

Artículos

*Consideraciones sobre la exceptio non adimpleti contractus**

Enrique Urdaneta Fontiveros**

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *El artículo examina el campo de aplicación, los supuestos de procedencia y las consecuencias jurídicas de la excepción non adimpleti contractus, también llamada excepción de incumplimiento contractual, en el Derecho venezolano.*

Palabras Clave: *Exceptio non adimpleti contractus. Excepción de incumplimiento contractual. Incumplimiento de los contratos.*

Abstract: *This article analyses the scope, requisites, and legal effects of the exceptio non adimpleti contractus or defense of contractual non-performance under Venezuelan law.*

Key words: *Exceptio non adimpleti contractus. Contractual non-performance defense. Non-performance of the contract.*

SUMARIO

- I. NOCIÓN
- II. CONSAGRACIÓN LEGAL
- III. FUNDAMENTO
- IV. FUNCIONES
- V. CAMPO DE APLICACIÓN
- VI. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

1. *La existencia de obligaciones recíprocas nacidas de un contrato bilateral.* A. La obligación del excipiens. B. La obligación del demandante. 2. *El incumplimiento de la parte a quien se le opone la excepción.* A. Incumplimiento total o parcial. Cumplimiento defectuoso. B. Carácter culposo del incumplimiento. C. El incumplimiento debe haberse consumado. D. No es necesario que el incumplimiento tenga carácter resolutorio. 3. *Las obligaciones deben ser de cumplimiento simultáneo.* 4. *La oposición de la exceptio debe ajustarse al principio de la buena fe.* A. El principio general y sus consecuencias. B. La gravedad de la inexecución y el poder de apreciación del juez.

VII. EFECTOS

* Texto preparado para la videoconferencia “Reflexiones sobre la excepción *non adimpleti contractus*”, organizada por la *Cátedra Doctora María Candelaria Domínguez Guillén* con el auspicio tecnológico de Fundación Universitas, Caracas 12 de junio de 2023. Para un examen más detallado de los diversos puntos a que se contrae la presente exposición, puede consultarse mi libro *Régimen Jurídico de la Exceptio Non Adimpleti Contractus*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, No. 103, Caracas, 2013.

** Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

1. *Efecto suspensivo de la excepción.* 2. *Efectos derivados de la suspensión del deber de cumplimiento.* A. En principio, la *exceptio* suspende totalmente la ejecución de la prestación. B. Impide toda ejecución forzosa de la obligación. C. No coloca al excepcionante en *mora solvendi* ni al excepcionado en *mora credendi*. D. El *excipiens* no debe hacer imposible la reanudación del contrato. E. No interrumpe ni suspende la prescripción

VIII. RENUNCIA

IX. EXTINCIÓN

I. NOCIÓN

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 aquella. 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”.

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 aquella esté obligada a cumplir con carácter previo.

La excepción de incumplimiento contractual se funda en la idea de que 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 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.

En el Derecho venezolano, la *exceptio non adimpleti contractus* es una defensa cuya alegación debe hacer el interesado en la oportunidad fijada para la contestación de la demanda; y si no lo hiciere, se entenderá tácitamente renunciada puesto que el juez no puede hacerla valer de oficio. 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.²

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

² José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Quinta Edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, N° 61, Caracas, 2012. pp. 776-777; Sentencia del 23-11-1988 en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia*, N° 11, noviembre 1988, p. 350; Sentencia del 08-06-1960 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*” (Catherine Malecki, *L'Exception d'Inexécution*, L.G.D.J., París, p. 282).

II. 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.

III. FUNDAMENTO

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.

De acuerdo con *la teoría clásica de la causa*, el cumplimiento de la obligación de uno de los contratantes 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.

A la teoría de la causa se le critica 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 ejecución³. 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 subsistiría.

Según otros autores, la *exceptio non adimpleti contractus* se fundamenta en la interdependencia de las prestaciones.

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 este 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 sinalagmático⁴.

³ Boris Starck, *Droit Civil (Obligations)*, Librairies Techniques, París, 1972, p. 648.

