.

⁶⁸ Cfr: LARROUMET, Christian: *op. cit.* Vol. I. p. 150. La jurisprudencia italiana, sin embargo, se orienta en otra dirección. La Corte de Casación italiana en sentencia del 11-01-80 afirmó que no puede predicarse que el nexo de correspectividad integrante del núcleo del sinalagma subsista entre una obligación accesorio y una obligación principal y, por consiguiente, no puede legítimamente denegarse el cumplimiento de esta última frente a un incumplimiento de la primera. Al respecto, véase: PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 637 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí reseñada. Esta orientación contrasta con la posición de un sector de la doctrina italiana que afirma que no puede considerarse apriorísticamente excluida la *exceptio* por el incumplimiento de deberes que no estén directamente encaminados a realizar la correspectividad existente entre las obligaciones de las partes. Al respecto, véase: REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 2 y 3.

En la doctrina italiana, se afirma por Mosco que el incumplimiento de las obligaciones accesorias puede dar lugar a la *exceptio non adimpleti contractus*, incluso a la resolución, cuando es tal que hace imposible, o por lo menos difícil, el exacto cumplimiento de la obligación principal o incide significativamente en su ejecución⁶⁹. Siguiendo esta orientación, la jurisprudencia extranjera ha decretado la procedencia de la *exceptio* por incumplimiento de una obligación accesoria en la medida en que implicaba el incumplimiento de la obligación principal. Por ejemplo, el incumplimiento por parte del arrendador de realizar una reparación mayor a su cargo, si sólo le produce al arrendatario una pequeña molestia en el disfrute del inmueble arrendado, no autoriza a este último a oponer la *exceptio* para suspender el pago del canon de arrendamiento si obtiene la ventaja esperada del contrato de arrendamiento en lo fundamental. Pero si la falta de ejecución de las reparaciones que le incumben al arrendador impide al arrendatario ocupar el inmueble o le impide disfrutarlo de manera que no recibe lo esencial que esperaba, no hay duda que podrá negarse a ejecutar su obligación de pagar el canon de arrendamiento⁷⁰.

En relación con el incumplimiento de obligaciones accesorias, la doctrina y la jurisprudencia discuten si uno de los contratantes puede negarse a cumplir con su obligación en caso de que el otro se niegue a expedirle un recibo que acredite el pago y que ha quedado extinguida la obligación. Si bien se reconoce el derecho que tiene el deudor a exigir un recibo del acreedor (Código de Comercio, artículo 117) se considera que la oposición de la *exceptio*

⁶⁹ MOSCO, Luigi: *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento*. Napoli, 1950. p.p. 57 y 75.

⁷⁰ Al respecto, véase: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 629, especialmente, la nota 3 y la jurisprudencia de la Casación francesa allí citada; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.* p. 438, especialmente, las notas 7 y 8 y la jurisprudencia de la Casación francesa que allí se citan.

non adimpleti contractus, al menos en principio, es contraria a las exigencias de la buena fe cuando uno de los contratantes pretende justificar su incumplimiento en la negativa de su contraparte que habiendo cumplido con su propia obligación, se niegue a expedirle un recibo⁷¹.

c) La gravedad de la inejecución y el poder de apreciación del juez

Para valorar si la alegación de la *exceptio non adimpleti contractus* es conforme a la buena fe, los jueces deben apreciar fundamentalmente la *gravedad de la inejecución*⁷². Cuando el demandante ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, la oposición de la *exceptio* puede resultar contraria al principio de la buena fe en la contratación consagrado en el artículo 1.160 del Código Civil atendidas las circunstancias del caso, sobre todo cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad respecto a lo demás bien ejecutado.

La doctrina moderna hace depender la gravedad del incumplimiento no tanto de la importancia de la obligación incumplida sino de las consecuencias que derivan de su inejecución. El incumplimiento es grave, se afirma, cuando le causa un perjuicio considerable al *excipiens*; y no lo es en caso contrario. Incluso cabe oponer la excepción por el incumplimiento de una obligación

⁷¹ Es el criterio que sostiene Persico en la doctrina italiana (PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 136). En el mismo sentido en la doctrina nacional véase: MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 770. En contra, en la doctrina española: CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *El Pago o Cumplimiento de las Obligaciones*. Editorial Tecnos. Madrid, 1986. p.p. 128-129; PUIG BRUTAU, José: *op. cit.* Tomo I. (Vol. II). p.p. 283-284.

⁷² En cualquier caso, no basta un incumplimiento insignificante o anodino para oponer la excepción. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales. Al respecto, véase: Sentencia del 30-06-69 en Ramírez & Garay, Tomo XXI. p.p. 217-218.

accesoria o cuando la inejecución sea de escasa gravedad, puesto que lo relevante es que la prestación cuyo cumplimiento suspenda el *excipiens* sea proporcional al incumplimiento de la otra parte⁷³. El fundamento de la excepción debe apreciarse según un criterio de equivalencia y proporcionalidad entre la prestación denegada por el *excipiens* y el incumplimiento de su contraparte contractual⁷⁴.

Por otra parte, para juzgar la importancia de la parte no ejecutada de la contraprestación, debe tomarse en consideración el equilibrio entre la prestación y la contraprestación perseguido por las partes al celebrar el contrato. Si ese equilibrio se alcanza sustancialmente con la ejecución parcial de la contraprestación, de manera tal que el interés que determinó al demandado a contratar se encuentra razonablemente satisfecho, las exigencias de la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos conforme a lo dispuesto en el artículo 1.160 del Código Civil, pueden justificar la suspensión del cumplimiento de la obligación a su

⁷³ Cfr: DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p.p. 87-88; REALMONTE, Francesco: *Importanza dell'inadempimento...cit.* p. 321. En relación con la gravedad del incumplimiento, la doctrina italiana ha procurado establecer algunos criterios orientadores. Así, Roppo afirma que para determinar si un incumplimiento es grave el caso concreto debe ser examinado a la luz de dos criterios de aplicación conjunta: En primer lugar, un criterio objetivo, el cual no se refiere a calificaciones abstractas (prestación principal o accesoria), sino a la función y al peso que la obligación incumplida tiene dentro del conjunto de obligaciones del contrato, evaluada en concreto. En segundo lugar, se debe atender al criterio subjetivo, fundado sobre la base de los intereses de la parte que soporta el incumplimiento, es decir, sobre el específico interés que ésta le daba a la obligación incumplida y en el modo en que tal interés resulta afectado por el incumplimiento. (ROPPO, Vincenzo: *Il Contratto*. Giuffrè Editore. Milano, 2001. p.p. 961-962). En la misma dirección parece orientarse la jurisprudencia italiana. Al respecto, véase: ZANA, Mario: *op. cit.* p. 1386, especialmente, la nota 38 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

⁷⁴ Cfr: CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *op. cit.* Vol. III (Il Contratto) p. 956. En la doctrina francesa, Malecki rechaza este criterio y considera que no siempre puede graduarse la excepción en proporción a la gravedad del incumplimiento del actor y que “su eficacia como medio coercitivo de presión exige frecuentemente traspasar los límites de la proporcionalidad” (MALECKI, Catherine: *op. cit.* p.p. 300-301).

cargo sólo en una parte proporcional a la porción incumplida de la contraprestación⁷⁵.

A la ejecución parcial por parte del *excipiens* podría oponerse su co-contratante con base en el principio de la integridad del pago que consagra el artículo 1.291 del Código Civil. Pero aun cuando puede resultar contrario a los principios del Código Civil que el *excipiens* proceda a la división de sus obligaciones, la doctrina y la jurisprudencia francesa y belga modernas mantienen el criterio de que el ejercicio del poder de apreciación del juez, para verificar que en el caso concreto sometido a su consideración no se ejerza el derecho de alegar la *exceptio non adimpleti contractus* de manera abusiva, podría conducir a esta división.

Aun cuando el principio de la ejecución de los contratos conforme a los dictados de la buena fe, no obliga al *excipiens* a reducir la ejecución de sus obligaciones de manera proporcional al perjuicio sufrido; sin embargo, también es cierto que las exigencias de la buena fe le impiden abusar de su derecho a suspender la ejecución de sus propias obligaciones.

Dicho en otras palabras, si bien el *excipiens* tiene normalmente el derecho de negarse a ejecutar la totalidad de la prestación a su cargo, cualquiera que ésta sea, aun cuando su contraparte contractual haya cumplido parcial o defectuosamente su propia prestación, en algunas ocasiones en caso de inejecución parcial o cumplimiento defectuoso, cuando el demandado opone la *exceptio non rite adimpleti contractus*, no se justifica la denegación total del cumplimiento de su prestación, sino que convendrá, según las circunstancias, ajustarla a la entidad del incumplimiento del actor,

⁷⁵ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: *op. cit.* Tomo II. p. 338.

para evitar situaciones abusivas y satisfacer las exigencias de la buena fe⁷⁶. Por ejemplo, si la perturbación del goce del inmueble por hecho del arrendador no afecta más que una parte del inmueble arrendado, se considera que lo procedente es la reducción parcial del canon de arrendamiento⁷⁷. La proporcionalidad entre la parte que falta por cumplir y la denegación parcial de la propia prestación en virtud de la excepción alegada, se afirma, representa la más exacta justificación de la *exceptio* en los casos de incumplimiento sólo parcial⁷⁸.

⁷⁶ Al respecto, véanse las sentencias citadas en la nota 43 del Capítulo VII *ut supra* en materia de contrato de obras.

⁷⁷ Cfr: MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* Tome II. Premier volume. p. 1171, especialmente, la nota 2 y las sentencias de los tribunales franceses allí citadas; DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p.p. 88-91, especialmente, la nota 122 y la jurisprudencia de los tribunales belgas allí citada.

⁷⁸ Cabe hacer notar, sin embargo, que la cuestión no está exenta de discusiones y ha sido objeto de opiniones contrapuestas en la doctrina italiana. Por un lado Persico afirma que en caso de cumplimiento defectuoso, la parte que voluntariamente recibe la prestación puede retener la contraprestación a su cargo sólo dentro del límite del daño experimentado. Así, en la hipótesis de que se trate de un cumplimiento parcial o inexacto, la parte que advierte el cumplimiento cuantitativa o cualitativamente defectuoso y no obstante retiene la prestación, demuestra con su actuación tener algún interés, siquiera limitado a obtener la prestación defectuosa. Por consiguiente, afirma Persico, se compadece con las exigencias de la buena fe que la otra parte, dentro de los límites marcados por ese interés, sea compensada con una cuota de contraprestación (PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 146). Pero no faltan voces autorizadas que no comparten esta posición. Así, Roppo afirma que “el incumplimiento de uno de los contratantes puede justificar el incumplimiento (provisorio, no definitivo), pero no el cumplimiento cuantitativa o cualitativamente inexacto por parte del *excipiens*”. Por lo cual, para evitar situaciones abusivas que podrían fácilmente presentarse, este autor concluye que la *exceptio* sólo puede ser opuesta en caso de inexecución total de la prestación por parte del demandante, pero no en caso de cumplimiento parcial o defectuoso (ROPPO, Vincenzo: *op. cit.* p. 989).

Como se dijo, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha admitido la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de inexecución parcial o cumplimiento defectuoso (*supra*, N° VIII,2,a y b). En una sentencia del 26 de enero de 1956 el Juzgado Superior Segundo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial consideró que ante el incumplimiento parcial, el demandado puede oponer la *exceptio non rite adimpleti contractus* para denegar parcialmente el cumplimiento de la obligación a su cargo por cuanto “es de libre apreciación del Tribunal aquilatar si el incumplimiento de una parte compensa el incumplimiento de la otra”. En el caso concreto la demandada

Corresponde al poder soberano de apreciación de los jueces de instancia valorar, si en el caso concreto sometido a su consideración y decisión, frente al cumplimiento parcial o defectuoso del demandante, la alegación de la *exceptio non adimpleti contractus* es abusiva, en cuyo caso la autoridad judicial podrá, en atención a las circunstancias, limitar los alcances de la excepción y acordar sólo la denegación parcial de la prestación a cargo del demandado, tomando en cuenta para ello la medida de lo que aún le adeude el demandante o el defecto de la contraprestación⁷⁹. Se logra así restablecer en la cantidad necesaria el equilibrio de las prestaciones que queden por cumplir las cuales quedarán nuevamente sujetas al principio del cumplimiento simultáneo⁸⁰. Ahora bien, como se dijo, el juicio sobre la conformidad con la buena fe del uso de la *exceptio non adimpleti contractus* es prudencial y es muy difícil

se había negado a pagar el saldo del precio de la obra porque el contratista no le había colocado los acabados convenidos. El tribunal consideró que el incumplimiento parcial de la demandada estaba “compensado” por el incumplimiento del actor para concluir que “estaba probado en el presente caso a favor de la demandada, la excepción prevista en el citado artículo 1.168 del Código Civil” (Sentencia del 26-01-56 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. V. p.p. 225-226).

⁷⁹ Conviene recordar que si la cosa vendida adolece de *vicios ocultos* deben aplicarse entonces las disposiciones especiales sobre el saneamiento que trae el Código Civil cuya regulación, como es bien sabido, se basa en criterios distintos mediante la utilización de las acciones redhibitoria y *quantum minoris* que sólo pueden hacerse valer (por vía de acción o de excepción) en breve plazo, so pena de caducidad y que, según algunos autores, excluyen la posibilidad de una acción distinta al saneamiento. Al respecto, véase lo que expongo en las páginas 127 y siguientes de mi libro *Vicios Redhibitorios y Saneamiento* citado en la nota 37 del Capítulo VIII *ut supra*.

⁸⁰ Es la solución legal que se considera más justa en el Derecho alemán y en el Derecho suizo. Al respecto, véase: ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Henrich: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p.p. 167-168, especialmente, la nota 7; VON TUHR, Andreas: *op. cit.* p.p. 305-306. En la doctrina francesa y belga, en el mismo sentido expuesto en el texto, además de los autores citados en la nota 77 *ut supra* véase: CASSIN, René: *op. cit.* p. 635; CAPITANT, Henri: *op. cit.* p. 282; MALECKI, Catherine: *loc. cit.* En la doctrina española: CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p.p. 75-79; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 569. En la doctrina peruana: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: *loc. cit.* La misma solución está recogida en el artículo 9.201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos que legitiman la suspensión total o parcial de la prestación por parte del *excipiens*, según lo que resulte más razonable en atención a las circunstancias.

hacerlo *a priori*. Si la *exceptio* se ha invocado extrajudicialmente, corresponderá al juez determinar si estaba justificada la denegación de la propia prestación por parte de quien la alegó, atendiendo fundamentalmente a la proporcionalidad o no de la medida y a las consecuencias que ésta ha tenido para la otra parte contratante. En fin, en atención a las exigencias de la buena fe, el juez puede pues limitar el alcance de la excepción para que sus efectos no resulten desproporcionados con la inejecución del actor⁸¹.

