

La excepción de incumplimiento contractual*

DIEGO ESPIN CANOVAS

Catedrático de Derecho civil
en la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I: 1. Ideas generales.—2. Derecho comparado.—3. Fundamento.—4. Delimitación conceptual.—5. Distinción con el derecho de retención.—6. Distinción con la compensación.—7. Distinción con la acción resolutoria.—II. 8. Requisitos para su ejercicio: A) Contrato bilateral.—9. B) Incumplimiento de aquel a quien se opone la excepción.—10. B bis) La excepción y el cumplimiento simultáneo.—11. C) Alegación no contraria a la buena fe.—12. Cumplimiento parcial o defectuoso.—13. Causa del no cumplimiento del demandante.—14. Alegación de la excepción.—III. 15. Efecto principal.—16. Efectos derivados.—17. Extinción de los efectos.—18. Aspectos procesales.

I. IDEAS GENERALES

La distinción entre contratos sinalagmáticos o bilaterales y contratos unilaterales, como tradicionalmente se les denomina, o bien como con más exactitud se les llama por parte de la doctrina moderna, contratos bilateral o unilateralmente obligatorios (1), reviste gran importancia práctica por los especiales efectos que producen los contratos bilaterales. Entre estos efectos en orden a la ejecución o cumplimiento de las respectivas obligaciones se cuentan los siguientes:

a) Cada parte puede rechazar el cumplimiento de su obligación, mientras la otra parte no cumpla la suya, sin incurrir por ello en mora.

b) Cada parte puede pedir la resolución del contrato, si la otra no cumple con su obligación, si no prefiere pedir la ejecución forzosa y en su caso la responsabilidad por el daño de incumplimiento.

c) Finalmente si una de las partes no ha cumplido su obligación por causa que no le es imputable, la otra no debe tampoco cumplir la suya viniendo liberada de su obligación.

Estos tres efectos derivados del principio de interdependencia o reciprocidad de las obligaciones que nacen del contrato bilateral, dan lugar a las respectivas doctrinas del cumplimiento simultáneo (*exceptio non adimpleti contractus*), de la acción resolutoria por

(*) Trabajo de admisión a las oposiciones a la segunda cátedra de Derecho civil de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid.

(1) P. ej., ENNECERUS, *Tratado de der. civ.*, trad. esp. II-1.º, p. 161.

incumplimiento (la llamada condición resolutoria tácita) y de los riesgos. Aunque pueden referirse las mencionadas doctrinas a dicho principio común del cumplimiento simultáneo e interdependiente, el desenvolvimiento histórico y más preciso fundamento de las mismas han seguido caminos diversos y así mientras la acción resolutoria por incumplimiento ha merecido trato preferente del legislador en el pasado siglo, en cambio la excepción de incumplimiento fue silenciada por el legislador francés y los que en su obra se inspiraron.

Esta falta de regulación expresa, al menos como teoría general, en las legislaciones que siguieron la pauta del código napoleónico ha ocasionado dificultades en su aplicación práctica, por lo que nos ha parecido de interés dedicarle alguna atención.

La excepción de incumplimiento supone una simple negativa provisional al cumplimiento de su obligación por parte del que la alega. El que se ve demandado de cumplimiento, sin que el actor haya cumplido su contraprestación, se opone a la demanda tan sólo mientras éste no cumpla simultáneamente con su obligación. Resulta, por tanto, de esta excepción, una posición distinta y contrapuesta, en cierto modo, a la de la resolución por incumplimiento, en la que el demandante, basándose en el incumplimiento de la otra parte, demanda la resolución contractual, posición activa, frente a la meramente pasiva de la excepción.

Pero esta posición defensiva, cuyo fundamento parece plenamente lógico desde una primera consideración del tema, plantea sin embargo algunas cuestiones discutidas doctrinalmente y, sobre todo, en los sistemas legislativos que carecen de aceptación en vía de principio general, por lo que es de interés un previo planteamiento de esos diversos sistemas legislativos.

2. DERECHOS COMPARADOS

Ya hemos indicado que el código francés no formuló un principio general que consagrara la excepción de incumplimiento, al contrario de lo que hizo con la acción de resolución por incumplimiento (art. 1.184). Sin embargo, como se reconoce por la doctrina, hizo aplicaciones concretas de la excepción en varias instituciones: venta (arts. 1.612, 1.613, 1.651, 1.653), permuta (art. 1.704), depósito retribuido (art. 1.948). Se trata a través de estos preceptos de salvaguardar el principio de simultaneidad de las prestaciones de ambas partes (2).

El sistema indicado fue seguido por otros códigos latinos: así el italiano de 1865 no contiene más que aplicaciones concretas del referido principio, las tradicionales en materia de venta (arts. 1.469

(2) V., p. ej., PLANIOL-RIPERT, *Traité*, VI, núm. 440; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, II-1.º, núm. 294, p. 261.

y 1.510) (3) e igual postura adopta el vigente código portugués de 1867 con iguales aplicaciones a la venta (art. 1.574) (4).

Por el contrario, el código alemán regula de modo general la excepción de incumplimiento, disponiendo que «el obligado por virtud de un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectución de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente» (parágrafo 320, ap. I, prop. 1.^a). Incluso si una de las partes se obligó a cumplir previamente, se le concede también la excepción si con posterioridad a la conclusión del contrato se produce un empeoramiento de la situación patrimonial de la otra parte, hasta que se den seguridades (parágrafo 321). Otras disposiciones completan estas normas, también con carácter general, a las que nos referiremos ulteriormente.

El código de obligaciones suizo regula, si bien de modo menos amplio, la excepción, disponiendo que «aquel que reclama la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, salvo que tenga el beneficio de un término, según las cláusulas o la naturaleza del contrato» (art. 82).

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

El Código civil español, siguiendo el sistema del francés, no formula el principio general, conteniendo sin embargo las tradicionales aplicaciones concretas en materia de venta (arts. 1.466, 1.500, ap. 2, 1.505), como se reconoce por la doctrina, así como en la permuta (art. 1.539).

Nuestra doctrina se ha planteado si cabrá deducir de los indicados preceptos y de otros que ahora se indicarán la existencia del principio general de la excepción aplicable en todo caso de contrato bilateral.

En los clásicos comentarios no se planteó la cuestión. Así Scaevola al comentar los artículos 1.466, 1.502 y 1.505 no alude a la excepción de incumplimiento a pesar de que recoge la opinión de García Goyena de que debe de cumplir antes el que «inste el cumplimiento del contrato, pues de otro modo se le opondrá la excepción de que no ha cumplido por su parte, sin que el demandado tenga que probarla». El comentarista de nuestro código se limita a añadir que esta doctrina es igual a la del ar-

(3) P. ej., PACCHIONI, *Trattato di dir. civ.*, II-1.º, p. 439 y ss.

(4) GALVAO TELLES, *Manual de direito das obrigações*, I, p. 220, Coimbra, 1957.

título 1.100 *in fine* al declarar que «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». También al comentar el art. 1.466 afirma que «el legislador quiso indudablemente reflejar la idea de simultaneidad...», desviándose a continuación del tema de la *exceptio* (5). No hay, pues, más que atisbos, sin insertar el tema en la rica tradición anterior.

Tampoco encontramos en Manresa mucho desarrollo del tema al comentar los citados artículos, limitándose a afirmar que la parte demandada «fundándose en la bilateralidad del contrato podrá oponer que el demandante tampoco ha cumplido lo que le incumbe...», por lo que —concluye— el que exija el cumplimiento debe empezar por cumplir a su vez (6).

En la doctrina más reciente se trata de admitir la vigencia en nuestro derecho de un principio más general, basándose en la acción de resolución por incumplimiento (art. 1.124) así como en la compensación de mora (art. 1.100 *in fine*) (7).

3. FUNDAMENTO

Como dice Lessona, la indagación del fundamento de la excepción en las legislaciones en que no está sancionada con el carácter de un principio general y en aquellas otras en que si lo está, tiene un sentido diferente, pues en las primeras conduce a demostrar la existencia, límites y naturaleza de la misma, mientras que en las segundas puede ser inútil la cuestión (8).

Como quiera que nuestro Código se encuentra en el primer caso, parece útil referirnos a dicha fundamentación, pero en todo caso, aún para las legislaciones que consagran este principio, no creemos inútil referirnos a su fundamentación, para mejor comprender su significado.

a) Según una teoría muy extendida, en la doctrina de los países en que no se consagra como principio general la excepción, ésta se encontraría implícita en el precepto que permite la resolución contractual en caso de incumplimiento (art. 1.124 Código civil español), como lo menos está comprendido en lo más. Siendo más enérgica la acción de resolución se piensa, la concesión de aquélla, implica la de ésta, aún de modo tácito (9).

b) Otros alegan los preceptos concretos en que se hace apli-

(5) M. SCAEVOLA, *Com. al art. 1.500*, 1.^a ed., p. 696 s.; *Com. al art. 1.466*, p. 472.

(6) MANRESA, *Com. al art. 1.500*, 5.^a ed., p. 287.

(7) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Enneccerus*, II-1.^o, p. 168; CASTÁN, 7.^a ed., II, p. 60; DE BUEN, en *Colm y Capitant*.

(8) LESSONA, *Legittimità della massima inadimplenti non adimplendum* (Riv. dir. comm. XVI-1.^a, 1918, p. 383).

(9) Baudry-Lacantinerie, Giorgi, etc.; también la doctrina española: nota (7).

cación de la excepción, para inducir de ahí un principio general (10).

c) También se aducen como fundamentación, principios generales en materia del Derecho de obligaciones, como el de la buena fe (art. 1.258 C. c. esp.), e incluso principios generales del Derecho como la equidad (11).

d) No faltan quienes combinen los anteriores fundamentos, alegando el argumento a *fortiori* de la existencia de la acción resolutoria, los preceptos concretos y el principio del cumplimiento de las obligaciones conforme a la buena fe (12).

e) Se aplica también la teoría de la causa afirmando que en la misma encuentra su fundamentación plena la excepción. Así SALEILLES, que dedicó especial atención a la excepción, comparando y distinguiendo la excepción con el derecho de retención, afirma que «en el contrato sinalagmático las dos obligaciones no son solamente deudas conexas, sino que son deudas que cada una es la causa jurídica de la otra; así pues, no es solamente por vía de favor, o bajo forma de medida de equidad, el que se permita al deudor de una, no ejecutarla si el pago de la otra no le ha sido ofrecido, sino que es en virtud de un derecho que tiene por el contrato mismo. El que invoca un derecho de retención está provisto de una garantía de pago que el derecho le asegura por vía de equidad, porque su crédito está ligado a su propia deuda, mientras que el deudor de un contrato sinalagmático que exige la ejecución simultánea alega uno de los efectos mismos del contrato que ha otorgado. Se deuda no es en rigor una garantía de pago de lo que le es debido a cambio, es el equivalente de su crédito, y éste se encuentra seguro por sí mismo» (13).

También invoca la causa, CAPITANT, según el cual el origen de la excepción reside en el acto de voluntad de las partes, que «no consiste solamente en el hecho de obligarse, es decir, en el consentimiento, sino que se compone igualmente de la intención de alcanzar un fin jurídico determinado, es decir de obtener la ejecución de la prestación prometida a cambio de la obligación que contrajo», añadiendo que «la ejecución simultánea es la consecuencia necesaria de la idea de causa» (14).

Guarda una estrecha relación con esta fundamentación, la posición de parte de la doctrina italiana al interpretar el contrato con prestaciones correspondientes, que vendría según se afirma a variar la noción de la bilateralidad obligatoria, a que nos referiremos más adelante (núm. 8) (15).

(10) MARTY Y RAYNAUD, II-1.º núm. 294, p. 261.

(11) En relación con la buena fe, LESSONA, *loc. cit.*, con amplia y razonada exposición.

(12) PLANTOL-RIPERT, VI, núm. 460; en nuestra doctrina: nota (7).

(13) SALEILLES, *Obligation*, núm. 171, p. 187 ss., 3.ª ed.

(14) CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, núm. 124, p. 263 ss., trad. esp.

(15) En la doctrina italiana acepta la idea de causa como fundamento de la excepción, MESSINEO, *Contratto*, p. 534.

4. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La excepción de incumplimiento representa un medio de suspender el cumplimiento de la parte demandada mientras la actora no cumpla o esté dispuesta a cumplir la contraprestación. Pero este poder se ha configurado a través de distintas explicaciones con naturaleza diferente.

a) Se ha considerado que las obligaciones que nacen de contrato bilateral, están sometidas a condición suspensiva, de tal modo que cada una de las partes sólo entiende que se obliga bajo la condición de que la otra cumpla su obligación (16).