⁴ Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo VI, Traducción al castellano de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A, Habana, 1946, p. 58; Henri De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Tomo II (*Les Obligations*) (Primera Parte), Bruylant, Bruselas,

En el fondo, la idea de reciprocidad o interdependencia que explican los anticausalistas franceses y parte de la doctrina española 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.

Según otros, 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. 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.

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. 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 efecto⁵.

Algunos autores afirman que 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. 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 cumplirse⁶. Quien con la resolución puede recuperar lo entregado, con mayor razón puede negarse a prestarlo.

A esta teoría se le critica que 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 articulan de forma diferente, tienen un campo de aplicación distinto, cumplen diferente función y producen efectos distintos⁷.

1948/1952, pp. 761-763; Pierre Van Ommeslaghe, *Droit des Obligations*, Tomo I (Primera Parte), Bruylant, Bruselas, 2010, p. 855.

⁵ Enrico Dell'Aquila, *La Resolución del Contrato Bilateral por Incumplimiento*, Salamanca, 1981, pp. 165-166.

⁶ Gabriel Baudry-Lacantinerie, y Louis Barde, "Des Obligations" (Tomo II)", en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XII, París, 1902, pp. 136-137; Henri De Page, *ob. cit.*, Tomo II, p. 777; Jorge Giorgi, *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.

⁷ 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 *exciptiens* para inducirle al cumplimiento; tratándose de dos institutos que en cierto sentido inciden de modo contrario sobre

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 bilaterales⁸. 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 crédito⁹.

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

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*¹⁰.

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 esta 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 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

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

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 crédito¹¹.

el vínculo, no puede entenderse el uno implícito dentro del otro. (Ludovico Barassi, *La Teoria Generale delle Obligazioni*, Vol. III, Giuffrè Editore, Milán, 1948, p. 434).

⁸ Carlo Lessona, “Legittimità della massima inadimpleti non adimplendum”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni* dirigida por A. Sraffa e C. Vivante. Vol. XVI. (Primera Parte), Casa Editrice Francesco Vallardi, Milán, 1918, p. 383.

⁹ José Luis La Cruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II (Derecho de Obligaciones), Vol. I, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 192-193.

¹⁰ Jacques Ghestin y Marc Billau, “Les obligations - Les effets du contrat,” en *Traité de Droit Civil*, Tome III. L.G.D.J. París, 1992, p. 349.

¹¹ Al respecto, véase: Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *ob. cit.*, Tomo VI. p. 612; María Cruz Moreno, *La Exceptio non Adimpleti Contractus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 38.

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 este cumpla con su respectiva contraprestación, la *exceptio* sirve de mecanismo inductor al cumplimiento¹². 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*.

V. CAMPO DE APLICACIÓN

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 *eiusdem* 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*¹³.

La *exceptio non adimpleti contractus* no se aplica a los *contratos unilaterales* ni 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 mandato¹⁴.

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, en un contrato bilateral imperfecto 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 este derecho, aunque guarda puntos

¹² Al respecto, véase: René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*, Tesis, París, 1914, p. 348; Giovanni Persico, *L'Eccezione d'Inadempimento*, Giuffrè, Milán, 1955, p. 8.

¹³ Así lo consagran de modo expreso, entre otros, los Códigos Civiles alemán, suizo de las Obligaciones y venezolano.

¹⁴ 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 1724), pero el comodante puede resultar obligado a reembolsar al comodatario los gastos extraordinarios, necesarios o urgentes que éste se hubiese visto obligado a efectuar (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).

de contacto con la *exceptio non adimpleti contractus*, no puede confundirse con esta última, porque existen diferencias importantes entre uno y otra¹⁵.

Ahora bien, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar que un contrato que solo 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*¹⁶.

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.

En tales casos la inexecución 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 franquiciante¹⁷.

Para que exista reciprocidad se requiere, por supuesto, que los diversos contratos enlazados o conexos 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 sub-arrendatario no pague el canon del sub-arrendamiento.