Desde luego, si la ejecución total de la contraprestación fue determinante del consentimiento de la otra parte, ésta podrá siempre oponer la *exceptio non rite adimpleti contractus* para suspender la totalidad de la prestación a su cargo. Por ejemplo, supongamos que X celebre un contrato de compra-venta con Y para adquirir el 51% de las acciones representativas del capital social de una compañía anónima para así tomar el control de dicha compañía. Si Y sólo le transfiere el 49% de las acciones, es evidente que X podrá suspender el pago total del precio hasta que Y cumpla con

⁸¹ En cualquier caso, la autoridad judicial sólo podría en el caso sometido a su consideración acordar la denegación parcial de la prestación a cargo del demandado excepcionante, si la obligación parcialmente incumplida por el actor que sirve de causa a la oposición de la *exceptio* fuere divisible. Como la obligación de pagar el canon de arrendamiento es por su naturaleza divisible, ya que tiene por objeto el pago de una suma de dinero, el juez podría ordenar al *excipiens* la suspensión parcial del pago del canon de arrendamiento. Pero la situación es diferente cuando la obligación es por su naturaleza o por su objeto indivisible. Si el comprador de un automóvil, por ejemplo, no ha pagado más que una parte del precio, el vendedor podría suspender la entrega del automóvil. El juez no podría en tal caso ordenar al vendedor una entrega proporcional al monto del precio pagado. El juez podrá, en atención a las circunstancias, considerar procedente la suspensión de la prestación por parte del *excipiens* y la mantendrá, o bien la considerará manifiestamente desproporcionada o abusiva en cuyo caso ordenará la entrega y obligará igualmente al comprador a pagar la porción pendiente del precio, siempre que así lo haya solicitado el *excipiens*. En otros casos, simplemente, no es posible que la parte perjudicada suspenda sólo una parte de la prestación a su cargo como, por ejemplo, cuando se trate de la obligación de prestar determinados servicios que sólo pueden cumplirse o no cumplirse y, por tanto, cumplirse por completo o suspenderse por completo.

la totalidad de la contraprestación a su cargo, ya que la razón determinante que llevó a X a celebrar el contrato fue la adquisición del 51% de las acciones de la sociedad.

Sin embargo, como se dijo, autorizar a uno de los contratantes a que suspenda totalmente el cumplimiento de su obligación, no necesariamente será lo más conveniente, cuando las obligaciones que haya incumplido el otro contratante no sean de carácter esencial. Por ejemplo, si X le compra a un concesionario (Y) un automóvil y cuando acude a retirar el auto se da cuenta de que tiene un pequeño defecto en la carrocería, tiene entonces el derecho a negarse a aceptar ese auto o a no pagar nada hasta que el auto se repare. Pero suponiendo que Y tuviera la obligación de efectuar la entrega del automóvil en el domicilio de X que se encuentra en otro país en el que Y no tenga talleres, sería poco práctico pretender que Y repare el pequeño defecto del automóvil en cuyo caso chocaría con los requerimientos de la buena fe que X retuviera un monto del precio superior al que podría costarle la reparación del automóvil en el lugar donde se efectúe la entrega.

En fin la apreciación de la magnitud y gravedad del incumplimiento es, en definitiva, una cuestión que queda sujeta al poder de apreciación de los jueces de instancia, quienes en su determinación deberán tener en cuenta los criterios que impone la buena fe en la ejecución del contrato y la prohibición de un ejercicio abusivo del derecho a hacer valer la *exceptio non adimpleti contractus*.

d) La prohibición de la oposición abusiva de la *exceptio*

Ciertamente actuar de buena fe se vincula al hecho de que el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* no puede plantearse con *abuso de derecho*, o sea, actuando contra la finalidad

para la que fue pensado el instituto de la excepción de incumplimiento contractual (arg.: *ex art. 1.185, primer aparte, del Código Civil*)⁸².

La ley al consagrar el instituto de la *exceptio* crea para los contratantes un derecho subjetivo que, como todo derecho subjetivo, no debe ejercerse en forma tal que lesione el orden jurídico ni los derechos de la parte contraria, es decir, de la que sufre los efectos del funcionamiento del instituto. Quien hace valer la excepción de incumplimiento no puede mediante su invocación incurrir en un supuesto de abuso de derecho⁸³. Por lo cual, en todos los casos en los cuales el deudor de la obligación no ejecutada total o parcialmente pretenda que la *exceptio* ha sido alegada sin razón por la otra parte, el juez deberá apreciar si el demandado ha traspasado los límites del ejercicio normal de su derecho a invocar la excepción, con el objeto de rechazar total o parcialmente su admisibilidad. En cualquier caso, en el ejercicio de su poder moderador, al juez sólo le corresponde ejercer un control marginal, puesto que es sólo el traspaso manifiesto de los límites fijados por el ejercicio normal del derecho de alegar la excepción de incumplimiento lo que debe sancionarse, a cuyo efecto el juez tendrá especialmente en cuenta los criterios tradicionales desarrollados por la ley, la doctrina y la jurisprudencia para determinar en cada caso si en el ejercicio de su derecho a oponer la excepción, el demandado actuó excediendo los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual

⁸² A propósito de la aplicación de la teoría del abuso de derecho y los criterios para determinar su aplicación en nuestro ordenamiento, véase: PITTIER SUCRE, Emilio: “El abuso de derecho” en *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Eventos N° 23. Caracas, 2007. p.p. 561 y ss.

⁸³ *Cfr.*: MALECKI, Catherine: *op. cit.* p. 301; GASTALDI, José María y CENTANARIO, Esteban: *op. cit.* p. 105 y la jurisprudencia de los tribunales argentinos allí citada; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 770.

le ha sido conferido el derecho a oponer la *exceptio*⁸⁴. Al juez le tocará pues la delicada tarea de examinar la dirección que el *excipiens* le imprimió a su derecho de suspender el cumplimiento de su prestación e indagar si en el caso concreto éste incurrió en una conducta abusiva al proponer la *exceptio*.

Así, se considera una oposición abusiva de la *exceptio* por no ajustarse a las exigencias de la buena fe cuando ello implique un peligro inminente de causar a la otra parte un daño desproporcionado a la utilidad que le reporte al *excipiens* su oposición⁸⁵, o el hecho de que se la haga valer cuando falte una parte mínima de la prestación debida o cuando la misma represente sólo una pequeña imperfección⁸⁶. Por ejemplo, si una vez entregado el fundo vendido al comprador, se produce una amenaza de evicción de una pequeña parte del mismo, el artículo 1.502 del Código Civil le permite al comprador negarse al pago del precio; pero en virtud de las exigencias de la buena fe, podría estimarse improcedente una negativa al pago de todo el precio y más ajustada una negativa de pagar solamente una parte del precio.

El ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* tampoco puede admitirse sin reservas por ser contrario a las exigencias de la buena fe, cuando suponga un sacrificio patrimonial desproporcionado para el obligado a subsanar su cumplimiento defectuoso. Piénsese en un contrato de obras en donde el arquitecto ha sido

⁸⁴ Se reconoce que constituyen conductas configurativas de un abuso de derecho, entre otras, las siguientes: el ejercicio de un derecho sin ningún interés legítimo, suficiente o razonable con el propósito de causar un daño a otro; la escogencia entre las diversas maneras de ejercer un derecho, obteniendo en cada caso el mismo beneficio económico, de la opción más perjudicial a los intereses de otro; o en términos más amplios, la desproporción manifiesta e injustificada entre el interés satisfecho y el interés lesionado mediante el ejercicio del derecho.

⁸⁵ Cfr: MALECKI, Catherine: *op. cit.* p.p. 286-287.

⁸⁶ Cfr: CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 78.

encargado de la construcción de una casa; la obra se realiza y el dueño recibe la casa y entra a vivir en ella; demandado éste para que cumpla con las obligaciones a su cargo, se excepciona negándose al pago de todo el precio de la obra alegando que la construcción no ha sido realizada conforme a lo convenido; de la prueba resulta que los cimientos, en lugar de seis hiladas de cuarenta y cinco centímetros de ancho, como se había estipulado, son de cuatro, que los tirantes de los dormitorios del piso superior no fueron colocados conforme a las reglas del contrato y que las manijas de las ventanas estaban a una altura inconveniente. Para corregir la pequeña imperfección, será quizás necesaria la destrucción de la casa para hacer nuevamente los cimientos lo que, sin duda, representará para el constructor un sacrificio patrimonial desproporcionado al perjuicio que para el dueño de la obra representa la imperfección. Pues bien en tal caso la conducta del *excipiens* que además, por hipótesis, ya recibió (con reservas) y disfruta la prestación defectuosa, podría considerarse que constituye un ejercicio abusivo de su derecho a oponer la *exceptio* para denegar el pago de la totalidad del precio de la obra. Por lo cual, lo procedente no sería pretender la ejecución en especie de la obra por parte del constructor, sino sólo la indemnización de los daños y perjuicios y que el comitente, por tanto, retenga sólo una parte del precio adeudado.

En fin en algunas ocasiones las exigencias de la buena fe impiden de manera absoluta el éxito de la *exceptio*, en otras sólo imponen la necesidad de limitar su alcance en la medida en que se considere oportuno según las circunstancias, entre las que está la medida de lo que aún adeude el demandante. Así, se considera abusiva la oposición de la *exceptio* cuando ante un cumplimiento considerable si bien parcial por parte de uno de los contratantes, el otro a su vez, por mero espíritu retaliatorio rehúsa cumplir siquiera aquella parte de la prestación a su cargo que seguramente no le causará perjuicio; o cuando el *excipiens* se excusa en un

incumplimiento de una prestación de menor entidad, pero de difícil realización, para postergar por largo tiempo el cumplimiento de sus propias obligaciones; o cuando basándose en un incumplimiento menor se deniega una prestación principal cuyo cumplimiento retrasado es imposible o se torna no satisfactorio. El juez en tales casos podría rechazar total o parcialmente la admisibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Del mismo modo la doctrina extranjera considera que constituyen supuestos de oposición abusiva de la *exceptio*, la denegación abrupta del cumplimiento de la propia prestación cuando el co-contratante haya ofrecido el cumplimiento de la contraprestación a su cargo en condiciones razonables y dignas de crédito, o el hecho de que el *excipiens* pretenda prevalerse intempestivamente de la excepción sorprendiendo a su contraparte de manera totalmente inesperada. Aunque no hace falta que el excepcionante constituya en mora a su co-contratante, se afirma que, según las circunstancias, la buena fe puede imponerle el deber de advertir a su contraparte que pretende prevalerse de la *exceptio*. De no hacerlo, su conducta podría configurar un abuso de derecho⁸⁷.

La oposición de la *exceptio* tiene pues que ajustarse al principio de la buena fe sin que quepa su invocación abusiva. Corresponderá en definitiva al juez, tomando en consideración todas las circunstancias que rodean la alegación de la excepción, constatar que en el caso concreto su ejercicio no es contrario a las exigencias que impone la buena fe en la ejecución de los contratos, en cuyo caso

⁸⁷ Al respecto, véase: VAN OMMESLAGHE, Pierre: *op. cit.* Tome I. p. 868. Por su parte, Dubuisson y Trigaux afirman que en materia arrendaticia en algunos casos la buena fe impone al arrendatario avisar al arrendador acerca de la inejecución de sus obligaciones para permitirle remediar esta situación, puesto que éste puede legítimamente ignorar el origen de su propio incumplimiento (DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 83).

declarará su procedencia; en caso contrario, la rechazará o limitará el alcance de la misma.

Las condiciones antes indicadas son las únicas que se requieren para la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus*. Es suficiente pues con que se trate de un contrato bilateral, que una de las partes exija el cumplimiento sin haber cumplido a su vez con su propia obligación, que las obligaciones sean de cumplimiento simultáneo y que la invocación de la excepción se ajuste a las exigencias de la buena fe conforme a lo antes expuesto. La oposición de la *exceptio* no exige la concurrencia de ningún otro requisito. Así, no se requiere que el oponente haya constituido en mora a su contraparte contractual puesto que aquí no se trata de exigir el cumplimiento, sino de paralizar la acción del demandante⁸⁸. Tampoco es necesaria la intervención judicial. El deudor puede oponer la *exceptio* extrajudicialmente y al ser demandado por cumplimiento le corresponderá a la autoridad judicial determinar si se han cumplido o no los requisitos de procedencia antes examinados⁸⁹.

⁸⁸ Cfr: MALECKI, Catherine: *op. cit.* p. 263; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 629, especialmente, la nota 6 y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada.

⁸⁹ Cfr: VAN OMMESLAGHE, Pierre: *op. cit.* Tome I. p. 871; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 971.

IX. SUJETOS DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

1) ¿QUIÉNES PUEDEN Oponer LA *EXCEPTIO*?

La excepción de incumplimiento puede ser opuesta, por supuesto, por el deudor demandado por cumplimiento.

Como los efectos de los contratos se transmiten a los herederos y causahabientes a título universal de las partes contratantes (Código Civil, artículo 1.163), la *exceptio* también pueden oponerla los herederos del deudor que ocupan la misma posición que tenía el causante en el contrato bilateral.

Pero también pueden oponerla los causahabientes a título particular del deudor titular del crédito correspondiente no cumplido como, por ejemplo, el cesionario del crédito¹. Es invocable también por los acreedores del deudor por vía de acción oblicua (Código Civil, artículo 1.278). Aquellos pueden intervenir en el juicio en que sea parte su deudor y oponer la *exceptio non adimpleti contractus*

¹ Es la solución legal que consagra expresamente el artículo 431 del Código Civil portugués de acuerdo con el cual la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* no corresponde sólo a los contratantes originales sino también a los que se hubieren subrogado en sus derechos y obligaciones contractuales.

ex artículo 370 (ordinal 3º) del Código de Procedimiento Civil, siempre que intervengan antes o en el momento de la contestación de la demanda, pues después habrán perdido la oportunidad para alegar hechos nuevos².

Por último la legitimación activa también corresponde al fiador (arg.: *ex* art. 1.832 del Código Civil).

2) ¿A QUIÉNES PUEDE Oponerse?

A la inversa, la *exceptio* puede oponerse al contratante incumpliente y a sus herederos y causahabientes a título particular, lo mismo que al cesionario del crédito o del contrato³. Cabe asimismo hacer valer la *exceptio* frente a los acreedores del contratante incumpliente que mediante la acción oblicua exijan el cumplimiento del contrato no ejecutado por su deudor.

También se reconoce que la *exceptio* es oponible por el promitente en la estipulación a favor de tercero cuando el tercero le reclama el beneficio constituido a su favor y aquél no ha recibido la prestación del estipulante⁴, lo que se explica porque el derecho del tercero deriva de la estipulación con base en la cual el promitente tiene derecho a una contraprestación del estipulante.

Adicionalmente la excepción de incumplimiento puede ser opuesta a quienes pretendan un derecho sobre el patrimonio del

² Cfr: HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Comentario al Código de Procedimiento Civil*. Tomo III. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2009. p. 193.

³ Cfr: PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 202.

⁴ Cfr: CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 703 y ss.; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. 212 MESSINEO, Francesco: *Doctrina General...cit.* Tomo II. p. 435; TARANTO, Hugo: "Excepción de incumplimiento" en *Contrato* bajo la dirección de Félix A. Trigo Represas y Rubén Stiglitz. Ediciones La Roca. Buenos Aires, 1989. p. 273.

deudor fundamentado en el contrato bilateral incumplido⁵. Por ejemplo, el comprador-deudor del precio puede oponer la *exceptio* al acreedor quirografario del vendedor que no hubiere cumplido con su obligación de entregar la cosa vendida, cuando aquél pretenda embargar o ejecutar el crédito de su deudor por el precio de la venta.

Pero no sería oponible la *exceptio* a los terceros que reclamen un derecho propio, real o personal, que no se fundamente en el derecho del contratante que no ejecutó su prestación⁶. Por ejemplo, el comprador que sufre evicción no puede oponer al *verus dominus* que intente contra él la acción reivindicatoria, la *exceptio non adimpleti contractus*, alegando que el vendedor no le ha restituido el precio de la venta⁷. Sólo podría oponerla contra una acción restitutoria que intente contra él el vendedor, pero no puede ejercitarla frente al verdadero dueño, que es completamente extraño a ese contrato de compra-venta (*poenitus extranei*).

3) ¿*QUID IURIS* RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES CON SUJETO PLURAL?

