

LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL  
ESTRUCTURA, FUNCIÓN Y LÍMITES

“Resistir, porfiar, no ceder, seguir creyendo en los méritos del ser humano, en la posibilidad de su educación; derecho, justicia, amar la heterogeneidad y buscarla, igual que la solución pacífica de los conflictos. Posiblemente el mal con el que estamos obligados a luchar se encuentra en nosotros mismos, sin que sepamos a la postre quién vencerá. Mientras esto, por imperativo de conciencia, sigamos luchando. Busquemos esa luz en medio de las tinieblas. El heroísmo como virtud cotidiana: vivir con dignidad, y, llegado el momento, saber también morir con ella”.

Fernando Hinestrosa

CARLOS ALBERTO

CHINCHILLA IMBETT

LA EXCEPCIÓN DE  
INCUMPLIMIENTO  
CONTRACTUAL

ESTRUCTURA, FUNCIÓN Y LÍMITES

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Chinchilla Imbett, Carlos Alberto

*La excepción de incumplimiento contractual : estructura , función y límites /* Carlos Alberto Chinchilla Imbett.  
- Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.

458 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 413-436)

ISBN: 9789587728781

1. Responsabilidad contractual – Colombia 2. Responsabilidad civil – Colombia 3. Incumplimiento de contrato – Colombia 4. Obligaciones (Derecho) – Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título

346.5

SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Diciembre de 2017

ISBN 978-958-772-878-1

© 2017, CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT

© 2017, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Álvaro Alexander Rodríguez Peña

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital SAS - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

PRÓLOGO	17
INTRODUCCIÓN	21

PARTE I

LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA DE TRADICIÓN CIVIL HA CUMPLIDO UNA FUNCIÓN DE PRESERVACIÓN DEL VÍNCULO SINALAGMÁTICO DEL CONTRATO

33

CAPÍTULO I

DE LOS ORÍGENES DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	35
1.1 El establecimiento del rol de la excepción de incumplimiento contractual en el derecho romano permite develar los principios del sistema jurídico que se encuentran en la base de dicha excepción	37
1.2 En el derecho romano la excepción de incumplimiento protegía el vínculo sinalagmático del contrato en desarrollo del principio de la <i>bona fides</i>	42
1.3 Las fuentes clásicas elaboraron una serie de soluciones acerca de la función de la excepción, particularmente en el contrato de compraventa: la excepción de incumplimiento tutelaba a la parte que era requerida para el cumplimiento del contrato en el supuesto de rompimiento de la reciprocidad del sinalagma en claro desconocimiento del equilibrio propio del negocio	52
1.3.1 La excepción de incumplimiento contractual adquiría importancia en cuanto subordinaba la procedencia de la pretensión del actor a la correspondiente ejecución de la prestación a su cargo: protección a favor del vendedor	55
1.3.2 La excepción de incumplimiento asumía una relevancia autónoma debido a la exigencia de tutela al carácter sinalagmático del contrato cuando se configuraba una lesión objetiva en aquel caso en que una parte pretendía su prestación sin haber realizado la que le correspondía: protección a favor del comprador	66

CAPÍTULO II

DE LA MADURACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	75
2.1 El orden económico, político, social y jurídico de la Edad Media exige reinterpretar las figuras del derecho civil: la tradición civil del derecho intermedio construye el carácter general de la excepción de incumplimiento contractual como remedio conservativo del contrato	77
2.2 El aporte del derecho intermedio fue trascendental en la concepción del contrato y sus remedios, pues enfocaba la tutela del contrato en consideración de la fuerza obligatoria del acuerdo, y, consecuentemente, la excepción de incumplimiento se encontraba estrechamente ligada con la preservación del pacto	80
2.3 En la doctrina del derecho intermedio, la buena fe se estableció como una expresión de la <i>aequitas</i> , lo cual acentuó la función protectora del acuerdo característica de la excepción de incumplimiento	91
2.3.1 En el derecho intermedio se aplicó la excepción de incumplimiento con el fin de garantizar la ejecución simultánea de las prestaciones del contrato sinalagmático sin necesidad de usar una fórmula predeterminada; sin embargo, se enunció por primera vez el brocardo <i>exceptio non adimpleti contractus</i> y se logró su generalización	99

CAPÍTULO III

DE LA CONSAGRACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN LOS CÓDIGOS	109
3.1 La excepción de incumplimiento en el movimiento codificador europeo fue recogida como un instrumento útil para proteger el propio derecho al cumplimiento de la contraparte	111
3.1.1 El Código Civil francés de 1804 consagró la excepción de incumplimiento contractual por medio de casos particulares y normas que permiten la correcta ejecución de las prestaciones de los contratos bilaterales, no obstante el rol preponderante de la resolución del contrato por incumplimiento	112
3.1.1.1 La reforma del Code Civil de 2016, en consideración a su tradición jurídica, consagra expresamente la excepción de incumplimiento como un remedio contra la inexecución del contrato	120

3.1.2	La codificación alemana consagra expresamente la excepción de incumplimiento por medio del § 320 del BGB como un remedio general del contrato frente al incumplimiento	126
3.1.3	La excepción de incumplimiento en el derecho italiano: de la consagración implícita a la consagración expresa de una norma que recoge la <i>exceptio</i> con una función preservativa del vínculo	130
3.2	En los instrumentos de armonización del derecho de los contratos se recoge la excepción de incumplimiento, pues constituye un remedio de la tradición civil que busca la tutela del vínculo contractual	135
3.3	La excepción de incumplimiento en el sistema jurídico latinoamericano es recogida por sus códigos más emblemáticos, en respeto a los principios de su experiencia jurídica y con el fin de proteger el vínculo sinalagmático	149

PARTE II

EN COLOMBIA, LA INTERPRETACIÓN PREDOMINANTE DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* DESCONOCE LA FUNCIÓN DE PRESERVACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL, LA CUAL LE ES PROPIA DADA SU NATURALEZA, Y TIENDE A CONFUNDIRLA CON OTRAS FIGURAS DEL DERECHO CIVIL

161

CAPÍTULO I

	DE LA INTERPRETACIÓN ACTUAL DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO	163
1.1	En Colombia se adopta el modelo de Código Civil de Andrés Bello, el cual no consagra expresamente la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> ; sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han buscado su aplicación con base en las reglas de la ejecución simultánea de los contratos sinalagmáticos	165
1.1.1	La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina colombiana construyen la excepción de incumplimiento con base en una disposición normativa que no la expresa claramente	172

1.1.1.1	La interpretación ‘clásica’ en la cual se afirma la consagración expresa de la excepción de incumplimiento en el artículo 1609 y se construye un modelo que intenta reunir difusamente los elementos de la <i>exceptio</i>	174
1.1.1.2	La interpretación en la que se afirma la consagración de la excepción de incumplimiento en el artículo 1609; no obstante, se encuentra consagrada también la compensación de moras que impide el ejercicio de la acción de cumplimiento o de resolución por incumplimiento	182
1.1.1.3	La interpretación según la cual el artículo 1609 no paraliza la acción de cumplimiento ni de resolución, sino que regula solamente la compensación de moras	185
1.1.1.4	La interpretación según la cual el artículo 1609 prevé la resolución con base en el incumplimiento previo de la contraparte	186
1.1.2	La jurisprudencia constitucional no se interesa por establecer la funcionalidad de la <i>exceptio</i> , sino por determinar los límites al ejercicio del remedio sinalagmático en consideración a la protección de los derechos fundamentales	187

## CAPÍTULO II

	DELIMITACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO FRENTE A OTRAS FIGURAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	197
2.1	Existen otros institutos del Código Civil que cumplen, igual que la excepción de incumplimiento, una función sinalagmática autónoma dentro del contrato y cuya estructura se diferencia de la misma excepción	200
2.1.1	La excepción de incumplimiento y la compensación de moras son remedios sinalagmáticos diversos, de ahí que no pueda sostenerse que el artículo 1609 del Código Civil colombiano contenga en su integridad la excepción de incumplimiento	201



2.1.1.1	La compensación de moras se distingue de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> por los efectos que produce en la relación negocial, los cuales colaboran en la protección del sinalagma contractual	209
2.1.2	La excepción de incumplimiento contractual y la ‘excepción de incumplimiento previsible’ son dos remedios sinalagmáticos, pero mientras que la primera se ejerce frente a un incumplimiento consumado, la segunda opera ante una seria amenaza de incumplimiento futuro	218
2.1.3	La excepción de incumplimiento contractual y el derecho de retención son figuras que garantizan el equilibrio de las relaciones negociales en ámbitos particularmente diferenciados; sin embargo, el derecho de retención se expresa funcionalmente como una excepción de incumplimiento en el caso específico en el cual el acreedor retiene la cosa en su poder con el fin de garantizar los créditos relacionados directamente con la relación negocial	222
2.1.4	En la excepción de incumplimiento contractual y en la compensación se confrontan dos partes recíprocamente deudoras y acreedoras con el fin de permitir el equilibrio de la relación negocial; sin embargo, funcionalmente no comparten puntos de contacto, pues la compensación es un claro modo de extinción de las obligaciones	228
2.2	La excepción de incumplimiento y la resolución por incumplimiento son remedios sinalagmáticos por excelencia, funcionalmente diferentes y autónomos, en cuanto la resolución pretende la liberación de las partes del vínculo negocial y requiere un incumplimiento definitivo del contrato, mientras que la <i>exceptio</i> propende a la conservación del vínculo	229
2.2.1	El problema del caso colombiano: la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente han considerado la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> como una excepción perentoria de la acción de resolución por incumplimiento en los eventos de incumplimiento recíproco, sin reconocerle su autonomía y su función típicamente conservativa del contrato	235

2.2.1.1	Los incumplimientos presentes de la relación negocial deberían ser valorados por parte del juez con el fin de determinar la naturaleza del incumplimiento y de establecer el remedio aplicable y la legitimidad de su ejercicio	240
2.2.1.2	Frente a un incumplimiento grave del contrato que impida su conservación, no resulta procedente el ejercicio de la excepción de incumplimiento; en cambio, podría reconocerse como una modalidad de resolución que opera por vía de excepción: la ‘excepción sustancial de resolución’	246

### PARTE III

#### LA ESTRUCTURA DE LA ‘EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO’ A PARTIR DE LAS ENSEÑANZAS DE LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL PERMITIRÍA RETOMAR SU FUNCIÓN SINLAGMÁTICA

257

### CAPÍTULO I

DEL FUNDAMENTO Y LA NATURALEZA DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO		
		259
1.1	Dada su naturaleza y fundamentación en valores comunes, la excepción de incumplimiento es una figura que puede circular en los ordenamientos del <i>civil law</i> ; en particular, entre el colombiano y el italiano	261
1.2	El principio general de la buena fe expresado en el artículo 1603 del Código Civil colombiano constituye el fundamento normativo de la excepción de incumplimiento	267
1.2.1	El principio general de la buena fe exige lealtad de las partes en la relación negocial y garantiza el respeto del <i>synallagma</i> contractual y, por ende, del equilibrio del contrato, presupuestos todos de la excepción de incumplimiento	274
1.3	La naturaleza jurídica de la excepción de incumplimiento: el devenir que la lleva a encontrar su esencia como mecanismo protector del contrato	281

1.3.1	La excepción de incumplimiento como una excepción de carácter procesal y de tipo perentorio	282
1.3.2	La excepción de incumplimiento como un mecanismo de derecho sustancial y dilatorio	283
1.3.3	La excepción de incumplimiento como un medio de justicia privada	284
1.3.4	La excepción de incumplimiento como un instrumento de ‘autotutela privada’	286
1.3.5	El carácter remedial de la <i>exceptio</i> permite que sirva como un mecanismo de gestión de la relación contractual	287
1.4	La excepción de incumplimiento tiene como efecto principal la suspensión legítima de las prestaciones a cargo del excepcionante con el fin de estimular la realización de la relación negocial	290

## CAPÍTULO II

	DE LAS CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO	297
2.1	Los presupuestos aplicativos de la excepción	299
2.1.1	El carácter sinalagmático del vínculo constituye el campo de aplicación de la excepción de incumplimiento	300
2.1.1.1	La unidad del vínculo contractual permite considerar que el incumplimiento de las obligaciones llamadas secundarias o accesorias legitima el ejercicio de la excepción de incumplimiento	309
2.1.1.2	La excepción de incumplimiento es aplicable a los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos	313
2.1.2	El momento del cumplimiento de las obligaciones de las partes contratantes: el orden cronológico de ejecución de las prestaciones determina la procedibilidad del ejercicio de la excepción de incumplimiento	323
2.1.2.1	Si el cumplimiento de las prestaciones en el contrato sinalagmático es simultáneo, ambas partes pueden alegar la excepción de incumplimiento	324
2.1.2.2	Si el cumplimiento de las obligaciones no es simultáneo, la excepción no puede ser invocada, en principio, por quien es beneficiario del término para el cumplimiento de sus obligaciones	327

2.1.2.3	Si el contrato es de ejecución periódica o continuada, la excepción de incumplimiento, en principio, solo puede ser alegada respecto de las prestaciones incumplidas	333
2.1.3	El incumplimiento de la contraparte legitima el ejercicio de la excepción de incumplimiento: supuestos de hecho	335
2.1.3.1	Un incumplimiento no definitivo y no necesariamente imputable de la contraparte constituye un presupuesto para el ejercicio de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	336
2.1.3.2	No estar presto al cumplimiento o no ofrecer el pago se asimila a un incumplimiento que da lugar al ejercicio de la excepción de incumplimiento	343
2.1.3.3	El cumplimiento inexacto es a todos los efectos un incumplimiento que da lugar a oponer la excepción de incumplimiento, la <i>exceptio non rite adimpleti contractus</i>	345
2.1.3.4	El incumplimiento definitivo no legitima el ejercicio de la excepción de incumplimiento	357
2.1.4	Los presupuestos de ejercicio de la excepción garantizan la correcta proposición de la excepción de incumplimiento y el cumplimiento de la función para la cual fue diseñada	361

### CAPÍTULO III

	DEL ROL DE LA BUENA FE EN EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO	363
3.1.	El ejercicio de la excepción de incumplimiento por el <i>excipiens</i> : el incumplimiento legitimado	365
3.1.1	La buena fe constituye el criterio de valoración de la conducta de quien alega la excepción de incumplimiento en consideración de todas las particularidades de la relación comercial, sin limitarse a restringir el ejercicio de la <i>exceptio</i> solamente a supuestos de hecho específicos	367
3.1.1.1	El ejercicio de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> conforme a buena fe se concreta a través de la valoración proporcional entre la respuesta del <i>excipiens</i> y el incumplimiento de la contraparte en atención a los intereses de las partes y el equilibrio del vínculo, así como por medio del ejercicio razonable del remedio sinalagmático	369

3.1.1.2	La valoración del comportamiento del <i>excipiens</i> conforme al deber de lealtad y consideración del interés ajeno exigibles a las partes evita un ejercicio abusivo de la excepción de incumplimiento	378
3.1.1.3	El requisito de la gravedad del incumplimiento de contraparte para el ejercicio de la excepción de incumplimiento conforme de buena fe debe ser leído como un incumplimiento serio, pero no igualable al que se exige para la resolución por incumplimiento contractual; de lo contrario, se desconocería la funcionalidad conservativa de la <i>exceptio</i>	383
3.1.1.4	La interpretación conforme a la Constitución exige limitar el ejercicio de la excepción de incumplimiento cuando se afectan derechos fundamentales, con atención a las particularidades del caso concreto	390
3.1.2	La buena fe orienta el ejercicio de la excepción de incumplimiento y cierra el elenco de los presupuestos de aplicación	399
	CONCLUSIONES	401
	BIBLIOGRAFÍA	411
	ÍNDICES	437
	Índice de autores	439
	Índice de fuentes	449
	Índice temático	455



Tuvimos la satisfacción de seguir, desde el inicio, el recorrido de formación científica emprendido por Carlos Chinchilla durante el trienio del doctorado en derecho ofrecido por el Dipartimento di Giurisprudenza de la Università degli studi di Genova, Italia. Un trienio caracterizado por un constante, serio y apasionado compromiso, que ha dado excelentes frutos, primero, en una tesis de doctorado ampliamente apreciada por la Comisión de Jurados, y ahora en el libro que se presenta.

Sin lugar a dudas, el trabajo se caracteriza por la completitud de su investigación, por la capacidad de análisis y de reconstrucción, también por la atención a la experiencia jurídica del pasado, pues parte de la idea, entre otras, de que el derecho romano, además de ser glorioso, no es un obstáculo en el que haya una inútil deferencia debida a las cosas muertas y sin valor alguno. De hecho, se revela como un instrumento de reflexión y, por lo tanto, al menos de potencial conocimiento, cuando sea fecundo interlocutor del jurista del presente, que mira al pasado y a sus mayores con el fin de entenderse mejor a sí mismo y a su tiempo.

Todas estas cualidades inducen fundamentalmente a sostener que el libro de Carlos Chinchilla está destinado a asumir una posición significativa en el ámbito de la doctrina latinoamericana (sin embargo, el diálogo con la doctrina europea, y en particular italiana y francesa, desarrolla un rol central en el trabajo), la cual se plantea principalmente en materia de excepción de incumplimiento y, por lo tanto, de patologías y de remedios contractuales, como también en materia de teoría general del contrato. Hacemos esta referencia porque, como el lector inmediatamente podrá constatar, el autor, en el curso de la reconstrucción del instituto y de la propuesta operativa para la actualidad, tiene siempre el cuidado de conectar los aspectos específicos de las cuestiones de que se ocupa, precisamente, con la teoría general del contrato y, en particular, con la perspectiva del sinalagma contractual y del contrato como operación económica.

Una opción metodológica ciertamente compartida, puesto que el contrato es un instituto en continuo devenir, sobre todo por el funcionamiento incansable de una praxis que excava los institutos jurídicos hasta determinar un sensible cambio.

La excepción de incumplimiento vive, por así decirlo, sin necesidad de su formalización legislativa en un código; ella reposa en el sinalagma contractual, por-

que parece natural, para el acreedor insatisfecho, suspender su prestación hasta que la otra parte no ejecute la que le corresponde; en este punto, es evidente que el poder de suspender la ejecución del contrato, en cuanto justificado por el incumplimiento de la contraparte, implica una valoración seria de sus límites. Si bien es cierto, el juicio de proporcionalidad entre los incumplimientos que se enfrentan puede resolver esta valoración, pero ¿qué decir de las situaciones en las que la suspensión del contrato priva al otro contratante de un bien o servicio esencial para la vida o para el disfrute de derechos de rango primario?

El tema corresponde a la relación entre las autodefensas contractuales (en donde la excepción de incumplimiento es el primer y más importante instrumento) y el ordenamiento jurídico en su complejidad, también se refiere a la relación entre las constituciones y sus valores axiológicamente superiores, con el también importante valor de la puntual ejecución del contrato. El libro que se presenta trata estas cuestiones con originalidad y completitud, e igual las analiza con referencia a la experiencia colombiana, de la cual pueden tomarse excelentes puntos de reflexión para ordenamientos jurídicos de otros países.

Entonces, estudiar la excepción de incumplimiento significa recorrer así mismo las etapas de un asunto doctrinal, legislativo y jurisprudencial que, con tendencias y acentos diferentes, dependiendo del momento histórico y del ordenamiento al que se presta atención, permite poner a prueba la fisonomía del contrato y su alcance transhistórico. Por lo demás, si—como ha sido subrayado recientemente—el contrato es un instrumento bueno para todas las estaciones, es evidente que serán indispensables modificaciones y desarrollos (sobre los cuales la doctrina tiene el deber de pronunciarse persuasivamente, sobre todo en la señal de un diálogo constructivo con la jurisprudencia, elaborando argumentos y caminos motivacionales eficaces y sólidos) que, sin alterar el *proprium*, permitan al instituto objeto de estudio ser constantemente adecuado a las exigencias del presente, como así lo demuestra su más que milenaria existencia.

El estudio de Carlos Chinchilla, desde nuestro punto de vista, puede ser leído por los juristas de todo el mundo, porque la excepción de incumplimiento es un instrumento que, en cuanto nacido con el contrato mismo, tiene una ciudadanía en todos los ordenamientos jurídicos, sea porque ha sido previsto en los respectivos códigos civiles, sea porque ha sido reconocido jurisprudencialmente. En este sentido, el análisis conducido en este libro será útil—diríamos, mejor, indispensable—para cualquier civilista que se ocupará, en el futuro, de la excepción de incumplimiento.



Las estrechas relaciones con la teoría general del negocio jurídico y del contrato tienen además la ventaja de subrayar cómo los asuntos, aparentemente circunscritos, de la *exceptio inadimplenti contractus* se reflejan inevitablemente sobre la dimensión institucional del contrato, en cuanto es un elemento constitutivo de la sociedad. Por ello es que el discurso técnico-jurídico sobre las modalidades operativas de la excepción de incumplimiento (de hecho, por esta razón son históricamente variables) se convierte en el vehículo para una mejor comprensión de la política del derecho contractual, que es además el terreno sobre el cual el jurista puede dialogar hasta el fondo con otros estudiosos de ciencias sociales, y por ello es que se retoma en primer plano la dimensión institucional del contrato.

Surge además la idea de que el vínculo contractual será más o menos fuerte, según como se mire la relación entre la libertad contractual y los límites del ordenamiento. Y paralelamente la *exceptio* podrá ser caracterizada por un objetivo más o menos conservativo del vínculo, dependiendo del significado institucional que sea atribuido al contrato: ¿mejor conservar el vínculo induciendo al incumplidor a cumplir, o mejor romper el contrato frente a una falta mínima de cumplimiento?

La reflexión de los civilistas sobre el tema de los remedios contractuales está en pleno fermento y este libro, desde nuestro punto de vista, representa una etapa fundamental.

Por último, con gusto señalamos que este estudio –concebido en Italia, pero escrito por un joven jurista colombiano de la ilustre Universidad Externado de Colombia– lleva consigo, tal como debería ser, la rigurosa huella de la enseñanza del derecho civil que ha encontrado, hasta un reciente pasado, en nombre del profesor Fernando Hinestrosa, un punto de segura excelencia, destinado a transmitirse a las generaciones más jóvenes gracias al compromiso y a la constancia de numerosos y prestigiosos civilistas del Externado, a los cuales mandamos desde estas páginas un afectuoso saludo.

Génova, 1 de septiembre de 2017.

ALBERTO MARÍA BENEDETTI  
Profesor de la Universidad de Génova

MAURO GRONDONA  
Profesor de la Universidad  
de Génova



“*Te cumplo si me cumples, no te cumplo porque no me has cumplido*”

**1. La excepción de incumplimiento como remedio sinalagmático conservativo del contrato.** Cuando surge un incumplimiento contractual, se genera una disfuncionalidad en el vínculo, pues se comprometen los efectos del sinalagma manifestado en la proporcionalidad de las prestaciones y en la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones surgidas del contrato, y se lesionan, en consecuencia, los intereses merecedores de tutela. El sistema jurídico ofrece mecanismos, que doctrinariamente se denominan ‘remedios’ o ‘tutelas’, dirigidos a prevenir o remover dicha lesión y, al mismo tiempo, restablecer los presupuestos del carácter sinalagmático de la relación contractual en los casos que sea procedente, ya sea con la liberación de las partes del vínculo contractual o por medio de la facultad de colocar en discusión los efectos del contrato. Estos ‘remedios’ se concretan en derechos, acciones o excepciones que se otorgan a las partes con el fin de asegurar o hacer efectiva la tutela jurídica del contrato. De tales ‘remedios’ llama la atención la excepción de incumplimiento contractual—denominada desde el derecho medieval *exceptio non adimpleti contractus*—, con la cual uno de los contratantes defiende por sí mismo sus propios intereses, mediante la facultad o la potestad de abstenerse legítimamente de cumplir la prestación a la cual está obligado, mientras que su contraparte no cumpla o no ofrezca contemporáneamente el cumplimiento de la contraprestación.

Es un mecanismo eficaz para combatir el incumplimiento de la contraparte, sin necesidad de extinguir el vínculo contractual, sino de favorecer la actuación del sinalagma, de colaborar al correcto funcionamiento del contrato y de proteger la operación económica querida por las partes.

Su introducción en el sistema jurídico se justifica y se explica con la protección que la buena fe realiza del vínculo sinalagmático, pues garantiza que, en ese tipo de vínculo, no se desconozca la interdependencia entre las recíprocas prestaciones, ni el equilibrio que debe estar presente en las relaciones obligatorias. Además, por su funcionalidad, se convierte en un mecanismo de tutela del contrato de aplicación general, ya que se transforma en la puerta para resolver un conflicto causado por el incumplimiento no definitivo de una de las partes y en el muro que evita una crisis definitiva de la relación negocial.

**2. La excepción de incumplimiento como una figura natural de las relaciones sinalagmáticas.** En efecto, la excepción de incumplimiento refleja una de las reglas básicas de las relaciones entre los particulares: “yo te cumplo, si tú me cumples”. Es una idea de tal simplicidad y de lógica tan elemental que sería difícil concebir una relación recíproca sin su operatividad, en especial en una sociedad en la cual el contrato es utilizado como un instrumento para que los particulares satisfagan sus intereses en sus relaciones sociales y económicas, mediante la colaboración mutua entre ellos. De hecho, lo natural es que las partes actúen conforme a lo pactado y que su actuación se vea reflejada en la satisfacción de su propio interés; en caso contrario, parece normal que una de ellas tenga el poder de defender sus intereses o su posición negocial, negándose a ejecutar sus propias obligaciones hasta tanto su contraparte no haya ejecutado u ofrecido todo aquello a lo cual se comprometió. Además, la excepción de incumplimiento presenta especial relieve como un mecanismo de defensa del contrato a la parte fiel de la relación, cuando ataja la pretensión de la contraparte que tiene como objeto imputar el incumplimiento o solicitar el cumplimiento del contrato sin haber respetado lo acordado; efectivamente, es contrario a derecho que una persona pretenda obtener las ventajas de un contrato o persiga a su contraparte, cuando repudia las obligaciones que el mismo contrato le impone o desconoce lo que pactó precedentemente.

Es una figura que no parece necesitar del reconocimiento del derecho positivo para considerarla en el tejido de nuestro sistema, pues surge de la naturalidad de las relaciones entre dos sujetos que son acreedores y deudores recíprocamente, y los cuales se encuentran en riesgo de perder su prestación a causa de que su contraparte no cumple ni se allana a cumplir. Es decir, la *exceptio* está fundada en valores de nuestra tradición, lo cual ha permitido encontrarla en el núcleo esencial de nuestras relaciones contractuales y ha hecho posible, sin necesidad de norma expresa, el normal tráfico comercial y la corrección en la ejecución de los contratos.

**3. El derecho romano como base, el derecho italiano como instrumento orientador.** En este trabajo no pretendemos suplantar el papel que realiza el romanista, ni hacer arqueología jurídica; sin embargo, sostenemos que el estudio de las fuentes romanas es un paso obligatorio y práctico —y no ornamental—, en aras de desentrañar la raíz y la función de la excepción de incumplimiento. Por lo anterior, como punto de inicio retomamos las particularidades de la excepción de incumplimiento en el derecho romano, para luego enlazarlas por medio del derecho intermedio hasta la época contemporánea

y sus procesos de codificación, de manera que se recorra el desarrollo experimentado por la *exceptio* con el fin de comprender la esencia de la figura y el rol que desempeña en las relaciones contractuales. Si bien este recorrido no constituye el remedio de todos los males que afectan al derecho vigente, y en particular los de la excepción de incumplimiento contractual, puede indicar el camino para percibirlos e incluso para alcanzar su corrección.

También serán de obligatoria referencia otros ordenamientos europeos de tradición romanista; igualmente, haremos mención a la figura dilatoria en algunas codificaciones latinoamericanas y en algunos instrumentos de armonización y unificación del derecho, todo con el fin de obtener una visión integral de la función que reside y caracteriza la excepción de incumplimiento.

En especial, tomamos el modelo de la excepción de incumplimiento consagrado en el derecho italiano con el fin de entender la figura en su integralidad, pues la doctrina y la jurisprudencia han razonado de manera profusa sobre el alcance y la funcionalidad de la *exceptio* en el derecho de los contratos; también, porque es un modelo que reconoce los elementos que la tradición civil ha diseñado y construido. Valga recordar que el derecho italiano pasa de tener un código civil en virtud del cual no se consagró explícitamente la excepción de incumplimiento, a tener un código en el que sí se prevé la figura de manera expresa, por medio del artículo 1460, zanjando cualquier tipo de duda sobre su estructura. Las ventajas de tener un texto normativo son evidentes: se refleja en los contenidos de producción doctrinaria y en cómo la jurisprudencia resuelve los casos puestos a su consideración. En Italia las monografías sobre la excepción de incumplimiento, aunque no son abundantes, son bastante claras, permiten al lector entender la razón y el alcance de la excepción; asimismo, los artículos y las diferentes contribuciones científicas dan un panorama capaz de ampliar la visión sobre el tema, pues estudian la *exceptio non adimpleti contractus* de manera transversal, sin desconocer las complejidades de la figura.

Auguramos que la forma como se plantea la *exceptio* en el ordenamiento jurídico colombiano esté acorde al contexto económico y social que lo caracteriza, que supere las deficiencias de la interpretación actual y que responda al equilibrio y a la eficiencia de las relaciones jurídicas. Sin embargo, ¿cómo lograr dicho objetivo cuando se toma como base un ordenamiento jurídico extranjero? El derecho colombiano y el derecho italiano aceptan el principio de la buena fe con una centralidad innegable en el derecho de los contratos; por lo tanto, los valores que la buena fe evoca se convierten en un puente de comunicación entre los dos ordenamientos, de modo que facilita el intercambio

de experiencias, construcciones y modelos, a la vez que favorece la implementación de razonamientos que corresponden a la justicia y equidad en respeto de la coherencia del propio ordenamiento y de la concreta realidad de las exigencias sociales. Así, como consecuencia de pertenecer a una misma tradición, una misma figura consagrada en dos ordenamientos jurídicos diferentes puede circular de manera unívoca, puede ser aplicada sin consideración al territorio estatal, siempre que se tenga en cuenta su interpretación con base en el principio que la fundamenta —en este caso, la buena fe—, pues solo así podría evidenciarse la estructura que subyace en el sistema y la manera de aplicarla sin contrariar las otras reglas que gobiernan el caso concreto.

**4. Dos aspectos problemáticos respecto a la excepción de incumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano: (i) la falta de autonomía y de reconocimiento de su verdadera función y (ii) la deducción de la figura con base en un texto normativo que no la contiene.** La operatividad de la excepción de incumplimiento se encuentra estrechamente ligada a la resolución del contrato por incumplimiento, pues la excepción ha sido usada como mero mecanismo de defensa del deudor para evitar que le sea imputable el incumplimiento en los casos en los que el acreedor, sin cumplir u ofrecer el cumplimiento, solicita la aplicación de la acción resolutoria. Sin embargo, el ejercicio de la excepción se ha limitado a ese específico campo de operatividad y su función ha sido la de servir de antesala a la acción de resolución, ya que es ejercida cuando no existe ningún interés en conservar el contrato y frente a un incumplimiento definitivo de la contraparte.

Este aspecto problemático se ha visto reflejado en la práctica en los casos de incumplimiento recíproco del contrato, en el hecho de que el contrato se paraliza a causa de que ninguno de los contratantes se encuentra preparado para alegar la resolución o el cumplimiento, o porque cada parte alega la inejecución de su respectiva contraparte mediante la *exceptio non adimpleti contractus*, sin la intención de estimular la actuación del programa contractual, sino con la de darlo por terminado.

Es importante tener claro que, si bien la resolución puede suceder a la excepción de incumplimiento cuando esta última no tutela los intereses del excepcionante debido a que el incumplimiento persiste y es grave para los intereses en juego en la relación negocial, tal circunstancia es del todo eventual y seguramente no constituye una consecuencia indefectible. A nuestro juicio, la excepción constituye un remedio autónomo y previene la operatividad de la resolución, pues la finalidad de la *exceptio* no es permitir a una de las partes

separarse del vínculo a causa del incumplimiento, sino la de permitir la correcta y la completa actuación del sinalagma, así como evitar el desequilibrio de la relación negocial. En efecto, la resolución y la excepción son remedios sinalagmáticos que se diferencian entre sí, en especial por sus efectos: con la resolución se pretende acabar el vínculo contractual; con la excepción, por el contrario, se quiere su preservación. Igualmente, creemos que es necesario abandonar la idea de estancamiento o paralización del contrato debido al juego entre resolución por incumplimiento y excepción por incumplimiento y, en cambio, tomar soluciones alternativas ofrecidas por la doctrina que tienden a dar respuesta a situaciones de incumplimiento recíproco, sin necesidad de desquiciar figuras como la excepción de incumplimiento o de no conceder una solución a un problema contractual. Así, por ejemplo, se podría aceptar el pleno reconocimiento de la resolución unilateral extrajudicial frente a un incumplimiento sustancial y grave de la contraparte, o adoptar remedios como la ‘excepción sustancial de resolución’, o, por supuesto, dotar al juez de criterios para que realice una correcta lectura de los incumplimientos recíprocos presentes en la relación negocial y elija en debida forma la tutela aplicable en el caso particular.

El segundo aspecto problemático en el derecho colombiano reside en la norma que ha sido utilizada para darle vida a la excepción de incumplimiento. El artículo 1609 del Código Civil colombiano dispone que “[E]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Conforme a las fuentes que sirvieron de base para la construcción de este artículo, la ubicación de la norma en el Código y por el instituto al que hace referencia en el mismo texto, se puede concluir que la figura que se regula expresamente no es la *exceptio non adimpleti contractus*, sino la forma de constituir en mora en los contratos bilaterales. La interpretación de la *exceptio* con base en un texto normativo que no la contiene puede generar restricción en su contenido y alcance, o dar lugar a que no se considere la estructura de la figura en su plenitud con las características que la definen.

Ciertamente, encontrar el fundamento normativo de la excepción de incumplimiento en la buena fe permite dotarla de una estructura que responda a su función típica, además fortalece su rol como instrumento de administración o de gestión de la relación negocial, el cual puede compaginar y actuar armónicamente con otros remedios contractuales con el fin de garantizar la protección de los intereses involucrados en el contrato. De ahí la importancia

de definir sus límites, los presupuestos de operatividad y las reglas de ejercicio, en aras de evitar confusiones con otras figuras del derecho civil y de olvidar la precisa función y utilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* dentro del derecho de los contratos.

**5. Plan de trabajo: ocho capítulos reagrupados en tres partes con el fin de evidenciar la función sinalagmática de la excepción.** En atención a los aspectos problemáticos de la *exceptio non adimpleti contractus* en el ordenamiento jurídico colombiano, surge el problema jurídico que se pretende desarrollar en esta obra: ¿cuál es la naturaleza y función de la excepción de incumplimiento contractual y su consecuente régimen jurídico? Interrogante del cual se derivan otros más específicos como, por ejemplo, ¿la finalidad de la excepción de incumplimiento es proteger la función sinalagmática del vínculo contractual o, por el contrario, es un mecanismo para hacer efectiva la resolución del contrato por incumplimiento?

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, nos proponemos redescubrir la estructura de la *exceptio non adimpleti contractus* que subyace en nuestro sistema jurídico; además, identificar la manera como el ordenamiento jurídico colombiano ha constituido la excepción de contrato no cumplido y, finalmente, replantear la estructura de la figura en atención a su función sinalagmática. El trabajo propone un estudio de la excepción de incumplimiento contractual en el Código Civil colombiano, dividido en tres partes.

La primera parte responde a la cuestión de si se puede sostener que la excepción de incumplimiento ha desarrollado en la tradición romanista una función de preservación del vínculo sinalagmático. Para tal efecto, se describe y se analiza el recorrido histórico de la excepción de incumplimiento hasta las codificaciones modernas, es decir, se evidencia cómo fue concebida y construida la *exceptio non adimpleti contractus* en la tradición jurídica romano-germánica. Esto lleva a demostrar, de hecho, que la excepción de incumplimiento en la tradición civil sí se ha constituido como un mecanismo de tutela de la protección del vínculo sinalagmático, solo que cada momento histórico y jurídico le ha entregado un elemento a su estructura: en el derecho romano clásico prevaleció la preservación de la interdependencia y la reciprocidad de las prestaciones en atención a la función del contrato; en el derecho intermedio, por su parte, la preocupación se concentró en garantizar el respeto por lo acordado por las partes, y finalmente, en las codificaciones, la excepción se consagró como una figura para garantizar la correcta ejecución simultánea de los contratos bilaterales y como una expresión del equilibrio del contrato.



Con la segunda parte se quiere responder a la cuestión de si la interpretación predominante sobre la excepción de incumplimiento en el derecho colombiano, por un lado, desconoce la función de preservación del vínculo contractual y, por otro, considera la *exceptio* como un remedio distinto y autónomo respecto a otras figuras del derecho civil que tienen igualmente la finalidad de protección del vínculo sinalagmático. Para encontrar una respuesta, se expone cómo la figura fue recibida, construida y empleada con base en las normas del Código Civil colombiano. En efecto, la interpretación predominante reconoce implícitamente la *exceptio* en el artículo 1609, el cual consagra la compensación de moras en caso de incumplimiento recíproco del contrato; de hecho, la *exceptio* no es estudiada como un remedio autónomo, sino que depende de la resolución por incumplimiento y se limita a los casos de incumplimiento recíproco del contrato; además, en la jurisprudencia no es claro si la *exceptio* es aplicada como un remedio que suspenda las prestaciones del contrato y que tenga como finalidad evitar la destrucción del vínculo contractual. Debido a tal interpretación, el presente trabajo se propone diferenciar la excepción de incumplimiento respecto a otras figuras del derecho civil, como el derecho de retención, la compensación de moras, la excepción de incumplimiento previsible y la resolución de incumplimiento. También procura demostrar que existen otras salidas, fundadas en la buena fe contractual, para resolver el problema del incumplimiento recíproco sin necesidad de trastornar la *exceptio non adimpleti contractus*.

Por último, la tercera parte corresponde a la cuestión sobre cuál es la estructura de la excepción que responde a su función sinalagmática. Se sabe que la excepción no es un argumento nuevo en la doctrina colombiana, pero sí necesita de precisión para conocer su verdadero alcance; por ello, se propone evidenciar el fundamento y los requisitos de aplicación del remedio sinalagmático. En esta última parte se explica que la buena fe constituye el fundamento y que el carácter de remedio sinalagmático y de gestión de la relación contractual responde a la naturaleza jurídica de la *exceptio*; igualmente, se describe que los requisitos de ejercicio son: (i) un remedio contractual que se aplica a las relaciones sinalagmáticas; (ii) las prestaciones a cargo de las partes –ambas mutuamente deudoras y acreedoras– deben ejecutarse recíprocamente; (iii) el incumplimiento que se combate es uno de carácter no definitivo; y (iv) quien alega la excepción debe hacerlo conforme a buena fe.

**6. Posición acerca de la *exceptio non adimpleti contractus*: la centralidad de la buena fe en el estudio y la construcción de la excepción de**

**incumplimiento permite develar que la *exceptio* es una tutela esencial del vínculo, la cual se caracteriza por la protección y conservación de la relación sinalagmática y, como consecuencia, se configura como una figura que traspasa las fronteras de los diferentes ordenamientos jurídicos.** La centralidad de la buena fe se evidencia tanto en el fundamento de la excepción de incumplimiento como en su estructura. En cuanto al primer aspecto, la buena fe es un verdadero principio que regula y tutela el devenir de las relaciones contractuales dentro del sistema jurídico; contiene en sí misma una idea ético-jurídica que se convierte en fundamento y fuente de integración del contenido del contrato; se erige como motor de creación de reglas objetivas de comportamiento, las cuales son exigibles a las partes contratantes durante todo el *iter* contractual en cuanto se encuentran en plena consonancia con los valores sociales, políticos y económicos que subyacen en la sociedad. Además, la buena fe juega un rol significativo en el sistema de tutelas del contrato, pues privilegia las necesidades del caso concreto con el fin de que el remedio utilizado sea el adecuado para tutelar sustancialmente el vínculo contractual.

En efecto, la determinación concreta de la buena fe exige tutelar el sinalagma del contrato en la fase de su actuación, lo cual comporta estimar integralmente el comportamiento de las partes y el contenido del negocio en términos de equilibrio contractual, que es determinado por la interdependencia y la proporcionalidad de las obligaciones surgidas del contrato. Lo anterior es el punto central, pues la excepción de incumplimiento es una figura con la cual se expresa la buena fe: permite garantizar el pleno funcionamiento del sinalagma contractual, exige lealtad en la obtención de las ventajas del contrato, protección de la palabra empeñada, conservación del contrato y equilibrio en las posiciones de las partes frente al cumplimiento del acuerdo y a la adecuada consecución de los objetivos de las partes, siempre en atención a la operación económica del negocio y a las buenas prácticas de un comercio justo.

En cuanto al segundo aspecto, la centralidad de la buena fe se manifiesta de la forma transversal que ilumina los presupuestos de ejercicio de la *exceptio*. Si realizamos un esbozo de los requisitos de aplicación de la excepción de incumplimiento, vemos que la buena fe orienta cada uno de tales requisitos.

Primero, la *exceptio non adimpleti contractus* tiene como campo de aplicación el vínculo sinalagmático, el cual debe valorarse conforme a la buena fe en su función integradora, lo que permite concebir la relación negocial de manera integral y considerar la complejidad del actual tráfico jurídico, sin

abandonar elementos merecedores de tutela y atención. Y es justamente la buena fe la que propende a que las tutelas sinalagmáticas, como la excepción de incumplimiento, sean más elásticas de modo de ser aplicables a contratos coligados, a los mal llamados contratos sinalagmáticos imperfectos y a las obligaciones accesorias.

Segundo, la *exceptio non adimpleti contractus* busca combatir el incumplimiento que no es definitivo, el cual se caracteriza por no destruir el interés en la preservación del contrato y sus efectos, y no derribar la función para la cual el contrato fue concebido por las partes. Y, para tal efecto, la buena fe permite abandonar la idea de una relación lineal en cuyos extremos se colocan el débito y el crédito, para adoptar una visión que consienta el concepto de relación compleja, donde al lado de las obligaciones principales convergen una constelación de obligaciones a cargo de ambas partes que, aunque mal llamadas ‘accesorias’, tienen la finalidad esencial de asegurar la plena realización de todos los intereses que llevaron al surgimiento del vínculo y de la operación económica del contrato. Además, la buena fe es un criterio que valoriza la conducta de las partes en el cumplimiento del contrato, se concretiza con la verificación de la correspondencia entre el actuar de los sujetos y el conjunto de disposiciones normativas aplicables, las cláusulas contractuales y el comportamiento exigido que puede revelarse en el caso concreto.

Tercero, la *exceptio non adimpleti contractus* otorga al deudor-acreedor la facultad o potestad de no cumplir legítimamente su prestación como reacción a la inejecución del contrato de su acreedor-deudor; tal legitimidad a rehusarse al cumplimiento se extiende hasta que la contraparte cumpla u ofrezca el cumplimiento. La buena fe exige que el ejercicio de la tutela contractual sea proporcional, equilibrado, razonable, en consideración de las consecuencias tanto en el plano jurídico como en el económico, respetuoso por los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en la relación comercial; en fin, entrega al intérprete las herramientas para que entienda el problema del incumplimiento en el caso concreto.

Expresar las diferentes aristas de la *exceptio non adimpleti contractus* con base en la buena fe trae como consecuencia que se deba desligar la comprensión de la excepción de incumplimiento de una norma como el artículo 1609 del Código Civil colombiano, ya que este no expresa el verdadero alcance, funcionalidad y estructura de la *exceptio*; en cambio, sí genera una aplicación limitada y, algunas veces, confusa. Sostenemos que la aplicación y la interpretación de la excepción de incumplimiento a la luz del artículo 1603 del

Código Civil colombiano, el cual consagra expresamente la buena fe como principio del derecho de los contratos, constituyen una salida para retomar la función sinalagmática de la excepción y el respeto por la estructura que nuestra tradición jurídica le ha diseñado. En efecto, el pleno reconocimiento de la buena fe en el sistema jurídico colombiano permite que la excepción de incumplimiento se implante en el ámbito de las relaciones contractuales que transcurren frecuentemente sin sujeción a su consagración legislativa, puesto que las reglas sobre el buen funcionamiento del contrato, la necesidad de asegurar el equilibrio en las relaciones sinalagmáticas y repeler comportamientos que afectan a la confianza y los intereses de la contraparte son reglas que prevalecen sobre la ley, ya que son inherentes al sistema, debido a la fuerza normativa de la buena fe. Su estructura hace resistencia a las fronteras, pues la excepción se identifica como una tutela esencial del vínculo, sin la cual las relaciones comerciales se harían más difíciles e inequitativas.

No quisiera extenderme en un argumento que se presenta por sí solo. La excepción es una institución clave de nuestro derecho contractual y uno de los remedios que, con su debida comprensión y ejercicio, podría convertirse en una de las piedras angulares en la resolución de conflictos en aras del correcto funcionamiento del tráfico jurídico. Este trabajo no tiene la pretensión de agotar los espacios a la discusión; por el contrario, procura iniciar un debate que aborde la excepción de incumplimiento en una perspectiva propia: con base en sus fundamentos históricos, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal, la adaptación a nuestra realidad social y económica, pero, más aún, basado en el contexto del principio que sirve de fundamento a la *exceptio*, la buena fe, pues solo así podríamos ver con coherencia, lucidez y unidad el empleo de los remedios sinalagmáticos como instrumentos para garantizar la efectividad y eficiencia del contrato. Por lo anterior, el título del presente libro corresponde a la aspiración de entregar a la comunidad académica una obra que aborde la excepción de incumplimiento con base en las normas que nos entrega el Código Civil colombiano, en respeto a nuestra tradición jurídica y a la estructura y función de la *exceptio* que subyace en el sistema jurídico, sin rebasar sus límites de aplicación y sin confundirla con otras figuras, en particular, con la resolución por incumplimiento, con la cual se encuentra íntimamente ligada.

No quisiera abusar de la confianza del lector, pero veo en estas pocas líneas la oportunidad para agradecer a todas las personas que colaboraron y se preocuparon con mi proceso de aprendizaje, vivieron mi experiencia como si fuera propia, extendieron sus energías, desde la distancia y desde la más íntima

cercanía, para ayudar a la finalización de este trabajo. En especial, quiero agradecer al profesor Alberto Benedetti, quien orientó sabia e inteligentemente la elección del tema de investigación y me dio la oportunidad de hacer, con el rigor de su escuela, un trabajo que espero sea de utilidad para Colombia; de igual manera, mi sincero agradecimiento al profesor Mauro Grondona, quien, con su consejo incondicional, perspicaz, pródigo y su atenta lectura, ayudó a construir un discurso fluido de mis ideas. A ellos dos, mi infinita gratitud. Debo además reconocer a los profesores Édgar Cortés, Felipe Navia y Martha Lucía Neme, quienes, desde sus distintas esferas, me han apoyado con absoluta generosidad y dado las luces para emprender el camino que apenas comienza.



PARTE I  
LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL  
EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA DE TRADICIÓN CIVIL HA  
CUMPLIDO UNA FUNCIÓN DE PRESERVACIÓN DEL VÍNCULO  
SINALAGMÁTICO DEL CONTRATO





*De los orígenes de la excepción de incumplimiento contractual*



SUMARIO: 1.1 El establecimiento del rol de la excepción de incumplimiento contractual en el derecho romano permite develar los principios del sistema jurídico que se encuentran en la base de dicha excepción. 1.2 En el derecho romano, la excepción de incumplimiento protegía el vínculo sinalagmático del contrato en desarrollo del principio de la *bona fides*. 1.3 Las fuentes clásicas elaboraron una serie de soluciones acerca de la función de la excepción, particularmente en el contrato de compraventa: la excepción de incumplimiento tutelaba a la parte que era requerida para el cumplimiento del contrato en el supuesto de rompimiento de la reciprocidad del sinalagma en claro desconocimiento del equilibrio propio del negocio. 1.3.1 La excepción de incumplimiento contractual adquiría importancia en cuanto subordinaba la procedencia de la pretensión del actor a la correspondiente ejecución de la prestación a su cargo: protección a favor del vendedor. 1.3.2 La excepción de incumplimiento asumía una relevancia autónoma debido a la exigencia de tutela al carácter sinalagmático del contrato cuando se configuraba una lesión objetiva en aquel caso en que una parte pretendía su prestación sin haber realizado la que le correspondía: protección a favor del comprador.

I.1 EL ESTABLECIMIENTO DEL ROL DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL DERECHO ROMANO PERMITE DEVELAR LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA JURÍDICO QUE SE ENCUENTRAN EN LA BASE DE DICHA EXCEPCIÓN

La inmersión en la historia es un *proprium* del fenómeno jurídico como tal, sin distinción entre el pasado y el presente; el derecho está en continuo movimiento cual expresión del espíritu humano dirigido a la organización de los agregados sociales y a la disciplina de las relaciones intersubjetivas<sup>1</sup>. Al analizar el derecho privado moderno, se nota cómo están presentes figuras del pasado que son el resultado de una gradación histórica de creación, desarrollo, eliminación y adaptación. De ahí la importancia de desentrañar un problema del derecho actual recurriendo, según el argumento, a la historia<sup>2</sup>.

---

1 F. GALLO, “Un modelo de romanista”, *Roma e america. Diritto romano comune*, n.º 10, 2000, 237.

2 Sobre la importancia del estudio del derecho romano y su función práctica —y no solamente estética— en el mundo moderno, consultar la revista *Labeo* que dedica una edición sobre el particular: “Studi ed insegnamento del diritto romano”, *Labeo*, 1956, precisamente en 12 y ss., 48 y ss., 187 y ss., 327 y ss. También consultar algunos ensayos de profesores romanistas y civilistas que resaltan la utilidad del método, pues permite que se conozca

El derecho privado moderno de los contratos tiene como origen más antiguo e importante el derecho romano; por ello, remitirse al estudio de las fuentes romanas tiende a ser un paso, antes que estético, práctico en aras de desentrañar las raíces<sup>3</sup> de las figuras contractuales objeto de análisis. Para cumplir dicho cometido se debe actuar con cierta prudencia respecto a las propias preconcepciones y criterios de valoración, abierto a una continua

---

mejor el presente mediante el disfrute de la experiencia pasada: B. BIONDI, “Funzione della giurisprudenza romana nella scienza giuridica e nella vita moderna”, *Rivista di diritto civile*, 1, 1964, 1 y ss.; G. STOLFI, “Il diritto romano nell’esperienza di un civilista”, *Rivista di diritto civile*, 1, 1976, 14 y ss.; P. PERLINGIERI, “Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo”, *Rassegna del diritto civile*, 1988, 124 y ss.; F. P. CASAVOLA, “Diritto romano tra passato e futuro”, en *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi*, Milán, 1989, 111 y ss.; C. M. BIANCA, “Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi: considerazioni di un civilista”, en *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi*, Milán, 1989, 43 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, “Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho”, *Roma e america. Diritto Romano Comune*, n.º 1, 1996, 29 y ss.; S. SCHIPANI, “Rileggere i digesta. Enucleare i principii. Proporli”, en *Valori e principii del diritto romano, Atti della Giornata di Studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni, a cura di A. Triscioglio*, Nápoles, 2009, 51 y ss., en particular 61 y ss.; R. ZIMMERMANN, *Derecho romano, Derecho contemporáneo, Derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, trad. J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, Bogotá, 2010, *passim*. Además, llaman la atención las reflexiones del maestro F. HINESTROSA, “Derecho romano, tradición romanista y América latina”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 25, 2013, 3 y ss., sobre “por qué haya de mantenerse la disciplina del derecho romano en sintonía con aquello que aparece más fresco y actual. El convencimiento histórico y la visión histórica de la vida es esencial para la formación del jurista. El derecho romano es fundamental, esa es una función primordial suya, para describir los principios elementales –eternos, inmanentes?– del derecho y sentar las bases de la teoría general del derecho”.

- 3 “Respecto al estudio del derecho romano no es una cuestión de comparación sino de derivación. [...] Está el hecho que el código civil, sea el francés como el alemán, solo por recordar los arquetipos de gran parte de los códigos modernos que a través de diferentes variantes derivan del derecho romano, sobrevive la tradición romanista”: B. BIONDI, “Funzione della giurisprudenza romana nella scienza giuridica e nella vita moderna”, cit., 2. “[Desde la tradición jurídica común] se puede explicar, con la debida coherencia, la historia interna de las codificaciones latinoamericanas y, únicamente, teniéndola muy en cuenta, se podrán abordar con éxito las tareas que nos llama el futuro más inmediato, a la vez que seamos capaces de entender cabalmente el significado de los principios generales del Derecho, tan vinculados a la continuidad de esa tradición jurídica, como a la presencia en el ordenamiento del propio derecho natural”: J. L. DE LOS MOZOS, “Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho”, cit., 29.

revisión de estos y dispuesto a llevar a cabo un atento y exhaustivo examen entre la adhesión a una concepción o solución general y su correspondencia con el *bonum et aequum*<sup>4</sup>. Debe considerarse, además, la tendencial limitación del perfil normativo, pero que no se convierta en óbice para estudiar las ideas guía y el espíritu que animan el sistema jurídico al cual pertenece la institución analizada<sup>5</sup>.