De acuerdo con un sector de 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 obligaciones¹⁸.

¹⁵ Al respecto, véase: Enrique Urdaneta Fontiveros, *ob. cit.*, pp. 35-40.

¹⁶ Al respecto, véase: Henri De Page, *ob. cit.*, Tomo II, pp. 411-412; José Mélich Orsini, *Doctrina General...cit.*, pp. 762-763.

¹⁷ Al respecto, véase: Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, "L'exception d'inexécution en droit belge (Rapport Belge)," en *Les Sanctions de l'Inexécution des Obligations Contractuelles. Études de Droit Comparé* dirigida por Marcel Fontaine y Geneviève Viney, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lovain, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 71-73, especialmente, la nota 40 y la jurisprudencia de los tribunales belgas allí citada.

¹⁸ Al respecto, véase: Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001, pp. 163-165; María Amparo Grau, "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, pp. 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 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

Se afirma, en este sentido, que 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.¹⁹

En diversas sentencias de nuestro máximo tribunal se ha reiterado este criterio²⁰.

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 suyas²¹.

De ahí que, según esta dirección jurisprudencial, 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 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 Administración²².

muy grave.” (Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, Traducción al castellano, 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: Gastón Jèze, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Tomo VI. Traducción al castellano, Buenos Aires, 1950, p. 229.

¹⁹ 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.

²⁰ 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); Sentencia del 11-04-00 en *Ramírez & Garay*, Tomo CLXIV, p. 388; Sentencia del 14-07-04 en *Ramírez & Garay*, Tomo CCXIII, pp. 300-302; Sentencia del 17-07-08 en *Ramírez & Garay*, Tomo CCLVI, pp. 423-424.

²¹ En cambio, nuestro máximo tribunal sí ha estimado procedente la *exceptio non adimpleti contractus* cuando esta 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, *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, *Empacando C.A. vs. Ministerio de Agricultura y Cría*. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00331-260202-16560.htm>.

²² 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

La doctrina moderna se orienta en el sentido de atemperar el rigor de este criterio mantenido por nuestros tribunales 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.

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, impone 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 colocan en riesgo o precariedad, se admita la posibilidad de oponer a la Administración la *exceptio non adimpleti contractus*”²³.

Más recientemente, el autor José Antonio Muci Borjas ha criticado la posición de la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre la materia y sostiene que “es inexacto afirmar que la contraparte contractual de la Administración tiene prohibido invocar la *exceptio* sin más ni más cuando media -o medió- un contrato administrativo”²⁴.

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° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014 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.

²³ Mauricio Subero Mujica, “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.

²⁴ José Antonio Muci Borjas, “La *exceptio inadimpleti contractus* y los contratos de la administración pública. La necesaria clarificación de una vetusta e incomprensible regla del Derecho administrativo venezolano,” en *Libro Homenaje al profesor Eugenio Hernández- Bretón*, Tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019, p.1973.

Por otra parte, en atención a la exigencia de la interdependencia de las obligaciones para la admisibilidad de la *exceptio*, se admite que este medio de defensa es procedente en algunas *situaciones extracontractuales*.

Así, la doctrina y la jurisprudencia admiten la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* respecto de las obligaciones 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 obligaciones²⁵.

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.²⁶ 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 ellas 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.

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 accidental²⁷.

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. 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.

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 servidumbre²⁸.

²⁵ Al respecto, véase: Jacques Ghestin, *ob. cit.*, Tomo III, p. 353; Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 860; José Mélich Orsini, *Doctrina General...cit.*, pp. 764-765.

²⁶ Al respecto, véase: Henri De Page, *ob. cit.*, Tome II, p. 781. En la doctrina nacional, véase: Francisco López Herrera, *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”.

²⁷ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 63.

²⁸ En tal sentido, véase: François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, París, 2005, p. 624, especialmente, la nota 1 y la jurisprudencia francesa allí citada.

VI. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

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 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).

Conviene tener en cuenta, sin embargo, 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 aquella la de recibir la cosa²⁹.

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 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.