Si el contrato ha sido celebrado entre dos personas, no existe ningún problema para aplicar la *exceptio*. Pero la cuestión se

⁵ Cfr: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 631; DUBUIS-SON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 106; BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo III. p. 279; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 974.

⁶ Cfr: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *loc. cit.*, especialmente, la nota 2 y la jurisprudencia francesa allí citada; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. 208.

⁷ Tendrá contra el reivindicante el derecho de retención que corresponde al poseedor condenado a restituir la cosa reivindicada, por los gastos necesarios y, en su caso, por los gastos útiles o mejoras que hubiere efectuado en la cosa conforme a lo dispuesto en los artículos 790 y 793 del Código Civil en concordancia con el artículo 1.511 *ejusdem*.

complica cuando una o ambas partes del contrato bilateral se encuentran integradas por varios sujetos. El número plural de individuos que componen una de las partes contratantes puede existir desde el momento mismo de la celebración del contrato, como en el caso de la venta efectuada por dos sujetos a uno sólo, o haberse producido después del perfeccionamiento del contrato, ya sea por herencia o cesión del derecho.

Algunos ordenamientos regulan expresamente esta situación. Es el caso del Código Civil alemán (B.G.B.) (§ 320) y del Código Civil paraguayo (artículo 791) en donde se establece que cuando el pago deba hacerse a varias personas, puede rehusarse la entrega de la parte que les corresponda hasta que se haya recibido la contraprestación íntegra.

En nuestra legislación, a falta de una disposición de este corte, será necesario diferenciar según que las obligaciones sean divisibles o indivisibles. También hay que examinar la procedencia de la *exceptio* cuando las obligaciones son solidarias.

a) Obligaciones divisibles e indivisibles

No hay duda que la *exceptio* procede siempre cuando la prestación reclamada al excepcionante sea indivisible, aun cuando la contraprestación fuera divisible, y quien demandara hubiera cumplido con su parte. También procederá si la prestación reclamada fuera divisible y la del reclamante indivisible y ésta no hubiese sido absolutamente cumplida. El incumplimiento, sea total o parcial, permite alegar la excepción⁸.

⁸ Cfr. BORDA, GUILLERMO A.: *Obligaciones... cit.* Tomo II. p. 124.

Si ambas prestaciones fuesen divisibles, el demandado no podría oponer la excepción y tendrá que pagar la parte correspondiente de su obligación si el actor hubiere cumplido su parte de la obligación correlativa, salvo que expresamente se hubiere pactado lo contrario, puesto que tratándose de obligaciones divisibles, los créditos y las deudas se dividen en tantas partes cuantos acreedores y deudores tenga la relación obligatoria, lo que permite considerar a esas partes como si fueran obligaciones independientes entre sí, con sus propios sujetos y su propio objeto⁹.

Tal es la solución que deriva de la aplicación de los principios generales que gobiernan las obligaciones divisibles consagradas en el Código Civil (artículo 1.252, segunda parte).

b) Obligaciones solidarias

Cuando las obligaciones son solidarias, no cabe duda de la procedencia de la *exceptio*. Como el codeudor solidario puede oponerle a su acreedor las excepciones que sean comunes a todos los codeudores quienes se aprovechan de esas excepciones (Código Civil, artículos 1.224 y 1.236), en el caso de un contrato bilateral no cumplido por el acreedor cualquiera de los codeudores demandado por el pago de la contraprestación, puede oponerle al acreedor la *exceptio non adimpleti contractus*.

⁹ Cfr: SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. 206; GASTALDI, José María y CENTANARIO, Esteban: *op. cit.* p.p. 125-126. Sobre las características de las obligaciones divisibles e indivisibles en la doctrina italiana, véase: CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *op. cit.* Vol. II (Le Obbligazioni) p.p. 233-237. En la doctrina española, véase: CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Las Obligaciones Indivisibles*. Editorial Tecnos. Madrid, 1991. En la doctrina nacional: véase: ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *op. cit.* p.p. 478-480.

X. EFECTOS DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

1) EFECTO SUSPENSIVO DE LA EXCEPCIÓN

El efecto principal que produce la excepción de incumplimiento contractual es suspender provisionalmente el cumplimiento de la obligación por parte del *excipiens* hasta que el reclamante cumpla con su propia obligación. El contratante demandado se ve pues relevado del cumplimiento, pero sólo mientras su contraparte no cumpla con la obligación a su cargo. La *exceptio* neutraliza temporalmente el derecho del actor, pero sin extinguirlo. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales¹. Posterga pues el cumplimiento hasta tanto el actor cumpla con su obligación, ya sea en su totalidad, ya sea completando el cumplimiento cuando éste fue irritual (*incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso*).

La procedencia de la excepción de incumplimiento conduce necesariamente a la desestimación de la demanda, pero el actor podrá intentar un nuevo juicio luego de cumplir con la prestación a su cargo, porque la sentencia no declara que el actor carece del

¹ Sentencia del 23-11-88 en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia. N° 11. Noviembre 1988. p.p. 350-351.

derecho reclamado, sólo que lo ha hecho valer extemporáneamente sin cumplir requisitos previos, los cuales una vez cumplidos le permiten nuevamente intentar su acción². Acogida la *exceptio* (defensa de fondo), no cabe otro pronunciamiento que el rechazo de la demanda sin que pueda el juez condenar al demandado a cumplir con su obligación, pero supeditando dicho cumplimiento a la simultánea ejecución de la prestación debida por el actor.

La solución legal es diferente en otros ordenamientos como el alemán. De acuerdo con el párrafo 322 (numeral 1) del Código Civil alemán (B.G.B.) “si una parte interpone una acción por la prestación que se le deba a causa de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho de la otra parte de negarse a cumplir hasta que se hubiese producido la contraprestación sólo tiene el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada a que realice su prestación de manera simultánea”. Así pues, el ejercicio de la excepción de incumplimiento en el Derecho alemán no conduce a la desestimación de la demanda, sino únicamente a la condena del demandado a realizar la prestación *simultáneamente* contra recibo de la contraprestación³. De donde resulta que la oposición exitosa de la

² Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II, p.p. 971 y 973; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 775-776 y 782-783.

³ Al respecto, véase: ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Henrich: *op. cit.* Tomo II, Vol. I, p. 169; LARENZ, Karl: *op. cit.* Tomo I, p. 272. La solución del B.G.B. resulta, sin duda, más acertada desde el punto de vista práctico debido a la mayor celeridad que imprime a la administración de justicia y a la conveniencia de evitar dos sucesivos litigios entre las mismas partes. Además, la condena condicional permite precaver las situaciones abusivas que se presentan en la práctica cuando el *excipiens* pretende denegar el cumplimiento de la totalidad de la prestación a su cargo, basándose en un incumplimiento de leve entidad por parte del demandante. El juez, en lugar de declarar la procedencia o improcedencia de la excepción de incumplimiento, podría condenar al demandado a cumplir condicionando, en su caso, la condena a que el demandante repare o complete lo que le falta a su prestación e indemnice los daños y perjuicios que de ahí se deriven. El carácter meramente condicional de la denegación de la propia prestación, la condena condicional y la conformidad con la buena fe, se afirma, son mecanismos que aseguran en mayor medida la correcta invocación

exceptio da lugar a una particular sentencia condenatoria condicional puesto que la ejecución de la condena de la parte demandada queda condicionada al anterior o simultáneo cumplimiento por el actor que solicita la ejecución.

En nuestro ordenamiento, en cambio, de ser declarada procedente la *exceptio non adimpleti contractus* de acuerdo con la ley, el efecto que se produce es el rechazo de la demanda sin que pueda el juez en su fallo condenar al demandado a cumplir, pero previo el cumplimiento de la prestación pendiente a cargo del actor, porque ello implicaría el pronunciamiento de una sentencia condicional prohibida por el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil⁴.

de la *exceptio non adimpleti contractus* sin que sea necesario para ello introducir distinciones no siempre precisas entre el incumplimiento grave y el incumplimiento leve o el de obligaciones principales y accesorias que en muchos casos privan de la protección de la *exceptio* al contratante que requiere de ella. Pero en nuestro sistema esta solución sólo podría admitirse de *lege ferenda* (arg.: ex art. 244 del Código de Procedimiento Civil).

⁴ La posibilidad de que el juez dicte una sentencia condicional ha sido objeto de opiniones contrapuestas en la doctrina extranjera por parte de los autores cuyos ordenamientos no contemplan esta posibilidad. En la doctrina francesa admiten la sentencia condicional en el caso bajo examen CASSIN (*op. cit.* p. 736), así como PLANIOL, Y RIPERT (*op. cit.* Tomo VI. p. 633). En la doctrina italiana la admiten, entre otros, AULETTA, Giuseppe Giacomo: *La Risoluzione...cit.* p. 310; CARNELUTTI, Francesco: *op. cit.* Vol. III. p. 541, pero no lo admiten, entre otros, PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 188; PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 642; REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 9; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 196 y ss. y RUBINO citado por Persico. En España, donde una condena condicional de la parte demandada tampoco está prevista en ninguna parte de la Ley de Enjuiciamiento Civil, admiten la sentencia condicional en el caso bajo consideración, entre otros, los siguientes autores: CARRASCO PERRERA, Ángel: *op. cit.* p.p. 1062 y ss.; CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p.p. 84 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 572; RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *op. cit.* p.p. 96-98, especialmente, la nota 29 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español allí citada. En Argentina antes de la promulgación del Código Procesal Civil cuyo artículo 680 admite expresamente la condena condicional o de futuro, la doctrina y la jurisprudencia en general sostenían que en el caso bajo examen el tribunal podía condenar al demandado, pero subordinando esta condena al previo cumplimiento de la prestación debida por el actor. Al respecto, véase: GASTALDI, José María y CENTANARIO, Esteban: *op. cit.* p.p. 120-123 y la jurisprudencia de los tribunales argentinos citada por estos

Además, tampoco puede la autoridad judicial ordenar el cumplimiento recíproco si ninguna de las partes lo ha pedido y, de hecho, no basta que ello sea pedido por el demandante, sino por el propio demandado, cosa que no hace cuando se limita a oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. Desde luego, si el demandado reconviene al actor para que cumpla con su propia obligación, al dictar sentencia el juez podrá admitir ambas pretensiones en cuyo caso condenará a las dos partes a cumplir con sus respectivas prestaciones.

2) EFECTOS DERIVADOS DE LA SUSPENSIÓN DEL DEBER DE CUMPLIMIENTO

Son fundamentalmente los siguientes:

a) En principio, la *exceptio* suspende totalmente la ejecución de la prestación

El *excipiens* puede, en principio, denegar el cumplimiento de la totalidad de la prestación, aunque su co-contratante haya

autores; MASNATTA, Héctor: *Excepción de Incumplimiento Contractual*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1967. p.p. 104-107.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, rechazan la posibilidad de una sentencia condicional en nuestro ordenamiento. Al respecto, véase: RENGEL ROMBERG, Aristides: *op. cit.* Vol. II. p. 321; MÁRQUEZ AÑEZ, Leopoldo: *Motivos y Efectos del Recurso de Forma en la Casación Civil Venezolana*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984. p.p. 79-80; BORJAS, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomo II. Ediciones Sales. Caracas, 1964. p. 119; MARCANO RODRÍGUEZ, R.: *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomo III. Editorial Bolívar. Caracas, 1940. p.p. 45-46; Sentencia del 27-02-92 en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia. N° 2. Febrero de 1992. p.p. 199-200; Sentencia del 30-04-91 en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia. N° 4. Abril 1991. p. 273; Sentencia del 25-11-87 en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia. N° 11. Noviembre de 1987. p. 121.

ejecutado una parte de la contraprestación a su cargo y, *a fortiori*, puede negarse a la ejecución parcial que falte para completar su prestación, mientras no reciba íntegramente la contraprestación, salvo el poder del juez de limitar el alcance de la excepción a sólo una parte de la prestación debida por el deudor cuando, en atención a las circunstancias, su actuación sea contraria a las exigencias de la buena fe (*supra*, N° VIII,4,c).

De ahí que el vendedor a quien no se le pague el precio, pueda negarse no sólo a la entrega de la cosa sino también a la de sus frutos, aunque no se haga propietario de los mismos porque, de acuerdo con la ley, dichos frutos le pertenecen al comprador desde el día de la venta (Código Civil, artículo 1.494, segunda parte)⁵.

b) Impide toda ejecución forzosa de la obligación

La alegación exitosa de la *exceptio* impide toda ejecución forzosa, en especie o por equivalente, de la obligación cuyo cumplimiento se reclama. Las medidas cautelares que se hubieren dictado para asegurar los resultados del juicio de conformidad con el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil deben levantarse, como consecuencia del impedimento del ejercicio actual del derecho⁶.

⁵ El excepcionante, conforme a lo expuesto en el texto, puede rechazar el cumplimiento de la prestación que debe en su totalidad y en cada una de sus partes, pero no puede prevalerse de un derecho que no le corresponde. De ahí que no puede el *excipiens* cuya obligación consista en la entrega de una cosa pretender venderla en pública subasta para satisfacer su crédito con el precio, precisamente porque su obligación de entrega no se ha extinguido, habiéndose sólo postergado su cumplimiento. *Cfr.* PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.* Tomo VI. p. 633; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 203-204.

⁶ *Cfr.* DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 95, MASNATTA, Héctor: *op. cit.* p. 89.

Si la prestación a cargo del excipiens consiste en la entrega de una cosa, éste podrá negarse a dicha entrega mientras subsista la inejecución de la contraprestación, sea que el acreedor intente obtenerla mediante el ejercicio de una acción personal o mediante una acción real como, por ejemplo, cuando el comprador invocando su condición de propietario intente la acción reivindicatoria para obtener la posesión de la cosa, lo que se explica porque la adquisición del derecho de propiedad es un efecto del contrato (Código Civil, artículo 1.161).

Si la obligación del excipiens tiene por objeto una prestación de hacer, tampoco podrá el acreedor pretender ser autorizado para hacerla ejecutar por otro o procurarse una prestación equivalente a costa del deudor ex artículo 1.266 (primera parte) del Código Civil⁷.

c) Restricciones a la compensación del crédito sujeto a la *exceptio*

Un crédito sujeto a la *exceptio non adimpleti contractus* no puede compensarse con otro crédito derivado de otra relación jurídica. Dicho en otros términos, el demandante excepcionado no puede pretender compensar el crédito sinalagmático que tuviere contra el *excipiens* con otra deuda que tenga frente a él nacida de otra relación jurídica. Ciertamente, es posible oponer en compensación el crédito derivado de un contrato bilateral, pero si aquel que opone la compensación no ha pagado aún la deuda correlativa al crédito que pretende compensar, no podrá declararse la compensación⁸. Supongamos que A le preste a B la cantidad de Bs. 100.000

⁷ Cfr: SCADUTO, Gioachino: *loc. cit.*; CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 90.

