

LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

PEDRO E. MARZUILLO

*Notario de la provincia de Santa Fe
2.ª Circunscripción (Rosario–Argentina)*

*“En los pueblos libres el derecho ha de ser claro.
En los pueblos dueños de sí mismos,
el derecho ha de ser popular”.*
José Martí

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO. 3. NATURALEZA JURÍDICA. 4. REQUISITOS DE PROCEDENCIA. 5. DIFERENCIA ENTRE LA *EXCEPTIO* Y OTRAS INSTITUCIONES. 5.1. Derecho de retención. 5.2. La resolución. 5.3. El pacto comisorio. 5.4. La *exceptio non rite adimpleti contractus*. 6. EFECTOS. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El objeto del presente trabajo consiste en analizar la institución de la *exceptio non adimpleti contractus* determinando su concepto, naturaleza jurídica, los elementos esenciales para su procedencia y efectos a la luz del contrato de compraventa inmobiliaria entre particulares.

El presente escrito no tiene por finalidad incurrir en el análisis sobre la actual legislación de permisión de la compraventa inmobiliaria entre particulares en Cuba ya que esto último importaría penetrar en la economía, política y sistema de gobierno cubanos. Es muy utilizada en la retórica internacional la palabra autodeterminación de los pue-

blos e incluso esgrimida en forma inexacta (1). En sus más aproximados conceptos se emplea para designar el derecho de los pueblos: a determinar libremente su condición política, a mantener o a cambiar su actual forma de organización política y económica y a constituirse en estado con el fin de organizar de modo propio su vida política, todos ellos sin interferencia de otros estados.

Es una realidad la compraventa entre particulares en Cuba, por lo tanto el concierto internacional deberá celebrar y acompañar junto con los cubanos tal cambio y augurarles un futuro promisorio.

2. Concepto

Los autores coinciden que el génesis de esta institución no se encuentra en el Derecho Romano pese a su nombre en latín. Sin embargo, en Roma, el vendedor no podía ser compelido a entregar la cosa hasta que el precio no haya sido pagado y el comprador contaba con la excepción de dolo. Los canonistas la dedujeron del principio de la correlación entre las obligaciones recíprocas, nacidas de una misma relación jurídica y los postglosadores, quienes construyeron la teoría de la excepción.

POTHIER enuncia y adhiere al principio de la excepción de inejecución, sin embargo, no se le puede atribuir la construcción de una doctrina general o un régimen autónomo.

De acuerdo con la teoría general del contrato la *exceptio non adimpleti contractus* consiste en la prerrogativa que se reconoce a una de las partes de un contrato sinalagmático de no ejecutar su obligación con la otra parte mientras esta última no ejecute la suya.

Es una facultad que deriva del principio de buena fe y del cumplimiento simultáneo de las obligaciones y a las partes les asiste el derecho de suspender el cumplimiento de éstas cuando la contraparte no garantice el cumplimiento de su prestación o no satisfaga las que tiene a su cargo, *v.gr.*, un vendedor no podría exigir el precio si no ha cumplido con entregar el bien al comprador como se había comprometido. Si bien la deuda del precio existe y los plazos se han cumplido, el com-

(1) SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Los límites del Principio de Autodeterminación de los pueblos*. Conferencia en cursos de Derechos Humanos, sitio web "Biblioteca Jurídica Virtual" Universidad de UNAM Consultado en fecha 25/10/2011 URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/848/21.pdf>.

prador puede neutralizar directamente la acción del vendedor interponiendo la excepción de contrato no cumplido, sustentando su defensa en la falta de cumplimiento del vendedor, lo cual le resta legitimidad para exigir el derecho al pago y exonera el cumplimiento de la prestación del comprador.

Asimismo se debe precisar que en el cumplimiento del objeto de la prestación debida se deben verificar: identidad, integridad y el tiempo como elementos esenciales de las obligaciones (2).