- 
- 4 En el estudio de los problemas actuales mediante el uso de la historia como método se resalta el rol del jurista, el cual debería caracterizarse por participar en la imparcialidad del derecho, estar ligado a la realidad y ser consciente de que el derecho está al servicio del hombre, y no viceversa. Además, el estudioso del derecho debe prestar especial atención al aspecto estructural de la figura en cuanto permite dilucidar las categorías fuertes capaces de cumplir la tarea del *ars boni et aequi*. Retomar un poco la función del jurista del derecho romano clásico, el cual contribuía a la producción del derecho; sin embargo, su tarea fundamental y específica fue ser guía y dirección del derecho, a través de su producción y aplicación. Tenía como finalidad el mejoramiento del derecho, mediante la corrección o eliminación de las *iniquitates* presentes en el sistema vigente en su tiempo, toda vez que dicha depuración contribuía a ese mejoramiento. Sobre el particular: F. GALLO, “Un modelo de romanista”, cit., 238 y ss. Sobre la concepción del derecho como *ars boni et aequi*, cfr. S. RICCOBONO, “La definizione del ‘ius’ al tempo di Adriano”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, 20, 1949, 60 y ss.; P. CERAMI, “La concezione celsina del ius”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, 37, 1985, 5 y ss.; F. GALLO, “La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente”, *Europa e diritto privato*, 2009, 631 y ss. [también publicado en *Teoria e storia del diritto privato*, 3, 2010, 31 y ss.]; *Id*, *Celso e Kelsen, per la rifondazione della scienza giuridica*, Turín, 2010.
  - 5 Al respecto, el profesor P. PERLINGIERI, “Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo”, cit., 127, sostiene que se necesita privilegiar el regreso del estudio de las fuentes en una acepción amplia, sin la excesiva distinción entre las fuentes jurídicas y las que no lo son, con la conciencia de que el fenómeno jurídico no acaba en el fenómeno legislativo y jurisprudencial, sino que se identifica con la experiencia social completa, reconstruyendo los sistemas culturales y organizativos, así como los procedimientos argumentativos, con base en métodos interdisciplinarios y la comparación diacrónica y sincrónica. También R. FIORI, “Storicità del diritto e problema di metodo. L’esempio della buona fede oggettiva”, en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo, a cura di L. Garofalo*, Nápoles, 2007, 45, en aras de explicar el contenido de la ‘buena fe objetiva’ como concepción romana, explica que solo es posible ordenando las particulares experiencias históricas en su contexto económico, social y cultural, lo cual es viable, a su modo de ver, de dos maneras: de un lado, sustrayendo todas las concepciones que un análisis diacrónico muestra extraño a la parte estudiada y fruto de la ‘autoproyección’ del intérprete; de otro, acompañado del análisis diacrónico,

Así pues, como punto de inicio se retoman las particularidades de la excepción de incumplimiento en el derecho romano, para luego enlazarlas por medio del derecho intermedio<sup>6</sup> hasta la época contemporánea y sus procesos de codificación<sup>7</sup>, de manera que se recorra el desarrollo experimentado por la excepción con el fin de comprender tanto la fase última como la precedente<sup>8</sup>. Si bien este recorrido no constituye el remedio de todos los males que afectan al derecho vigente, y en particular los de la excepción de incumplimiento contractual, puede indicar el camino para percibirlos e incluso para alcanzar su corrección<sup>9</sup>. El estudio de las estructuras construidas por los romanos y su análisis crítico a nivel histórico<sup>10</sup> servirán para evitar, por un lado, el escollo

---

para cada época histórica, un análisis igualmente interdisciplinar, pero sincrónico, de las relaciones entre el dato jurídico y los datos ofrecidos por otras ciencias.

- 6 C. A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, I, la giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*, Turín, 1976, 9 y ss., con particular atención a 89 y ss.
- 7 C. A. CANNATA y A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, II, Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Turín, 1989; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998; G. ALPA, *La cultura delle regole, storia del diritto civile italiano*, Roma y Bari, 2009.
- 8 No obstante, se pone de presente que el derecho latinoamericano, en sus modelos de codificación, “tomó directamente del derecho romano muchas construcciones, es decir que no siempre hay una influencia directa de elaboraciones europeas medievales, por lo que no siempre es obligatorio (aunque sí conveniente) analizar, para el caso de Latinoamérica, el derecho intermedio europeo; resulta sí obligatorio en los casos en que haya duda sobre la proveniencia de la solución, del cambio de una cierta concepción romana o en caso de laguna”. *Cfr.* C. SALGADO RAMÍREZ, “Breves reflexiones sobre la interacción entre ‘ordenamiento’ y ‘sistema’ de *ius romanum*”, en *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Bogotá, 2013, 171.
- 9 F. GALLO, “Un modelo de romanista”, *cit.*, 245.
- 10 El análisis crítico de la jurisprudencia romana como antecedente de algún instituto del derecho privado permite tanto su comprensión como su adecuación, lo que no debe generar falsas sugerencias evolucionistas. El acercamiento del jurista moderno al derecho romano, más que representar la exigencia de encontrar los precedentes de un determinado instituto y de satisfacer la legítima curiosidad reconstructiva de las figuras jurídicas, debe proponerse como investigación dirigida a individuar la formación y los cambios del ordenamiento que asume un determinado valor como central, y analizar la interdependencia entre el espíritu, la cultura que inspira el sistema y las estructuras de la sociedad. Ver: P. PERLINGIERI, “Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo”, *cit.*, 135. Además, para un estudio crítico del *Ius romanum* se debería tener presente la realidad ‘espacio-temporal’; es decir, la realidad del derecho romano va más allá de su

que representa el positivismo dogmático, tendiente a limitar las figuras del derecho al valor absoluto de las normas generales y abstractas y, por el otro, el pragmatismo empírico, propenso a brindar soluciones casuísticas sin la elaboración de principios que impidan la sumisión del derecho a la economía, que rechacen las propuestas doctrinales que olvidan el problema jurídico de la justicia y que no pongan a la persona al centro del fenómeno jurídico<sup>11</sup>.

---

efectiva aplicación y, por tanto, más allá de los ordenamientos estatales en particular. Esto “para que no termine por esfumarse su estudio en una mera visión lineal de la historia, que puede llevar a quien no esté atento a una descripción de lo existente y a una concepción ‘apriorístico-evolucionista’ del derecho [...] Metodológicamente (Gai. D. 1.2.1) el jurista debe ir al origen (de su experiencia, tradición) y debe proseguir con una noción anti-evolucionista (para poder entender, escoger y crear mejor): se considera la historia como parte del sistema, y no el sistema como parte de la historia”. Cfr. C. SALGADO RAMÍREZ, *Breves reflexiones sobre la interacción entre ‘ordenamiento’ y ‘sistema’ de ius romanum*, cit., 186 y ss.; sobre la realidad ‘espacio-temporal’, P. CATALANO, *Diritto e persone*, Turín, 2002, IX y ss.

- 11 F. GALLO, “Un modelo de romanista”, cit., 254. “De la jurisprudencia romana tenemos mucho por aprender. La función práctica de la ciencia del derecho y la consecuente superación del venenoso dualismo entre teoría y práctica, entre abstracción y empirismo; de la práctica se sube a la teoría y de la teoría se baja a la práctica. Sapiente conciliación entre tradición y progreso, que son dos fuerzas inseparables que se condicionan recíprocamente, de la misma forma que en el carro coexisten el freno y el motor. Equilibrio que se aleja de cualquier extremismo. Sentido profundo de humanidad, que tiene presente que el derecho es el hecho para la ventaja del hombre, y no para el perjuicio de ellos. Consciente de que todo problema jurídico no es solamente lógico, sino sobre todo de justicia”: B. BIONDI, *Funzione della giurisprudenza romana nella scienza giuridica e nella vita moderna*, cit., 12. “La argumentación de los juristas cuya expresión en parte conservadora y en parte anticipadora de la realidad en movimiento testimonia también la capacidad de alejarse de la rígida prospectiva de los precedentes y de recoger respuestas adecuadas a lo nuevo, asumiendo conciencia del propio rol político y, por lo tanto, de la exigencia de contribuir a dar una respuesta a la constante y permanente amenaza de ‘dehumanización’ y ‘despersonificación’ de las relaciones sociales originada por la acción burocrática y formalista, por los egoísmos económicos de los particulares y los grupos. [...] De ahí la confirmación de la exigencia de no desvincularse de los resultados de la poderosa reflexión sobre el derecho romano y de regresar [...] a sus fuentes, cual experiencia de vida exenta de condicionamientos conceptuales a ellos extraños, pero siempre en la conciencia de que cada comunidad tiende a representar el particular hecho en la unidad y en la indivisibilidad del fenómeno de justicia”: P. PERLINGIERI, “Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo”, cit., 136.

I. 2 EN EL DERECHO ROMANO LA EXCEPCIÓN  
DE INCUMPLIMIENTO PROTEGÍA EL VÍNCULO  
SINALAGMÁTICO DEL CONTRATO EN DESARROLLO DEL  
PRINCIPIO DE LA *BONA FIDES*

En los juicios de buena fe, *iudicium bonae fidei*<sup>12</sup>, se tutelaban, desde la época de la república romana<sup>13</sup>, todas las relaciones obligatorias de intercambio, asociativas o que de todas formas preveían al menos una posible duplicidad

---

12 Sobre el problema del origen de los juicios de buena fe en la experiencia jurídica romana, R. FIORI, “Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della ‘recezione’ dei iudicia bonae fidei”, *Bullettino dell’Istituto di diritto romano ‘Vittorio Scialoja’*, CI-CII, 1998-1999, 165 y ss., y se remite a la rica bibliografía en ella citada, con especial atención a la n. 1.

13 Del análisis de las fuentes se revela un primer grupo de juicios de buena fe, que constituía el más antiguo. En efecto, en algunos textos de CÍCERÓN (*pro Roscio Comoedo*, IV, 6, *pro Caecina*, III, 7, *de officiis* 17, 70 –en este cita a Quinto Mucio Escevola–, *de officiis*, III 15, 61 y *tópica XVII*, 65 y 66) se hace referencia, por una parte, a la tutela, sociedad, mandato y fiducia, en cuanto estos conferían a una de las partes una situación de poder (potestad-protección) que no cesaba sino hasta que se terminaba al relación negocial; por lo tanto, la violación de las obligaciones a cargo de la parte con dicha situación de poder llevaba a una condena que lesionaba la fama, el crédito, ante la opinión pública, por lo que el ejercicio de las acciones se justificaba en casos cercanos al dolo; por otra, se mencionan el contrato de compraventa y de arrendamiento, en los cuales las partes contratantes se encontraban en una situación del todo paritaria, la cual debía ser valorada según criterios de equidad y buena fe, así como *actio negotiorum gestorum* y *actio rei uxoriae*. Posteriormente, y en consideración con el proceso de formación de esquemas que representaba el *ius gentium*, testificados por las Instituciones de Gayo, fueron agregados el depósito, el comodato y la prenda, los que fueron dotados posteriormente de un *oportere ex fide bona*. Y finalmente se adicionaron a los juicios de buena fe los incluidos por las Instituciones de Justiniano (4.6.28): luego de enumerar los anteriores, la fuente enuncia las acciones divisorias, la petición de herencia, la *actio praescriptis verbis* y la *actio ex stipulatu*. Cfr. M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, 129 y ss. Se evidencia la rica discusión en la doctrina romanista sobre la conformación del elenco clásico de los ‘*iudicia bonae fidei*’ con base en una revisión crítica de las fuentes, de una parte las posturas de B. BIONDI, “L’elenco classico dei ‘iudicia bonae fidei’”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, VII, 1918, 177 y ss., contra las de G. GROSSO, “Ricerche intorno all’elenco classico dei ‘bonae fidei iudicia’”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, III, 1928, 39 y ss. [también publicado en *Scritti storico giuridici*, III, Turín, 2001, 124 y ss.].



de prestaciones<sup>14</sup>. En cada una de ellas la *obligatio* era una. Así, a manera de ejemplo, una compraventa no era un contrato productivo de dos obligaciones recíprocas, sino una *obligatio contracta* dentro de la cual coexistían dos prestaciones, en la que se describía, en palabras de Labeón, *ultra citroque obligatio*<sup>15</sup>. Esa unicidad de la *obligatio* permitía que el juez pudiera tener en cuenta tanto la prestación singular como la coordinación entre las prestaciones presentes, en cuanto valorizaba el *oportere* bajo el parámetro –de fundamento y de medida– de la *bona fides* y, por lo tanto, juzgaba todo lo que sea debido en la

---

14 *Emptio venditio* y *locatio conductio* eran contratos de cambio, la *societas* era un contrato asociativo, el mandato, depósito, comodato, *negotiorum gestio* y la tutela eran negocios imperfectamente bilaterales.

15 La expresión usada por LABEÓN en D. 50.16.19 (*Ulp. 11 ad ed.*), cuando pretendía definir *contractus* como un género y con diferencia específica. El *genus* era representado por la *obligatio* y la diferencia específica era indicada por el *ultra citroque*, que aludía principalmente no tanto a la bilateralidad de las manifestaciones de voluntad de las partes, sino a la duplicidad y reciprocidad del vínculo obligatorio, el cual ilustraba, en términos griegos, el *synállagma*. LABEÓN aplicaba su noción de contrato a las convenciones obligatorias caracterizadas por una bilateralidad sustancial –no siempre perfecta–, en las que el acuerdo era capaz de producir o era potencialmente productivo de obligaciones recíprocas. Cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderna*, I y II, Turín, 1993-1995; *id.*, “Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni”, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Turín, 1997, 65 y ss.; *id.*, “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”, *Roma e america. Diritto romano comune*, 7, 1999, 17 y ss. Se resaltan los estudios exegéticos anteriores sobre el fragmento que contrastan con las concepciones propuestas por F. GALLO; sobre el particular: M. SARGENTI, “Labeone: la nascita dell’idea di contratto nel pensiero giuridico romano”, *IURA*, 38, 1987, 25 y ss.; R. SANTORO, “Il contratto nel pensiero di Labeone”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, 37, 1983, 6 y ss., quienes afirman que en D. 50.16.19 está contenida una definición de contrato como negocio bilateral obligatorio, que supone una *conventio*. La definición del contrato como *ultra citroque* se considera la base para el reconocimiento de la eficacia obligatoria de figuras contractuales atípicas fundadas en la *conventio*, del encuentro de las voluntades de las partes. Por su parte, el profesor C. A. CANNATA, “Labeone, Aristone e il sinallagma”, *IURA*, LVIII, 2010 [también publicado en *Scritti scelti di diritto romano*, III, a cura di L. Vacca, Turín, 2014, 57 y ss.], considera que cuando LABEÓN define el *contractus* como *ultra citroque obligatio* lo califica como un acto obligatorio caracterizado por el hecho que en su celebración las partes se comprometen recíprocamente a realizar o hacer algo.

relación negocial en consideración a las posiciones de las partes y a las reglas presentes en el negocio según la lógica interna del mismo<sup>16</sup>.

Esta valoración tenía como elemento central la buena fe, en cuanto era —como lo es aún— un principio que regía el ordenamiento entero, contenía en sí misma una idea ético-jurídica, era fundamento y fuente de integración del contenido del contrato, se erigía en motor de creación de reglas objetivas de comportamiento, todo lo cual hacía evidenciar su esencial carácter normativo y, por ende, la posibilidad de introducir reglas no inmutables a la relación negocial, que por supuesto se encontraban en plena consonancia con los valores sociales, políticos y económicos que subyacían en el seno de la sociedad en permanente transformación<sup>17</sup>. En fin, era un verdadero principio que regulaba y tutelaba el devenir de las relaciones contractuales dentro del sistema jurídico.

De hecho, la determinación concreta de la *bona fides* ponía en evidencia la exigencia de tutelar el *synallagma*<sup>18</sup> del contrato consensual en la fase de su

16 R. FIORI, “The roman conception of contract”, en *Obligations in Roman law: past present, and future*, University of Michigan, 2012, 40 y ss.; *id.*, “Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, 2011, 97 y ss., particularmente 111; *id.*, “Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Nápoles, 2008, 237 y ss.

17 M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., n. 164; 155 y ss. En el mismo sentido, R. CARDILLI, “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina”, *Roma e america. Diritto romano comune*, 13, 2002, 123-186, particularmente 167 [también publicado en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di L. Garofalo*, 1, Padua, 2003, 284-369]. Era un concepto sintético que indicaba todos los deberes que según la *interpretatio* de los *prudentes* acompañaban la relación negocial. Deberes que naturalmente se desarrollaban con los cambios de la sociedad, pero no ética necesariamente, en sentido objetivo, como en otros casos. En efecto, el vínculo jurídico derivaba de que las partes adoptaban una cierta disposición de intereses, lo cual determinaba automáticamente el surgimiento de obligaciones que nacían de la estructura de la relación negocial, así como de otras que eran inherentes, aunque no hubieran sido expresadas. *Cfr.* R. FIORI, “Storicità del diritto e problema di metodo. L’esempio della buona fede oggettiva”, cit., 46.

18 LABEÓN identificó que el elemento característico del contrato consensual era su bilateralidad objetiva o el carácter sinalagmático, el cual era representado por la reciprocidad o correlatividad de las prestaciones producida por la manifestación de la voluntad de las partes. Luego ARISTÓN identificó el carácter sinalagmático del contrato con el intercambio de las prestaciones; en ese sentido, el elemento consensual del contrato requería de un elemento adicional: la ejecución de la prestación por alguna de las partes. G. GROSSO,

actuación<sup>19</sup>, lo cual comportaba estimar integralmente el comportamiento de las partes y del contenido del negocio en términos de equilibrio contractual, que era determinado por la reciprocidad y la proporcionalidad de las obligaciones surgidas del contrato, como por la interdependencia de las prestaciones<sup>20</sup>.

---

*Sistema romano dei contratti*, Turín, 1963, 48 y ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, cit., 90 y ss. Más allá de las concepciones de LABEÓN y ARISTÓN, emergen de tales conceptos dos columnas que constituyen la esencia del sinalagma mismo en los negocios de buena fe: la reciprocidad de las obligaciones operante en el derecho romano con arreglo a los principios preexistentes, y la proporcionalidad o equilibrio de las prestaciones que de tales negocios emanan. Ver: M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*. cit., 207.

Las diferentes figuras que tutelaban los contratos bilaterales se estudian respecto a su operatividad en el *synallagma*. Este último puede distinguirse entre el sinalagma condicional, el cual enlaza entre sí la existencia de dos obligaciones de un contrato, en el sentido que la extinción no satisfaciente de una conlleva la extinción de la otra; y el sinalagma funcional –en sentido estricto–, consistente en que uno de los contratantes debe haber cumplido su prestación o al menos ofrecer contextualmente su cumplimiento, so pena del rechazo de la acción con la cual solicita la ejecución de la obligación de la contraparte. Ambos tipos de sinalagma serían considerados los componentes del *synallagma* funcional en sentido amplio, el cual une las obligaciones del contrato en el desarrollo de la relación negocial. Cfr. M. TALAMANCA, “‘Lex’ ed ‘interpretatio’ in Lab. 4 post. a. Iav. epit. D. 19.1.50”, en *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne*, II, Nápoles, 1997, 354, n. 2; L. VACCA, “Buona fede e sinallagma contrattuale”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di L. Garofalo*, IV, Padua, 2003, 332, n. 3.

- 19 Sobre la operatividad del *synallagma* en el derecho romano, L. VACCA pone de manifiesto otros casos en los que se evidenciaría tal operatividad en el momento del desarrollo del contrato consensual, en cuanto, tutelados por *iudicium bonae fidei*, se imponía mantener el equilibrio entre las prestaciones, en el sentido que cada parte debía ser puesta en la condición de no conseguir el enriquecimiento de la prestación correspondiente cuando resultara definitivamente incumplida la otra obligación. Entre ellos se hacía un análisis mediante la valoración *bonum et aequum* de los problemas del incumplimiento –sea de su imputabilidad, sea de la relevancia de la sobrevenida imposibilidad del cumplimiento, sea de la falta de cumplimiento derivada de un hecho “culpable” del deudor– respecto al problema relativo a la exigibilidad de la prestación correspondiente, o su repetición en caso que esta hubiera sido efectuada. Ver L. VACCA, “Ancora sull’estensione dell’ambito di applicazione dell’actio empti in età classica”, *IURA*, XLV, 1994, 35 y ss.; *id.*, “Profili della ‘risoluzione’ nella compravendita e nella locazione fra storia e comparazione”, *Europa e diritto privato*, 1998, 493 y ss.; *id.*, “Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell’età classica”, en *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo a cura di L. Vacca*, Turín, 1999, 23 y ss.; *id.*, “Buona fede e sinallagma contrattuale”, cit., 331 y ss.
- 20 M. L. NEME VILLARREAL, *La buona fe en el derecho romano*, cit., 207. Por su parte, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Nápoles, 1980, 215, considera que

En efecto, la exigencia de tutelar el sinalagma en la relación negocial era lo que permitía que cada una de las partes tuviera derecho a rehusarse en el cumplimiento de su prestación, hasta tanto no fuera ejecutada por la contraparte su correspondiente prestación nacida del mismo contrato o, cuanto menos, no se ofreciera su cumplimiento. En este sentido, era la protección al sinalagma de los contratos bilaterales, a la luz de la *bona fides*, lo que fundamentaba la operatividad de este derecho<sup>21</sup>, como es llamada moderna y comúnmente

---

tal interdependencia de las prestaciones en los contratos consensuales no se constituyó como un principio absoluto, sino más bien era un criterio de tendencia. Es decir, las obligaciones eran asumidas por cada una de las partes a causa de la obligación asumida por la otra y las acciones eran ejercidas en los juicios de buena fe, todo lo cual llevaba a la tendencia de valorar la relación obligacional en su conjunto en consideración del sistema procesal romano, las circunstancias económicas y de equidad.

- 21 Se remite a S. VIARO, quien explica –en un valioso estudio sobre la excepción de incumplimiento en la experiencia del derecho romano clásico en *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padua, 2011, 3 y ss. [que recoge y profundiza las ideas planteadas en un escrito anterior, “L’eccezione d’inadempimento nell’emptio venditio”], en *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano, a cura di L. Garofalo*, Padua, 2007, 789 y ss.]– las otras teorías –con sus respectivas críticas– de la doctrina romanista que intentan encontrar cuál exigencia habría inspirado a los juristas romanos a tutelar a la parte llamada a ejecutar el contrato en caso de incumplimiento de su contraparte. Señalamos sintéticamente las posiciones por ella esbozadas: (i) la figura dilatoria habría sido un típico remedio justificado por la necesidad de evitar el llamado a juicio o una condena por el incumplimiento de un contrato que la contraparte demostraba no querer honrar; (ii) la excepción se explicaría con base en el particular contenido de las obligaciones asumidas por las partes de un contrato con prestaciones bilaterales y recíprocas, conforme al cual las partes solicitaban el intercambio de los servicios acordados contractualmente, y, por lo tanto, se demandaba la contraprestación con la respectiva deducción de la propia prestación; (iii) la excepción de incumplimiento habría llevado a la circunstancia de que el cumplimiento de una obligación constituía una verdadera y propia condición para la existencia de la otra; (iv) el fundamento de la excepción residiría en la exigencia de asegurar, en lo posible, el contemporáneo cumplimiento de ambos contratantes; de este modo, cada parte era obligada a cumplir su prestación surgida del contrato solamente cuando también la otra parte cumplía.

Por su parte, F. DE MARTINO, *Exceptio non adimpleti contractus*, en *Novissimo digesto italiano*, VI, Turín, 1957, 1082, explica la discusión entre los intérpretes romanistas sobre la construcción de la *exceptio non adimpleti contractus*: entre quienes sostienen que tal remedio era una verdadera excepción con fundamento en D. 44.4.5.4 y C. 8. 44. 5 y quienes creen que se trata de una simple afirmación negativa de la pretensión del actor, la cual atacaba el fundamento de la acción y, por lo tanto, hacía que fuera probada por el mismo actor, tal como lo demostraría la lectura de G. 4.126a y D. 19.1.25.

excepción de incumplimiento contractual o *exceptio inadimplenti contractus*<sup>22</sup>. Así, en el caso del contrato de compraventa<sup>23</sup> y del contrato de arrendamiento,

- 
- 22 F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIX, trad. it. U. GREGO, Milán, 1891, 20 y ss.; A. DERNBURG, *Diritto delle obbligazioni*, en *Pandette*, v. II, trad. it. F. B. CICALA, Turín, 1903, 75 y ss.; D. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, v. II, I, trad. it. C. FADDA y P. E. BENSA, Turín, 1904, 244, n. 2; R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, París, 1914; G. SCADUTO, "L' 'exceptio non adimpleti contractus' nel diritto civile italiano", *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, VIII, 1921; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946; F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, trad. it. de ARANGIO RUIZ, Florencia, 1949, 530; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Turín, 1950, 218 y ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, I, Padua, 1960, 200 y ss.; A. BURDESE, "Recensione a H.-P. Benöhr. Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht", *IURA*, XVII, 1966, 364 y ss.; *id.*, "Vendita (diritto romano)", en *Novissimo digesto italiano*, XX, Turín, 1975, 599 y ss.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 801, n. 133; M. TALAMANCA, "Vendita in generale (diritto romano)", en *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milán, 1993, 374 y ss.; A. RODEGHIERO, "In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, CI-CII, 1998-1999, Milán, 551 y ss.; P. M. VECCHI, "L'eccezione d'inadempimento", en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo a cura di S. Mazzamuto*, Turín, 2002, 378 y ss., especialmente 384-388.; M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., 220; S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 3 y ss.
- 23 Llama la atención que la parte de la doctrina romanista que se ha encargado de sostener el origen clásico de la *exceptio inadimplenti contractus* como instrumento que protegía el sinalagma contractual, la estudia principalmente en aquellos fragmentos que reflejan el supuesto de hecho en el cual se configura el incumplimiento de las partes y existe el requerimiento de alguna de ellas a la ejecución de la prestación de su contraparte. Tal supuesto de hecho está circunscrito al esquema de la compraventa, pues era el contrato más recurrido en la práctica y, en general, era el negocio perfecto con el cual no se reducían las estructuras jurídicas a una discusión abstracta, sino a su realización en concreto. Por su parte, afirma L. VACCA, "Profili della "risoluzione" nella compravendita e nella locazione fra storia e comparazione", cit., 494, n. 2, que la compraventa representaba sin duda el paradigma más complejo y todavía hoy el más discutido en la doctrina romanista desde el punto de vista de las implicaciones de la interdependencia de las obligaciones no solo en el momento genético, sino también en el momento de la ejecución del contrato, También P. M. VECCHI, "L'eccezione d'inadempimento", cit., 386, señala que la atención dedicada al contrato de compraventa se puede explicar con base en dos consideraciones: de un lado, la naturaleza consensual del contrato hacía que el comprador y el vendedor quedarán inmediatamente obligados a la ejecución de sus respectivas prestaciones, lo cual no era evidente en los contratos innominados; de otro, las atribuciones patrimoniales eran

quedaba particularmente evidente el interés de una parte de no perder su prestación cuando no había recibido la contraprestación, con la consecuencia de volver ineficaz su obligación —al menos temporalmente—, sin someterla a los instrumentos resolutivos y a las consecuentes restituciones. Por ejemplo, si se consentía no cumplir hasta tanto no se realizaba el pago del precio, se aseguraba al vendedor la posibilidad de mantener la disponibilidad de la cosa *in natura* y no someterse a la condena que correspondía a los remedios restitutorios, los cuales tenían como objeto una suma de dinero, según las reglas generales del proceso romano<sup>24</sup>. Estos casos reflejan el surgimiento de un criterio técnico que permitía tutelar el equilibrio de las obligaciones contractuales en los *iudicia bonae fidei*, mediante la protección de la correlatividad de las prestaciones, mediante el otorgamiento de la facultad de no ejecutar la propia prestación en circunstancias en que la exigibilidad de esta constituyera una transgresión a los presupuestos de la buena fe<sup>25</sup>.

No obstante, una parte de la doctrina romanista niega o le resta operatividad a la excepción de incumplimiento como figura que permitía tutelar la lógica interna del negocio evidenciada en la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones, pues la lectura que hacen de las fuentes clásicas, con especial atención a la compraventa romana, así lo comprobaría.

En este sentido, una posición algo aislada sustentada por Wolfgang Ernst, quien afirma el desconocimiento de la *exceptio inadimplenti contractus* en el derecho romano clásico<sup>26</sup>, pues a su juicio la interdependencia funcional entre

---

efectuadas por las partes de manera tendencialmente definitiva, pues si el comprador tenía que hacer que el vendedor adquiriera el precio, él a su vez adquiriría, al menos, la propiedad pretoria una vez le fuera entregado el bien.

24 P. M. VECCHI, “L’eccezione d’inadempimento”, cit., 387.

25 El *synallagma* funcional operaba sobre la base del principio de la *bona fides* invocado en la *intentio* de la acción, el cual servía como criterio de determinación de las obligaciones contractuales, así que, si el pretor no denegaba la acción cuando resultaba cierto el incumplimiento del actor, le tocaba al *iudex* cerciorarse sobre tal incumplimiento y solicitar al actor que cumpliera, si no rechazaba la acción y por consiguiente la declaraba terminada; a su vez, el llamado a juicio podía actuar en otro proceso para valer su pretensión siempre que hubiera cumplido su prestación. Cfr. A. BURDESE, “Recensione a H.-P. Benöhr. Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht”, cit., 364.

26 W. ERNST, “Die Vorgeschichte der ‘exceptio non adimpleti contractus’ im römischen Recht bis Justinians“, en *Festgabe für W. Flume zum 90. Geburtstag*, Berlín, Heidelberg y

las obligaciones del vendedor y el comprador constituiría una radical innovación introducida por los compiladores. Esta teoría sostiene que el derecho del vendedor a retener la cosa vendida, en caso de ausencia del pago del precio por el comprador, habría sido concedida con el fin de evitar que el actor lograra victoriosamente contra el comprador la pretensión de hacerse pagar el precio sin haber entregado el bien en específicos y determinados casos, mas no como una respuesta de aplicación general contra el incumplimiento del comprador<sup>27</sup>. De hecho, según Ernst, debido a la característica del proceso formulario, en la cual no sería posible obtener una condena contra el deudor diferente a la pecuniaria –sin importar la naturaleza y el objeto de la prestación–, el comprador –actor *ex empto* por la falta de entrega de la cosa– habría actuado no para obtener la *traditio rei*, sino un valor pecuniario, por lo que permitiría quitarle sentido a la facultad del vendedor de retener la cosa. Por lo anterior, la hipótesis que plantea el autor consiste en que el comprador incumplido podría demandar al vendedor para obtener una suma de dinero según sus intereses, y luego el vendedor podría gozar del mecanismo de la compensa-

---

Nueva York, 1998. [*id.*, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß*, Berlín, 2000], citados por S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 11 y ss. Por su parte, siguiendo el discurso de W. ERNST, B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013, 12 y 24 y ss., desecha la existencia del llamado sinalagma funcional en el derecho romano, dado que la única manifestación sobre la posibilidad de excepcionar frente a la acción de la contraparte incumplida, encontrada en los textos del *corpus iuris civilis* (C. 7, 45, 14), es de formación muy tardía y aparece referida exclusivamente al contrato de compraventa. Los otros fragmentos que demostrarían la operatividad del sinalagma funcional los considera interpolados, adhiriéndose a las construcciones de W. ERNST. Quien también niega la existencia de la excepción de incumplimiento en el derecho romano clásico es R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 6 y ss., pues afirma que los juristas romanos eran conscientes, con respeto a la buena fe, de rechazar comportamientos de los contratantes que reclamaban su prestación sin haber ejecutado la propia; pero jamás tuvieron un instituto tal como hoy en día se conoce la *exceptio non adimpleti contractus*, en el entendido que los casos en los que reconocieron la posibilidad de rehusarse a la ejecución de la prestación tenían elementos distintos en razón de las particularidades del proceso romano. En tales casos el instituto utilizado era la compensación en las acciones de buena fe.

27 W. ERNST, *Die Vorgeschichte der 'exceptio non adimpleti contractus' im römischen Recht bis Justinians*, cit., 31, citado por A. RODEGHIERO, "In tema di sinalagma funzionale nella compravendita romana classica", cit., 553.

ción, de manera que se descontaría del precio no recibido el daño ocasionado por el actor al no ejecutar su obligación. Ahora, en lo que hace referencia a la operatividad de la excepción de incumplimiento a favor del comprador, esta teoría pone de relieve que las fuentes no refrendan el derecho del comprador a rehusarse a pagar el precio cuando no fuera entregado el bien prometido; por lo tanto, la falta de tratamiento paritario al comprador y al vendedor respecto al sinalagma comprobaría la inexistencia de la interdependencia de las prestaciones en derecho romano clásico.

Una segunda posición, sostenida por Silvia Viaro<sup>28</sup>, considera que, en el ámbito de los contratos con prestaciones recíprocas e interdependientes, particularmente la compraventa, la jurisprudencia romana de edad clásica habría elaborado progresivamente, con base en la *bona fides*, la regla por la cual cada uno de los contratantes podría alegar, a través de la llamada *exceptio inadimplenti contractus*, su derecho a no cumplir hasta que no se cumpliera por la contraparte su obligación<sup>29</sup>. Es decir, la interdependencia funcional de las obligaciones nacidas de la compraventa en la fase de su cumplimiento habría sido introducida gradualmente por los juristas clásicos en obsequio al principio de la buena fe, en completo contraste con la originaria independencia que habría caracterizado la ejecución del contrato<sup>30</sup>. A esta conclusión llega, primero, porque considera que la excepción de incumplimiento como tutela del comprador a no ejecutar la propia prestación cuando la contraparte no ha cumplido u ofrecido a efectuarla no encontraría fundamento en las fuentes clásicas<sup>31</sup>. En segundo lugar, por cuanto sostiene que el derecho en cabeza del

28 S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., *passim*.

29 *Ibid.*, con particular atención en 267 y ss.

30 Esta afirmación fue sostenida anteriormente por A. BECHMANN, quien adscribe como una figura típica del sinalagma funcional a la *exceptio inadimplenti contractus*. No obstante, precisa que, desde un punto de vista histórico, en una fase antecedente las obligaciones, aunque eran interdependientes en el surgimiento, no lo eran luego en el cumplimiento. Fue en un momento posterior, en virtud de la valorización jurisprudencial de la cláusula *ex fide bona* contenida en las acciones *ex empto* y *ex venditio*, que se exigió asegurar la contemporaneidad en el cumplimiento. *Der kauf nach gemeinem Recht. 1. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, 542, citado por S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 10.

31 La autora estudia los casos en los que la doctrina insistentemente ha visto la excepción de incumplimiento mediante la *exceptio mercis non traditae*, la cual le concedía al comprador no pagar el precio cuando no había recibido la mercancía –analiza, entre otros, los fragmentos



vendedor, consistente en rehusarse a cumplir su obligación como respuesta a la falta del cumplimiento de su contraparte, sería más bien una especie de condición para el ejercicio de la acción por parte del comprador y una ventaja en virtud de la cual el vendedor mismo disfrutaría por el hecho de tener la cosa a su disposición<sup>32</sup>.

Finalmente, Viaro sostiene que —con base en una hipótesis reconstructiva en el tema de *'emptio venditio'*— el origen del derecho del vendedor a rechazar la ejecución de su prestación cuando su contraparte no lo ha hecho se habría presentado con la superación de la primitiva venta en efectivo, pues la ejecución de las obligaciones de la compraventa no se haría en un mismo momento —en especial la del comprador—, sino que se le daría la posibilidad al comprador de obtener la mercancía aplazando el pago del precio. Sin embargo, para que se presentara tal posibilidad, el precio debía respaldarse con la formal *expromissio*

*Gai* 4.126 a, D. 44.4.5.4 (*Paul. 71 ad ed.*), D. 19.1.25 (*Iul. 54 dig.*)—. Afirma que en tales supuestos de hecho eran contratos de compraventa que se celebraban con intervención de un tercero —el *argentarius*— y que, en todo caso, el comprador se encontraba siempre demandado por medio de la *actio ex stipulatio*. En este sentido, el comprador se defendía mediante la *exceptio mercis non traditae* frente a la *actio ex stipulatu*, con base en que faltaba la causa de la *stipulatio* a favor del vendedor, pues este no había entregado la cosa; es decir, la tutela era concedida debido a la necesidad de evitar el pago a favor del *argentarius* estipulante cuando el comprador aún no hubiere recibido el bien objeto de la *emptio venditio* celebrada con el vendedor, ya que resultaba injusto a la luz del equilibrio exigido en las relaciones negociales. Era entonces una relación trilateral entre vendedor, *argentarius* estipulante y comprador y, por lo tanto, un supuesto de hecho fuera del *synallagma*. Cfr. S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 121 y ss.

32 Respecto a este punto, S. VIARO afirma que las fuentes, en particular D. 21. 1. 57 pr. (*Paul. 5. quaest.*), dan cuenta de la preocupación de los juristas clásicos en subrayar que, si el comprador no pagaba preventivamente el precio, su acción no tendría éxito, en el sentido que no conseguiría nada en un proceso contra el vendedor; es decir, la tutela acordada al vendedor era sobre todo una objetiva preclusión que encontraba la acción ejercitada por el comprador consistente en que para demandar la entrega de la cosa debía primero haber pagado: sería en sí una verdadera condición de la acción.

Además, la facultad del vendedor de retener la *res vendita* —D. 21.1.31.8 (*Ulp. 1 ad ed. aed. cur.*), D. 18.4.22 (*Scaev. 2 resp.*), D. 19.1.13.8 (*Ulp. 32 ad ed.*)—, cuando el comprador no había pagado el precio, se concedía con analogía al *pignus* puesto que el rechazo a entregar la cosa no era en razón de la conexión funcional que se asume existente entre las obligaciones que surgen del contrato bilateral, sino en el hecho de que el vendedor tenía una situación de ventaja al tener la cosa a su disposición, de una garantía “natural” e implícita al contrato mismo, respecto al incumplimiento del comprador. Cfr. S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 59 y ss.; 75 y ss.

*nummorum*, como garantía de la obligación contractual *ex venditio* una vez reconocida la *emptio venditio* consensual. Después, la consolidación en la praxis de condicionar con un simple pacto el pago del precio a la entrega de la cosa habría conducido a reconocer la implícita inherencia de dicho pacto al contrato consensual y por ende la reciprocidad de las prestaciones de dicho contrato. Esta construcción permite inferir a Viaro que la interdependencia de las prestaciones en la compraventa no habría sido una característica en el derecho romano clásico, sino que se habría introducido en un posterior momento en razón del carácter de buena fe del contrato de compraventa<sup>33</sup>.

Estas teorías no parecen convincentes, pues los análisis parecen desconocer que, por medio de la excepción de incumplimiento contractual, la buena fe desde el derecho romano clásico proponía una concepción de sinalagma que preservaba el negocio a través de las exigencias de equilibrio, el cual se hacía realidad en la consideración de la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones y la lógica del negocio en atención de los intereses de las partes; por ello, retomar la lectura de algunos pasajes con tal concepción permitiría confirmar la operatividad de la excepción de incumplimiento en el derecho romano clásico.

I.3 LAS FUENTES CLÁSICAS ELABORARON UNA SERIE DE  
SOLUCIONES ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA EXCEPCIÓN,  
PARTICULARMENTE EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: LA  
EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO TUTELABA A LA PARTE QUE  
ERA REQUERIDA PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN  
EL SUPUESTO DE ROMPIMIENTO DE LA RECIPROCIDAD DEL  
SINALAGMA EN CLARO DESCONOCIMIENTO DEL EQUILIBRIO  
PROPIO DEL NEGOCIO

Los juristas romanos se mostraron sensibles a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del sinalagma contractual surgido de la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones del contrato. Consideraban de gran importancia lograr una protección, que desde la república romana presentaba

---

33 S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 165 y ss.; 229 y ss.

algunos albores<sup>34</sup>, la cual permitiera garantizar el equilibrio de la relación negocial. De hecho, una de las maneras para proteger el vínculo y el correcto

---

34 El fragmento de *De re rustica* de MARCO TERENCE VARRÓN 2.2.5-6 sería el testimonio más antiguo donde se señala el recíproco cumplimiento de las obligaciones que nacen de la compraventa en la última parte de la república [Varr. *De re rust.* 2.2.5-6: Las ventas se adecuarán a las condiciones dictadas por el propietario, en virtud de su derecho de propiedad, puesto que algunas incluyen muchas cláusulas, y otras pocas. Existen aquellas que fijan un determinado precio por cada oveja, como por ejemplo que dos corderos nacidos después del tiempo habitual corresponden al equivalente de una oveja, y que dos ovejas que le faltan los dientes por la edad, no constituyen una. Por las otras condiciones, normalmente se considera la antigua fórmula: vale decir que cuando el comprador le dice al vendedor, “¿me la vendes por tanto?” Y frente a una respuesta afirmativa del vendedor, el comprador promete solemnemente de pagar el precio; por lo tanto el comprador introduce la estipulación tomada de la antigua fórmula: “¿me prometes que estas ovejas, de las cuales se habla, estén sanas, como debe ser este ganado, el cual es sano a su deber, en tanto no es ciego en un ojo, no es sordo, y no tiene la mina, es decir, que sea pelado debajo el vientre; y además no proviene de una manada malsana, y que libremente pasa en mi absoluto poder?” Por este hecho sin más el rebaño no cambia de dueño, sino hasta que no se hayan contado los bienes. Puede el comprador, por la acción de compra y venta, lograr la condena del vendedor, si no le hace entrega del rebaño, en el caso que no lo haya pagado; y el mismo derecho tiene el vendedor contra el comprador, si este último no paga el precio convenido]: en dicho fragmento se demuestra un esquema negocial en el que las partes expresan su acuerdo mediante el intercambio de pregunta y respuesta sin la forma solemne característica de la *stipulatio*, el cual era suficiente para manifestar la voluntad de obligarse y perfeccionar el contrato. Luego se cita una ‘antigua fórmula’ en la que se contempla una doble promesa: por una parte, que el comprador garantiza el pago del precio –*expromissio nummorum*–; por la otra, el vendedor asegura al comprador que el bien vendido está libre de vicios. Precisado lo anterior, se establece que tal cambio de promesas no es suficiente para transferir la propiedad; se requiere además que se haya realizado la *adnumeratio* –una parte de la doctrina la entiende como ‘pagar el precio’ por el comprador, otra, la prevalente, por el contrario, ‘contar uno a uno’ lo que se vende por el vendedor–. Finalmente, VARRÓN sostiene que el comprador puede obrar *ex empto* contra el vendedor, aun si no ha pagado el precio; como también el vendedor bajo el mismo razonamiento –*simili iudicio*–. Sobre el fragmento, se remite al trabajo exegético realizado por S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 21 y ss., quien sostiene que la última parte del fragmento no evidencia un vínculo funcional de las obligaciones de la compraventa, pues cada prestación es irremediamente independiente de la otra. Es decir, para la autora, VARRÓN afirma que el comprador podría obtener la contraprestación sin el correlativo cumplimiento de la prestación que le corresponde, debido a que esta última es garantizada con una estipulación a favor del vendedor. Situación similar presenta el vendedor, en cuanto puede actuar *ex vendito*, sin haber entregado la cosa objeto del contrato.

funcionamiento de la relación contractual era mediante la excepción de incumplimiento, que en el caso de la compraventa —siempre que no se hubiera pactado la sucesiva ejecución de las prestaciones<sup>35</sup>— se reflejaba por medio de la exigencia al comprador de colocarse en cumplimiento si quería solicitar lo

---

Por su parte, en un valioso estudio sobre la subordinación de la transferencia de la propiedad de la cosa vendida al pago del precio en la experiencia de tradición romanista, S. RONCATI, *Emere vendere tradere. La lunga storia della regola di I. 2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*, Nápoles, 2015, 35 y ss., con particular atención a 38 y ss., examina con suficiente profundidad el fragmento de VARRÓN al analizar el carácter consensual de la compraventa explicada en el paso, el *iter* negocial desarrollado por las partes, el contenido de la fórmula reportada y las particularidades del fragmento, citando además una rica bibliografía. Con relación al cierre del fragmento —el otorgamiento de tutela a las partes sin la previa ejecución de sus prestaciones—, sostiene que podría sonar extraña o incomprensible tal afirmación en el régimen clásico de la compraventa para la época que VARRÓN lo escribió —primera mitad del siglo I a. C.—, pero era válido en un contexto en el cual no operaba completamente el sinalagma funcional, pues faltaba la bilateralidad funcional de las obligaciones recíprocas que encontraban su fuente en la compraventa, en otras palabras, la ausencia del nexo de interdependencia entre las obligaciones del comprador y las del vendedor. De hecho, M. TALAMANCA, “La tipicità dei contratti romani tra ‘conventio’ e ‘stipulatio’ fino Labeone”, en *‘Contractus’ e ‘pactum’. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-republicana*, a cura di F. Milazzo, Nápoles-Roma 1990, 64, sostiene que VARRÓN se refería a la realidad de la época, en la que surgían para las partes dos *iudicia bonae fidei* en el contrato de compraventa, sin darse cuenta de que, en la estructura del modelo adoptado, si el vendedor quería obtener el precio, tenía que actuar con base en la *expromissio*.

No obstante lo que sostienen S. VIARO y S. RONCATI, esto es, que existía una independencia en la ejecución de las prestaciones en la compraventa reportada por VARRÓN, tal hecho no hace que el contrato pierda el equilibrio exigido por la lógica interna del negocio, porque, aunque una parte requiera a la otra por el cumplimiento de la obligación sin haber realizado la que le corresponde, el requerido tenía otro instrumento para lograr el cumplimiento de la prestación, mediante la acción que tutelaba la estipulación realizada con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la *emptio venditio*. Es por este motivo que el testimonio de VARRÓN podría ser considerado como un albor del sinalagma funcional, pues en últimas la interpretación de la posición de las partes y de los instrumentos procesales que acompañaban el contrato permite inferir que se conservaba la reciprocidad y el equilibrio exigido por la *fides bona*.

35 La interdependencia de las prestaciones, expresada mediante la *exceptio inadimplenti contractus*, tiene su base de aplicación en la contemporaneidad en la ejecución de aquellas, y esta queda excluida, por ejemplo, en la compraventa, debido a la naturaleza del negocio o mediante un pacto de las partes en el que se exprese el pago del precio después de que haya sido ejecutada la prestación del vendedor. Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 223.

propio a su contraparte, la facultad del vendedor de rehusarse a entregar la cosa objeto de su prestación y el otorgamiento de instrumentos procesales a las partes que rechazaran comportamientos contrarios a la buena fe en la exigibilidad de las prestaciones.

1.3.1 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL  
ADQUIRÍA IMPORTANCIA EN CUANTO SUBORDINABA  
LA PROCEDENCIA DE LA PRETENSIÓN DEL ACTOR A LA  
CORRESPONDIENTE EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN A SU  
CARGO: PROTECCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR

La excepción de incumplimiento contractual se configuraba como una expresión del *synallagma* funcional en la experiencia jurídica romana, pues conllevaba que en el momento en el cual un contratante actuaba para exigir la ejecución de la obligación de su contraparte debía ya haber dado cumplimiento a la propia prestación o haberlo ofrecido<sup>36</sup>. De hecho, se subordinaba la pretensión de una parte al cumplimiento de su propia prestación en cuanto respondía a la exigencia de equilibrio contractual al que contribuía la reciprocidad de las obligaciones y la interdependencia de las prestaciones pactadas<sup>37</sup>.

Una de las fuentes que confirman este tipo de funcionamiento de la excepción de incumplimiento en la edad clásica es el testimonio de Paulo en D. 21.1.57 pr.<sup>38</sup> en el cual se planteaba una hipótesis de compraventa de un esclavo realizada por otro esclavo y en la que el objeto de la compraventa resultaba viciado. El dueño del esclavo comprador que pretendía demandar por medio de la acción redhibitoria debía dar a favor del vendedor todo aquello que en la normalidad de los casos se solicitaba a cualquier comprador para que

36 M. TALAMANCA, “Lex’ ed ‘interpretatio”, cit., 354, n. 2.

37 M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*. cit., 220.

38 D. 21. 1. 57 pr. (Paul. 5. quaest.) “Si servum mancipium emit et dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor <pretium> daturus est, quam si omnia praestiterit quae huic actioni continentur et quidem solida, non peculio tenus: nam et si ex empto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur”. [Si un esclavo compró a otro esclavo, y el dueño del esclavo comprador ejercitara la acción redhibitoria [para obtener el precio], el vendedor no se lo ha de entregar de otro modo, que si hubiere cumplido todo lo que se comprende en esta acción, y ciertamente por entero, y no hasta el límite del peculio; porque también si el dueño del esclavo comprador ejercitara la acción de compra no consigue nada, si no hubiere pagado todo el precio].

prosperara la acción, es decir, la restitución del esclavo adquirido con los relativos accesorios y el resarcimiento de los daños sufridos al esclavo en caso que así fuera; y no dar solamente aquello que correspondiera a los límites del peculio del esclavo comprador. Luego, el jurista Severiano afirma que, de la misma manera, si la demanda se hacía por medio de la acción de compra, el dueño del esclavo comprador debía pagar el precio de la venta si quería que dicha acción tuviera éxito<sup>39</sup>.

En este fragmento se evidencia la preocupación del jurista Severiano de otorgar, mediante la acción redhibitoria o de compra, tutela a favor del comprador contra el incumplimiento contractual, derivado del hecho que no le fue transmitido el disfrute pacífico del esclavo vendido o no le fue entregado este. Sin embargo, tal tutela debía considerarse en función de la operación económica y en respeto de los parámetros de equilibrio exigidos por la buena fe; por ello, la comparación de las dos acciones.

En la experiencia jurídica romana era habitual la utilización de sujetos sometidos a potestad, como el caso de los esclavos, en la celebración de nego-

---

39 Esta misma solución se presenta en el complejo D.12.1.31.1 (*Paul. 7 ad Plaut.*), en el que se plantea otra hipótesis de compraventa celebrada por un esclavo. *Ego* celebra de buena fe una compraventa cuyo objeto es un esclavo robado a *Tu*. El esclavo adquirido compra a su vez y con el peculio que le había dado *Tu*, otro esclavo llamado *vicario*. El segundo vendedor entrega a *vicario* a *Ego*. PAULO sostiene, con base en las opiniones de SABINO y CASSIO, que *Tu* tendría a disposición una *condictio* para obtener de *Ego* la restitución de *vicario*, mientras *Ego* tendría a su disposición una acción contra *Tu* con el fin de hacerse rembolsar los gastos ocasionados por el negocio realizado. Además, sostiene que, conforme a la posición de JULIANO, *Tu* habría podido usar alternativamente la *actio empti* contra el segundo vendedor, y este último podría repetir contra *Ego*. Ahora, respecto al precio pagado por el esclavo *vicario*, Juliano distinguía: si no fue consumido, *Tu* podía reivindicarlo del vendedor, quien podía usar la *actio (venditi) de peculio* para el pago del precio; si, en cambio, fue consumido, *Tu* no podía reivindicarlo y el vendedor tampoco tendría la *actio (venditi) de peculio*. Luego (que sería la parte que interesa respecto a la operatividad de la excepción de incumplimiento) Paulo precisa, invocando a Juliano, que el vendedor del esclavo *vicario* no podría ser llamado a juicio *ex empto* por *Tu* mientras no pague el precio entero de la venta. Respecto a su estudio exegético, se reenvía a A. SACCOCCIO, '*Si certum petetur*'. *Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianeae*, Milán, 2002, 195 y ss.

Esta última parte del fragmento confirma la coherencia en la posición de Paulo respecto a la exigencia de la totalidad del pago del precio de la venta del esclavo para que en el juicio de buena fe instaurado por medio de la *actio ex empto* se determinase la responsabilidad del vendedor que negoció con el esclavo.

cios jurídicos. La operación consistía en que el esclavo adquiría a nombre del *dominus* y no se obligaba *iure civili* con base en el negocio jurídico celebrado, pues quien respondía era el *dominus* hasta el límite del monto del peculio que él mismo le había concedido al esclavo<sup>40</sup>. No obstante, en el presente fragmento, Paulo evidenciaba su preocupación por la existencia y permanencia del equilibrio en la relación negocial para dar lugar a la procedibilidad de la acción redhibitoria y la acción de compra. Respecto a la primera, daba la posibilidad de que el *dominus* la alegara siempre que restituyera todo y no se sometiera al límite del peculio; con relación a la segunda, exigía el pago del precio por el *dominus*.

Si estos elementos no fueran exigidos en este tipo de negocios, se le permitiría al dueño del esclavo comprador mediante la acción redhibitoria obtener el precio, tener en su posesión el esclavo y gozar del límite de responsabilidad. En el mismo sentido podría, mediante la acción de compra, obtener la entrega del esclavo comprado sin haber realizado su contraprestación; ambas situaciones son comparables en cuanto serían contrarias a la buena fe que regula el contrato, y en particular a la ruptura del equilibrio requerido en la operación económica<sup>41</sup>.

---

40 A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Turín, 1993, 150.

41 Con razón ha observado A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica*, cit., 560, que la buena fe no le concede al “*dominus* del esclavo comprador pretender del vendedor la entrega de la cosa y, al mismo tiempo, alegar la limitación de la responsabilidad que lo beneficia. [Pues,] el principio con base en el cual el esclavo no se obliga *civiliter* [...], sino que adquiere el crédito para el propio *dominus*, se transformaría (o, mejor, se podría transformar por la insuficiencia del peculio) en un instrumento de injusto enriquecimiento a favor de este último y con perjuicio de quien el esclavo había contratado”. Contrario a esta postura, S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 62 y 70, afirma que “para tutelar el vendedor contra un injusto empobrecimiento, sería suficiente –en hipótesis– prever la obligación, en cabeza del titular del esclavo comprador, de entregar la entera contraprestación, impidiéndole de alegar la limitación de responsabilidad prevista a su favor; no había necesidad alguna de imponer al mismo también el deber de cumplir primero para poder ejercitar la acción contractual (ni de la otra parte, el jurista se detiene sobre este perfil, como en cambio sería lícito esperarse si realmente en la subordinación de la *actio* al pago hubiera sido encontrado el específico interés de la solución propuesta)”. Además, en coherencia con su tesis y luego de analizar D. 12.1.31.1 (*Paul. 7 ad Plaut.*), sostiene que “la necesidad que la obligación del comprador sea cumplida primero de la instauración del juicio parece aflorar solo como un mero *obiter dictum*, sobre el cual Paulo no siente el deber de dar par-

De este modo, la excepción de incumplimiento cumplía, mediante la subordinación de la pretensión del comprador de exigir la prestación de la contraparte a la ejecución de la prestación a su cargo, una función de protección al sinalagma del contrato<sup>42</sup>, y no un simple requisito de procedibilidad de la acción de compra<sup>43</sup>.