⁸ Así lo establece expresamente el artículo 390 del Código Civil alemán (B.G.B.) en los siguientes términos: “Un crédito contra el que existe una excepción no puede

y que luego A le compre un bien sin que ni A ni B hayan cumplido las obligaciones surgidas del contrato de compra-venta; cuando A le reclame a B la restitución del préstamo, B no podrá oponerle en compensación el crédito por el precio de la cosa vendida, precisamente porque ese crédito se encuentra sujeto a la *exceptio non adimpleti contractus*. En efecto, si ante la reclamación de A por el préstamo se le permitiera a B oponer en compensación su crédito por el precio —extinguiéndolo, por tanto, por este medio—, éste obtendría lo que en realidad no es más que un cumplimiento anticipado de la prestación a cargo de A en razón del contrato de compra-venta, quedando ahora sólo pendiente la obligación de B de entregar la cosa vendida. Si el *excipiens* no puede ser constreñido al pago, tampoco podrá serlo a la compensación que supone un doble pago abreviado⁹.

d) No coloca al excepcionante en *mora solvendi* ni al excepcionado en *mora credendi*

El que opone la excepción no incurre en mora ya que mientras el actor no cumpla con su obligación, el retardo en el cumplimiento por parte del deudor se encuentra justificado¹⁰. Su demora durante el tiempo de espera responde a un derecho legítimo.

compensarse”. En nuestro sistema a la misma solución expuesta en el texto se puede llegar mediante el requisito de la exigibilidad de las deudas compensables que consagra el artículo 1.333 del Código Civil.

⁹ Cfr: PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *loc. cit.*; MESSINEO, Francesco: *Doctrina General...cit.* Tomo II. p. 434; RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *op. cit.* p. 98.

¹⁰ Se ha sostenido que en un contrato bilateral, la parte constituida en mora no puede invocar la *exceptio*, porque su morosidad previa le impediría alegar la mora del co-contratante. Por nuestra parte, pensamos que nadie puede ser constituido en mora cuando la contraparte, en los contratos bilaterales, no cumple sus obligaciones correspectivas. La mora no opera cuando aparece un factor impeditivo como el incumplimiento por parte del acreedor de sus propias obligaciones correlativas. Cfr: BORDA, Alejandro: “Efectos de la excepción de incumplimiento contractual” en *La Ley*. Tomo 1997-F. Buenos Aires,

Por tanto, la situación jurídica del *excipiens* es diferente de la del deudor moroso. Este por su retardo culposo en el cumplimiento ve agravada su situación como lo demuestra la responsabilidad que la ley pone a su cargo por la pérdida fortuita de la cosa o, en general, por la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación por una causa extraña no imputable (*perpetuatio obligationis*) (Código Civil, artículos 1.265, segunda parte y 1.344, primera parte). En cambio, durante el tiempo de la suspensión del cumplimiento que produce la *exceptio*, el *excipiens* no ve agravada su responsabilidad. Por lo cual, no asume riesgos nuevos sino que continuará soportando los que ya estaban a su cargo en virtud del contrato. Tampoco debe intereses moratorios por el retardo, porque éste se encuentra justificado¹¹.

Ahora bien, tampoco el demandante excepcionado por el hecho de la oposición de la *exceptio* se encuentra en una situación de *mora credendi*. De ahí que *tampoco ve el deudor excepcionante disminuida su responsabilidad* durante el tiempo en que subsisten los efectos de la *exceptio*.

La eficacia de este instituto se reduce, por tanto, a mantener la misma situación en que se encontraban las partes hasta el momento en que debían haber cumplido con sus respectivas obligaciones, esto es, hasta el momento del cumplimiento simultáneo que no fue efectuado por ninguna de ellas. Durante el tiempo que media entre la fecha de la exigibilidad de las recíprocas obligaciones y su cumplimiento ulterior, que no es calificable de mora de ninguna

1997. p 1315, especialmente, la nota 7. En consecuencia, el demandado requerido para que ejecute la prestación a su cargo no queda constituido en mora por este solo requerimiento, pues será necesario para ello que el demandante ya haya satisfecho la contraprestación que le corresponda, tal y como se indica en el texto.

¹¹ Cfr: PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *loc. cit.*; MESSINEO, Francesco: *loc. cit.*; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p. 204.

de las partes, se mantiene pues el *statu quo ante*, prolongándose la condición de recíprocos deudores de obligaciones aún no exigibles que corresponde a los contratantes. Por ello, si la prestación a cargo del deudor consistía en restituir una cosa, su obligación de custodia, conservación y percepción de frutos se mantiene en los mismos términos anteriores al vencimiento simultáneo de las respectivas obligaciones. De acuerdo con los principios generales, el *excipiens* debe cuidar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia (Código Civil, artículo 1.270); es responsable de toda pérdida o deterioro debido a su culpa o negligencia conforme a lo dispuesto en los artículos 1.203, 1.271, 1.293 y 1.344 del Código Civil; tampoco hace suyos los frutos (Código Civil, artículo 1.494, segunda parte), sino que debe rendir cuenta de ellos. Si se trata de frutos percederos podrá venderlos y detraer de las cantidades que deba restituir los gastos en que hubiera incurrido para la percepción de dichos frutos (arg.: *ex art.* 553 del Código Civil). No hay pues durante el tiempo de espera modificación alguna en la situación contractual anterior al vencimiento de las obligaciones recíprocas¹².

¹² En contra, en la doctrina italiana, Persico afirma que durante la vigencia del contrato, en la ejecución de la obligación de custodia de la cosa que corresponde al deudor, éste debe desarrollar la diligencia propia de un buen padre de familia *ex* artículo 1.176 del *Codice*, sustancialmente equivalente al artículo 1.270 del Código Civil venezolano porque se trata de una obligación voluntariamente asumida, pero que “la obligación de custodia posterior a la oposición de la *exceptio* surge, por el contrario, autónomamente de la nueva situación producida a causa del incumplimiento de la contraparte” deduciendo de aquí que la responsabilidad por la custodia “debe ser valorada con menor rigor, como en el caso del depósito gratuito” correspondiéndole ahora al deudor desarrollar en la ejecución de esta obligación, no la diligencia propia de un buen padre de familia sino la que él pone en el cuidado de las cosas propias (Código Civil, artículo 1.756). (PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 195). Por su parte, en la doctrina española, Espín sostiene que esa posición es incorrecta “ya que la prolongación de la obligación de custodia asumida voluntariamente en el contrato se atribuye al incumplimiento de la parte a quien se opone la excepción y si bien es cierto que no ha cumplido, esa situación de incumplimiento es común al *excipiens*, puesto que se le reclama su cumplimiento. Es decir que no habiendo efectuado su cumplimiento el *excipiens*, no cabe hablar de incumplimiento por la otra parte, conforme a la regla fundamental del cumplimiento

Sin embargo, la modificación de la situación jurídica de las partes, especialmente por lo que respecta al régimen de los riesgos, *puede* producirse por la constitución en mora de alguno de los dos obligados, lo que sólo podrá ocurrir si uno de los dos cumple o realiza una oferta seria de cumplimiento¹³. Por ejemplo, si el *excipiens*, al oponer la *exceptio*, reconviene al actor exigiéndole el cumplimiento y hace oferta real y depósito de su propia prestación. La oferta real de pago y subsiguiente depósito una vez declarados válidos por el Tribunal, liberan al deudor de la obligación y de los riesgos de la cosa, a contar desde el día del depósito (Código Civil, artículo 1.306). Además el reclamante incurso ahora en *mora credendi*, será responsable por los daños y perjuicios que el excepcionante pueda soportar por la guarda de la cosa.

e) El *excipiens* no debe hacer imposible la reanudación del contrato

Durante el período de espera, por supuesto, el *excipiens* debe abstenerse de realizar actos que lo coloquen en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones una vez que su contraparte cumpla con las suyas. De ahí que el vendedor a quien el comprador no le hubiere pagado el precio no podría, salvo en circunstancias excepcionales, liquidar los inventarios que mantenga para la

simultáneo. No parece que siendo la misma situación de no cumplimiento para ambas partes se deba disminuir la responsabilidad de una de ellas, el *excipiens*, salvo que se afirmase igual debilitación para ambas”. Por lo cual, en criterio de Espín, lo que procede es “mantener la misma situación en que se encontraban las partes llegado el momento del cumplimiento simultáneo, no cumplido por ninguna” (ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 573). En el mismo sentido se pronuncian en la doctrina italiana: SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 204-205, y en la doctrina argentina: GASTALDI, José María y CENTANARIO, Esteban: *op. cit.* p. 109; MASNATTA, Héctor: *op. cit.* p.p. 90-92, así como MOSSET ITURRASPE, Jorge: *op. cit.* p.p. 170-171.

¹³ *Cfr.*: CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 91, especialmente, la nota 145.

ejecución del contrato. Tampoco podría el dueño de la obra durante el período de suspensión del contrato de obras sustituir al contratista.

Pero esto no quiere decir que el *excipiens* tenga que permanecer en un estado de pasividad absoluta. Si las circunstancias así lo exigen, él puede perfectamente actuar de manera tal de limitar sus pérdidas, siempre y cuando no comprometa con ello el fin perseguido con la celebración del contrato cuya ejecución se encuentra suspendida. Así, quien hubiere concedido a otro la distribución exclusiva de sus productos, no podría durante el período de suspensión designar otro distribuidor exclusivo de los mismos productos, puesto que ello equivaldría a una inejecución definitiva de su obligación de no hacer que dará lugar a la resolución del contrato y al pago de los daños y perjuicios. Pero sí podría el concedente durante el período de suspensión vender él mismo sus productos hasta tanto el distribuidor reanude el cumplimiento de sus obligaciones, puesto que de esta forma no se compromete de manera definitiva la ejecución normal del contrato¹⁴.

Como principio de carácter general, las exigencias de la buena fe le imponen al *excipiens* el deber de no agravar la situación durante el período de espera y evitar que con su conducta se torne imposible la reanudación de la relación contractual.

f) No interrumpe ni suspende la prescripción

Al referirse a los efectos derivados de la suspensión del deber de cumplimiento que produce la *exceptio*, la doctrina discute si su

¹⁴ Cfr: DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p.p. 97-99.

oposición interrumpe la prescripción del crédito del *excipiens* y si suspende la prescripción del crédito del demandante.

Según un sector de la doctrina, durante el período que se inicia con la alegación de la excepción de incumplimiento se interrumpe la prescripción del crédito del *excipiens*¹⁵. Asimismo, la excepción suspende la prescripción del crédito de aquel a quien se opone ya que por virtud de la misma se impide al reclamante ejercitar su derecho por lo que sería aplicable la máxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Otros autores, en cambio, consideran que la alegación de la *exceptio non adimpleti contractus* no interrumpe la prescripción del crédito del *excipiens* puesto que no implica, por si sola, reclamación alguna sino que supone una posición meramente defensiva¹⁶. Tampoco es cierto, se afirma, que en razón de la excepción el actor se encuentre paralizado en el ejercicio de su derecho. Por el contrario, le basta el cumplimiento para poder reclamar con éxito su derecho. Por lo cual, la excepción tampoco suspende el curso de la prescripción del crédito del demandante.

A nuestro modo de ver, la *exceptio* planteada como simple medio de defensa no interrumpe la prescripción del crédito del *excipiens*, puesto que su alegación no constituye un acto de ejercicio de su derecho ni entraña reclamación alguna tendiente a exigir el cumplimiento de su crédito por parte del actor. Por consiguiente, sólo se interrumpe el lapso de prescripción de la acción de cumplimiento del *excipiens* cuando éste haya reconvenido al actor por el pago de su crédito. Por otra parte, la

¹⁵ Al respecto, véase: CASSIN, René: *op. cit.* p. 640; SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 206-207.

¹⁶ ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p. 576.

alegación exitosa de la *exceptio* tampoco suspende o impide que se produzca la prescripción del crédito del demandante respecto del cual se hace valer dicha excepción, puesto que el ejercicio del derecho por parte del actor sigue siendo posible no obstante ser declarada procedente la *exceptio*, a cuyo efecto le bastará al actor con cumplir su propia prestación.

XI. RENUNCIA A LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

La renuncia de la *exceptio non adimpleti contractus* es el acto por el cual el contratante manifiesta su voluntad de no hacerla valer excluyendo sus efectos. La *exceptio* es un elemento natural de los contratos bilaterales y, por tanto, puede ser excluida por la voluntad del contratante. No es un derecho que concierne al orden público¹; por lo cual, su titular puede perfectamente renunciar a ejercerlo². La renuncia a invocar la excepción de incumplimiento contractual implica, en definitiva, la aceptación del previo cumplimiento por parte del renunciante, si su co-contratante le exige el cumplimiento sin haber cumplido a su vez con su propia obligación.

La *exceptio non adimpleti contractus* puede renunciarse expresa o tácitamente.

¹ Cfr: MALECKI, Catherine: *op. cit.* p.p. 258-259; DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 68; PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 635.

² La autonomía privada, sin embargo, no podrá contradecir las normas legales de carácter imperativo, en particular, las normas sobre protección de los consumidores y usuarios (arg.: *ex arts.* 6º del Código Civil y 2º de la Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios). Por lo cual, en los contratos de adhesión celebrados entre proveedores y consumidores no es válida la estipulación que contenga una renuncia por parte del consumidor a oponer la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de incumplimiento por parte del proveedor. Dicha cláusula sería absolutamente nula por contraria al orden público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 (numeral 2) de la LEDEPABIS.

1) RENUNCIA EXPRESA

La renuncia expresa resulta de la manifestación directa de voluntad del contratante de no ampararse en el incumplimiento de su co-contratante, aun cuando la misma no requiera ninguna fórmula específica. Puede hacerse en el momento de celebrarse el contrato o con posterioridad³. Su alcance puede ser general, cuando se refiere a todas las obligaciones de la contraparte y a cualquier clase de inejecución de las mismas; o particular, cuando abarca solamente una o varias obligaciones de la otra parte pero no todas, o cuando sólo comprende algunos supuestos de inejecución.

a) Cláusula *solve et repete*

Hay también renuncia expresa cuando se pacta la llamada cláusula *solve et repete*. Para evitar la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, se puede convenir en que la parte obligada a cumplir la obligación a su cargo, deberá hacerlo de todos modos, y que sólo después de ello podrá pedir la restitución de la prestación que haya cumplido indebidamente por el incumplimiento de su contraparte⁴. Como afirma Messineo:

“La eficacia de la cláusula consiste en que una de las partes *no puede eximirse de la prestación ni retardarla*, por el hecho de oponer excepciones, *que de otro modo serían justificadas por el comportamiento de la contraparte*. La parte debe, por lo pronto, cumplir, sin perjuicio de hacer valer *por juicio separado*, sus derechos nacidos de ese comportamiento: lo que prácticamente significa que debe iniciar un juicio a propósito, es decir, ejercitar la acción adecuada,

³ Cfr: GASTALDI, José María y CENTANARIO, Esteban: *op. cit.* p. 127.

⁴ Cfr: SCOGNAMIGLIO, Renato: *Dei Contratti in Generale*. Nicola Zanichelli, Editore. Bologna, 1970. p. 366.

en lugar de poder ejercer esos derechos por vía de excepción en el juicio en el que fuese demandado; esto es, debe renunciar a la ventaja que le resultaría de la aplicación del principio de la “economía de los juicios”⁵.

En virtud de la estipulación de esta cláusula, el contratante a quien se le exige el cumplimiento debe cumplir la prestación a su cargo, sin perjuicio de hacer valer por separado el derecho que le asiste por el incumplimiento de la otra parte. En el contrato de compra-venta, la cláusula *solve et repete* es una estipulación por la que se prohíbe al comprador hacer valer eventuales incumplimientos del vendedor si antes no ha cumplido su obligación de pagar el precio de acuerdo con lo establecido en el contrato. Por ejemplo, cuando se indica que “se prohíbe al comprador ejercer cualesquiera acciones u oponer excepciones fundadas en el incumplimiento del vendedor antes del pago de la mercadería”. Se procura así que el vendedor se asegure el pago oportuno del precio sin quedar expuesto a dilaciones en razón de excepciones opuestas por el comprador fundadas en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del vendedor, el error, el dolo, la violencia, etc. El comprador, por supuesto, podrá hacer valer los derechos que le asistan con posterioridad, pero ante la demanda de cumplimiento que contra él intente el vendedor no podrá alegarlos como defensas o excepciones para negarse a pagar el precio.