El Código Civil cubano en su artículo 243 (3) precisa: “*Las obligaciones recíprocas o bilaterales deben cumplirse al mismo tiempo si de la ley, del acto jurídico, de la propia naturaleza de aquéllas o de las circunstancias no resulta otra cosa*”. A su vez el Código Civil argentino consagra la *exceptio non adimpleti contractus* en su artículo 1.201 –inspirado en el código de Freitas, en el artículo 1.552 del Código de Chile y en los principios de DOMAT (4)– que se transcribe: “*En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo*”. En Chile el artículo 1.552 del Código Civil dispone: “*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*”. En México la *exceptio non adimpleti contractus* se aplica igualmente a los contratos bilaterales y de acuerdo con la doctrina mexicana se desprende del artículo 1.100 *in fine* del Código Civil mexicano: “*En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro*”. En Colombia el principio nace del artículo 1.609 del Código Civil que establece: “*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos*”.

(2) OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C *et al*, *Derecho de Contratos Teoría General del contrato*, Editorial Félix Varela, La Habana 2006, pp. 59-91.

(3) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *CÓDIGO CIVIL de la República de Cuba Ley Nº 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*, Ediciones ONBC, La Habana, 2007, pp. 188.

(4) PIANTONI, Mario A., “APUNTES SOBRE LA “EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS” Sitio web “La Ley on line”, consultado en fecha 28/10/2011, URL: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document?rs=&vr=&src=search.pdf>.

En Venezuela, el artículo 1.168 del Código Civil, reza: “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”. Finalmente la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, dispone en su artículo 71: “Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato”.

3. Naturaleza jurídica

Es importante precisar cuál es la naturaleza jurídica de la *exceptio* ya que ello conlleva consecuencias prácticas.

La doctrina foránea plantea la *exceptio*, bien como una *acción*, es decir, como derecho sustantivo o bien como una *excepción*, en otras palabras, como derecho adjetivo.

Si es considerada una excepción, sólo puede servir de defensa frente a la acción de cumplimiento del actor. A su vez se debe precisar si es una excepción perentoria o dilatoria. La institución objeto de análisis no tiene por finalidad extinguir la relación jurídica origen del litigio, sino postergar el ejercicio de la acción. Por esto, la *exceptio non adimpleti contractus* sería una excepción dilatoria.

Si se considera a la *exceptio* como una *acción*, puede ser incoada judicialmente por la parte incumplidora para justificar su incumplimiento, de este modo se eximiría de responsabilidad y pediría el cumplimiento a la contraparte (5), o bien puede ser ejercida como reconvencción frente a una demanda de cumplimiento.

Asimismo el profesor Jorge NADER KURI sostiene que la *exceptio* constituye un derecho sustantivo y no una excepción dilatoria y que a

(5) PIANTONI, Mario A., ob. cit.

su vez como todo derecho sustantivo puede ejercerse como excepción en juicio sin cambiar su naturaleza jurídica (6).

4. Requisitos de procedencia

Para que proceda la excepción de contrato no cumplido es necesaria: 1) la existencia de obligaciones bilaterales recíprocas unidas por un vínculo de conexidad jurídica; 2) que una de las partes exija el cumplimiento de una de las obligaciones; 3) que la parte que exija el cumplimiento no haya cumplido su obligación recíproca o no hubiere ofrecido cumplirla.

La consensualidad no equivale a bilateralidad, esta última hace referencia a que si una de las partes se ha comprometido a cumplir con una prestación, lo es en miras de la contraprestación de la otra. La *exceptio* no procede en contratos unilaterales, sin embargo, cabe considerar aquellos contratos unilaterales conexos; es decir, aquellos contratos compuestos por varios que individualmente son unilaterales. En este último caso se cumple con el requisito de la bilateralidad cuando exista una verdadera interdependencia, vale decir, cuando el motivo determinante de ambas partes de obligarse recíprocamente por contratos unilaterales constituye un mismo acto.