En otras fuentes, además de confirmar la operatividad de la excepción de incumplimiento evitando a la parte incumplida obtener su pretensión sin haber ejecutado la que le correspondía, se testimonia la posibilidad que tenía el vendedor –que fuera llamado a juicio por medio de la *actio empti* por el comprador que se lamentaba por la falta de entrega de la *res vendita*– de oponer contra la demanda, y a favor suyo, el incumplimiento de la obligación a cargo del actor consistente en el pago acordado o, en su defecto, el ofrecimiento de dicho pago<sup>44</sup>. En efecto, en tales fuentes se testifica la facultad de que gozaba

---

ticulares explicaciones: lógico pensar, por lo tanto, que se tratase de un aspecto normal de funcionamiento de los juicios relativos a las relaciones emanadas de la compraventa, sobre las cuales no había razón de entretenerse mucho (sino solo para verificar la operatividad en el caso de compra efectuada por un esclavo)”.

42 M. TALAMANCA, “Vendita in generale”, cit., 375, n. 743.

43 De hecho, S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 63, a pesar de que afirma que este fragmento es un ejemplo en el que se demuestra el requisito de procedibilidad de la acción de compra y no la existencia de la excepción de incumplimiento, reconoce en el paso el nexo de interdependencia, el cual corresponde entre el ejercicio de la *actio empti* y el pago del precio. En efecto, el sujeto interesado, quien era a su vez actor y deudor, era el *dominus* y a quien se le imponía la obligación, *iure pretorio*, de versar la entera suma debida a título de compraventa, cuando normalmente no era así pues solamente respondía en el límite del peculio del esclavo. En otras palabras, la peculiaridad en este tipo de fragmentos reside en el hecho que el *emptor* debía entregar la contraprestación en su totalidad si quería aprovecharse de la acción de compra, sin poder invocar el beneficio del límite de responsabilidad, del cual sí podía valerse si fuese llamado a juicio por el *venditor*. Por su parte, A. RODEGHIERO, “In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica”, cit., 575, duda de la existencia de interdependencia de las prestaciones en el fragmento, pero afirma que el pasaje nota la operatividad de la buena fe en cuanto regulaba el contrato para evitar un injusto enriquecimiento en perjuicio de quien contrató con el esclavo.

44 G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 218; A. RODEGHIERO, “In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica”, cit., 552.



el vendedor de no entregar la cosa que se comprometió a dar, reteniéndola como si fuera una prenda<sup>45</sup>.

Así, la fuente que causa mayor interés es la que recoge el testimonio de Ulpiano en D. 19.1.13.8<sup>[46]</sup>, en la cual se sostiene que el comprador debía ofrecer el precio completamente en el momento de ejercer la acción de compra;

45 Son de hecho los fragmentos: (i) D. 21.1.31.8 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.) “Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit: et hoc in emptoribus servari oportere ait: nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciatur” [Dice el mismo Marcelo, que no puede uno de los dueños conseguir por la acción de compra que el vendedor le haga entrega con arreglo a su parte, si conforme a su porción le diere el precio, y dice que eso debe observarse respecto a los compradores, porque el vendedor retiene, como una prenda, lo que vendió, hasta que el comprador le satisfaga]; (ii) D. 18.4.22 (Scaev. 2 resp.) “Hereditatis venditae pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi, cur non teneantur” [Recibió una parte del precio de la herencia vendida; se preguntó, al no pagar el comprador el resto, ¿quedarán obligados los bienes de la herencia a título de prenda? Respondí, no hay razones para que no queden obligados (los bienes)]; y (iii) D. 19.1.13.8 (Ulp. 32 ad ed.) “Offerrit pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit” [El comprador que ejercite la acción de compra debe ofrecer el precio, por lo cual, si ofrece una parte del precio, no puede hacer valer su pretensión: pues el vendedor puede retener como en prenda la cosa que vendió]. Los tres fragmentos testimonian la facultad que tenía el vendedor de rehusarse a entregar la cosa prometida en venta en aquellos casos en los que el comprador no ofreciere el precio: el primero expresa tal facultad en términos de *nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet*, el segundo lo hace con la expresión *corpora hereditaria pignoris nomine teneantur* y el tercero usa *venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit*. Ahora, no obstante sea MARCELO en 21.1.31.8 (Ulp. 1 ad ed.) el primer jurista clásico en dar noticia sobre el sinalagma funcional a favor del vendedor, en esta sede solamente tomamos como fragmento para analizar el testimonio de ULPIANO en D. 19.1.13.8.

46 El fragmento, que genuinamente expresa el pensamiento del jurista clásico, ha sido considerado por la doctrina civil como uno de los referentes más sobresalientes en las fuentes clásicas que permitiría la construcción de la que hoy se conoce como *exceptio inadimplenti contractus*. Ver para todos G. SCADUTO, “L’*exceptio non adimpleti contractus* nel diritto civile italiano”, cit., 78; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, art. 1460-1462, en *Il Codice Civile*, Commentario P. Schlesinger - diretto da F. Busnelli, Milán, 2011, 8. Contrario a que sea considerado como el antecedente de la *exceptio non adimpleti contractus*, cfr. R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., 7; P. CERAMI, “Risoluzione. Diritto romano”, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milán, 1989, 1289, n. 60.

en caso contrario, el vendedor gozaba de un derecho de retención sobre la *res vendita* similar a aquel del que era titular el acreedor pignoraticio sobre la *res pignori data*.

En este fragmento, a diferencia del anterior, solo se exige que el comprador ofrezca la prestación por completo, y no su ejecución, pues requerir esta última sería inconveniente para la operación comercial de la cual posiblemente hacía referencia el jurista Severiano: se podría pensar en un negocio en el que los usos, la costumbre y su propia naturaleza no requerían que el comprador pagara de primero<sup>47</sup>. De hecho, la buena fe ponía en consideración los intereses de las partes respecto a la función propia del negocio y, por ende, suministraba el modelo oportuno al cual las partes debían conformarse para contribuir recíprocamente a la debida satisfacción de sus intereses<sup>48</sup>. Las acciones que nacían de los contratos consensuales eran, por lo tanto, de buena fe, en la que el juez podía determinar, según el negocio celebrado, algún tipo de carga a las partes<sup>49</sup>, como lo era, en este caso, solamente el ofrecimiento del precio por parte del comprador, y no el pago efectivo, y por parte del vendedor, luego de aceptada la oferta, la entrega de la cosa. El caso en que el comprador cumplía con su carga y el vendedor retenía el bien vendido conllevaría el fracaso del

---

47 Son innumerables los negocios con obligaciones recíprocas en virtud de las cuales solo se requiere el ofrecimiento del pago por la prestación de la contraparte; puede pensarse en el servicio de prestación de servicios de peluquería, en virtud de la cual la costumbre indica que el pago no es necesario para la ejecución de la prestación por parte del prestador del servicio.

La lectura de este fragmento con esta perspectiva concuerda con el fragmento inmediatamente siguiente: D. 19.1.13.9 (Ulp. 32. ad ed.): “Unde quaeritur, si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit, utrum eius rei consequetur pretium integrum ex empto agens an vero quod numeravit? et puto magis id quod numeravit propter doli exceptionem” [Donde se pregunta: si una parte del precio ha sido pagada y la mercancía ha sido entregada y luego viciada, ¿el comprador podrá, mediante la *ex empto*, conseguir el precio en su totalidad o solamente cuanto haya pagado? Sostengo que el comprador podrá obtener solo cuanto ha pagado, por efecto de la acción de dolo], pues se pone de relieve una hipótesis de negocio diferente, en la que el vendedor entrega la cosa en aquellos eventos en los que recibe parcialmente el precio, pues la operación así lo requiere. Sobre su análisis, se remite a C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 27.

48 C. A. CANNATA, “Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno”, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XII, Turín, 1995, 445.

49 A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Nápoles, 1964, 137.

negocio debido a la falta de consideración de la operación económica por parte del vendedor, en contradicción a los parámetros que la buena fe ordenaba<sup>50</sup>.

Ahora, si el comprador no ofrecía el precio, tendría sentido<sup>51</sup> que se otorgara la facultad al vendedor de rehusarse a ejecutar su prestación mediante

---

50 Con particular atención, el profesor CANNATA, al examinar D. 19.1.13.8, considera que el juez en el proceso formulario le impone el deber al comprador que actúa mediante la *actio emptio* a ofrecer el precio a la contraparte, quien a su vez quedaría absuelto de la demanda solamente si acepta la oferta y entrega la cosa prometida. En este caso, el ‘impase’ es superado: las partes no confían entre ellas, pero el negocio culminó sin problema alguno. Caso contrario sería que el vendedor llamado a juicio aceptara el precio y no prestara la cosa, pues sería condenado debido a su comportamiento contrario a buena fe. Como se observa, el juez no habría podido juzgar el caso, si no hubiera tenido el poder de probar a las partes en el curso del juicio y de absolver a aquel que hubiera cumplido con las cargas impuestas. En este sentido, el juez debe intervenir de manera inteligente; si no, arriesgaría a comprometer todo el negocio: por ello el juez no podía cometer el error de imponer al actor el pago del precio. Cfr. C. A. CANNATA, “‘Bona fides’ e strutture processuali”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di L. Garofalo*, IV, Padua, 2003, 263.

51 Respecto a la crítica de ERNST, consistente en que la retención a favor del vendedor no tendría sentido frente a la condena pecuniaria característica del proceso formulario, y que por el contrario el mecanismo usado era la compensación, se comparte la explicación que ofrecen RODEGHERIO y VIARO para rechazar tal crítica. Por una parte, A. RODEGHERIO, “In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica”, cit., 569, afirma: “[...] opinando de esta manera, se termina alterando la relación entre *intentio* y *condemnatio*: en realidad, solo una vez reconocido el buen derecho del actor a la luz de la cláusula formularia *ex fide bona*, el juez condenará al llamado a juicio. En sentido contrario, si la pretensión accionada por el actor aparece contraria a la buena fe –porque se lamenta del incumplimiento de la contraparte sin todavía haber cumplido su propia prestación–, la circunstancia de que la *condemnatio* tenga como objeto el pago de una suma de dinero, no tiene algún relieve, pues, la pretensión del actor fue ya reconocida como infundada”. Por otra, S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 109, considera que “una cosa es afirmar, como hacen los juristas clásicos, que el vendedor podía retener para sí mismo la *res vendita* hasta el pago integral del precio pactado; otra cosa es decir, en cambio, que si el vendedor resultaba incumplido de la obligación de *tradere rem* asumida con el contrato debía ser condenado al pago de una suma de dinero, en virtud del carácter necesariamente pecuniario de la *condemnatio* formularia. [...] hasta que el comprador no haya cumplido, no podría obtener en juicio una condena del *venditor*. Esto significa que –en ausencia del preventivo pago del precio– en la fase *apud iudicem*, el mecanismo de la compensación de los recíprocos créditos surgidos *ex eadem causa*, tampoco habría sido destinado a tener en consideración; incluso admitiendo que le concerniese al juez privado valorar la fundabilidad de la *exceptio inadimplenti contractus* a

la retención de la cosa vendida en términos de *quasi pignoris*, en cuanto protegía la lógica interna del negocio, evidenciada gracias al amplio margen de valorización realizada por el juez y fundamentada por el *oportere ex fide bona* contenido en la pretensión del actor<sup>52</sup>. Y, así, esta facultad del vendedor reflejaría la operatividad de la excepción de incumplimiento contractual en el caso específico.

La referencia que hace Ulpiano a la retención que realiza el vendedor sobre la *res vendita* a la prenda no debe entenderse exegéticamente, pues los juristas romanos no usaban una terminología esquemática y exclusiva para referirse a una determinada situación, lo importante era que se entregara una solución al caso particular que les era puesto en consideración, coherente con el ordenamiento jurídico preexistente, con la tradición jurídica de la *civitas*, pero, al mismo tiempo, innovativo en la dirección solicitada por la ‘conciencia social’ en la búsqueda del *bonum et aequum*<sup>53</sup>.

En efecto, la hipótesis que trata el fragmento no se refiere a una garantía de la que el vendedor era titular, porque la constitución de una prenda requería de un supuesto de hecho diferente al que no se da noticia en el fragmento analizado: la voluntad negocial manifestada por las partes dirigida a la constitución de una garantía consistente en la retención a favor del vendedor hasta tanto no se realizara el pago pactado<sup>54</sup> y la consideración en virtud de la cual el vendedor no podía ejercer una garantía a su favor sobre una cosa

---

favor del vendedor, por lo cual parece concluirse que el mismo juez habría sido lógicamente obligado a valorar en vía preliminar si existían razones obstativas para acoger la pretensión puesta en consideración, para luego pasar, una vez convencido del buen fundamento de la acción, a la fase de liquidación de la suma que se impone a cargo del convenido”.

52 M. TALAMANCA, “Vendita in generale”, cit., 375.

53 L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Turín, 2012, 50 y 54.

54 Como sí se evidencia de los fragmentos D. 13.7.1 pr. (Ulp. 40 ad. Sab.) “pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est” que establece la posibilidad de constitución de la prenda con el mero consentimiento y sin necesidad de la transferencia de la posesión; y D. 27.9.1.4 (Ulp. 35 ad. ed.) “Si minor vigintiquinque annis emit praedia, ut, quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere; nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari”, según el cual describe un particular modo de constitución convencional de prenda, análogamente como ocurre en orden al derecho real limitado de goce, es el de reserva del derecho de prenda a favor del propietario alienante. Ver: A. BURDESE, “Pegno (diritto romano)”, en *Enciclopedia del diritto*, xxxii, Milán, 1982, 663 y ss.; C. PELLOSO, “Influenze greche nel regime romano della ‘hypoteca?’”, en *Teoria e storia del diritto privato*, 1, 2008, 15 y ss.

que aún le pertenecía y que no había sido transferida al comprador<sup>55</sup>. Además, la funcionalidad del ‘*quasi*’ al lado de *pignus* representa la prudencia del jurista clásico al querer alejar la figura referida en el paso de la garantía y, por tanto, evitar confusión con el supuesto de hecho que se analiza en el fragmento<sup>56</sup>: una excepción que pretende dilatar la exigencia de reciprocidad en el

---

55 “En lo que corresponde al *pignus* como instituto jurídico del derecho privado, existen noticias que se remontan desde los finales del siglo tercero antes de Cristo hasta la época de Justiniano: el cual puede ser definido genéricamente como garantía de un crédito constituida sobre una cosa ajena”. Ver: A. BURDESE, “Pegno (diritto romano)”, cit., 663. Lectura también evidenciada por S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 247 y 251, quien explica que los clásicos en ningún caso habrían podido individuar una verdadera y propia prenda en el derecho del vendedor sobre la *res* que aún no ha entregado al comprador en ausencia del pago del precio, pues era inconcebible la constitución de la prenda sobre un bien propio.

56 Como lo sostiene M. TALAMANCA, “Vendita in generale”, cit., 375, se trata de una construcción que quiere dar una inicial y sintética aproximación de la relativa disciplina, pero sin que esto signifique realizar una completa comparación funcional entre las dos situaciones. Por su parte, S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 252, afirma que al subsistir algunas relevantes analogías del régimen entre el titular de un derecho real de garantía y el del vendedor que aún se encontraba en posesión de la *res vendita* y que no había recibido el pago del precio por ella, hacía que se usara una expresión discutible a nivel científico, pero sin duda con un gran alcance descriptivo. Además, no sería el único ejemplo en el que los juristas clásicos usaron la expresión ‘*quasi*’ con el fin de expresar un paragon o aproximación respecto a una institución determinada, sin que eso signifique su confusión; así, en D. 2. 14. 7. 6 (Ulp. 4 ad. ed.) el jurista Severiano se plantea que, si es posible cambiar la totalidad de un tipo de contratos, ¿por qué no será igualmente posible cambiar sólo una parte del contrato? Sobre esta cuestión, ULPIANO procede a citar a POMPONIO quien sostiene que la posibilidad de resolver *in parte, res integra*, el contrato consensual se justifica con base en el mismo criterio que fundamenta la resolución total, esto es, la facultad que tienen las partes de *consentire in contrarium*; y luego afirma que la resolución parcial no elimina el contrato, sino que va dirigido a modificar algunos elementos no esenciales de manera que aparezca el contrato *quasi renovatus*. De esta manera, con el ‘*quasi*’ se realiza una especie de comparación con la figura del ‘*contrarius consensus*’, mas no lo equipara; el supuesto de hecho que plantea es la modificación del contrato por mutua voluntad de las partes. Ver: C. A. CHINCHILLA IMBETT, “Contrarius consensus: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 28, Universidad Externado de Colombia, 2015, 112 y ss.

cumplimiento de las prestaciones en aras de proteger el equilibrio del contrato que se podría ver comprometido si no se concediera tal excepción<sup>57</sup>.

Tampoco se hace referencia a la retención<sup>58</sup>. Se parte de la premisa en virtud de la cual el uso del término *retinere* dentro del texto no significa necesariamente que se invoque la retención como figura aplicable al supuesto de hecho, pues las fuentes clásicas no reagrupan los casos en los que se hace testimonio de esta, ni los coordina en una teoría común, sino que los presenta de manera dispersa y aislada, sin una terminología exclusiva y técnica<sup>59</sup>. Por ello, se debe analizar si el supuesto de hecho corresponde o no al instituto. En efecto, la retención era “la facultad de subordinar la entrega de la *res* no obtenida en garantía, a la efectiva satisfacción de un crédito a cargo de la contraparte y surgido con ocasión de la *res* misma”<sup>60</sup>. Era concedida, desde sus preludios<sup>61</sup>, solamente con relación a los créditos que a un determinado bien

---

57 Contrario a esta construcción, consultar S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 257, quien se acerca a la teoría en virtud de la cual niega la operatividad de la excepción de incumplimiento en este paso. Afirma la tutela concedida al vendedor, consistente en que el derecho de retención de la *res vendita* tenía dos funciones particulares: por una parte, la de garantizar la satisfacción de su derecho de crédito; por otra, la de ejercitar una no indiferente presión psicológica sobre el comprador con el fin de llevarlo lo antes posible a la ejecución de la prestación que le corresponde.

58 Sobre la distinción entre el derecho de retención y la excepción de incumplimiento contractual, se remite a los estudios esbozados por E. NARDI; entre ellos se resaltan *Ritenzione e pegno gordiano*, Milán, 1939; *id.*, “Sulla ritenzione in diritto romano”, en *Archivio Giuridico*, CXXIV, 1940, 74-115; *id.*, “Testi in origine relativi alla ritenzione?”, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, I, Milán, 1947, 354 y ss.; *id.*, *Studi sulla ritenzione in diritto romano. Fonti e casi*, I, Milán, 1947; *id.*, *Studi sulla ritenzione in diritto romano. Profilo storico*, II, Milán, 1957; *id.*, *Studi sulla ritenzione in diritto romano. Dogmatica giustiniana*, II, Milán, 1957; *id.*, “Ritenzione (diritto romano)”, en *Novissimo digesto italiano*, XVI, 1969, 166 y ss.; *id.*, “Ritenzione. Diritto romano”, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milán, 1989, 1363 y ss.

59 E. NARDI, “Ritenzione (diritto romano)”, cit., 167; del mismo modo, *id.*, “Ritenzione. Diritto romano”, cit., 1363.

60 E. NARDI, “Sulla ritenzione in diritto romano”, cit., 74.

61 Se evidencia que el primer testimonio del derecho de retención se refería a un caso contado por el cónsul Servio en D. 14.2.1.2 pr. (Paul. 34 ad. Ed.): posiblemente en el mar Mediterráneo oriental, en el último siglo de la república, frente al peligro del hundimiento del barco se decidió echar algunas mercancías al mar y rescatar otras; el *magister navis* era facultado a retener estas últimas hasta tanto sus respectivos propietarios no colaborasen con el pago de los daños causados, pues sería lo justo en cuanto a ellos se les salvaron sus

se le relacionaban, ocasionados por una pérdida patrimonial injustamente soportada por quien tenía tal bien, por ejemplo los gastos de su mantenimiento y los daños causados por su mal estado<sup>62</sup>; todo lo cual no parece evidenciarse de la lectura del testimonio de Ulpiano en D. 19.1.13.8: no se subordina la entrega de la *res* al ofrecimiento de una indemnización por los daños y gastos causados con relación al bien retenido por el vendedor; de hecho, el fragmento describe otro supuesto.

Así, la terminología que se usa, en el sentido *retinere* la *res quasi pignus*, detalla un simple modo de referirse, desde el punto de vista del vendedor, a la existencia y alcance del sinalagma, la cual, reconocida a plenitud, funda la excepción de incumplimiento del contrato<sup>63</sup>. Por lo tanto, el jurista se refería a un contrato de compraventa en el que el vendedor tenía la facultad de no realizar su prestación y, por lo tanto, no efectuar la entrega de la cosa, con la finalidad de proteger la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones, protección que se vería reflejada, de un lado, al evitar que el vendedor fuera condenado injustamente a entregar la cosa cuando no existe un ofrecimiento de la contraprestación; de otro lado, al indicar la verdadera lógica interna del negocio, consistente en obligar a las partes a cumplir sus prestaciones de una determinada forma y en respeto del equilibrio del negocio; en el caso en particular, ambas razones irían dirigidas a rechazar un posible enriquecimiento patrimonial a favor del comprador incumplido y demandante<sup>64</sup>.

---

mercancías. Luego, en los umbrales del principado, el instituto apareció en los juicios posesorios, con referencia a los gastos ocasionados por la *rei vindicatio*. En efecto, la *retentio* en sus orígenes fue concedida a quienes se veían afectados patrimonialmente debido a la tenencia de una cosa que no les pertenecía y que no estaban obligados a soportar. Sobre el particular: E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano. Profilo storico*, II, cit., 40 y ss.

62 E. NARDI, “Ritenzione. Diritto romano”, cit., 1363.

63 *Ibid.*, 1364.

64 A. BURDESE, “Recensione di A. Bürge Retentio im römischen Sachen- und Obligationrecht”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XLVI, 1980, 550-563. Contrario a lo que acá se expone, S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 261 y ss., apoyada por la tesis formulada de R. BACKHAUS, “Recensione a A. Bürge Retentio im römischen Sachen- und Obligationrecht”, en *ZSS*, XCVIII, 1981, 512, considera reformular la tradicional distinción que se realiza entre el derecho de retención y la excepción de incumplimiento contractual basada en las fuentes clásicas, pues, según ella, no hay ninguna diferencia terminológica ni conceptual en donde los juristas traten las dos figuras; así como tampoco existe fundamento para afirmar que ellos se preocupaban por diferenciar

I. 3. 2 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ASUMÍA UNA  
RELEVANCIA AUTÓNOMA DEBIDO A LA EXIGENCIA DE TUTELA  
AL CARÁCTER SINALAGMÁTICO DEL CONTRATO CUANDO SE  
CONFIGURABA UNA LESIÓN OBJETIVA EN AQUEL CASO EN  
QUE UNA PARTE PRETENDÍA SU PRESTACIÓN SIN HABER  
REALIZADO LA QUE LE CORRESPONDÍA: PROTECCIÓN A  
FAVOR DEL COMPRADOR

El comprador que fuera llamado en juicio por medio de la *actio venditi* por el vendedor, con el objetivo de obtener el pago acordado, estaría facultado para oponer contra la acción la falta de entrega del bien prometido o, al menos, la ausencia de una oferta consistente en ello<sup>65</sup>. Tal facultad la describe Juliano en D. 19.1.25 (Iul. 54 dig.)<sup>66</sup> con base en el caso de la compra de unas uvas de

---

el régimen de las obligaciones en un contrato sinalagmático y un contrato unilateral o imperfectamente bilateral; considera que la distinción entre los institutos se debe a las construcciones hechas por la ciencia jurídica moderna de la Pandectística, y no a las construcciones de los juristas clásicos.

A nuestro parecer, la funcionalidad de la excepción de incumplimiento frente al contrato en consideración de la función del negocio era clara: dilatar el ejercicio de la reciprocidad propia del contrato; así como también era evidente el fundamento del otorgamiento de un derecho de retención a una de las partes que era titular de un crédito debido a un detrimento patrimonial por la tenencia de un bien de la contraparte con ocasión de una relación negocial entre ellas. En fin, si bien ambas eran expresiones del equilibrio exigible en la relación negocial, no significa que su funcionalidad fuera indistintamente considerada por los juristas clásicos; estos, por el contrario, establecían sus categorías que correspondían a una función determinada, sin ser explícitos en su terminología; de hecho, el elemento que hacía distinguir funcionalmente a la excepción de incumplimiento era la protección y la consideración del *oportere ex fide bona* teniendo en cuenta la naturaleza de la relación negocial, la posición de las partes y el reequilibrio del sinalagma del contrato, todo lo cual no se expresaba en la función misma de la retención.

65 La doctrina mayoritaria invoca los pasajes: (i) D. 19.1.25 (Iul. 54 dig.) y (ii) Gai 4, 126a, en la parte que expresa “si argentarius pretium rei quae in auctionem venerit persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, ‘si ei res quam emerit tradita est’” con todas sus respectivas críticas y dudas, en especial las que propone S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 122 y ss.

66 D. 19.1.25 (Iul. 54 dig.) “qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit ‘si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est’. ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriam



un determinado viñedo en el que aún no se había hecho la cosecha, y el vendedor prohibía al comprador tomarlas por su cuenta y lo demandaba con el fin de obtener el pago del precio. Al comprador se le concedía, ante el requerimiento de su contraparte, oponer la excepción en los siguientes términos: “el dinero que se pide no puede ser solicitado por una cosa que fue vendida mas no entregada”. Ahora, si el comprador había entregado el precio y aún se le prohibía pisar las uvas o coger el mosto, podía oponer la *actio ad exhibendum* o *actio iniuriarum*, fundamentado en el hecho de que no le era permitido tomar una cosa que le pertenecía.

La doctrina romanista concuerda en que en este caso el vendedor demandaba mediante la *actio ex stipulatio* el requerimiento del precio<sup>67</sup>, pues para este tipo de compraventa era frecuente que las partes hicieran uso de una estipulación con el fin de reforzar sus prestaciones y al mismo tiempo darle eficacia jurídica al reglamento contractual previamente acordado<sup>68</sup>. Por lo anterior, frente a dicha acción, el pretor insertaba una excepción que con-

---

agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur” [El que compró la cosecha pendiente, si el vendedor le prohibiera recoger la uva, podrá usar contra él, si le pide el precio, de esta excepción: “si el dinero, de que se trata, no se pide por la cosa que se vendió, y que no se entregó”. Pero si después del pago se le impediera pisar la uva cogida, o llevarse el mosto, podrá ejercitar la acción de exhibición, o la de injuria, a la manera que si se le prohibiera llevarse otra cualquier cosa suya].

67 M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954, 122 y ss.; M. MARRONE, “Actio ad exhibendum”, *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XXVI, 1957, 305.

68 Así, desde los inicios del siglo II antes de Cristo se muestra, por ejemplo, cómo en los formularios negociales contenidos en *De agricultura* de CATÓN se garantizaban las obligaciones de una *conventio* a través de una *stipulatio* mediante la *interrogatio*: *haec quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri spondes?* [lo que fue anteriormente escrito, ¿tú me prometes que sea dado y hecho en el modo antes dicho y que no se haga nada en contrario?]. Esto trae como consecuencia que la *conventio* influyera posteriormente sobre la eficacia de la *stipulatio*, tanto así que, para la época de la jurisprudencia severiana se acentuó el carácter instrumental de la *stipulatio* como medio para dar eficacia formal a un conjunto de disposiciones sobre el cual estaba conformado el acuerdo entre las partes, lo cual trajo que tal acuerdo fuera la causa de la *stipulatio*. Ver: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1990, 565 y ss. Ahora, por lo términos en los que es planteada la excepción por JULIANO en el texto *—ea pecunia—*, evidencia que la pretensión del actor tenía una *intentio certa*, reclamando solamente el precio prometido mediante la *stipulatio*, y no una pretensión típica de los contratos de buena fe *quid quid dare facere oporteret ex fide bona*. Cfr. M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, cit., 122.

templaba la falta de entrega de la cosa objeto de compraventa, realizando una equiparación entre la posición del comprador en el caso que fuera demandado *ex venditio* y la situación del comprador demandado *ex stipulatio*, de manera tal que pudieran tutelarse, en virtud del principio de la buena fe, los intereses del llamado a juicio<sup>69</sup>. En otras palabras, sea que el vendedor demandara *ex venditio*, sea *ex stipulatio*, la demanda sería rechazada directamente—mediante un remedio específico<sup>70</sup>—, sobre la base de la cláusula formularia *ex fide bona*, la

---

69 Contraria a esta posición, S. VIARO considera con alta probabilidad que el fragmento fue intervenido por los compiladores en el sentido de sustituir en el texto *argentarium por eum*, lo cual trae como consecuencia que quien sería el actor de la *actio stipulatio* era el banquero—*argentarium*—, y no el vendedor; y, por lo tanto, la operación económica que se describiría nada tenía que hacer con el sinalagma funcional entre las obligaciones surgidas en la compraventa. Además, según ella, la teoría pone como presupuesto exactamente lo que debería demostrar: el sinalagma funcional de las obligaciones que nacían de la *emptio venditio*. Asimismo, alega que la razón por la cual Juliano permitía al comprador de valerse de una *exceptio* modelada con base en la *exceptio mercis non traditae* no traía como consecuencia la aplicación de un sinalagma funcional típico de la compraventa, sino que debería ser explicada como resultado del régimen propio de la *stipulatio*. Cfr. S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 138. Para consultar una lectura del fragmento consistente en que el banquero era quien alegaba la excepción contra el comprador, consúltese A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Turín, 2007, 160–163. Sin embargo, consideramos que, en el caso que fuera el *argentarius* a demandar al comprador con la *actio stipulatio* y al comprador se le otorgara la *exceptio mercis non traditae*, debe analizarse la función del negocio de manera global, considerar los intereses de las partes y la lógica interna de la operación económica; luego, esto nos llevaría a considerar que el fundamento de otorgar la excepción al comprador era preservar el negocio en su sinalagmaticidad, con independencia de quien fuera el que requería el pago, el propio vendedor o el ‘tercero’—*argentarius*—; lo que se busca evitar es una ruptura del sinalagma a causa de un requerimiento del pago contrario a buena fe. Sobre el estudio de la actividad de los banqueros—*argentarius*—, se remite a A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell’organizzazione delle banche romane*, Turín, 2002, 36 y ss., quien explica que una de las actividades típicas de los *argentarius* era organizar subastas de bienes, en las cuales, por una parte, prometían al vendedor, mediante una *stipulatio*, el precio de las cosas puestas a la venta, recibiendo a su vez una mercancía por el servicio prestado; por otra, se hacían prometer del comprador, por medio de una *stipulatio*, el pago del precio de la cosa que quería adquirir. De esta manera, realizaban un servicio de intermediación crediticia por medio de dos relaciones diferentes: una con el vendedor y otra con el comprador.

70 El jurista concede un remedio procesal para el caso en particular y toma como modelo la *exceptio mercis non traditae*: sería una extensión en vía útil de su aplicación con el fin de llevar justicia al caso concreto; sobre el particular: A. RODEGHIERO, “In tema di

cual le ordenaría al juez considerar, entre todas las circunstancias susceptibles de valoración de la relación negocial, la conducta del actor que se lamentaba del incumplimiento de su contraparte sin cumplir su propia prestación<sup>71</sup>.

También, de la lectura del paso se puede deducir que la preocupación del jurista en el fragmento radicaba en proteger el funcionamiento de ese tipo de negocios, pues si se otorgaba la excepción al comprador contra el vendedor que no había cumplido con su prestación, quiere decir que este último estaba obligado a cumplir primero. Al parecer, se rompería con el criterio de reciprocidad que debía ser respetado por las partes en consideración del negocio en concreto, en aquellos casos en los que el comprador no obtenía primero la cosa por parte del vendedor<sup>72</sup>. Y, por lo tanto, se demostraría la fuerte sensibilidad del pretor, mediante la concesión de la excepción al comprador, y de los juristas, a través de su interpretación respecto a la lógica interna del negocio consistente en la manera de considerar la ejecución de las prestaciones, a tutelar el equilibrio del contrato.

Además, ese comportamiento de la parte que demandaba el cumplimiento siendo a su vez incumplida era considerado contrario a la buena fe; por lo tanto, la excepción de incumplimiento podía constituir, además, una forma de *exceptio doli generalis*<sup>73</sup>, pues compartían la misma finalidad dentro del sistema

sinallagma funzionale nella compravendita romana classica”, cit., 572. Por su parte, M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all’asta nel mondo classico*, cit., 572, afirma que la aplicación de la *exceptio mercis non traditae* en este caso era una adaptación fuera de la normalidad, debido a las particularidades del caso en concreto.

- 71 A. RODEGHIERO, “In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica”, cit., 553.
- 72 Por su parte, A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, cit., 163, al estudiar el fragmento bajo la perspectiva de que quien actuaba contra el comprador era el banquero *—argentarius—*, afirma que era indiferente respecto al funcionamiento de la *exceptio* si la falta de entrega de la cosa era debida al mismo banquero o al vendedor, pues lo importante era que el comprador hubiera obtenido la cosa comprada en la *auctio*; esto último se habría configurado como el requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción por parte del *argentarius* contra el comprador que no había pagado.
- 73 Sobre esta aproximación, consultar: F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, 1, Pisa, 1886 [reimpresión de 1971, Roma], 191; E. COSTA, *L’exceptio doli*, Bolonia, 1897, 75 [reimpresión de 1970, Roma]; F. MILONE, *La ‘Exceptio doli (generalis)’*. *Studio di diritto romano*, Nápoles, 1882, 180 y ss.; E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, 1, cit., 252; *id.*, “Ritenzione. Diritto romano”, cit., 1364, n. 13.

jurídico en cuanto propendían a atacar comportamientos incorrectos de las partes contratantes.

Así, de los fragmentos de los que se podría afirmar que la excepción de incumplimiento constituía una modalidad de *exceptio doli*<sup>74</sup>, se pone de relieve la constitución imperial C. 8. 44(45). 5<sup>[75]</sup>, que se ocupa de una venta de unos terrenos que aún no han sido entregados al comprador y que servían de garantía de las obligaciones del vendedor. En dicha situación, el acreedor podía liberar tales bienes mediante una acción *ex empto*, pero en el caso que no actuara y fuera demandado mediante una acción *ex venditi* intimando la entrega del precio por parte suya, tenía como medio de defensa la *exceptio doli generalis*<sup>76</sup>. En otras palabras, el vendedor accionaba contra el comprador sin haber ejecutado lo que le correspondía, y este último le oponía como conse-

---

74 D. 44.4.15 (Scaev. 5 resp.); D. 44.4.17.2 (Scaev. 27 dig.); D. 18.5.7.1 (Paul. 5 quaest.); D. 2.14.16.1 (Ulp. 4 ad ed.).

75 C. 8. 44(45). 5 (*Imp. Antoninus A. Patroniae* a 212 d. C.): “Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur: id enim fiet, si adversus venditorem ex venditio actione pretium petentem doli exceptionem opposueris” [Si de los predios que compraste, algunos estaban obligados por el vendedor y no te fueron entregados todavía, conseguirás con la acción de compra que sean liberados por el acreedor. Lo mismo sucederá también si opusieres la excepción de dolo contra el vendedor que te pida el precio con la acción de venta].

76 La jurisprudencia de la época imperial, con base en la equidad, otorgaba al comprador en todas las situaciones análogas un remedio de carácter general como lo era la *exceptio doli*. A. DERNBURG, *Diritto delle obbligazioni*, cit., 77. Sobre la *exceptio doli generalis*, basta resaltar algunos ensayos y remitir a la bibliografía citada: R. FIORI, “Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini”, en *L’eccezione di dolo generale: diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padua, 2006. 49 y ss.; A. BURDESE, “L’eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone”, en *L’eccezione di dolo generale: diritto romano e tradizione romanistica*, cit., 91 y ss.; A. BURDESE, “L’eccezione di dolo generale in rapporto alle altre eccezioni”, en *L’eccezione di dolo generale: diritto romano e tradizione romanistica*, cit., 444 y ss.; R. CARDILLI, “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina”, cit., 135 y ss.; A. WACKE, “La ‘exceptio doli’ en el derecho romano clásico y la ‘verwirkung’ en el derecho alemán moderno”, trad. J. M. Miquel, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 977 y ss.; A. BURDESE, “‘Exceptio doli’, Diritto romano”, en *Novissimo digesto italiano*, VI, 1960, 1072 y ss.; A. METRO, “Exceptio doli e iudicia bonae fidei”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, LI, 2006, 196 y ss.

cuencia, tratándose de un vínculo sinalagmático, *sub specie* de una *exceptio doli*, la llamada *exceptio non adimpleti contractus*<sup>77</sup>.

Amén de la consideración que el paso se encuentre interpolado o no<sup>78</sup>, el citado pasaje permite aproximarse a la problemática de la operatividad de la excepción de incumplimiento, y, sobre todo, a la sensibilidad que tenían los juristas romanos en proteger el carácter sinalagmático del contrato y rechazar, a su vez, comportamientos tendientes a romper el equilibrio de la relación comercial, todo lo cual, sin duda, permitiría comprender el fundamento último del fragmento<sup>79</sup>. En este sentido, en el ámbito de los *iudicium bonae fidei*, la buena fe imponía a las partes un comportamiento conforme a la corrección y la lealtad, no se admitían conductas dolosas en la realización de los negocios<sup>80</sup>, y en el caso en particular se usaba la excepción de incumplimiento, mediante

77 E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, I, cit., 253.

78 Debido a que en la última parte del fragmento se menciona la oposición de la excepción de dolo frente a una acción de los *iudicia bonae fidei* y no frente a una acción de *strictis iuris*, la doctrina romanista la ha considerada como un resultado de intervención de los compiladores. En efecto, sustituyeron la *actio ex stipulatio* por la *actio venditi* que expresa actualmente el fragmento; tal acto se hace debido a que para la época de los compiladores la *stipulatio pretii* que acompañaba la compraventa no se usaba más, como sí lo hacía en la época republicana. Sobre el particular, S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 152, n. 87; 154. Adicionalmente, B. BIONDI, “Iudicia bonae fidei”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, VII, 1918, 17, considera que “la segunda hipótesis es incompatible con la primera, ya que el Emperador, cuyo parecer se preguntaba, debía conocer muy bien que el comprador, según los principios generales, podría actuar ‘*ex empto*’ solo ‘*pretio soluto*’ y por lo tanto era absurdo contemplar otras hipótesis contrarias en las que el vendedor actúa por el ‘*pretium*’”; en el mismo sentido, A. METRO, “*Exceptio doli e iudicia bonae fidei*”, cit., 200 y ss.

79 Contrario a este planteamiento: R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 10; S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 154.

80 Basta recordar que la *exceptio doli* poseía un amplio radio de acción, pues permitía alegarse por la existencia del dolo como vicio de la voluntad o dolo comercial —llamada en doctrina *dolus praeteritus* y se hacía valer mediante la *exceptio doli specialis seu praeteriti*—, o bien para lamentarse de la presencia del dolo en un momento posterior a la celebración del negocio —llamado en doctrina *dolus praesentis* y alegada mediante la *exceptio doli generalis seu praesentis*—. Sobre el particular: A. WACKE, *La ‘exceptio doli’ en el derecho romano clásico y la ‘verwirkung’ en el derecho alemán moderno*, cit., 981; M. TALAMANCA, “La ‘Bona fides’ nei giuristi romani: “Leerformeln” e valori dell’ordinamento”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di L. Garofalo*, IV, Padua, 2003, 34 y ss.

la *exceptio doli*<sup>81</sup>, para llamar expresamente la atención del juez sobre el hecho que el actor incumplido cuando solicitaba la prestación de su contraparte se comportaba evidentemente contrario a la buena fe<sup>82</sup>; para luego lograr que el juez examinara la relación contractual en su complejo, en consideración de la lógica interna del negocio y las particularidades que lo acompañaban<sup>83</sup>.

---

81 Los juristas, por respeto a la técnica formularia y a la uniformidad del sistema, afirmaron que la excepción de dolo era inherente a los juicios de buena fe, con lo cual fijaron, desde un punto de vista procesal, un concepto que descendía de la estructura misma de los juicios de buena fe, esto es, del *oportere ex fide bona*. Así, la *exceptio doli* estaba ínsita en los juicios de buena fe sin agotar su alcance. Por lo tanto, la excepción de dolo tenía una importancia material en cuanto era un elemento negativo que paralizaba la eficacia de la acción, como también tenía una relevancia sustancial, pues determinaba positivamente la existencia y el contenido de la obligación. Cfr. B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', cit., 35. De hecho, la base originaria de la *exceptio doli generalis* era la idea que el actor, solicitando el acogimiento de su pretensión, se comportaba de un modo que, según la valoración completa del proceso, contrastaba con el *honeste vivere*; posteriormente se concedía en aquellos casos en los que la pretensión fundada en un derecho sustancial resultara en contradicción con la conciencia jurídica o con la buena fe. Cfr. A. TORRENTE, "Eccezione di dolo", en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milán, 1965, 219.

82 El comportamiento doloso no consistía tanto en un engaño, sino en una actitud contraria a la *bona fides*; sobre el particular, la profesora M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., 180, n. 610, nos enseña que "si bien el dolo implica el engaño y la voluntad consciente y dirigida a lesionar derechos ajenos, no puede estimarse que se trate de una referencia a la mera esfera subjetiva [...]; ello comoquiera que con independencia de la intencionalidad presente en la conducta dolosa, la '*fides bona*' exige una regla objetiva de comportamiento que se traduce en la exigencia de obrar sin dolo, es decir, en la ausencia de comportamientos tendientes a engañar a la contraparte, puesto que la buena fe en cuanto contraria al fraude no admite conductas dolosas en la realización de los negocios [...], regla esta con carácter evidentemente objetivo y no subjetivo, predicable con mayor razón en los casos de *dolus praesens*", el cual constituye una refinada aplicación de las exigencias de la '*fides bona*', pues va más allá del demandar conductas sinceras y leales, ajenas al dolo, cuyo empleo por vía de la *exceptio doli* de manera instrumental permite requerimientos de tales deberes de conducta en el ámbito del *ius civile*. En el mismo sentido, R. FIORI, "Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica", cit., 197 y ss., explica que "si seguramente el dolo conlleva la ausencia de buena fe, la buena fe no se agota con la ausencia de dolo. [...] La buena fe es sobre todo un parámetro de conducta que individualiza deberes, que sin entrar en el mérito del comportamiento psicológico de las partes, establece, cuando un contratante sea *sciens*, obligaciones de tener en cuenta respecto del interés de la contraparte".

83 El pretor, a quien se le solicitaba la fórmula, hacía una primera deliberación sumaria de la demanda, denegando la acción si el demandante se oponía o resultaba que el actor no había

De esta manera, la lectura de los pasajes que se toman como ejemplo debe analizarse de manera global a la luz de la buena fe en el contexto de su actuación dentro del *synallagma* contractual. Solo así se entiende que la excepción de incumplimiento se manifiesta en el sistema jurídico romano con base en los aspectos prácticos, concretos y muy cercanos a la lógica económica propia del contrato y de su ejecución<sup>84</sup>, y no en consideración a la cantidad de fragmentos dedicados a cada parte en aras de protegerlos ante un requerimiento de cumplimiento contrario a la buena fe, ni en atención a elementos formales o interpretaciones aisladas de las instituciones, que obstaculizan la búsqueda de soluciones que respondan a criterios de justicia y equidad<sup>85</sup>.

---

cumplido. Luego, en el procedimiento *in iudicio*, tratándose de juicios de buena fe, el juez tenía una amplia esfera de conocimiento, sin estar limitada a los términos de la fórmula. Por lo tanto, el juez debía tener en cuenta todas las excepciones que se pudieran tener en cuenta en el caso concreto, así no hubieran sido opuestas por el demandado, pues era su obligación juzgar *secundum bonum et aequum* y las excepciones se consideraban hechas *in iure* y comprendidas en la fórmula *quantum ex fide bonae*. Cfr. G. SCADUTO, “L’exceptio non adimpleti contractus’ nel diritto civile italiano”, cit., 104.

- 84 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 10. A través de la incertidumbre del progresivo desarrollo histórico, la necesidad de soluciones concretas, las cuales se valoran en su inmediatez y con la compleja red de visiones diferentes respecto a las estructuras de los distintos contratos; y dándole el debido puesto a un concepto sustancial de correlatividad de las prestaciones, permite considerar las prestaciones en su conjunto dentro de la relación negocial, en su nexo de reciprocidad, de manera tal que el intérprete pueda encontrar las reglas aplicables en respeto de los principios del sistema jurídico romano, así como de la mentalidad elástica de sus juristas, propia del vivo proceso histórico del que fueron protagonistas; ver: G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 224.
- 85 Buscar el nombre y el término técnico con el cual los juristas de una determinada época habrían diseñado la tutela jurídica a su tiempo reconocida es un grande error hermenéutico, así como pretender que los juristas de las diferentes épocas tuvieran clara conciencia del medio técnico que adaptan para la tutela de ciertas categorías de intereses o de posiciones sociales. En palabras de BETTI, “pretendere di ritrovare nelle fonti, oltre la cosa, anche il nome atto a designarla con precisione, è por lo meno eccessivo e, quando si tratta di categorie generali ancor oggi discusse, è anche assurdo”. Ver: E. BETTI, “Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica”, en *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, Milán, 1991, 393 y ss., en particular 397 [también publicado en *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, IV, Nápoles, 1952, 80-125].





CAPÍTULO II

*De la maduración de la excepción  
de incumplimiento contractual*



SUMARIO: 2.1 El orden económico, político, social y jurídico de la Edad Media exige reinterpretar las figuras del derecho civil: la tradición civil del derecho intermedio construye el carácter general de la excepción de incumplimiento contractual como remedio conservativo del contrato. 2.2 El aporte del derecho intermedio fue trascendental en la concepción del contrato y sus remedios, pues enfocaba la tutela del contrato en consideración de la fuerza obligatoria del acuerdo, y consecuentemente la excepción de incumplimiento se encontraba estrechamente ligada con la preservación del pacto. 2.3 En la doctrina del derecho intermedio, la buena fe se estableció como una expresión de la *aequitas*, lo cual acentuó la función protectora del acuerdo característica de la excepción de incumplimiento. 2.3.1 En el derecho intermedio se aplicó la excepción de incumplimiento con el fin de garantizar la ejecución simultánea de las prestaciones del contrato sinalagmático sin necesidad de usar una fórmula predeterminada; sin embargo, se enunció por primera vez el brocardo *exceptio non adimpleti contractus* y se logró su generalización.

2.1 EL ORDEN ECONÓMICO, POLÍTICO, SOCIAL Y JURÍDICO  
DE LA EDAD MEDIA EXIGE REINTERPRETAR LAS FIGURAS  
DEL DERECHO CIVIL: LA TRADICIÓN CIVIL DEL DERECHO  
INTERMEDIO CONSTRUYE EL CARÁCTER GENERAL DE LA  
EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL COMO  
REMEDIO CONSERVATIVO DEL CONTRATO

Tanto el derecho romano como el derecho intermedio –al que le correspondería el arco del tiempo que separa la experiencia jurídica romana de la moderna– tuvieron un papel de gran importancia en la historia del derecho<sup>86</sup>. Por ello, el estudio de la excepción de incumplimiento contractual sin solución de continuidad permite un cuadro sintético, pero completo, de manera tal que se pueda mostrar su alcance, estructura y funcionalidad dentro del sistema jurídico.

En el derecho intermedio, las condiciones sociales, culturales, económicas y jurídicas eran distintas de las que caracterizaron el imperio romano<sup>87</sup>.

---

86 F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Bari, 2009, 24.

87 La Europa medieval se caracteriza por una efímera unidad política impulsada por el imperio Carolingio, por un conjunto de pequeñas zonas territoriales administradas por reinados con poca fuerza, por un sistema económico-social basado en el feudo, por el Imperio Bizantino, así como por la presencia del islam y de la fuerza unificadora del

Primero, la creación del derecho positivo oscilaba entre una variada producción normativa del legislador y de la costumbre<sup>88</sup>, la pervivencia de la tradición romanista<sup>89</sup> y la interpretación de los juristas<sup>90</sup>; que regulaban, en el ámbito

---

cristianismo occidental. Cfr. C. A. CANNATA Y A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, cit., 5 y ss.

- 88 En el ordenamiento jurídico medieval, la costumbre trasciende de ser una mera fuente de producción de la norma para convertirse en una ley fundamental, una fuente que ocupa un grado superior en el sistema de fuentes. Lo anterior, debido a que con la caída del imperio romano se desarrolló un derecho “vulgar”, el cual tomaba fuerza en cuanto suplía de cualquier modo las dificultades y deficiencias políticas creadas por el derecho “oficial”; era un derecho de construcciones y soluciones espontáneas, en las cuales se creaban institutos nuevos y se deformaban los institutos viejos con base en la praxis de la vida cotidiana. Consultar: F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., 29 y ss. Sobre la falta de poder político en el derecho medieval debido a la extinción del poder robusto, articulado y totalizante del derecho romano, y su relación con el sistema de fuentes, especialmente con la costumbre, ver: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma y Bari, 2006, 39 y ss., 87 y ss.
- 89 El derecho romano servía de manera espléndida como soporte de validez de las construcciones de la ciencia jurídica medieval, pues era un modelo que permitía resolver problemas jurídicos con base en refinadas instituciones. El científico del derecho tomaba como propio el rol del romanista y colocaba en su discurso trazos del *Corpus iuris* debido a su fuerte conexión con la cultura jurídica romana, sin olvidar la sociedad y el momento histórico al cual pertenecían. Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma y Bari, 2007, 50.
- 90 El jurista en el derecho intermedio tendría que analizarse mediante varios momentos: (i) el renacimiento de la jurisprudencia laica, el cual coincide con la escuela de Bolonia fundada por IRNERIO en el siglo XI. En este momento el jurista no derivó su prestigio de su capacidad de enunciar reglas y principios pertinentes para regular la vida de los ciudadanos, y consecuente con su historia y sus costumbres, sino con base en la transposición en el campo jurídico de elementos estructurales ya presentes y exitosos en otros campos de la cultura. Ellos tomaban como punto de partida el saber jurídico encontrado en el *Corpus iuris*, pues encontraban los presupuestos dogmáticos, los elementos inmutables a los cuales aplicar su instrumento filológico (canonización del texto, una exégesis según los principios de la gramática) y lógico (análisis según el método dialéctico). Así, el jurista medieval era un estudioso del texto legal como un sistema integrado de reglas y procedimientos, mas no porque supiera cómo resolver los conflictos que se manifestaban en el seno de la sociedad. (ii) La escuela de los decretistas del derecho canónico, surgido en el siglo XII, que dio como resultado el *Corpus Iuris Canonici* y a la elaboración de las glosas en cada parte de dicho *corpus*. En este momento el jurista medieval trabajaba en las dos brancas del ordenamiento jurídico: el derecho civil y el derecho canónico. Sin olvidar, además, el aporte sistemático de la escuela de los Ultramontanos. (iii) El rol tomado por los juristas italianos en los siglos XIII y XIV, entre los que se resaltan CINO DE PISTOIA, BARTOLO DA

del derecho privado, las relaciones contractuales que unían dos sujetos pertenecientes a una realidad económica estancada, como también disciplinaban la relación del hombre con sus bienes, con particular atención a sus tierras debido al carácter eminentemente agrario de la sociedad medieval<sup>91</sup>. Segundo, la iglesia romana era también una gran protagonista en todos los niveles: religioso, cultural, económico, social y político<sup>92</sup>. Especialmente, era el núcleo de la cultura jurídica, puesto que conservaba los principios y los elementos para la elaboración de aparatos normativos, tanto en el derecho canónico como en el derecho civil, basados en los valores de la ética cristiana<sup>93</sup>. Tercero, los grandes movimientos filosóficos y jurídicos que se presentaron a finales de la

---

SASSOFERRATO, BALDO DEGLI UBALDI, PAOLO DI CASTRO y GIASON DEL MAINO, quienes se caracterizaron por usar el derecho como una ciencia productora de una técnica para la solución de casos prácticos con base en cualquier material jurídico. En efecto, tenían en consideración el derecho romano como el ‘derecho común’ –*ius commune*–, las normas del derecho canónico para lo espiritual –*utrumque ius*– y los derechos especiales –*iura propria*– para el caso en particular, todo lo cual se sujetaba a los principios interpretativos y a la valoración sistemática del derecho romano. (iv) El aporte metodológico de los humanistas, en cuanto estudiaban a los juristas clásicos y sus obras en consideración de su respectiva época, buscaban la reconstrucción del antiguo derecho romano. Sobre el particular, *cfr.* F. CALASSO, *Medioevo del diritto, Le fonti*, I, Milán, 1957, 345 y ss.; C. A. CANNATA y A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, cit., 14 y ss.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I, trad. it. U. Santarelli, Milán, 1980, 109 y ss.

- 91 P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 30. De hecho, las legislaciones consuetudinarias de los países nórdicos que invaden la península itálica se fundan con la experiencia romana para dar vida a numerosas legislaciones, en las cuales se encuentran elementos que pertenecen a mundos diferentes. El ejemplo claro y paradigmático fue el feudalismo, el cual se constituyó como la forma obligada de las relaciones económicas y sociales del medioevo. Ver, sobre el particular, F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., 181 y ss.
- 92 El carácter específico de la cultura europea medieval fue su universalidad, en el sentido que cada manifestación cultural tenía por destinatarios ideales todos los hombres, sin importar la clase a la cual pertenecían; por lo tanto, sus contenidos resultaban universalmente comprensibles. Lo que garantizaba la universalidad de la cultura medieval era su constante dimensión religiosa, pues la religión en el medioevo no consistía solo en anunciar el evangelio y aplicar su teología, era una filosofía totalizante en los aspectos físico y metafísico, en la cual cada entidad tenía un puesto en la sociedad y se conocía en función del conocimiento de Dios; el conocimiento de Dios es esencial a la fe y la fe es esencial a la salvación. *Cfr.* C. A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I, cit., 12.
- 93 Respecto al papel de la iglesia cristiana en el ordenamiento jurídico medieval, consúltese: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 109 y ss.; F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., 161 y ss.