Mediante la estipulación de la cláusula *solve et repete* se neutraliza la excepción de incumplimiento. Así como esta última beneficia al demandado llamado a cumplir por el actor; aquella beneficia al actor contra el demandado que quiera eludir o postergar el cumplimiento⁶.

⁵ MESSINEO, Francesco: *Doctrina General...cit.* Tomo II, p. 443.

⁶ Según Mirabelli la estipulación de esta cláusula constituye una alteración convencional de la reciprocidad en la medida en que atribuye a uno de los contratantes una

La cláusula *solve et repete* está implícitamente admitida en relación con la excepción de incumplimiento contractual en el artículo 1.462 del Código Civil italiano según el cual “la cláusula mediante la cual se establezca que una de las partes no podrá oponer excepciones a fin de evitar o retardar la prestación debida no tendrá efecto respecto de las excepciones de nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato”. De acuerdo con esta disposición únicamente se excluyen de la cláusula *solve et repete* aquellas excepciones que afectan la validez del contrato o que dan lugar a su rescisión. Por lo cual, la doctrina y la jurisprudencia italianas admiten que es posible renunciar a través de esta cláusula a los efectos de la excepción de incumplimiento.

En el Código Civil venezolano no existe una disposición similar al artículo 1.462 del *Codice*. Por lo cual, la situación en nuestro ordenamiento se plantea en los mismos términos en que se planteaba bajo la vigencia del Código Civil italiano de 1865 que tampoco contemplaba una previsión al respecto. Empero, bajo la vigencia de dicho Código, la jurisprudencia y una buena parte de la doctrina italiana (Ascarelli Carnelutti, Greco, Allorio, Scaduto) eran favorables a la validez de la cláusula *solve et repete*. Pero no faltaban voces autorizadas (Caravelli, Cristofolini, La Lumia, Seletti) en sentido contrario⁷.

prevalencia particular (MIRABELLI, Giuseppe: *Delle Obligazioni – Il Contratto*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1980. p. 637). En la misma dirección, Caringella y De Marzo expresan que la cláusula *solve et repete* implica una derogación al normal funcionamiento del principio de la corresponsividad, en virtud de la cual las partes pueden prever que una de ellas no podrá oponer excepciones a fin de evitar o retardar la prestación debida (CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *op. cit.* Vol. III. Il Contratto p. 958).

⁷ Al respecto, véase: PRESUTTI, Enrico: Voz “Solve et repete” en *Nuovo Digesto Italiano* a cura di M. D’Amelio con la collaborazione di A. Azara. Vol. XII Parte 1^a. Torino. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1940. p.p. 567-574.

A nuestro modo de ver, la cláusula *solve et repete* es, en principio, lícita en el Derecho venezolano. Si se acepta que en nuestro ordenamiento es posible renunciar a la *exceptio non adimpleti contractus*, no existe inconveniente conceptual para admitir la validez de esta cláusula puesto que su estipulación constituye una limitación a la oponibilidad de la *exceptio*. Sin embargo, pudiera objetarse su eficacia cuando surjan graves motivos que comprometan la buena fe objetiva como, por ejemplo, cuando fuese manifiesto el comportamiento malicioso del contratante que ha obtenido el beneficio de esta cláusula o cuando su incumplimiento resulte manifiesto (arg.: *ex art. 1.160 del Código Civil*)⁸. Darle eficacia a dicha cláusula en semejantes condiciones se traduciría en un verdadero pacto *ne dolus praestetur*, cuya licitud no puede ponerse en duda⁹.

2) RENUNCIA TÁCITA

La renuncia tácita de la *exceptio non adimpleti contractus* ocurre cuando no se la opone oportunamente al contestar la demanda o la reconvencción. El silencio del demandado implica excluir el funcionamiento del artículo 1.168 que no puede ser aplicado de oficio por la autoridad judicial¹⁰.

⁸ Es la solución que consagra expresamente el Código Civil italiano de 1942 cuyo artículo 1.462 (segunda parte) establece que si existen graves motivos el juez, en los supuestos en que la cláusula es eficaz, puede suspender la condena de la parte incumplidora contra la cual se la opuso, pero ordenando que ésta preste una caución.

⁹ *Cfr.*: DEGNI, Francisco: *La Compraventa*. Traducción española y notas de Francisco Bonet Román. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.957. p. 404.

¹⁰ *Cfr.*: MALECKI, Catherine: *op. cit.* p.p. 261-262; BARASSI, Ludovico: *op. cit.* Vol. III. p. 441; PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 641 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

XII. EXTINCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

Además de las causas generales de extinción como la renuncia del excepcionante (*supra*, N° XI), el cumplimiento, o en su caso, la transacción, la extinción de los efectos de la excepción de incumplimiento contractual puede producirse por la cesación del propio fundamento de la *exceptio*, sea porque cese la relación de reciprocidad entre las obligaciones surgidas del contrato bilateral o por faltar la simultaneidad en el cumplimiento de las mismas¹.

1) CESACIÓN DE LA RECIPROCIDAD ENTRE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO BILATERAL

La relación de reciprocidad entre las obligaciones del contrato bilateral puede cesar cuando se extinga una de las obligaciones subsistiendo la otra.

Desde luego, si se extingue la obligación del *excipiens* éste no tendrá necesidad de oponer la excepción de incumplimiento,

¹ Cfr. REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 11; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *op. cit.* p.p. 577-578; MASNATTA, Héctor: *op. cit.* p.p. 97-98.

le bastará alegar que no debe lo que se le reclama pudiendo, además, exigirle a su co-contratante el cumplimiento de su propia obligación.

Por otra parte, por fundamentarse la *exceptio* en la falta de cumplimiento de la obligación del demandante, no podrá utilizarse este remedio cuando dicha obligación haya sido cumplida o se haya extinguido de cualquier otro modo.

Respecto de la extinción de los efectos de la *exceptio* por haberse extinguido una de las obligaciones, caben las siguientes consideraciones: ¿Se requiere para excluir los efectos de la *exceptio* que el actor haya cumplido la prestación a su cargo o basta para ello con la oferta de cumplimiento? ¿Puede el excepcionante invocar los efectos de la *exceptio* cuando la acción para pedir la ejecución de su propio crédito hubiere prescrito?

Pasamos a referirnos a cada uno de dichos planteamientos.

a) ¿La oferta de cumplimiento excluye los efectos de la *exceptio*?

Con respecto al *cumplimiento*, la oposición de la excepción de incumplimiento contractual es improcedente, dice el artículo 1.168, cuando el demandante haya “*ejecutado*” su propia obligación. Es, por tanto, el cumplimiento de la propia obligación y no el mero *ofrecimiento de cumplir* lo que impide alegar la *exceptio*.

La eficacia de la oferta de cumplimiento para enervar los efectos de la *exceptio non adimpleti contractus* está, en cambio, expresamente reconocida en el artículo 1.460 del Código Civil italiano según el cual “en los contratos con prestaciones recíprocas, cada

uno de los contratantes podrá rehusarse a cumplir su obligación si el otro no cumpliera u ofreciera cumplir simultáneamente la suya...². Conforme a esta disposición no sólo el cumplimiento sino también el hecho de que el actor ofrezca el cumplimiento simultáneo de su propia prestación excluye la oposición de la *exceptio*. Por consiguiente, en Italia *la oferta simultánea de cumplimiento* por parte de quien a su vez lo reclama hace perder el derecho de invocar la excepción. La doctrina italiana que comenta esta disposición hace hincapié en que dicha oferta de cumplimiento debe ser una oferta seria y real, aunque no tenga que hacerse conforme al procedimiento de oferta real y depósito³. Basta pues con que se trate de un ofrecimiento real y completo de cumplimiento de la propia prestación en el lugar y tiempo oportuno. Para excluir los efectos de la excepción, el ofrecimiento por parte del actor debe implicar además el compromiso de cumplir simultáneamente con el excepcionante, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a admitir que, como es posible condicionar la oferta de cumplimiento a la obtención de la contraprestación, el demandado puede ser condenado a cumplir, pero con la condición del cumplimiento simultáneo por parte del actor⁴.

El artículo 1.168 de nuestro Código, como se dijo, a diferencia del artículo 1.460 del *Codice*, supedita la posibilidad de enervar

² La misma solución legal está recogida en el artículo 1.201 del Código Civil argentino que prevé que el ofrecimiento de cumplir la propia prestación formulado por el demandante excluye la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. Del mismo modo, en los Códigos Civiles portugués (art. 428) y suizo de las Obligaciones (art. 82) se asimila al cumplimiento de la obligación del demandante el ofrecimiento de su simultánea ejecución. Pero ésta no es la solución que consagra nuestro Código Civil, tal y como se indica en el texto.

³ Al respecto, véase: GIORGIANNI, Michele: *L'Inadempimento*. Milano, 1959. p.p. 8-9; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p.p. 121-122; REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 5. Para un examen crítico de la solución legal que consagra el *Codice*, véase: LUZZATTO, Ruggero: *L'eccezione di inadempimento...cit.* p.p. 742-743.

⁴ Al respecto, véase lo que expongo en la nota 4 del Capítulo X *ut supra*.

los efectos de la excepción de incumplimiento contractual a la circunstancia de que el reclamante “*ejecute*” su propia obligación. Por consiguiente, el mero ofrecimiento de cumplir la propia prestación no basta para impedir el ejercicio de la *exceptio*. Para ello se requiere que el cumplimiento se haya producido.

Además, si la oferta por el demandante-excepcionado de cumplir simultáneamente con su propia prestación produjera como consecuencia la desestimación de la *exceptio non adimpleti contractus*, dándose todos los requisitos para ello el juez debería condenar al demandado. Como en atención al principio de congruencia la condena tiene que ajustarse a la pretensión del actor (arg.: *ex art. 243 <ordinal 3º>* del Código de Procedimiento Civil), dicha condena tendría que condicionarse a la realización de la contraprestación ofrecida por éste, so pena de incurrir en *ultra petita*. La sentencia que se dicte será pues una sentencia condicionada de condena sujeta a un hecho futuro e incierto: el cumplimiento previo por parte del demandante. Ahora bien, en nuestro ordenamiento a esta solución se opone el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil según el cual toda sentencia condicional es nula. No puede pues condicionarse la sentencia de condena del demandado a la ejecución de la prestación ofrecida por el actor (*supra*, N° X,1). Como la oferta hecha por el demandante excepcionado de cumplir simultáneamente su propia prestación puede conducir a una condena condicional del *excipiens* prohibida por el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, dicha oferta por sí sola impide detener los efectos de la *exceptio* si no va seguida del cumplimiento efectivo.

En fin, *por lo que al Derecho venezolano concierne*, la *exceptio non adimpleti contractus* se extingue por el cumplimiento de la obligación correspondiente a cargo del actor sin que sea suficiente para ello la mera oferta de cumplimiento.

b) Prescripción

En lo concerniente a *la prescripción*, la doctrina discute si puede el demandado oponer la *exceptio* en caso de que su crédito contra el actor hubiere prescrito.

Según un sector de la doctrina, frente a la pretensión del cumplimiento de su obligación, el demandado puede alegar la *exceptio non adimpleti contractus* fundamentándola en el incumplimiento de la obligación correspondiente del demandante, no obstante haber prescrito la acción para exigir su cumplimiento⁵. Quienes sostienen esta posición afirman que en virtud de la regla *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, aun cuando puede prescribir la acción que emana de un derecho, siempre perdura la excepción que de ese mismo derecho deriva.

Otros autores, en cambio, afirman que el demandado por cumplimiento no puede alegar la *exceptio non adimpleti contractus* cuando el derecho a exigir la contraprestación haya prescrito, puesto que la regla *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* debe entenderse limitada a las excepciones mediante las cuales se hacen valer derechos que no pueden ejercitarse mediante acción⁶.

⁵ Es la solución que, como principio de carácter general, consagra para la excepción de incumplimiento contractual el artículo 430 del Código Civil portugués según el cual: “prescrito uno de los derechos, el respectivo titular continúa gozando de la excepción de incumplimiento excepto cuando se trate de prescripción presuntiva”. En la doctrina francesa e italiana, a favor de la imprescriptibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, se muestran: CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 717-721; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 225; PUGLIESE, Giuseppe: *La Prescrizione Extintiva*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1924. p. 53; REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...* *cit.* § 11. En el mismo sentido, en la doctrina española, véase: RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *op. cit.* p. 98.

⁶ SCADUTO, Gioachino: *op. cit.* p.p. 214-217.

Por nuestra parte, estimamos que puede invocarse la *exceptio non adimpleti contractus* con fundamento en la inejecución de un contracrédito prescrito, pero no en razón de la aplicación de la precitada regla⁷ sino por la ausencia sobrevenida de causa (*supra*, N° III,1) o desaparición del sinalagma funcional (*supra*, N° III,3)⁸. En los contratos bilaterales cuando hay prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, no cabe admitir la extinción de una de las obligaciones por prescripción y la subsistencia de la obligación que le es correlativa. Esta es una consecuencia natural de la relación de interdependencia en que se encuentran dichas prestaciones⁹.

2) CESACIÓN DE LA SIMULTANEIDAD EN EL CUMPLIMIENTO

Pero adicionalmente la extinción de los efectos de la *exceptio* puede producirse al desaparecer la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral. La

⁷ La regla *temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum* que el Código Civil consagra en el artículo 1.346 sólo se aplica a las *acciones de nulidad* a que se refiere esta disposición legal; por lo cual, la acción de cumplimiento que se diferencia de la acción de nulidad del contrato y que se encuentra regulada en otra parte del Código Civil no se puede considerar incluida en la precitada disposición legal. *Cfr.* COVIELLO, Nicola: *op. cit.* p.p. 510-513; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Vicios Redhibitorios... cit.* p. 144. En contra, PUGLIESE, Giuseppe: *loc. cit.* p.79.

⁸ *Cfr.* RUPERTO, Cesare: *Prescrizione e Decadenza*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1985. p. 60; MÉLICH-ORSINI, José: *La Prescripción Extintiva y la Caducidad*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 58. Caracas, 2002. p. 41.

⁹ Desde luego, esto no significa que la prescripción del crédito no tenga relevancia en los contratos bilaterales ya que como afirma Cruz Moreno “prescrito un crédito, queda en manos del titular del no prescrito la ejecución o no del contrato: para lograrla le basta cumplir... lo que a él incumbía (y tendrá que hacerlo, aunque su deuda haya prescrito, para evitar la oposición de la excepción de incumplimiento a su pretensión de cumplimiento). La otra parte, sin embargo, nada podrá hacer ya para obtener la ejecución –ni siquiera cumplir su deuda–, en tanto que su demanda de cumplimiento siempre podrá ser desestimada, por la alegación de la excepción de prescripción”. (CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 99).

relación de simultaneidad puede cesar porque las partes convengan en alterar el orden cronológico de ejecución de las prestaciones que habían fijado, por ejemplo, postergando el cumplimiento de uno de los créditos, con relación al contracrédito. Al no regir ya el principio del cumplimiento simultáneo de las obligaciones sinalagmáticas, el contratante obligado a pagar primero no podrá oponerle a su contraparte la excepción de incumplimiento. La *exceptio* deviene así infundada y el contratante obligado a cumplir en primer lugar tendrá que cumplir so pena de soportar las consecuencias de la *mora debitoris*.