El siguiente requisito es que una de las partes exija de la otra el cumplimiento de una obligación recíproca debida. Pero sólo procede cuando la obligación exigida al demandado tenga otra correlativa del actor y la obligación del actor deba ser cumplida con anterioridad o simultáneamente con la del demandado. El incumplimiento debe referirse a la obligación principal. El Tribunal Supremo de España, mediante Sentencia de 7 de marzo de 1983 [RJ 1983/1426] ha pronunciado: “...*Para acoger la excepción «non adimpleti contractus» no bastan meras sospechas o temores de consecuencias futuras y tampoco es suficiente aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan que el acreedor obtenga el fin económico del contrato...*”.

No procede la excepción cuando la obligación demandada por el actor no es correlativa a la del deudor excepcionante. Tampoco procede la excepción cuando pese a existir obligaciones correlativas existe una norma legal que permita ejercer esa defensa *v.gr.*, “*tampoco está obli-*

(6) NADER KURI, Jorge, “Derecho Unilateral a incumplir los contratos bilaterales no cumplidos”, *Revista de Derecho Privado*. Año 8. Núm. 24, (Ed) McGraw-Hill/Interamericana, México 1997.

gado a entregar la cosa, cuando hubiera concedido un término para el pago, si después de la venta el comprador se halla en estado de insolvencia, salvo si afianzase de pagar en plazo convenido” (artículo 1419 del Código Civil argentino).

Finalmente, que la parte que demanda el cumplimiento de la obligación recíproca no haya cumplido la suya previamente o no ofreciere cumplir con su obligación.

La Suprema Corte de Justicia- Primera Circunscripción de la Provincia de Mendoza En Sentencia del 28 de febrero de 1990 ha establecido: *“La exceptio non adimpleti contractus no puede ser invocada por quien está en mora, el fundamento de esta aseveración reside en que la exceptio asienta en el principio de buena fe contractual”.*

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra (R. A. núm. 8079), Sentencia del 27 de noviembre de 1996 ha expresado: *“la excepción de contrato no cumplido no puede ser opuesta con éxito por quién incumple primero y provoca con su actitud el incumplimiento del otro, asistiendo en cambio a este último tanto la facultad de demandar judicialmente el cumplimiento del contrato, como la de instar su resolución”* Y ha establecido en sus fundamentos:

“...El perjudicado podrá exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible...”

“En cuanto a la obligación del demandante se exige que sea una obligación vencida, exigible y no satisfecha. Debe no haberse cumplido ni haberse hecho oferta de cumplimiento de la misma....”

“Así, se admite la excepción de incumplimiento sólo si el demandante no ha cumplido o no ha hecho la oferta...”

En este punto se pueden mencionar diversas Sentencias del Tribunal Supremo de España, entre alguna de ellas, la del 3 de marzo de 1973, en la cual se estableció que para acogerse esta excepción: *“es preciso que el actor no haya cumplido su prestación ni ofrecido realizarla”.*

A su vez, numerosas sentencias exigen que la parte contractual que oponga la excepción actúe de buena fe (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1965, de 31 de diciembre de 1971, de 17 de abril de 1976, entre otras). Varias más establecen que las partes no pueden

excluir por pacto esta facultad de excepcionar (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1981, de 22 de febrero de 1984, de 9 de julio de 1991).

5. Diferencia entre la *exceptio* y otras instituciones

5.1. Derecho de retención

Mientras el derecho de *retención* se refiere tradicionalmente a obligaciones de dar cosas corporales (exige la condición de conexión entre la deuda y la cosa), la *exceptio non adimpleti contractus* se refiere a cualquier obligación de dar, hacer o no hacer y requiere conexión o correlación de obligaciones y su cumplimiento.

Así mismo el derecho de retención funciona dentro y fuera de la esfera judicial, al igual de la *exceptio* si es entendida como derecho sustantivo y sólo podrá ser incoada como defensa procesal, si se la considera como derecho adjetivo.