‘edad medieval’ y a los albores de la ‘edad moderna’ renovaron la confianza en el individuo como soberano de la sociedad, de la naturaleza y el responsable de sí mismo. Por último, los hechos históricos que marcaron la humanidad en el siglo XV incentivaron la búsqueda de un nuevo orden económico y jurídico<sup>94</sup>. Todo lo anterior llevó a que se plantearan expresiones diferentes del derecho, y entre ellas la concepción que se tenía de algunas instituciones del derecho civil, en cuanto se generalizaban, reinterpretaban su función y permitían la adaptación a la nueva visión cultural y jurídica.

2.2 EL APORTE DEL DERECHO INTERMEDIO FUE  
TRASCENDENTAL EN LA CONCEPCIÓN DEL CONTRATO Y SUS  
REMEDIOS, PUES ENFOCABA LA TUTELA DEL CONTRATO  
EN CONSIDERACIÓN DE LA FUERZA OBLIGATORIA DEL  
ACUERDO, Y, CONSECUENTEMENTE, LA EXCEPCIÓN DE  
INCUMPLIMIENTO SE ENCONTRABA ESTRECHAMENTE LIGADA  
CON LA PRESERVACIÓN DEL PACTO

Las construcciones contractuales de los juristas clásicos fueron tomadas por los juristas de la tradición civil posterior e interpretadas desde la óptica de las particulares condiciones de la época y las nuevas exigencias del comercio, y valoradas a partir de su contexto metodológico<sup>95</sup>. Por ejemplo, si bien los

---

94 P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 68 y ss. Al modo de ver de F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milán, 1970, 121 y ss., un momento histórico que tiene importancia fundamental para las nuevas orientaciones que se crean en la evolución del sistema del derecho común sucede entre la segunda mitad del siglo XV y la primera del siglo XVI, cuando se consolidan las monarquías nacionales en Europa central y se forman en Italia fuertes compañías territoriales de principados junto a las monarquías preexistentes. En cada ‘Estado’ regido por un poder central se destruye la variedad constitucional de los particulares territorios que lo conforman, hay una legislación unitaria que busca nivelar los derechos de los particulares y actúa una jurisdicción central que crea jurisprudencia uniforme. Por su parte, P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 84 y ss., identifica algunos elementos que permiten individuar el fin del medioevo y la víspera de una nueva experiencia jurídica: (i) el humanismo, (ii) la protesta y la consecuente reforma religiosa del siglo XVI, (iii) el cambio de modelo económico y comercial debido al descubrimiento del continente americano, (iv) el nuevo método científico que se desliga de consideraciones morales y religiosas.

95 La lectura medieval de las instituciones romanas debe ser naturalmente evaluada según el ambiente metodológico en el cual fueron desarrolladas sus construcciones jurídicas.

juristas romanos clásicos llegaron a afirmar en D. 2. 14. 1. 3 *Ulpianus libro IV ad Edictum*<sup>96</sup> que un elemento común en el contrato era la *conventio*, ellos no la igualaron con el contrato<sup>97</sup>; tanto así que, tratándose de contratos bilaterales, caracterizados por la *ultra citroque obligari*, donde se presentaba la asunción contemporánea de prestaciones recíprocas por los contratantes, el acento se realizaba sobre la parte objetiva del contrato, esto es, sobre el nexo sinalagmático entre las prestaciones constituido mediante el simple acuerdo de las partes. Los contratos bilaterales no tenían su fundamento en la *conventio* de las partes, sino en la estructura de la relación comercial considerada en términos de reciprocidad, interdependencia y proporcionalidad de las prestaciones<sup>98</sup>.

---

Si bien los juristas romanos se formaron en un espacio cultural fuertemente influenciado por la filosofía griega, las construcciones nuevas eran circunscritas a las técnicas lógicas y argumentativas, sin condicionar, en la mayoría de los casos, las elecciones jurídicas del intérprete; por su lado, los juristas medievales se concentraron en la reinención jurisprudencial, principalmente influenciados de la ciencia del *trivium* y en particular en la dialéctica, construida sobre las bases de la lógica aristotélica. Su bagaje cultural coincide con la filosofía y es por tal razón que de ella derivan gran parte las categorías jurisprudenciales medievales. *Cfr.* R. FIORI, “Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Nápoles, 2003, 169 y ss., en particular 187. También se remite a M. TALAMANCA, “Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani”, en *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma, 1977, 3 y ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso medioevo*, Roma, 1995, 63; *id.*, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1996, 35.

96 D. 2. 14. 1. 3. “[...] adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est” [Mas de tal modo es genérica la palabra convención, que, como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aun la estipulación que se hace de palabra es nula, si no tuviera el consentimiento]. El fragmento ha sido suficientemente analizado por la doctrina romanista; se remite al estudio y a la bibliografía citada por G. ROMANO, “Conventio e consensus (a propósito di Ulp. 4 ad ed. D. 2. 14. 1. 3)”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, 48, 2004, 239-331.

97 G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 53 y ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 206; R. FIORI, “The roman conception of contract”, cit., 54 y ss.

98 M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., 207.

En cambio, esta estructuración fue transformándose en la tradición civil posterior a la jurisprudencia romana clásica<sup>99</sup>. Los bizantinos tendieron a situar en un primer plano la *conventio* en los contratos obligatorios y en los actos traslativos o constitutivos de derechos reales, así como extendieron la terminología de contrato a los negocios jurídicos bilaterales<sup>100</sup>. Luego, diferentes corrientes doctrinarias influenciaron en mayor o en menor medida el concepto del contrato, pues en algunos casos intentaban construir tal concepto sin comprender las estructuras dogmáticas romanas y fortaleciendo el principio consensualístico; y en otros, deformaban las figuras típicas romanas arraigándose a las prácticas formales, sobre todo a la documental<sup>101</sup>. Como era

---

99 En efecto, en escenario posclásico, TEÓFILO en la paráfrasis griega de las Instituciones de Justiniano (3.13.1) define el contrato traduciendo la definición de Ulpiano (D. 2.14.1.2) con la *conventio*, esto es, entendía el *contractus* como convención, lo cual era una lectura equívoca de la jurisprudencia clásica pero que se trasfunde en el derecho de las codificaciones, desfigurando, de hecho, la tradición romana clásica; ver G. GROSSO, “La concepción del contrato en el derecho romano y su influencia en los derechos modernos”, *Roma e América. Diritto Romano Comune*, n.º 7, 1999, 11.

Sobre la evolución de la preponderancia del principio consensual en la noción del contrato, se pueden evidenciar dos tendencias: por una parte, F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milán, 1967, quien afirma una evidente evolución del principio consensual y su respectiva transformación dentro del sistema contractual; por la otra, G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milán, 1952; *id.*, “Contratto, diritto intermedio”, en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milán, 1961, 760 y ss., quien niega una evolución histórica del contrato en el sistema romano durante la edad posclásica y justiniana, en los sistemas contractuales consuetudinarios, románicos y germánicos del alto medioevo bárbarico, y en la época precedente a la escuela de IRNERIO; es decir, afirma que no existe testimonio hasta la escuela de Bolonia que establezca una nueva valoración del elemento consensual como fuente de la eficacia obligatoria del contrato, o de las singulares figuras típicas. Considera que el principio *solus consensus obligat* tuvo aplicación concreta en Europa solamente a partir del siglo XVII con las proclamaciones teóricas iusnaturalistas. Sobre la eficacia vinculante del simple acuerdo de las partes desde la compilación justiniana al derecho moderno, podría también consultarse: G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milán, 1954, 11 y ss.; I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, 1988; P. CARLINI, “Contratto e patto nel diritto medievale e moderno”, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, IV, 1989, 77 y ss.; C. A. CANNATA, “Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno”, *cit.*, 407 y ss., en particular 444 y ss.

100 G. GROSSO, “Contratto, diritto romano”, en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milán, 1961, 753.

101 En efecto, se afirma que quien determinó el cambio de la conceptualización del contrato era el antiguo derecho consuetudinario germánico, pues practicó el principio de la fidelidad contractual mediante el reconocimiento de la general eficacia obligatoria de



---

las promesas y de los compromisos libremente asumidos, fundados en la voluntad y sin importar el uso de las formas o tipos negociales. Sin embargo, creemos que la exaltación de los sentimientos de honor, lealtad y fidelidad—como herencia de la estirpe germánica—y de lo que se extrae de los documentos bárbaricos no son prueba suficiente para afirmar que fue el derecho consuetudinario germánico el que extendió el concepto del contrato. Cfr. G. ASTUTI, “Contratto, diritto intermedio”, cit., 765 y ss. Adicionalmente, las antiguas leyes populares germánicas y las fuentes italianas del medioevo testifican que la concepción del contrato obligatorio estaba ligada fuertemente a un arcaico formalismo. De este modo, en el antiguo derecho germánico, los negocios y las relaciones se llevaban a cabo por medio de ritos, mediante el uso de la pronuncia de determinadas palabras o por la realización de gestos que exteriorizaran el acto que se quería llevar a cabo, puesto que sin ellos tales negocios o relaciones no surgían a la vida jurídica, tal como sucedía con la *wadiatio*—el contrato solemne que para el derecho longobardo tiene una importancia fundamental (tanto como la *stipulatio* para los romanos), pues corresponde a una forma negocial de uso general para la constitución de vínculos obligatorios, idónea para tener diversos usos prácticos—. Lo que corresponde a la forma documental, la práctica se realizaba con el fin de documentar en el futuro el traspaso de la propiedad y servir como defensa en caso de *litis*. Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., 68 y 75. En el mismo sentido, sobre la documentación de los contratos en la praxis romana y germánica del alto medioevo, G. ASTUTI, *I contratti obbligatori*, cit., 239 y ss.

Alguna teoría sostuvo que en la práctica comercial romano-bárbarica se presentó un nuevo contrato consensual, la *stantia* o *convenientia*, como una figura propia de los longobardos privada de formalismo alguno e idónea para constituir cualquier tipo de relación contractual. Cfr. F. SCHUPFER, “La stantia. Studio di diritto longobardo”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 36, 1903, 309 y ss., en particular 312. Por su parte, F. BRANDILEONE, “Note preliminare sull’origine della ‘stantia’ o ‘convenientia’”, en *Rendiconti academia nazionale dei lincei*, 32, 1923, considera que la *convenientia* era una figura de origen romano y de carácter formal, una manera nueva de documentación de la *stipulatio*. Contraria a ambas posiciones, F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., 147, quien afirma que los términos *convenientia* y *stantia* fueron usados en el lenguaje del legislador bárbarico como sinónimos de *conventio* y para designar el acuerdo que se constituye mediante el documento, o un singular pacto o cláusula contractual. Se ponía mayor relieve el elemento subjetivo en el contrato.

También se afirma que el cristianismo fue quien determinó la acentuación del principio consensual en los contratos, el reconocimiento de la eficacia obligatoria de los pactos nudos y la nueva concepción unitaria del contrato fundada en la *conventio*. En efecto, la construcción surge de las enseñanzas de S. AGUSTÍN DE HIPONA y de la *Summa* de S. TOMAS DE AQUINO, en la que se anuncia el principio de *mendacium est, si quis non impleat quod promisit*, pues fallar a una promesa era un engaño al prójimo y era considerado una mentira, la cual era calificada al mismo tiempo como un pecado. La doctrina canonista medieval estuvo dirigida a investigar los medios idóneos para la represión del pecado de aquellos que no mantuvieran los pactos y no cumplieran lo que habían prometido,

el caso del fundamento de la eficacia obligatoria del contrato sinalagmático en la praxis de la Italia románica, en cuanto se evidenciaba ya sea por el cumplimiento de una forma, por la entrega de una cosa —*datio*— fuente de la obligación de restituir, o por la ejecución de una obligación correlativa<sup>102</sup>.

Posteriormente, la práctica contractual del bajo medioevo influyó significativamente el sistema contractual, ya que presentaba, por una parte, importantes desarrollos con la formación de nuevos tipos de contratos y la modificación de algunas figuras tradicionales, pues la vida económica pasaba

---

por lo que usaban la amenaza o la causación de penas canónicas contra el prominente incumplido; en fin, se buscaba la manera de mantener religiosamente la palabra dada y de cumplir con los compromisos espontáneamente asumidos. *Cfr.* M. ROBERTI, “L’influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi”, en *Cristianesimo e diritto romano*, Milán, 1935, 85 y ss. No obstante esta lectura, aunque se acepta la influencia de la doctrina cristiana en la acentuación del aspecto subjetivo en el contrato, las fuentes bíblicas, evangélicas y patrísticas no ofrecen prueba alguna para aseverar rotundamente que fueron los canonistas a darles la fuerza obligatoria a los pactos nudos. De un lado, las fuentes legislativas del derecho canónico evidencian que el principio consensualista jugaba realmente un papel secundario frente al papel represor y moral de la iglesia contra el pecado y la salud de las ánimas; los mayores decretistas canónicos se limitaban a sancionar mediante la *imploratio officii iudicis* o la *denunciatio evangelica* la inobservancia del pacto nudo, las cuales no podían ser equiparadas a una *actio*, pues la preocupación de los juristas canónicos, se repite, era la represión del pecado sin analizar el *consensus* de los pactantes como factor creador de la obligación y de sus efectos. De otro lado, las afirmaciones sobre el respeto de la palabra dada ya fueron elaboradas en la época clásica por los juristas romanos, bajo la consideración de que las promesas debían ser entendidas en su verdadero y preciso significado teniendo como fundamento la regla *pacta sunt servanda*, manifestación de la buena fe, tal como se puede evidenciar en CICERÓN en *Los oficios*, III, 24–25. Sobre el particular, y quien rechaza completamente la influencia de la doctrina cristiana en la eficacia obligatoria de la voluntad de las partes, *cfr.* G. ASTUTI, *Contratto, diritto intermedio*, cit., 774. Sobre el problema de la relevancia del principio canónico de la eficacia del pacto en el ordenamiento civil, ver: I. BIROCCHI, “Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell’efficacia dei patti nella dottrina italiana dell’età moderna”, en *Towards a General Contract Law*, J. BARTON (ed.), Berlín, 1990, 296.

102 G. ASTUTI, “Contratto, diritto intermedio”, cit., 768. *Grosso modo*, el contrato consensual no tenía el esquema que le dieron los romanos, pues para la época del desarrollo longobardo en Italia, que se extiende hasta el siglo XI, solo era reconocido si representaba un intercambio ejecutado por una de las partes con una *res vel factum* —la cual era llamada por los glosadores y comentaristas en términos de causa del contrato innominado—, la cual constituía un elemento para la formación del contrato. Mientras este elemento no interviniera, la propuesta a contratar era revocable. *Cfr.* G. GORLA, *Il contratto*, cit., 29.

de una economía basada en el fundo a una economía fundamentada en la moneda; además, el fenómeno del urbanismo y la intensificación del intercambio crecían a un ritmo casi incontrolable<sup>103</sup>. Por otra parte, la actividad artesanal y mercantil, sobre todo en el tráfico marítimo, necesitaban nuevos tipos de contratos comerciales que cumplieran con las necesidades del comercio, las cuales no eran satisfechas por las categorías contractuales empleadas<sup>104</sup>, puesto que en tratándose de las antiguas *obligationes consensu contracta* presentaban en las fuentes medievales un requisito de forma<sup>105</sup> o de tutela jurídica limitada en aquellos casos en los que la ejecución de una de las prestaciones generaba la exigibilidad de la contraprestación<sup>106</sup>.

---

103 F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., 193 y ss.

104 Las condiciones sociales y las posturas de las corrientes voluntarísticas trajeron en la doctrina contractual elementos que permitieron reinterpretar las reglas del ordenamiento. Con mayor rapidez, la historia penetraba en el mundo del derecho con el objetivo de insertar nuevos elementos a los esquemas jurídicos existentes. Por ejemplo, en el comercio operaba un factor económico: en un primer momento eran mercantes nómadas, viajeros mercenarios, que traficaban en los diferentes puertos extraeuropeos, adquirían y vendían mercancías, obteniendo grandes ganancias debido a la diferencia de precios entre el lugar de producción y el lugar de consumo. En un segundo momento, eran comerciantes que se establecieron en una determinada ciudad, creadores de una nueva manera de producción y fundadores de una nueva clase política. Ver: F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bolonia, 2001, 30.

105 Así, por ejemplo, el capítulo 107 de LIUTPRANDO (año 717) dice: “quia omnes unianimiter consenserunt, et nullus eos imperavit talis causam facere, ideo per caput conponat, qui ruperunt ipsa poena, sicut per caput voluntariae consenserunt”; hace referencia a la palabra *causa* para designar el negocio cumplido por *plures homines* por medio de una *cartola conventiae*, es decir, un acuerdo escrito entre vivos. Esta fuente permite deducir que el legislador medieval tenía dificultad para admitir el consenso dado desligado del documento. Ver: F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., 134. Todo lo anterior cambia con base en el cambio del régimen económico y por la intensificación de las relaciones comerciales. Así, en el derecho de las obligaciones tuvo en cuenta el problema del crédito, frente al cual no se podía mantener más la estructura de la obligación bárbara que estaba siendo radicada en los últimos siglos por la costumbre, dominada por la idea primitiva del sometimiento personal y la abstracción de su objeto protegida por la forma documental. De hecho, la conciencia jurídica desmorona poco a poco el escudo del formalismo para dejar surgir la sustancia funcional del negocio, afloja el vínculo de sujeción personal y permite que el contenido de la obligación se objetivice, de manera que se entendiera que frente al crédito se encuentra un débito. Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., 202.

106 G. ASTUTI, “Contratto, diritto intermedio”, cit., 768; *id.*, *I contratti obbligatori*, cit., 47.

Paralelamente a la práctica contractual, resurgió el estudio del derecho romano justiniano y la consecuente renovación de la cultura y de la vida jurídica medieval, gracias a la actividad de la jurisprudencia, la teoría y la práctica impulsada por el pensamiento de los glosadores, posglosadores, comentadores, ultramontanos e intérpretes del derecho común<sup>107</sup>. Se encargaron de reconstruir sustancialmente el sistema romano justiniano, sin abandonar sus propios desarrollos doctrinales, con particular atención al concepto del contrato y el tratamiento de sus remedios<sup>108</sup>.

Los juristas medievales aproximaron la noción de *bona fides* dentro del amplio concepto de equidad<sup>109</sup> —*aequitas*<sup>110</sup>— y abrieron conceptualmente el valor del aspecto subjetivo en el contrato<sup>111</sup>. Esto se debió a la interpretación que realizaron de dos fragmentos romanos: el primero adscrito a Ulpiano, en el que se afirma que es conforme a la ‘equidad natural’ —*aequitas naturalis*—

---

107 F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, cit., 139 y ss., en particular 146 y ss. [publicado también en “Il diritto comune come fatto spirituale”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Milán, 1948, 315 y ss.].

108 Por ejemplo, la primera jurisprudencia civil medieval —representada por los glosadores y en particular por AZONE, jurista de Bolonia de los años 1220 y 1232— conservaba la contraposición entre *contractus* y *pacta* —o en su terminología: *pacta vestita* y *pacta nuda*—, el primero en cuanto tenía un remedio específico en el ordenamiento jurídico, el segundo en cuanto su eficacia jurídica se fundamentaba en la equidad natural. En ese sentido, analizaron el brocardo *nuda pactum obligationem non parit* y construyeron una teoría del contrato alrededor de los *vestimenta*. Esta última construcción, también seguida por la *Glossa Accursiana*. Sobre la argumentación y diferente terminología de esta escuela respecto al contrato, se remite a la sintética explicación que realiza G. ASTUTI, *Il contratto, diritto intermedio*, cit., 770 y ss. Sobre la teoría de los *vestimenta pactorum* y la eficacia de los pactos en el derecho medieval, consultar: I. BIROCCHI, “Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell’efficacia dei patti nella dottrina italiana dell’età moderna”, cit., 253 y ss.

109 R. FIORI, “Storicità del diritto e problemi di metodo, l’esempio della buona fede oggettiva”, cit., 32.

110 Sobre el particular: F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, cit., 166 y ss.; *id.*, *Medioevo del diritto*, cit., 476 y ss.; P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., 175 y ss.

111 I. BIROCCHI, “Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell’efficacia dei patti nella dottrina italiana dell’età moderna”, cit., 292.

mantener la palabra dada<sup>112</sup>; el segundo texto corresponde a Trifoniano, en el que se expresa que la buena fe en los contratos requería de una suma equidad<sup>113</sup>.

En especial, fueron fundamentales las ideas esbozadas por Bartolo, quien circunscribía la acentuación del consenso en aquellos contratos que regulaban la actividad mercantil bajo los parámetros que ordenaba la buena fe<sup>114</sup>. Es decir, para la jurisprudencia medieval no era posible sustraerse de los compromisos asumidos en las relaciones de los comerciantes alegando la inexistencia de la forma para el perfeccionamiento del contrato, pues la buena fe le daba fuerza al vínculo obligatorio y le otorgaba total validez, lo que traduce afirmar que la *aequitas* en el tráfico mercantil permitía saltar algunas formas siempre que el contrato principal hubiera nacido en derecho<sup>115</sup>. Esta interpretación fue también sostenida por Baldo, quien consideraba perfectamente válidas las normas que otorgaban eficacia a las convenciones celebradas sin forma entre los comerciantes<sup>116</sup>. Los remedios eran aplicados en consideración a la protección del acuerdo celebrado entre las partes contratantes, fundamentados en la regla del *pacta sunt servanda* emanada del principio general de la buena fe<sup>117</sup>, y con menor preponderancia del aspecto objetivo o estructural de la relación negocial.

---

112 D. 2.14.1. pr. *Ulp. 4 ad ed.* “Huius edicti aequitas naturalis est, quid enim tam congruum fidei humanae, qua mea quae inter eos placuerunt servare?” [Es natural a la equidad de este edicto. ¿Qué cosa existe más conforme a la fe humana que cumplir con lo que se acordó entre hombres?].

113 D. 16.3.31 *Libro 9 Disputationum*: “Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam disiderat” [La buena fe que se exige en los contratos requiere suma equidad].

114 Con particular atención en Ad Dig. 17, *mandati vel contra*, 1. 29 *si fideiussor*, § *quaedam*, n. I: “In curia mercatorum, ubi negotio potest decidi bona aequitate, non potest opponi ista exceptio: non intervenit stipulatio sed pactum nudum fuit” [En el tráfico mercantil, donde el contrato está decidido por la buena fe y la equidad, no se puede oponer la excepción que el pacto nudo no vale].

115 G. ASTUTI, “Contratto, diritto intermedio”, cit., 776.

116 *Ibid.*, 776.

117 Al finalizar el medioevo, la eficacia del pacto nudo era pacíficamente reconocida en el derecho. La *bona fides* era protagonista de las relaciones negociales, pues no solamente hacía referencia al contenido del acuerdo, sino que atendía a las especiales necesidades de las relaciones entre las partes, de manera que permitía que el pacto celebrado dentro del tráfico mercantil, sin formalidad o ejecución de prestación alguna, tuviese la eficacia obligatoria. Se trataba de una regla que se encontraba en la base del desarrollo del derecho comercial; ver: I. BIROCCHI, “Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale:

A esto debe sumarse la fuerte influencia que ejerció el pensamiento canónico en el contrato<sup>118</sup>, en cuanto los preceptos del evangelio establecían que debía respetarse la voluntad de los contratantes, pues Dios no hace diferencia entre un pacto formal y un pacto nudo, ya que quien no cumple cualquiera de ellos comete de la misma manera un pecado<sup>119</sup>; por ello, el fundamento y límite de la obligatoriedad del acuerdo entre las partes se encontraba en la consideración de la *ratio peccati* y en la *aequitas canonica*<sup>120</sup>. De este modo, por una parte, el cumplimiento se realizaba con el fin de respetar el pacto, no cometer pecado y por consiguiente alcanzar la salvación; por otra, no importaba si el acuerdo no estaba acompañado de una cláusula estipulatoria para tener fuerza

la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna", cit., 293 y 303.

- 118 Las convenciones humanas que regulan exclusivamente relaciones y negocios terrenales generaban interés al derecho canónico en cuanto la sustancia o la validez de tales convenciones tocara problemas de conciencia o fe; asimismo, que el motivo de tal interés se debía a la *salus animae* de los *fideles Christi* sujetos del ordenamiento eclesiástico. Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., 264.
- 119 Afirmación que surge de la interpretación realizada por HUGOCCIO DE PISA del capítulo del *Iuramenti*. De hecho, el capítulo 12 *Iuramenti* ca. XXII, qu. 5 del *Decretum* de GRAZIANO, el cual reproduce un comentario de CROMAZIO, obispo de AQUILEIA, al capítulo 5 del evangelio de MATEO: "Dominus inter iramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam, quia sicut in iuramento nullam convenit esse perfidiam, ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque, et periurium et mendacium, divini iudicii poena dammat, dicente scriptura: Os, quod mentitur, occidit animam". El comentario realizado en la glosa *oportebit absolveré* al c. 66, *quicumque suffragio*, ca. XII, qu. 2 en los siguientes términos: "Licet stipulatio non intervenerit, obligatur enim nuda promissione saltem etsi non civiliter unde tenetur ad promissum persolvendum [...] Peccaret enim quis nisi nudum pactum observaret honestum tamen, licet nulla solennitas intervenerit. Nota quoad observantiam Deus nullam differentiam vult esse inter simplicem promissionem et iuramentum vel aliter firmatam promissionem [...] sive ergo interveniat stipulatio sive non, promissor non excusatur a peccato nisi adimpleat promissum, si potest [...] Sed quam actionem proponet cum ex nudo pacto non oriatur actio? Sed non exigitur ut Semper proponatur actio sed simpliciter proponatur factum et postuletur officium iudicis ut ille cogat ad solvendum promissum". Sobre el particular: P. FEDELE, "Equità canonica", en *Enciclopedia del diritto*, xv, Milán, 1966, 144 y ss., en especial 153.
- 120 G. ASTUTI, "Contratto, diritto intermedio", cit., 775. Además, se remite a las ilustrativas páginas sobre la equidad canónica en P. FEDELE, "Equità canonica", cit., 144 y ss., y la buena fe en la tradición canónica en L. SCAVO LOMBARDO, "Buona fede. La tradizione canonistica", en *Enciclopedia del diritto*, v, Milán, 1959, 664 y ss., en especial 673.

obligatoria, puesto que el mismo acuerdo obligaba en conciencia a los contratantes debido a la certeza y la legalidad requerida por la sociedad cristiana según la *aequitas canonica*<sup>121</sup>. Esta última construida por los juristas medievales no solo como un canon de interpretación de todas las relaciones negociales en aras de cumplir con las exigencias de buena fe, sino como un correctivo benigno del *rigor iuris*, que reclamaba misericordia e indulgencia en la aplicación de la ley en los casos concretos<sup>122</sup>. En fin, el acuerdo informal de las partes no solo era vinculante desde el punto de vista moral, sino que generaba consecuencias sobre el plano jurídico<sup>123</sup>, sin importar el escenario de valoración, pues todos los juicios eran ya considerados de buena fe<sup>124</sup>.

Una influencia ulterior, y muy decisiva, sobre el acento del consenso en el contrato y su respectiva tutela estuvo a cargo del iusnaturalismo<sup>125</sup>. Sus

---

121 Bajo el perfil del brocardo *nihil aliud est aequitas quam Deus* –la equidad no es nada más que Dios mismo–, P. GROSSI, “Aequitas canonica”, en *Quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, Milán, 1998, 390, afirma que la *aequitas canonica* es completamente lo opuesto de lo arbitrario y de la incertidumbre. Puede definirse como la justicia en el caso concreto bajo el entendido que se analiza al pecador en su individualidad, a su salvación eterna. Esta operación de salvación del sujeto implica inmiscuir a toda la sociedad sagrada, es decir, el fragmento y el todo, el sujeto religioso y la santa iglesia, que recompuestos en el cuerpo místico de Cristo no son considerados escindibles sino indisolublemente ligados por el mismo *mysterium salutis*. Este último, entendido como la salvación de los fieles que en su individualidad participan de una aventura humana, pero en el ámbito de la sociedad que busca su salvación y con repercusiones en toda la comunidad, ya que el pecado del individuo es violación del entero orden público de la iglesia.

122 F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, cit., 166.

123 THOMAS AQUINAS, *summa theologiae*, II-II qu. 110, art. 3. *Obi 1 et ad 1*: “Praetera mendacium est si quis non impleat quod promisit [...] mendacium ob hoc indetur esse peccatum quia per ipsum homo decipit proximum”; también en *summa theologiae*, II-II qu. 88, art. 3. *Obi 1 et ad 1*: “ergo dicendum, quod secundum honestatem ex qualibet promissione homo homini obligatur: et haec est obligatio iuris naturalis. Sed ad hoc, quod aliquis obligetur ex aliqua promissione obligatione civil, quaedam alia requiruntur”. Ver, además, C. A. CANNATA, “Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno”, cit., 452.

124 Uno de los aportes del derecho canónico fue eliminar la división entre los juicios de *strictum iuris* y los *bonae fidei*. Cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta del impero romano alla codificazione*, 1892-1903, reimpresión, Bologna, 1965, IV, 451.

125 P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 90 y ss.; F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, cit., 60 y ss. Sobre las tres tendencias doctrinales del iusnaturalismo de la época: PUFENDORF y THOMASIVS; LEIBNIZ y WOLFF, y DOMAT y POTHIER, puede consultarse de

construcciones, desligadas de los principios teóricos tradicionales y de los ordenamientos positivos históricos, permitieron que se formulara como principio el ‘*solus consensus obligat*’<sup>126</sup>, lo cual convirtió como base fundamental del sistema contractual la regla *pacta sunt servanda*<sup>127</sup>. El reconocimiento del ‘consenso’, sin *res* y sin forma, tuvo espacio en los contratos de intercambio de mayor uso, como la compraventa, el arrendamiento, la permuta; por lo cual ciertas generalizaciones escolásticas relacionadas con la protección del valor del consenso nudo, como era el caso de la tutela del crédito, eran llevadas a tales contratos, pues mediante ellos se podía sentir más viva la preocupación de responder a las exigencias de la práctica.

Como efecto de todo lo anterior, el formalismo y la degeneración de los tipos contractuales romanos característicos del medioevo dieron un paso al costado. La práctica comercial y la jurisprudencia del derecho intermedio exigieron no solo la simplificación en la celebración del contrato formal y su ejecución conforme a la *bona fides*, sino también la certeza de la validez del vínculo negocial y su tutela jurídica. Los remedios contractuales se aplicaban

---

manera ilustrativa G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bolonia, 1976, 97 y ss.

- 126 Sobre el consensualismo en la teoría civilista del contrato, consultar: V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, París, 2007, 81 y ss.; S. FORTICH, “Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 23, Universidad Externado de Colombia, 2012, 192 y ss.
- 127 G. ASTUTI, “Contratto, diritto intermedio”, cit., 780. El éxito en este campo de debe al hecho que las circunstancias sociales y las costumbres eran maduras de modo tal que se consideraba al crédito, derivado de una promesa, como un bien equivalente a la *res* del contrato real medieval, como un elemento dentro del patrimonio; es decir, la difusión del comercio y la confianza en el mercado permitían insertar dicho crédito como un activo de los comerciantes. Naturalmente, para abandonar el formalismo y las estructuras medievales que daban fuerza obligatoria al acuerdo, era necesario solamente que se desarrollara una refinada técnica interpretativa de los juristas y que se tuviera confianza en la posibilidad de encontrar, fuera de tales estructuras y formas, el momento de celebración del contrato consistente en el simple encuentro de las voluntades serias de obligarse de las partes. *Cfr.* G. GORLA, *Il contratto*, cit., 44. No obstante, es de tenerse en cuenta que sobre las categorías del derecho civil no hubo una gran meditación, como sí la hubo sobre las relaciones económico-sociales de la época. De hecho, a pesar de la enunciación de nuevos principios para el sistema contractual, debían recurrir a las construcciones y a las enseñanzas de la jurisprudencia romana clásica y del derecho común, tal como lo demuestra la codificación napoleónica. *Cfr.* P. CARLINI, “Contratto e patti nel diritto medievale e moderno”, cit., 86.



en consideración a la *aequitas* y a todos los contratos en los que había surgido un vínculo obligacional entre las partes debido a la *conventio* de estas, pues la voluntad ‘seria y deliberada’ de los particulares a obligarse comenzó a aflorar en la conciencia social, provocando un cambio total de todo el sistema del contrato y, por consiguiente, la transformación de las situaciones sociales y económicas en el sentido de acrecer la confianza entre los hombres y su tutela por parte del ordenamiento jurídico, tanto así como para mencionar como una regla general que al incumplido no le es debido el cumplimiento<sup>128</sup>.

### 2.3 EN LA DOCTRINA DEL DERECHO INTERMEDIO, LA BUENA FE SE ESTABLECIÓ COMO UNA EXPRESIÓN DE LA AEQUITAS, LO CUAL ACENTUÓ LA FUNCIÓN PROTECTORA DEL ACUERDO CARACTERÍSTICA DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Para los medievales, el concepto de equidad era la ‘savia vital’ del ordenamiento, que permeaba la ley, la obra de los intérpretes y la actividad de los jueces, todo lo cual coincide con el orden mismo de la realidad creada por Dios<sup>129</sup>. Bajo

---

128 Contrario a esta postura y analizando el sistema de remedios respecto a la teoría de la causa y no a la protección del acuerdo de las partes, consultar G. ASTUTI, “Contratto, diritto intermedio”, cit., 770, quien afirma que las construcciones contractuales del derecho intermedio se fundamentaron en los principios y en los esquemas romanos y respondieron a la práctica consuetudinaria del tráfico marítimo y de la actividad comercial, bancaria, artesanal e industrial. No obstante, en estas construcciones no se desarrollaron sustanciales innovaciones en lo que respecta a los requisitos esenciales de los contratos, al fundamento de la eficacia obligatoria de los mismos o, en general, a los principios basilares del sistema contractual. De hecho, el vínculo obligatorio y la relativa tutela no fueron reconducidos simple y llanamente a la voluntad o al acuerdo de los contratantes, era necesario que el acuerdo se concretizara en un supuesto de hecho caracterizado por elementos objetivos, sustanciales o formales, que permitiera establecer la realidad y seriedad del consentimiento de las partes, esto es, de una voluntad no arbitraria, sino fiel a sí misma, y por lo tanto merecedora de tutela jurídica. Por ello, los juristas medievales tendieron no tanto a construir una teoría del consenso, sino a construir la teoría de la causa, y a enunciar en términos generales el principio *inadimplenti non est adimplendum*.

129 Entre los siglos IX y X, con el resurgimiento del estudio de los textos romanos, emergió tímidamente el concepto de *aequitas* con un nuevo canon de lo justo y lo injusto, expresado como principio general capaz de dominar todo el pensamiento jurídico del medioevo en la valoración de todo el derecho. Surgió un concepto que no estaba solamente considerado como un instrumento de interpretación y de fuerza evolutiva del sistema normativo, sino como la razón de existencia de la misma norma jurídica. El derecho

esa óptica, la buena fe siguió con un rol central en el contexto de actuación del sinalagma contractual y asumió esencialmente tres formas<sup>130</sup>: en un primer sentido, era entendida como la regla que obligaba a las partes a mantener su palabra<sup>131</sup>; también era considerada opuesta al dolo<sup>132</sup>; y por último consistía en aquel conjunto de reglas que se insertaban al contrato, aunque las partes no se hubieran pronunciado sobre ellas<sup>133</sup>. Los juristas medievales aproximaban

---

humano se apoyaba en un elemento místico, para acercarse a la fuente eterna de lo justo, tal como lo expresaron los glosadores civilistas *auctor iuris homo, iustitiae deus*—el derecho hace el derecho, pero solo Dios la justicia—. Lo anterior tampoco quería decir que fuera un escape hacia la moral o la religión, sino un incentivo a buscar la concreta justicia que era intrínseca en los negocios y las relaciones humanas—*aequitas rudis*. F. CALASSO, “Equità. Premessa storica”, en *Enciclopedia del diritto*, xv, Milán, 1966, 67.

- 130 J. GORDLEY, “Good faith in contract law in the medieval *ius commune*”, en *Good Faith in European Contract Law*, editado por R. ZIMMERMANN y S. WHITTAKER, Cambridge, 2000, 94. Estas tres formas de buena fe eran evidenciadas por los juristas antes de BALDO. Dichos juristas afirmaban solamente que en tales situaciones las partes actuarían conforme a la buena fe y la equidad, sin analizar los conceptos de buena fe y equidad en el sentido de determinar cómo las partes deberían comportarse.
- 131 IRNERIO, en E. BESTA, *L’opera d’Irnerio, II, Glosse inedite d’Irnerio al Digestum vetus*, 1896, 31. “Pacta servari aequitas est, non eius qua pro tempore seu loco postulat, conveniens dicitur sed eius quae natura dictante Semper et in cunctis se optinet. namque ipsum genus eius est natural: hoc est fidem praestare. fides autem est eorum quae dicta sunt constantia et veritas” [Es justo que los pactos se cumplan, no porque es conveniente según el tiempo o según el lugar, sino porque la naturaleza lo dice. Es de la naturaleza misma del contrato cumplir con la palabra dada. La buena fe es inherente a las cosas que se pactan con constancia y verdad].
- 132 ACURSIO, *Glossa ordinaria a Codex Iustinianus* 4,10,4: “Bonam fidem in contractibus considerari aequum est” [Es conforme a la equidad tener en consideración la buena fe en todos los contratos]. En el mismo sentido, ODOFREDO, *Lectura super codicem a C 4.10.4*, 1552; BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Comm. in primam Codicis partem, lib. IV, de actionibus et obligationibus, lex IV bonam fidem* [a *Codex Iustinianus* 4,10,4]; BALDO DEGLI UBALDI, *Comm. in quartum Codicis librum, de actionibus et obligationibus, lex IV, Bonam fidem*, n. 2. También los canonistas oponen el dolo a la buena fe: HOSTIENSIS (Henricus de Segusio), *summa aurea a X 3,16, 2*, 1556: *Bona fides et dolus contraria sunt*.
- 133 Interpretación que se hace con base en el texto romano D. 19.1.11 *Ulp. 32 ed.* “quum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, hunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt huius iudicii potestate” [porque siendo juicios de buena fe, nada es más conforme a la buena fe que se cumpla lo que se convino, entonces se harán las prestaciones que naturalmente se contienen en la naturaleza de este contrato]. ODOFREDO, *Lectura super codicem a D.19.1.11*, 1552, “naturaliter insunt, id est, naturali ratione iure Gentium

la noción de *bona fides* dentro del amplio concepto de *aequitas*, dilatando los ligámenes que habían construido tiempo atrás los juristas romanos entre *bona fides* y *bonum et aequum*<sup>134</sup>.

Las reglas emanadas del principio de buena fe formaron parte de la estructura de algunos tipos contractuales creados por los juristas romanos, sobre todo porque ellas asumían un rol nuevo y profundo dentro del contrato: hacían parte del concepto de *natura contractus*<sup>135</sup>. En efecto, tal rol permitía refor-

- introducta” [obligaciones que son introducidas por la natural razón del derecho de gentes]; BARTOLO DA SASSOFERRATO, [a D.19.1.11], cit., “*veniunt ex natura contractus*”.
- 134 R. FIORI, “Storicità del diritto e problemi di metodo, l’esempio della buona fede oggettiva”, cit., 31. Los juristas medievales no definieron la buena fe o equidad y no trataron de mostrar cómo los términos pueden ser leídos en un contrato siguiendo la definición. En su lugar, encajaron los textos romanos en un diferente sistema o en un esquema en el que las palabras claves no eran ‘buena fe’ y ‘equidad’ sino ‘*natura*’, ‘*substantia*’ y ‘*accidentalía*’. Ellos nunca explicaron la relación que existe entre estos últimos conceptos y la buena fe o la equidad, lo cual llevó a que ciertos problemas jurídicos no fueran resueltos sin la ayuda de las reglas del derecho romano antiguo. Cfr. J. GORDLEY, “Good faith in contract law in the medieval *ius commune*”, cit., 103. Para la jurisprudencia romana, la equidad era un principio orientador del derecho. El derecho era *equo* en cuanto no se reducía a abstracciones más o menos correspondientes a principios universales, sino que se expresaba en fórmulas que se revelaban en la realidad de la vida, como una aplicación de principios prácticos e idóneos, capaces de satisfacer las múltiples exigencias y adecuarse a los diferentes supuestos de hecho del momento social en el que el derecho iba a ser aplicado; cfr. A. GUARINO, “Equità (diritto romano)”, en *Novissimo digesto italiano*, VI, Turín, 1960, 621 y ss.
- 135 R. FIORI, “Storicità del diritto e problemi di metodo, l’esempio della buona fede oggettiva”, cit., 32. En el estudio del *corpus iuris* los medievales encontraron un fragmento de PAPIANNO (D. 18.1.72 *pr. Pap. 10 quaest.*) en el que se hace una distinción dentro de la categoría de *pacta ex intervallo*, pues se afirma que existen pactos celebrados posteriormente a la celebración del contrato que son admitidos dentro del reglamento contractual y otros que, por el contrario, no son admitidos. Esta distinción realizada por PAPIANNO tiene como fundamento la operatividad del pacto: ya sea porque son pactos que tocan los aspectos del contenido del contrato denominados *adminicula emptionis*, que en el caso particular es la *cautio duplae*; ya sea porque tocan elementos del contrato considerados inderogables denominados *substantia*, que en el caso particular es el precio de la venta. Esta afirmación es reportada por ULPIANO (D. 2.14.7.5 *Ulp. 4 ad ed.*), pero en la que no se usa la expresión *substantia*, sino el término *natura*; de hecho, afirma que, si en un momento sucesivo a la celebración del contrato se acuerda entre las partes *aliquid extra naturam contractus*, no se podrá accionar, pues de dicho pacto no se generaría una acción. Ahora, los romanos entendieron las expresiones *substantia* y *natura* en el valor genérico de esencia, existencia y contenido del contrato o de las relaciones obligatorias; un significado

zar la fuerza del acuerdo contractual en respeto de la estructura del negocio mismo<sup>136</sup>; integrar al contrato los efectos expresamente dados por las partes y aquellos que no se determinaban, pero que eran inherentes a la relación contractual<sup>137</sup>, y rechazar los contenidos contractuales y comportamientos contrarios a la buena fe<sup>138</sup>.

---

que indica la presencia en el contrato de ciertos elementos, estos son los que determinan la existencia misma del negocio; una estructura jurídica de una relación negocial que resulta así configurada por razones materiales y lógicas, la cual puede ser derogable o no. Por el contrario, a la experiencia romanista posterior a la compilación de Justiniano, la *natura contractus*, en el caso de los bizantinos, hacía referencia a la estructura jurídica positiva que la ley atribuye a los singulares institutos, estructura considerada sea en el complejo sea en los singulares elementos constitutivos, la cual puede ser manejable o moldeable por la voluntad de las partes. Se hacía diferencia entre *substantia* y *natura*. Si bien las dos insertaban elementos a la estructura del contrato, no lo hacían con el mismo nivel y profundidad estructural; la primera incide sobre la *quidditas*, la segunda sobre la *qualitas*, la primera se identifica con el núcleo esencial sin el cual el instituto no existe, la segunda con aquellos elementos cualitativos que permiten al instituto existir con algunos caracteres y no con otros. La *natura* es un carácter nativo de uno u otro contrato, pero es de carácter plástico, no rígido, que encuentra en la observancia de la comunidad, en la permanencia o en la variación de la vida social, las razones de su continuo ajuste y elasticidad. Sobre la relación de la buena fe con la *natura contractus*, *cf.* G. ROTONDI, “Natura contractus”, *Bullettino dell’Istituto di diritto romano “Vittorio Scialoja”*, XXIV, 1911, 107 y ss.; P. GROSSI, “Sulla ‘natura’ del contratto (qualche nota sul ‘mestiere’ di storico del diritto, a proposito di un recente ‘corso’ di lezioni)”, en *Quaderni Fiorentini*, 15, Milán, 1986, 593 y ss., en particular 607 y ss.; J. GORDLEY, “Good faith in contract law in the medieval ius commune”, *cit.*, 93 y ss.; R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milán, 2001, 332 y ss.; R. FIORI, “Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica”, *cit.*, 182 y ss.; R. CARDILLI, “Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Nápoles, 2008, 1 y ss.

136 DONELLUS, *Commentariorum in Codicem Justiniani, lib. IV. Tit. X. IV* [a *Codex Iustinianus* 4,10,4] “Diximus contractus hunc effectum esse, ut quisque ex suo contractu obligetur. Id enim est, quod diximus ex contractu obligationem nasci § 1 Instit. De oblig” [Habíamos dicho que el efecto del contrato es que la parte será obligada según la fuerza de su contrato. Esto es debido a que del contrato nacen obligaciones, en el parágrafo 1 de las Instituciones (de Justiniano), en el título sobre las obligaciones].

137 MANTICA, *De tacitis et ambiguis conventinibus*, T, 1, lib. I, tit. XIII, n. 13 y 15.

138 DONELLUS, *Commentariorum in Codicem Justiniani, lib. IV. Tit. X. IV* [a *Codex Iustinianus* 4,10,4] “Hoc ita temperandum est, nisi quod convenerit contra bonam fidem [...] Bona

Por su parte, Baldo identificaba la buena fe con la equidad<sup>139</sup> y consideraba que el principio de la equidad del contrato era violado por medio de actos como el rompimiento de la palabra dada y el engaño a la contraparte, y servía como medio para justificar la operatividad de los remedios en el caso en el cual el precio hubiera sido injusto, así como para explicar a las partes la inserción en el contrato de ciertas obligaciones que no fueron expresamente asumidas por ellas<sup>140</sup>. Además, daba especial atención a la regla según la cual nadie podía enriquecerse a expensas de otro<sup>141</sup>, la que se encontraba tanto implícita como explícita en los textos romanos y representaba una expresión de la equidad natural y de la buena fe en los contratos<sup>142</sup>.

---

fides est officium boni viri [...] consistit autem bona fides in faciendo et in non faciendo” [Lo que se ha dicho debe ser precisado de modo tal que lo pactado no haya sido contrario a buena fe [...] La buena fe es el oficio del hombre honesto y leal [...] Además la buena fe consiste en un hacer y en no hacer].

- 139 BALDO DEGLI UBALDI, *In decretalium volumen commentaria* (1595) a X 1.29.3, cit., “Bona fides aequitatem desiderat”.
- 140 J. GORDLEY, “Good faith in contract law in the medieval ius commune”, cit., 110.
- 141 BALDO DEGLI UBALDI, *Comm. in quartum Codicis librum*, [a D. 4.32.2.] n. 3: “Et fundantur in ratione, naturali aequitate, que est quod quis non locupletetur cum aliena iactura” [Fundado en razones de equidad y de naturaleza, requiere que nadie se enriquezca con el daño al otro]; *Ibid.* [a C. 4.44.1] n. 3: “Non debet quis praetextu metus sibi illati lucrari cum aliena iactura [...] et in ista equitate generali fundatur omnia remedia in integrum restitutionis” [No debe alguien bajo el pretexto de temor a él mismo ocasionado enriquecerse con ocasión del daño ajeno. Y según la equidad se funda el remedio de las íntegras restituciones]. Como lo explica J. GORDLEY, “Good faith in contract law in the medieval ius commune”, cit., 108-114, el interés a la correspondencia de las prestaciones de las partes de un contrato se debe a que BALDO estudió los textos romanos ayudado de las ideas filosóficas de ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS DE AQUINO, quienes describían el intercambio de bienes como un acto de justicia conmutativa, en la que cada parte recibe algo de equivalente valor a lo que entrega. BALDO construye dos significados de equidad: por una parte, la *aequitas in specie*, la cual permite no aplicar la ley cuando las circunstancias así lo requieren—sigue el significado de equidad de ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS DE AQUINO—; por otra, la *aequitas in genere*, que exige buscar un justo resultado teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de la situación en particular, pero lo hace con especial atención a que nadie puede enriquecerse a expensas del otro.
- 142 La interpretación que realiza BALDO con base en los textos D. 50.17.206 y C. 4.10.4. Además, recordar que BALDO consideraba que la buena fe tenía dos propósitos: el primero, saber si los contratos son vinculantes o no, y el segundo, saber cuáles son las obligaciones

Las relaciones entre la buena fe, la equidad y la consideración de la *natura contractus* fueron las que permitieron explicar el rol de la buena fe ‘medieval’ como fundamento de la excepción de incumplimiento<sup>143</sup>. Garantizaban que

---

de las partes y si ellas las han cumplido. Para este último propósito, la buena fe tiene dos significados: por una parte, la ausencia de *dolus*; por otra, el conjunto de obligaciones que se insertan al contrato, aunque las partes no se hayan acordado, pues la natural equidad así lo exige. Ver, sobre el particular, J. GORDLEY, “Good faith in contract law in the medieval *ius commune*”, cit., 109 y n. 86. En el mismo sentido, R. FIORI, “Storicità del diritto e problemi di metodo, l’esempio della buona fede oggettiva”, cit., 32.

- 143 Una parte de la doctrina afirma que la excepción de incumplimiento tenía como fuente creadora y fundamento a la *aequitas canonica*; *cfr.* P. FEDELE, “Equità canonica”, cit., 153. Esta idea surge porque dicha *aequitas* se caracterizaba por ser el elemento fundante del ordenamiento. Es decir, consideran a la equidad como una expresión de la norma suprema, y por lo tanto de todas las normas que ella contiene y aplica; que además se instaure en la sociedad cristiana en cuanto dichas leyes son cumplidas por el sujeto que vive *ex fide* y participa en la formación y la vida de la sociedad misma; *cfr.* G. CAMPOGROSSI, “La certezza del diritto nell’ordinamento canonico”, en *Ephemerides iuris canonici*, 1940, 20 y ss. En el mismo sentido, P. FEDELE, “Equità canonica”, cit., 155, considera que en la equidad canónica se manifiesta cómo el ordenamiento refiere todo a una norma. La equidad es el modo con el cual la norma suprema se afirma en su soberanía sobre todas las otras normas. También asegura la aplicación de la norma en cada caso, luego que todas las disposiciones y normas particulares sean referidas necesariamente a la propia equidad, tanto en el caso que coincidan o que la contradigan; en este último caso, tal contradicción es eliminada y la norma suprema es aplicada. El verdadero contenido del ordenamiento se saca a relucir con la equidad canónica: la formación de la sociedad cristiana, la presencia de la ley ética y evangélica, la exigencia de una relación social en espíritu y verdad, la ley profunda de ayuda al prójimo y la misericordia. Además, P. GROSSI, “Aequitas canonica”, cit., 389 y 391, sostiene que la equidad canónica, como expresión de la norma suprema de la iglesia, garantiza la observación de dicha norma en todo momento, en cada lugar y en cada situación de la vida humana, es el instrumento que permite la adecuación perfecta de la forma y la sustancia impidiendo el escándalo de una separación entre ellas; sustancia que puede referirse a la norma suprema, es decir, al derecho divino positivo y natural. La iglesia católica reclama a la equidad canónica como principio fundamental de la base de todo el derecho, garantía última de legitimidad y de certeza.

En efecto, los canonistas consideran que la equidad canónica permitió darle eficacia obligatoria a la simple voluntad de las partes y, como consecuencia, fue el fundamento originario de la *exceptio non adimpleti contractus* y de otras figuras como la validez de la promesa del hecho ajeno, los contratos a favor de terceros, el instituto de la representación, el principio de *non servanti fidem fides non est servanda* y la cláusula de *rebus sic*

las partes del contrato respetaran el acuerdo celebrado en consideración a que existía una regla que se entendía integrada en el contenido negocial y que facultaba a la parte leal a suspender la ejecución de la prestación en el caso en el cual la contraparte no honrara el acuerdo, es decir, se evidenciaba la integración del común acuerdo de las partes con las operaciones de reconstrucción de los efectos del contrato y sus remedios más allá de lo que se establecía en la convención y en protección de la voluntad de las partes contratantes<sup>144</sup>. Adicionalmente, evitaba que una parte pudiese reclamar la ejecución de la prestación aun cuando no había cumplido la que le correspondía, pues se consideraba un comportamiento que rompía con la equidad requerida en el contrato, la cual se expresaba en que, mediante la fidelidad al contrato, cada parte recibía algo equivalente en valor a lo que entregaba, y evitaba que una parte se enriqueciera a expensas de otra.

El rol que tuvo la *fides* respecto a la protección del acuerdo, y por lo tanto en la aplicación de remedios contractuales como la *exceptio non adimpleti contractus*, se puede evidenciar, a manera de ejemplo, en la *decisio 260 della raccolta di decisioni* del Senado de Mantova (Italia) del siglo XIV dada en materia de obligaciones<sup>145</sup>. En ella se trae como argumentación que la buena fe constituye directriz de conducta en las relaciones contractuales y sobre todo como un principio que ordena la observancia de los pactos asumidos<sup>146</sup> en un caso en el que una parte se rehusaba a cumplir el contrato debido al incumplimiento de su contraparte de un pacto del contrato.

---

*stantibus*. Se disiente de este razonamiento. Si bien es cierto que el derecho canónico influyó la transformación de muchas figuras del derecho civil y las reinterpretó del modo en el que actualmente son utilizadas, esto no significa desconocer el origen romano de ellas.

- 144 A. D'ANGELO, *La buona fede*, en *Il contratto in generale*, t. IV, en *Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, v, XIII, Turín, 2011, 16.
- 145 La decisión es reportada por I. BIROCCHI, "Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna", cit., 294, n. 228, quien explica que el conjunto de decisiones del senado mantovano fue publicada por SORDI poco antes de su muerte (1598).
- 146 En efecto, I. BIROCCHI explica que en el numeral 12 de la *decisio* se encuentra la enunciación de "pacta servanda sunt" acompañada de otras afirmaciones como "nulla est maior iustitia quam servare pacta" o "nihil magis debetur hominibus quam pactorum observantia". Afirmaciones estas ya encontradas genéricamente en las fuentes romanas.