XIII. ASPECTOS PROCESALES

Sin duda pocas figuras del Derecho Civil tienen tantas implicaciones procesales como la *exceptio non adimpleti contractus*. No es nuestra intención referirnos aquí en detalle a los aspectos procesales de este instituto; simplemente queremos señalar, en forma por demás sintética, las siguientes peculiaridades procesales de la *exceptio*, pero sin ahondar sobre el tema que es propio del Derecho procesal civil y no del Derecho civil.

1) NO REQUIERE INTERVENCIÓN JUDICIAL

La *exceptio* puede ser invocada judicial o extrajudicialmente¹. Es un derecho que tiene la parte inocente del contrato. De modo que frente a una reclamación extrajudicial de cumplimiento, el deudor puede oponerse al cumplimiento hasta tanto no cumpla su contraparte que le reclama el pago. Desde luego, en aquellos casos en los cuales el reclamante considere que dicha oposición carece de fundamento, serán los tribunales los que deberán controlar si

¹ La doctrina es conteste al respecto. Por todos, véase: PILLEBOUT, Jean-François: *op. cit.* p.p. 196-197; PORRARI, Annalisa: *op. cit.* p. 541. En la doctrina nacional, véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo III. p. 78; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 971; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 777.

se han cumplido o no los requisitos antes examinados². De no haberse satisfecho los extremos legales para la procedencia de la *exceptio*, el *excipiens* responderá de los daños y perjuicios causados por haber suspendido injustificadamente el cumplimiento de sus obligaciones.

Cuando se la hace valer judicialmente, corresponde al juez apreciar su procedencia y fijar su alcance, así como los límites de su eficacia (*supra*, N° VIII,4,c).

2) NO ES UN REQUISITO DE LA ACCIÓN

La excepción de incumplimiento contractual no constituye un presupuesto o requisito de la acción por el cual quien demanda judicialmente el cumplimiento de un contrato bilateral tiene que haber cumplido con su propia obligación, salvo que el demandado esté obligado a pagar primero. El previo cumplimiento por parte del actor no es una condición de admisibilidad de la demanda de cumplimiento sino un medio de defensa del contratante requerido para el pago³. Cualquiera de las partes de un contrato bilateral puede exigirle a la otra parte la ejecución de la prestación debida sin necesidad de alegar siquiera su propio cumplimiento, quedando

² Cfr: DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p. 104; VAN OMMESLAGHE, Pierre: *op. cit.* Tome I. p. 871.

³ Es el sistema seguido en la mayor parte de los ordenamientos. Cabe hacer notar que incluso en el Derecho suizo donde el artículo 82 del Código suizo de las Obligaciones establece que “el que reclama la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, a menos que goce del beneficio de un término según las cláusulas o la naturaleza del contrato”, la mayor parte de los autores interpretan esta disposición, no en el sentido que parece desprenderse de su tenor literal de exigir que el previo cumplimiento de su propia prestación por parte del actor sea una condición requerida para la admisibilidad de su demanda de cumplimiento, sino en el sentido de que queda siempre al arbitrio del demandado oponer la *exceptio* para que el juez declare sin lugar la demanda. Al respecto, véase: VON TUHR, Andreas: *op. cit.* p.p. 302-303.

al arbitrio de dicha otra parte defenderse de la reclamación alegando el incumplimiento del actor. Por consiguiente, éste puede perfectamente exigir la satisfacción judicial de su crédito nacido del contrato bilateral y corresponderá al demandado que quiera paralizar el derecho invocado por el actor oponer la *exceptio* y negarse a pagar en caso de que este último no haya dado cumplimiento a su propia obligación⁴.

3) ES UNA VERDADERA EXCEPCIÓN

La *exceptio non adimpleti contractus*, ya lo hemos dicho, es una verdadera *excepción*. En sentido sustantivo, porque es un derecho o una facultad para rechazar la ejecución de la prestación a cargo del *excipiens* y en sentido procesal, porque constituye un justo motivo de oposición a la demanda de cumplimiento (*supra*, N° V, 5 y 7).

4) TIENE EL CARÁCTER DE EXCEPCIÓN PERENTORIA

Aunque su efecto sea suspender el cumplimiento de la obligación, debe hacerse valer en el proceso como una excepción perentoria en la oportunidad fijada para la contestación de la demanda. Por lo cual, no puede ser opuesta como cuestión previa. Así lo admite la doctrina nacional y lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales⁵. Tampoco se sigue para la tramitación de

⁴ Cfr: ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Henrich: *op. cit.* Tomo II. Vol. I. p. 169; LARENZ, Karl: *op. cit.* Tomo I. p.p. 268-269. En la doctrina nacional, véase: MARÍN, Antonio Ramón: *op. cit.* Vol. I. p. 226.

⁵ Al respecto véase la doctrina nacional citada en la nota 18 del Capítulo V *ut supra*. Asimismo, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales “en materia procesal esta

la *exceptio* el procedimiento previsto para las cuestiones previas sino que su procedencia se resuelve en la sentencia definitiva como defensa de fondo.

5) NO CABE SU APLICACIÓN DE OFICIO

La excepción de incumplimiento no puede ser apreciada de oficio por el juez. Si el *excipiens* no la opone oportunamente, al contestar la demanda o la reconvencción, la misma se entiende renunciada tácitamente (*supra*, N° XI,2). El juez de oficio no puede pues suplir la *exceptio non adimpleti contractus* no opuesta. De modo que aunque se hubiesen cumplido los demás requisitos para su procedencia, el juez no podrá declararla si ella no es alegada.

Si la *exceptio* se hizo valer extrajudicialmente y luego se entabla un procedimiento judicial, el demandado tendrá que alegar de nuevo la *exceptio* para que pueda ser estimada, precisamente porque la autoridad judicial no puede apreciarla de oficio⁶.

excepción es una defensa de fondo o perentoria, que la parte demandada debe oponer en la contestación a la demanda para ser resuelta por el Juez como punto previo en la sentencia definitiva, que en caso de ser procedente, provoca la declaratoria de no haber lugar a la acción intentada.” (Sentencia del 23-11-88 en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia. N° 11. Noviembre 1988. p.p. 350-351). En el mismo sentido, véase: Sentencia del 08-06-60 en Gaceta Forense. Segunda Etapa. N° 28. p. 255.

⁶ Cfr: PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p.p. 158-160; REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 9. En contra, en la doctrina italiana, Bigliuzzi afirma que es posible tomar en cuenta en el juicio la alegación extrajudicial anterior de la *exceptio*, en los casos en que el juicio se lleve a cabo en rebeldía (BIGLIAZZI GERI, Lina: *op. cit.* p. 6). No compartimos esta opinión de la ilustre autora italiana. Por un lado, a la falta de la alegación en un juicio de la *exceptio*, invocada con anterioridad extrajudicialmente, bien puede atribuírsele el efecto de una renuncia tácita de hacerla valer; y por el otro, el contratante a quien se le haya opuesto extrajudicialmente la *exceptio*, puede perfectamente haber cumplido con su propia prestación para el momento en que demande judicialmente el cumplimiento. En la doctrina nacional, que sepamos, nadie ha mantenido la posición de Bigliuzzi.

6) NO ES NECESARIO PONER EN MORA AL ACREEDOR

A los efectos de la oposición de la excepción de incumplimiento, no se requiere la previa constitución en mora del actor⁷ puesto que aquí no se trata de exigir el cumplimiento sino de paralizar la acción del demandante.

7) NO INFLUYE SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL POR EL VALOR

Precisamente porque la *exceptio non adimpleti contractus* no puede confundirse con la reconvencción (*supra*, N° VI,4), su alegación no altera la competencia por razón de la cuantía del tribunal ante el cual se haya interpuesto la demanda. Por tanto, el tribunal competente por el valor de la demanda seguirá siéndolo, independientemente de cuál sea el valor de la prestación cuya inejecución alegue el *excipiens*⁸.

8) EL DEMANDADO POR RESOLUCIÓN PUEDE OPONER LA EXCEPTIO

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha mantenido el criterio de la improcedencia de oponer la excepción de incumplimiento

⁷ En el mismo sentido, en la doctrina y la jurisprudencia francesas, véase: MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.* p. 441, especialmente, la nota 25 y la jurisprudencia de la Casación francesa allí citada; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.* p. 629, especialmente, la nota 6 y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada.

⁸ *Cfr.*: CARNELUTTI, Francesco: *op. cit.* Vol. II. p. 307; CHIOVENDA, Giuseppe: *op. cit.* Vol. I. p. 635. En la doctrina nacional, véase, MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 778.

cuando ha sido ejercida la acción de resolución del contrato⁹. Con base en una interpretación literal del artículo 1.168 del Código Civil que dice que el deudor puede “negarse a *ejecutar* su obligación”, nuestros jueces presuponen que la acción propuesta contra el *ex-cipiens* debe tener por objeto el cumplimiento y no la resolución del contrato. Es indispensable, por tanto, se afirma, que una de las partes pida el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato para que la otra pueda oponer la excepción de contrato no cumplido.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia extranjeras así como la doctrina patria más autorizada, cuya opinión compartimos, sostienen la posición contraria. El demandado por resolución puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la acción resolutoria intentada contra él¹⁰. No admitir esta posibilidad sería sancionar una incongruencia por parte del legislador al

⁹ Sentencia del 24-05-95 en Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia. Pierre Tapia. N° 5. Mayo de 1995. p.p. 320-322; Sentencia del 16-09-93 en Ramírez & Garay. Tomo CXXXVI. p.p. 36-37; Sentencia del 15-11-89 en Ramírez & Garay. Tomo CX. p.p. 458-459; Sentencia del 15-04-80 en Ramírez & Garay. Tomo LXIX. p.p. 9-11; Sentencia del 20-05-77 en Ramírez & Garay. Tomo LVI. p.p. 95-96; Sentencia del 29-04-66 en Ramírez & Garay. Tomo XVI. p.p. 256-257; Sentencia del 08-06-60 en Gaceta Forense. Segunda Etapa. N° 28. p. 255; Sentencia del 03-05-60 en Gaceta Forense. Segunda Etapa. N° 28. p. 116.

¹⁰ Al respecto, en la doctrina italiana, véase: GALGANO, Francesco: *op. cit.* Vol. II. Tomo I. p. 372, especialmente, la nota 21 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada. En la doctrina belga, véase: DUBUISSON, Bernard y TRIGAUX, Jean-Marc: *op. cit.* p.p. 100-101, especialmente, la nota 153 y la jurisprudencia belga allí citada. En la doctrina española, véase: CLEMENTE MEORO, Mario E.: *op. cit.* p. 181; ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: *op. cit.* p. 184 y la jurisprudencia de los tribunales españoles citada por estos autores. En la doctrina nacional, véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.* Tomo III. p. 276; BRICE, Ángel Francisco: “*Exceptio non adimpleti contractus*” en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Legislación*. Tomo I. Maracaibo, 1932. p.p. 4-7; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 973; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 778-779 y *La Resolución...cit.* p.p. 246-247. En la jurisprudencia nacional, en el mismo sentido, véase: Sentencia del 01-02-60 en Ramírez & Garay. Tomo I. p. 177.

haber regulado de un modo distinto dos remedios (la ejecución y la resolución) concedidos alternativamente contra la parte incumplidora del contrato.

Sólo la parte cumplidora del contrato puede pedir la resolución; no puede invocarla aquella que con su propia inexecución ha dado causa al incumplimiento de la otra parte que se ha abstenido legítimamente de cumplir su contraprestación. Si el incumplimiento por parte del actor de su obligación correlativa con la del demandado es un hecho impeditivo de su pretensión que conduce a desestimar la acción resolutoria¹¹, con mayor razón debe legitimar la invocación de la *exceptio* por parte del demandado. Lo contrario sería concederle al demandante incumpliente el derecho a solicitar la resolución cuando, precisamente por no haber cumplido con su obligación correlativa de cumplimiento anterior o simultáneo a la del demandado, carece de este derecho. Por lo cual, nos pronunciamos por la admisibilidad de la excepción de incumplimiento en caso de resolución.

9) SE PUEDE OponER LA *EXCEPTIO* Y RECONVENIR AL ACTOR

Nada impide tampoco oponer la excepción de incumplimiento contractual y proponer simultáneamente una demanda reconvenicional para obtener una condena a cargo del actor¹².

¹¹ Cfr: Sentencia del 03-04-95 en Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia. Pierre Tapia. N° 4. Abril de 1995. p. 123; Sentencia del 10-02-94 en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia. N° 2. Febrero de 1994. p. 133.

¹² La doctrina en general así lo admite. Al respecto, véase: CARNELUTTI, Francesco: *op. cit.* Vol. II. p.p. 15-16; PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 178; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p. 782; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *loc. cit.*

Frente a una demanda de cumplimiento el deudor demandado puede limitarse a oponer la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de que el actor no haya cumplido la prestación a su cargo. Si, por ejemplo, el vendedor demanda al comprador el pago del precio de la cosa vendida, éste puede adoptar una actitud meramente defensiva limitándose a oponer la *exceptio* alegando que el vendedor no le ha hecho entrega de la cosa. Pero, si así lo desea, puede además optar por la ofensiva y reconvenir al actor. En nuestro ejemplo, cuando el vendedor demanda al comprador el pago del precio, éste puede oponer la *exceptio* porque aquél no le ha efectuado la tradición de la cosa, ofreciendo pagar el precio cuando el actor le entregue la cosa y exigir por vía de reconvencción que el actor le haga dicha entrega; o si lo prefiere, además de oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, puede por vía de reconvencción demandar la resolución del contrato; si la cosa vendida adolece de vicios ocultos, puede optar por la acción redhibitoria o la *quanti minoris*.

10) LA CARGA DE LA PRUEBA

Se ha discutido si para la procedencia de la excepción de incumplimiento contractual, la carga de la prueba del incumplimiento del actor debe recaer sobre el *excipiens*.

Según algunos autores, la *exceptio non adimpleti contractus* opera como una especie de *exceptio doli* que tiene que probar el demandado conforme a la regla *reus in excipiendo fit actor*; por lo cual, la prueba del incumplimiento del actor recae sobre el *excipiens*¹³. Al demandado que invoca como hecho impositivo de su

¹³ GIORGI, Jorge: *op. cit.* Vol. IV. p.p. 208-209; LESSONA, Carlo: *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Vol. I. Traducción castellana de Enrique Aguilera de Paz.

cumplimiento el incumplimiento del demandante, le corresponde pues demostrar la obligación recíproca incumplida.

Otros autores, en cambio, sostienen que hay que distinguir según que el demandado oponga la *exceptio non adimpleti contractus* o la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Cuando se trata de la *exceptio non adimpleti contractus*, al *excipiens* le basta con oponer la defensa, sin tener que probar nada, ya que la existencia de la obligación contractual a cargo del actor resulta del mismo contrato bilateral invocado por éste en su demanda; correspondiéndole en cambio a este último la demostración de su propio cumplimiento¹⁴. Es decir que en este supuesto no juega la máxima procesal *reus in excipiendo fit actor*.

Por el contrario, en la *exceptio non rite adimpleti contractus* el demandado que la invoca está reconociendo haber recibido la contraprestación del actor, lo cual hace presumir que ésta fue ejecutada conforme a lo convenido; y por ello, se afirma, es el oponente quien debe desvirtuar dicha presunción que le es contraria, correspondiéndole la carga de demostrar que ese cumplimiento fue incompleto, inexacto o defectuoso¹⁵.

Instituto Editorial Reus. Madrid, 1957. p.p. 150-152; PACCHIONNI, Giovanni: *Dei Contratti in Generale*. Vol. II. C.E.D.A.M. Padova, 1939. p. 43.

¹⁴ CASSIN, René: *op. cit.* p.p. 504 y ss. 525 y ss. DALMARTELLO, Arturo: *op. cit.* p. 358; REALMONTE, Francesco: *Eccezione di inadempimento...cit.* § 9; LARENZ, Karl: *op. cit.* Tomo I. p. 270.