Se ha puesto de manifiesto que esta construcción conduce a un círculo vicioso, ya que nunca se sabría cuando existen las obligaciones recíprocas puesto que la condición para el nacimiento de cada una es la realización de la contraria, por lo que no se trataría de una excepción en sentido técnico, la figura que estudiaríamos, sino la negación del derecho que se reclama (17).

Como una modalidad de esta teoría cabe considerar la posición según la cual, las obligaciones nacerían puramente, pero al alegarse la excepción por una de las partes, se convertirían en condicionales (18); pero contra esta posición caben las mismas objeciones.

b) Sin acudir a la idea de la obligación condicional se pretende explicar la excepción en virtud de un *pactum de non petendo*, por el cual cada parte se comprometiese a no exigir la prestación de la otra hasta haber cumplido la suya (obligación negativa) (19). Pero a esta construcción se ha objetado, con fundamento, que además de invocar un pacto inexistente, se fija en vez de en el contenido propio de la excepción (poder de no cumplir), en el efecto que ese poder produce por medio de su ejercicio, respecto a la contraparte que no incumple (deber de no pedir) (20).

c) Otra explicación próxima a las anteriores alega la existencia de un término inherente a las obligaciones recíprocas, considerando que la obligación de cada parte está diferida hasta el

En la doctrina española DE BUEN, además de otros fundamentos, alude a "la naturaleza misma de las obligaciones onerosas, en las que cada prestación es la causa de la otra" (*Notas cit.*, III, p. 769, 2.^a ed. esp.).

(16) BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 2.^a ed., 1957, p. 114.

(17) ALLARA, *Delle obbligazioni*, Torino, 1939, p. 221. También en contra: LARENZ, *Ob.*, I, p. 268, nota (2).

(18) BOLAFFI, *Le eccezioni nel dir. sostanziale*, Milano, 1936, p. 149. En contra de la tesis de Bolaffi, alega también PERSICO, p. 11, que se trataría de condición meramente potestativa para el deudor, además de no serle aplicable al supuesto de ejercicio de la excepción, las normas de la condición ni en la fase de pendencia ni en la de retroactividad.

(19) V. ALLARA, *loc. cit.*, que expone esta teoría, sin seguirla.

(20) MESSINEO, *Dottrina gen. del contratto*, Milano, 1948, p. 554. También en contra: COLAGROSSO, *Ob.* 3.^a ed., Roma, 1948, p. 408; PERSICO, *L'eccezione d'indebitamento*, Milano, 1955, p. 10, quien también alega que de ser cierto ese deber de no pedir el cumplimiento, su incumplimiento conduciría a rechazar la demanda incluso de oficio.

momento de la extinción de la obligación de la otra parte (21). Pero se observa en contra que esta tesis expresa con otras palabras, lo mismo que ya indica el concepto de obligaciones recíprocas, es decir, que cada parte tiene el derecho de diferir su propia prestación hasta que la otra parte cumpla simultáneamente (22).

Como una modalidad de esta teoría cabe considerar la que refiere el término, no al momento inicial de las obligaciones recíprocas, sino al ulterior de su incumplimiento, pues al no cumplir ninguna de las partes se formaría un nuevo término común a ambas, para mantener la simultaneidad de las prestaciones (23).

Igual que frente a la teoría de la condición cabría alegar que una vez alegada la excepción no se aplican las normas sobre obligaciones a término (24).

d) Al margen de los anteriores intentos, la discusión se ha centrado desde antiguo en dilucidar si la excepción constituye para el que la alega, una negación o una verdadera excepción; en el primer caso se combate el derecho reclamado, negando definitivamente la prestación reclamada; en el segundo, se trata tan sólo de una dilación en el cumplimiento que se subordina a la simultaneidad de la prestación de la parte demandante, opinión esta última predominante (25).

En este sentido de verdadera excepción se expresan los siguientes autores.

Messineo, afirma que se trata «de verdadera y propia excepción de derecho sustancial, fundada sobre el presupuesto de la existencia de un crédito contrario a favor del demandado», cuya excepción «neutraliza temporalmente el derecho del actor, pero no lo extingue, de modo que una vez cumplido por éste su crédito, readquiere el poder de exigir del demandado su prestación» (26).

Barassi, también defiende esta posición de excepción, no en sentido estricto de derecho procesal, sino de excepción que opera ampliamente «sobre la estructura del sinalagma funcional subjetivo en los contratos con prestaciones recíprocas». Según este jurista la situación producida por la excepción recuerda la situación creada en Roma por la distinción entre *ius civile* y *ius hono-*

(21) ALLARA, *loc. cit.*, p. 227 ss.

(22) MESSINEO, *Contratto*, p. 534. Además, si el demandado no alega la excepción vendría condenado al cumplimiento, aunque no quepa configurar una renuncia al presunto término, como dice PERSICO, p. 10.

(23) ENRIETI, *Commentario*. D'AMBRO-FINZI, *Ob.*, I, p. 843.

(24) PERSICO, p. 11.

(25) Entre los partidarios del carácter de verdadera excepción: WINDSCHILD, *Pandette*, trad. it., parágrafo 321 y nota 2, donde se encontrará abundante bibliografía tanto a favor de esta opinión como en contra.

Entre los que afirman que se trata de una negación de la pretensión del actor, infundada: GLÜCK, *Comm. alle Pandette*, XIX, p. 229.

Puede verse también una referencia bibliográfica a la doctrina del pasado siglo en STOLFI, *Diritto civile*, III, Torino, 1932, p. 99, nota 3, núm. 198.

(26) MESSINEO, *Contratto*, p. 534.

varium pues en derecho romano el vendedor (p. ej.), podía reclamar el precio, aunque no hubiese entregado la cosa, según el *ius civile*; pero el comprador podía oponerle una excepción por el derecho honorario. Hoy que no existe este dualismo, permanece según Barassi, un derecho relativamente autónomo en el actor, actuando todavía la excepción como coordinadora de las dos contrapuestas prestaciones (27).

Sobre el derecho alemán mantiene la opinión predominante Enneccerus, afirmando que la disposición del párrafo 320, «si se tiene en cuenta el modo de expresarse que generalmente observa el Código civil, califica con claridad, de excepción la oposición del deudor» (28).

En la misma dirección se expresa De Page, para quien se trata de verdadera excepción, es decir de un medio de defensa, nacido de un obstáculo temporal, y que no subsiste mas que mientras este obstáculo dura; es un medio de defensa, en el sentido de que quien lo invoca, no toma ninguna iniciativa (29).

Según pues la opinión predominante la excepción es un medio de oposición o defensa existente en los contratos bilaterales por el cual cada parte puede diferir legítimamente el cumplimiento de sus propias obligaciones, hasta tanto que la otra parte no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente las suyas.

Se trata por tanto:

1.º De una excepción, es decir, de un simple medio defensivo que no implica iniciativa alguna.

2.º De una defensa meramente temporal, sólo subordinada al cumplimiento simultáneo.

3.º De una mera suspensión de la ejecución contractual, sin que afecte para nada a la validez o subsistencia de sus efectos.

5. DISTINCIÓN CON EL DERECHO DE RETENCIÓN

Entre las dificultades para precisar el concepto de la excepción de incumplimiento figura en primer término la cuestión de su distinción o identificación con el derecho de retención, así como con otros institutos con los que guarda una relación más o menos estrecha.

Por lo que respecta al derecho de retención, la cuestión es

(27) BARASSI, *Ob.*, III, p. 1174 ss. esp. 1178, que expone también las consecuencias prácticas de la caracterización como excepción.

(28) *Enneccerus*, II-2.º, p. 163 ss.

(29) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2.ª ed., II, p. 776, número 859. Dentro de la dirección que califica la excepción como verdadera excepción de derecho sustancial, se precisa por PERSICO que se trata de un derecho potestativo, afirmando que la naturaleza de tal derecho sirve para explicar el carácter de mera paralización de la acción propio de la excepción, cuyo contenido se agota con su ejercicio. Este ejercicio, añade, se deja a la libre iniciativa de cada parte siendo independiente de la otra que tendrá que soportar las consecuencias (*loc. cit.*, p. 12 ss.).

muy discutida estando muy extendida en la doctrina francesa la dirección según la cual la excepción sería un caso de aplicación del derecho de retención, o según otros el derecho de retención, inversamente, un caso de aplicación de la excepción de incumplimiento.

La doctrina dominante distingue entre la excepción y el derecho de retención, alegando las siguientes diferencias:

a) La excepción puede alegarse en todas las obligaciones recíprocas, sea cualquiera el objeto de la obligación que se reclama, en tanto que la retención no puede ejercitarse más que con relación a una cosa de otro, cuando el que la retiene se ha hecho acreedor de éste con ocasión de la cosa misma o de la relación jurídica (30). Por tanto, según este criterio diferencial el campo de aplicación de la excepción es más amplio que el de la retención, puesto que opera en todas las obligaciones recíprocas y no requiere el requisito de la conexión entre el crédito y la cosa retenida. El derecho de retención, en cambio, puede darse fuera de las obligaciones bilaterales, donde no cabe alegar la excepción.

b) La diferencia expuesta se completa desde el punto de vista del diferente fundamento de ambas instituciones, pues mientras la retención reposa en la relación de conexión de los créditos, la excepción requiere algo más que esa conexión entre los créditos de personas recíprocamente acreedoras y deudoras. Las obligaciones recíprocas, único campo de la excepción, tienen cada una como causa, la obligación contraria. Hay por tanto, una relación de causalidad entre ambas obligaciones, que mantienen un vínculo más estrecho, ya que se basa en la propia voluntad de las partes que quieren obtener la prestación prometida de contrario (31).

B) Frente a esta posición que tiende a separar netamente ambas instituciones, está muy extendida en la doctrina francesa, la idea de que se trata de dos institutos fuertemente unidos, manteniéndose dos posiciones inversas, como indicamos:

(30) En este sentido: MESSINEO, *Contratto*, p. 537; CAPITANT, *Causa*, trad. esp., p. 268, etc.

(31) En este sentido: COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, trad. esp., Méjico, 1949, p. 572, parágrafo 165, núm. 2; CAPITANT, *Causa*, p. 269, donde se expone con más amplitud esta diferencia; LARENZ, *Ob.*, I, p. 273; etc.

Una posición especial dentro de la diferenciación, mantiene ALLARA (*Ob.*, p. 232 ss.), para quien ambos institutos constituyen garantías de derecho sustancial, "pero mientras en la *exceptio* la garantía se produce por vinculación especial de las dos obligaciones derivadas del contrato bilateral, en el derecho de retención por el contrario, aquella se origina por la existencia de una obligación negativa consistente en un *pacti*, es decir, en soportar la posesión de la cosa por parte del otro hasta que se cumpla la propia obligación". En todo caso, añade, la diferencia con la retención existiría siempre, ya que la retención sería una obligación consistente en un *pacti*, mientras que la excepción sería una obligación de no reclamar, el cumplimiento de la otra parte, o sea, una obligación de no hacer, y no de soportar. V. la crítica a la consideración de ambos institutos como obligaciones negativas y a toda la construcción de ALLARA, en Messineo, *Contratto*, p. 537, nota 32.

a) Según unos la excepción no es más que un caso de aplicación del derecho de retención a la materia contractual, teniendo ambos el mismo fundamento (32).

Aun dentro de esta absorción de la excepción en la retención se conceden algunos matices diferenciales. Así Enneccerus, decidido partidario de esta directriz en el derecho alemán, estima que es un derecho de retención que ofrece algunas particularidades dado que su finalidad no es sólo de aseguramiento: «este derecho de retención ofrece la singularidad de no poder ser eliminado mediante caución, porque no tiende únicamente a la seguridad del contracrédito, sino que también está destinado a evitar la injusticia que implica la exigencia de la prestación previa» (33).

b) Otros estiman al contrario, que el derecho de retención es una aplicación de la excepción. En este sentido afirman Colin y Capitant que al no regularse de modo general el derecho de retención en el código francés, se plantea la cuestión de su posible aplicación fuera de los casos concretos en que se estableció por el legislador, cuestión resuelta jurisprudencialmente en sentido afirmativo, ampliatorio y precisamente una de las dos series de hipótesis extensivas admitidas por la jurisprudencia, se refiere a los supuestos en que se da una relación sinalagmática. En estos casos, añaden, el derecho de retención se admite sin dificultad «pues entonces descansa sobre el fundamento del principio de equidad superior, del que son corolarios la acción de resolución y la excepción *non adimpleti contractus*»; afirmando también que «toda la serie de casos en que los tribunales conceden al deudor el derecho de retener la cosa que está obligado a entregar, cuando se le pide que la entregue, no son, en realidad, más que aplicaciones de la *exceptio*». Incluso respecto a los casos de retención legal basados en relaciones contractuales, sostienen que el de retención puede ser considerado como una variante de la excepción» (34).