El derecho de retención funciona aún sin contrato, mientras que la *exceptio* sólo se presenta con un contrato bilateral sinalagmático de prestaciones recíprocas.

5.2. La resolución

Si bien ambas instituciones proceden en obligaciones recíprocas, para que proceda la resolución es necesario que la parte actora haya cumplido su obligación, mientras que en la *exceptio* debe haber incumplimiento. La resolución puede ejercitarse extrajudicialmente por el perjudicado, siempre que la otra parte reconozca su incumplimiento y acepte la resolución; si no media conformidad y se suscita contienda, sólo por vía judicial podrá decretarse la resolución de la obligación y determinarse la responsabilidad.

5.3. El pacto comisorio

El pacto comisorio, ya sea expreso o tácito, es una cláusula que permite a los contratantes reclamar la resolución del contrato cuando una de ellas no ha cumplido con las obligaciones a su cargo. Su naturaleza jurídica es *contractual* cuando surge del contrato o *legal* cuando no ha sido pactado expresamente en él y su efecto es la resolución, por cuanto en este punto cabe considerar lo analizado en el párrafo anterior.

5.4. *La exceptio non rite adimpleti contractus*

Mientras en la excepción de incumplimiento contractual el contrato no ha sido cumplido, en la *exceptio non rite* dicho contrato es cumplido pero no adecuadamente por no corresponder a la cantidad, calidad, manera o tiempo en que se pactó.

6. Efectos

La excepción de incumplimiento contractual no pretende la extinción del contrato, sino en primer término suspender el cumplimiento contractual para luego impulsar a la contraparte a la ejecución de su obligación debida. Sería improcedente la extinción del contrato salvo que la prolongada inactividad o pasividad de una de las partes se manifieste de manera indubitada y frustre el fin del contrato por su conducta frente a la voluntad de cumplimiento de la contraparte.

No parece procedente como efecto de la *exceptio* la resolución del contrato ya que como se analizó con anterioridad la resolución requiere un actor diligente, es decir, que haya cumplido con su obligación o se allane a cumplirla. Al ser ambas partes recíprocamente deudoras se descarta la indemnización de perjuicios. Como señala el Profesor Jorge NADER KURI “al no surgir un estado de mora, no se produce ninguna de las consecuencias propias de la responsabilidad contractual por incumplimiento y la relación jurídica, o queda en suspenso hasta en tanto que el contumaz cumpla o se allane positivamente, o termina por resultar ya inconveniente o inútil al acreedor afectado el eventual cumplimiento tardío del deudor” (7).

La Corte Suprema de Chile ha sostenido: “*si la actora principal no ha cumplido o no ha estado llana a cumplir las obligaciones que contrajera en virtud del contrato de promesa celebrado, es forzoso concluir que no puede demandar su resolución con indemnización de perjuicios*” (8).

(7) NADER KURI, Jorge, ob. cit.

(8) Conforme cita el Profesor Carlos PIZARRO WILSON en su obra *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno*, sitio web “Fundación Fernando Fueyo” Universidad Diego Portales, consultado en fecha 25/10/2011, URL: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Excepcion%20incumplimiento.pdf.

El Tribunal Supremo de España mediante Sentencia del 24 de octubre de 1986 ha dicho que: *“el éxito de la excepción no libera al deudor definitivamente de cumplir lo que le compete (no equivale a resolución, antes al contrario, supone mantener la pretensión de cumplimiento), por lo que la sentencia que la aprecia no produce cosa juzgada. Si se opone en juicio a una acción de cumplimiento, parece que puede condenarse, sin incurrir en incongruencia, a cumplimiento simultáneo o condicionado al que realice el actor”*.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia T-537/09 fecha 6 de agosto de 2009 ha pronunciado: *“Ante el incumplimiento mutuo de las partes del contrato surgen consecuencias para las obligaciones derivadas del contrato, pues en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente...”* (9).