La *decisio* 260 del Senado de Mantova<sup>147</sup> reformaba una sentencia en la que se condenaba por incumplimiento a unos esposos de Borgoforte a causa de una *litis* que tenía como origen un contrato de compraventa de unos terrenos que realizaron con el vendedor Battista Bazzoni. En primera instancia, los esposos de Borgoforte afirmaban que no estaban obligados al pago del precio por los terrenos, ya que el vendedor Bazzoni no había cumplido con la totalidad de las obligaciones a su cargo, en especial la de prestar una fianza por un fideicomiso que gravaba los terrenos y que tenía que ser entregada antes de la exigibilidad del precio. El juez de primera instancia dio la razón al vendedor argumentando que el pacto sobre la *cautio* que acompañaba la compraventa carecía de causa, pues el vendedor había logrado demostrar en el proceso que los terrenos los había adquirido no por testamento que incluía el fideicomiso, sino mediante un nuevo título que lo excluía<sup>148</sup>; por lo tanto, era legítimo para el vendedor exigir el precio de la compraventa y obligación de los cónyuges compradores el darlo. El Senado de Mantova, al examinar el caso concreto, decidió revocar la sentencia de primera instancia bajo el fundamento que el contrato por el cual Bazzoni adquirió los terrenos no excluía el fideicomiso que lo gravaba y, como consecuencia, dio razón a los apelantes en rehusarse a cumplir con las prestaciones a su cargo. En este sentido, el Senado afirmó que el vendedor estaba en la obligación de prestar la fianza, pues en el caso en que no lo hiciera los compradores no tenían la obligación de pagar el precio, ya que la regla emanada de la buena fe permitía inferir que quien accionaba con base en un contrato *ultra citroque obligatio* debía primero cumplir con su propia prestación, la cual se encontraba en un simple acuerdo adjunto al contrato principal.

Esta sentencia nos permite deducir que la excepción de incumplimiento continúa con su función principal de preservación de la estructura sinalagmática de los contratos bilaterales, en lo que correspondía a la reciprocidad y la interdependencia de las obligaciones, pero con un mayor énfasis en la protección de la recíproca confianza depositada en el libre acuerdo de las partes

---

147 Analizada y puesta en conocimiento por I. BIROCCI, “Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell’efficacia dei patti nella dottrina italiana dell’età moderna”, cit., 295.

148 “Non ex testamento eius qui fideicommiserat, sed emptionis titulo ab alio”.



en consideración del *pacta sunt servanda*, es decir, garantizar que las partes asumieran sus pactos en su integralidad, y en el caso en el cual no lo hicieran, se vieran amenazados de no obtener las ventajas de los pactos, debido a la legítima suspensión de las prestaciones del contrato por su respectiva contraparte. Esto no significa que la excepción haya cambiado o haya sido una creación nueva de la época, sino una reinterpretación de su funcionalidad basada en la buena fe contractual, con el fin de responder a las preocupaciones y problemáticas que estaban en boga, es decir, la fuerza obligatoria del acuerdo en el contrato.

2.3.1 EN EL DERECHO INTERMEDIO SE APLICÓ LA  
EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CON EL FIN DE  
GARANTIZAR LA EJECUCIÓN SIMULTÁNEA DE LAS  
PRESTACIONES DEL CONTRATO SINALAGMÁTICO SIN  
NECESIDAD DE USAR UNA FÓRMULA PREDETERMINADA; SIN  
EMBARGO, SE ENUNCIÓ POR PRIMERA VEZ EL BROCARDO  
*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* Y SE LOGRÓ SU  
GENERALIZACIÓN

Los juristas medievales se ocuparon de la problemática que conllevaba la ejecución de los contratos sinalagmáticos y, en particular, de la facultad de una parte a rehusarse a cumplir sus obligaciones con base en el incumplimiento de su contraparte<sup>149</sup>.

---

149 Cfr. R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 36 y 42, quien sostiene que los juristas del alto medievo tuvieron en cuenta la problemática de la ejecución de los contratos sinalagmáticos, pero no profundizaron ni aportaron a la teoría de la excepción de incumplimiento algún aporte serio. Esto debido a que, según él, los romanos tampoco lo hicieron y los glosadores confundían la *exceptio non adimpleti contractus* con la *exceptio non numeratae pecuniae*. No obstante, existe evidencia de fragmentos que demuestran un rico debate sobre la ejecución simultánea de las prestaciones; para ello cita a PLACENTIN, en *De varietate actionum*, I-II, t. 22, n. 7: "Ad haec quaeri solet: compellaturne venditor prius rem praestare, quam emptor pretium numerare? Et certe nulla lege id. expressim cautum est, versum ex lege quadam, tit. eo.l. qui pendentem (D.19.1.25) utcumque dici potest venditorem praedium debere tradere, per alteram autem, l. ex empto utrumque conjicitur, emptorem prius debere numerare. Quid ergo si alter alteri fidem non habeat? Satis aestimo utramque in rem venditam pecuniamque debitam, apud tertium

Esa defensa denominada en términos *exceptio non adimpleti contractus* o *inadimplenti non est adimplendum* no encuentra, con este nombre, testimonio en las fuentes del derecho romano, aunque era ampliamente conocida y aplicada por sus juristas<sup>150</sup>. Tampoco el derecho canónico tiene mención expresa de la excepción en tales términos<sup>151</sup>, pero su aplicación se hacía principalmente con base en las reglas construidas por Bonifacio VIII consistente en “*fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat*”<sup>152</sup> y por Henricus de Segustia (Hostiensis), quien sostenía “*frangenti fidem, fides non servanda*

---

tanquam apud sequestrum debere deponi, qui dirimat omne quod est inter emptorem et venditorem litigium. sunt autem hae actiones empti, venditi, civiles bonae fidei et perpetuae”, quien intenta resolver la cuestión sobre quién debe cumplir de primero en un contrato bilateral, si el comprador o el vendedor. En consideración a que existen opiniones contrastantes con base en un fragmento del Digesto D. 19.1.25, pues unos dicen que primero paga el comprador y otros dicen que es el vendedor, PLACENTIN decide resolver la cuestión de manera ecuánime. Considera que, si las partes desconían una de la otra, ellas pueden confiar el precio y la cosa objeto de compraventa en manos de un secuestre, hombre honesto quien solucionarí en presencia de las partes todos los conflictos relativos a la ejecución de las prestaciones. Sin embargo, la solución de PLACENTIN es criticada por AZONE, en *summa aurea domini azonis*. Lyon, 1514, CXXV, 1546. fol. LXXVIII en L. IV al *Code de actio empti et venditi*, n. 29: “Quid si venditor dicat: non tradam rem nisi solveris pretium, et emptor dicat: non solvam pretium donec tradideris rem? Repondit Placentinus quod deponatur et sequestretur apud honestum virum et ipse det argumentum, ff. De solution [...] Dic ergo quod si quis illorum vult agere, primo debeat tradere id ad quod est obligatur: alioquin patietur exceptionem, et sic qui agit est in deteriore causa, arg. ff. eod, qui pendentem (D. 19.1.25), et de aedil. edict, aediles”, el cual sostiene que en aquellas hipótesis en la que el vendedor diga “no transfiero la cosa si no paga” o que el comprador diga “yo no pago si no me das”, quien debería ejecutar primero la prestación –según AZONE– es la parte que tiene la posición más desventajosa, y en el caso en que exija su prestación sin la ejecución previa de la propia, estaría sometido a que se le opusiera una excepción con base en la causa de la entrega. Estas posturas fueron posteriormente tomadas por la Glosa de ACURSIO en atención al comentario de los fragmentos *Julianus § offerri* D. 19.1.13.8 y *Si traditio* C. 4.49.4, como también en *De pactis* C. 2.3.21 con nota de HOSTIENSIS en la *Glossa ordinaria* sobre C. *Pervenit*, 3, x (II. 24 *De jurejurando*).

150 Ver *supra* § Parte I, Cap. 1.

151 Cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., 23.

152 Del canon *Fusta*, Cap. 75 de *reg juris in sexte*, publicada en el año 1298. Cfr. G. SCADUTO, “L’exceptio non adimpleti contractus’ nel diritto civile italiano”, cit., 79.

*est*”<sup>153</sup>, las cuales permitieron proteger el vínculo sinalagmático mediante la liberación temporal de la parte requerida al cumplimiento cuando el demandante no había respetado el vínculo<sup>154</sup>.

Del mismo modo, el supuesto de hecho al que refiere la excepción de incumplimiento era abiertamente estudiado por los juristas medievales sin los términos de *exceptio non adimpleti contractus*. Así, Bartolo da Sassoferrato en comentario a D. 19.1.13.8<sup>155</sup> anunció la regla *contractu ultro citroque obliga-*

153 “A quien no le cumplen el pacto, no está obligado tampoco a cumplirlo”, tal expresión resulta del comentario que hace el canonista HOSTIENSIS a los *Decretales Gregorii IX*, que están en la *Summa super titulis decretalium* o *summa aurea* redactados entre 1250 y 1261. Las frases pronunciadas por los juristas canónicos tuvieron gran relevancia, pues fueron citadas constantemente por los posglosadores en el momento de dar las explicaciones y el fundamento de la excepción de incumplimiento contractual, antes que se conociera la fórmula *exceptio non adimpleti contractus*. Ver: R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., 43, n. 5 y 47. Por su parte, C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, París, 1999, 4, considera que fue la regla *Frangenti fidem* la que fundamenta la *exceptio non adimpleti contractus* en el derecho medieval.

154 En efecto, el estudio de la excepción de incumplimiento está muy ligado a la consagración medieval de la resolución del contrato por incumplimiento, pues permitía una correlación en la tutela sinalagmática del contrato tanto de parte del acreedor como del deudor. Cfr. G. SCADUTO, “L’*exceptio non adimpleti contractus*’ nel diritto civile italiano”, cit., 79. Cabe recordar que la experiencia jurídica romana no conocía la condición resolutoria por incumplimiento como una cláusula del contrato bilateral y recíproco, tal como se conoce hoy. Los efectos del contrato eran neutralizados, en caso de incumplimiento, a través de pactos que se adicionaban al negocio. Así, en el contrato de compraventa, las partes por medio de un *pacta adiecta* con condición suspensiva, como lo era la *lex commissoria* –Título III del libro XVIII del Digesto–, permitían que el comprador asumiera la obligación de restituir la *merx* en el caso en que no pagase el precio dentro de un término establecido. La verificación del no pago daba lugar a la resolución del contrato por determinación del vendedor. Cfr. P. CERAMI, “Risoluzione. Diritto romano”, cit., especialmente 1287–1289; A. DERNBURG, *Pandette. Parte generale*, I, I, trad. it. F. B. CICCALA, Turín, 1906, 336 y ss. Solamente en edad justiniana y bizantina la condición fue considerada como una cláusula que se inserta en el interior del negocio y con un efecto resolutorio inmediato. G. G. ARCHI, “Condizione. Diritto romano”, en *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milán, 1961, 758.

155 D. 19.1.13.8 (Ulp. 32 ad ed.): “Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit” [El comprador que ejercite la acción de compra

*torio non potest effectualiter agi, nisi ad eo qui effectualiter totum contractum ex parte sua impleverit*<sup>156</sup>, la cual reconocería la posibilidad de paralizar la acción nacida de un contrato sinalagmático mediante una excepción consistente en la suspensión de la ejecución de la prestación en el caso que no hubiera contraprestación. También Baldo, en comentario a C. 2.3.21<sup>[157]</sup> en *ille qui non observat contractum non potest afere ex eo*<sup>158</sup>, terminó por establecer que en una acción de cumplimiento contractual la ejecución de todas las prestaciones, o al menos el ofrecimiento de ejecutarlas, eran elementos necesarios de la acción del demandante y que el demandado podía oponerse cuando aquellos elementos no se habían configurado<sup>159</sup>. Y Antonio Fabro quien pronunció, en

debe ofrecer el precio, por lo cual, si ofrece una parte del precio, no puede hacer valer su pretensión: pues el vendedor puede retener como en prenda la cosa que vendió].

- 156 BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria digestum vetus, II, de actionibus empti*, char. 119 [En un contrato bilateral no se puede accionar si no se ha ejecutado todo el contrato o una parte de este].

Se resalta que R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 44, sostiene que esta regla de BARTOLO es el fundamento medieval de la *exceptio non adimpleti contractus*. En el mismo sentido, G. SCADUTO, "L'exceptio non adimpleti contractus' nel diritto civile italiano", cit., 79, y J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Paris, 1971, 5. Sin embargo, se considera que la *exceptio* no solo se construye con base en esta, sino también en la regla *frangenti fidem* realizada por HOSTIENSIS cuando comenta los *Decretales Gregorii IX*.

- 157 C. 2.3.21 (*Imp̄p̄ Diocletianus et Maximianus AA Eusebio*): "Cum proponas, inter vos sine scriptura placuisse fratrum tuorum successiones aequis ex partibus dividi, et transactionis causa probari possit hanc intercessisse conventionem, exceptione te tueri potes, si possides: quod si adversarius tuus teueat, ex hoc placito nullam actionem esse natam, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intellegere: nec adversario tuo transactione uti concedendum, nisi ea quae placita sunt paratus est adimplere" [Si dices que sin escritura se acordó entre ustedes que se dividían por partes iguales las herencias de sus hermanos, y pudiera probarse que ese acuerdo se había celebrado por causa de una transacción, puedes defenderte con la excepción solamente si estás en posesión (de la herencia). Pero si tu contraparte es quien la posee, debes saber que del pacto no nació ninguna acción, salvo que lo hayas celebrado con una estipulación; y no se permitirá que tu contraparte se aproveche de la transacción, a menos que esté dispuesto a cumplir lo que pactó].
- 158 BALDO, *Code 2.3. De pactis 27, Petens*. [Quien no respeta el contrato no puede reclamar con base en él].
- 159 BALDO afirmaba en *Code 2.3.21 cum proponas, n. 3*: "Ratio differentiae est quia facilius est concederé exercitum quam ipsam actionem. Unde eum in contractibus nominatis sit

atención a D. 18.4.22<sup>[160]</sup>, “Nam cum sit contractus ultro citroque obligatorius,

---

nata actio, ne sit frustra ista Nativitas, conceditur exercitum ex possibili implemento. Sed in contractibus innominatis non erat nata actio. Unde si non es tibi perfect impletum, non habet locum petitio” [La razón de la diferencia es porque es más fácil conceder el ejercicio de la misma acción. Por esto, cuando en los contratos nominados es nacida una acción, que no sea inútil, se ha concedida para corregir el incumplimiento; en los contratos innominados no ha nacido una acción, [por ello] si no se ha estado cumpliendo perfectamente el contrato, no hay lugar a la petición]. En este fragmento en particular, BALDO construye una fórmula en la que explica la simultaneidad de ejecución en los contratos nominados y el nacimiento de las obligaciones en un contrato innominado. Entonces, la parte de un contrato *ultro citroque* nominado no está en la obligación de ejecutar *in natura* la prestación para el nacimiento de la acción, bastaría su ofrecimiento o prestar una caución; en cambio, en los contratos innominados, la ejecución de las prestaciones es necesaria para el nacimiento de la acción. Por su parte, R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 56., afirma que con este razonamiento BALDO sostenía que rehusarse a ejecutar las prestaciones se configuraría como una verdadera excepción que se oponía a la acción nacida del contrato sinalagmático. Se resalta que un sector de la doctrina (R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 64, y recientemente, B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, cit., 22) también cita el comentario que realiza BALDO a D. 6. 1. 38 para explicar la consagración de la *exceptio non adimpleti contractus* en el derecho medieval. En el comentario, el propietario reivindicante, de un lado, tenía la obligación de pagar ciertos gastos al poseedor para poder recuperar la cosa, incluso pagar una caución para continuar con la demanda sin haber cumplido; de otro lado, condicionaba la condena al demandado (poseedor de la cosa) solamente en el caso que el demandante hubiera cumplido con sus prestaciones; por lo tanto, la excepción opuesta por el demandado es de carácter dilatorio, mas no perentoria; *cfr.* BALDO, *In priman digesti veteris partem commentaria*, Venetis, 1599, 293, “quarto nota quod opposita exceptione expensarum, non possunt partes iudicis absolvere reum, sed condemnare cum quadam modificatione, ut restituat fundum restitutis expensis, ita quod ista exceptio non est proprie peremptoria, sed magis dilatoria: itaque non absolveretur reus praecise, quod est contra hunc textum in fine. Idem dico in exceptione precii non soluti, vel modi non servati, quia debet ferri sententia sub eodem modo”.

- 160 D. 18.4.22 (Scaev. 2 resp.): “Hereditatis venditae pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi, cur non teneantur. [Recibió uno parte del precio de la herencia vendida; se preguntó, al no pagar el comprador el resto, ¿quedarán obligados los bienes de la herencia a título de prenda? Respondí, no hay razones para que no queden obligados (los bienes)].

eius est qui prior agit ut prior offerre debeat et ex parte sua adimplere is qui adversarium urgere vult ad implementum”<sup>161</sup>, reconociendo la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones del contrato sinalagmático y, por lo tanto, la exigencia de cumplir primero a quien deseaba reclamar su prestación<sup>162</sup>.

Cujas también se preocupó por la ejecución de los contratos sinalagmáticos, pero su escuela<sup>163</sup> consideraba que los jurisconsultos romanos desconocieron la excepción de incumplimiento como una institución de carácter general, pues los textos romanos hicieron referencia solamente al derecho del vendedor a retener la cosa cuando el comprador no le había ofrecido el precio y a una especie de excepción de dolo, por lo que se debía razonar solamente sobre tales textos<sup>164</sup>. Con base en ello, sostenía que quien accio-

161 A. FAVRE, *Rationalia ad Pandectas* 18.4. *De hered vel. ac. vend.*, 22. [Para que un contrato bilateral sea obligatorio, es deber de quien acciona primero ofrecer lo debido y de parte suya cumplir a la contraparte lo que le corresponde].

162 G. SCADUTO, “L’*exceptio non adimpleti contractus*’ nel diritto civile italiano”, cit., 80.

163 Para la época de la “pre-codificación” francesa surgió una escuela que utilizaba el método histórico y exegético, en virtud de la cual se describían las instituciones del derecho romano tal y como funcionaban en la época clásica, sin la intervención práctica de los tiempos y las construcciones artificiales que recayeron en los propios textos. Ver: F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, 1, cit., 109 y ss.

164 La excepción tiene como base D. 19.1.13.8: “Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio” y D.19.1.25: “Si ae pecunia qua de agitur, non pro ea re petitur quae veniit neque tradita est”, esta última reconstruida por CUJAS *Op. Omnia, t. III, Observationes et emendationes*, 1. XXIII, *Ch. XV*: “si non ea res petitur pro qua pretium solutum non est”. De hecho, R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, 86, afirma que CUJAS estaba muy lejos de considerar la excepción de incumplimiento como una figura de carácter general, la reducía a la *exceptio vindamie* o *exceptio rei non tradite* o una especie de excepción de dolo, la aplicaba solamente al contrato de compraventa y de manera subsidiaria. También se pone en consideración que H. DONEAU observa formas de paralización de acciones que contrarían la correcta ejecución de los contratos bilaterales; así, por ejemplo, en H. DONEAU, *Omnia opera t. V, De jure civil, l. XXII, chap VI, n. XX*: “Hunc genus tunc locum habet, cum actione ab initio alicui recte constituta est, nec quidquam secutum postea quod valeat ad actionem tollendum, sed tunc cum agitur, este aliquid quod actor ejusdem rei nomine vicissim praestare debeat, neque desideranti reo id prestat” [Cuando la acción ha estado bien propuesta y no ha sucedido nada después que paralice la acción, como cuando se trata que el actor por la misma causa deba ejecutar recíprocamente y no lo desea dar] y n. XXI: “Jam quae

naba debía ejecutar primero, debido a que la equidad se vería desfavorecida si una de las partes se beneficiaba de las ventajas del contrato sin realizar los sacrificios correspondientes<sup>165</sup>. Para evitar tal situación, las fuentes romanas permitían que el comprador pudiera rehusarse a realizar el pago con el fin de obtener la ejecución *in natura* de la obligación a cargo del vendedor, o pagar por adelantado y ejercer la acción ordinaria *ex empto* desprovista de garantías; o que el vendedor pudiera pretender la cosa o entregarla con el fin de ejercer la *actio ex venditio*<sup>166</sup>.

Así las cosas, había variedad de reglas enunciadas por papas, canonistas y juristas medievales respecto a la ejecución de obligaciones recíprocas e interdependientes nacidas de un mismo acuerdo y no existía una fórmula general que indicara la protección del vínculo sinalagmático del contrato mediante la inejecución de las prestaciones de una de las partes debido al incumplimiento de su contraparte. La protección se hacía sin una denominación en particular y la aplicación de la excepción de incumplimiento se debía a la costumbre

---

istae praestationes sint videamus. Mutua praestatio, quae denegata hanc exceptionem inducit, duplex est: nam aut praestatio est mutua alterius rei, aut rei ejusdem quae petitur. Utra harum recusetur, exceptioni locus est. Mutua praestatio alterius rei, quae hinc exceptioni lucum faciat, versatur in his fere quinque caussis. 1. In contractibus mutuis; 2. In sumptibus in rem factis; 3. In quarta falcidia rei individuae legatae nomine debita; 4. In liberatione puri debiti sub conditione legata; 5. In pecunia debita ei, cui pignus datum est” [Ahora podemos ver cuáles son las prestaciones. Una mutua prestación es doble respecto de la parte que lo entrega y de quien lo da. Induce a una excepción si una de estas prestaciones es recusada. Se configura en cinco casos: 1. en los contratos mutuos; 2. en las obligaciones hechas *in rem*; 3. en la cuarta parte de los bienes en un legado; 4. en el pago de una deuda bajo condición; 5. en dinero debido a quien le ha sido dado en prenda]. En fin, son juristas medievales que analizan una clara aplicación de la excepción de incumplimiento como una expresión de la excepción de dolo en específicos casos: quien reclama a otro su prestación sin ejecutar la propia, viola la regla de la reciprocidad que da lugar —entre otras razones— a la paralización de su acción debido a una excepción.

165 CUJAS, *Op. Omnia*, t. III, *Observationes et emendationes*, I. XXIII, Ch. XV. “Ejus esse impere contractum, qui prior agit, veluti emptoris offerre et solvere pretium si agat ex empto, 1. Julianus, § offerri. Ineptum enim esse, ut terullianum ait, libr. De poenitetia, pretium non exhibere, ad merces manum emittere” [Principios que orientan el contrato: quien acciona de primero, como cuando el comprador ofrece y paga el precio de la compra, pues como dice Juliano, sería impropio solicitar la cosa sin ofrecer el precio].

166 CUJAS, *Op. Omnia*, t. III, *Observationes et emendationes*, I. X ad tit. de a. e. c., 13 § *Offerri*, in fine.

comercial en materia de compraventa<sup>167</sup>, fuertemente influenciada por el derecho romano<sup>168</sup>.

Fue en el siglo XVI cuando se identificó y se enunció el instituto de manera precisa y con vocación de ser aplicado a cualquier tipo de contrato bilateral de ejecución simultánea. En efecto, de una parte, se afirma que la fórmula en términos *exceptio non adimpleti contractus* aparece por primera vez en 1560 gracias a una recolección de decisiones sobre la ejecución en contratos sinalagmáticos que realiza el consejero Marcus (*Decisiones aureae in sacro Delphinatus*

167 R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 75-76. El autor pone de manifiesto cómo el Parlamento de París en una sentencia dictada en 1301 aplicó rigurosamente la regla que permite al comprador rehusarse a pagar el precio prometido hasta tanto el vendedor no haya liberado el inmueble vendido de las cargas que lo gravaban o que entregara caución, sin la utilización del brocardo *exceptio non adimpleti contractus*. Para lo anterior cita *Olim*, t. 3 art. LXVII, página 109: “Cum Dyonisiys Chasnel precium domus sue, quam vendiderat Symoni d’Esperton scutifero, videlicet quadringentas libras Parisienses, quod precium propter debatum parcium, erat in manu prepositi Parisiensis peteret sibi reddi; et contra dictus Symon diceret quod, secundum convenciones inter ipsos habitas, idem venditor domun predictam que pro suis erat debitis obligata, debebat ante omnia ab obligationibus hujusmodi liberare. Tandem viso processu super hoc habito inter partes predictas coram preposito Parisiensi, et auditis convencionibus in dicto contractu habitis inter ipsos, curia ordinavit et precepit dicto preposito quod ipse precium hujusmodi dicto venditori reddat, tunc demun cum ipse venditor in manu dicti prepositi caucionem ydoneam, pignora vel fidejussorem praestatit de garantizando dicto emptori domun predictam, saltem usque ad dicti precii quantitatem” [Cuando Dyonisiys Chasnel demandaba para que le sea restituido el precio de su casa que había vendido al escudero Symoni d’Esperton por cuatrocientas libras parisinas, cuyo precio era la causa del debate, Symoni decía que, según la convención entre ellos, el vendedor de la casa, la cual estaba hipotecada, debía liberarla. Finalmente, luego de haber visto el proceso adelantado por las partes delante del funcionario de París y escuchadas las condiciones estipuladas en el contrato celebrado entre las partes, la Curia ordenó al funcionario que él mismo fije el precio al vendedor, luego el mismo vendedor entrega en la mano del funcionario una idónea caución para garantizar al comprador la casa, al menos por la cantidad del precio ordenado].

168 A pesar que R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 71, considera que la figura de la excepción de incumplimiento era desconocida por los romanos, acepta que los juristas medievales encontraron en los textos romanos herramientas para desarrollar una teoría sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, pues tuvieron fragmentos que desarrollaban dos elementos que son fundamentales: el respeto a la palabra dada y las reglas de ejecución de los contratos sinalagmáticos.



*senatu discussae et promulgatee*)<sup>169</sup>, las cuales hacían referencia a comentarios que se realizaron sobre la *exceptio pretti non soluti*, *exceptio mercis non traditae* y *exceptio doli*.

De otra parte, se sostiene que en el antiguo derecho francés y en el derecho consuetudinario de las ciudades y castellanías del Conde de Flandes existen testimonios, ya no de una aplicación particular, sino del reconocimiento amplio de la excepción de incumplimiento y en provecho del acreedor como del deudor con el fin de garantizar la correcta ejecución de las prestaciones de las partes. Así, por ejemplo, se sabe de una sentencia del Senado de Dole de 1604 que reconoce ampliamente la excepción de incumplimiento sin delimitarlo al contrato de compraventa<sup>170</sup> y de Les Coustumes et Loix des Villes et Chastellenies du Comté de Flandre, las cuales registran que en la ciudad de Oudenaarde en 1615 el comprador y el vendedor que deseaban el cumplimiento del contrato debían en primera medida cumplir con la parte del contrato que les correspondía u ofrecer el cumplimiento y luego podían requerir a su contraparte para el cumplimiento; sin embargo, el requerimiento a cumplir lo podían hacer, además, luego de expirado el término otorgado al deudor, de no existir un ofrecimiento del pago, y, en caso de existir, que este no haya sido aceptado por el acreedor<sup>171</sup>.

La jurisprudencia del antiguo derecho francés no tomó la vía de una interpretación restrictiva de los textos romanos y medievales que trataban la excepción de incumplimiento. R. Cassin reporta un conjunto de sentencias proferidas por el Senado de Chamberí en los siglos XVI y XVII, en virtud de las cuales se permite inferir que se buscaba legitimar la oposición a cumplir las prestaciones frente al incumplimiento de la contraparte y que esta pudiera ser aplicable a todos los contratos sinalagmáticos, en particular los que tenían

---

169 FR. MARCUS, *Decisiones aureae in sacro Delphinatus senatu discussae et promulgatae*, Lugduni, 1560, *quaestio* DCXCVIII: “Quod in istis contractibus ultro citroque obligatorii habet obstare exceptio non adimpleti contractus”. El dato es puesto en evidencia por R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 77, n. 5.

170 “Regular est quod quicumque agit ex contractu mutuo et correspectivo, nisi prius ex sua parte adimpleverit, a limine rejicitur”; sobre el particular: R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 76, n. 2.

171 R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 77.

como objeto obligaciones de hacer<sup>172</sup>. Asimismo, se pretendía que la excepción *non adimpleti contractus* se configurara como una verdadera defensa opuesta a las personas que accionaban prematuramente y en contradicción a las reglas que la buena fe ordena en las relaciones negociales, mediante la paralización de la satisfacción de las obligaciones del demandante.

---

172 *Ibid.*, 78, n. 4.

CAPÍTULO III

*De la consagración de la excepción  
de incumplimiento en los códigos*



SUMARIO: 3.1 La excepción de incumplimiento en el movimiento codificador europeo fue recogida como un instrumento útil para proteger el propio derecho al cumplimiento de la contraparte. 3.1.1 El Código Civil francés de 1804 consagró la excepción de incumplimiento contractual por medio de casos particulares y normas que permiten la correcta ejecución de las prestaciones de los contratos bilaterales, no obstante el rol preponderante de la resolución del contrato por incumplimiento. 3.1.1.1 La reforma del Code Civil de 2016, en consideración a su tradición jurídica, consagra expresamente la excepción de incumplimiento como un remedio contra la inejecución del contrato. 3.1.2 La codificación alemana consagra expresamente la excepción de incumplimiento por medio del § 320 del BGB como un remedio general del contrato frente al incumplimiento. 3.1.3 La excepción de incumplimiento en el derecho italiano: de la consagración implícita a la consagración expresa de una norma que recoge la *exceptio* con una función preservativa del vínculo. 3.2 En los instrumentos de armonización del derecho de los contratos se recoge la excepción de incumplimiento, pues constituye un remedio de la tradición civil que busca la tutela del vínculo contractual. 3.3 La excepción de incumplimiento en el sistema jurídico latinoamericano es recogida por sus códigos más emblemáticos, en respeto a los principios de su experiencia jurídica y con el fin de proteger el vínculo sinalagmático.

### 3.1 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL MOVIMIENTO CODIFICADOR EUROPEO FUE RECOGIDA COMO UN INSTRUMENTO ÚTIL PARA PROTEGER EL PROPIO DERECHO AL CUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPARTE

El rasgo particular en el derecho intermedio respecto a la *exceptio non adimpleti contractus* se evidencia en la manera como los juristas de la época, principalmente canonistas y comentaristas, se encargaron de aplicar la excepción de incumplimiento como un remedio en virtud del cual se permitía el respeto a la palabra dada mediante la correcta ejecución de las prestaciones emanadas de los contratos sinalagmáticos. Sin embargo, el estudio de la excepción en la época que precede al llamado movimiento codificador europeo estuvo orientado por dos tendencias dogmáticas. La primera, característica del derecho francés, le restaba importancia a los aportes que realizaron los juristas posteriores a la codificación justiniana a las obras del derecho romano, pues quería encontrar el sentido original de las obras y entender el sentido más puro de las instituciones

creadas por la jurisprudencia romana clásica<sup>173</sup>, con lo cual generó que la excepción de incumplimiento contractual no se estudiara como institución autónoma debido a su falta de nominación en las obras de derecho romano clásico<sup>174</sup>. La segunda defendía la propagación de las teorías de los posglosadores y su incorporación en las instituciones del derecho civil y era característica de territorios fuertemente influenciados por el derecho romano, como el caso de Alemania<sup>175</sup>, lo cual permitió que la excepción de incumplimiento fuera estudiada como remedio del contrato hasta el siglo XIX<sup>[176]</sup>. Estas dos tendencias determinaron el desarrollo doctrinario de la excepción de incumplimiento y, por consiguiente, su posterior consagración como un instrumento útil para proteger el sinalagma del contrato en los códigos más significativos de los siglos XIX y XX, en particular, el francés, el alemán y el italiano.

3.1.1 EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804 CONSAGRÓ  
LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR  
MEDIO DE CASOS PARTICULARES Y NORMAS QUE PERMITEN  
LA CORRECTA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES DE  
LOS CONTRATOS BILATERALES, NO OBSTANTE EL ROL  
PREPONDERANTE DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR  
INCUMPLIMIENTO

Al lado del movimiento doctrinario francés que buscaba purificar el derecho romano de las intervenciones de los juristas medievales, la jurisprudencia francesa creó para los contratantes el derecho de resolución por incumplimiento

---

173 C. A. CANNATA y A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, cit., 14 y ss.

174 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., II, también resalta que la excepción de incumplimiento cayó víctima de la operación cultural consistente en la depuración de las ‘impuridades de los glosadores’, lo cual llevó a que la figura desapareciera temporalmente de la escena. No creemos que haya desaparecido de la escena; solamente perdió autonomía en su operatividad por cuanto era aplicada como si fuera un derecho de retención y en relación con la recién creada resolución por incumplimiento contractual.

175 F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I, cit., 109 y ss.

176 R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 84 y 93.

en los contratos sinalagmáticos en el curso de los siglos XVI y XVII<sup>[177]</sup>, el cual reemplazó, en cierta medida, la utilidad de la excepción de incumplimiento contractual<sup>178</sup> y, por lo tanto, generó que no se le pudiera atribuir autonomía,

---

177 G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Toulouse, 1924, 149 y ss., enseña que la resolución por incumplimiento tenía su antecedente en el derecho romano: la *lex commissoria*. Era un pacto que se insertaba al negocio por voluntad de las partes y permitía el equilibrio económico del contrato; no se conocía como una figura de carácter general; y fue un instrumento que surgió de la práctica gracias a la obra de los magistrados. La cláusula resolutoria por incumplimiento nació como tal de los razonamientos teóricos de los juristas canónicos con base en la regla *frangenti fides fides non est servanda*—entre otras, la misma utilizada para construir la *exceptio non adimpleti contractus*—, pero fue esbozada y desarrollada por la jurisprudencia francesa al insertar una cláusula general con el fin de resolver el contrato sinalagmático cuando no se pagaba el precio y bajo autorización del juez; tal inserción se debía a que en la época era frecuente que los contratos de compraventa fueran incumplidos por la falta de pago y no se tuvieran medios para terminar el vínculo contractual. Para la época de POTHIER, la cláusula resolutoria era usualmente insertada en los contratos y los jueces la fallaban sin necesidad de haber sido pactada previamente en el contrato. *Cfr.* también: G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milán, 1942, 13-76; E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981, 31-89; C. PAULIN, *La clause résolutoire*, París, 1996, 3 y ss.; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, París, 2007, 2 y ss.

178 También tuvo gran repercusión la reinterpretación que hizo la jurisprudencia francesa respecto a los 'privilegios' que tenía el vendedor sobre la cosa objeto de compraventa. Por una parte, la jurisprudencia francesa consideró que la regla en virtud de la cual la propiedad de una cosa mueble se transfiere con la entrega y que no se hayan pactado término ni garantía, podía atemperarse mediante la inclusión de la *clause de précaire* por medio de la cual el vendedor se reserva la propiedad y la posesión civil del bien mueble, incluso luego de la entrega al comprador y de que se haya pactado término y garantía. Esto con el fin de permitirle al vendedor perseguir la cosa en el supuesto de hecho en el que el comprador no pagase el precio, es decir, ofrecerle al vendedor una garantía real de pago, un derecho de preferencia sobre el precio proveniente de la cosa. Por otra, la jurisprudencia consideraba como moralmente imposible que una persona se despojara de un elemento importante de su patrimonio, como lo era un bien inmueble, sin reservarse una garantía real; por lo tanto, se permitió que con la compraventa se realizara una hipoteca con privilegio sobre todos los bienes del comprador a favor del vendedor, todo lo cual permitió que en caso de incumplimiento del pago del precio el vendedor tuviera una garantía mayor respecto a la que le podía otorgar la excepción de incumplimiento. Ver: R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 94-107.

y fuera estudiada o consagrada —principalmente<sup>179</sup>— con la resolución por incumplimiento<sup>180</sup>.

La excepción de incumplimiento fue por mucho tiempo una manera efectiva de evitar que el acreedor pudiera lograr el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor sin haber ejecutado la que le correspondía; sin embargo, la práctica francesa tuvo deferencia por la idea de la resolución por incumplimiento de los contratos sinalagmáticos<sup>181</sup>, puesto que el interés de las partes no era siempre garantizar el mantenimiento del vínculo contractual o su correcta ejecución, sino liberarse del contrato debido al incumplimiento acaecido<sup>182</sup>.

179 Igualmente, se ha estudiado junto al derecho de retención debido a la concepción material de la retención en el antiguo derecho francés. En el derecho romano el *ius retentionis* se permitía en casos específicos; no obstante, se extendía por analogía fundamentado en la equidad y en la excepción de dolo. En el derecho consuetudinario francés el derecho de retención se concedió en muchos supuestos de hecho en los que había solo una relación material del acreedor con la cosa —la idea de tenencia o posesión de un objeto corporal—, tanto así que fue necesaria la intervención del legislador mediante sus ordenanzas para moderar el uso. No se diferenciaban las hipótesis de retención que se hacían en virtud del incumplimiento de una prestación correlativa nacida de un contrato sinalagmático. Ver: R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 112 y ss.; E. NARDI, “Profilo evolutivo della ritenzione romana”, en *Rivista di diritto civile*, 1957, I, 746; W. D'AVANZO, “Ritenzione (Diritto di)”, en *Novissimo digesto italiano*, XVI, Turín, 1957, 171.

180 Como sucede en la doctrina francesa, la cual estudia la excepción de incumplimiento dentro del artículo 1184 del Code Civil que consagra la resolución del contrato por incumplimiento: A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, 2016, 292 y ss.; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, París, 2014, 395 y ss.; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, París, 2013, 684 y ss.; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOGGEL-MUNCK, *Les obligations*, París, 2013, 439 y ss.; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, París, 2012, 643 y ss.; C. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, III, en *Droit Civil sous la direction de C. Larroumet*, París, 2003, 790 y ss.; J. GHESTIN, “L'exception d'inexécution. Rapport français”, en *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Sous la direction de M. Fontaine et G. Viney*, Bruxelles y París, 2001, 3 y ss.; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, en *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, París, 2001, 421 y ss.; F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, II, en *Leçons de droit civil sous la direction de H. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas*, Montchrestien, 1998, 1169 y ss.

181 J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, cit., 5.

182 Para la época era usual que un contrato sinalagmático no fuera ejecutado por las partes y no existiera un mecanismo para darlo por terminado. En un contrato de compraventa en el que el vendedor oponía la excepción de incumplimiento debido a la falta de pago



En efecto, la resolución era un arma más ventajosa respecto a la excepción, ya que no se debía esperar a oponer la excepción de incumplimiento cuando fuera requerido por la contraparte; tampoco se estaba obligado a ofrecer el cumplimiento de un contrato en el cual ya no se estaba interesado o en el que no era posible la ejecución de sus prestaciones debido al tipo contractual, la naturaleza del negocio y las particularidades de la relación contractual; y, en fin, se podía terminar un contrato por el hecho del incumplimiento<sup>183</sup>.

Así pues, la resolución fue admitida sin dificultad, aplicable a todos los contratos sinalagmáticos y sin referencia directa a la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>184</sup>. Fue consagrada en el artículo 1184 del Code Civil<sup>185</sup> como un

---

del precio, la excepción cumplía una función suspensiva que podía configurarse en una suspensión indefinida del contrato: las partes quedaban vinculadas eternamente en un contrato sin ejecutar, sin la libertad de celebrar otro contrato con otro sujeto. *Cfr.* J. P. LÉVY y A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, París, 2010, 727. O el supuesto de hecho en el que el vendedor conservaba la propiedad de la cosa vendida con el fin de perseguirla en caso de incumplimiento del comprador. Si reivindicaba la cosa, readquiría la posesión, pero el contrato de compraventa continuaba existente. Si el comprador pagaba el precio en cualquier momento, el vendedor se vería obligado a entregar la cosa. *Cfr.* G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 62.

183 R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., 94 y ss. Sin embargo, G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 62, sostiene, con base en un fragmento de PAOLO DI CASTRO en *Praelectiones in secundam partem Digesti veteris*, comentario a D. 19.1.14.13, "item, quaero si emptor agit et non obtulit quae erunt partes judici in sententiando? Respondeo: aut venditor opposuit exceptionem et petit se absolvi et tunc debet quia emptor male egit cum non haberet actionem cum effectu eu hic. Aut opposuit exceptionem, non tamen petit se absolvi et potest condemnari ad tradendam rem sub conditione si pretium sibi solvitur", que en el derecho romano común la *exceptio* asumió tanto una función dilatoria como resolutoria. Es decir, la parte que se opone legítimamente al cumplimiento, debido al incumplimiento de su contraparte, puede hacerlo en términos tanto de ser relevado de cumplir con la prestación como de ser liberado completamente del contrato.

184 J. P. LÉVY y A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, cit., 727.

185 Artículo 1184 del Código Civil francés: "La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances".

reconocimiento a la práctica judicial del antiguo derecho civil francés<sup>186</sup> y como un remedio contra el incumplimiento<sup>187</sup>. Sin embargo, tal preferencia no da lugar a concluir la eliminación de la excepción de incumplimiento como remedio del contrato en el Code Civil, pues sus fundamentos radican –entre otros<sup>188</sup>– en el principio de equidad y buena fe, así como en la regla de correcta ejecución de las prestaciones del contrato<sup>189</sup>, los cuales son a su vez la base de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Los precursores del Code Civil entendieron como fundamental la regla de ejecución “*trait pour trait*”, la ejecución recíproca y simultánea de las prestaciones, la cual no fue olvidada en la codificación. Domat consideraba que en todas las convenciones el vínculo de una parte era el fundamento del otro; el primer efecto de la convención era que cada uno de los contratantes podía obligar al otro a ejecutar su prestación ejecutando la que le correspondía, tal como lo hubieran pactado en la convención: sea que las prestaciones se deban ejecutar en el mismo tiempo como en la compraventa donde el precio se paga con la entrega de la cosa o que la ejecución de una prestación precede a la otra<sup>190</sup>. Por su parte, Pothier al referirse al contrato de compraventa<sup>191</sup> expresaba que el comprador no podía intentar la acción *ex empto* contra el vendedor si no ofrecía al menos el precio pactado; es decir, el comprador debía ofrecer todo el pago del precio; en caso contrario, el vendedor tenía el

---

186 G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, cit., 210.

187 En efecto, DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel, première partie. Des engagements*, París, 1967, trata la resolución por incumplimiento como una pena al vendedor que no entrega la cosa (libro 1, título 1, sección XII, § 11) y POTHIER, *Traité du contrat de vente*, 1, París y Orléans, 1772, n. 69, afirma que permite impedir el daño a causa del incumplimiento.

188 Como son, por ejemplo, el derecho de propiedad privada y la regla de la autonomía de la voluntad; sobre el particular: A.-J. ARNOUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, en *Bibliothèque de philosophie du droit*, sous la direction de C. H. EISENMANN, N. BATIFFOL y M. VILLEY, IX, París, 1969, 171 y ss.

189 D. COHEN, “La bonne foi contractuelle: éclipse et renaissance”, en 1804-2004: *Le Code Civil, un passé, un présent, un avenir*, París, 2004, 517 y ss.

190 DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., libro 1, título 1, sección III, § 2.

191 Que además lo define como un contrato sinalagmático y conmutativo. La primera característica en cuanto contiene prestaciones recíprocas a cargo de cada uno de los contratantes; la segunda como la intención de cada contratante de recibir el equivalente a lo que entrega. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, cit., n. 2.

derecho de retener, como si fuera una prenda, con el fin de asegurar el pago del precio debido por el comprador<sup>192</sup>. Además, examinó los casos en los que el comprador obtenía una sentencia condenatoria del vendedor de entregar la cosa sin que aquel debiera pagar el precio. Sostuvo que el vendedor podía oponerse a la sentencia afirmando que no había recibido el precio<sup>193</sup>; sin embargo, en la condena al vendedor de entregar la cosa debía sobrentenderse la obligación del comprador de pagar el precio, pues corresponde a la justicia del contrato que así se haga<sup>194</sup>.

La excepción de incumplimiento era entendida como un medio de defensa privada que se fundamentaba en la buena fe y que era muy cercana a la equidad, si no coincidente con ella, pues para los juristas de la época la equidad y la buena fe tenían la tarea de garantizar la reciprocidad, lo cual se traducían en la simultaneidad en la ejecución de las prestaciones<sup>195</sup>.

Estas construcciones, tradicionalmente conocidas desde el derecho romano, se ven reflejadas en las normas del Code Civil<sup>196</sup>. De los artículos más conocidos, el artículo 1134 dispone que todas las convenciones deben ser

---

192 POTHIER, *Traité du contrat de vente*, cit., n. 63 y 67. También en el campo del *negotiorum gestor*, *id.*, “*Traité du contrat de mandat*”, en *Les traités du droit français*, III, 1831, Bruselas, 175, n. 226, explica por qué no se le otorga una acción a quien ha realizado la agencia oficiosa, pero sin presentar una cuenta detallada de su gestión y sin los respectivos soportes. La razón es que en los contratos y cuasicontratos que son sinalagmáticos una de las partes no tiene el derecho de demandar a la otra para que cumpla, si ella no cumple lo que le corresponde.

193 Esta afirmación la realiza con base en el parecer de FABIAN DE MONTE sostenida en el *Traité de empt. Vend qui st dans la grande collection*, tom. 6, p. 1, 61, quien se ajusta a los conceptos de los *Docteurs*. Cfr. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, cit., n. 66.

194 Esta última sería la que toma POTHIER como la más acertada, pues las excepciones no deberían oponerse después de la sentencia condenatoria, ya que luego de ella solo correspondería su ejecución. Entonces, la situación en virtud de la cual una parte fue condenada a pagar cierta suma de dinero y luego opone la compensación de aquello que le debían, es a lo que hace referencia este tipo de excepción. El vendedor no ataca la sentencia que lo ha condenado a entregar la cosa, sino que corresponde a la justicia que el comprador deba satisfacer su parte de su obligación, es decir, el precio. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, cit., n. 66.

195 Sobre esta conclusión, ver A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 14.

196 En términos de J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, cit., 6, las aplicaciones de la excepción de incumplimiento contenidas en el Code de 1804 son numerosas, pero las fórmulas están en términos poco explícitos.

ejecutadas de buena fe<sup>197</sup>, lo cual permite la protección del vínculo contractual y del correcto funcionamiento de la relación negocial mediante la reciprocidad de las obligaciones y la interdependencia de las prestaciones pactadas; o las normas que consagran expresamente la excepción en casos particulares, como el artículo 1612, que establece que el vendedor no está obligado a entregar la cosa si el comprador no ha pagado el precio<sup>198</sup>, y el artículo 1653, que le permite al comprador suspender la obligación de pago cuando se viera perturbado en el goce y disfrute de la cosa adquirida<sup>199</sup>. Por último, y con particular atención, el artículo 1184 que consagra la resolución por incumplimiento contractual, sin mencionar expresamente la excepción. Si bien contempla un remedio cuyos efectos respecto al vínculo contractual contrastan con los perseguidos por la figura dilatoria, en cuanto la resolución disuelve el vínculo contractual y la excepción por el contrario suspende la ejecución de las prestaciones<sup>200</sup>, se podría deducir por vía interpretativa la existencia de dicha excepción: la finalidad última del 1184 y la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>201</sup> es propender al correcto funcionamiento del contrato y el equilibrio de la relación

---

197 Artículo 1134 del Código Civil francés: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

198 Artículo 1612 del Código Civil francés: “Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en payé pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement”.

199 Artículo 1653 del Código Civil francés: “Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera”.

200 C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 60, quien pone de relieve los tres problemas que surgen cuando se deduce la excepción de incumplimiento del 1184: un problema histórico por cuanto el Código Civil francés escogió consagrar la resolución expresamente, debido a su preferencia frente a la excepción de incumplimiento; un problema de carácter textual al no estar mencionada la *exceptio* expresamente en el código civil; y por último un problema de orden teórico, pues la excepción y la resolución no comparten la misma finalidad.

201 Siguiendo las palabras de R. SALLEILLES “Je serais de ceux peut-être qui eussent volontiers retourné les termes: Au-delà du Code Civil, mais par le Code Civil! Je reconnais que ce serait manquer un peu de hardiesse et vouloir conserver une part de fiction. Aussi je n'insiste pas, trop heureux de me laisser convaincre, pourvu que cela puisse

contractual<sup>202</sup>; por lo tanto, si a quien cumple se le da la facultad de solicitar y obtener la resolución del contrato, asimismo la restitución de lo entregado, cuando la contraparte es incumplida, con mayor motivo se debe admitir, a quien le es solicitado cumplir, subordinar su cumplimiento a la ejecución de las prestaciones de quien lo ha llamado a juicio<sup>203</sup>.

En este sentido, la operatividad de la *exceptio non adimpleti contractus* era reconocida en el derecho francés, y eso lo demuestran las normas del Code Civil de 1804 que consagran el fundamento de la excepción y otras que prevén instrumentos generales de tutela del contratante, sea a favor del comprador o sea del vendedor<sup>204</sup>. La falta de consagración expresa de la *exceptio* no hace inferir su desconocimiento; basta observar su operatividad como remedio del contrato en casos particulares para afirmar su valor dentro del ordenamiento<sup>205</sup>. En efecto, su régimen jurídico ha sido develado posteriormente por la doctrina y la jurisprudencia francesa en cuanto han erigido a la excepción de incumplimiento como un remedio autónomo y general del contrato que protege la estructura sinalagmática de la relación contractual<sup>206</sup>; la han

convaincre: ce à quoi nous tenons le plus c'est à l'«Au-delà» en el prólogo de F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, 1919.

202 C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 63.

203 G. BAUDRY LACANTINERIE y L. BARDE, *Trattato teorico pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, II, trad. it. P. BONFANTE, G. PACHIONI y A. SRAFFA, Milán, 1915, 148, quienes llegan a esta conclusión al afirmar que la *exceptio* es tanto legítima cuanto lo es la acción de resolución, con base en la sentencia de POTHIER que sostenía que en todos los contratos sinalagmáticos una de las partes no tiene derecho a demandar a la otra el cumplimiento si no se encuentra lista a cumplir lo que le corresponde.

204 De hecho, los primeros trabajos doctrinarios aplicaban la excepción por incumplimiento consagrada para la compraventa a otros tipos contractuales por vía analógica; ver: R. SALEILLES, “Les théories allemandes. Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception non adimpleti contractus”, I, en *Annales de droit comercial*, París, 1892, 290, *ivi*, II, 1893, 100.

205 Se resalta que A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 12 y 14, sostiene que la falta de una disposición expresa no niega la existencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, sino que genera una variedad de fundamentos propuestos por la doctrina: la buena fe, la equidad, la causa sinalagmática, el remedio resolutorio del cual se deduce implícitamente la excepción o el conjunto combinado de todos estos fundamentos.

206 De hecho, fue con base en los trabajos de R. SALEILLES, “Les théories allemandes. Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception non adimpleti contractus”, I,

definido como un medio de defensa –fundamentado, o en la buena fe<sup>207</sup>, o en la noción de causa<sup>208</sup>, o en el brocardo *frangenti fidem fides non est servanda*<sup>209</sup>, o en la voluntad de las partes<sup>210</sup>– ofrecido a quien está obligado en virtud de una relación sinalagmática, sin que deba cumplir de primero, y que consiste en rehusarse a ejecutar su prestación hasta el cumplimiento de la prestación que le incumbe a la otra parte<sup>211</sup>.

### 3.1.1.1 LA REFORMA DEL CODE CIVIL DE 2016, EN CONSIDERACIÓN A SU TRADICIÓN JURÍDICA, CONSAGRA EXPRESAMENTE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO UN REMEDIO CONTRA LA INEJECUCIÓN DEL CONTRATO

Por medio de la *ordonnance* del 10 de febrero de 2016 se reformó el derecho de contratos, y el régimen general y de la prueba de las obligaciones del Code Civil<sup>212</sup>. La reforma toca el Título III del Libro III del Code Civil, el cual, salvo

---

cit., 287 y ss.; *ivi*, II, cit., 97 y ss. y R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., I y ss.

207 Entre otros, R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 440.

208 En particular, lo propone H. CAPITANT, “De la causa des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)”, en *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, 52 y ss.

209 C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 61 y ss.; 133.

210 Por ejemplo, F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, II, cit., 1170.

211 Sobre la excepción de incumplimiento en el derecho francés, se remite principalmente a A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., 275 y ss.; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET y M. MEKKI, *Droit des obligations*, cit., 395 y ss.; F. TERRÉ, P. SIMLER y Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, cit., 684 y ss.; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, cit., 643 y ss.; C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, París, 2008, 84 y ss.; C. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, III, cit., 790 y ss.; J. GHESTIN, *L'exception d'inexécution. Rapport français*, cit., 3 y ss.; J. GHESTIN, C. JAMIN y M. BILLIAU, “Les effets du contrat”, cit., 421 y ss.; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 140 y ss.; F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, II, cit., 1169 y ss.; J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, cit., 183 y ss.; R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 422.

212 La reforma es introducida por la *ordonnance* 2016-131 del 10 de febrero 2016 y publicada en el *Journal Officiel de la République Française* el 11 de febrero de 2016. Se realiza con base en el artículo 8 de la ley 2015-177 del 16 de febrero de 2015, el cual habilita al Poder Ejecutivo a “modernizar, simplificar, mejorar la legibilidad, reforzar el derecho de los contratos, el régimen de las obligaciones y el derecho probatorio, y garantizar la seguri-

raras excepciones<sup>213</sup>, ha permanecido intacto desde 1804<sup>[214]</sup>. Inserta en el Código Civil ciertas reglas creadas por la Cour de Cassation, que hacían ya parte del patrimonio contractual francés, así como reglas que respondían a las vicisitudes del derecho contractual contemporáneo en consideración a los fenómenos de mundialización, de globalización y de armonización europea del derecho de los contratos<sup>215</sup>.

---

dad jurídica y eficacia de la norma”; *cfr.* Ministère de la Justice, “Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”. Tal como lo dispone el artículo 9 de la *ordonnance*, la reforma entra a regir el 1.º de octubre de 2016; sin embargo, sus disposiciones serán aplicadas a los contratos celebrados o renovados después de dicha fecha; por lo tanto, a los contratos celebrados con anterioridad les serán aplicadas las normas con base en las cuales se celebraron.