Dentro de esta dirección, se exponen las mismas ideas, tal vez, con más claridad por Planiol-Ripert quienes al examinar los casos de derecho de retención admitidos extensivamente por la jurisprudencia, advierten que la «doctrina reciente distingue dos categorías: la retención que se produce en relación de un contrato sinalagmático tiene su fundamento en el principio de la relación entre obligaciones recíprocas y del cumplimiento *dando* y *dando*, básico también en la excepción de incumplimiento, aproximándose estrechamente la retención a la excepción. Los demás casos se incluyen en otra categoría: se trata de aquéllos en que existe el *debitum cum re junctum* en el sentido más exacto de la frase, es decir, la conexidad objetiva», añadiendo que «esa distinción es consecuencia del resurgimiento doctrinal de la *exceptio*

(32) Así, entre otros, JOSSEBRAND, *Cours*, París, 1930, II, núm. 23, pp. 584 y 1466.

(33) ENNECERUS, *Ob.*, II-1.º, p. 165.

(34) COLIN Y CAPITANT, *Curso*, trad. esp., III, p. 764, 3.ª ed. y V, p. 14º ss., 2.ª ed.

tio non adimpleti contractus, que produce la desaparición de la primera forma de retención por medio de la excepción de incumplimiento» (35).

En esta posición se tiende a absorber el derecho de retención en la excepción, cuando aquél se produce en el campo de las relaciones sinalagmáticas, quedando en cambio como instituciones distintas cuando el derecho de retención se produce por la llamada conexión objetiva. Así, dicen dichos civilistas franceses que «es conveniente por razón de método, al mismo tiempo que se absorbe en la excepción de incumplimiento la retención fundada en las relaciones sinalagmáticas, mantener bajo la denominación de derecho de retención la segunda serie de casos» (36).

Esta posición es compartida en cierto modo, por De Page, quien admite las tradicionales diferencias entre retención y excepción, es decir, que la retención no supone necesariamente dos obligaciones correlativas, pudiendo aplicarse fuera de las obligaciones sinalagmáticas, mientras que por el contrario la excepción implica necesariamente dichas obligaciones, aunque por otra parte no se limite a aquellos casos en que hay detentación por cuenta de otra persona. Hasta aquí llegan las diferencias, pero según De Page, existe una zona de tangencia entre retención y excepción al afirmar que en el campo de las obligaciones recíprocas, la excepción absorbe el derecho de retención (37).

C) Creemos se trata de dos institutos distintos por su naturaleza, fundamento y campo de aplicación.

En cuanto a su naturaleza, aún dentro de la tesis personalista del derecho de retención no cabe desconocer sus matices reales, mientras la excepción actúa en un campo puramente obligacional.

En cuanto a su fundamento la excepción se basa en la conexión de dos obligaciones desde el punto de vista de su origen coetáneo y recíprocamente causado. La retención se funda en la conexión de una obligación anterior de devolución de una cosa, con otra que nace posteriormente por consecuencia de dicha cosa. La conexión en el primer caso afecta al propio vínculo jurídico, mientras que en el segundo es una mera incidencia objetiva de una relación jurídica preexistente.

En cuanto al diverso campo de aplicación, será consecuencia del distinto fundamento, el campo objetivo de la excepción es más amplio ya que no está limitado por la necesidad de la conexión objetiva, ni requiere por tanto la existencia de una cosa como objeto de una de las prestaciones. Por el contrario, el campo vinculatorio u obligatorio en la retención es, a su vez mayor ya que no precisa que se trate de obligaciones recíprocas o bilaterales perfectas, bastando la coincidencia objetiva de dos obligaciones en relación con una misma cosa, por tener que ser devuelta y al

(35) PLANIOL-RIPERT, *Tratado*, trad. esp., III, núm. 445, p. 622 ss.

(36) *Loc. cit.*, nota anterior.

(37) DE PAGE, *Traité élém. de droit civil belge*, II, p. 785, núm. 871.

mismo tiempo, en sentido inverso, por haber dado origen su conservación a un crédito de resarcimiento (38).

Pero es evidente que el campo de aplicación de ambos institutos puede entrecruzarse, cuando a la conexión inicial de dos obligaciones por el vínculo jurídico, se une más tarde la conexión objetiva indicada. Esta coincidencia en el aseguramiento no puede destruir la diversa fundamentación.

6. DISTINCIÓN CON LA COMPENSACIÓN

Es evidente la coincidencia de la excepción de incumplimiento con la compensación en cuanto que en ambas situaciones se da una reciprocidad entre dos créditos, pero esta coincidencia así como la de aseguramiento en cuanto a lo funcional, no puede destruir las diferencias que separan ambas instituciones.

a) Según la doctrina dominante mientras la compensación exige que el crédito sea líquido, la excepción no implica tal carácter en el crédito del que la alega (ni tampoco en el que se paraliza por la excepción), por lo que otorga una defensa más amplia al demandado (39).

La diferencia es bien lógica ya que la compensación extingue los créditos compensados, lo que no sería posible sin conocer la cuantía exacta de los mismos, mientras que el crédito paralizado por la excepción basta con que sea exigible aunque su cuantía no esté aún determinada, ya que no se trata de su extinción sino de su transitoria paralización.

Por la misma razón de tratarse en la compensación de una causa extintiva de los créditos, se exige que ambas deudas consistan en dinero o en cosas fungibles de la misma especie y calidad, exigencia que no se precisa para la excepción.

b) En realidad la verdadera diferencia radica en el diverso fundamento de ambas instituciones ya que en la compensación se opera, como se ha dicho con frase certera, un doble pago abreviado que se realiza entre dos obligaciones independientes entre sí, pero que se entrecruzan al ser las mismas personas recíprocamente acreedoras y deudoras. En cambio en la excepción se trata de obligaciones recíprocas que implican por tanto una conexión interna o estructural y no una mera yuxtaposición o coincidencia subjetiva (40).

Este diverso fundamento justifica el diverso ámbito de las dos

(38) Como expondremos más adelante, incluso algunas obligaciones restitutorias, en que cabe la retención, deben quedar excluidas de la excepción: *infra* núm. 8.

(39) STOLFI, *Diritto civile*, III, núm. 199, p. 100.

(40) V., sin embargo, las interesantes aplicaciones que hace la jurisprudencia francesa de la compensación, fuera de los requisitos legales, acudiendo, entre otros supuestos, al de la excepción de incumplimiento, es decir, a los contratos sinalagmáticos; cf. PLANTOL-RIPERT, VI, núm. 443, p. 616 de la trad. esp.

instituciones que, en la compensación, dirigida a su fundamental función extintiva, es más restrictivo ya que se precisa una correlativa homogeneidad y entidad cuantitativa de las prestaciones que sirven de cumplimiento recíproco, mientras que en la excepción el ámbito objetivo es ilimitado, aplicándose a prestaciones cualitativa y cuantitativamente heterogéneas, ya que su razón de ser no estriba en la homogeneidad sino en la correspectividad.

c) Cuestión distinta a la neta separación entre compensación y excepción, es la de su concurrencia, esto es si será posible oponer ambas excepciones bien conjuntamente, bien sucesivamente.

Dentro del campo de las obligaciones bilaterales también podrá actuar la compensación, si bien no sea la hipótesis más frecuente, siempre que no tropiece con alguna de las prohibiciones compensatorias (41).

La demanda de una de las partes podrá, por tanto, ser rechazada alegando tanto la compensación parcial como la excepción de incumplimiento por el resto cuando la contraparte sea aún deudora de otra prestación no consistente en dinero u otra cosa fungible. Compensadas las prestaciones dinerarias en la cantidad concurrente (art. 1.202), quedarán paralizadas por la excepción de incumplimiento tanto el exceso de prestación dineraria de una de las partes como la prestación no dineraria de la otra.

Por otra parte la excepción de incumplimiento puede reportar especial interés en aquellos casos de prohibiciones compensatorias, dotando a la parte que no puede alegar la compensación, (medio más radical en cuanto extintivo de los recíprocos créditos), de un medio puramente suspensivo de paralizar la acción contraria mientras no se someta a la regla del cumplimiento simultáneo con lo que viene a conseguirse un trato igualatorio para ambas partes, que quedaría excluido con la compensación al ser improcedente (42).

7. DISTINCIÓN CON LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Para exponer la función de la excepción de incumplimiento se viene utilizando tradicionalmente su parangón con la acción de resolución por incumplimiento, expresamente regulada en aquellas legislaciones que en cambio silencian la excepción, al menos como principio general. Pero caben diversos matices en esta exposición comparativa, que interesa subrayar.

a) Reduciendo la diferencia a un criterio más bien de orden cuantitativo en cuanto a la importancia de los respectivos supuestos, se afirma que la excepción procede en los mismos supuestos

(41) PERSICO, niega esta posibilidad sin indicar el fundamento de su posición (p. 22).

(42) Sobre el fundamento de la prohibición compensatoria del art. 1.202 ap. 1: en nuestra doctrina, ALBALADEJO, *Estudios*, p. 97.

que la acción resolutoria puesto que ambas tienen idéntico fundamento, la interdependencia de las obligaciones recíprocas y sería como un *diminutivo* del derecho de resolución consagrado por el legislador (art. 1.184 Cód. francés, 1.124 Cód. español, etc.). Esta posición conduciría a la admisión de la excepción en aquellos casos de incumplimiento *culposo* por parte del demandante a quien se opone la excepción, pues si habría derecho a pedir la resolución con mayor motivo, se piensa, lo habrá para oponerse al propio cumplimiento no simultáneo. Es precisamente uno de los argumentos invocados para dar carácter de principio general a la excepción en los códigos latinos que aún no han regulado la excepción (43). Esta posición tiende a la confusión de ambas instituciones.

b) En realidad el campo de la excepción es diverso y más amplio que el de la resolución, la cual implica un verdadero incumplimiento ya consumado, mientras que la excepción no sólo procedería en esta hipótesis, sino también *antes* del incumplimiento verdadero y definitivo. Basta con que no haya cumplimiento simultáneo. Por eso si la acción resolutoria implica culpabilidad por parte del que incumple, la excepción no supone necesariamente culpabilidad de aquél a quien se la opone. El principio del cumplimiento simultáneo no requiere que el que reclama sin haber cumplido, haya incurrido en culpa alguna (44).

c) Desde el punto de vista de la finalidad y función, las diferencias son aún más patentes, ya que la acción resolutoria se dirige hacia la destrucción o extinción definitiva del vínculo obligatorio, mientras que la excepción deja incólume dicho vínculo, significando tan sólo una dilación en su cumplimiento (45).

La diferencia expuesta sub *b)* pone de relieve el verdadero papel e interés de la excepción frente a una medida mucho más radical y enérgica, como es la acción resolutoria. Como dice De Page, la excepción permite *adelantarse* al incumplimiento culposo propiamente dicho, rechazando todo cumplimiento que no sea simultáneo. Tiende a así a evitar, como medida preventiva, que el incumplimiento culposo se realice, y que sea precisa la resolución para restablecer el equilibrio (especialmente por el efecto retroactivo de la resolución y el restablecimiento de las cosas a su primitivo estado). Juega el papel, añade, de garantía *preventiva contra la resolución*, hasta el punto de que si fuese alegada siempre oportunamente, haría inútil la resolución (46).

Así pues, aún siendo más enérgica, en sus efectos, la acción resolutoria, la garantía que implica la excepción es mucho mayor. Se elimina prácticamente el peligro de una imposible restitución

(43) BAUDRY-LACANTINERIE, *Obligation*, t. II, núm. 964, p. 143 del v. XIII, 3.^a ed.

(44) DE PAGE, II, núm. 861, p. 777; *infra* núm. 13.

(45) MESSINEO, *Contratto*, p. 538; PERSICO, p. 16.

(46) DE PAGE, II, núm. 863, p. 779.

de lo anteriormente prestado y hasta de una imposible indemnización económica, en caso de insolvencia del que dió lugar a la resolución.

a) En cuanto a la posibilidad de ejercicio sucesivo de ambas instituciones, entendemos pueden ejercitarse con plena independencia; es decir, que no solamente procede la excepción, según venimos sustentando, cuando aún no sea procedente la resolución, sino que en los casos en que también proceda ésta cabe ejercitar de modo previo e independiente la excepción si no interesa oponer de modo reconvenional la resolución que siempre podría plantearse posteriormente (47).

8. REQUISITOS PARA SU EJERCICIO

Para que proceda el ejercicio de la excepción de incumplimiento se requieren los siguientes requisitos:

- A) Existencia de un contrato sinalagmático.
- B) Falta de cumplimiento de la parte a quien se opone.
- C) Alegación no contraria a la buena fe.