Cuando la obligación del *excipiens* tiene por objeto una prestación de no hacer, se admite que solo es posible invocar la *exceptio* para suspender el cumplimiento de dicha obligación, cuando la negativa al cumplimiento no conduzca a un estado irreversible de incumplimiento es cuando debe negarse la oponibilidad de la excepción de incumplimiento³⁰. Así, por ejemplo, si alguien se somete a una prohibición de concurrencia a cambio de una remuneración y esta 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

²⁹ En tal sentido, véase: Andreas Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, Traducción al castellano de W. Roces, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 305.

³⁰ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 95; María Cruz Moreno, *ob. cit.*, p. 56.

prometido³¹. Pero si el demandado se ha comprometido, por ejemplo, de una remuneración a no enajenar una cosa a cambio de una remuneración, no podría, si no se le ha pagado esa remuneración, proceder a enajenar la cosa porque, al hacerlo ya habrá incumplido definitivamente su obligación. La naturaleza misma de la obligación de no hacer, se afirma, impide oponer la *exceptio*.

B. *La obligación del demandante*

Respecto a la obligación del demandante, tiene que ser correspectiva a la obligación del *excipiens*.

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 alega 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 modo coercitivo incompatible con el pago espontáneo que supone la obligación natural³².

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, aunque ese crédito no sea ni cierto ni líquido.

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 Civil³³.

³¹ René Cassin, *ob. cit.*, p. 485; Gioachino Scaduto, "L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano," en *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, Vol. VIII, Palermo, 1921, pp. 128-129.

³² Al respecto, véase: Giovanni Persico, *ob. cit.*, pp. 71-72; José Mélich Orsini, *Doctrina General...cit.*, p. 767.

³³ Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. II, Tomo I, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padua, 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, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1168 del Código Civil, cuando una de las partes de un contrato bilateral exige la ejecución de su crédito sin cumplir su propia deuda, la otra parte puede rehusarse a cumplir oponiendo la *exceptio*. Por consiguiente, el incumplimiento de la parte demandante es el requisito básico para poder alegar con éxito la excepción.

Respecto del incumplimiento, conviene hacer algunas precisiones para evitar ulteriores confusiones.

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.

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 compraventa 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* en caso de incumplimiento parcial. La inejecución parcial del contrato o su cumplimiento defectuoso permite al demandado oponer la llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*. 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 prometió³⁴.

Ahora bien, en caso de incumplimiento parcial o de cumplimiento defectuoso, en algunos casos podría ser contrario al equilibrio del contrato durante la fase de su ejecución que el demandado se niegue a ejecutar la totalidad de su prestación ante cualquier incumplimiento parcial o defecto de cumplimiento por parte del actor, por pequeño que este sea.

³⁴ Henri Capitant, *De la Causa de las Obligaciones*, Traducción al castellano de Eugenio Torragato y Contreras, Ediciones Góngora, Madrid, pp. 280-281; Diego Espín Cánovas, "La excepción de incumplimiento contractual," en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XVII, Fascículo III, Madrid, 1964, p. 568.

De ahí que, en caso de inexecución parcial o cumplimiento defectuoso, el juez tendrá que examinar cuidadosamente la situación para evitar que la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* sea contraria a las exigencias de la buena fe.

B. *Carácter culposo del incumplimiento*

Como la *exceptio non adimpleti contractus* se basa en la equidad, se requiere para su 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 imputable³⁵. Este es el criterio seguido por la jurisprudencia de nuestros tribunales³⁶.

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.

C. *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 inexecución eventual o simplemente temida. Nuestro Código Civil no consagra como principio de carácter general la noción de *anticipatory breach of contract* del *common law*. 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.

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.

En cambio, 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.

³⁵ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 83; Mario Zana, “La regola della buona fede nell’eccezione di inadempimento,” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile diretta da Tito Carnacini* (1972), Giuffrè, Milán, 1972, p. 1380.

³⁶ 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, *Empacando C.A. vs. Ministerio de Agricultura y Cría*. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00331-260202-16560.htm>).