213 Por ejemplo, el artículo 1152 y los textos sobre el contrato electrónico.

214 D. MAZEAUD, “Présentation de la réforme du droit des contrats”, *Gazette du Palais*, 23 février 2016, n.º 8, 15 y ss. G. CHANTEPIE y M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, París, 2016, *passim*. Sobre el proyecto de reforma se remite a AA.VV., *Revue des contrats*, septiembre 2015, 615 y ss.; G. ALPA, “Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti”, *Rivista critica del diritto privato*, n.º 2, 2015, 177 y ss. Antes de esta reforma existieron varios proyectos de modificación del *Code civil*: (i) el *projet Catala*; ver: P. CATALA (coord.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, la documentation français*, París, 2006, y las observaciones de G. ROUHETTE, “Regards sur l’avant-projet de réforme du droit des obligations”, *Revue des contrats*, 2007, 1370 y ss.; (ii) el *projet Terré*; ver: P. TERRE (coord.), *Pour une réforme du droit des contrats*, París, 2008, y los comentarios de D. MAZEAUD, “Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats”, *Dalloz*, 2009, 1364 y ss.; (iii) el *avant-projet* de la *Chancellerie* del 2008; ver: AA. VV., *Project de réforme du droit des contrats*, Ministère de la Justice, 2009. Además, D. MAZEAUD, “La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence”, en *Liber amicorum Christian Larroumet*, París, 2009, 256 y ss.

215 D. MAZEAUD, “Présentation de la réforme du droit des contrats”, *cit.*, 16. Esta reforma se realiza con la finalidad de (i) afirmar los principios generales del derecho de los contratos, tales como la buena fe y la libertad contractual; enumerar y definir las principales categorías contractuales; precisar las reglas que regulan el proceso de celebración del contrato, incluso las que se realizan por vía electrónica, con el fin de aclarar las disposiciones aplicables en materia de negociación, oferta y aceptación del contrato, principalmente tratándose de la fecha y del lugar de formación, y también aspectos sobre la promesa del contrato y el pacto de preferencia. (ii) Simplificar las reglas aplicables a las condiciones de validez del contrato, en particular las relacionadas con el consentimiento, la capacidad, la representación y el contenido del contrato, la consagración particular del deber de información, la noción de cláusulas abusivas y normas que permitan sancionar el comportamiento de la parte que abuse de la situación de debilidad de la otra.

De esta reforma que modifica tanto el Code Civil en su estructura<sup>216</sup> como el derecho positivo francés<sup>217</sup> llama la atención el tratamiento de los remedios

---

(iii) Afirmar el principio del consensualismo y presentar sus excepciones, indicando las principales reglas aplicables a la forma del contrato. (iv) Aclarar las normas relacionadas con la nulidad y la caducidad, que sancionan los requisitos de validez y de forma del contrato. (v) Aclarar las disposiciones que tratan sobre la interpretación del contrato, con particular atención a los contratos de adhesión. (vi) Precisar las reglas que se refieren a los efectos del contrato entre las partes y los terceros, consagrando además la posibilidad para ellas de adaptar su contrato en el caso que cambien imprevisiblemente las circunstancias de la relación contractual. (vii) Aclarar las normas sobre la duración de los contratos. (viii) Reagrupar las reglas aplicables al incumplimiento contractual e introducir la resolución unilateral por notificación. (ix) Modernizar las reglas aplicables a la agencia oficiosa y al pago de lo no debido y consagrar la noción del enriquecimiento sin causa. (x) Introducir un régimen general de las obligaciones, aclarar y modernizar sus reglas, precisar en particular las diferentes modalidades de la obligación y adaptar las normas sobre el pago y los otros modos de extinguir las obligaciones. (xi) Reagrupar en su conjunto las operaciones destinadas a modificar la relación obligatoria; consagrar, dentro de las principales acciones otorgadas al acreedor, las acciones directas del pago previstas por la ley; además, modernizar las normas de la cesión del crédito, la novación y la delegación. Consagrar la cesión del débito y la cesión del contrato. Precisar las normas aplicables a las restituciones. (xii) Clarificar y simplificar las reglas sobre el régimen probatorio: la carga de la prueba, las pruebas de oficio, las presunciones legales, la admisibilidad de la prueba. Ver: Ministère de la Justice, “Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”.

- 216 Incluye disposiciones nuevas que consagran institutos que hacían parte del ordenamiento jurídico francés y reubica algunas ya existentes. Se menciona, a manera de ejemplo, la inserción de disposiciones que contienen los principios orientadores del código, en su orden: la libertad contractual (art. 1102), la fuerza obligatoria del contrato (art. 1103) y la buena fe (1104); también la agrupación de todas las normas sobre la representación dentro del título III del libro III (arts. 1153-1161). Asimismo, figuras ya reconocidas por la jurisprudencia, pero sin texto normativo expreso en el código, como la teoría de la imprevisión (art. 1195), el enriquecimiento sin causa (art. 1303) y la fuerza mayor (art. 1218). Y, por último, la palabra “causa” del contrato no aparece en la reforma; pero tal omisión no lleva a concluir su desaparición del derecho positivo francés. Ver: D. MAZEAUD, “Présentation de la réforme du droit des contrats”, cit., 18.
- 217 Son varios los cambios en el derecho positivo francés. Solo por mencionar, respecto a la formación del contrato, la Corte de Casación francesa entendía que la muerte del oferente durante el plazo otorgado para la aceptación de la oferta no generaba su caducidad. La *ordonnance* fractura tal regla y dispone que la muerte del oferente sí lo hace (art. 1117). También, respecto a la validez del contrato, se consagra una excepción nueva al principio del consensualismo: la cesión del contrato está supeditada a realizarse por medio de un



frente al incumplimiento contractual<sup>218</sup>. Se consideraba que el régimen de los remedios frente al incumplimiento en el Code Civil era carente y difuso<sup>219</sup>: la ejecución *in natura* era tratada con las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar; la resolución por incumplimiento estaba consagrada en la sección correspondiente a las obligaciones condicionales; y la excepción de incumplimiento, sin texto normativo expreso, tenía como base normas que consagraban casos particulares de dicha excepción o el artículo 1184 que preveía la resolución por incumplimiento contractual. Por ello, en la reforma se reagruparon el conjunto de normas relativas a los remedios para el incumplimiento en una misma sección del Code, dividida en cinco subsecciones, que corresponden cada una a un remedio del contrato<sup>220</sup>.

En efecto, el artículo 1217 enumera las ‘*sanctions*’<sup>221</sup> a las que puede hacer uso la parte que se vea afectada frente a una obligación no ejecutada o imper-

---

acto instrumental so pena de nulidad (art. 1216). Del mismo modo, la desaparición de algunas reglas de interpretación del contrato y aparición de reglas nuevas (art. 1188 - art. 1192), como la aplicada en los casos en los cuales existe una pluralidad de contratos con una operación económica única; esta última sería el elemento a tener en cuenta para la interpretación de cada contrato (art. 1189). Ver: D. MAZEAUD, “Présentation de la réforme du droit des contrats”, cit., 18.

- 218 Sobre el particular: Y.-M. LAITHIER, “Les sanction de l’inexécution du contrat”, *Revue des contrats*, 2016, 39 y ss.; M. MEKKI, “Les remèdes à l’inexécution dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation”, *Gazette du Palais*, 30 de abril de 2015, n.º 120, 37 y ss.; C. PIZARRO WILSON, “Les remèdes à l’inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France: regard d’un juriste chilien”, *Revue des contrats*, n.º 3, 2015, 706 y ss.; P. STOFFEL-MUNCK, “Exécution et inexécution. La réforme du droit français en droit positif”, *Revue des contrats*, n.º 1, 2009, 321 y ss.
- 219 Y.-M. LAITHIER, “Les sanction de l’inexécution du contrat”, cit., 39.
- 220 M. MEKKI, “Les remèdes à l’inexécution dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des obligations”, cit., 38.
- 221 Es de notar que el proyecto de reforma del Código Civil francés tenía la expresión ‘*remède*’ y al final la *ordonnance* se decidió por utilizar ‘*sanction*’. Sin embargo, el *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016*, en particular de la sección 5 del capítulo IV que trata el incumplimiento el contrato, identifica los mecanismos contra el incumplimiento como *sanction* y *remède* indistintamente. De esta forma, se puede inferir que los mecanismos de tutela del contrato se evidencian tanto en su función histórica en el ordenamiento jurídico consistente en dar orden y acomodar las relaciones sociales, sancionando los comportamientos que lesionan un derecho, como también mediante instrumentos que dan respuesta en positivo

fectamente ejecutada. Se le da la opción de elegir el remedio que considera adecuado en la protección de sus intereses, para lo cual puede (i) rehusarse a ejecutar o suspender la ejecución de su propia obligación, (ii) perseguir la ejecución forzada *in natura* de la obligación, (iii) solicitar la reducción del precio, (iv) provocar la resolución del contrato y (v) demandar la reparación por las consecuencias del incumplimiento; teniendo en cuenta que todas estas pueden ser acumuladas con tal que no sean incompatibles<sup>222</sup> y que la reparación de daños e intereses puede ser alegada siempre, junto con los otros remedios<sup>223</sup>. Luego de esta norma, se desarrolla cada remedio en los artículos sucesivos<sup>224</sup>.

---

cuando se ha violado el vínculo, corregir o reparar una relación negocial que no funciona correctamente. Ver: J. CARTWRIGHT, “Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats”, *Revue des contrats*, 2015, 691 y ss., en particular 699; A. DI MAJO, “Rimedi e dintorni”, *Europa e diritto privato*, 2015, 703 y ss.; G. SMORTO, “Sul significato di ‘rimedi’”, *Europa e diritto privato*, 2014, 159 y ss.; D. MESSINETTI, “La sistematica rimediale”, en *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Nápoles, 2012, 103 y ss.; A. DI MAJO, “Il linguaggio dei rimedi”, *Europa e diritto privato*, 2005, 341 y ss.

222 La compatibilidad de las *sanctions* depende del momento en el cual estas son aplicadas. Por ejemplo, la resolución es incompatible con la excepción de incumplimiento, la reducción del precio o la ejecución forzada *in natura*. Un contrato no puede al mismo tiempo preservarse y eliminarse. Por el contrario, la resolución puede proseguir a otro remedio conservativo en caso que este último no haya producido sus efectos y el incumplimiento persista; *cfr.* Y.-M. LAITHIER, “Les sanction de l’inexécution du contrat”, *cit.*, 40.

223 Nuevo artículo 1217 *Code civil*: “La partie envers laquelle l’engagement n’a pas été exécuté, ou l’a été imparfaitement, peut: -refuser d’exécuter ou suspendre l’exécution de sa propre obligation; -poursuivre l’exécution forcée en nature de l’obligation; -soliciter une réduction du prix; -provoquer la résolution du contrat; -demander réparation des conséquences de l’inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s’y ajouter”. Tal como está en el *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016*, el orden de enumeración no tiene ningún valor jerárquico, la idea de reagruparlos es aclarar las reglas y permitir una aprehensión global, mas no establecer un orden o graduación de remedios contractuales.

Se nota además que los remedios contra el incumplimiento están inspirados en parte de los Principios de Unidroit y del Draft Common Frame of Reference, sin dejar a un lado la jurisprudencia y la doctrina francesa. Ver la *Genèse de la réforme* en el *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016*.

224 Así, por ejemplo, la excepción de incumplimiento contractual se encuentra en el artículo 1219; la excepción de incumplimiento previsible, en el artículo 1220; la ejecución forzada *in natura*, en los artículos 1221 y 1222; la reducción del precio se consagra en el

En particular, la reforma consagra expresamente la excepción de incumplimiento en el artículo 1219 permitiéndole a una parte rehusarse a ejecutar su prestación, siendo exigible, si la contraparte no ha ejecutado la suya, siempre que tal inexecución sea suficientemente grave<sup>225</sup>. La disposición legal en el código era ausente, pero la aceptación de la *exceptio non adimpleti contractus* dentro del ordenamiento era indiscutible tanto por la doctrina como por la jurisprudencia<sup>226</sup>. La reforma quiso consagrarla expresamente y fijar una condición para ser alegada: la gravedad del incumplimiento, la cual es la misma condición que se consagró como presupuesto de la resolución por incumplimiento<sup>227</sup>. Según los fundamentos de la *ordonnance*, la preocupación del legislador es garantizar que la excepción no sea usada como un medio de presión desproporcional, esto es, abusivo, y para ello consideró que cualificar como ‘grave’ el tipo de incumplimiento que da lugar al ejercicio de la excepción sería la solución adecuada, sin preocuparse de que es el mismo requisito exigido para la operatividad de un remedio diametralmente opuesto respecto a los efectos de la relación contractual, como lo es la resolución por incumplimiento. No dio relevancia a la función de la excepción en cuanto protectora del equilibrio y reciprocidad del vínculo contractual, la cual no siempre se

---

artículo 1223; la resolución por incumplimiento se prevé en los artículos 1224 al 1230 y, finalmente, la reparación de perjuicios resultantes del incumplimiento contractual se establece en el artículo 1231 (1-7).

- 225 Nuevo artículo 1219 *Code civil*: “Une partie peut refuser d’exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l’autre n’exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave”.
- 226 M. MEKKI, “Les remèdes à l’inexécution dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des obligations”, cit., 38.
- 227 En efecto, existen numerosas sentencias de la *Cour de Cassation* y la posición de la doctrina mayoritaria que aceptan y exigen una *inexécution suffisamment grave* o de una *certaine gravité*, para dar lugar a la excepción. Por ejemplo, en jurisprudencia *Cour de Cassation*, Ch. Civ. 1.<sup>a</sup>, 19 octubre 1999, en *Revue de Jurisprudence de Droit des affaires*, 1999, n. 1290; Ch. Civ. 3.<sup>a</sup>, 15 décembre 1993, *Recueil Dalloz*, 1994, 462; Ch. Com., 16 juillet 1980, en *Bull. Civ.*, IV, n. 297; en doctrina, basta citar a A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., 276; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET y M. MEKKI, *Droit des obligations*, cit., 397; C. LARROUMET, *Les obligations*, cit., 791; J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 43. Por el contrario, mantiene sus reservas sobre el requisito del *degré de gravité* y propone tener en cuenta un criterio de *fonctionnement* de la excepción: C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 280 y ss. Afirman la proporcionalidad del ataque: F. TERRÉ, P. SIMLER y Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, cit., 690.

evidencia mediante el presupuesto de la gravedad del incumplimiento de la contraparte, como sí lo hace el principio de la buena fe como límite al ejercicio de la excepción<sup>228</sup>.

### 3.1.2 LA CODIFICACIÓN ALEMANA CONSAGRA EXPRESAMENTE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR MEDIO DEL § 320 DEL BGB COMO UN REMEDIO GENERAL DEL CONTRATO FRENTE AL INCUMPLIMIENTO

Debido a la fuerte influencia del derecho romano en el ordenamiento jurídico alemán<sup>229</sup>, la *exceptio non adimpleti contractus* tuvo mayor protagonismo en la doctrina y en la jurisprudencia alemana<sup>230</sup>. La *exceptio*, conocida por los romanos y generalizada por los comentaristas, permaneció en las entrañas del *ius commune* hasta la época de la Pandectística alemana<sup>231</sup> y luego fue incorporada en el BGB<sup>232</sup>.

En la Alemania anterior a la codificación, las construcciones jurídicas se hacían con base en las fuentes romanas y no sobre un código, puesto que la idea predominante en la época consistía en que no era necesaria una codificación atada a la intervención del poder político legislativo, sino una ciencia jurídica que fuese capaz de exponer un sistema del derecho vigente, sin necesidad de suprimir las diferencias de cada pueblo, respetándolas y dando cuenta de cada una de ellas<sup>233</sup>. A los tratadistas alemanes le quedó la responsabilidad

228 En cuanto a nuestra crítica sobre la inconveniencia de limitar el ejercicio de la excepción al único supuesto de la gravedad del incumplimiento, entendido este último como el mismo incumplimiento que da lugar a la resolución, ver *infra*, Parte III, Cap. III.

229 R. ZIMMERMANN, *Derecho romano, Derecho contemporáneo, Derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, cit., 26 y ss.

230 R. SALEILLES, “Les théories allemandes. Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception non adimpleti contractus”, I, cit., 288 y ss.; *ivi*, II, cit., 114 y ss.

231 Cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIX, cit., 20 y ss.; A. DERNBURG, *Diritto delle Obligazioni*, v. II, cit., 75 y ss.; D. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, v. II, I, cit., 244, n. 2.

232 R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, París, 1925, 189; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., 801, n. 133.

233 O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, París, 2005, 114 y ss.; M. G. MORELLI, “Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*,

de sistematizar las instituciones y las costumbres jurídicas, así como construir categorías jurídicas generales que comprendieran los fenómenos del derecho vigente<sup>234</sup>.

En efecto, la excepción de incumplimiento fue entendida por la Pandectística como una figura propia de los contratos bilaterales. De modo ilustrativo, Glück la trata dentro del libro en el cual se estudian las acciones de compra y venta —*de actionibus emti et venditi*—<sup>235</sup>; la define no como una verdadera excepción, sino como una negación directa de la pretensión del actor promovida por medio de la acción de un contrato bilateral; y que tiene como fin excluir la reclamación del demandante debido a la insatisfacción de las prestaciones a las que se había obligado respecto al demandado<sup>236</sup>. Dernburg, por su parte, la trata en el capítulo sobre los diferentes tipos de negocios obligatorios, en particular en los negocios sinalagmáticos<sup>237</sup>; afirma que el derecho romano elaboró un principio en virtud del cual quien reclama el cumplimiento del contrato sinalagmático y no cumple con la prestación a su cargo derivada del mismo contrato es rechazado, con base en equidad, por medio de la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>238</sup>. Por último, Windscheid estudia también la excepción

n.º 28, Rosario y Santa Fe, 2005, 69 y ss. Contrariamente a esta tesis de la Escuela histórica, cuyo exponente por antonomasia fue SAVIGNY, se encuentran plasmadas las ideas de THIBAUT, quien sostenía la necesidad de codificar el derecho en Alemania para lograr la unificación política y normativa, tal como se había llevado a cabo en Francia. *Cfr.* I. BELTRÁN, “La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 8, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, 17 y ss.

234 O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, cit., 165 y ss.

235 F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIX, I, cit., § 1043, 20 y ss.

236 F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIX, I, cit., 23. Además afirma, en el tema procesal, por un lado, que la *exceptio non adimpleti contractus* o también llamada *exceptio impementi non secuti* deja la carga de la prueba del cumplimiento al actor; es decir, el demandante debe asumir la prueba de haber cumplido el contrato de su parte; por otro lado, que la *exceptio* puede ser admitida en cualquier momento del proceso e invocada por el juez aunque no haya sido opuesta por el demandado (p. 24); niega, por último, la diferenciación conceptual entre la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, también conocida como *exceptio non debito modo adimpleti contractus*, pues en su parecer no hay diferencia entre un contrato que no fue ejecutado correctamente y uno que no fue ejecutado, tal como lo demuestran las fuentes romanas (p. 30).

237 A. DERNBURG, *Diritto delle Obligazioni*, v. II, cit., § 21, 75 y ss.

238 A. DERNBURG, *Diritto delle Obligazioni*, v. II, cit., 80-81. También resalta dos características de la *exceptio*: (i) la carga de la prueba del incumplimiento corresponde al actor,

de incumplimiento en el párrafo sobre los contratos bilaterales (*zweiseitige*) o recíprocos (*gegenseitige*)<sup>239</sup>; la define como una verdadera excepción, la cual evita que ningún contratante exija el cumplimiento de la obligación de la contraparte sin haber cumplido la que le corresponde, u ofrecer el cumplimiento, a menos que de manera expresa o tácita se haya establecido el orden en que deben ejecutarse las respectivas prestaciones<sup>240</sup>.

Luego el Código Civil alemán –*Bürgerliches Gesetzbuch*– entra a regir el 1.º de enero de 1900, como fruto de veinticinco años de esfuerzos de preparación, y representa el punto final de la doctrina pandectística<sup>241</sup>. Fue el primer código europeo que en términos modernos tuvo el mérito de consagrar expresamente la excepción de incumplimiento<sup>242</sup> como un remedio general del contrato sinalagmático frente al incumplimiento<sup>243</sup>, en su párrafo

sea que el vendedor no cumplió primero según los términos del contrato, sea que el comprador cumplió antes de reclamar su prestación; (ii) la excepción de incumplimiento contractual es de carácter dilatorio. Por último, afirma que la *exceptio non rite adimpleti contractus* es una subespecie de la *exceptio non adimpleti contractus*, la cual tiene un régimen probatorio distinto en cuanto la parte que excepciona debe probar los defectos de la ejecución de la prestación de su contraparte, los hechos en los que su excepción se fundamenta.

239 D. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, v. II, I, cit., § 321, 244 y ss.

240 D. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, v. II, I, cit., 244. Además, con relación a la excepción de incumplimiento reporta, por una parte, su parecer respecto a la carga probatoria del incumplimiento, en que afirma que la carga de la prueba aunque haya excepción recae en el actor, salvo en el caso de incumplimiento inexacto; por otra, da noticia de la controversia existente sobre el alcance de la *exceptio* en la Pandectística: un sector que sostiene que la excepción de incumplimiento es una negación directa de la acción, es decir, una afirmación que la pretensión del actor es *per se* infundada; y el otro, de la opinión que la excepción constituye una verdadera excepción en virtud de la cual le es aplicable el principio *reus in encipiendo fit actor*, por lo que le correspondería a quien excepciona suministrar la prueba del incumplimiento (ver n. 2). Esta discusión es también referida en las anotaciones realizadas por U. GREGO a las *Pandectas de GLÜCK*; ver sobre el particular: F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIX, I, cit., 23, n. b.

241 Sobre el particular, *cfr.* F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I, cit., 50 y ss.

242 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 12.

243 Un sector minoritario de la doctrina alemana afirmaba la existencia de la *exceptio non rite adimpleti contractus* como una categoría diferente a la ya conocida *exceptio non adimpleti contractus*. En el proyecto de codificación –apoyado en la doctrina dominante– se aceptó solo un tipo de excepción, el cual podía alegarse en los casos de incumplimiento total o

320<sup>[244]</sup>. En efecto, expresa que quien esté obligado en virtud de un contrato bilateral puede negarse a realizar la prestación que le corresponde hasta tanto la contraprestación no haya sido realizada, a menos que esté obligado a realizarla primero<sup>245</sup>. Ahora, la importancia de la consagración expresa de la *exceptio* en los términos planteados por el parágrafo 320 BGB es que visualiza que la estructura misma del contrato sinalagmático implica reciprocidad e interdependencia de las prestaciones, lo cual lleva a que cada parte asuma su prestación en consideración de la prestación contraria, de modo tal que, si se ejecuta la propia, se puede obtener la de la contraparte –en términos del derecho alemán, ejecución de las prestaciones: *Zug em Zug*<sup>246</sup>–; es decir, la exigibilidad de las prestaciones estaría limitada o subordinada a la ejecución, o al ofrecimiento, de la propia prestación de quien solicita el cumplimiento<sup>247</sup>. Sin olvidar que esta subordinación se debe a que las prestaciones están funcionalmente conectadas en consideración a los intereses de las partes y a las demás particularidades de la relación contractual. Por ello, la facultad otorgada al demandado es inherente a la naturaleza misma de los contratos sinalagmáticos, pues es necesario garantizar la interdependencia y la reciprocidad de las prestaciones en aras de permitir el correcto funcionamiento de la relación contractual tal como las partes lo acordaron<sup>248</sup>.

---

parcial. R. SALEILLES, “Les théories allemandes. Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception non adimpleti contractus”, II, cit., 115 y ss.

244 El texto es el siguiente: BGB § 320: “Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung. Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde”.

245 R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l’obligation*, cit., 187.

246 M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, París, 2004, 154.

247 Cfr. P. M. VECCHI, “L’eccezione d’inadempimento”, cit., 383, y B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, cit., 41-42.

248 Cfr. R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l’obligation*, cit., 187 y ss., quien sostiene que la excepción de incumplimiento en el código alemán se aplica en los contratos sinalagmáticos, no solo porque sus obligaciones son conexas, sino porque cada una es la causa jurídica de la otra; es una preferencia a favor del deudor, pero especialmente

### 3.1.3 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO ITALIANO: DE LA CONSAGRACIÓN IMPLÍCITA A LA CONSAGRACIÓN EXPRESA DE UNA NORMA QUE RECOGE LA EXCEPTIO CON UNA FUNCIÓN PRESERVATIVA DEL VÍNCULO

En la primera mitad del siglo XIX, la codificación napoleónica estuvo presente en el ordenamiento jurídico italiano<sup>249</sup> de manera preponderante<sup>250</sup>. El Código Civil francés se convirtió en un modelo fundamental y en una referencia principal para la codificación italiana del siglo XIX, en particular del Código Civil de 1865<sup>[251]</sup>.

---

es una medida de equidad que le permite al deudor no pagar en aquellos casos en los que el acreedor no haya pagado u ofrecido el pago. No se aplica a los contratos en los cuales las obligaciones son independientes entre ellas, sino a aquellos en los que una obligación constituye el equivalente de la otra, lo cual permitiría que el acreedor pueda exigir el equivalente de lo que haya ejecutado.

- 249 G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976, 369 y ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2009, 76 y ss.
- 250 Como lo explica R. FERRANTE, “Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, Universidad Externado de Colombia, 2013, 31 y ss., a principios del siglo XIX la materia civilista en Europa estuvo disciplinada, además del Código francés, por el Código Civil General austriaco —*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* abreviado ABGB— promulgado en 1811, el cual tuvo como fuente la tradición romanista, la canonista y los diferentes derechos regionales del imperio austriaco. Por un lado, el Code Civil era aplicado en la Italia continental en la fase imperial, sea cuando una parte del territorio italiano constituyó territorio francés (Piemonte, Liguria, Toscana, Lacio), sea por la fuerte influencia política francesa que se ejercía sobre el Reino de Italia. Por otra, en los territorios como Trieste, Gorizia, Istria se aplicó la legislación austriaca, y en la región Lombardo-Véneto rigió luego de la *Restaurazione italiana*: en Milán, por ejemplo, de 1806 hasta la *Restaurazione italiana* estuvo en vigor el Código Civil francés, luego el Código Civil austriaco hasta la segunda guerra de independencia en 1859, posteriormente comenzó a regir el Código Civil sardo-piamontés, con sus resistencias, hasta la aplicación del Código Civil italiano de 1865. En Véneto y Friuli la legislación austriaca rigió hasta 1866. Sobre el particular, consultar también R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, Turín, 2011, 134-154.
- 251 G. ALPA, “Del Code Civil al Codice Civile del 1942”, en *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milán, 2007, 1 y ss. Tal como lo expone R. FERRANTE, “Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano”, cit., 42 y ss., el esquema del código sigue



Por lo tanto, el *codice civile* de 1865 no disciplinó expresamente y de manera general el remedio de la *exceptio non adimpleti contractus*, pero sí lo hizo, por una parte, mediante casos particulares, tal como lo demostraban los artículos 1469<sup>[252]</sup> y 1510<sup>[253]</sup>, en los cuales se regulaba la correlación entre las dos obligaciones de la compraventa de entregar la cosa y de pagar el precio: la entrega de la cosa debidamente constituía la ejecución del contrato por parte del vendedor y el pago del precio lo era por parte del comprador; en caso que faltara la ejecución contemporánea de una de las obligaciones por una de las partes, autorizaba a la contraparte a suspender la prestación a su cargo<sup>254</sup>. Por otra, por medio de la *massima inadimplenti non est adimplendum* que se infiere

---

el *Code Napoléon* y, por ese camino, el de las Instituciones de Gayo. En el centro seguía estando la propiedad privada en un contexto diferente al francés, pues en esa época el objetivo era superar el régimen propietario del absolutismo monárquico; en Italia, en línea con el individualismo burgués y la visión propietaria desarrollada después de la Revolución Francesa, se consideraba como la estructura jurídica de la sociedad liberal italiana. Este código era la respuesta a las exigencias de orden y simplificación de reglas jurídicas, un código que representara la unificación política y jurídica de un país recién conformado.

- 252 Artículo 1469 *Codice Civile italiano* de 1865: “Il venditore che non ha accordata dilazione al pagamento, non è tenuto a consegnare la cosa, se il compratore non ne paga il prezzo. Egli non è tenuto alla consegna della cosa, ancorché avesse accordata una dilazione al pagamento, se dopo la vendita il compratore cade in istato di fallimento o di non solvenza, in guisa che il venditore si trovi in pericolo imminente di perdere il prezzo, salvo che il compratore dia cauzione di pagare nel termine pattuito”.
- 253 Artículo 1510 *Codice Civile italiano* de 1865: “Il compratore, se è o ha ragione di temere di essere molestato con un’azione ipotecaria o rivendicataria, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessare le molestie, sempreché questi non prescelga di dar cauzione, o non siasi convenuto che il compratore pagherà non ostante qualunque molestia”.
- 254 En los comentarios de los artículos 1469 y 1510 no mencionan expresamente el vocablo de *exceptio non adimpleti contractus*, pero sí describen la operatividad de la excepción suspensiva con gran claridad: E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato della vendita*, en *Codice civile commentato*, v. XII, Florencia, 1877, 313 y ss.; *id.*, *Trattato della vendita*, en *Codice civile commentato*, v. XIII, Florencia, 1878, 8 y ss.; *id.*, *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. V, Florencia, 1913, 53 y 91; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, v. IV, 1, Turín, 1878, 341-343. O la jurisprudencia citada en *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul Codice Civile a cura di C. FADDA, E. A. PORRO, A. RAIMONDI, A. VEDANI y L. MARANZANA*, v. VIII, arts. 1378-1548, años 1866-1932, Milán, 1933, en donde se tratan el artículo 1469 como una excepción a la obligación de realizar la tradición por parte del vendedor (p. 471) y el 1510 sea como el ejercicio del *ius retentionis* sobre la cosa vendida

del artículo 1165 del *codice civile*, el cual consagra la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales<sup>255</sup>, y consiente que la acción de cumplimiento contractual o de resolución por incumplimiento no le compete a quien no ha mantenido una constante y voluntaria observación al pacto celebrado, debe por principio general de justicia haber ya satisfecho su obligación o demostrar estar presto a hacerlo, todo lo cual traduce que ningún contratante está obligado a cumplir cuando su contraparte no ha cumplido con lo que le corresponde<sup>256</sup>.

La doctrina<sup>257</sup> de entonces aceptaba de forma mayoritaria la recepción de la excepción de incumplimiento en el derecho italiano y justificaba su aplicación sea por medio de un razonamiento ‘*ascendente*’, el cual partía de la norma específica que consagraba la *exceptio* en un caso particular para luego aplicarla a otro supuesto de hecho por medio de la analogía, sea por medio de un razonamiento ‘*discendente*’, el cual afirmaba un principio general para luego aplicar la regla a un caso concreto<sup>258</sup>. Se debatía entre la buena fe, la equidad<sup>259</sup> y el artículo 1165 que disciplinaba la resolución del contrato por

a causa del crédito dado en pago del precio (pp. 691-698), sea como una excepción *inadimplenti o non rite adimpleti contractus* (pp. 699-702).

- 255 L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, v. III, II, Turín, 1878, 391. Tal como se evidencia por medio de la jurisprudencia citada en *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul Codice Civile a cura di C. FADDA, E. A PORRO, A. RAIMONDI, A. VEDANI y L. MARAZZANA*, v. VI, arts. 1157-1314, años 1866-1923, Milán, 1925, 91 y ss.
- 256 A. BERIO, “Eccezione inadimplenti contractus”, en *Dizionario pratico del diritto privato*, diretto da V. Scialoja e P. Bonfante, v. II, Milán, 1901, 759. También G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Florencia, 1886, 198 y ss., en particular 222, considera el artículo 1165 del *Codice civile* el fundamento de la *exceptio*.
- 257 Quienes la tratan con la expresión *exceptio non adimpleti contractus*: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., 198 y ss.; F. RICCI, *Indole e fonte delle obbligazioni e dei contratti*, Turín, 1892, 73 y ss.; C. LESSONA, “Legittimità della massima ‘inadimplenti non adimplendum’”, *Rivista diritto commerciale*, 1918, I, 383 y ss.; A. RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, v. I, Milán, 1920, 308 y ss.; G. SCADUTO, “L’*exceptio non adimpleti contractus* nel diritto civile italiano”, cit., 88.; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padua, 1934, 149 y ss.; *id.*, *La compravendita e la permuta*, en *Tratatto di diritto civile italiano*, v. VII, t. I, Turín, 1937, 266 y ss.; G. PACCIONI, *Dei contratti in generale*, en *Diritto civile italiano*, II, v. II, Padua, 1939, 39 y ss.; F. DEgni, *La compravendita*, Padua, 1939, 181 y ss.
- 258 F. ADDIS, “Le eccezioni dilatorie”, en *Rimedi-2*, en *Tratt. del Contratto*, v, diretto da V. Roppo, Milán, 2006, 422.
- 259 La buena fe y la equidad como fundamento de la excepción de incumplimiento; ver: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., 222.

incumplimiento<sup>260</sup>, para establecer cuál era la fuente normativa por la que se fundamentaba la admisibilidad de la excepción como un remedio general y su eficacia dentro del ordenamiento<sup>261</sup>.

Luego, el legislador de 1942, por medio del artículo 1460<sup>[262]</sup>, toma una solución normativa análoga a la codificación alemana e introduce de manera expresa la *eccezione di inadempimento*<sup>263</sup>. Salvo el falso problema de su ubicación

260 Cfr. F. RICCI, *Indole e fonte delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 74. Además, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., 222, sostiene como un contra-sentido pensar que el legislador hubiera aceptado resolver el contrato por incumplimiento y, por el contrario, no permitirle suspender la ejecución de las prestaciones en caso de incumplimiento; y G. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, cit., 41, considera que la introducir la condición resolutoria tácita en el Código Civil de 1865 no excluye la recepción de la excepción en el ordenamiento jurídico; por el contrario, implica que la haya querido tácitamente como una defensa contra la propia cláusula resolutoria.

261 F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milán, 1965, 222. Gracias al cuidadoso trabajo de G. SCADUTO, “L’exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano”, cit., 88 y ss., por medio del cual se reconstruye históricamente la *exceptio*, se establecen las reglas y principios que orientan la figura, así como se evidencia su plena autonomía como remedio del contrato, desligándola de figuras como la resolución. En palabras del profesor A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 17: “Las páginas de Scaduto, que releídas hoy aparecen cubiertas de una impresionante modernidad, representan el *incipit* de la historia moderna de la excepción de incumplimiento [...]. Su mérito principal es, como se decía, haber definitivamente aclarado la autonomía de la excepción de incumplimiento, desligándola de cualquier llamado a la resolución que era una característica constante en la doctrina y en la jurisprudencia anterior al Código de 1942 y contribuyendo a edificarla como una figura distinta y autónoma, con una característica general que le había faltado antes”.

262 Artículo 1460 Codice Civile: “Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi l’esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede”.

263 Sobre la excepción de incumplimiento en el derecho italiano con base en el artículo 1460 del *Codice Civile*: R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Turín, 2016, 1655 y ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milán, 2012, 360 y ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milán, 2011, 919 y ss.; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 5 y ss.; *id.*, “Art. 1460, Eccezione d’inadempimento”, en *Dei contratti in generale a cura di E. Navarreta e A. Orestano en Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Turín, 2011, 480 y ss.; U. CARNEVALI, “Le eccezioni dilatorie”, en *Il contratto in generale*, t. VIII, en *Tratt. di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, v. XIII, Turín, 2011, 243 y ss.;

dentro del Codice<sup>264</sup>, la actual configuración positiva de la excepción como un remedio general del contrato permite mayor certeza a la aplicación y entendimiento de la figura dentro del sistema jurídico. Tal como lo expresa la norma, se recogen los elementos que la tradición civil ha construido, de modo que se entrega un contenido claro y se develan los presupuestos de aplicación a la excepción: es el rechazo legítimo a no cumplir las propias prestaciones de un contrato sinalagmático cuando la contraparte no se ha allanado a cumplir o no ha cumplido las prestaciones que le corresponden; es un remedio fundamentado

---

A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Nápoles, 2011; A. M. BENEDETTI, "L'eccezione di inadempimento", en *Inadempimento e rimedi*, en *Tratt. della Responsabilità Contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, Padua, 2009, 625 y ss.; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Turín, 2009; F. ADDIS, "Le eccezioni dilatorie", cit., 413 y ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, en *I contratti in generale*, II, en *Tratt. dei Contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Turín, 2006, 1776 y ss.; M. BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Padua, 2004, 347 y ss.; P. M. VECCHI, "L'eccezione d'inadempimento", cit., 378 y ss.; G. PISCIOTTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milán, 2000, 303 y ss.; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padua, 1999; B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Nápoles, 1993; L. BIGLIAZZI GERI, "Eccezione di inadempimento", en *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile*-, VII, Turín, 1991, 331 y ss.; *id.*, *Risoluzione per inadempimento*, tomo II, en *Commentario del codice civile Sicaloja-Branca a cura di F. Galgano*, Bologna y Roma, 1988; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milán, 1983; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milán, 1974; B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (profili generali)*, Nápoles, 1973; F. REALMONTE, "Eccezione di inadempimento", cit., 222 y ss.; A. DALMARTELLO, "Eccezione di inadempimento", en *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Turín, 1957, 354 y ss.; G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, Milán, 1955; G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 297 y ss.

264 La ubica en el *Capo XIV* que trata la resolución del contrato -*Della risoluzione del contratto*-, en su *Sezione I* que regula la resolución del contrato por incumplimiento -*Della risoluzione per inadempimento*-, del *Titolo II* del *Libro IV*. Aunque podría inferirse que la ubicación hace mella en la autonomía de la figura y en su importancia debido a los efectos suspensivos propios de la figura, la doctrina la ha estudiado como un remedio autónomo del contrato. Sobre el particular, A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 5-6, sostiene que con base en la *Relazione al Codice Civile* y en los estudios doctrinales precedentes y sucesivos a la emanación del *Codice Civile* no existen razones claras por las cuales el legislador quiso consagrar la excepción al lado de la resolución del contrato por incumplimiento. Afirma que una reconstrucción histórica de la figura daría elementos de juicio para determinar que la razón por la cual se consagran juntas es por la manera como fue conformándose la protección sinalagmática del contrato mediante la excepción de incumplimiento y la resolución del contrato por incumplimiento, y la predilección en la práctica de la aplicación de este último remedio.

y limitado en la buena fe que busca garantizar, frente al incumplimiento, la protección del vínculo mediante la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones, todo lo cual redundará en el equilibrio de la misma relación.

### 3.2 EN LOS INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS SE RECOGE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO, PUES CONSTITUYE UN REMEDIO DE LA TRADICIÓN CIVIL QUE BUSCA LA TUTELA DEL VÍNCULO CONTRACTUAL

Las normas o instrumentos de armonización del derecho de los contratos, encargadas de regular de manera uniforme y equitativa las cuestiones relativas al contrato<sup>265</sup>, han consagrado remedios frente al incumplimiento, los cuales buscan ser aplicados con el fin de dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales, reducir gastos operacionales, evitar los obstáculos comerciales, sin soslayar los principios que son aplicables a las relaciones contractuales<sup>266</sup>.

La buena fe constituye el fundamento e integra la disciplina de la autonomía privada en los instrumentos de armonización y unificación del derecho, y de ella dimanar como ramificaciones, derivaciones o aplicaciones particulares que se vierten en la disciplina del contrato<sup>267</sup>: un claro ejemplo de ellas

---

265 Hace más de 30 años, René David afirmaba que el problema no es saber si la unificación internacional del derecho se realizará, es saber cómo se hará. Cfr. R. DAVID, “Les méthodes de l’unification”, en *Le droit comparé-Droit d’hier, droit de demain*, París, 1982, 304.

266 M. J. DENNIS, “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and Unidroit Principles continue to provide the best way forward”, *Uniform Law Review*, 19, 1, Oxford, 2014, 114-151; S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Bruselas, 2008, 197 y ss.; R. ZIMMERMANN, “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, edited by M. Reimann y R. Zimmermann, Oxford, University Press, 2008, 540 ss.; G. ALPA, “The future of European Contract Law: some questions and some answers”, en *The future of European Contract Law*, edited by K. Boele-Woelki & W. Groscheide, Alphen on the Rhine, 2007, 3-17; *id.*, “Harmonization of and Codification in European Contract Law”, en *The Harmonization of European Contract Law: implications for European Private laws, Business and Legal Practice*, edited by S. Vogenauer and S. Weatherill, Oxford, 2006, 169.

267 F. HINESTROSA, “Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats”, *Revue de Droit Uniforme*, n.º 2-3, 1998, 501 y ss. En efecto, los *Principles of European Contract Law* en su artículo 1:201, el *Draft common frame of reference*, en el libro III, capítulo I, sección 3:103 y artículo 1.7, consagran el principio de la buena fe como un

es la excepción de incumplimiento, la cual no ha sido ajena a este tipo de normatividad y es consagrada de manera sistemática y coordinada con otros remedios<sup>268</sup>, puesto que es considerada un mecanismo de tutela reconocido y aplicado ampliamente en la tradición del derecho civil.

En consideración a las ‘experiencias paralelas’<sup>269</sup> del derecho francés con base en el Código Civil de 1804 y del derecho italiano con base en el Código Civil de 1865, en los que existe una coincidencia de argumentos, métodos y conclusiones respecto a la existencia de la *exceptio non inadimplenti contractus* como figura general, no obstante la falta de una norma expresa<sup>270</sup>, se encuentra un momento de coincidencia en el proyecto de armonización italo-francés de código de las obligaciones y de los contratos de 1927<sup>[271]</sup>. El artículo 48 del

principio basilar del derecho de contratos, el cual se concreta en diferentes reglas dentro de los instrumentos de armonización. Ver: G. LUCHETTI y A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalla radice romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bolonia, 2006, 29 y ss. CH. VON BAR y E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference*, Múnich, 2009, 679.

268 Para ilustrar, los *Principles of European Contract Law* en su artículo 8:102 y el *Draft common frame of reference*, en el libro III, capítulo 1, sección 3:102, consagran la posibilidad de emplear los remedios contra el incumplimiento siempre que no sean incompatibles entre ellos. De esta manera, la parte afectada por el incumplimiento puede primero oponer la *exceptio non adimpleti contractus* y luego solicitar la resolución; ver: H. BEALE y O. LANDO (eds.), *Principles of European Contract Law*, Prepared by The Commission on European Contract Law, La Haya, 2000, 401; CH. VON BAR y E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference*, cit., 777.

269 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 12 y ss.

270 *Ibidem*, 18.

271 El proyecto surge en 1917 como idea propuesta por VICTORIO SCIALOJA durante la Primera Guerra Mundial, calurosamente recibida por el profesor LARNAUDE, en virtud de la cual se crearían dos comités, uno italiano y uno francés, con el fin de estudiar los problemas que permitieran salir de un estado de guerra a un estado de paz, mediante la creación de instrumentos de armonización del derecho privado entre las dos naciones. El proyecto ve la luz 10 años después, pero los trabajos de las comisiones se vieron afectados debido al cambio político y la falta de atención al proyecto. La última reunión de estas comisiones tuvo lugar en 1936 en Roma. El derecho de las obligaciones y contratos francés e italiano estaba listo para un proceso de unificación, pues una obra legislativa de tal magnitud exigía una línea racional y de compromiso: una unificación orgánica era posible solamente entre elementos homogéneos y era fácil entre elementos particularmente homogéneos. Ver: M. ROTONDI, “Il progetto italo-francese delle obbligazioni”, en *Le projet franco-*

proyecto consagra el derecho general a rehusarse a ejecutar la propia prestación de un contrato bilateral, cuando el otro contratante no cumpla, siempre que no haya un término diferente para la ejecución de las dos obligaciones y salvo que el rechazo a cumplir sea contrario a los parámetros que la buena fe ordena<sup>272</sup>. Al parecer, tal norma se inspira tanto en la doctrina sobre la excepción de incumplimiento que se había relevado en la época —principalmente por las obras de R. Cassin en Francia y G. Scaduto en Italia— como en el § 320

---

*italien du code des obligations*, en *Inchieste di diritto comparato*, 8, Padua, 1980, 5 y ss. El proyecto ítalo-francés se coloca en un momento de transformación social, económica y política, y acoge elementos del pasado y del futuro, presenta aspectos de continuidad y discontinuidad. No fue considerado ley, pero sí como un texto de referencia para la doctrina, la jurisprudencia y los legisladores. M. ROGER NERSON, “De l’influence exercée sur le droit français des obligations par le projet franco-italien de Code des obligations et des contrats, approuvé à Paris en octobre 1927”, en *Le projet franco-italien du code des obligations*, en *Inchieste di diritto comparato*, 8, Padua, 1980, 26. En el mismo sentido, G. CHIODI, “Innovare senza distruggere: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)”, en *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milán, 2007, 45 y ss., quien además prueba eliminar la etiqueta “conservadora” que una parte de la doctrina le ha dado al código ítalo-francés y cambiarla por “moderación”, la cual responde a la fisonomía del código.

- 272 Art. 48 del Código ítalo-francés de 1927: “Nei contratti bilaterali ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di eseguire l’obbligazione, se l’altro non eseguisce la propria, eccetto che siano stati stabiliti termini diversi per l’esecuzione delle due obbligazioni. Tuttavia non può rifiutarsi l’esecuzione, se, per le circostanze del caso e per la scarsa importanza della prestazione non eseguita, il rifiuto sia contrario a la buona fede”. El texto en francés es “Dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant peut refuser d’exécuter son obligation si n’autre exécute pas la sienne, à moins qu’il n’ait été fixé des dates différentes pour l’exécutions des deux obligations. Toutefois, l’exécution ne peut être refusée si, d’après les circonstances et en raison du peu d’importance de la prestation non exécutée, ce refus est contraire à la bonne foi”. En la *Relazione sul progetto di codice delle obbligazione e dei contratti, comune all’Italia e dalla Francia*, en el § 10 correspondiente a los *effetti dei contratti*, recuerda que el artículo 48 que consagra la *exceptio non adimpleti contractus* es una disposición nueva que completa el reglamento de los contratos bilaterales junto con la llamada condición resolutoria tácita (art. 47 del proyecto, art. 1165 del Código Civil italiano y art. 1184 del Código Civil francés). Además, explica su funcionamiento al sostener que la excepción “no puede oponerse para justificar el incumplimiento propio, cuando, por las circunstancias del caso y por la poca importancia de la prestación, de quien fue incumplido inicialmente, el rechazo opuesto a ejecutar la prestación propia sea contraria a la buena fe, es decir, el incumplimiento de la contraparte resulta ser un injustificado pretexto”. El texto es consultable en G. ALPA y G. CHIODI (eds.), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, Milán, 2007, 147 y ss., en particular 218.

del BGB, el cual se constituía como el único código europeo que había elegido disciplinar la excepción como un remedio del contrato de alcance general<sup>273</sup>.

Un caso de especial interés se encuentra en la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, pues en realidad no consagra expresamente la excepción de incumplimiento contractual<sup>274</sup>. En la sección I del capítulo V de la parte III y bajo la rúbrica de ‘incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas’ hay tres disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del acreedor: los artículos 72<sup>[275]</sup> y 73<sup>[276]</sup> que regulan la resolución por incumplimiento previsible y el artículo 71<sup>[277]</sup> que faculta a las

273 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 18.

274 En contra: P. M. VECCHI, “L’eccezione d’inadempimento”, cit., 379, quien sostiene que en el artículo 71 de la Convención fue recibida la excepción de incumplimiento.

275 Artículo 72: 1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto. 2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que esta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. 3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

276 Artículo 73: 1. En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega. 2. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable. 3. El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.

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



partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones cuando resulta manifiesto que la contraparte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones, ya sea a causa de un grave menoscabo de su capacidad o solvencia para cumplirlas, ya sea por su comportamiento frente al cumplimiento del contrato<sup>278</sup>. En efecto, la última norma precitada trata un remedio cercano a la excepción de incumplimiento denominado ‘excepción de incumplimiento previsible’. En ella no se requiere que haya acaecido el incumplimiento para tutelar a la contraparte facultándola a no cumplir; solamente se necesita el riesgo real de un incumplimiento sobrevenido, un motivo serio que justifique la suspensión del contrato. La finalidad de este tipo de normas es prevenir posibles crisis contractuales y resguardar anticipadamente a la parte que opone la excepción a una ejecución que podría generar una pérdida irrevocable<sup>279</sup>.

La Convención también consagra otro remedio cercano a la *exceptio* a favor del vendedor en el artículo 58, el cual disciplina el tiempo del pago de parte del comprador<sup>280</sup>. En dicho artículo se prevé que, si el vendedor no está obli-

---

mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

278 Sobre el punto, A. VESSICHELLI, “Articolo 71 Convenzione di Viena”, en *Le nuove leggi civile commentate*, 1989, 286-291.

279 E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ-Poitiers, 2003, 319 y ss.; M. VAN DER MERSCH y D. PHILIPPE, “L’inexécution dans les contrats du commerce international”, en *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuels. Études de droit comparé*, Bruselas y París, 2001, 701 y ss., en particular 712 y ss.; J. O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, La Haya, 1999, 426-436; T. BONNETT, “Comments on article 71 CISG –Suspension of performance–”, en *Commentary on the International Sales Law*, edited by Bianca-Bonell, Milán, 1987, 513-524. Algunos ordenamientos nacionales consagran este tipo de excepción, a manera de ejemplo el § 321 del BGB o el artículo 1461 del Codice Civile. Sobre esta última norma se reenvía: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 990; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 91 y ss.; *id.*, “Commento art. 1461”, en *Dei contratti in Generale artt. 1425-1469bis leggi collegate*, en *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Turín, 2011, 511 y ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento artt. 1460-1462*, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, Roma y Bolonia, 1988, 58 y ss.

280 Artículo 58. 1. El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos. 2. Si el contrato implica el transporte de las mercaderías,

gado a cumplir primero, puede hacer del pago del comprador una condición para la entrega de los bienes. Previsión que se ha extendido igualmente a favor del comprador —esto es, el comprador no estaría obligado a pagar hasta que el vendedor no entregue los bienes o los documentos de conformidad con el contrato— con el fin de evitar la disparidad de tratamiento entre el comprador y el vendedor y, por tanto, mejorar el equilibrio de los intereses en juego en el comercio internacional<sup>281</sup>. En este sentido, del artículo 58 se inferiría —*a contrario*— que la Convención consagraría un remedio en virtud del cual se legitima, sea al vendedor, sea al comprador, a no entregar el bien y a no pagar el precio, respectivamente, hasta que la otra parte cumpla o esté dispuesta al pago de sus obligaciones.

Ahora, los Principles of European Contract Law<sup>282</sup>, el Draft Common Frame of Reference<sup>283</sup> y los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por Unidroit sí consagran la *exceptio non adimpleti contractus* como un remedio aplicable al contrato en caso de incumplimiento.

En el primer instrumento de armonización, el artículo 9:201<sup>[284]</sup> ‘rebautiza’<sup>285</sup> la excepción de incumplimiento con el nombre de derecho a suspender la ejecución de la prestación, puesto que en el mismo artículo se consagran

el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio. 3. El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad.

281 R. DE NICTOLIS, “Articolo 49 Convenzione di Viena”, en *Le nuove leggi civile commentate*, 1989, 232.

282 H. BEALE y O. LANDO (eds.), *Principles of European Contract Law*, Prepared by The commission on European Contract Law, La Haya, 2000.

283 CH. VON BAR y E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference*, Múnich, 2009.

284 Artículo 9:201: (1) La parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias. (2) Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su obligación cuando llegue el vencimiento de la misma.

285 “Principes Contractuels Communs, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Français” y “Société de législation comparée”, en *Droit Privé comparé et européen*

dos excepciones suspensivas, las cuales son remedios diferentes y muy afines a su vez: la excepción de incumplimiento contractual y la excepción de incumplimiento previsible. La diferencia principal radica en que en la aplicación de la primera de ellas se requiere que el incumplimiento ya haya sucedido y la segunda opera frente al peligro o riesgo de que suceda un incumplimiento. En cambio, sus afinidades se deben a que ambas persiguen proteger el vínculo contractual, solo pretenden suspender la ejecución del contrato, y que son remedios que se aplican a contratos en los que sus prestaciones son recíprocas e interdependientes<sup>286</sup>.

En efecto, el numeral primero del artículo 9:201 consagra la excepción de incumplimiento y, por lo tanto, faculta a una parte para no ejecutar sus prestaciones hasta tanto la contraparte no lo haga primero, o al menos no ofrezca hacerlo. En este primer caso, la excepción se configura como un remedio que no busca la eliminación del vínculo, la parte simplemente se rehúsa a ejecutar las prestaciones a su cargo, a suspender su ejecución. Además, del artículo se desprende que su aplicación tiene límites: por un lado, la facultad de suspender la ejecución de las prestaciones debe realizarse con unos criterios de razonabilidad –art. 1:302<sup>[287]</sup>–, los cuales deben ser determinados según las circunstancias del caso concreto y vistos a la luz de la buena fe –art. 1:201<sup>[288]</sup>–, de modo que puedan extraerse elementos precisos en el momento de evaluar el correcto ejercicio de la excepción de incumplimiento y evitar abusos que contraríen los principios que rigen las relaciones negociales; por otro lado, la excepción no puede ser alegada por quien ha provocado el incumplimiento

---

*collection dirigée par B. Fauvarque-Cosson*, VII, París, 2008, 687, en donde se critica el cambio de nombre, pues la excepción de incumplimiento es una prerrogativa, y no un derecho.

286 G. ROUHETTE (coord.), “Principes du droit européen du contrat”, en *Droit Privé comparé et européen collection dirigée par B. Fauvarque-Cosson*, II, París, 2003, 367-371.

287 Artículo 1:302: Definición de lo razonable. Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

288 Artículo 1:201: Buena fe contractual. (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

de la contraparte —art. 8:101 par. 3<sup>[289]</sup>—, pues sería contrario a buena fe y a la lealtad requerida en las relaciones entre los particulares que el responsable del incumplimiento se vea beneficiado a causa de tal incumplimiento y desnaturalizaría la protección a la parte fiel del contrato en aras de conservar la reciprocidad de la relación<sup>290</sup>.

En fin, los Principles of European Contract Law reconocen a la excepción de incumplimiento contractual, o suspensión de la ejecución de las prestaciones de un contrato sinalagmático, por ser una regla ampliamente aceptada en los ordenamientos jurídicos europeos<sup>291</sup> y que respeta su tradición jurídica; responde a las particularidades de las relaciones contractuales en caso de un incumplimiento que no destruye el interés de las partes para continuar vinculadas entre ellas; y es concebida como una figura intrínseca del contrato sinalagmático, lo cual permite su aplicación sin mayor dificultad en las diferentes partes del continente y facilita el tráfico comercial y el correcto funcionamiento del mercado común europeo<sup>292</sup>.