Exponemos a continuación estos requisitos:

- A) Contrato sinalagmático.

En principio la excepción de incumplimiento no debe de aplicarse más que a los contratos bilaterales pues precisamente su fundamento se basa en la propia estructura de las obligaciones recíprocas que de tales contratos macen; por ello parece natural *prima facie* limitar a dichos contratos su aplicación y así lo hacen de modo expreso los códigos alemán y suizo de las obligaciones.

Según el código alemán, la excepción de incumplimiento se refiere a los contratos bilaterales (parágrafo 320), aunque también se asimilen a éstos las obligaciones que resultan de la rescisión de los contratos (par. 348) y por tanto las restituciones que sean consecuencia de la rescisión habrán de efectuarse simultáneamente, pudiendo alegarse, en su caso, la excepción.

Pero en la doctrina francesa se tiende a ampliar la aplicación de la excepción a aquellas situaciones que implican *relaciones sinalagmáticas*, es decir, no solamente a los contratos sinalagmáticos (48).

En este sentido Cassin propone aplicarla a los siguientes casos:

- 1.º A las relaciones nacidas de la anulabilidad de un contrato sinalagmático ya ejecutado.
- 2.º A los contratos unilaterales imperfectos.

(47) AULETTA, *Risoluzione*, p. 301, sostiene una posición diversa, que configura la excepción como un *prins* de la resolución.

(48) PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 448 y 449; también DE PAGE, II, núm. 866, p. 781, en la doctrina belga.

3.º A las relaciones sinalagmáticas incompletas y a los cuasi contratos.

4.º A lo que llama, relaciones sinalagmáticas creadas por la ley o bajo la autoridad de la ley (expropiación por causa de utilidad pública, retractos, tutela, etc.) (49).

La jurisprudencia ha aceptado esta extensión de la excepción más allá de las obligaciones contractuales sinalagmáticas perfectas (50).

Sin embargo, en la doctrina francesa, no se acepta unánimemente la referida extensión, o al menos se niega su posibilidad respecto a algunos casos de los enumerados por Cassin. Así Capitant, se opone a la aplicación de la excepción a los contratos unilaterales imperfectos, alegando que en éstos la obligación surgida posteriormente no fue tenida en cuenta al celebrar el contrato, como causa del mismo; el depositario, mandatario, etc. no se determinaron a contratar para que les fuesen devueltos los gastos eventuales que se vieron obligados a realizar; ello no fue causa de su obligación, sino que es tan sólo un efecto secundario del contrato (51).

Se alega también en contra de la categoría de las obligaciones bilaterales imperfectas que las obligaciones que pueden nacer ulteriormente a cargo de una parte, como la de indemnizar al depositario sus gastos se basan en el principio del enriquecimiento sin causa o en la gestión de negocios, es decir que tienen un origen extracontractual:

Sin embargo se alegan los textos legales (arts. 1.890, 1.847, 1.999 y 2.080 C. c. fr.), que parecen imputar al contrato las obligaciones nacidas a cargo del prestamista, del depositante, del mandante o del acreedor pignoraticio «y la existencia en provecho del acreedor de estas obligaciones, de un derecho de retención que parece muy próximo a la *exceptio non adimpleti contractus*, y por tanto, permite suponer una relación sinalagmática entre los interesados» (52).

Se invoca en favor también de la noción del contrato sinalagmático imperfecto, que la extensión de la obligación de reembolso de los gastos hechos por el depositario, mandatario, etc. especialmente en favor de éste es más amplia que resultaría por aplicación de las reglas del enriquecimiento injusto o gestión de negocios: «el gestor de negocios no tiene derecho a la indemnización más que si la gestión ha sido útil, la indemnización debida a consecuencia de un enriquecimiento y por el empobrecimiento; vez por el valor del enriquecimiento y por el del empobrecimiento; estas limitaciones no se imponen en esta materia» de contrato bilateral imperfecto (53).

(49) CASSIN, *Exception d'inexécution*, p. 447-464.

(50) Referencia a dicha jurisprudencia: PLANTOL-RIPERT, VI, núm. 448 y 449.

(51) CAPITANT, *Causa*, núm. 126, p. 275 ss.

(52) MARTY Y RAYNAUD, II-1.º, núm. 63, p. 53.

(53) MARTY Y RAYNAUD, II-1.º, p. 53.

Ante estas consideraciones Marty y Raynaud llegan a la conclusión de «la relatividad de la noción del contrato sinalagmático», considerando que ciertos contratos «son imperfectamente sinalagmáticos en el sentido de que no están más que parcialmente sometidos a las reglas de los contratos sinalagmáticos», precisando su pensamiento sobre esta categoría afirmando que son «aquéllos en los cuales la reciprocidad de las obligaciones es imperfecta porque las de una de las partes no son más que virtuales o han sido ya ejecutadas» (54).

Por otros varios procedimientos la doctrina francesa ha tratado de ampliar la categoría de los contratos bilaterales. Así mediante la vinculación de dos contratos unilaterales que resultarían fusionados en cuanto a su interdependencia (55). O bien considerando que el contrato puede ser sinalagmático aunque las obligaciones a cargo de una de las partes sólo tengan carácter accesorio (56).

Igualmente la propugnada desaparición de la categoría romana de los contratos reales, aumentaría el campo de los contratos bilaterales, ya que la entrega de la cosa en vez de venir considerada como elemento formativo del contrato tendría la consideración de elemento de ejecución del mismo. Así Capitant sostiene que «en realidad el préstamo y la prenda son verdaderos contratos sinalagmáticos, en virtud de los cuales una de las partes se obliga a entregar una cosa y la otra a restituirla», aunque la explicación arcaica legada por los romanos sea distinta. Desde que las partes se ponen de acuerdo sobre la entrega de la cosa prestada o depositada existe el contrato, igual que ocurre con el arrendamiento sin que sea preciso poner en posesión de la cosa locada al arrendatario; en efecto, añade, en estos contratos «cada parte contrae una obligación, la de entregar una cosa y la de conservarla y restituirla en el plazo convenido respectivamente», alegando que en la práctica hasta que el prestamista no tiene en su poder el contrato, no da su dinero (57).

En Italia, la cuestión de la extensión que deba alcanzar el contrato bilateral se entrecruza con la de la delimitación de la nueva categoría del contrato con prestaciones correspondientes a que aluden varios artículos (1.406, 1.448, 1.453, 1.460, 1.461, 1.463, 1.467), entre los que figura el de la excepción de incumplimiento.

Esta categoría contractual ha planteado a la doctrina la cuestión de su delimitación ya que el nuevo código apartándose del anterior no define las categorías contractuales a que luego se refiere en sus preceptos. En efecto el código de 1865 definía a ini-

(54) *Loc. cit.*, p. 54.

(55) BOULANGER, *Encicl. DALLOZ, Droit civil: "Contrats et conventions"*, número 20; *Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques* (RTDC, 1950, 1); MEREU, *I contratti reciproci*, 1923.

(56) HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux*, th. Paris, 1937, p. 153.

(57) CAPITANT, *Causa*, p. 58, trad. esp.; v. sobre el tema: JORDANO, *La ca-*

tación del francés, el contrato bilateral (art. 1.099) y unilateral (art. 1.100), así como el contrato oneroso y a título gratuito (art. 1.101). En la Relación al Rey se aclara que la definición de los contratos bilaterales y unilaterales no sería ya útil, habiéndose sustituido por la de contratos correspectivos y contratos con prestaciones a cargo de una sola parte (núm. 57); pero esta sustitución ¿implica una equivalencia? Esto es precisamente lo que se ha discutido en la doctrina posterior al código de 1942, sustentándose soluciones extremas contrapuestas y también otras intermedias (58):

a) Teoría de la equivalencia con la bilateralidad: Esta posición pretende que el código al sustituir la bilateralidad por la correspectividad, da a ambas categorías una completa equivalencia. La sustitución terminológica tendría la ventaja de impedir la confusión, ya denunciada de antiguo, entre negocio bilateral y contrato bilateral (59).

b) Teoría de la equivalencia con la onerosidad: Para otros, el contrato con prestaciones correspectivas consiste en el «intercambio de dos atribuciones patrimoniales ligadas por un vínculo de causalidad jurídica» (De Simone); por tanto, lo esencial no es el surgir de dos coetáneas obligaciones, sino el transferirse dos atribuciones patrimoniales en función recíprocamente causada. También Ruggiero-Maroi afirman de modo terminante que el «contrato con prestaciones correspectivas (a que se refieren los artículos 1.406, 1.453, 1.460, 1.461, 1.463, 1.469), va más allá de los contratos bilaterales perfectos: abarca todos los contratos a título oneroso, incluso los unilaterales». En igual sentido Mirabelli. También parece ser la propia interpretación contenida en la Relación Ministerial, como antes se expuso (60).

c) Teoría de la ambivalencia: Finalmente, algún sector de la doctrina italiana piensa que el contrato con prestaciones correspectivas puede equivaler a contrato bilateral o a contrato oneroso, según los casos. Así Luzzatto afirma, que esta expresión «tiene un significado mudable queriendo a veces significar contrato bilateral, según la tradicional descripción, y otras contrato oneroso (sea o no bilateral)». Parecida conclusión mantiene Persico, para quien «los artículos que hablan de prestaciones correspectivas, autorizan

teoría de los contratos reales.

(58) Sobre este punto v. nuestro trabajo: *Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral* (Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano, I, p. 444, Madrid, 1959).

(59) En este sentido: MESSINEO, *Contrato*, 3.^a ed., p. 233; COLAGROSSO, *Ob. cit.*, p. 237; CASATI y RUSSO, *Manuale*, p. 472; DI STASSO, *Giur. Compl. Cass. civ.* 194,9 p. 144. También BARASSI, *Ob.*, II, pp. 502 y 508, si bien con cierta perplejidad.

(60) DE SIMONE, *Il contratto con prestazione corrispettive* (RTDP, II, 1948, p. 48); RUGGIERO-MAROI, *Ist.*, II, p. 154, ed. 1954; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, p. 239; ENRIETTI, en *Commentario D'Amelio-Finzi*, p. 780.

Con algunas dudas parece, sin embargo, inclinarse a esta posición: TRABUCCHI, *Ist.* 8.^a ed., Padova, 1954, p. 624.

Próxima a esta posición de equivalencia con la onerosidad, se mantiene por

a pensar que el concepto recibido por el nuevo Código sea más amplio que el del Código de 1865; porque en la nueva dicción, contrato con prestaciones correspectivas, confluye todo contrato oneroso, sea con obligaciones recíprocas, sea con obligaciones unilaterales. El Código, sin embargo, emplea a veces la mencionada expresión en el significado más restringido de contrato *oneroso bilateral*. Precisamente, según Persico, ocurre esto último en relación con la excepción de incumplimiento, ya que «para que la excepción opere deben existir obligaciones en ambos contratantes, en función recíproca y correspectiva, dado que la negativa a cumplir la propia obligación está subordinada a la circunstancia de que la otra parte no cumpla o no ofrezca cumplir la suya. Se trata aquí de un caso en que el Código usa la expresión contrato con prestaciones correspectivas en el mismo significado de contrato oneroso bilateral» (61).

Como consecuencia de las teorías expuestas sub b) y en algunos de los supuestos de las teorías sub c), el campo de aplicación de los efectos de las obligaciones bilaterales, entre ellos la excepción que examinamos, resultará ampliado al comprender contratos onerosos unilaterales. Así, según De Simone, el sinalagma de la correspectividad o contrato con prestaciones correspectivas comprenderá, contratos bilaterales, contratos reales y contratos asociativos (62).

9. B) INCUMPLIMIENTO DE AQUEL A QUIEN SE OPONE LA EXCEPCIÓN

Para poder alegar la excepción se requiere el incumplimiento temporal de aquel a quien se opone, esto es, que no haya cumplido todavía su prestación, ya que como vimos el fundamento de la excepción estriba en el cumplimiento simultáneo de las obligaciones bilaterales o recíprocas, en virtud del cual cuando una de las partes no haya cumplido aún ni esté dispuesta a cumplir, tampoco puede exigir a la otra parte su prestación, pues esto equivaldría a exigirle el cumplimiento anticipado.

Siendo el cumplimiento simultáneo la regla fundamental de las obligaciones bilaterales, por lo que se refiere a la excepción que estudiamos, es preciso determinar el momento del cumplimiento o tiempo del pago en estas obligaciones, ya que a partir de ese momento es cuando podrá empezar la posibilidad de alegación de la excepción.