¹⁵ Es la solución legal que se consagra en el § 363 del B.G.B. según el cual le corresponde a quien ha recibido la prestación la carga de demostrar su inexactitud. Es, además, el criterio seguido por la mayoría de los autores. En la doctrina francesa, véase: MALECKI, Catherine: *op. cit.* p.p. 269-270. En la doctrina italiana, véase: DALMARTELLO, Arturo: *loc. cit.* En la doctrina española, véase: PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER José: *Anotaciones...cit.* Tomo II. Vol. I. p. 171. En la doctrina argentina, véase: COM-PAGNUCCI DE CASSO, Rubén: “La *exceptio non adimpleti contractus*” en *La Ley*. Tomo 1993-B. Buenos Aires, 1993. p. 323.

Este es el criterio que sigue la jurisprudencia de nuestros tribunales. En tal sentido, la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de marzo de 1979 sostuvo que:

“el demandado... lo que alegó fue incumplimiento parcial de las obligaciones por parte de la actora, con lo cual se está en el caso de la variante de aquella excepción, llamada en la doctrina *non rite adimpleti contractus*, que presupone no el incumplimiento de la obligación, sino el inexacto cumplimiento de la contraparte y así como la excepción original de *non adimpleti contractus* se apoya en la *falta* de cumplimiento, su variante la de *non rite adimpleti contractus* se fundamenta sobre el cumplimiento *no exacto, parcial, o no del todo conforme a los pactos*, lo que hace que exista una diferencia entre una y otra en lo que se refiere a la carga de la prueba.

En efecto, en la segunda forma de la excepción, el demandando no niega haber recibido el cumplimiento de la obligación de que era acreedor, sino lo que niega es que el cumplimiento haya sido exacto; por tanto, le incumbe a él probar que ese cumplimiento ha sido, como lo alega, *inexacto*. En cambio, en la primera forma de la excepción, como antes se dijo, es el actor el que debe probar el propio cumplimiento, para poder vencer la excepción de incumplimiento opuesta por el demandado”¹⁶.

La doctrina nacional, por su parte, se pronuncia por la tesis primeramente expuesta. Siendo el fundamento de la *exceptio* el incumplimiento por parte del actor, lo que constituye un hecho impeditivo de la pretensión del demandante, le corresponde al *ex-cipiens* la carga de la prueba de dicho incumplimiento. De manera que cuando el demandado se excusa en el incumplimiento bien sea

¹⁶ Sentencia del 27-03-79 en Gaceta Forense. Tercera Etapa. N° 103. p.p. 774-775. En el mismo sentido, véase: Sentencia del 19-10-82 en Ramírez & Garay. Tomo LXXX. p.p. 350-351; Sentencia del 24-04-92 en Ramírez & Garay. Tomo CXXI. p. 458.

total, parcial, defectuoso o tardío del demandante, tiene la carga de probar dicho incumplimiento puesto que no le corresponde al actor demostrar la no concurrencia de los hechos impositivos de su demanda¹⁷.

Por nuestra parte estimamos que dado que la *exceptio non adimpleti contractus* se fundamenta en la falta de cumplimiento de la obligación del demandante, el *excipiens* lo único que tiene que demostrar son los hechos constitutivos de su pretensión, especialmente, la existencia de su contracrédito contra el actor. Ahora bien, como ese contracrédito surge del mismo contrato en el que el demandante basa su pretensión, ya el demandado habrá cumplido con la carga probatoria que le incumbe de demostrar la existencia de la obligación contractual a cargo del actor. El demandante excepcionado tendrá que demostrar el pago o cumplimiento de su obligación puesto que el pago o cumplimiento es uno de los modos de extinción de las obligaciones y, de conformidad con el artículo 1.354 del Código Civil, incumbe la prueba de la extinción de éstas a quien la alega.

En cambio, cuando existe incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, el demandante excepcionado pretenderá que ha cumplido satisfactoriamente su obligación, correspondiéndole inevitablemente al demandado excepcionante que ha opuesto la *exceptio non rite adimpleti contractus* demostrar que el cumplimiento fue defectuoso o insuficiente, o lo que es lo mismo, el

¹⁷ MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *loc. cit.* p. 972; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...cit.* p.p. 779-780. En sentencia del 02-12-71 la Corte Superior Primera de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda adoptó este criterio (Sentencia del 02-12-71 en Ramírez & Garay. Tomo XXXII. p.p. 146-148).

carácter defectuoso, incompleto, inexacto o tardío de la prestación realizada.

11) LA *REPLICATIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

El demandado, ya lo hemos dicho, puede no limitarse a oponer la *exceptio* sino pasar a la ofensiva y contrademandar al actor –por cumplimiento o resolución–. El actor reconvenido podrá a su vez alegar que cumplió o que si no lo hizo ello obedeció al incumplimiento de su co-contratante, motivo por el cual procedió a demandarlo (*replicatio non adimpleti contractus*). Dicho en otras palabras, el demandante se enfrenta con la *exceptio non adimpleti contractus* opuesta por el demandado alegando a su vez la *replicatio non adimpleti contractus*, en cuyo caso el juez en su sentencia podrá admitir una u otra.

Si las dos partes han pedido, principal o subsidiariamente, el cumplimiento recíproco cuya omisión mutuamente se reprochan, el juez podrá admitir ambas pretensiones y condenar al demandante y al demandado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones. La autoridad judicial con base en los hechos y el derecho aplicable tendrá que pronunciarse en su sentencia sobre todas las acciones y defensas invocadas¹⁸.

¹⁸ Pero si el demandado excepcionante que alegó con éxito la *exceptio* demandare en un nuevo juicio a su contraparte contractual exigiéndole el cumplimiento de su obligación, esta última no podría, para enervar la acción, invocar la *exceptio non adimpleti contractus* por lo que se le debería condenar al pago. No podría hacerlo sencillamente porque la sentencia en el primer juicio tuvo como base necesaria la comprobación de que el incumplimiento del ahora demandado había sido la causa del incumplimiento de *excipiens*, ahora convertido en actor. Por lo cual, dicha sentencia goza de la autoridad de la cosa juzgada en cuanto a este hecho. Cfr: PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p.p. 181-183; MÉLICH-ORSINI, José: *loc. cit.* p.p. 782-783. En contra: CRUZ MORENO, María: *op. cit.* p. 61. A propósito de los límites de la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia que declare con lugar la *exceptio*, véase lo que expongo en la Sección XIII,13.

12) LA SENTENCIA ES MERO-DECLARATIVA

La sentencia que declara con lugar la *exceptio non adimpleti contractus* es una sentencia que sólo tiene por efecto la comprobación del derecho del *excipiens* a que no le sea exigido el cumplimiento mientras el actor no haya cumplido con su propia obligación, sin que la decisión judicial tenga carácter constitutivo sino meramente declarativo¹⁹.

En caso de que se haya hecho valer extrajudicialmente esta defensa y posteriormente se entable un procedimiento judicial en el cual se estime procedente la *exceptio* alegada nuevamente en ese juicio, la sentencia respectiva producirá sus efectos no desde la declaración de la sentencia sino desde el momento en que la *exceptio* fue extrajudicialmente ejercitada. Por ello es que se dice que la decisión del juez tiene carácter retroactivo, pero en realidad se trata del efecto propio de toda sentencia mero-declarativa.

13) LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA

La sentencia que acoge la excepción de incumplimiento implica un rechazo de la demanda²⁰ sin prejuzgar sobre los derechos

¹⁹ Cfr: PERSICO, Giovanni: *op. cit.* p. 190; MÉLICH-ORSINI, José: *loc. cit.* Sobre las características de las sentencias mero-declarativas, véase: CHIOVENDA, Giuseppe: “Azione di mero accertamento” en *Nuovo Digesto Italiano* a cura di Mariano D’Amelio con la collaborazione di Antonio Azara. Vol. II. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1937. p.p. 126-133; CHIOVENDA, Giuseppe: *Principios...cit.* Vol. I. p.p. 212-226. En la doctrina nacional, véase: PALACIOS, Leopoldo: *La Acción Mero-Declarativa*. Ediciones Liber. Caracas, 2002. p.p. 179-182 y 198-200.

²⁰ La sentencia que estime procedente la *exceptio* no puede declarar con lugar la demanda y condenar al demandado, pero supeditando esta condena al previo cumplimiento de la prestación debida por el actor porque ello implicaría, ya lo hemos dicho, una sentencia condicional prohibida por el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil (*supra*, N° X,1). La procedencia de la *exceptio* conduce pues a una desestimación de la demanda

del actor. Este podrá siempre intentar una nueva acción después de haber cumplido con su obligación, ya sea en su totalidad, ya sea completando el cumplimiento cuando éste hubiese sido parcial, defectuoso o inexacto. La autoridad de la cosa juzgada de la sentencia dictada en el primer juicio se limita a evitar la interposición de una nueva demanda en los mismos términos y en iguales circunstancias de inejecución. Siendo transitoria la inejecución, nada impide que el actor vuelva a plantear la cuestión ya que no hay identidad entre los hechos que fundamentaron la sentencia y los que sirven de base a la nueva demanda; por lo cual, no podrá el demandado aprovecharse de aquella decisión invocando en el juicio posterior los efectos de la cosa juzgada de la primera sentencia (arg.: *ex art. 1.395 del Código Civil*).

y no a una condena del demandado previo pago de la prestación pendiente a cargo del demandante.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2010.

ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*. Tomo II. (Derecho de Obligaciones). Edisofer S.L. Madrid, 2004.

ALONSO PÉREZ, Mariano: *Sobre la Esencia del Contrato Bilateral*. Salamanca, 1967.

ALLARA, Mario: *Delle Obbligazioni*. Torino, 1939.

ALSINA, Hugo: “Defensas y Excepciones” en *Revista de Derecho Procesal*. Año VII. N^{os} 1 y 2. Ediar. Buenos Aires, 1949.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: *La Resolución de los Contratos por Incumplimiento*. Editorial Cremades. Granada, 2009.

ASCARELLI, Tulio: “Il contratto plurilaterale” en *Studi in Tema di Contratti*. Milano, 1952.

AUBRY, C. y **RAU**, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome III. Sixième édition. París, 1907.

AULETTA, Giuseppe Giacomo: “Importanza dell’ inadempimento e diffida ad adempienze” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* diretta da Tito Carnacini. Giuffrè Editore. Milano, 1955.

_____ : “Risoluzione del rapporto sociale per inadempimento” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* diretta da Tito Carnacini. Giuffrè Editore. Milano, 1955.

_____ : *La Risoluzione per Inadempimento*. Giuffrè Editore. Milano, 1942.

AZZARITI, Francesco y **MARTÍNEZ**, Giovanni: *Successioni per Causa di Morte e Donazioni*. Padova, 1948.

BADELL MADRID, Rafael: *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*. Caracas, 2001.

BARASSI, Ludovico: *La Teoria Generale delle Obbligazioni*. Vol. III. Giuffrè Editore. Milano, 1948.

BARRIONUEVO, Heriberto N.: “Excepción de incumplimiento” en *Jurisprudencia Argentina*. Tomo III-1977. Buenos Aires, 1977.

BAUDRY-LACANTINERIE, G y **BARDE**, L.: “Des Obligations”. (Tome II) en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Vol. XII. París, 1902.

BELLO LOZANO, Humberto: *Juicio Ordinario*. Editorial Estrados. Caracas, 1970.

BENEDETTI, Alberto: “L’eccezione di inadempimento” en *Trattato della Responsabilità Contrattuale* diretto da Giovanna

Visintini (Vol. I) (Inadempimento e Remedi). Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Cedam. Padova, 2009.

BENÍTEZ DE LUGO, Luis: *Tratado de Seguros*. Vol. I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955.

BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo III. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

BIANCA, C. Massimo: “El Contrato” en *Derecho Civil* (Vol. III). Traducción castellana de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

_____ : “Eccezione d’inadempimento e buona fede” en *Il Contrato. Siloge in Onore di G. Oppo*. Padova, 1992.

BIGLIAZZI GERI, Lina: “Risoluzione per inadempimento” en *Commentario del Codice Civile* a cura de Scialoja e Branca. Libro IV (Delle Obligazioni). Tomo II. (arts. 1.460-1.462). Bologna-Roma, 1988.

BOLAFI, Renzo: *Le Eccezioni nel Diritto Sostanziale*. Milano, 1936.

BORDA, GUILLERMO A.: *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo II. Editorial Perrot. Buenos Aires, 2008.

_____ : *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Tomo II. La Ley. Buenos Aires, 1997.

BORDA, Alejandro: “Efectos de la excepción de incumplimiento contractual” en *La Ley*. Tomo 1997-F. Buenos Aires, 1997.

BORJAS, Leopoldo: *Instituciones de Derecho Mercantil. Las Sociedades*. Ediciones Schnell C.A. Caracas, 1975.

BORJAS, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomo II. Ediciones Sales. Caracas, 1964.

BRICE, Ángel Francisco: “*Exceptio non adimpleti contractus*” en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Legislación*. Tomo I. Maracaibo, 1932.

BRUGI, Biagio: “*Presupposti dell’ exceptio non adimpleti contractus*” en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* diretta da A. Sraffa e C. Vivante. Vol. XXVII. Parte Seconda. Casa Editrice Francesco Vallardi. Milano, 1929.

BURGOS VILLASMIL, José Ramón: *El Derecho de Retención en el Código Civil Venezolano*. Caracas, 1966.

BUTTARO, Lucca: *L’ Interesse nell’ Assicurazione*. Milano, 1954.

CAPITANT, Henri: *De la Causa de las Obligaciones*. Traducción castellana de Eugenio Torragato y Contreras. Ediciones Góngora. Madrid, *s/f*.

CAPPUCCINI, Carlotta: “*L’autotutela unilaterale passiva*” en *La Disciplina dell’Autotutela* a cura di Pasquale Gianniti. Padova, 2010.

CARBONNIER, Jean: *Précis de Droit Civil*. París, 1972.

_____ : *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II (El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual). Traducción

española de Manuel M^a Zorrilla Ruiz. Editorial Bosch. Barcelona, 1971.

CARRASCO PERRERA, Ángel: *Derecho de Contratos*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, 2010.

CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *Manuale di Diritto Civile*. Vol. III. (Il Contratto). Giuffrè Editore. Milano, 2008.

CARNELUTTI, Francesco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. (Composición del Proceso). Traducción castellana de Nicolás Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Buenos Aires, 1944.

CARRESI, Franco: “Il Contratto” en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* a cura de Cicu-Messineo. Tomo II. Giuffrè Editore. Milano, 1987.

CASSIN, René: *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*. Thèse. París, 1914.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Situaciones Jurídicas Subjetivas*. Ediciones Reus. Madrid. 1963.

CASTRONOVO, C.: *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*. Milano, 2001.

CLEMENTE MEORO, Mario E.: *La Facultad de Resolver los Contratos por Incumplimiento*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.

COLAGROSSO, Enrico: *Teoria Generale delle Obligazioni e dei Contratti*. Roma, 1947.

COLESANTI, Vittorio: Voz “Excepción” (Derecho Procesual Civil) en *Enciclopedia del Derecho*. Vol. XIV. Arese Giuffrè. Milano, 1965. Documento visualizado. Consultado en versión electrónica (DVD).

COLIN, Ambrosio y **CAPITANT**, Henri: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo III. Traducción castellana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1960.