Por su parte, el Draft Common Frame of Reference, basado en parte y en atención a los Principles of European Contract Law, en el Libro III, Capítulo 3, Sección 4, III-3:401, consagra la *exceptio* en términos muy similares a dichos Principles: derecho a suspender el cumplimiento de un contrato recíproco<sup>293</sup>.

289 Artículo 8:101, parágrafo 3: La parte no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte.

290 Se piensa en una relación contractual en virtud de la cual hay una obligación de suministrar información a la otra parte y debido al suministro incompleto o equivocado de la información el contrato no se ejecuta correctamente; *cf.* G. ROUHETTE (coord.), *Principes du droit européen du contrat*, cit., 368.

291 En efecto, la recepción en los ordenamientos jurídicos europeos ha sido mediante una norma de carácter general: el § 320 del Código Civil alemán, art. 374 Código Civil griego, art. 1460 Código Civil italiano, artículo 6:52 Código Civil holandés y art. 428 Código Civil portugués. O por medio de normas que consagran reglas particulares de las cuales se deduce la excepción de incumplimiento: art. 1651 del Código Civil francés, belga y luxemburgués, del contrato de compraventa; los arts. 1100, 1466, 1467, 1500 y 1502 del Código Civil español; las leyes sobre la compraventa §14 danesa, §10 finlandesa y §49 sueca.

292 G. ROUHETTE (coord.), *Principes du droit européen du contrat*, cit., 8 y ss.

293 III. 3:304: “Right to withhold performance of reciprocal obligation (1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed. (2) A creditor who is to perform a reciprocal

En este artículo también se consagran juntas la excepción de incumplimiento y la excepción de incumplimiento previsible y se limita su aplicación al canon de razonabilidad y al principio general de buena fe<sup>294</sup>. La diferencia más notable del artículo radica en la preocupación por delimitar la aplicación de la *exceptio* a los contratos sinalagmáticos, en los que existen obligaciones recíprocas, las cuales están a cargo de ambos contratantes y deben ser ejecutadas una luego de la otra, o bien simultáneamente<sup>295</sup>. Si se llegara a presentar un problema

---

obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance. (3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty. (4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances". CH. VON BAR y E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference*, cit., 843. Vale la pena mencionar que, con base en este artículo, la *Common European Sales Law* formula la facultad en el contrato de compraventa, tanto al comprador –art. 113– como al vendedor –art. 133–, de suspender la prestación a su cargo total o parcialmente, no solo si no ha recibido la contraprestación, sino también en aquellos casos en los que hay un riesgo inminente de incumplimiento. Sobre el particular, se remite a I. CLAEYS y R. FELTKAMP (eds.), *The Draft Common European Sales Law: towards an alternative sales law?*, Cambridge, Antrwerp y Portland, 2013, 233, 234 y 247.

294 III-1:103: "Good faith and fair dealing (1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship. (2) The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act. (3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have". Sobre el particular, se remite a los comentarios de CH. VON BAR y E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference*, cit., 834 y ss. y 844-845.

295 En sintonía con la definición de obligación recíproca que el mismo *Draft Common Frame of Reference* consagra en el Libro III, capítulo 1, sección 1, III-1:102: "An obligation is reciprocal in relation to another obligation if: (a) performance of the obligation is due in exchange for performance of the other obligation; (b) it is an obligation to facilitate or accept performance of the other obligation; or (c) it is so clearly connected to the other obligation or its subject matter that performance of the one can

en la correcta ejecución de tales obligaciones debido al incumplimiento de una de ellas, se considera justo y comercialmente conveniente que la parte leal al contrato, o que además deba cumplir en un segundo momento, tenga el derecho a ‘retener’ o ‘suspender’ la contraprestación, pues tal suspensión permitiría un incentivo a la contraparte para que ejecute lo que le corresponde, y, por ende, favorecer la correcta ejecución del contrato<sup>296</sup>.

Lo dicho anteriormente aplica al artículo 7.1.3 de los Principios Unidroit 2010 en cuanto consagra la excepción de incumplimiento contractual en los siguientes términos: “cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación. Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido”.

Latinoamérica no ha sido ajena a los procesos de armonización y unificación del derecho<sup>297</sup>, pues se ha enmarcado en procesos de unificación política que aspiran a amalgamar los ordenamientos jurídicos de los países que la

reasonably be regarded as depend on performance of the other”. En efecto, CH. VON BAR y E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference*, cit., 829, explican que determinar la reciprocidad o no de las obligaciones determina la aplicación de algunas reglas a la relación contractual, como establecer el orden de la ejecución de las prestaciones, y la aplicación de los remedios en caso de incumplimiento, como la *exceptio non adimpleti contractus*.

296 CH. VON BAR y E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference*, cit., 843.

297 A. M. GARRO, “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, en *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi, conferenze e seminari*, vol. 5, Roma, 1992, 227 y ss. Además, se remite a las observaciones sobre el proceso de armonización del derecho privado en Latinoamérica planteadas por L. L. LEÓN HILARIO, “De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina”, *Ius et Veritas*, 42, 2010, 28 y ss., en particular 50, quien expresa algunas razones que frustrarían una emulación de la empresa codificadora europea en América Latina, pues “las iniciativas del viejo continente podrían ser observadas con un nuevo enfoque: no ya como plantillas a adoptar para la mejora o para la actualización de nuestras disposiciones vigentes, sino como una ocasión para discutir el mantenimiento de soluciones que, al margen de su obsolescencia, hayan generado inconvenientes en la práctica o se hallen en desuso. [...] De los europeos podemos tomar sugerencias sobre cómo hacerlo, pero el material de trabajo lo debemos suministrar nosotros mismos. En el laboratorio hay espacios que deben estar reservados para el material de investigación”.

componen<sup>298</sup>. Es un proceso que responde a una exigencia real, cultural y de mercado<sup>299</sup>, que se realiza con el fin de garantizar los procesos de integración económica y el compromiso cultural por Latinoamérica<sup>300</sup>, y de aprovechar la predominante unificación lingüística, los factores comunes respecto a la historia, la civilización y la religión, además de la matriz de tradición romanista y de derecho francés característica de las codificaciones latinoamericanas<sup>301</sup>.

Un paso en la búsqueda de la unidad y la especificidad del sistema jurídico latinoamericano será probablemente construido por el esfuerzo de traducción de los principios del derecho latinoamericano<sup>302</sup> en “códigos tipo”, que

298 Un claro ejemplo es la constitución del Parlamento Latinoamericano, el cual tiene entre otras actividades proponer leyes marco con el fin de unificar el derecho. Se puede consultar en “Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa, del Parlamento Latinoamericano de 2003” y las diferentes leyes marco. <http://www.parlatino.org/es/proyecto-leyes-marcos>.

299 F. HINESTROSA, “Codici, università, scienza giuridica: una strategia per l’unificazione del diritto in America Latina”, *Roma e america. Diritto romano comune*, n.º 1, 1996, 25.

300 A. M. GARRO, Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades, cit., 267; P. CATALANO, “Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina”, en *Mundus Novus America. Sistema Giuridico Latinoamericano a cura S. Schipani*, Roma, 2005, 19 y ss. Son de resaltar las preocupaciones que este proceso conlleva y las propuestas que son evidenciadas por juristas latinoamericanos e italianos—P. CATALANO, A. GUZMÁN BRITO, F. HINESTROSA, J. L. DE LOS MOZOS, R. CARDILLI, S. SCHIPANI, C. MOREIRA ALVES—en la primera edición de la revista *Roma e america*, promovida por el Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani dell’Università di Roma “Tor Vergata”. Ver: AA. VV., “Diritto romano comune. Problemi, tecniche, prospettive”, *Roma e america. Diritto romano comune*, n.º 1, 1996, 3-113.

301 J. A. TITO AÑAMURO, *Modernización e integración del derecho contractual latinoamericano*, Barranquilla y Bogotá, 2012, 3 y ss. R. D. RABINOVICH-BERKMAN, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, 2006, 189 y ss.; también 207 y ss.; S. SCHIPANI, “Riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano e sue implicazioni”, *Roma e america. Diritto Romano comune*, n.º 19/20, 2005, 714; A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000, 179 y ss.; A. DÍAZ BIALET, “La transfusion du droit romain”, *Revue internationale des droits de l’antiquité*, 3 Série, tome XVIII, Bruselas, 1971, 471 y ss.; J. M. CASTÁN VÁSQUEZ, “El sistema jurídico iberoamericano”, *Revista de Estudios Políticos*, 157, Madrid, 1968, 209 y ss.

302 Las legislaciones de los países de América Latina tienen como característica la posibilidad de heterointegración por medio de la referencia a los principios generales del derecho, lo cual permite con mayor facilidad los instrumentos de armonización. De hecho, sus códigos civiles utilizan expresiones como “principios de equidad”, “razones de equidad natural”, “derecho natural y reglas de jurisprudencia”, “equidad

represente una articulada formulación de normas que respondan a las necesidades del continente<sup>303</sup>. En efecto, debido a la base jurídica común, los instrumentos de armonización más significativos en América Latina, el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal<sup>304</sup>), por una parte, y

---

natural”, “doctrina constitucional”, “reglas generales del derecho” y “principios generales del derecho”, las cuales permiten entender al derecho romano como “origen y fuente de todos los derechos”, en el que se renueva la transfusión en la América Latina independiente, y da forma a los códigos englobándolos en un único sistema jurídico. La referencia a los principios generales del derecho representa la respuesta del Derecho Común de América Latina al riesgo de fragmentación del Derecho en el espacio y en el tiempo. Ver: S. SCHIPANI, “Il diritto romano nel nuovo mondo”, en *Il diritto dei nuovi mondi a cura di G. Visintini*, Padua, 1994, 55 y ss.; en particular, 89 y ss.

- 303 Respecto a cómo se evidencian los principios del sistema jurídico y la importancia para los procesos de unificación y armonización del derecho, nos enseña el maestro F. HINESTROSA que “aparte de la referencia histórica al proceso de formación y a la tarea de recopilación de las *regulae* y *maximae* en Roma, es ineludible la anotación de que, según la época y la posición ideológica, la inspiración o incluso la propia redacción de esos principios corre de cuenta de la divinidad, o es atribuible a un *ius gentium* o a un *ius naturale*, religioso o laico, o es fruto de la racionalidad, del análisis de la realidad social y del designio de atenderla y gobernarla”; es indispensable observar que, algunos principios se encuentran implícitos o explícitos en la legislación, que “de todos modos bien permite sostenerse que [ellos] resuman de la realidad social y de la experiencia jurídica, y el intérprete los extrae de la conciencia social mediante un proceso de abstracción y generalización. [...] Los ordenamientos, los criterios, los métodos, las actitudes de los países de América Latina son los de Occidente, primordialmente los del Derecho continental europeo o *civil law*, como se desprende de su aculturación española y en parte portuguesa, y en su permanencia indefinida en la órbita de tradición romanista [...]. Lo cual tiene evidente importancia en términos de derecho comparado y de perspectivas de un derecho uniforme o de códigos tipo”. F. HINESTROSA, “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, en *Cuadernos del curso de Máster en Sistema jurídico romanista y unificación del derecho en América Latina. Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, México D. F., 2006, 183 y ss.; en particular, 187.
- 304 El grupo se conformó en 2013, en Lima, por juristas provenientes de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Perú y Venezuela, con el fin de proponer iniciativas de armonización del derecho para América Latina que reflejen la especificidad y riqueza del *subsistema jurídico latinoamericano* como desarrollo del sistema jurídico de derecho romano. Este grupo tiene como antecedente el Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano, promovido por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani de la Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” junto a una serie de universidades latinoamericanas. Fue fundado en 2008 en Argentina y posteriormente se reunió en Colombia,



el Proyecto sobre principios latinoamericano de derecho de los contratos<sup>305</sup>, por otra, se han interesado en incorporar instituciones que humanizan la materia obligacional<sup>306</sup> y tienen en cuenta tanto la tutela del deudor como la del acreedor<sup>307</sup>.

Además, han consagrado la buena fe contractual con un papel protagónico, en cuanto sirve como principio general de la contratación y justifica instituciones o figuras propias del derecho de los contratos<sup>308</sup>. Por lo anterior, la buena

---

Roma, Perú. Las actas de constitución y trabajos están publicados por la revista *Roma e america. Diritto romano comune*, n.º 26, 2008; n.º 28, 2009; n.º 30, 2010; n.º 31/32, 2011.

305 El proyecto es auspiciado y coordinado por la Fundación pour le droit continental y la Fundación Fernando Fueyo Laneri y cuenta además con la participación de equipos investigadores de Argentina, Brasil, Uruguay, Colombia, Chile y Venezuela. Su objetivo principal es determinar ciertos principios comunes en materia de contratación, en consideración de las diferencias y consensos de carácter legal, jurisprudencial y doctrinal entre los países participantes.

306 Tal como se puede evidenciar de los instrumentos de armonización, en especial del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano, la persona humana es el centro de la armonización; en efecto, el artículo 6 consagra que “la dignidad de la persona humana y la tutela de sus derechos fundamentales, especialmente la libertad, la igualdad y el principio de no discriminación rigen el surgimiento, cumplimiento, interpretación y extinción de las obligaciones”; consultable en <http://gadal.uexternado.edu.co/codigo-marco/version-castellana/>.

307 Así, por ejemplo, la profesora N. L. NICOLAU, “La tutela del crédito”, en *Obligaciones. Contratos y Responsabilidad*, Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano, Bogotá, 2011, 175 y ss., en particular 183, afirma que “en la actualidad, la doctrina civil, que tiene como eje de preocupaciones a la protección integral de la persona humana, se ocupa no sólo de la tutela del acreedor sino de los problemas propios del deudor, sobre todo cuando este se encuentra en una situación de notoria debilidad frente a sus acreedores”, con el fin de justificar la inclusión en el ‘código tipo’ para Latinoamérica de institutos como la lesión, el abuso del derecho, la imprevisión, la inembargabilidad de ciertos bienes, la protección de la vivienda del deudor y el pago de gracia. Creemos que tal razonamiento es aplicable también para tener en cuenta en el ‘código tipo’ a la *exceptio non adimpleti contractus*.

308 Refiriéndose a los principios de los contratos, el maestro F. HINESTROSA sostiene que son, igualmente, reglas, máximas, de orden lógico y ético, que, a más de ser una decantación de experiencia, implican un dictado de conducta. Son de utilidad para el legislador al redactar las normas que disciplinan la autonomía privada, para el juez al calificar la conducta de las partes en todo el *iter* contractual. Sin olvidar, además, el provecho que trae para el comercio que se fijen reglas comunes para el correcto funcionamiento de los mercados. F. HINESTROSA, “De los principios generales del derecho a los principios generales del

fe encuentra en dichos instrumentos remisiones normativas en todo su articulado, lo cual permite, en lo que respecta a los contratos bilaterales, considerar integralmente la relación de las partes en su origen y en todos sus efectos, dentro del marco de las circunstancias que la rodean y de la conducta de los contratantes<sup>309</sup>; y, por ende, establecer remedios frente al incumplimiento de modo que se tutelen, en paridad de condiciones, las posiciones contractuales de las partes a la luz del principio<sup>310</sup>, tal como sucede con la consagración de la *exceptio non adimpleti contractus*, pues protege el carácter sinalagmático del contrato en cuanto busca preservar el equilibrio de los intereses de las partes como la exigencia de reciprocidad de las prestaciones.

---

contrato”, cit., 199. En efecto, el Código marco de obligaciones para América Latina proyectado por el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina consagra la buena fe con una centralidad innegable: artículo 7: “El principio de buena fe rige el vínculo obligacional en su surgimiento, cumplimiento y extinción. En consecuencia, el acreedor y deudor deberán comportarse de modo que preserven la integridad de las ventajas legítimas del vínculo obligacional. La aplicación del principio de buena fe no podrá excluirse”, y artículo 8: “El contenido y alcance del vínculo obligacional deberán integrarse e interpretarse de conformidad con el principio de buena fe, atendiendo a su fuente, naturaleza y finalidad”. Por su parte, los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos, en el artículo 7, consagran la buena fe como un principio general en los siguientes términos: “Las partes deben actuar según las exigencias que impone la buena fe. Las cláusulas limitativas contrarias a buena fe no producen ningún efecto”.

309 Así, por ejemplo, la profesora M. L. NEME VILLARREAL, “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos”, en *Obligaciones. Contratos y Responsabilidad*, Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano, Bogotá, 2011, 411 y ss., en particular 423, propone una lectura integral de los contratos unilaterales, a partir del principio de la buena fe y de las enseñanzas de la tradición romana, con el fin comprender, desentrañar y evidenciar su esencia y, por ende, su carácter sinalagmático.

310 *Ibidem*, 457 y ss. Quien afirma la procedencia de aplicar los remedios sinalagmáticos a los llamados “contratos unilaterales” o “sinalagmáticos imperfectos” en el ‘código tipo’ para Latinoamérica, pues estos no resultan ajenos a los deberes de lealtad, diligencia, equilibrio contractual, entre otros, cuya exigencia resulta de la integración del contenido contractual que impone la buena fe y, de otra parte, porque se considera que la gratuidad no inhibe el carácter sinalagmático de dichos contratos, y por lo tanto la aplicación de los remedios como la condición resolutoria implícita, la cláusula *rebus sic stantibus* y la *exceptio non adimpleti contractus*.

### 3.3 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO ES RECOGIDA POR SUS CÓDIGOS MÁS EMBLEMÁTICOS, EN RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE SU EXPERIENCIA JURÍDICA Y CON EL FIN DE PROTEGER EL VÍNCULO SINALAGMÁTICO

El movimiento codificador en América Latina, que tuvo lugar luego del proceso de independencia<sup>311</sup>, se caracterizó por una producción normativa ligada a grandes figuras de juristas y por una intensa circulación interna de enfoques, lenguajes y estilos, favorecida por las características culturales comunes y por su base jurídica común<sup>312</sup>.

Fueron tres fases las que caracterizaron dicho movimiento<sup>313</sup>: la primera, que ocurrió inmediatamente después de la independencia, en la cual se adoptaron

- 
- 311 “Muchos consideraron que la independencia política alcanzada por los nuevos Estados no quedaría perfeccionada, mientras no se cortara también el último lazo que aún los ataba a las viejas metrópolis, consistente en la legislación heredada de éstas, no bien estar montada sobre ideas que ya no eran más aceptables en el nuevo orden de cosas”: A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Latinoamérica*, cit., 237 y ss.
- 312 V. VARANO y V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Turín, 2014, 496 y ss.; S. SCHIPANI, “Codici civili nel sistema latinoamericano”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Aggiornamento*, v, Turín, 2010, 286 y ss.; A. GAMBARO y R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, en *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. Sacco, Turín, 2002, 408. Sobre el reconocimiento del sistema jurídico latinoamericano debido a su desarrollo científico, jurisprudencial y normativo, todo fundamentado en la experiencia de tradición romanista, ver: S. SCHIPANI, “Il modello giuridico –scientifico e legislativo– in America Latina: il riconoscimento del sistema”, en *Il modello giuridico –scientifico e legislativo– italiano fuori dell’Europa*, a cura di S. Lanni e P. Sirena, Nápoles, 2013, 339 y ss. En contra, ver: R. DAVID, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, París, 1964, 18 y ss.
- 313 J. SÁNCHEZ CORDERO, “The reception of legal system in the Americas”, *Tulane European and Civil Law Forum*, v. 24, 2009, 231 y ss. Se resaltan las características comunes de los códigos latinoamericanos del primer siglo posterior a la independencia evidenciadas por S. SCHIPANI, “I codici latinoamericani della ‘transfusione’ del diritto romano e dell’indipendenza. Verso codici della ‘mezcla’ e ‘codici tipo’”, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1991, 645 y ss., en particular 665 y ss. Sostiene que los códigos son realizados por juristas con una formación romanista consolidada, conocedores del derecho europeo, influyentes políticamente y conscientes de la necesidad de renovación de las instituciones latinoamericanas en aras de respetar el querer del pueblo. Son obras jurídicas hechas con el fin de otorgarle al pueblo una mejor

códigos que eran, tal vez con algunas variantes, la simple traducción del Code Civil<sup>314</sup>; la segunda, caracterizada por la redacción del Código Civil de Chile de 1855, obra del venezolano Andrés Bello y que determinó en gran medida las codificaciones de todo el continente<sup>315</sup>; fue un código influenciado, entre las fuentes más significativas, por el Code Civil, las principales codificaciones europeas, el proyecto de Código Civil español de 1851 –denominado García Goyena<sup>316</sup>–, las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio y las reglas del derecho

---

aplicación del derecho, permitir el acceso a las normas de una forma clara y cierta. Sus estructuras físicas se caracterizan por ser escritas, ordenadas sistemáticamente, conforme al método de las *instituciones*, el *code civil* y el *ABGB*; reúnen, simplifican y unifican una serie de normas de proveniencia diferente, de manera coherente, eliminando figuras como la esclavitud y garantizando la igualdad ante el mismo código, sin distinciones innecesarias. Además, son obras que asumen desde el *principium* la totalidad del derecho romano común y sus desarrollos, coordinan el ámbito de operatividad de la ley, las costumbres y la interpretación. En fin, constituyen el punto de referencia principal de la idea de unidad y coherencia del derecho conectado con sus propias constituciones y la pluralidad de fuentes del derecho. Estos códigos tienen la particularidad de hacer un reenvío a los principios generales del derecho, con implicación de carácter general: se refieren a los principios como orientadores e informantes del ordenamiento entero, de modo tal que se permita la heterointegración en caso de insuficiencia de la ley y como símbolo de unidad y coherencia del mismo ordenamiento.

- 314 Serían los casos de los códigos civiles de Haití de 1825, República Dominicana de 1844, el estado mexicano de Oaxaca de 1827–1829, Bolivia de 1830 y de Costa Rica de 1841.
- 315 Los códigos civiles de Ecuador de 1858, Colombia de 1858, El Salvador de 1859, Venezuela de 1862, Nicaragua de 1867 y Honduras de 1880. Se podría también resaltar dentro de esta etapa al Código Civil peruano de 1852, el cual intenta separarse del modelo francés y se centra en la estructura presente en las Instituciones de GAYO y JUSTINIANO; además, parece adherirse al tratamiento de las materias hecho por los españoles, guardando una correspondencia con la sociedad peruana de entonces, la cual era altamente conservadora. *Cfr.* C. SORIANO CIENFUEGOS, “Circulación de modelos y centralidad de los códigos civiles en el derecho privado latinoamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 136, 2013, 125 y ss., en particular 133.
- 316 En 1843 se crea en España una comisión con el fin de proveer a la monarquía de textos legales, tal como lo estaban haciendo las nuevas repúblicas en Latinoamérica. FLORENCIO GARCÍA GOYENA se hizo cargo de la materia civil, trabajó su proyecto de código basado en el modelo napoleónico y luego realiza un trabajo comparativo con el resto de los ordenamientos vigentes –bávaro, prusiano, luisiano, austriaco, napolitano, del cantón de Vaud, sardo y holandés–, lo confronta además con la tradición romana y castellana. El proyecto no fue aprobado como Código, sin embargo, tuvo influencia en los diferentes códigos latinoamericanos, como el chileno y el argentino, y con una particular repercusión en Venezuela y México. El primero lo adopta en 1867, aunque luego es derogado en

romano; pero que en el momento de determinar la disciplina jurídica de algún instituto prevalecía la solución dada por el derecho romano o se introducían normas que se consideraban respetuosas y coherentes con el orden social de entonces<sup>317</sup>. La última fase del movimiento codificador latinoamericano del siglo XIX es representada, de un lado, por el Código Civil argentino de Dalmacio Vélez Sársfield, que entró en vigor en 1871 y es considerado como una obra ecléctica, pues era un texto original por el tratamiento de sus materias basadas en la tradición romanística y al mismo tiempo influenciado –mas no copiado– por otros modelos de codificación<sup>318</sup>. Del otro, el proceso de

---

1873 para cambiarlo por un código que sigue principalmente los parámetros del Codice civile del Regno d'Italia de 1865. Por su parte, el Código Civil mexicano de 1870 se encuentra estructurado con base en el modelo de García Goyena, con algunas adiciones y modificaciones. Ver: J. L. DE LOS MOZOS, “Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, v, 437-468; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, *Revista de Derecho Privado*, t. 78, 1989, 222-228; A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 426 y ss.; C. SORIANO CIENFUEGOS, “Circulación de modelos y centralidad de los códigos civiles en el derecho privado latinoamericano”, cit., 144 y ss.; L. RODRÍGUEZ ENNES, “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º LXXVI, 2006, 705 y ss.

317 La exposición de motivos que se presentaron ante el Congreso chileno para la aprobación del Código Civil: “Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. [...] Los ensayos de esta especie que han hecho de un siglo a esta parte, y sus resultados generalmente felices nos animaban a emprender una obra semejante, con la ventaja de podernos aprovechar de los trabajos de otras naciones ilustradas por la ciencia y por una larga experiencia. Presentado por fin el proyecto lo sometí al examen de una comisión de sabios magistrados y jurisconsultos que se ha dedicado al desempeño de este encargo con un celo y asiduidad de que no se había visto ejemplo entre nosotros en casos análogos. Desde luego concebiréis que no nos halábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero en lo que éstas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones”. Ver: A. BELLO, *Obras completas*, v. 14, Caracas, 1981, 3 y ss.

318 A. DÍAZ BIALET, “El espíritu de la legislación en la concepción del derecho en Dalmacio Vélez Sarsfield”, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1991, 11 y ss. Como lo expone S. SCHIPANI, *Codici civili nel sistema latinoamericano*, cit., 298, el encargo a VÉLEZ SARSFIELD incluía la previsión de Notas para algunos artículos, de modo tal que se evidenciara el derecho vigente en el país y en los diferentes códigos de las principales naciones del mundo y los motivos de las diferentes disposiciones. El texto, con 4.051 artículos, es considerado el resultado de la relectura

codificación en Brasil, el cual inicia con el proyecto de Código Civil del Brasil de Augusto Teixeira de Freitas, publicado entre 1860 y 1867, basado en el derecho nacional, mas influenciado claramente por la Pandectística alemana<sup>319</sup>, proyecto que nunca fue aprobado, pero que condicionó de manera significativa el Código Civil brasileño de 1916 ideado por Clóvis Beviláqua y que entró en vigor en 1917<sup>[320]</sup>.

---

del sistema entero, de las fuentes romanas, la tradición ibérica, los códigos modernos europeos y latinoamericanos; de la reflexión propia de la doctrina, nutrida de la cultura jurídica española a partir de la segunda escolástica y de la europea. La comunicación con la elaboración más madura del derecho latinoamericano fue con el Código Civil de ANDRÉS BELLO y con el proyecto *–Esbôço–* del brasileiro A. TEIXEIRA DE FREITAS. Por último, pone de relieve que las Notas que integran el Código argentino constituyen un aporte de alta originalidad, las cuales dan una contribución para entender la naturaleza misma del código y más en general de los otros códigos y de su rol en la ciencia jurídica.

- 319 F. DOS SANTOS AMARAL NETO, “A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira”, en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1988, 155 y ss.; KLAUS LUIG, “La Pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell’Ottocento”, en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1988, 289. Por su parte, S. SCHIPANI, “Codici civili nel sistema latinoamericano”, cit., 303, explica que el proceso de codificación de TEIXEIRA DE FREITAS consistía en tres etapas: en primer lugar, conocer bien las leyes existentes recogiendo las diferentes normas, liberándolas de la errónea praxis e interpretaciones, y clasificándolas según un orden sistemático *–classificação–*; sucesivamente, simplificarlas por medio de una proposiciones breves que le permitan consolidarlas, por lo tanto era necesario corregir las normas injustas y defectuosas e integrar las lagunas *–consolidação–*. Por último, mediante una reflexión del sistema completo, la comparación y la investigación de soluciones más justas, se colocan en la obra las reglas que hayan pasado el examen. En efecto, se realiza un completo trabajo de extracción de las reglas en su contexto originario, de su separación respecto a las interpretaciones erróneas, de reformulación de reglas en la forma de artículos de un código, de inserción de dichas reglas en un orden expositivo fundamentado en algunas o pocas categorías sistemáticas generales que orientan su alcance y aplicación.
- 320 S. SCHIPANI, “Dal diritto romano alle codificazione latinoamericane: l’opera di A. Teixeira de Freitas”, en *Studi Sassaresi*, v, Milán, 1981, 589 y ss.; M. KARAM, “O processo de codificação do Direito Civil Brasileiro (da ‘Consolidação’ de T. de Freitas ao projeto Beviláqua). O sistema do Esbôço”, en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1988, 341 y ss. Por su parte, F. S. DE ANDRADE, *Da codificação. Crônica de um conceito*, Porto Alegre, 1997, 93 y ss., explica que Freitas renuncia a su labor como codificador del derecho privado de Brasil, en 1872, por dos razones: de una parte, quería unificar todo el derecho privado en un solo código, lo cual cambiaba la idea inicial del *Esboço*; por otra, porque no lograba terminar el proyecto

En consideración a estas tres etapas, se puede evidenciar cuál suerte corrió la excepción de incumplimiento en los diferentes códigos civiles. Haití, República Dominicana, Oaxaca, Bolivia y Costa Rica permanecieron fieles al modelo del Code Civil, por lo que en sus textos no se consagró expresamente la excepción de incumplimiento como un remedio autónomo frente al incumplimiento del contrato. Por ello, su aplicación y desarrollo en dichos ordenamientos siguió el método interpretativo que aquí se expuso para el Code Civil de 1804<sup>[321]</sup> y el Codice Civile de 1865<sup>[322]</sup>.

Por su parte, el Código de Andrés Bello fue influenciado de manera difusa por el *code Napoléon*<sup>323</sup>, en particular en lo que respecta a la parte de derecho de los contratos y las obligaciones<sup>324</sup>, lo cual evidencia la falta de una disposición general expresa sobre la excepción de incumplimiento. No obstante, existen normas que intentan garantizar el cumplimiento recíproco de las prestaciones en la disciplina del contrato de compraventa y de mandato<sup>325</sup>, y por medio de

---

en el plazo fijado, según sus nuevas pautas de unificación. Luego de varios intentos con otros distinguidos juristas brasileros, en 1899 el encargo de codificación queda en manos de CLÓVIS BEVILÁQUA, profesor de derecho comparado, quien termina el proyecto de código, el cual es aprobado solamente hasta 1916. Era un Código que se revelaba extremadamente conservador en temas del derecho de familia y, al mismo tiempo, marcado por el liberalismo en las soluciones dadas a las relaciones obligacionales con base en las ideas doctrinarias que se presentaban en Europa en el siglo XIX.

321 Ver *supra* Parte I, § 3.1.1.

322 Ver *supra* Parte I, § 3.1.3.

323 A. GUZMÁN BRITO, “La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas”, en *De la Codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004), Código de Bello (1855-2005)*, Santiago de Chile, 2005, 57 y ss., quien explica que, a partir del Código Civil de Chile de 1855, el Código Civil francés solamente sirvió de telón de fondo y de fuente de inspiración de normas concretas, que a menudo recibieron nueva redacción, a través de la cual se trataba de superar las oscuridades y los desajustes que la exégesis francesa había revelado.

324 A. GUZMÁN BRITO, “La sistemática de los códigos civiles de la época clásica de la codificación iberoamericana”, *Roma e america. Diritto romano comune*, n.º 19-20, 2005, 319; *id.*, *La codificación civil en iberoamérica*, cit., 369 y ss.; *id.*, “Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (II)”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 2, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1977, 103.

325 Según el artículo 1872, inciso 2, del Código Civil de Chile, el comprador tiene la facultad de suspender el pago cuando fuere turbado en la posesión de la cosa y si probare que existe contra él una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato. Por su parte, el artículo 1826, referido a la obligación de entregar

mecanismos de tutela aplicables a contratos sinalagmáticos como el caso de la cláusula resolutoria tácita<sup>326</sup>, de la cual puede deducirse la tutela suspensiva al deudor en el evento que se pretenda hacer efectiva dicha cláusula contrariando los parámetros que la buena fe ordena.

Todavía debemos agregar que a la influencia francesa en el sistema del contrato y de las obligaciones se suma la que también tuvo el derecho castellano, especialmente las Siete Partidas y del Proyecto de García Goyena, las primeras aún vigentes en Chile en el momento de la elaboración y promulgación del Código de Bello<sup>327</sup> y el segundo por ser un trabajo completo y modernizado que fue de utilidad al codificador<sup>328</sup>. En el derecho castellano, la *exceptio non adimpleti contractus* se encontró en una cierta tensión debido a que carecía de base legal (pues ni las Partidas –de fuerte fundamento romano, pero anteriores a las construcciones de los juristas medievales que generalizaron la aplicación de la *exceptio*– ni las normas posteriores la nombraban de modo alguno) y al mismo tiempo era conocida en la práctica con cierta variación en su nominación<sup>329</sup>. Dicha tensión desembocó en la desaparición de la figura

la cosa por parte del vendedor, permite la suspensión de su prestación en el supuesto que disminuya considerablemente la fortuna del comprador, de tal forma que pueda perder el precio. También, respecto al contrato de mandato, el artículo 2159 autoriza al mandatario para desistir de su encargo si el mandante no cumple con su obligación de proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato.

326 El legislador chileno reguló la condición resolutoria tácita, con carácter general, en el artículo 1489 que reza: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”. Esta misma norma se encuentra también contemplada en términos más o menos similares en las legislaciones civiles de otros países latinoamericanos: art. 1431 del Código Civil uruguayo, 1546 del Código Civil colombiano, 1360 del Código Civil salvadoreño, 1542 del Código Civil ecuatoriano, 1341 del Código Civil peruano, 775 del Código Civil boliviano, 1457 del Código Civil guatemalteco, 1184 del Código Civil de República Dominicana, 1101 del antiguo Código Civil venezolano, hoy sustituido por el 1873.

327 A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, cit., 103; *id.*, *La codificación civil en iberoamérica*, cit., 370.

328 L. RODRÍGUEZ ENNES, “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, cit., 721.

329 Se remite a B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, cit., 65-66 y n. 1, quien afirma que el conocimiento de la excepción de incumplimiento en el derecho castellano se debe a ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, tomo II, cap. VIII, n. 5, Madrid, 1794, 624: “ex quo deducitur et



en los textos jurídicos castellanos y en el silencio del Código Civil español respecto a la consagración de la *exceptio* como remedio general del contrato contra el incumplimiento, pues el derecho español siguió la orientación de la codificación francesa<sup>330</sup>. A pesar de ello, el derecho castellano conocía la figura de la compensación de moras, muy cercana a la excepción de incumplimiento y no reconocida en el derecho francés, en virtud de la cual se afirmaba que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes se encontraba en mora si el otro no cumplía o no se allanaba a cumplir con lo pactado. Dicha figura fue consagrada igualmente por Andrés Bello por medio del artículo 1552<sup>[331]</sup>, es decir, se estableció un mecanismo de tutela, diferente a la *exceptio*, que garantiza la protección del vínculo sinalagmático mediante la imposibilidad de

---

inferitur, quod licet hodie in nostro regno instrumenta guarentigia mandentur executione, et non possit contra ea opponi aliqua exceptio praeter contenta in legem ordinamenti. tamen potest opponi ista exceptio, scilicet quòd actor non tradidit, nec adimplevit ex sua parte”. En el texto se afirma que los contratos innominados son obligatorios y engendran acción, y por tanto a su cumplimiento no se puede oponer sino las excepciones conocidas en Derecho como la falta de tradición y la falta de cumplimiento del actor. Posteriormente, la excepción de incumplimiento fue citada con regularidad, con diferentes nombres y fórmulas, en los tratados jurídicos de otros autores haciendo referencia al texto de GÓMEZ. Afirma también RODRÍGUEZ-ROSADO que se citaba con autoridad la Glosa de GREGORIO LÓPEZ a la Partidas 5,6,3, en cuanto afirmaba que, si uno de ellos no cumple o demora el cumplimiento, será lícito al otro apartarse de lo contratado por faltar la causa.

330 Se precisa que la institución no era del todo desconocida. Los artículos 1466 y 1500 del Código español establecen que el comprador y el vendedor deben cumplir con sus obligaciones a la vez que la otra parte cumple con las suyas, esto es, el reconocimiento de la regla del cumplimiento simultáneo de las prestaciones de los contratos sinalagmáticos. Es una clara expresión de la fuerte influencia de la codificación civil napoleónica, en cuanto no consagró expresamente la *exceptio non adimpleti contractus* como remedio general del contrato, sino su aplicación particular en el contrato de compraventa; ver: B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, cit., 66. En efecto, en el proyecto F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, Madrid, 1852, 409, que inspiró el Código español, cuando se cuestiona sobre quién debe cumplir antes en la compraventa, el comprador o el vendedor, declara que “debe primero cumplir el que primero de ellos inste por el cumplimiento del contrato, pues de otro modo se le opondrá la excepción de contrato no cumplido por su parte, sin que el demandado tenga que probarla”.

331 Artículo 1552 del Código Civil chileno: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

constituir en mora a la contraparte en caso de incumplimiento recíproco del contrato<sup>332</sup>.

El Código Civil de Argentina de Vélez Sarsfield, por su fuerte base de derecho romano, estableció la excepción de incumplimiento en el artículo 1201<sup>[333]</sup> de manera expresa. Se consagra en términos similares a los expuestos en el testimonio de Ulpiano en D. 19.1.13.8<sup>[334]</sup>, en cuanto subordina la procedencia de la pretensión del actor que busca la ejecución de una prestación de un contrato bilateral a la correspondiente ejecución de la prestación a su cargo<sup>335</sup>. Norma que además se encuentra particularizada a lo largo del Código<sup>336</sup> y compagina con otros remedios del contrato que garantizan el equilibrio de la

332 En el mismo sentido, C. MEJÍAS ALONZO, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 40, n.º 2, 2013, 389 y ss.

333 Artículo 1201 del anterior Código Civil argentino: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofrecerse a cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

334 Ver *supra* § 1.3.1.

335 G. ALLENDE, “Artículo 1201 del código civil. Requisito necesario de la acción y no excepción de cumplimiento del contrato”, *Revista La Ley*, 72, 38-43; R. FORTE y A. DO CAMPO, “Algunos aspectos de la excepción de incumplimiento”, en *Revista La Ley*, 1990-c, 112 y ss.; J. MOSSET ITURRASPE, *Medios para forzar el cumplimiento*, Santa Fe, 1993, 18 y ss.; J. M. GASTALDI y E. CENTENARIO, “Excepción de incumplimiento contractual en el ámbito contractual”, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al prof. R. López Cabana*, Buenos Aires, 2001, 837 y ss.; J. MOSSET ITURRASPE y M. PIEDECASAS, “Artículo 1201”, en *Código Civil comentado: doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Artículos 1137-1216*, Santa Fe, 2004, 416-423.

336 Se hace referencia a los artículos 1418: “[E]l vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le hubiese pagado el precio”; 1425: “Si el comprador tuviese motivos fundados de ser molestado por reivindicación de la cosa, o por cualquier acción real, puede suspender el pago del precio, a menos que el vendedor le afiance su restitución”; 1426: “[E]l comprador puede rehusar el pago del precio, si el vendedor no le entregase exactamente lo que expresa el contrato, puede también rehusar al pago del precio, si el vendedor quisiese entregar la cosa vendida sin sus dependencias o accesorios, o cosas de especie o calidad diversa de la del contrato; o si quisiese entregar la cantidad de cosas vendidas por partes, y no por junto como se hubiese contratado”; 1418: “[S]i el comprador a dinero de contado, no pagase el precio de la venta, el vendedor puede negar la entrega de la cosa mueble vendida”; 1522: “[S]i por un caso fortuito o de fuerza mayor, el locatario es obligado a no usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar la cosa. Pero, si el caso fortuito no afecta

relación contractual, como la regla de ‘la mora purga la mora’ consagrada en el artículo 510<sup>[337]</sup> –norma gemela del artículo 1552 del Código de Bello–, el cual está inspirado, según las notas de Vélez Sarsfield, en el artículo 1907 del Código de Luisiana.

El Código Civil argentino de Vélez fue derogado por el Código Civil y Comercial de la Nación el primero de agosto de 2015. El nuevo Código Civil argentino entra en sintonía con los modelos más modernos del derecho comparado, por ello consagra una sección a la posibilidad de suspender el cumplimiento, la cual tiene como finalidad brindar herramientas que tienden a evitar o a disminuir los efectos nocivos del incumplimiento, en línea con la función preventiva en materia de responsabilidad civil. En el nuevo texto legal se consagra la excepción de incumplimiento en el artículo 1031<sup>[338]</sup>, ubicado en la sección 3 del capítulo 9, que trata los efectos del contrato, del título II que establece las disposiciones sobre el contrato en general. En dicha norma se denomina a la *exceptio* como la suspensión del cumplimiento del contrato, siguiendo la redacción que para tal efecto usan los instrumentos de armonización del derecho y del derecho comparado<sup>339</sup>. Restringe su campo

---

a la cosa misma sus obligaciones continuarán como antes”; 1636: “[E]l precio de la obra debe pagarse al hacerse la entrega de ella, si no hay plazos estipulados en el contrato”.

- 337 Artículo 510 del anterior Código Civil argentino: “En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”.
- 338 Artículo 1031 del Código Civil de Argentina: “Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación”. Sobre el particular, ver: C. A. HERNÁNDEZ, “Artículo 1032”, en *Código civil y comercial de la Nación comentado*, dirigido por R. L. Lorenzetti, t. VI, Santa Fe y Buenos Aires, 2015, 44 y ss.; R. STIGLITZ, “Artículo 1031”, en *Código civil y comercial de la Nación comentado*, dirigido por G. Caramelo, S. Picasso, M. Herrera, Buenos Aires, 2015, 434 y ss.; L. D. CROVI, “Artículo 1031”, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, comentado y dirigido por J. C. Riviera y G. Medina, t. III, Buenos Aires, 2015, 585 y ss.; J. J. FORMARO, “Artículo 1031”, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, dirigido por A. J. Bueres, 1, Buenos Aires, 2014, 594 y ss.
- 339 Ver *supra* § 3.2. *Cfr.* R. STIGLITZ, “Artículo 1031”, cit., 435. Además, vale mencionar que incluye como una novedad la tutela preventiva, siguiendo los modelos de los códigos

de aplicación a los contratos bilaterales, en los cuales sus prestaciones deban ejecutarse simultáneamente, desterrando la posibilidad de ser alegada la excepción frente al incumplimiento de un contrato sinalagmático de ejecución sucesiva<sup>340</sup>. Además, adiciona al texto que la suspensión del contrato puede ser alegada judicialmente por vía de acción o de excepción<sup>341</sup> y prevé la posibilidad de ser opuesta cuando la prestación se pacta a favor de varios sujetos, en el sentido que se suspende el cumplimiento en la medida del incumplimiento de cada contratante hasta tanto la prestación no sea ejecutada en su totalidad.

Por último, el Código Civil brasileño de 1916 consagra la excepción de incumplimiento contractual en el inciso primero del artículo 1092<sup>[342]</sup>, que

---

modernos. En efecto, el artículo 1032 dispone que una parte puede suspender su propio cumplimiento cuando sus derechos se vean amenazados de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia.

340 Según la doctrina argentina, el fundamento de la excepción radica en la interdependencia de las obligaciones surgidas de los contratos bilaterales, en virtud de la cual una prestación es el presupuesto de la otra. En este sentido, si las partes no han decidido de la forma como se ejecuta el contrato, se presume que rige el principio de cumplimiento simultáneo, en donde las partes han querido que el intercambio sucediese en un mismo y solo acto. *Cfr.* C. A. HERNÁNDEZ, “Artículo 1032”, cit., 46.

341 Al parecer, la norma recoge las dos teorías principales que se han construido respecto a la *exceptio non adimpleti contractus* en el derecho argentino respecto a los aspectos procesales. Es decir, puede ser tenida en cuenta como un requisito de la acción, de donde el juez puede de oficio rechazar, *in limine litis*, una demanda que no reúne los extremos exigidos, o se trata de una excepción dilatoria, opuesta al progreso de la acción, que debe ser ventilada en la causa, que acogida por el juez provoca el rechazo de la demanda, que, sin embargo, podrá ser nuevamente promovida cuando el accionante haya cumplido u ofrezca cumplir. Es en sí un derecho contrapuesto al pretendido por el actor. *Cfr.* J. MOSSET ITURRASPE y M. PIEDECASAS, “Artículo 1201”, cit., 420. En efecto, “no hay dudas de que esta interesante incorporación admite que quien se enfrente al incumplimiento de la contraparte en el marco de un contrato bilateral con prestaciones de ejecución simultánea, puede—superando una actitud meramente pasiva— accionar a fin de obtener el reconocimiento judicial de la suspensión”; ver: C. A. HERNÁNDEZ, “Artículo 1032”, cit., 47.

342 Artículo 1092 Código Civil del Brasil de 1916: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato, sobreviver a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfaze-la. Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”.

se encuentra en el capítulo v del título v, que corresponde a la disciplina de los contratos bilaterales. El artículo en su primer inciso establece la *exceptio non adimpleti contractus*, en el segundo la excepción por incumplimiento previsible y, por último, permite a la parte lesionada por el incumplimiento requerir daños y perjuicios. En el año 2002 el Código fue derogado y entró en vigor el Novo Código, el cual consagra igualmente en el artículo 476<sup>[343]</sup> la *exceção de contrato não cumprido*, en la Seção III del Capítulo II, que regula la extinción del contrato. El texto de la norma es casi el mismo<sup>344</sup> y solo cambia su ubicación en el código, lo cual evidencia que mientras en el antiguo era considerado, siguiendo las orientaciones de la Pandectística, una figura que permitía el correcto funcionamiento de los contratos bilaterales o como un efecto propio de tales contratos, en el Novo Código se percibe como un remedio contractual fundamentado en la buena fe objetiva –consagrada en los artículos 131<sup>[345]</sup> y 422<sup>[346]</sup>–, el cual permite un “contrato justo y con prestaciones equilibradas”<sup>347</sup>, es decir, un mecanismo que asegura las exigencias

---

343 Artículo 476 Novo Código Civil de Brasil: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

344 Cambia ‘*contraentes*’ por ‘*contratantes*’.

345 Artículo 113 Novo Código de Brasil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

346 Artículo 422 Novo Código Civil de Brasil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

347 A. WALD, “O novo código civil e a evolução do regime jurídico dos contratos”, *Roma e america. Diritto romano comune*, n.º 16, 2003, 87 y ss., en particular 97-98, en donde afirma, además, que en el actual Código Civil de Brasil se introduce la buena fe objetiva, la cual incumbe a todos los integrantes de la sociedad civil, y en particular a los contratantes. Considera que el nuevo código trató “de incluir en los contratos, tanto en la interpretación como en su construcción, deberes secundarios o derivados de información, consejo y cooperación, así como la prohibición de ciertas omisiones. Se crea, así, un deber de lealtad en la contratación y en la ejecución del contrato que está básicamente vinculado a nociones de confianza y de equilibrio”.

de buena fe y de equilibrio contractual concebido dinámicamente, y no solo estáticamente<sup>348</sup>, que entre otras cosas eran ya exigidas por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, con base en el derecho alemán<sup>349</sup>.

---

348 Sobre el particular, en la literatura brasileña se remite a R. DA GUIA SILVA, “Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual”, *Revista de Direito Privado*, v. 78, 2017, 43-83.

349 “En particular, el Código no innova con relación a la jurisprudencia que ya exigía la buena fe y el equilibrio concebido dinámicamente, al contrario de la posición anterior que solo se verificaba si las prestaciones eran adecuadas en el momento de la celebración del contrato. Para ello, el Supremo Tribunal Federal aplicó, por analogía, el artículo 242 del BGB, que exigía que los contratos fueran ejecutados de acuerdo con la voluntad real –y dinámica de las partes– y la confianza que depositaran una en la otra. Fue con base en el mencionado artículo que, antes de tener una legislación especial que tratara el asunto, los jueces alemanes admitían la llamada valorización de los créditos en virtud de la inflación. El ejemplo fue seguido por nuestro Supremo Tribunal Federal que, en *leading case* relacionado a la indexación de las indemnizaciones, invocó al derecho alemán y la interpretación de su jurisprudencia”. A. WALD, “O novo código civil e a evolução do regime jurídico dos contratos”, cit., 98.

PARTE II

EN COLOMBIA, LA INTERPRETACIÓN PREDOMINANTE DE LA  
*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* DESCONOCE LA  
FUNCIÓN DE PRESERVACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL,  
LA CUAL LE ES PROPIA DADA SU NATURALEZA, Y TIENDE A  
CONFUNDIRLA CON OTRAS FIGURAS DEL DERECHO CIVIL





CAPÍTULO I

*De la interpretación actual de la excepción  
de incumplimiento en el Código Civil colombiano*



SUMARIO: 1.1 En Colombia se adopta el modelo de Código Civil de Andrés Bello, el cual no consagra expresamente la *exceptio non adimpleti contractus*; sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han buscado su aplicación con base en las reglas de la ejecución simultánea de los contratos sinalagmáticos. 1.1.1 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina colombiana construyen la excepción de incumplimiento con base en una disposición normativa que no la expresa claramente. 1.1.1.1 La interpretación ‘clásica’ en la cual se afirma la consagración expresa de la excepción de incumplimiento en el artículo 1609 y se construye un modelo que intenta reunir difusamente los elementos de la *exceptio*. 1.1.1.2 La interpretación en la que se afirma la consagración de la excepción de incumplimiento en el artículo 1609; no obstante, se encuentra consagrada también la compensación de moras que impide el ejercicio de la acción de cumplimiento o de resolución por incumplimiento. 1.1.1.3 La interpretación según la cual el artículo 1609 no paraliza la acción de cumplimiento ni de resolución, sino que regula solamente la compensación de moras. 1.1.1.4 La interpretación según la cual el artículo 1609 prevé la resolución con base en el incumplimiento previo de la contraparte. 1.1.2 La jurisprudencia constitucional no se interesa por establecer la funcionalidad de la *exceptio*, sino por determinar los límites al ejercicio del remedio sinalagmático en consideración a la protección de los derechos fundamentales.

1.1 EN COLOMBIA SE ADOPTA EL MODELO DE CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO, EL CUAL NO CONSAGRA EXPRESAMENTE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*; SIN EMBARGO, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA HAN BUSCADO SU APLICACIÓN CON BASE EN LAS REGLAS DE LA EJECUCIÓN SIMULTÁNEA DE LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS

El modelo de Código Civil de Andrés Bello se difundió rápidamente por toda Iberoamérica, tanto por vía diplomática, debido al interés del Gobierno chileno de enviarlo a las distintas cancillerías por medio de sus embajadores, como por vías privadas<sup>350</sup>. Tal fue el caso de Colombia durante su proceso de codificación civil en la formación de la República<sup>351</sup>, pues en el año 1856

---

350 A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 374.

351 Luego de declarada la independencia en 1810 y de la disolución de la Gran Colombia en 1830 con la separación de Ecuador, se formó la Nueva Granada y se otorgó una Constitu-

Manuel Ancízar, quien había desempeñado la representación nacional ante el Gobierno de Chile y tuvo una amistad con Andrés Bello, solicitó copias del Código Civil chileno con el fin de tomarlo como modelo para la legislación civil colombiana<sup>352</sup>. La petición fue atendida sin dificultad<sup>353</sup> y el Código fue adoptado, progresivamente y con algunas modificaciones, por los diferentes

---

ción en 1832, 1843 y 1853; con esta última se fueron creando los estados sucesivamente –Panamá (1855), Antioquia (1856), Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar, Magdalena (1857)–, los cuales constituyeron posteriormente la Confederación Granadina (de 1858 a 1863) y los Estados Unidos de Colombia (de 1863 a 1886). Tanto en la Nueva Granada como en la Confederación Granadina y los Estados Unidos de Colombia se otorgaron facultades a los Estados para darse su propia constitución y códigos, por lo que cada Estado fue adoptando su código civil con total autonomía. T. E. TASCÓN, *Historia del Derecho Constitucional colombiano*, Bogotá, 2005, 17 y ss.; F. HINESTROSA, “Código Civil de Bello en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, Universidad Externado de Colombia, 2005, 5-27; A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 385 y ss.; F. MAYORGA GARCÍA, “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación en Colombia”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 14, 1991, 291-313.

- 352 En la carta de MANUEL ANCÍZAR a ANDRÉS BELLO solicitándole el envío del Código Civil, fechada el 10 de julio de 1856: “Entre las nuevas atribuciones que están a punto de conferirse a las grandes provincias que se organizarán dentro de un año con el nombre de Estados, se numera la de darse cada cual la legislación civil y penal que convenga. Pues bien, de varias partes me han manifestado el deseo de poseer el Código civil que Usted elaboró para Chile, y me han hecho el encargo de solicitarlo. Es seguro que Usted con su bondad genial, se prestará a satisfacer aquel deseo recomendable, pues se trata de aprovecharnos del saber de otros países y de preferir a cualesquiera otras doctrinas legales profesadas en nuestra Sur América, lo cual puede ser un primer paso dado hacia la apetecida unidad social de nuestro continente”; ver: F. MAYORGA GARCÍA, “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación en Colombia”, cit., 299.
- 353 Como se reporta en la Carta de ANDRÉS BELLO a MANUEL ANCÍZAR, con fecha del 11 de octubre de 1856. Ver: A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, t. II, Santiago de Chile, 1982, 393.

estados<sup>354</sup>, hasta que en 1887 fue declarado como el Código Civil aplicable a toda la Nación, en razón de la creación de la República unitaria en 1886<sup>[355]</sup>.