Tiempo del pago: En las obligaciones puras el pago puede ser exigido inmediatamente de su nacimiento, como ya expresaron los romanos en el siguiente texto: *in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur* (Pomponio, D. 14, 50, 17). Esta regla ha sido recibida por el derecho moderno de modo

REBINO (*Compravendita*, p. 254), que la correspectividad puede darse no sólo entre obligaciones, sino también entre atribuciones patrimoniales, como acontece en la transferencia de derechos reales por el mero consentimiento siempre que exista nexo de correspectividad.

(61) LUZZATTO, *Ob.*, p. 172; PERSICO, *loc. cit.*, p. 43.

(62) DE SIMONE, *loc. cit.*

expreso o implícito al menos. Así, el código alemán dispone que «si no está señalado un tiempo para la prestación ni ha de deducirse de las circunstancias, puede el acreedor exigirla y el deudor realizarla inmediatamente» (parágrafo 271 ap. 1); igualmente, según el código de obligaciones suizo «en defecto de término estipulado o que resulte de la naturaleza del negocio, la obligación puede ser ejecutada y la ejecución puede ser exigida inmediatamente» (artículo 75). También el nuevo código italiano contiene esta norma: «si no está determinado el tiempo en que la prestación debe ser realizada, el acreedor puede exigirla inmediatamente. Sin embargo, cuando, en virtud de los usos o por la naturaleza de la obligación o bien por el modo o el lugar de la ejecución, sea necesario un término, éste, en defecto de acuerdo de las partes, será establecido por el juez» (art. 1.183, ap. 1).

En nuestro Código civil, en cambio, no está expresamente sancionada esta regla romana, pero resulta implícita de otras normas, señaladamente de los artículos 1.113 y 1.125 interpretados coordinadamente, ya que el primero para las obligaciones puras, como contrapuestas a las condicionales, dispone que «será exigible, desde luego, toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto...», y el segundo, que «las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue». Entre ambos preceptos se regula el cumplimiento de las obligaciones puras, condicionales (a que se refiere el epígrafe que antecede al art. 1.113), y a término (a que alude el epígrafe anterior al art. 1.125). Combinados dichos preceptos puede inferirse fácilmente el tiempo de cumplimiento de la obligación pura: será exigible desde luego, es decir, inmediatamente, toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de condición suspensiva o para el que haya señalado término inicial (v. también artículo 1.128).

Esta doctrina no sufre alteración en las obligaciones bilaterales, es decir, que cuando se configuren como puras ambas obligaciones, podrán ser exigidas inmediatamente de constituirse las mismas. Pero la especialidad de esta situación de reciprocidad debitoria y crediticia se muestra en cambio en que el tiempo de cumplimiento queda vinculado por la simultaneidad recíproca, de modo que aunque se trate de obligaciones puras y por tanto exigibles, no cabe que una parte exija a la otra la suya sin cumplir o estar dispuesto a cumplir la suya. Esta regla del cumplimiento simultáneo resulta implícita en la regulación de la propia excepción de incumplimiento y, por tanto, en aquellos códigos que expresamente la regulan, puede inferirse claramente. En cambio, en los códigos como el español, que no han recogido de modo expreso dicha excepción, la regla de la simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones bilaterales, ha de deducirse de otras instituciones, como la de la mora. En efecto, al regular la mora nuestro Código, dispone que «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» (art. 1.110, últ. ap.).

Por tanto, en las obligaciones bilaterales el tiempo de cumplimiento, cuando no existe término en favor de ninguna de las partes, es el de las obligaciones puras, es decir el de la exigibilidad instantánea, pero atemperado a la reciprocidad, esto es, a la simultaneidad. En suma, la instantánea y simultánea exigibilidad. Por ello, cuando falte la simultaneidad de cumplimiento, no puede pretenderse la exigibilidad de una de las obligaciones por la otra parte. Si faltando la simultaneidad, se pretende por una parte exigir a la otra su prestación, es cuando ésta puede oponer la excepción de incumplimiento. Así, el no cumplimiento de la parte demandante, es el requisito básico, para poder alegar con éxito la excepción. En este sentido hablamos del incumplimiento de aquel a quien se opone la excepción, como requisito para su ejercicio. No en el de incumplimiento definitivo o verdadero que haga imposible el ulterior cumplimiento de la obligación, pues en este caso no tendría sentido alegar la excepción, mero retardo o suspensión del propio cumplimiento, sino que más bien sería procedente la resolución por incumplimiento (art. 1.124).

No es una sanción para una conducta culposa de una de las partes, sino el mantenimiento del equilibrio temporal de las obligaciones bilaterales. Por ello su fundamento, la simultaneidad de cumplimiento de ambas obligaciones cae cuando el tiempo de cumplimiento por pacto o disposición legal, sea distinto teniendo que cumplirse previamente una de las obligaciones. La parte así obligada no podría invocar a su favor la excepción. Sólo la parte que puede cumplir después podría alegar la excepción si el obligado al cumplimiento previo, no sólo no realiza dicho anticipado cumplimiento sino que, además, pretende exigir a la otra parte su obligación previamente.

Viene según lo expuesto, excluida la excepción en los casos en que se ha concedido un plazo por pacto o por ley a una de las partes, de modo que no cabe oponer la excepción contra la misma. Así, en la compraventa con precio aplazado en virtud de pacto; o en el contrato de hospedaje si el uso excluye la ejecución simultánea; o en el arrendamiento (salvo que la renta se pagase día a día), en que por la naturaleza del contrato se realiza anticipadamente, o bien la prestación del arrendador de proporcionar el uso de la cosa (si la renta se paga por plazos vencidos), o bien la del arrendatario de pagar la renta (si ésta se paga por plazos adelantados). Se excluye la alegación en favor del que ha de cumplir previamente, como se reconoce en la doctrina) (63).

En estos casos de cumplimiento previo de una parte hay, en realidad, la exclusión de la excepción sólo para la parte obligada a dicho cumplimiento previo, según venimos exponiendo. Sin em-

(63) PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 453; DE PAGE, II, p. 866; CAPITANT, *Causa*, p. 277; etc.

bargo, en los códigos que regulan la excepción no siempre está la cuestión indicada con toda claridad, como acontece en el Código italiano, según el cual, en los contratos con prestaciones correspondientes cada uno de los contratantes puede rechazar el cumplimiento de su obligación, si la otra no cumple o no ofrece cumplir contemporáneamente la propia, *salvo* que hayan sido establecidos por las partes términos diversos para el cumplimiento o resulten de la naturaleza del contrato» (art. 1.460, ap. 1). Sin embargo, en la doctrina se llega a la conclusión que venimos manteniendo (64).

En otros códigos la cuestión es más clara, como en el suizo de obligaciones, según el cual, «el que demanda la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, a menos que tenga en su beneficio un término según las cláusulas o la naturaleza del contrato» (art. 82).

Con más precisión aún, dispone el Código alemán, que «quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectuación de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir anticipadamente» (parágrafo 320, ap. 1).

10. B) bis. LA EXCEPCIÓN Y EL CUMPLIMIENTO NO SIMULTÁNEO

Los casos precedentemente indicados en que por pacto, usos, naturaleza del contrato o ley, se quiebra la regla del cumplimiento simultáneo del contrato bilateral, conducen, como hemos expuesto, a la exclusión de la alegación de la excepción para el obligado al cumplimiento previo. Hemos de abordar ahora algunos supuestos especiales.

Si una de las partes tiene a su favor un plazo, por lo que pudiendo invocar a su favor la excepción, no puede serle en cambio opuesta, cuando pretenda precisamente obtener el previo cumplimiento de la otra parte, goza de una situación tan privilegiada que dicho beneficio del término, combinado con la excepción le situaría en la posibilidad legal de obtener su pretensión aunque por las circunstancias concurrentes no pudiese cumplir por su parte su prestación.

Esta situación ha de ponerse en relación con las normas sobre pérdida del beneficio del término por el deudor, en las obligaciones en general, sean o no bilaterales. Los códigos en los casos de insolvencia posterior del deudor o de no prestación o disminución de garantías ofrecidas en la obligación, decretan la pérdida de dicho beneficio como hace nuestro Código civil (art. 1.129). Esta pérdida del beneficio del término implica automáticamente la vigencia de la regla del cumplimiento simultáneo que excluía dicho beneficio. El peligro que amenaza a una de las partes vuelve a restablecer el equilibrio temporal de las prestaciones con la consiguiente invocación de la excepción.

Pero en algunos códigos se ha previsto de modo especial la si-

(64) PERSICO, p. 83.

tuación de peligro para el acreedor de hacer efectivo su crédito, en relación con las obligaciones bilaterales mediante una regla específica para la alegación de la excepción de incumplimiento. El Código italiano dispone, efectivamente que, «cada contratante puede suspender la ejecución de la prestación por él debida, si las condiciones patrimoniales de la otra han llegado a ser tales que pongan en evidente peligro el conseguir la contraprestación, salvo que sea prestada idonea garantía» (art. 1.461). Se observa en la doctrina italiana que esta disposición mantiene puntos de contacto con la excepción de incumplimiento si bien no hay plena coincidencia, puesto que ésta supone un incumplimiento actual y efectivo y la otra norma un incumplimiento futuro e incierto y, por tanto, mientras el ejercicio de la excepción requiere términos de cumplimiento simultáneos o bien que el que alega la excepción disfrute de un término a su favor, el artículo 1.461 por el contrario, presupone términos distintos y que el obligado al previo cumplimiento sea el que pueda suspender la ejecución (65).

Esta última interpretación de la doctrina italiana está expresamente sancionada por el Código alemán, que contiene un norma de mayor precisión a nuestro juicio sobre este punto, al disponer que «quien por un contrato bilateral está obligado a cumplir la prestación anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe hasta que sea realizada la contraprestación, o se preste seguridad para ella, si después de la conclusión del contrato se produce un empeoramiento notable en las relaciones patrimoniales de la otra parte por el cual corra peligro la pretensión a la contraprestación» (parágrafo 321). La doctrina alemana discute cuál sea el alcance de este precepto más allá de esa posibilidad de suspender la ejecución de la prestación que debía de cumplirse anticipadamente, es decir, si podrá pasar a exigir el cumplimiento simultáneo conforme a las reglas generales del contrato bilateral, como afirma Larenz, o simplemente puede negar provisionalmente su prestación mientras no se garantice la contraprestación, puesto que permanece la obligación anticipada a su cargo, como comunmente se sostiene (66).

También en el Derecho italiano se discute la relación entre la norma expuesta del artículo 1.461 y la simple pérdida del beneficio del término por consecuencia de la ulterior insolvencia del deudor o disminución de sus garantías ofrecidas (art. 1.186). Aquella norma es distinta en sus consecuencias a ésta, se afirma, ya que sólo ocasiona la pérdida del beneficio del término si no se presta la garantía idónea que sea exigida a tenor del artículo 1.461, por lo que no cabe suspender la ejecución de la propia prestación sin exigir antes dicha garantía (67).

(65) PERSICO, p. 85.

(66) LARENZ, *Ob.*, I, p. 271 y nota 9, trad. esp.

(67) PERSICO, p. 86.

II. C) ALEGACIÓN NO CONTRARIA A LA BUENA FE

Bajo este requisito, límite de aplicación de la excepción se comprenden casos muy diversos dada su generalidad y amplitud. Como dice De Page, es una fórmula general y vaga, que impide se desvíe de su fin, el correctivo de equidad que constituye la excepción de incumplimiento, alegándose por vía de ejemplo por dicho autor, los siguientes casos:

1.º La excepción no puede ser invocada más que en caso de falta grave a las obligaciones principales del contrato; no en caso de faltar a obligaciones secundarias.

2.º La excepción no puede ser alegada cuando el que la alega ha motivado el incumplimiento de la otra parte o ha faltado él mismo a sus obligaciones.

3.º En general, debe rechazarse también la excepción, cuando al que se le o pone, puede invocar una causa legítima para no cumplir (68).

Planiol-Ripert, exponen otros casos en que la buena fe se opone a la alegación de la excepción. Así, dicen, «la negativa de cumplimiento es frecuentemente injustificada cuando el crédito del que se niega a cumplir proviene de una indemnización, no siendo líquido ni seguro, mientras que su obligación reúne las cualidades contrarias. Por ello, las sentencias han rechazado la pretensión de unos arrendatarios consistente en retener los alquileres vencidos alegando que el arrendador había dejado de realizar determinadas reparaciones de su cargo o bien no había procurado el completo disfrute de los locales arrendados según lo ofrecido» (69).