D. *No es necesario 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 una razón fundamental: 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 inexecución 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 inexecución de una obligación meramente accesoria no debe justificar un efecto tan grave como la resolución³⁷.

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 inexecución 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 inexecutada por el demandante³⁸.

No se requiere, por tanto, 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 concreto³⁹.

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.

³⁷ Respecto de la gravedad del incumplimiento requerida para la resolución de los contratos en nuestro ordenamiento, véase: José Mélich-Orsini, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 59, Caracas, 2003, pp. 197-203.

³⁸ 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.

³⁹ 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 Francesco Caringella y Giuseppe De Marzo, *Manuale di Diritto Civile*, Vol. III (*Il Contratto*), Giuffrè, Milán, 2008, p. 956, especialmente, la nota 82). En el mismo sentido expuesto en el texto, véase: Catherine Malecki, *ob. cit.*, pp. 280-282.

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.

Desde luego, en estos casos de cumplimiento previo para una de las partes se excluye la invocación de la *exceptio non adimpleti 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 obligación⁴¹.

4. La oposición de la *exceptio* debe ajustarse al principio de la buena fe

A. El principio general y sus consecuencias

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.

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 fe⁴². 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 fe⁴³.

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 concurrentes⁴⁴.

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

⁴⁰ Arturo Dalmartello, "Voz 'Eccezione di inadempimento,'" en *Novissimo Digesto Italiano* dirigida por Antonio Azara e Ernesto Eula, Vol. VI, Unione Tipografico-Editrice Torinese. Turín, 1960, p. 358.

⁴¹ *Idem*.

⁴² El Código Civil italiano de 1.942 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*.

⁴³ Sentencia del 16-01-79 en *Ramírez & Garay*, Tomo LXIV, pp. 28-29.

⁴⁴ Al respecto, véase: Mario Zana, *ob. cit.*, pp. 1381 y ss.

obligaciones; y 3) En general, debe rechazarse también la excepción, cuando el contratante a quien se le opone, puede invocar una causa legítima para no cumplir⁴⁵.

En la doctrina italiana, Galgano cita sentencias recientes de la Casación italiana que establecen lineamientos generales respecto a que la oposición de la *exceptio* tiene que ser conforme a la buena fe, tales como aquel según el 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 atenido 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 contraparte⁴⁶.

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 demandante⁴⁷. 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 demandante justifica el retardo con motivos objetivos y proporciona convincentes seguridades de cumplir oportunamente⁴⁸.

B. *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*⁴⁹. Cuando el demandante ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, la oposición de

⁴⁵ Jacques Ghestin, *ob. cit.*, Tomo III, pp. 362-364; Henri De Page, *ob. cit.*, Tomo II, p. 782.

⁴⁶ Francesco Galgano, *ob. cit.*, Vol. II, Tomo I, p.p. 573-575, especialmente las notas 26-31 y las decisiones de la Casación italiana allí citadas.

⁴⁷ Al respecto, véase: Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 82, especialmente, la nota 80.

⁴⁸ Al respecto, véase, Gustavo Ordoqui Castilla, *Buena Fe en la Ejecución de los Contratos*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editoriales Temis, Ubijus, Zavalia y Reus, Madrid, 2011, p.p. 153-154. 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 (Mario Zana, *ob. 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 (Catherine Malecki, *ob. cit.*, pp. 288-301).

⁴⁹ 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, pp. 217-218.

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.

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 accesoria o cuando la inexecución sea de escasa gravedad, puesto que lo relevante es que la prestación cuyo cumplimiento suspenda el *excipiens* sea proporcional al incumplimiento de la otra parte⁵⁰. 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 contractual⁵¹.

De ahí que 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 inexecución 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, para evitar situaciones abusivas y satisfacer las exigencias de la buena fe. 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 arrendamiento⁵². 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 parcial⁵³.