COMPAGNUCCI DE CASSO, Rubén: “La *exceptio non adimpleti contractus*” en *La Ley*. Tomo 1993-B. Buenos Aires, 1993.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean: *La Résolution des Contrats Synallagmatiques en Droit Allemand*. Rousseau & Cie Editeurs. París, 1940.

COVIELLO, Nicolás: *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducción al castellano de Felipe de J. Tena. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1949.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Las Obligaciones Indivisibles*. Editorial Tecnos. Madrid, 1991.

_____ : *El Pago o Cumplimiento de las Obligaciones*. Editorial Tecnos. Madrid, 1986.

CRUZ MORENO, María: *La Exceptio non Adimpleti Contractus*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Vol. I. Traducción española de José Casais y Santaló. Instituto Editorial Reus. Madrid, *s/f*.

_____ : “Azione di mero accertamento” en *Nuovo Digesto Italiano* a cura di Mariano D’Amelio con la collaborazione di Antonio Azara. Vol. II. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1937.

DALMARTELLO, Arturo: Voz “Eccezione di inadempimento” en *Novissimo Digesto Italiano* diretto de Antonio Azara e Ernesto Eula. Vol. VI. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1960.

DEGNI, Francisco: *La Compraventa*. Traducción española y notas de Francisco Bonet Román. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.957.

DE LAUBADÈRE, André: *Contrats Administratifs*. Tome II. L.G.D.J. París, 1983-1984.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: *El Contrato en General*. Tomo II. Palestra Editores. Lima, 2011.

DELL’AQUILA, Enrico: *La Resolución del Contrato Bilateral por Incumplimiento*. Salamanca, 1981.

DE LOS MOZOS, José Luis: “La Equidad en el Derecho Civil Español” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. N° 233. Madrid, 1972.

DE PAGE, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Tome II. (Les Obligations) (Première Partie). Bruylant. Bruxelles, 1948/1952.

DE RUGGIERO, Roberto y **MAROI**, Julvio: *Istituzioni di Diritto Privato*. Vol. II. Milano, 1954.

DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. (Las Relaciones Obligatorias). Editorial Aranzadi. Pamplona, 2008.

DÍEZ PICAZO, Luis, **ROCA TRÍAS**, E. y **MORALES**, A.M.: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Ediciones Civitas. Madrid, 2002.

DOMAT, J.: “Les loix civiles dans leur ordre naturel” en *Oeuvres complètes*. Tome I. París, 1835.

DROMI, Roberto: *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996.

DUBUISSON, Bernard y **TRIGAUX**, Jean-Marc: “L’exception d’inexécution en droit belge (Rapport Belge)” en *Les Sanctions de l’Inexécution des Obligations Contractuelles. Études de Droit Comparé* sous la direction de Marcel Fontaine y Geneviève Viney. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Lovain. Bruylant. Bruxelles, 2001.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Publicación de Giuffrè Editore, Milán, bajo la dirección inicial de Francesco Calasso.

ENNECCERUS, Ludwig y **LEHMANN**, Henrich: “Derecho de obligaciones” (Primera Parte. Doctrina General) en **ENNECCERUS**, Ludwig, **KIPP**, Theodor y **WOLF**, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954.

ENRIETTI, E.: *Commentario del Codice Civile* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, (Libro delle Obligazioni). Vol. I. Firenze, 1950.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: “La excepción de incumplimiento contractual” en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XVII. Fascículo III. Madrid, 1964.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 639. Madrid, 1977.

GALGANO, Francesco: *Diritto Civile e Commerciale*. Vol. II. Tomo I. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1990.

GASTALDI, José María y CENTANARIO, Esteban: *Excepción de Incumplimiento Contractual*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995.

GHESTIN, Jacques avec le concours de BILLAU, Marc: “Les obligations - Les effets du contrat” en *Traité de Droit Civil*. Tome III. L.G.D.J. París, 1992.

GIORGIANNI, Michele: *L'Inadempimento*. Milano, 1959.

GIORGI, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Vol. IV. Traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1929.

GRAU, María Amparo: “Principios generales de los contratos administrativos” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho*

Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías” (Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”). Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2006.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: “La transacción” en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*. Tomo 18. Vol. II. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1964.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Comentario al Código de Procedimiento Civil*. Tomo III. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2009.

JÈZE, Gastón: *Principios Generales de Derecho Administrativo*. Tomo VI. Traducción castellana. Buenos Aires, 1950.

JOSSERAND, Louis: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II (Teoría General de las Obligaciones). Traducción castellana de Santiago Cunchillos y Manterola. Bosch y Cia Editores. Buenos Aires, 1950.

LANDO, Ole y **BEALE**, Hughe: *Principios de Derecho Contractual Europeo* (Partes I y II). Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Colegios Notariales de España. Madrid, 2003.

LA CRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. (Derecho de Obligaciones). Vol. I. Dykinson. Madrid, 2007.

LARENZ, Karl: *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Traducción castellana de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958.

LARROUMET, Christian: *Teoría General del Contrato*. Vol. II. Traducción castellana de Jorge Guerrero R. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1999.

LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Traducción castellana. Tomo XV. Habana, 1917.

LESSONA, Carlo: *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Vol. I. Traducción castellana de Enrique Aguilera de Paz. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1957.

_____ : “Legitimità della massima *inadimpleti non adimplendum*” en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* diretta da A. Sraffa e C. Vivante. Vol. XVI. Parte Prima. Casa Editrice Francesco Vallardi. Milano, 1918.

LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. Tomo I. Banco Exterior. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006.

_____ : *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil Venezolana*. Empresa El Cojo S.A. Caracas, 1952.

LUQUE GAMERO, Ricardo: “Excepción de Incumplimiento” en *Temas de Derecho Contractual*. Cultural Cuzco S.A., Editores. Lima, 1987.

LUZZATTO, Ruggero: “L’eccezione di inadempimento” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* diretta da Antonio Cicu e Enrico Redenti. (1957). Giuffrè Editore. Milano, 1957.

LUZZATTO, Ruggero: *Le Obbligazioni nel Diritto Italiano*. Torino, 1950.

MADURO LUYANDO, Eloy y **PITTIER SUCRE**, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009.

MALAURIE, Philippe, **AYNÈS**, Laurent y **STOFFEL-MUNCK**, Philippe: *Les Obligations*. Defrénois. París, 2005.

MALECKI, Catherine: *L' Exception d'Inexécution*. L.G.D.J. París, 1999.

MARCANO RODRÍGUEZ, R.: *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Tomo III. Editorial Bolívar. Caracas, 1940.

MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. (Contratos Administrativos-Teoría General). Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1992.

MÁRQUEZ AÑEZ, Leopoldo: *Motivos y Efectos del Recurso de Forma en la Casación Civil Venezolana*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984.

MARÍN, Antonio Ramón: *Contratos. Teoría del Contrato en el Derecho Venezolano*. Vol. I. Mérida, 1998.

MARTY, Gabriel y **RAYNAUD**, Pierre: *Droit Civil*. Tome II. Premier volume. (Les Obligations). Sirey. París, 1962.

MASNATTA, Héctor: *Excepción de Incumplimiento Contractual*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1967.

MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *Leçons de Droit Civil*. Tome II. Premier volume. (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. París, 1998.

MEDICUS, Dieter: *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Vol. I. Traducción española de Ángel Martínez Garrión. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1995.

MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Quinta Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 61. Caracas, 2012.

_____ : *El Pago*. . Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 86. Caracas, 2010.

_____ : *La Transacción*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 65. Caracas, 2006.

_____ : *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 59. Caracas, 2003.

_____ : *La Prescripción Extintiva y la Caducidad*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 58. Caracas, 2002.

MESSINA, G.: Voz “Diritti potestativi” en *Nuovo Digesto Italiano* a cura di M. D’Amelio con la collaborazione di A. Azara. Vol. IV. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1938.

MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Traducción castellana de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971.

MESSINEO, Francesco: *Doctrina General del Contrato*. Tomo II. Traducción castellana de R.O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Ediciones Ejea. Buenos Aires, 1952.

MIRABELLI, Giuseppe: *Delle Obligazioni – Il Contratto*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1980.

MOSCO, Luigi: *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento*. Napoli, 1950.

MOSSET ITURRASPE, Jorge: “La excepción de incumplimiento” en *Medios Compulsivos en Derecho Privado*. Ediar. Buenos Aires, 1978.

NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO. Publicación de la Unione Tipografico – Editrice Torinese, bajo la dirección de Antonio Azara y Ernesto Eula. Turín, 1957.

NUOVO DIGESTO ITALIANO. Publicación de la Unione Tipografico – Editrice Torinese, bajo la dirección de Mariano D’Amelio con la colaboración de Antonio Azara. Turín, 1937/1940.

OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que Produce la Obligación Bilateral*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1983.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: *Buena Fe en la Ejecución de los Contratos*. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Editoriales Temis, Ubijus, Zavalia y Reus. Madrid, 2011.

O’SULLIVAN, Janet y **HILLIARD**, Jonathan: *The Law of Contract*. Oxford University Press, 2012.

PACCHIONNI, Giovanni: *Dei Contratti in Generale*. Vol. II. C.E.D.A.M. Padova, 1939.

PALACIOS, Leopoldo: *La Acción Mero-Declarativa*. Ediciones Liber. Caracas, 2002.

PERSICO, Giovanni: *L'Eccezione d'Inadempimento*. Giuffrè Editore. Milano, 1955.

PILLEBOUT, Jean-François: *Recherches sur l'Exception de Inexécution*. L.G.D.G. París, 1971.

PITTIER SUCRE, Emilio: “El abuso de derecho” en *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Eventos N° 23. Caracas, 2007.

PLANIOL, Marcelo y **RIPERT**, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VI. Traducción castellana de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. Habana, 1946.

PORRARI, Annalisa: “Eccezione di inadempimento” en *Rivista di Diritto Civile* diretta da Alberto Trabucchi, Enrico Allorio, C. Massimo Bianca, Giorgio Cian, Angelo Falzea, Giorgio Oppo, Pietro Rescigno e Rodolfo Sacco. 1985. Parte seconda. Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1985.

PRESUTTI, Enrico: Voz “Solve et repete” en *Nuovo Digesto Italiano* a cura di M. D'Amelio con la collaborazione di A. Azara. Vol. XII Parte 1ª. Torino. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1940.

PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. (Vol. I). Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1956.

PUGLIESE, Giuseppe: *La Prescrizione Extintiva*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1924.

RAVERA, Enrico: *Il Recesso*. Giuffrè Editore. Milano, 2004.

REALMONTE, Francesco: Voz “Eccezione di inadempimento” (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIV. Aresse Giuffrè. Milano, 1965. Documento visualizzato. Consultado en versión electrónica (DVD).

_____ : “Importanza dell’inadempimento e *exceptio non adimpleti contractus*” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* diretta da Tito Carnacini. Giuffrè Editore. Milano, 1963.

RENGEL ROMBERG, Arístides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (según el nuevo Código de 1.987)*. Vol. III. Editorial Ex Libris. Caracas, 1991.

RIVERO, Jean: *Derecho Administrativo*. Traducción castellana. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.

RODNER, James Otis: *Los Contratos Enlazados. El Subcontrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Estudios N° 77. Caracas, 2008.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y Sinalagma Contractual*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2013.

ROPPO, Vincenzo: *Il Contratto*. Giuffrè Editore. Milano, 2001.

RUBINO, Domenico *La Compravendita*. Giuffrè Editore. Milano, 1971.

_____ : *L'Appalto*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1958.

_____ : *Le Associazioni non Riconosciute*. Milano, 1952.

RUPERTO, Cesare: *Prescrizione e Decadenza*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1985.

SACCO, R. y **DE NOVA**, G.: *Il Contratto*. Vol. II. Torino, 1993.

SALEILLES, Raymond: *Étude sur la Théorie Générale de l'Obligation*. París, 1914.

SALVATELLI, Ana: “Condiciones de aplicación y vigencia de la *Exceptio Non Adimpleti Contractus*” en *Revista de Derecho Administrativo*. Nº 20. Editorial Sherwood. Caracas, 2005.

SCADUTO, Gioachino: “*L’exceptio non adimpleti contractus* nel diritto civile italiano” en *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*. Vol. VIII. Palermo, 1921.

SCOGNAMIGLIO, Renato: *Dei Contratti in Generale*. Nicola Zanichelli Editore. Bologna, 1970.

SPOTA, Alberto: *Instituciones de Derecho Civil (Contratos)*. Vol. III. Ediciones De Palma. Buenos Aires, 1977.

STARCK, Boris: *Droit Civil (Obligations)*. Librairies Techniques. París, 1972.

STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L.: *Les Obligations*. Litec. París, 1993.

STOLFI, Nicola: “Le obbligazioni in generale” en *Diritto Civile*. Vol. III. Torino, 1932.

SUBERO MUJICA, Mauricio: “Sobre la oponibilidad de la excepción de contrato no cumplido por parte del contratista de la administración en los contratos administrativos” en *Revista de Derecho Administrativo*. Nº 18. Editorial Sherwood. Caracas, 2004.

TARTUFARI, Luigi: “L’exceptio inadimpleti contractus e l’azione di danni per causa dell’ exceptio inadempimento” en *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo* diretta da A. Saffa e C. Vivante. Vol. IV. Parte Seconda. Casa Editrice Francesco Vallardi. Milano, 1906.

TAMAYO HAYA, Silvia: *El Contrato de Transacción*. Thomson-Civitas. Madrid, 2003.

TARANTO, Hugo: “Excepción de incumplimiento” en *Contrato* bajo la dirección de Félix A. Trigo Represas y Rubén Stiglitz. Ediciones La Roca. Buenos Aires, 1989.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *Droit Civil. Les Obligations*. Dalloz. París, 2005.

TRABUCCHI, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile*. Edizioni Cedam. Padova, 2005.

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS. International Institute for the Unification of Private Law. Roma, 2010.

URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Vicios Redhibitorios y Saneamiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 73. Caracas, 2008.

VAN OMMESLAGHE, Pierre: *Droit des Obligations* (Tome I) (Première Partie). Bruylant. Bruxelles, 2010.

VALSECHI, Emilio: “Il gioco e la scommesa – La transazione” en *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale* a cura de A. Cicu y F. Messineo. Giuffrè Editore. Milano, 1954.

VANWIJCK-ALEXANDRE, M.: “Prévision de l’inexécution: l’anticipatory breach a-t-elle une place dans le droit belge?” en *Le Droit des Affaires en Évolution: La Modification Unilatérale du Contrat*. Institut des Juristes d’Entreprise. Bruxelles. 2003.

_____ : *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belges et français face à l’anticipatory breach de la Common Law*. Liège, 1982.

VECCHI, P.M.: “L’eccezione di inadempimento” en MAZZAMUTO, S.: *Il Contratto e le Tutele. Prospettive di Diritto Europeo*. Torino, 2002.

VON TUHR, Andreas: *Tratado de las Obligaciones*. Traducción castellana de W. Roces. Editorial Comares. Granada, 2007.

ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría General de la Obligación* (Parte General de las Obligaciones). Caracas, 1985.

ZANA, Mario: “La regola della buona fede nell’eccezione di inadempimento” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura*

Civile diretta da Tito Carnacini (1972). Giuffrè Editore. Milano, 1972.

JURISPRUDENCIA

- Gaceta Forense.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Oscar Pierre Tapia.
- Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia de Oscar Pierre Tapia.
- Jurisprudencia de los Tribunales de la República de Ramírez & Garay.
- Jurisprudencia de los Tribunales de la República publicada por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia.

Impreso en Venezuela por
Editorial Torino. RIF.: J-30143170-7, Caracas, Venezuela.
Se terminó de imprimir en el mes de julio
de 2013 con un tiraje de 500 ejemplares