Respecto a la imposibilidad de alegar la excepción frente al incumplimiento de obligaciones secundarias o accesorias, se afirma por Capitant, que hay que atenerse a la voluntad de las partes para explicar el distinto efecto del incumplimiento de obligaciones principales y accesorias, pues no todas las obligaciones asumidas por una parte tienen igual importancia para la otra. Así, el comprador contrata no sólo para hacerse propietario de la cosa, sino también para obtener su posesión pacífica y útil; pero existen por el contrario obligaciones de orden secundario o accesorio, cuya ejecución no ha sido elemento determinante de la voluntad del contratante; así, la simple inexecución por el arrendador o por el arrendatario de una cláusula accesoría del arriendo, no autoriza para denegar su cumplimiento (70).

El requisito de no poderse alegar la excepción cuando se oponga a ello la buena fe, ha sido expresamente recogido por el legislador italiano en el nuevo Código, el cual después de consagrar la posibilidad de invocar la excepción, añade, «sin embargo, no puede rechazarse la ejecución si, habida cuenta de las circunstancias, la

(68) DE PAGE, II, núm. 866, p. 782.

(69) PLANIOL-RIPERT, VI, núm. 454.

(70) CAPITANT, *Cause*, núm. 130, p. 279.

negativa es contraria a la buena fe» (art. 1.460, ap. 2). La doctrina pone de manifiesto, que según el nuevo precepto, la negativa será contraria a la buena fe, sobre todo, en el caso de que el incumplimiento sea de *leve entidad* o de que se deba a *causa no imputable a la contraparte* (71).

También el Código alemán había recogido 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 meramente parcial, es decir, como límite a la *exceptio non rite adimpleti contractus*, de la que nos ocupamos a continuación (núm. 12). Por tanto, dicha limitación, no tiene, al menos de modo expreso, la amplitud con que se admite en el Código italiano.

Dada la amplitud de la preclusión de la excepción como contraria a la buena fe, en el Código italiano, la doctrina ha tratado de concretar su noción a efectos de este precepto.

Persico, rechazando el concepto subjetivo de la buena fe, que tiene aplicación en otras instituciones civiles, limita a efectos del artículo 1.460, ap. 2, la buena fe, a su aspecto objetivo, que cree puede concretarse por referencia a los hechos y circunstancias concurrentes. A estos efectos, propone tres series de valoraciones de la conducta de los contratantes: la relación de sucesión, de causalidad y de proporcionalidad entre los incumplimientos de una y otra parte (72).

Según la relación de sucesión de los incumplimientos, cada parte puede justificar su propio incumplimiento solamente si le ha precedido el incumplimiento de la otra parte, por lo que no puede oponer la excepción quien ha incumplido primero. Pero este criterio que expone Persico, no resulta muy exacto, al menos en aquellos casos que son la regla general en materia de la excepción, de cumplimiento simultáneo, como se reconoce por el mismo autor citado. Sin embargo, alguna hipótesis especial podría presentar interés como el supuesto de *mora creditoris* por falta de cooperación en la parte a quien se le ofrezca la cosa debida.

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

Finalmente, según esta triple determinación de la buena fe objetiva, el incumplimiento del que alega la excepción debe ser proporcionado o equivalente al de la parte que reclama (73). Pero este último límite a la buena fe objetiva, según Persico, o sea el supuesto de alegación de la excepción frente a un supuesto de incumplimiento, sólo parcial de la contraparte, lo examinamos aparte a continuación.

(71) MESSINEO, *Contratto*, p. 537.

(72) PERSICO, p. 140.

(73) PERSICO, p. 144.

12. CUMPLIMIENTO PARCIAL O DEFECTUOSO. (EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS.)

Si se ejercita la excepción, no frente al incumplimiento total sino frente al cumplimiento sólo parcial o defectuoso, ¿estaría justificada en ese caso la alegación de la excepción de incumplimiento? (74). Bajo el imperio del derecho común, se justificaba este supuesto, alegando que el acreedor tiene derecho a que la obligación sea cumplida de modo total y exacto, considerando el supuesto como una variedad de la excepción (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

El Código alemán regula también de modo especial esta modalidad, aunque como hemos visto, refiriendo a dicho supuesto la limitación de no ir contra la buena fe, la excepción. Dispone, en efecto, que «si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes, no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias, y, en particular, la insignificancia de la parte restante» (par. 320, ap. 2). Según Enneccerus, sucederá si, «por ejemplo, cuando sólo esté atrasado un pequeño resto del contracrédito del deudor, que de momento no pueda prestar la otra parte, o cuando el cumplimiento tenga que ser mejorado de otra manera, por regla general, el deudor sólo podrá retener, para la seguridad de estas pretensiones atrasadas, una parte suficiente de su prestación» (75).

En el Derecho francés, afirma Capitant, que cabe alegar la excepción en caso de incumplimiento parcial, ya que así se deriva del mismo fundamento de la excepción, 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 prometió, sosteniendo, en consecuencia, que el artículo 1.653, como otros textos del Código francés, autorizan la denegación de pago en caso de parcial incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, añade, que la inejecución parcial no permitirá siempre al *excipiens* conservar la totalidad de la prestación, justificando tan sólo la denegación parcial de cumplimiento, cuando la perturbación del goce de que se queja el locatario no afecta más que a una parte de los lugares alquilados. Entonces, dice, «a denegación total del cumplimiento no tendrá razón de ser. Conviene proporcionar el efecto de la excepción a la gravedad del acto de inejecución» (76).

La proporcionalidad entre la parte que resta por cumplir y la denegación parcial de la propia prestación, en virtud de la alegada excepción representaría la más exacta justificación de la excepción en los casos de incumplimiento sólo parcial. Lo contrario puede ir

(74) BRUGÉ, *Exceptio non rite adimpleti contractus* (Riv. dir. comm., 1927, II, 661).

(75) ENNECERUS, II-1.º, p. 166.

(76) CAPITANT, *loc. cit.*

en contra del principio de buena fe que, en general, debe presidir la materia contractual. Por eso, de una forma o de otra, se ha reconducido en los Códigos alemán e italiano el cumplimiento parcial a la buena fe. En el Código alemán de modo expreso, y en el italiano de modo implícito, en cuanto que se enuncia la preclusión de la excepción en contra de la buena fe, sin indicar casos concretos, como el de la ejecución parcial. Sin embargo, en los citados Códigos resta por resolver la cuestión fundamental que plantea la ejecución parcial, a saber, si aquel a quien se reclama íntegra su prestación puede alegar la excepción, basándose en la ejecución sólo parcial del demandante, o si para no quebrantar el principio de la buena fe, debe abstenerse de su alegación quedando defraudada para él la simultaneidad de prestaciones al realizar la suya íntegra, frente a la parcial de la otra parte. ¿Cabrá la solución más equitativa de la prestación parcial también por parte del demandado?

El cumplimiento parcial del demandado podría encontrar la negativa del demandante a su admisión, no obstante haber cumplido también parcialmente, alegando el requisito de la integridad del pago (art. 1.169 Cód. esp.). Según las circunstancias habrá de resolverse, siendo la solución más equitativa, como indicamos, la de la denegación parcial de la propia prestación, en la cantidad necesaria para restablecer el equilibrio de las prestaciones que queden por cumplir, las cuales quedarían nuevamente sujetas al juego del cumplimiento simultáneo (77).

No es sólo la cuestión del cumplimiento parcial de la prestación por parte del demandante, la que puede dar lugar a dudas en la posibilidad de ejercitar la excepción, sino también la cuestión paralela del cumplimiento defectuoso.

Existirá cumplimiento defectuoso, a parte la hipótesis ya examinada del cumplimiento parcial, en todos aquellos casos en que la calidad, el lugar o cualquier otra circunstancia pactada en interés del acreedor no haya sido respetada.

La cuestión fue discutida de antiguo, distinguiéndose por algunos entre la prestación de distinta calidad a la pactada y la prestación afectada por vicios de la cosa, admitiendo la excepción en el primer caso tan sólo, ya que en el segundo debía resolverse la cuestión por las reglas específicas de la acción redhibitoria (78).

La solución en el derecho moderno debe también tener en cuenta las reglas específicas de los distintos negocios jurídicos, especialmente las más elaboradas de la compraventa. Pero, ciertamente, que el principio de la buena fe expresamente recogido en los códigos modernos, bien en general, como en el español, bien en especial aplicación a la excepción de incumplimiento también, como en los

(77) Sustenta esta posibilidad para el Derecho suizo, como más justa von THUR, *Ob.*, trad. esp.

(78) Cfr. autores citados en notas anteriores.

citados Códigos alemán e italiano, deberá servir de fundamentación para resolver los casos concretos.

Si bien el derecho del acreedor a la prestación comprende la exactitud en orden a todas las cualidades pactadas, las circunstancias concurrentes en la entrega por parte del deudor y correlativo recibo de la prestación por el acreedor influirán también en la ulterior posibilidad de alegar por su parte la excepción cuando le fuere reclamada su prestación.

Por otra parte, en algunos negocios jurídicos, como en la compraventa, existen disposiciones específicas que no podemos entrar a examinar en este lugar.

Cabrá desde luego alegar la excepción cuando no se haya recibido la prestación ofrecida a causa de justa negativa por los defectos de que adolezca.

13. CAUSA DEL NO CUMPLIMIENTO DEL DEMANDANTE

La alegación de la excepción de incumplimiento no se basa en la sanción de la conducta culposa de aquel a quien se le opone, sino en la regla del cumplimiento simultáneo. Por tanto, no se requiere para poder oponer la excepción la previa constitución en mora del demandante, la cual se basa en una situación de culpabilidad. Por tanto, aunque el no cumplimiento del demandante esté justificado, cabrá alegar frente a su reclamación la excepción de contrato no cumplido.

En esto se diferencia la excepción de la resolución por incumplimiento que implica la culpabilidad por parte del que incumple, como se reconoce expresamente en algunos códigos como en el alemán (parágrafo 325), y en aquellos ordenamientos en que no existe un precepto que así lo disponga, también basándose en la tradición y función de dicha resolución se reconoce por la doctrina y jurisprudencia (79). En efecto, en la resolución por incumplimiento se trata de una sanción por el quebrantamiento de la fe depositada por cada contratante en la otra parte: *frangenti fidem, fides non est servanda*. Nada de esto se produce en la fundamentación de la excepción, que trata como hemos expuesto de mantener la simultaneidad en el cumplimiento y con ello el equilibrio patrimonial en los contratos bilaterales.

Sin embargo, puede parecer en algún ordenamiento, como en el nuestro, que hay una relación entre la situación de mora de una parte y la excepción que estudiamos, ya que según nuestro Código «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» (art. 1.100, ap. últ.). En este precepto se basa nuestra doctrina para fundamentar la *exceptio*

(79) La jurisprudencia española exige para la aplicación del art. 1.124 que el incumplimiento se deba a causas imputables al deudor (SS. 5 enero 1935, 24 octubre 1941, 5 junio 1944, etc.).

en nuestro Código, a falta de una norma expresa de carácter general que la consagre (80).

Pero una cosa es que la constitución en mora en las obligaciones recíprocas requiera el previo cumplimiento o al menos el ofrecimiento de una de las partes, y otra distinta que para oponer la excepción se requiera que el demandante esté incurso en mora. Es más, siendo preciso el previo cumplimiento para que incurra en mora la otra parte, no habría posibilidad de alegar la excepción si se exigiese la situación de mora en aquel a quien se le opone, puesto que eso supondría haber cumplido ya el *excipiens*, y por tanto, carecería para él de interés alegar la excepción.

En realidad, el citado texto de nuestro Código no exige ningún requisito ni regula el ejercicio de la excepción, pues el texto mira directamente los efectos de la mora, aunque con fundamento se pueda afirmar que en el mismo late el principio de simultaneidad de las prestaciones propio, tanto de la situación de mora como de la excepción en las obligaciones bilaterales.

14. ALEGACIÓN DE LA EXCEPCIÓN

La excepción como mera posición defensiva por parte del demandado, no requiere el ofrecimiento o consignación de su propia prestación. Su alegación se encamina a quedar liberado por parte del *excipiens* del cumplimiento de la prestación reclamada en ese momento, no de modo definitivo; como mera excepción no pretende, de suyo, la condena del reclamante a la realización de su prestación.

Si por el contrario, el *excipiens* quisiere obtener en vez de la prolongación de la situación de falta de cumplimiento por ambas partes, el efectivo cumplimiento de ambas prestaciones, tendría que provocar dicho cumplimiento iniciándolo por su parte, mediante el cumplimiento real o al menos el ofrecimiento y consignación, con los que podría, evitando previamente que a su vez se le opusiere la excepción, pasar a la posición de demandante exigiendo el cumplimiento. Pero, en realidad, esto implica o bien la no alegación de la excepción, si tiene lugar el cumplimiento real, o la alegación conjunta de ésta y de su reclamación, preparada por la oferta y consignación condicionadas al cumplimiento simultáneo (81).