⁵⁰ Al respecto, véase: Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, pp. 87-88; Francesco Realmondo, “Importanza dell’inadempimento e *exceptio non adimpleti contractus*” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* dirigida por Tito Carnacini, Giuffrè, Milán, 1963, 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. (Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 961-962). En la misma dirección parece orientarse la jurisprudencia italiana. Al respecto, véase: Mario Zana, *ob. cit.*, p. 1.386, especialmente, la nota 38 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

⁵¹ En este sentido, véase, Francesco Caringella y Giuseppe De Marzo, *ob. cit.*, Vol. III, 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” (Catherine Malecki, *ob. cit.*, pp. 300-301).

⁵² Al respecto, véase: Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud y François Chabas, *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, Primer Volumen (*Obligations. Théorie Générale*), Montchrestien, París, 1998, p. 1171, especialmente, la nota 2 y las sentencias de los tribunales franceses allí citadas.

⁵³ 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

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 contraprestación.

Desde luego, si la ejecución total de la contraprestación fue determinante del consentimiento de la otra parte, esta 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 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.

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*.

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

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 (Giovanni Persico, *ob. 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 (Vincenzo Roppo, *ob. cit.*, p. 989).

Nuestros tribunales han admitido la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de inexecución parcial o cumplimiento defectuoso. 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 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, pp. 225-226).

de exigir el cumplimiento, sino de paralizar la acción del demandante⁵⁴. 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 examinados⁵⁵.

VII. EFECTOS

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 tribunales⁵⁶.

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 derecho reclamado, sólo que lo ha hecho valer extemporáneamente sin cumplir requisitos previos, los cuales una vez cumplidos le permiten nuevamente intentar su acción⁵⁷. 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, porque ello implicaría el pronunciamiento de una sentencia condicional prohibida por el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil. 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 excepción 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 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.

⁵⁴ Al respecto, véase, Catherine Malecki, *ob. cit.*, p. 263;

⁵⁵ Pierre Van Ommeslaghe, Tomo I. p. 871; Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, p. 971.

⁵⁶ Sentencia del 23-11-88 en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Pierre Tapia*, N° 11, noviembre 1988, pp. 350-351.

⁵⁷ Al respecto, véase, Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *ob.cit.*, pp. 971 y 973; José Mélich Orsini, *Doctrina General...cit.*, pp. 775-776 y 782-783.

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)

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 las resultas del juicio de conformidad con el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil deben levantarse, como consecuencia del impedimento del ejercicio actual del derecho⁵⁸.

C. *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 justificado⁵⁹.

De ahí que, 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 justificado⁶⁰.

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*.

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 de las partes, se mantiene, por tanto, el *statu quo ante*, prolongándose la condición de recíprocos deudores de obligaciones aún no exigibles que corresponde a los contratantes.

D. *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.

⁵⁸ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 95, Héctor Masnatta, *Excepción de Incumplimiento Contractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 89.

⁵⁹ 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. 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.

⁶⁰ Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *ob. cit.*, Tomo VI, p. 633; Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Traducción al castellano de R.O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ediciones Ejea, Buenos Aires, 1952; Gioachino Scaduto, *ob. cit.*, p. 204.

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

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.

E. *No interrompe ni suspende la prescripción*

La *exceptio* planteada como simple medio de defensa no interrompe 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 interrompe 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 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.

VIII. RENUNCIA

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 público⁶¹ por lo cual, su titular puede perfectamente renunciar a ejercerlo.

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

La renuncia expresa puede hacerse en el momento de celebrarse el contrato o con posterioridad. 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.

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 judicial.

IX. EXTINCIÓN

Además de las causas generales de extinción como la renuncia del excepcionante, 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 mismas⁶².

La relación de reciprocidad entre las obligaciones del contrato bilateral puede cesar cuando se extinga la obligación de una de las partes, subsistiendo la obligación de la otra.

⁶¹ Bernard Dubuisson y Jean-Marc Trigaux, *ob. cit.*, p. 68.

⁶² Diego Espín Cánovas, *ob. cit.*, pp. 577-578; Héctor Masnatta, *ob. cit.*, pp. 97-98.

Desde luego, si se extingue la obligación del *excipiens* éste no tendrá necesidad de oponer la excepción de incumplimiento, 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.

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 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*.