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, Chile ha sostenido: *“...la demanda debe rechazarse íntegramente al no haber la demandante cumplido su obligación conforme al contrato de promesa y de conformidad a lo previsto en el artículo 1552 del Código civil...”*. La Corte Suprema de Chile mediante Sentencia de 24 de junio de 2003 ha manifestado: *“...no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas. Luego, no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución, [es] precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo...”*.

7. Conclusiones

La *exceptio non adimpleti contractus* es un derecho subjetivo que es ejercido comúnmente como una excepción dilatoria por el demandado al cumplimiento de obligaciones recíprocas nacidas de un vínculo de conexidad jurídica bajo las siguientes condiciones que: 1) el actor

(9) Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-537-09.htm>, el 30 de diciembre de 2011.

de la primera no haya cumplido u ofrecido a cumplir con su obligación; 2) que la obligación incumplida se refiera a una obligación principal, recíproca; 3) que el excepcionante no se encuentre en mora o que no haya provocado el incumplimiento de la contraparte.

Fundado en la buena fe y en los principios generales del Derecho pretende suspender el cumplimiento del contrato e impulsar luego a la ejecución de las prestaciones debidas. Como señala la doctrina otro efecto de la *exceptio* es enervar la acción de daños y perjuicios.

El incumplimiento mutuo descarta el pedido de resolución ya que esta institución supone que el accionante sea diligente. Asimismo no cualquier incumplimiento en los contratos bilaterales recíprocos da fundamento a la rescisión del contrato. Pero en ciertas circunstancias puede acarrear la extinción de dicho contrato fundado en la suspensión de las prestaciones del contrato por un tiempo prolongado.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

NADER KURI, Jorge, *Derecho Unilateral a incumplir los contratos bilaterales no cumplidos*, "Revista de Derecho Privado". Año 8. Núm. 24, (Ed) McGraw-Hill/Interamericana, México 1997.

PIANTONI, Mario, *Apuntes sobre la exceptio non adimpleti contractus*, sitio web "La Ley on line", consultado en fecha 28/10/2011, URL: <http://www.laley-online.com.ar/maf/app/document?rs=&vr=&src0search.pdf>.

PIZARRO WILSON, Carlos, *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno*, sitio web "Fundación Fernando Fueyo" Universidad Diego Portales, consultado en fecha 25/10/2011, URL: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Excepcion%20incumplimiento.pdf.

OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C., *et al, Derecho de Contratos Teoría General del contrato*, Editorial Félix Varela, La Habana 2006.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código Civil de la República de Cuba Ley 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)* Ediciones ONBC, La Habana, 2007.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Los límites del principio de autodeterminación de los pueblos*, sitio web "Biblioteca Jurídica Virtual" Universidad de UNAM Consultado en fecha 25/10/2011 URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/848/21.pdf>.

II. Fuentes legales

Convención de Viena, sitio web "Wikipedia" consultado el 20/12/2011 URL: http://es.wikipedia.org/wiki/Excepci%C3%B3n_de_inejecuci%C3%B3n.

- Código Civil argentino*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998.
- Código Civil chileno*, sitio web “Wikipedia” consultado el 20/12/2011 URL: http://es.wikipedia.org/wiki/Excepci%C3%B3n_de_inejecuci%C3%B3n.
- Código Civil colombiano*, sitio web “Wikipedia” consultado el 20/12/2011 URL.
- Código Civil cubano*, Anotado y concordado por Dr. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Ediciones ONBC, La Habana, 2007.
- Código Civil mexicano*, sitio web “Noticias Jurídicas” consultado el 20/12/2011 URL http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.l4t1.html.
- Código Civil Venezolano*, sitio web “Tecnoius” consultado el 20/12/2011 URL <http://www.tecnoius.com/concordados/codigo-civil-venezuela/codigo-civil-libro-tercero-titulo-iii-de-las-obligaciones/295-capitulo-i-seccion-i-s-3o/2157-codigo-civil-articulo-1168.html>.