15. EFECTO PRINCIPAL DE LA «EXCEPTIO»

El efecto directo a que tiende la alegación de la *exceptio* es la suspensión provisional del cumplimiento de su obligación por parte

(80) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (*Notas a Ennecerus*, II-1.º, p. 168), ven en este precepto una aceptación de la excepción: "aunque el cód. c. esp. no menciona expresamente la *exceptio non adimpleti contractus* basta tener presente la consecuencia normal apuntada del art. 1.100 in fine para afirmar que en ella está latente la referida *exceptio*", opinión generalmente aceptada en nuestra doctrina.

(81) A parecidas conclusiones llegan PLANIOL-RIPERT, afirmando que la oferta real de su prestación por parte del *excipiens* sólo es necesaria "para que el que alega la excepción obtenga la condena de su contrario al cumplimiento sin más condición" (VI, núm. 455, p. 632).

del *excipiens*, protegiéndole de la prematura exigencia del reclamante, pero en definitiva no se niega la prestación debida que queda en situación de quiescencia simplemente. Por ende, la sucesiva reclamación mejor fundada debería ir acompañada del ofrecimiento de cumplir simultáneamente para evitar la nueva alegación de la excepción. Esta dualidad necesaria para el éxito final y el período intermedio de quiescencia ha sido eludida y superada por el Código civil alemán, mejorando la técnica tradicional de la excepción.

Dispone, el Código citado, que «si una parte interpone acción para reclamar la prestación a ella debida a consecuencia de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho correspondiente a la otra parte de negar la prestación hasta la efectucción de la contraprestación sólo produce el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada al cumplimiento simultáneo» (Zug um Zug) (parágrafo 322 ap. 1).

Así, pues, el ejercicio de la excepción de incumplimiento, en el derecho alemán, «no conduce a la desestimación de la demanda, sino únicamente a la condena del demandado a realizar la prestación *simultáneamente* contra recibo de la contraprestación» (82).

La expresada norma se atiene más exactamente a la regla del contrato bilateral, la simultaneidad de las prestaciones, puesto que esta simultaneidad no implica de suyo una dilación especial para el cumplimiento, sino más más bien la exigencia de la contraprestación cuando una de las prestaciones sea cumplida o se intente obtener o cumplir, respectivamente, por acreedor o deudor. Por ello, eliminando el período meramente suspensivo o dilatorio se llega con esta regulación a obtener la función del contrato bilateral, la expresada simultaneidad de cumplimiento, eliminando así mismo las dificultades probatorias a que después aludiremos.

16. EFECTOS DERIVADOS DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La alegación, con éxito, de la excepción de incumplimiento abre un período de quietismo o suspensión en la vida del contrato bilateral, no siempre bien estudiado, que hemos de examinar siquiera sea sumariamente.

a) ¿Mora del *excipiens*? El que opone la excepción no incurre en mora, ya que ésta en las obligaciones recíprocas no se produce para una parte mientras la otra no cumple (art. 1.100, últ. ap.), pero lo que no cabe desconocer es que las obligaciones desde el incumplimiento temporal o retraso, prolongan la situación en que se encontraban las partes creando un tiempo intermedio entre la exigibilidad de las recíprocas obligaciones y su cumplimiento ulterior, que no es calificable de mora, pero que puede plantear algunas cuestiones, como la responsabilidad por la custodia de las cosas que deban ser entregadas, los riesgos por el perecimiento fortuito, etc.

En ese período intermedio, no calificable de mora, ¿se produce

(82) LARENZ, *Ob.*, I, p. 269.

alguna modificación en las respectivas situaciones de las partes antes del vencimiento de las obligaciones o simplemente se prolonga esa situación de recíprocos deudores de obligaciones aún no exigibles?

El deudor incurso en mora queda sujeto a una agravación de su responsabilidad normal, como lo demuestra su responsabilidad por los casos fortuitos expresamente sancionada en nuestro Código (art. 1.096, ap. 3), por lo que al excluirse la situación de mora durante el tiempo en que produzca sus efectos la excepción, deberá excluirse congruentemente esa agravación de la responsabilidad.

Inversamente puede pensarse que la situación provocada por la alegación de la *exceptio* pueda suponer una disminución de la normal responsabilidad debitoria. En este sentido se sustenta con relación al Derecho italiano que en la obligación de custodia, hasta el vencimiento del término se trata de una obligación asumida voluntariamente, por lo que se impone la normal diligencia media del buen padre de familia, pero que «la obligación de custodiar posterior a la oposición de la *exceptio*, surge por el contrario autónomamente de la nueva situación producida a causa del incumplimiento de la contraparte», deduciendo de aquí que la responsabilidad por la custodia «debe ser valorada con menor rigor, como en el caso del depósito gratuito» (83).

No compartimos este criterio por creer se basa en un equívoco, ya que la prolongación de la obligación de custodia asumida voluntariamente en el contrato se atribuye al incumplimiento de la parte a quien se opondrá la excepción y si bien es cierto que no ha cumplido, esa situación de incumplimiento es común al *excipiens*, puesto que se le reclama su cumplimiento. Es decir que no habiendo efectuado su cumplimiento el *excipiens*, no cabe hablar de incumplimiento por la otra parte, conforme a la regla fundamental del cumplimiento simultáneo. No parece que siendo la misma situación de no cumplimiento para ambas partes se deba disminuir la responsabilidad de una de ellas, el *excipiens*, salvo que se afirmase igual debilitación para ambas.

Creemos más adecuado a la naturaleza de las obligaciones que nacen equilibradas en el contrato bilateral, mantener la misma situación en que se encontraban las partes llegado el momento del cumplimiento simultáneo, no cumplido por ninguna. En realidad el que una de las partes se adelante indebidamente a reclamar motivando la fundada alegación de la excepción por el demandado, no varía en su favor la situación de cumplimiento diferido en que se encuentra (84).

Conforme a este principio de mantenimiento de la misma situación contractual anterior el vencimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, creemos deberán resolverse los problemas que puedan surgir, además de los indicados del perecimiento fortuito

(83) PERSICO, p. 195.

(84) En igual sentido SCADUTO, p. 204.

y deber de diligencia en la custodia (por ejemplo, gastos hechos en la conservación de la cosa, producción de frutos).

b) Alegación de la excepción y oferta de la prestación: Con la alegación de la excepción el *excipiens* elude la propia prestación basándose simplemente en la simultaneidad de ambas prestaciones, pero sin que sea necesario el ofrecimiento de su prestación, ya que nada se reclama por su parte, limitándose a una posición pasiva. Sin embargo una postura posible y desde luego muy razonable para el *excipiens* consistiría en la oferta de su prestación coetáneamente a dicha alegación. Conviene distinguir dos posibles maneras de realizar la oferta: oferta seguida de la consignación, con los requisitos legales, de su prestación, condicionando la entrega a la otra parte a que ésta a su vez realice su prestación, y simple oferta de la propia prestación para cuando se realice la contraprestación.

1.º En caso de oferta seguida de consignación con los requisitos legales se producen los efectos de la mora para la otra parte, ya que la consignación equivale al cumplimiento o al menos en el supuesto de consignación condicionada, al «allanamiento al cumplimiento». En efecto el ofrecimiento condicionado al recíproco cumplimiento no puede liberar al que lo realiza ya que no tendrá lugar la entrega de la prestación consignada sin el recíproco cumplimiento, pero al menos puede producir otros efectos de la *mora credendi* y ante todo el considerar incurso en *mora* al contratante a quien se hace la oferta de cumplimiento, pues si bien en tesis general puede sostenerse que no cabe el ofrecimiento condicionado, esto no puede afirmarse en las obligaciones recíprocas cuando la condición de la entrega sea el cumplimiento simultáneo de la otra parte (85) ya que en otro caso o habría que renunciar a la garantía del cumplimiento simultáneo o no sería posible tomar iniciativa alguna para el cumplimiento contractual quedando a merced del otro contratante.

Por otra parte como fundamento positivo de la mora de aquella parte a quien se hace el ofrecimiento condicionado, existe en nuestro Código civil, con carácter general el artículo 1.100 según el cual «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». A la vista de este precepto cabe afirmar que si bien el ofrecimiento condicionado no libera por sí sólo al que lo hace, debe al menos poner en situación de mora al que lo recibe, puesto que la mora para una

(85) El T. S. con carácter general exige que el ofrecimiento de pago se haga incondicionalmente (S. 27 noviembre 1906), lo que no contradice nuestra afirmación con referencia a las obligaciones recíprocas.

En el mismo sentido que mantenemos PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, que afirman que en caso de obligaciones recíprocas (art. 1.100) podrá el deudor subordinar la entrega de la cosa que ofrece a que a su vez entregue el acreedor la que le incumbe (II-1.º, p. 322).

parte se inicia con el cumplimiento o allanamiento al mismo por parte de la otra. Vienen equiparados el cumplimiento y el allanamiento al cumplimiento y no puede por menos de implicar ese allanamiento o decisión de cumplir, el hecho del ofrecimiento.

2.º En caso de oferta no seguida de consignación, también será posible considerar, sin embargo, que se produce para la parte que recibe la oferta la situación de mora si dicha oferta reúne garantías de realidad, aunque sea más evidente y clara la situación de mora en el caso anterior.

Realizada, pues, la alegación de la excepción coetáneamente con el ofrecimiento y consignación condicionados al simultáneo cumplimiento, el *excipiens* logrará hacer caer en mora a la parte que le demanda su cumplimiento, paralizando en virtud de la excepción su propio cumplimiento. Esta situación en que ninguna de las partes cumple su obligación, pero que sitúa al que demuestra su voluntad de cumplimiento simultáneo en la posición favorable de no estar incurrido en mora, y al que reclama en la desfavorable posición de deudor moroso, no puede dejar de influir en el período que se abre desde la oposición de la excepción hasta que éste termina, siendo del mayor interés su examen.

Así como en el supuesto anterior llegábamos a la conclusión de que el período de quietismo o suspensión en la vida del contrato bilateral que se inicia por la alegación de la excepción debe de regirse por los mismos principios de situación igualatoria basándonos en el funcionamiento del contrato bilateral, su simultaneidad de cumplimiento, en el presente caso por el mismo fundamento hemos de sustentar el principio opuesto, la situación desigual de las partes ya que la mora en que ha incurrido una de ellas debe llevar aparejadas las desventajas de la misma no obstante tratarse de contrato bilateral.

Como más importante entre estas desventajas debe figurar el soportar el riesgo por el percimiento fortuito de las cosas específicas, conforme a las reglas generales para la responsabilidad dimanante de la mora para el deudor (arts. 1.096 y 1.182) respecto a su propia prestación de la que es deudor. En este caso la transferencia del riesgo por la situación de mora se produce conforme a normas generales, sin que a ello se oponga la especial naturaleza del contrato bilateral cuya eficacia normal se ha roto por la situación de mora.

Pero tampoco se produce la aplicación de la normal liberación del deudor recíproco por la pérdida fortuita de la prestación de la parte contraria, efecto normal de las prestaciones bilaterales, admitido doctrinalmente en defecto de norma legislativa en donde no tiene sanción legal, por lo que la mora de una de las partes le transfiere el riesgo por el percimiento fortuito de cosas específicas que debieran ser entregadas por la parte no incurrida en mora. Normalmente esa pérdida fortuita liberará a la otra parte de cumplir su prestación dada la correlatividad de ambas obligaciones. En

caso de mora de una de las partes, creemos deberá recobrar su imperio la norma general para el supuesto de *mora credendi*. Alegada la *exceptio* y ofrecida su propia prestación por el *excipiens*, se transfieren los riesgos a la otra parte al incurrir en mora por dicho ofrecimiento (86).

Algunas aplicaciones concretas, en defecto de norma general, podemos encontrar en nuestro Código, sobre esta transferencia de riesgos a causa de la mora de aquella parte que debía recibir la cosa que ha perecido fortuitamente (87).

c) ¿Suspensión de la prescripción de las obligaciones recíprocas? Se ha afirmado por algún sector doctrinal que durante el período que se inicia con la alegación de la excepción de incumplimiento se interrumpe la prescripción del crédito del *excipiens* (88), así como que la excepción suspendía también la prescripción del crédito de aquél a quien se opone, ya que por virtud de la misma se impedía al reclamante ejercitar su derecho por lo que sería de aplicación la causa de la suspensión enunciada en el aforismo *contra non valentem agere non currit prescriptio*.

Esta tesis debe rechazarse ya que por parte del *excipiens* la alegación de la excepción no implica, por sí sola, reclamación alguna sino posición puramente defensiva y por parte del demandante rechazado por la excepción, no es cierto que se encuentre paralizado en el ejercicio de su derecho. Por el contrario, le basta el cumplimiento u oferta de cumplimiento para poder reclamar con éxito su derecho.

Según una certera distinción, ya mantenida bajo el Derecho común, las excepciones meramente dilatorias que pueden ser excluidas por el acreedor no pueden suspender la prescripción de su crédito, que únicamente puede ser suspendida por las excepciones dilatorias basadas en obstáculos independientes de su mera voluntad (89).

El Código civil alemán inspirándose en esta doctrina ha excluido de las causas de suspensión de la prescripción por excepciones dilatorias (cuando el obligado esté autorizado a denegar transitoriamente la prestación: parágrafo 202 ap. 1), aquellas excepciones dilatorias que «el actor está obligado a eliminar o que, según la intención de la ley, debía eliminar antes de deducir su acción» (90). En efecto, dicho código expresamente excluye de la suspensión

(86) En el mismo sentido, en relación con el Derecho alemán: LARENZ, *Ob.*, I, p. 353, considerando aplicable al contrato bilateral el parágrafo 287, según el cual "el deudor durante la mora ha de responder de toda negligencia. Es también responsable de la imposibilidad de la prestación ocasionada por caso fortuito durante la mora, a no ser que el daño se hubiera producido también en caso de haber cumplido la prestación a tiempo".

(87) V. arts. 1.589, 1.452, ap. 3 y 1.185.

(88) CASSIN, *loc. cit.*, p. 640; SCADUTO, *loc. cit.*

(89) WINDSCHEID, *Pandette*, trad. it., I-1.^a, p. 438, Torino, 1902.

(90) ENNECERUS, I-II, p. 510.

por virtud de excepciones dilatorias, entre otras, la excepción de contrato no cumplido (parágrafo 202, ap. 2).

En cuanto al momento de iniciación de la prescripción en las obligaciones nacidas del contrato bilateral, no sufre variación la doctrina general que lo refiere al día en que pudieron ejercitarse los derechos que han de prescribir (art. 1.969), es decir que en las obligaciones recíprocas empieza el plazo prescriptorio desde que sean exigibles ambas obligaciones, lo que normalmente se produce al propio tiempo, sin que sea preciso el cumplimiento u oferta de cumplimiento de una de las partes. Una cosa es, en efecto la exigibilidad y otra que dicha exigibilidad pueda verse paralizada transitoriamente por la falta de propio cumplimiento. Rigen pues las normas generales sobre principio de la prescripción en estas obligaciones derivadas de contrato bilateral.

17. EXTINCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA EXCEPCIÓN

Hay que distinguir los supuestos de previa exclusión de la excepción y los de extinción de sus efectos ya iniciados por su válida alegación. De la exclusión nos limitamos a recordar lo indicado en orden al previo cumplimiento, que de modo anómalo, puede sin embargo, darse también en el contrato bilateral, bien por pacto, uso o disposición legal (supra 9 y 10). Es de advertir que la renuncia a la alegación de la excepción implica en definitiva la aceptación del previo cumplimiento por parte del renunciante, si la otra parte reclama el cumplimiento sin haber cumplido o estar dispuesta a cumplir al propio tiempo.

Algunas cláusulas frecuentes en el tráfico jurídico implican dicha renuncia a la alegación de la excepción, como acontece con el pacto *solve et repete*, que impide ejercitarla. Esta cláusula está implícitamente admitida, en relación con la excepción de cumplimiento en el Código italiano, según el cual «la cláusula con la que se establece que una de las partes no puede oponer excepciones a fin de evitar o retardar la prestación debida, no produce efecto respecto a las excepciones de nulidad, de anulabilidad o de rescisión del contrato» (art. 1.462, ap. 1).

Se excluyen por tanto de la cláusula *solve et repete* aquellas excepciones que afectan a la validez contractual, alegándose como fundamento de esta exclusión en la Exposición de Motivos, que dicha exclusión daría a la relación carácter de abstracción, operando la cláusula contra el ordenamiento jurídico (91).

Implícitamente resulta, por tanto posible, renunciar a través de esta cláusula, a la excepción de cumplimiento, ya que no está excluida.

Pasando a las causas de extinción de los efectos ya iniciados de la excepción y prescindiendo de un examen general de todas las posibles causas, debe ponerse de especial relieve el supuesto en que cese el propio fundamento de la excepción, por cesar la relación de

(91) *Relazione del Guardasigilli*, núm. 239.

reciprocidad en sí misma, o bien la falta de simultaneidad del cumplimiento.

Puede cesar la relación de reciprocidad cuando se extinga una de las obligaciones subsistiendo la otra. Si se extingue la obligación del que reclama, carece de fundamento la alegación de la excepción ya que frente a la obligación del demandado no existe ya la contraprestación recíproca. Cesarán los efectos paralizadores de la reclamación y surtirán sus normales efectos (mora, responsabilidad agravada, etc.). La excepción deviene infundada. Si se extingue la obligación del que alega la excepción, éste no tiene necesidad de ampararse en una excepción meramente dilatoria, puede alegar una excepción de fondo alegando que no debe aquello que se le reclama, pudiendo asimismo reclamar el cumplimiento de la obligación de la otra parte sin ningún obstáculo.

Puede también desaparecer la falta de simultaneidad en el cumplimiento si el que había reclamado previamente sin cumplir u ofrecer cumplir, realiza dicho cumplimiento, renunciando al cumplimiento simultáneo, o bien ofreciendo el cumplimiento condicionado a la recíproca simultaneidad. Cae también por su base el fundamento de la excepción y la parte que se amparaba en la misma ha de cumplir si quiere evitar las consecuencias de la mora en su perjuicio.

18. ASPECTOS PROCESALES

Tienen gran importancia algunos aspectos procesales a los que muy someramente nos vamos a referir, especialmente en orden a la prueba.

Bajo el Derecho común ya se discutió la repercusión procesal de la manera de ser concebidas las obligaciones recíprocas, en orden al ejercicio de la excepción de contrato no cumplido (92). En efecto, el principio de la simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones en el contrato bilateral podría configurarse de modo que ninguna de las partes pudiera reclamar a la otra su prestación antes de haber cumplido la suya, por lo que su demanda debería ir encaminada en primer término, a la demostración de su propio cumplimiento y sólo después a obtener la que le era debida o al menos, ofrecer cumplir simultáneamente con el demandado.

Frente a la anterior posición se sostuvo que el contrato bilateral faculta a cada parte para exigir directamente el cumplimiento de la contraria, quedando al arbitrio de ésta el defenderse frente a la demanda por la alegación de la excepción de incumplimiento. Se pone de relieve en favor de esta tesis, que con independencia de su rigor teórico, tiene indudables ventajas prácticas pues elimina la investigación sobre el previo cumplimiento u ofrecimiento del demandante (93).

El Código alemán ha seguido esta última posición dejando al demandado la decisión de alegar la excepción de incumplimiento

(92) WINDSCHEID, p. 391.

(93) TUHR, *Ob.*, II, p. 52.

de su obligación por parte del actor, por lo que si no opone dicha excepción vendrá condenado al cumplimiento en contra de la regla fundamental del contrato bilateral, del cumplimiento simultáneo. La razón de esta construcción en el Código alemán es puramente procesalista, según Larenz, el temer que el imponer al demandante la alegación de su propio cumplimiento o de la obligación del previo cumplimiento del demandado, conduciría a la desestimación de muchas demandas «a causa de una excusable inadvertencia del demandante», fundándose la sentencia en motivos con los que el demandado «no ha querido ni podido defenderse» (94).

Según la doctrina dominante en Alemania, la construcción del Código alemán se basa en la consideración de las pretensiones de las partes en el contrato bilateral, como no limitadas, revelándose su injusticia al exigir el previo cumplimiento, por la alegación de la excepción por el demandado. Frente a esta construcción, Larenz, estima que en el contrato bilateral la obligación de cada uno no radica ni tiene sencillamente a la prestación, sino que normalmente consiste en la prestación simultánea al tiempo de recibir la contraprestación. Y según esto, por regla general, cada contratante solo puede exigir la prestación del otro cuando ofrece la suya propia; sin embargo, añade, «por razones de técnica procesal, la ley admite que cada parte pueda ejercitar procesalmente su acción sin tener en cuenta la limitación que le es inherente según la concepción del contrato bilateral, en tanto que el adversario no invoque esta limitación y *consue* la no existencia de aquel presupuesto» (95).

Según el Código suizo de las obligaciones, «el que reclama la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación, a menos que goce del beneficio de un término según las cláusulas o la naturaleza del contrato» (art. 82). Este precepto es interpretado por algunos en el sentido que parece desprenderse de su tenor literal de ser necesario cumplir u ofrecer antes la prestación propia para poder exigir la prestación contraria (96), pero tal vez sea predominante la opinión contraria que se inclina hacia la solución del Código alemán, por la que queda en definitiva a la libre apreciación del demandado el oponer la excepción de incumplimiento.

La precedente fundamentación tiene su reflejo en la cuestión de la carga probatoria.

Para que prospere la excepción es precisa la prueba de que entre el actor y el demandado media una relación contractual bilateral, así como el incumplimiento por parte del actor y que el demandado no está obligado al previo cumplimiento. Ahora bien, ¿deberá recaer la carga probatoria de tales extremos sobre el demandado?

Algunos han pretendido que la excepción de incumplimiento, actuase como una especie de *exceptio doli*, que debía probar el de-

(94) LARENZ, *Ob.*, I, p. 269.

(95) LARENZ, *Ob.*, I, p. 268.

(96) TRUD, *Ob.*, II, p. 52.

mandado, según la vieja máxima *reus in excipiendo fit actor*, por lo que la prueba del incumplimiento del actor recaería sobre el demandado (97).

En la actualidad, la doctrina reconoce que aplicando a la excepción la norma general de la carga probatoria, según la cual corresponde la prueba de los hechos constitutivos del derecho que se reclama al que lo alega y la de los hechos modificativos o extintivos al que lo niega, estima que la carga del propio cumplimiento o de la obligación de previo cumplimiento de la contraparte, compete al demandante (98).

Al demandado le bastará alegar la excepción de incumplimiento para hacer recaer la carga de la prueba sobre el actor, puesto que éste al reclamarle su prestación habrá tenido que suministrar la prueba del contrato bilateral que les liga y de esta forma libera al demandado de lo único que en realidad tendría que probar, o sea, la vinculación contractual bilateral entre la prestación que se le reclama y la que incumbe por el mismo contrato al actor.

En cuanto a la prueba del incumplimiento del actor, no recae sobre el demandado, ya que el cumplimiento de su propia obligación, como hecho extintivo que es debe ser probado por el obligado, que en este caso por la reciprocidad obligatoria, es el propio actor. Igualmente acontece con el supuesto contrario al éxito de la excepción, de que el demandado debiese cumplir previamente conforme al contrato (*supra* núm. 10), pues como dicha obligación es anormal en la relación sinalagmática, deberá también ser probada por el demandante (99).

Únicamente si aceptado el cumplimiento del actor, luego frente a la reclamación de éste, se opusieren reparos a su cumplimiento (p. ej., por defectuoso, por falta de identidad con la prestación debida, etc.), recae la prueba de dichos reparos sobre el demandado, dependiendo de su éxito y de la entidad de los defectos que resulten probados la posibilidad de que la excepción pueda producir, al menos en parte, su resultado dilatorio (100).

El supuesto, si bien con carácter general para toda clase de obligaciones, está especialmente regulado por el Código civil alemán, según el cual «si el acreedor ha aceptado como pago una prestación a él ofrecida como tal pago, le incumbe la carga de la prueba si no quiere que la prestación valga como cumplimiento por ser distinta de la prestación debida o por ser incompleta» (parágrafo 363).

Esta posición de la excepción de incumplimiento se explica por la doctrina alemana como una posición especial ventajosa, debida al carácter de reciprocidad del contrato, cuya prueba ya suministra

(97) LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I, p. 214; GIORGI, *Ob.*, IV, p. 203, ed. it.

(98) TUHR, *Ob.*, II, p. 56; ENNECCERUS, *Ob.*, II-1.º, p. 167; LARENZ, *Ob.*, I, p. 270; PERSICO, p. 172; etc.

(99) TUHR, *Ob.*, II, p. 56.

(100) ENNECCERUS, *Ob.*, II-1.º, p. 167.

el actor: «a diferencia de lo que ocurre en todo caso en que se trate de excepción propiamente dicha, no incumbe al demandado probar que su contraderecho sea fundado; su censura precisamente tiene sólo la significación de crear la condición previa procesal para tener en cuenta la limitación inherente normalmente a la pretensión del actor. Y frente a ello es misión del demandante demostrar que esta restricción no ha existido nunca (porque el demandado ha de cumplir su prestación antes), o que ha desaparecido (porque el actor ya ha cumplido la suya) (101).

(101) LARENZ, *Ob.*, I, p. 270.