De la adopción del Código Civil colombiano a hoy se han introducido numerosas reformas<sup>356</sup>, de las cuales se pone en evidencia el valioso aporte de la

354 En 1857 los Estados de Cundinamarca y de Santander emprendieron comisiones para la elaboración de un código civil con base en el Código Civil de Chile, aprobaron dichos trabajos en 1859 y 1858, respectivamente, pero la entrada en vigor de los Códigos fue el 1 de enero de 1860 para el Estado de Cundinamarca y el 1 de julio de 1860 para el Estado de Santander. El Estado del Cauca lo adopta el 8 de octubre de 1859 y entró a regir el 20 de julio de 1860, tomando como modelo el Código Civil de Cundinamarca. En 1860 el Estado de Panamá expide su Código Civil, el cual comenzó su vigencia el 1 de marzo de 1862. El Estado de Bolívar expide dos códigos: el primero, el 1 de febrero de 1862 con vigencia a partir del 16 de julio de 1862; el segundo, el 22 de noviembre de 1883, siempre dentro del patrón del Código de Chile. Adoptan el Código Civil de Cundinamarca: (i) el Estado de Boyacá en noviembre de 1863 con vigencia desde el 10 noviembre de 1864; (ii) el Estado de Antioquia en septiembre de 1864, vigente a partir del 1 de enero de 1865; y (iii) el Estado del Magdalena —que se había anticipado a expedir un código civil en 1857, el código de Arosemena— en 1866, que entró a regir el 1 de febrero de 1867. Ahora, todos aquellos territorios que no estaban bajo el control de ningún Estado eran considerados los territorios de la Unión y administrados directamente por el Gobierno Nacional, para lo que se adoptó en 1873 como Código Civil de la Unión el Código Civil de Santander, que en últimas es el mismo Código Civil de Bello con algunas modificaciones. *Cfr.* F. MAYORGA GARCÍA, “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación en Colombia”, cit., 300 y ss.; A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 395 y ss.

355 En 1886 surge una nueva Constitución Política: se acaba con el sistema federal adoptado en la Constitución de 1863 y se configura una república unitaria. Sobre el particular se remite a T. E. TASCÓN, *Historia del Derecho Constitucional colombiano*, cit., 210 y ss. Posteriormente, el llamado Consejo Nacional Legislativo expide la Ley 57 de 1887 por medio de la cual se dispuso que rigiera en Colombia, noventa días después de la publicación de dicha ley, el Código Civil de la Nación sancionado en 1873.

356 Como lo pone en evidencia nuestro maestro F. HINESTROSA, existieron dos tipos de reformas al Código Civil, unas de carácter inmediato, como la Ley 153 de 1887, que estableció los linderos de la vigencia de la ley en el tiempo, sentó las pautas fundamentales de interpretación de la ley y aplicación de la ‘doctrina constitucional y las reglas generales del derecho’, aceptó la relevancia del contrato de promesa e introdujo algunas reformas en el régimen matrimonial y de familia; otras, en cambio, fueron introducidas por leyes o decretos reglamentarios constitucionalmente dotados de fuerza legal, los cuales modificaron sustancialmente la materia de matrimonio, filiación, régimen sucesoral, el estado civil de las personas, así como el régimen de derechos reales y, con menor

jurisprudencia al derecho de contratos y obligaciones. Este último tiene dos momentos cruciales<sup>357</sup>. El primero de ellos el que se presenta principalmente a mitad de los años treinta del siglo XX, pues se produjo “un movimiento vigoroso, político, social, económico y, por supuesto, jurídico, enderezado a incorporar a la modernidad un país que había venido aletargado”<sup>358</sup>, lo cual llevó a la

reforma constitucional de 1936, con la recepción de los principios solidaristas de León Deguit y el acogimiento de cláusulas de la Constitución de Weimar y de la República española, ante todo la función social de los derechos; y la renovación total de la Corte Suprema de Justicia en 1935, con el ingreso de una Sala de Casación Civil dispuesta a trabajar en equipo y a incorporar, divulgar y aplicar las tendencias recientes de buena fe, justicia, equilibrio prestacional y equidad en boga en Europa, especialmente en Francia<sup>359</sup>.

El segundo empieza con la Constitución de 1991, pues la aparición de una generosa carta de derechos fundamentales, una jurisdicción especializada para su salvaguardia y la creación de un mecanismo procesal de protección de tales derechos generaron que los institutos del derecho civil y el propio

---

envergadura, el derecho de obligaciones y contratos. Sobre el particular, se remite a F. HINESTROSA, “Código Civil de Bello en Colombia”, cit., 14 y ss.

357 Sobre el particular: D. E. LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, Bogotá, 2006, 295 y ss., quien afirma que la historia política y cultural de la jurisprudencia en Colombia cambió a lo largo del siglo XX en dos momentos, los que han originado nuevas reglas sustantivas de resolución de conflictos sociales y reacomodaciones notorias del poder relativo de las fuentes del derecho, en ambos casos a favor del aumento del poder formal de la jurisprudencia en los Altos Tribunales; sin que estos cambios puedan llamarse revolución.

358 F. HINESTROSA, “Código Civil de Bello en Colombia”, cit., 20.

359 F. HINESTROSA, “Código Civil de Bello en Colombia”, cit., 21. En el mismo sentido, A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil. Parte General y Personas*, t. 1, Bogotá, 2011, 79: “El Código Civil de 1873 y las leyes posteriores se encuentran profundamente complementados y corregidos en virtud de importantes ‘construcciones jurisprudenciales’, elaboradas en su mayoría por los magistrados que formaron parte de la Corte en el periodo de 1936 a 1940. Estos juristas supieron imprimir un nuevo ritmo a nuestras instituciones civiles mediante la inteligente y oportuna adaptación de las modernas doctrinas de los tribunales y autores franceses, en unos casos, o mediante la corrección y ampliación del sentido originario de muchos textos legales, en otros”.

Código Civil se vieran modificados o reinterpretados con el fin de responder a los nuevos idearios teóricos y constitucionales<sup>360</sup>.

Si bien dentro del texto del Código Civil colombiano no se encuentra la expresión *exceptio non adimpleti contractus*, ni hay norma legal en los términos, por ejemplo, del artículo 1460 del *codice civile* o del § 320 del BGB, en la que pudiéramos deducir fácilmente la recepción de la excepción de incumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia colombiana desde los años treinta menciona la excepción de incumplimiento contractual por medio de modelos de interpretación sistemática, al mismo tiempo libre, pero

---

360 Sobre la incidencia de la Constitución de 1991 en el derecho privado en todas sus áreas, consultar: AA. VV., *Constitucionalización del derecho privado. Actas del tercer congreso internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, Bogotá, 2007. El maestro F. HINESTROSA, “Código Civil de Bello en Colombia”, cit., 24, sostiene que “al elenco de vías de modificaciones del Código Civil cabe agregar últimamente varias declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos suyos por resultar, a juicio de la Corte Constitucional, contrarios a los principios de la Carta de 1991: inconstitucionalidad sobrevenida”, por ejemplo la declaratoria de inconstitucional de la norma que consideraba incapaces, para celebrar un negocio jurídico, a los sordomudos que no pudieran darse a entender por escrito –Sentencia C-089 de 2002–, o aquella disposición que impedía a la mujer contraer nuevas nupcias cuando se encontrara en estado de embarazo –Sentencia C-1440 de 2000–. Además, C. I. VARGAS HERNÁNDEZ, “La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 8, Universidad Externado de Colombia, 2005, 5 y ss., en particular 10 y ss., resalta cómo varios principios generales del derecho, y clásicos del derecho civil, fueron elevados a rango constitucional, y por ello han tenido repercusiones en materia constitucional. La constitucionalización del principio de la buena fe –artículo 83– y el abuso del derecho –artículo 95– se erigen como límites materiales al poder de configuración normativa del Congreso de la República de Colombia, que, en caso de ser violados por alguna norma, conducen a ser declarados inexequibles por la Corte Constitucional. También obligan a que todos los operadores jurídicos interpreten las normas en el sentido que resulte más adecuado a tales principios; y en caso de ausencia de norma, vinculan la interpretación constitucional de modo que pueda ser decidida la controversia en armonía con el sistema jurídico. Una de las razones, como lo ha explicado la misma Corte Constitucional en Sentencia T-426 de 1992, se debe al paso de un Estado netamente garantista de los derechos, cuya obligación principal consistía en respetar las prohibiciones de no hacer previstas en el ordenamiento jurídico, a un Estado corrector de los desequilibrios y desigualdades del orden social, obligado a velar por la efectiva protección de los derechos de las personas, mediante el acatamiento de los mandatos categóricos e imperativos de hacer y de dar, previstos en la Constitución.

sin olvidar el límite que impone la escuela de la exégesis<sup>361</sup>; con la finalidad de que el derecho respondiera a las necesidades de una sociedad más moderna y con un tráfico comercial e industrial en aumento, que reflejara la moralización y relativización de los derechos<sup>362</sup>, y posiblemente influenciada por la doctrina francesa<sup>363</sup>, puesto que para la época la obra de Cassin, *L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, había sido publicada ya<sup>364</sup>.

---

361 F. HINESTROSA, “Código Civil de Bello en Colombia”, cit., 21. En efecto, D. E. LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, cit., 304 y ss., explica que, para la doctrina jurisprudencial de entonces, era fundamental determinar las reglas del derecho civil vigentes, ya que no todas ellas eran deducibles ni del Código ni de la idea liberal de cerramiento del sistema por el cual “todo lo que no está prohibido, está permitido”.

362 J. PADILLA, N. RUEDA, M. ZAFRA, “Labor creadora de la jurisprudencia de la ‘Corte de Oro’. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 26, Universidad Externado de Colombia, 2014, 107 y ss. De hecho, D. E. LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, cit., 307 y ss., afirma que el estilo de la jurisprudencia de los años treinta de la Corte de Casación Civil colombiana tenía algunas particularidades, entre ellas, (i) la constante afirmación de las nuevas circunstancias sociales, económicas e ideológicas que vivía el país, y por ende la necesidad de ‘renovar’ el derecho a la vida moderna, y (ii) la moralización y la relativización de los derechos, los cuales se convierten en una manera de expresar ese cambio ideológico fundamental de la época; de modo tal que, sin desquiciar el sistema liberal, la jurisprudencia empezó a crear doctrinas en las que se frenaran los abusos cometidos bajo el amparo de las potestades individuales, para que se humanizara y se socializara el derecho. Y en efecto se comenzó a revisar los roles de los actores del contrato: se reivindica el papel del deudor frente al acreedor, o el del contratista débil frente al poderoso; y se abraza con entusiasmo la teoría de la imprevisión o del abuso del derecho.

363 Remitimos a la reflexión del profesor E. CORTÉS, “L’influenza del diritto italiano in Colombia”, en *Il modello giuridico –scientifico e legislativo– italiano fuori dell’Europa*, a cura di S. Lanni e P. Sirena, Nápoles, 2013, 169-170, cuando afirma que “en el periodo sucesivo a la adopción del Código Civil de Andrés Bello en el 1858 y hasta la primera mitad del siglo XX, la principal influencia doctrinaria era de origen francés, no solo por lo que significaba Francia en el contexto mundial, sino por la fuerte huella que había dejado el *code civil* en los códigos latinoamericanos. [...] La doctrina francesa era utilizada a la época no como referencia de derecho comparado, sino como fundamento directo de las decisiones, o sea como una verdadera y propia doctrina nacional, muchas veces incluso sin consideración de las diferencias entre la solución regulada por el Código francés y el Código de Bello”.

364 Incluso, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de diciembre de 1982, *Gaceta Judicial*, t. CLXV, 344, afirma que se trasplantó a Colombia, sin modi-



En efecto, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado pacíficamente que la excepción de incumplimiento contractual es un “derecho de defensa, legítima defensa privada, actitud preventiva y transitoria, de la parte que, siendo acreedora a la vez que deudora, se encuentra en riesgo de perder su prestación, porque la contraparte no cumple ni se allana a cumplir”<sup>365</sup>. Considerada además como un mecanismo que asegura en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes, realiza el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de los compromisos surgidos de las convenciones bilaterales y, por ende, permite la correcta ejecución de tales contratos<sup>366</sup>.

No obstante lo anterior, con relación al reconocimiento de la *exceptio non adimpleti contractus* en el Código Civil colombiano y su interpretación jurisprudencial y doctrinal, se pregunta ¿cuál ha sido la base normativa en la que se apoya dicho remedio contractual?, ¿cómo ha sido interpretada por los operadores jurídicos y su doctrina? y ¿tal interpretación recoge todos los elementos que configuran la *exceptio* y que fueron heredados por la tradición del derecho civil? Preguntas que se proponen bajo el imperio de un código que conocía la excepción de incumplimiento, en cuanto enarbola principios de justicia, buena fe, equidad, solidaridad y protege las reglas del equilibrio, protección a la palabra dada y del buen funcionamiento del contrato, mas no la conocía en su configuración actual, pues han sido la jurisprudencia y el estudio atento del derecho comparado los que la han construido como hoy se presenta<sup>367</sup>.

---

ficación alguna, toda la doctrina francesa sobre la excepción de contrato no cumplido cuando se vio de frente a la figura en un fallo de 1897.

365 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones. II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 931.

366 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de febrero de 1936, *Gaceta Judicial*, t. XLIII, 340-345.

367 En particular, hacemos referencia a los modelos adoptados en el Codice Civile (artículo 1460) o en el BGB (§ 320), pues son los que recogen todos los elementos que la tradición civil le ha diseñado a la excepción de incumplimiento.

I. I. I LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE  
JUSTICIA Y LA DOCTRINA COLOMBIANA CONSTRUYEN  
LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CON BASE EN UNA  
DISPOSICIÓN NORMATIVA QUE NO LA EXPRESA CLARAMENTE

El artículo 1609 del Código Civil colombiano dispone: “[E]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Norma que ha servido como fundamento para configurar y justificar la existencia de la *exceptio non adimpleti contractus* en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto por la doctrina<sup>368</sup> como por la jurisprudencia colombiana a partir de la Sentencia de Casación Civil del 7 diciembre de 1897 de la Corte Suprema de Justicia<sup>369</sup>.

---

368 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones. II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, cit., 934; G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, 2014, 576-580; F. CANOSA TORRADO, *La resolución de los contratos*, Bogotá, 2013, 249 y ss.; P. MORENO CRUZ, “Los límites de la *exceptio inadimpleti contractus*: la ‘buena’, la ‘mala’ y la ‘fea’ excepción de contrato no cumplido”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, Universidad Externado de Colombia, 2013, 133-155; F. MANTILLA ESPINOSA, “La excepción de inejecución”, en *Los contratos en el Derecho Privado*, F. Mantilla y F. Ternera –directores–, Bogotá, 2009, 277 y ss.; R. ROMERO SIERRA, “Tratamiento jurisprudencial del incumplimiento en los contratos bilaterales”, en *Derecho de las obligaciones*, I, Bogotá, 2009, 623 y ss.; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones*, Bogotá, 2008, 310; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones. I. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, 2007, precisamente en 234, 452, 564, 614, 899-901; A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil. De las obligaciones*, t. III, Bogotá, 2004, 341 y ss.; M. GAMBOA SEPÚLVEDA, “La condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro código civil y en la jurisprudencia comparada”, en *Tendencias modernas del derecho civil. Propuestas de reforma a la legislación civil*, Bogotá, 1989, 287 y ss.; A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, v. I, Bogotá, 1959, 45 y 181.

369 Sentencias de casación que han interpretado la excepción de incumplimiento a partir del artículo 1609 del Código Civil colombiano: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de diciembre de 1897, *Gaceta Judicial*, t. XIII, 198-200; Sentencia de 29 de febrero de 1936, *Gaceta Judicial*, t. XLIII, 340-345; Sentencia de 23 de septiembre de 1938, *Gaceta Judicial*, t. XLVII, 240-246; Sentencia de 18 de noviembre de 1938, *Gaceta Judicial*, t. XLVII, 332-336; Sentencia de 2 de febrero de 1940, *Gaceta Judicial*, t. XLIX, 40-56; Sentencia de 24 de octubre de 1940, *Gaceta Judicial*, t. L, 381-388; Sentencia de 23 de marzo de 1943, *Gaceta Judicial*, t. LV, 67-72; Sentencia de 13 de diciembre de 1944, *Gaceta Judicial*, t. LVIII, 184-193; Sentencia de 1 de marzo de 1946,

Sin embargo, su interpretación no ha sido del todo clara. Por un lado, la lectura fiel del artículo 1609 no induce a decir con total certeza que la excepción de incumplimiento sea la facultad de rehusarse a cumplir su prestación hasta tanto la otra parte no cumpla con su contraprestación. Por otro lado, el campo de aplicación de la norma se ha limitado a los casos en los cuales se busca dar una solución satisfactoria a los contratos sinalagmáticos mutuamente incumplidos, pues se cree que la norma consagra un mecanismo de defensa que se articula con la pretensión del actor de resolver el contrato por incumplimiento o requerir el cumplimiento contractual, es decir, como un remedio que opera a la luz, o en consideración a la aplicación o menos, de otro tipo de remedio.

Esta situación ha generado diferentes interpretaciones, en particular en la jurisprudencia<sup>370</sup>, respecto a la operatividad y eficacia del artículo 1609 Código

---

*Gaceta Judicial*, t. LX, 63-75; Sentencia de 25 de marzo de 1950, *Gaceta Judicial*, t. LXVII, 128; Sentencia de 23 de enero de 1951, *Gaceta Judicial*, t. LXIX, 9-25; Sentencia de 25 de febrero de 1952, *Gaceta Judicial*, t. LXXI, 124-128, Sentencia de 17 de septiembre de 1954, *Gaceta Judicial*, t. LXXVIII, 625-629; Sentencia de 2 de mayo de 1957, *Gaceta Judicial*, t. LXXXV, 57-61; Sentencia de 3 de mayo de 1957, *Gaceta Judicial*, t. LXXXV, 62-72; Sentencia de 2 de junio de 1958, *Gaceta Judicial*, t. LXXXVIII, 36-40; Sentencia de 15 de diciembre de 1973, *Gaceta Judicial*, t. CXLVII, 154-170; Sentencia de 18 de marzo de 1977, magistrado ponente: Alberto Ospina Botero –no publicada–; Sentencia de 23 de junio de 1978, magistrado ponente: Humberto Murcia Ballén –no publicada–; Sentencia de 29 de noviembre de 1978, *Gaceta Judicial*, t. CLVIII, 298-299; Sentencia de 5 de noviembre de 1979, *Gaceta Judicial*, t. CLIX, 306 y ss.; Sentencia de 7 de diciembre de 1982, *Gaceta Judicial*, t. CLXV, 343-345; Sentencia de 13 de diciembre de 1983, *Gaceta Judicial*, t. LXXXVIII, 620-629; Sentencia de 16 de julio de 1985, *Gaceta Judicial*, t. CLXXX, 254; Sentencia de 18 de septiembre de 1989, magistrado ponente: Rafael Romero Sierra –no publicada–; Sentencia de 4 de marzo de 1991, *Gaceta Judicial*, t. CCVIII; Sentencia de 1 de diciembre de 1993, exp. 4023; Sentencia de 17 de mayo de 1995, exp. 4512; Sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 5478; Sentencia de 4 de septiembre de 2000, exp. 5420; Sentencia de 21 de septiembre de 2000, exp. 6140; Sentencia de 9 de marzo de 2001, exp. 5659; Sentencia de 26 de octubre de 2001, exp. 5942; Sentencia de 16 de mayo de 2002, exp. 6877; Sentencia de 12 de diciembre de 2006, exp. 1999-00238; Sentencia de 4 de julio de 2013, exp. 2008-00216-01; Sentencia de 8 de abril de 2014, exp. 00138; Sentencia de 24 de julio de 2015, exp. SC9680-2015.

370 Según M. GAMBOA SEPÚLVEDA, “La condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro código civil y en la jurisprudencia comparada”, cit., 302, quien afirma solo dos épocas en la interpretación del artículo 1609 del Código Civil colombiano, siempre en relación con el 1546 que establece la resolución por incumplimiento. En la lectura que hace de la jurisprudencia ve una interpretación clásica, en virtud de la cual todos los problemas del incumplimiento

Civil. En efecto, se ha considerado (i) que la norma consagra expresamente la excepción de incumplimiento, (ii) que constituye el presupuesto de aplicación de la acción resolutoria o de cumplimiento contractual, (iii) que regula el incumplimiento recíproco con particular atención a la compensación de moras y (iv) que prevé la posibilidad de resolver los contratos bilaterales en caso de incumplimiento recíproco.

I. I. I. I LA INTERPRETACIÓN ‘CLÁSICA’ EN LA CUAL SE AFIRMA LA CONSAGRACIÓN EXPRESA DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL ARTÍCULO 1609 Y SE CONSTRUYE UN MODELO QUE INTENTA REUNIR DIFUSAMENTE LOS ELEMENTOS DE LA *EXCEPTIO*

Una primera interpretación sobre el artículo 1609 consiste en afirmar la expresa consagración de la excepción de incumplimiento. Esta interpretación no se detiene a explicar el contenido literal de la norma, ni hace una comparación entre el texto normativo y la figura en sí misma considerada para establecer dicha consagración. Simplemente afirma que la *exceptio* se encuentra prevista en el artículo 1609 y expone las características más relevantes, su fundamento, operatividad y efectos.

La doctrina ha considerado la *exceptio* como una figura de aplicación general de los contratos bilaterales, ha reconstruido sumariamente su historia, sus reglas y particularidades –por lo general, a la luz del derecho europeo, en especial Alemania y Francia–. Sin embargo, la excepción ha sido percibida, por una parte, como un mecanismo de tutela, prevalentemente procesal, cuya función consiste en paralizar la resolución por incumplimiento; por otra parte, como una figura que se sobrepone a otras figuras afines, como es el caso del derecho de retención y la compensación de moras.

En cambio, en la jurisprudencia, la edificación de la *exceptio non adimpleti contractus* ha ido consolidándose paso a paso, lo cual ha generado que las explicaciones sobre la figura difieran de una sentencia a otra, en cuanto no hay univocidad en identificar el tipo de fundamento, los efectos respecto al contrato, o su funcionalidad.

---

recíproco del contrato podrían solucionarse con la aplicación de las mencionadas normas. En la segunda época la Corte formula nuevas y encontradas tesis con el fin de darles solución a los contratos mutuamente incumplidos.

Se parte de una importante Sentencia de Casación del 29 de febrero de 1936<sup>[371]</sup>, cuyos fundamentos de derecho son repetidamente invocados por la jurisprudencia sucesiva<sup>372</sup>. Para introducir la institución de la *exceptio non adimpleti contractus* la Corte sostiene que existen “reglas jurídicas especiales de los contratos sinalagmáticos –tendientes todas ellas a conservar la simetría contractual exigida por la reciprocidad o la correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral–”<sup>373</sup>, las cuales se explican por la noción de causa de las obligaciones. Luego afirma que entre dichas reglas<sup>374</sup> se encuentra una consistente en que “las obligaciones recíprocas de las partes deben ser ejecutadas simultáneamente, a menos que, por excepción, los contratantes hayan pactado otra cosa o la naturaleza de la convención se oponga a ello; de tal manera que si la ley o el contrato no prevén lo contrario, ninguno de los contratantes está obligado a efectuar su prestación antes que el otro”. Señala que tal regla es reconocida como la *exceptio non adimpleti contractus*, sin consagración expresa en el *Code Civil*, reconocida de manera explícita por el artículo 1609 del Código Civil colombiano y reglamentada muy técnicamente por los códigos más modernos, como el alemán y el suizo.

---

371 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de febrero de 1936, *Gaceta Judicial*, t. XLIII, 340-345.

372 Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de noviembre de 1938, *Gaceta Judicial*, t. XLVII, 332-336; Sentencia de 2 de febrero de 1940, *Gaceta Judicial*, t. XLIX, 40-56; Sentencia de 13 de diciembre de 1944, *Gaceta Judicial*, t. LVIII, 184-193; Sentencia de 23 de enero de 1951, *Gaceta Judicial*, t. LXIX, 9-25.

373 En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de septiembre de 1989, magistrado ponente: Rafael Romero Sierra –no publicada–: el artículo 1609 del Código Civil “consagra una de las principales consecuencias que se desprenden de la reciprocidad de las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales y de la regla sobre ejecución simultánea de las mismas”.

374 Las otras reglas a las que hace relación son: (i) “Si uno de los contratantes rehúsa o descuida ejecutar su obligación, el otro puede pedir judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de éste, con indemnización de perjuicios, siendo de advertir que este derecho de opción, como consecuencia que es de la noción de causa, está condicionado por el sentido de ésta”; (ii) “Si un acontecimiento de fuerza mayor impide a uno de los contratantes ejecutar su obligación, el otro queda libre de la suya, salvo el caso del artículo 1607 del Código Civil, texto este que, por una imperfecta adaptación del principio *res perit domino*, contraía las reglas de la simetría contractual en los contratos sinalagmáticos”. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de febrero de 1936, *Gaceta Judicial*, t. XLIII, 340-345.

Además, se afirma en la sentencia en cita que mediante la excepción “cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar la prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación”, lo cual podría “dejar indefinidamente en una situación de incertidumbre, sobre las intenciones de la otra parte, al contratante listo a ejecutar –quien se vería expuesto así al peligro de que un día cualquiera se le exigiera sorpresivamente la ejecución prometida–”; para evitar dicha situación, se reconoce a favor de quien excepciona el derecho a resolver su vínculo contractual. Es decir:

cuando un contratante no ejecuta su obligación el otro no se encuentra ante el dilema de demandar la resolución o emplear las vidas judiciales de ejecución forzada. Tiene un tercer camino: rehusar, provisionalmente, la ejecución hasta el día en que la otra parte ejecute su obligación, o, en otras palabras: no ejecutar sino ‘dando y dando’. Así mismo, el contratante que se protege con la *exceptio non adimpleti contractus* no se coloca en peligro de permanecer indefinidamente en una situación de incertidumbre. Para ponerle término a esta, puede, cuando el co-contratante esté en mora, demandar la resolución, o sea la declaración judicial en virtud de la cual queda relevado de su compromiso por razón de la inexecución del compromiso del co-contratante<sup>375</sup>. Pero claro está que mientras la resolución no se pronuncie –ya porque no se intente la acción respectiva, ya porque no haya fundamento siquiera para alegarla– solamente la prescripción puede, por principio general, ponerle término al derecho de cada uno de los contratantes para exigir la ejecución de la obligación del otro.

Por su parte, la Corte mediante Sentencia del 23 de septiembre de 1938<sup>[376]</sup> evidencia otros elementos característicos de la *exceptio non adimpleti contractus*,

---

375 Cfr. M. GAMBOA SEPÚLVEDA, “La condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro código civil y en la jurisprudencia comparada”, cit., 302. Afirma que para esa época se “enseñaba invariablemente que la acción resolutoria procedía de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, solo respecto de contratos sinalagmáticos cuando se intentaba por el contratante cumplido frente al contratante incumplido, entendiéndose por contratante cumplido el que efectivamente había satisfecho sus obligaciones o había ofrecido cumplir en oportunidad, y por contratante incumplido el que se había constituido en mora”. Jurisprudencia que confirma dicha tesis: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de febrero de 1936, *Gaceta Judicial*, t. XLIII, 340-345.

376 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de septiembre de 1938, *Gaceta Judicial*, t. XLVII, 240-246.

siempre con base en el artículo 1609. Afirma que dicho artículo contempla la *exceptio* como “un caso de derecho de retención”, en virtud del cual se faculta al contratante convenido a rehusarse al pago provisionalmente, “resistiendo así el cumplimiento y reteniendo la prestación de lo que debe mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir lo que le corresponda”. De esta manera, y sin intervención de la justicia, puede igualmente una de las partes hacer presión sobre la otra para conseguir el pago, sin correr el riesgo de la inejecución definitiva de lo pactado o de la insolvencia de su contraparte. Considera que esta facultad se fundamenta en notorios principios de justicia y equidad<sup>377</sup>, así como en la buena fe con que deben ejecutarse los pactos<sup>378</sup>.

La sentencia citada revela también la función dilatoria y preservativa del contrato de la excepción, pues expresa que la *exceptio* se encamina a “suspender o retardar temporalmente la pretensión del adversario”; así, la parte demandada no quiere con ella la resolución del contrato sino, al contrario, el mantenimiento de este con el fin de permitir su ejecución recíproca y completa. Afirma además que “el excepcionante no queda por ello exonerado de su deuda, no es el de desestimar la demanda sino el de condenar al demandado a prestar lo de su cargo simultáneamente a la contraprestación del demandante. La sentencia, pues, debe pronunciar que el reo ha de hacer su prestación al recibir la contraprestación del actor”<sup>379</sup>. Sin embargo, la Sentencia del 23 de marzo de 1943<sup>[380]</sup>, que además evidencia también el carácter dilatorio de la

---

377 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 diciembre 1973, *Gaceta Judicial*, t. CXLVII, 163.

378 En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de septiembre de 1954, *Gaceta Judicial*, t. LXXVIII, 625-629; Sentencia de 18 de septiembre de 1989, magistrado ponente: Rafael Romero Sierra—no publicada—; Sentencia de 4 de marzo de 1991, *Gaceta Judicial*, t. CCVIII.

379 Esta citación es fuertemente influenciada por las construcciones del derecho alemán, en particular de los tratadistas L. ENNECCERUS y H. LEHMANN, *Tratado de las obligaciones*, trad. esp. B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, Barcelona, 1966, § 257, y A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1999, n. 63, quienes con base en el § 322 BGB afirman que el demandado en ejecución de un contrato sinalagmático no podrá negarse a cumplir mientras se le pague a él la contraprestación correspondiente.

380 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de marzo de 1943, *Gaceta Judicial*, t. LV, 67-72.

*exceptio*<sup>381</sup>, contradice la última parte citada de la sentencia anterior cuando expresa que “la fórmula de la sentencia no puede ser la de que se condene al demandado a cumplir lo de su cargo simultáneamente a las prestaciones correspondientes a sus demandantes según el contrato, porque esta forma de condena condicional (pues equivale a decir el reo no cumpla mientras el actor no cumpla, o cumpla si el otro cumple) no encaja dentro de nuestro sistema jurídico contractual”, en el cual es necesario constituir en mora al deudor para que la prestación sea exigible, y según el tenor del artículo 1609 ninguno de los contratantes está en mora mientras su contraparte no cumpla o no se allane a cumplir sus prestaciones. En palabras de la Corte, “sería jurídicamente irregular la condena al pago de una obligación sin exigibilidad”.

En esta última sentencia, además, se aclara que para que pueda oponerse eficazmente la excepción de contrato no cumplido no se requiere que el excepcionante haya cumplido o se allane a cumplir por su parte las obligaciones que le corresponden; si no, sería la “negación jurídica de la *exceptio non adimpleti contractus*”<sup>382</sup>. Lo que en verdad es necesario, precisa la sentencia, es “proceder con buena fe, porque de otro modo la excepción debe ser rechazada y condenar al reo a cumplir la prestación demandada”<sup>383</sup>.

---

381 Que también es confirmada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de septiembre de 1954, *Gaceta Judicial*, t. LXXVIII, 625-629: “No persigue la exoneración de la deuda sino suspender o retardar la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales”.

382 En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 13 de diciembre 1983, *Gaceta Judicial*, t. LXXXVIII, 620-629. Al contrario, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de noviembre de 1978, *Gaceta Judicial*, t. CLVIII, 298-299, en una sentencia muy cuestionable y confusa, elabora unas hipótesis en las que sería procedente la excepción de incumplimiento. En ellas menciona que la figura dilatoria podría ser alegada por el demandado cuando (i) el demandante no haya cumplido las suyas cuando debía hacerlo de primero, o (ii) si el demandante no ofreció el pago ni estuvo listo a hacerlo en la forma y tiempos debidos, mientras el demandado sí hizo ambas cosas.

383 En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de septiembre de 1954, *Gaceta Judicial*, t. LXXVIII, 625-629: “Para proponer eficazmente la excepción de contrato no cumplido, sólo se requiere: a) que el excepcionante obre de buena fe; y b) que no esté obligado a ejecutar primero sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo. Que, en cambio, para que la mencionada excepción sea procedente no se exige que el excepcionante demuestre que ha cumplido o se ha allanado a cumplir las obligaciones que le corresponden; tal



Luego, la Corte reitera insistentemente el valor de la excepción cuando produce efectos perentorios frente a las acciones de cumplimiento y resolución. En efecto, en la Sentencia del 13 de diciembre de 1944<sup>[384]</sup> se afirma que “el recuerdo que se ha hecho de las nociones que condicionan y gobiernan el mecanismo de la *exceptio non adimpleti contractus*, hace ver que tal defensa no puede operar en realidad sino en presencia de una de las dos acciones que el incumplimiento de uno de los contratantes hace surgir opcionalmente en los contratos bilaterales a favor del contratante que sí ha cumplido o está presto a cumplir las prestaciones que le corresponden”. Es decir, se considera que la conexión entre los remedios contractuales está determinada por el hecho de que la *exceptio* sirve para atajar las consecuencias negativas del remedio resolutorio o conminatorio al cumplimiento, generando una situación indefinida entre las partes respecto a la ejecución simultánea de las prestaciones del contrato<sup>385</sup>.

---

exigencia constituiría un absoluto desconocimiento de los principios que informan la excepción”. Tesis también confirmada por: Sentencia de 18 de septiembre de 1989, magistrado ponente: Rafael Romero Sierra –no publicada–; Sentencia 4 de marzo de 1991, *Gaceta Judicial*, t. CCVIII. Se resalta la Sentencia de 15 diciembre de 1973, *Gaceta Judicial*, t. CXLVII, 163, que afirma que el requisito de la buena fe para hacer valer la excepción consiste en que “un contratante a quien se le exige la ejecución de sus compromisos, no puede resistirse a pagar su prestación fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíprocas necesarias en la ejecución de los contratos”.

384 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de diciembre de 1944, *Gaceta Judicial*, t. LVIII, 184-193. También en la Sentencia de 25 de febrero de 1952, *Gaceta Judicial*, t. LXXI, 124-128, en consideración a un caso de compraventa, se sostuvo: “el vendedor no ha satisfecho las obligaciones que como a tal le corresponden, y entre las que ciertamente se hallan las fundamentales de entregar la cosa vendida y sanear la venta, el comprador no está en mora de cumplir con las suyas –entre ellas, la primordial de pagar el precio– ni puede por consiguiente demandársele válidamente su ejecución”. Más recientemente, Sentencia de 31 de mayo de 2010, exp. 05178.

385 Al contrario, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 1957, *Gaceta Judicial*, t. LXXXV, 62-72, afirma la conexión entre los dos remedios, en el entendido que la resolución permite fortalecer aquello que la *exceptio* debilitó, pues en su parecer la excepción de contrato no cumplido ‘relaja’ el vínculo contractual. En otras palabras, afirma que la consagración de la *exceptio non adimpleti contractus* en el 1609 es un instrumento de seguridad jurídica ideado por los canonistas, el cual permite dar firmeza al vínculo contractual, protege la simetría y el equilibrio de las prestacio-

También, la preocupación de la jurisprudencia ha sido establecer cuándo tenía cabida la excepción de incumplimiento, por ello ha afirmado insistentemente que la *exceptio* requiere,

en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra<sup>386</sup>. En segundo lugar, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación. Esta condición emana de los principios mismos en que se funda la excepción de incumplimiento, porque una de las partes no puede prevalerse de la regla de la igualdad, si la naturaleza del contrato o un pacto expreso le impone el cumplimiento de su prestación antes que el de la otra. Por tanto, este medio de defensa es improcedente si la contraparte ya ha realizado su prestación, o si se pacta el cumplimiento de la obligación de una parte antes que el de la otra<sup>387</sup>.

---

nes y ampara el sentido económico de cambio de bienes y servicios; sin embargo, no es suficiente para proteger el *pacta sunt servanda*, pues en la práctica el “dando y dando” o “*dot ut des*” quitan firmeza al vínculo contractual, ya que las partes viven a la expectativa de que su contraparte cumpla con lo pactado. Es por ello que se les da la facultad a los contratantes de también solicitar la acción resolutoria que, alternativamente, permite pedir el cumplimiento de la prestación pactada o la extinción o terminación del vínculo contractual, confirmando tanto la firmeza de los contratos como la urgencia de las partes de definir su situación frente al contrato.

En esta misma sentencia se afirma que el medio defensivo consagrado en el artículo 1609 tiene solo efectos jurídicos frente a la acción de cumplimiento y no sobre la resolución. Afirma “sus efectos jurídicos en la litis no impiden propiamente el pronunciamiento de un fallo resolutorio, sino que crea una situación indefinida entre las partes, que suspende o define la acción resolutoria”. Sostiene además que la excepción “prospera es en el caso en que, en lugar de demandar la resolución, se suplica el cumplimiento de las prestaciones, súplica que se interfiere precisamente con dicha excepción. En la acción resolutoria, en cambio, se pide es la terminación del contrato, con fundamento en dicho incumplimiento, porque la parte desfavorecida con el incumplimiento prefiere liberarse del nexo convencional”.

386 En efecto, la jurisprudencia recientemente ha negado la posibilidad de aplicar el remedio sinalagmático a contratos unilaterales: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de diciembre 2006, exp. 00238, y Sentencia de 4 de julio de 2013, exp. 00216. Contrario a esta postura de la jurisprudencia: M. L. NEMEVILLAREAL, “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos”, cit., 423.

387 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973, *Gaceta Judicial*, t. CXLVII, 163. En el mismo sentido, Sentencia de 18 de marzo

En síntesis, bajo esta interpretación se construye la excepción de incumplimiento contractual de manera difusa y poco sistemática. Se sostiene que la *exceptio* se perfila como una regla típica aplicable a los contratos sinalagmáticos, justificada por la noción de causa o por la buena fe, con efectos netamente perentorios frente al requerimiento de cumplimiento o resolución por incumplimiento. Puede ser opuesta cuando se tiene la intención de cumplir con el contrato; no obstante, sirve además como la puerta de entrada para solicitar la resolución por incumplimiento, con el fin de evitar la situación de ‘incertidumbre’ que surge al oponer la excepción. También ha sido identificada con el derecho de retención, en el entendido de que permite preservar el contrato mediante la dilación de las prestaciones y la conminación al cumplimiento simultáneo de estas. No se duda, de hecho, que la excepción era un remedio aplicable en caso de incumplimiento recíproco del contrato respecto de aquellas obligaciones que se debían ejecutar dando y dando.

#### I. I. I. 2 LA INTERPRETACIÓN EN LA QUE SE AFIRMA LA CONSAGRACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL ARTÍCULO 1609; NO OBSTANTE, SE ENCUENTRA CONSAGRADA TAMBIÉN LA COMPENSACIÓN DE MORAS QUE IMPIDE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO O DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

El artículo 1609 ha sido igualmente interpretado como un presupuesto de admisibilidad de la acción de cumplimiento o de resolución, mas no como un remedio autónomo de preservación del contrato. La disposición impide que la

---

de 1977, magistrado ponente: Alberto Ospina Botero –no publicada–; además, agrega: “la excepción se abre paso o tiene vía libre en la medida en que el excepcionante no se encuentre obligado a ejecutar en primer término sus obligaciones, de acuerdo con lo estipulado en el contrato o con la naturaleza del mismo”. Igualmente, Sentencia 19 de julio de 2000, exp. 5478: “las obligaciones que las partes establecen como previas a la propia de hacer, adquieren una relevancia jurídica indiscutible: deben ser cumplidas por los contratantes en el orden y forma convenidos. Lo que se haga, desviándose de esos criterios o designios contractuales, tendrá repercusión en la ejecución o inejecución del pacto, que más adelante habilitará las acciones pertinentes de resolución del contrato o su cumplimiento, pero dejando a salvo, ciertamente, las excepciones disciplinadas en el ordenamiento privado, como la de contrato no cumplido”.

resolución o el cumplimiento sean ejercidos por la parte que no ha respetado lo acordado en el contrato<sup>388</sup>.

Esta interpretación se debe, de un lado, a la afirmación de la doctrina y de la jurisprudencia consistente en que para solicitar la resolución del contrato o su cumplimiento es necesario que el accionante hubiera al menos ofrecido cumplir en la forma y tiempos debidos, ya que es de este cumplimiento de donde surge el derecho a exigir a los demás que cumplan sus obligaciones, de modo que, para el ejercicio legalmente correcto de este tipo de acciones, no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a las que se obligó, sino que es necesario constituirlo en mora<sup>389</sup>. Del otro lado, por-

388 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de marzo de 1943, *Gaceta Judicial*, t. LV, 67-72. Más recientemente, Sentencia de 17 de mayo de 1995, exp. 4512; Sentencia de 16 de mayo de 2002, exp. 6877; Sentencia de 06 de julio 2007, exp. 00175; Sentencia de 10 de junio de 2011, exp. 01621.

389 Se señalan: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de febrero de 1940, *Gaceta Judicial*, t. XLIX, 40-56; Sentencia de 13 de junio de 1946, *Gaceta Judicial*, t. LX, 687; Sentencia del 25 de marzo de 1950, *Gaceta Judicial*, t. LXVIII, 127; Sentencia de 23 de junio 1978, M. P.: Humberto Murcia Ballén –no publicada–; Sentencia de 5 de noviembre de 1979, *Gaceta Judicial*, t. CLIX, 306; y más recientemente, donde se afirma, citando esta última sentencia, que “en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral, b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas y c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden”: Sentencia de 1 de julio de 2009, exp. 00310. Contrario a esta tesis, sostenida minoritariamente, donde se afirma que no es necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de noviembre de 1978, *Gaceta Judicial*, t. CLVIII, 298-299.

En doctrina consúltese a F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II*, cit., 870, quien afirma que la acción resolutoria le está vedada por regla general al contratante incumplido y que el requisito “dijérase formal” de la mora para la resolución del contrato “se debe más a que el contratante fiel puede demandar junto con aquella la indemnización de perjuicios y a que esta se debe desde que el deudor se ha constituido en mora”; además, explica que la norma que autoriza la resolución simplemente lo hace en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Igualmente, D. GARCÍA VÁSQUEZ, *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor*, Bogotá, 2014, 103 y ss., sostiene la intrascendencia de la constitución en mora para la resolución por incumplimiento, y entre los argumentos que esgrime es que para solicitar el cumplimiento del contrato no se requiere la constitución en mora al deudor, pues el artículo 1594 del Código

que el texto normativo del artículo 1609 emplea el vocablo ‘mora’ –y no ‘incumplimiento’– en los siguientes términos: “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en *mora* dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”, lo que ha fijado la idea en virtud de la cual en dicho artículo se consagra el famoso brocardo de la “mora purga la mora” y, por lo tanto, también el mecanismo para evidenciar que al no existir mora no es procedente la acción de resolución o de cumplimiento<sup>390</sup>.

Entonces: se afirma que el legislador colombiano mediante el artículo 1546 del Código Civil consagra la condición resolutoria tácita para todos los contratos bilaterales<sup>391</sup> y en el artículo 1930 lo hace para el contrato de com-

---

Civil colombiano le permite demandar el pago de la obligación principal, aunque no esté constituido en mora, por lo tanto hay una falta de razonabilidad en exigir la constitución en mora para la resolución, y no para la pretensión de cumplimiento, cuando ambas acciones tienen el mismo fundamento fáctico: el incumplimiento. Por último, añade que independientemente de la posición que se tome, “dado el carácter judicial que la resolución ostenta en Colombia, cuando la misma se fundamente en el artículo 1546, la constitución en mora se produce indefectiblemente, pues la notificación del auto admisorio de la demanda apareja este efecto”.

Por su parte, en cuanto a quienes afirman que la mora es requisito de las acciones de cumplimiento, resolución e indemnización, *cf.* P. RODRÍGUEZ GREZ, “Sobre la excepción del contrato no cumplido”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, n.º 9, 2004, 121-130, en particular página 127: “la mora es presupuesto de exigibilidad de las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales, estando pendiente el cumplimiento de la obligación correlativa que nace del contrato bilateral, queda suspendida la ejecución de dichas obligaciones y, como es obvio, no podrá demandarse ni la resolución ni el cumplimiento forzoso. La mora, como se dijo, es un estado jurídico especial según el cual el retardo en el cumplimiento de la obligación es imputable al deudor. A partir de ese instante puede este último ser sujeto de la acción de cumplimiento forzoso o resolución y, en ambos casos, con más una indemnización de perjuicios”.

390 Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 16 de mayo de 2002, exp. 6877: “Si el demandante afirma haber cumplido con sus obligaciones, y el demandado niega ese hecho, esta negativa equivale a afirmar el demandado el incumplimiento, por parte del demandante, de las obligaciones a su cargo; lo cual constituye una excepción perentoria alegada o propuesta por el demandado: si el incumplimiento de las obligaciones del demandante es cierto, el demandado no está en mora de cumplir con las suyas”.

391 Artículo 1546 Código Civil colombiano: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

praventa, indicando a la mora como un requisito para su aplicación<sup>392</sup>. En este último artículo se dispone especialmente que el vendedor tendrá derecho a exigir el precio o la resolución de la venta, con el respectivo resarcimiento de perjuicios, cuando el vendedor estuviera constituido en mora de pagar el precio en el lugar y en el tiempo acordados en el contrato. Esta lectura ha permitido concluir a la Corte que la condición resolutoria está implícita en todos los contratos bilaterales y requiere como un presupuesto indispensable el estado de mora del demandado de cualquiera de las obligaciones que para este surgieron del contrato y, en el caso del contrato de compraventa, se requiere la mora en la obligación específica del pago del precio<sup>393</sup>. Ahora, como el artículo 1609 dispone que ninguno de los contratantes se encuentra en mora cuando ambos han dejado de cumplir lo pactado, dicho artículo inhibe el ejercicio de las acciones establecidas en los artículos 1546 y 1930 del Código Civil colombiano, al quitarle el presupuesto de operatividad.

---

Pero en el tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato”.

392 Artículo 1930 Código Civil colombiano: “Si el comprador estuviera constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de venta, con resarcimiento de perjuicios”.

393 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de junio 1978, M. P.: Humberto Murcia Ballén—no publicada—. Se precisa que esta regla no es aplicable en el caso que la obligación de la compraventa estuviere sujeta a plazo suspensivo, pues en tal caso operaría el *diez interpellat pro homine*.

No compartimos la lectura en virtud de la cual la mora es un requisito de procedibilidad de la acción de resolución, principalmente debido a una interpretación extensiva del artículo 1930. Apoyamos la crítica de D. GARCÍA VÁSQUEZ, *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor*, cit., 106, que consiste en que, si bien el artículo 1930 consagra expresamente la exigencia de la mora del comprador para la resolución o el cumplimiento del contrato de compraventa, esto no quiere decir que también sea aplicable al régimen general de los contratos bilaterales, pues “cuando el codificador quiso que tal requisito se observara, así lo estableció”. Además, nosotros creemos que exigir la mora tiene un fundamento claro en el artículo 1930, pues se está facultando al afectado por el incumplimiento para pedir la resolución o el cumplimiento *con* la indemnización de perjuicios, es decir, se ve la coherencia del legislador al requerir la mora como requisito de procedibilidad de la acción de perjuicios, como también lo hace en otros artículos del mismo Código Civil—1615 y 2007, por ejemplo—.

### I. I. I. 3 LA INTERPRETACIÓN SEGÚN LA CUAL EL ARTÍCULO 1609 NO PARALIZA LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO NI DE RESOLUCIÓN, SINO QUE REGULA SOLAMENTE LA COMPENSACIÓN DE MORAS

Según esta interpretación, el artículo 1609 no puede apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa en su pretensión de que se resuelva el contrato, ni se puede pensar que consagra la excepción de incumplimiento contractual. En la Sentencia del 7 de diciembre de 1982<sup>[394]</sup> se hace una lectura literal de la norma, por lo cual se afirma que el artículo dice, con una “claridad extraordinaria”, que ninguno de los contratantes está en mora cuando ambos han incumplido. Paso siguiente, define la mora con el fin de iluminar la lectura del artículo y diferenciarla del incumplimiento.

En efecto, afirma que la “mora es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora otros”. Afirma que los efectos de la mora son tres: (i) permite cobrar perjuicios, (ii) hacer exigible la cláusula penal, (iii) invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida. Por lo tanto, la Corte sostiene, de una parte, que realmente el artículo 1609 del Código Civil dispone que, en casos en los cuales las partes han incumplido recíprocamente, ninguna puede pedir perjuicios, ninguna puede exigir cláusula penal y de ninguna se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviviente. De otra parte, señala que se puede exigir judicialmente el cumplimiento o la resolución de una obligación si el deudor no está en mora, pues la operatividad de dichas acciones depende del incumplimiento, y no de la mora<sup>395</sup>.

En fin, según esta interpretación, la norma no regula la *exceptio non adimpleti contractus*, sino el supuesto de mutuo incumplimiento de los contratos bilaterales y el efecto que tal situación genera: se compensa la mora de ambos contratantes.

---

394 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de diciembre de 1982, *Gaceta Judicial*, t. CLXV, 343-345. Citada además por la Sentencia de 9 de marzo de 2001, exp. 5659.

395 En el mismo sentido, el ejercicio de las acciones del artículo 1546 del Código Civil tiene como fundamento el incumplimiento: F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II*, cit., 870; D. GARCÍA VÁSQUEZ, *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor*, cit., 103 y ss.

#### I. I. I. 4 LA INTERPRETACIÓN SEGÚN LA CUAL EL ARTÍCULO 1609 PREVÉ LA RESOLUCIÓN CON BASE EN EL INCUMPLIMIENTO PREVIO DE LA CONTRAPARTE

La Corte le ha dado otro perfil al artículo 1609. En caso de incumplimiento recíproco del contrato se debe distinguir según se trate de obligaciones simultáneas o sucesivas: en las primeras hipótesis, “para demandar tanto la resolución como el cumplimiento, es necesario que el promotor del proceso se haya allanado a cumplir en el lugar y tiempo debidos, y en el de las segundas, además, que su incumplimiento sea posterior al del otro extremo del contrato”<sup>396</sup>.

En particular, con los contratos bilaterales de obligaciones de ejecución sucesiva, primero las de un contratante y luego las del otro, y frente al incumplimiento de la parte obligada a cumplir de primero, el contratante que no vio satisfecha la obligación previa puede pretender el cumplimiento del contrato siempre que él cumpla o se allane a cumplir, o no cumplir, con las obligaciones a su cargo y solicitar la resolución con base en el incumplimiento previo de su contraparte, pues esta última hipótesis la autoriza y la prevé, según la Corte, el artículo 1609 de Código Civil<sup>397</sup>.

---

396 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 8 de abril de 2014, exp. 00138.

397 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de septiembre de 2000, exp. 5420: la Corte resuelve un caso de incumplimiento recíproco de un contrato de promesa de compraventa, cuyas obligaciones tenían que cumplirse sucesivamente. La promitente vendedora se obligaba a entregar el bien inmueble libre de gravámenes antes de firmar la escritura pública de compraventa; al no hacerlo, el promitente comprador quedaba exonerado de cumplir a su vez con la obligación que sucedía, esto es, la suscripción de la respectiva escritura pública. Decisiones en igual sentido: Sentencia de 8 de abril de 2014, exp. 00138; Sentencia de 24 de julio de 2015, exp. 00469. No obstante, se debe precisar la incoherencia de la Corte en estas sentencias: cita impropia la aislada sentencia del 29 de noviembre de 1978, *Gaceta Judicial*, t. CLVIII, lo cual la lleva a afirmar que en virtud del artículo 1609 una parte puede incumplir las prestaciones a su cargo y resolver el contrato con base en el incumplimiento previo de la contraparte, luego invoca la abundante jurisprudencia de la Corte que ha corregido dicha postura y confirma que la pretensión de resolver el contrato es otorgada solamente a quien haya honrado sus obligaciones y no a quien haya incurrido en incumplimiento.



I. I. 2 LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NO SE  
INTERESA POR ESTABLECER LA FUNCIONALIDAD DE  
LA EXCEPTIO, SINO POR DETERMINAR LOS LÍMITES  
AL EJERCICIO DEL REMEDIO SINALAGMÁTICO EN  
CONSIDERACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES

La Corte Constitucional colombiana ha abordado el estudio de la *exceptio non adimpleti contractus* en una sentencia de acción de inconstitucionalidad<sup>398</sup> y en varias sentencias de revisión de acción de tutela<sup>399</sup>. En tales pronunciamientos se trata la figura dilatoria sin desarrollar ampliamente su régimen jurídico; no obstante, hay algunos que generan mayor interés, en cuanto buscan establecer los límites al ejercicio de la *exceptio* según la interpretación de la Constitución Política y, en particular, de su amplia carta de derechos fundamentales<sup>400</sup>.

La Sentencia C-269 de 1999, al establecer la constitucionalidad del artículo 82 de la Ley 45 de 1990 —el cual permite a las aseguradoras terminar automáticamente el contrato de seguro con la mora en el pago de la prima de la póliza por parte del asegurado—, menciona tangencialmente la excepción de contrato no cumplido. Afirma que el contrato de seguro es un contrato bilateral y oneroso y, por lo tanto, le es aplicable la *exceptio non adimpleti contractus* y lleva implícita la cláusula resolutoria tácita. Sobre la excepción, sostiene solamente que es una figura consagrada en el artículo 1609, la cual impide “que una de las partes quiera prevalecerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento, mientras ella misma no cumpla o no esté dispuesta a cumplir las obligaciones que le incumben”.

---

398 Corte Constitucional, Sentencia C-269 de 1999.

399 Corte Constitucional, sentencias T-199 de 1995, T-059 de 1997, SU-624 de 1999, T-765 de 2000, T-513 de 2001, T-442 de 2003, T-553 de 2003, T-1104 de 2004, T-494 de 2005, T-1276 de 2005, T-059 de 2007, T-196 de 2007, T-136 de 2008, T-537 de 2009, T-158 de 2010, T-616 de 2011, T-152 de 2015 y T-102 de 2017.

400 Sobre la interpretación de las normas jurídicas frente a la jerarquía constitucional, ver: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, Milán, 1980, 313-339; M. TROPER, “Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale”, en *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci y R. Guastini, II, 1989, 215 y ss.

Luego la Sentencia de revisión de tutela 537 de 2009 analiza las implicaciones del principio de buena fe en los contratos de prestaciones bilaterales y sostiene que sus consecuencias se traducen en la preservación del equilibrio y en el respeto de la reciprocidad inherente a la naturaleza de ese tipo de contratos, por lo cual la buena fe “justifica en gran parte la existencia de mecanismos como la excepción de contrato no cumplido”, que refleja los parámetros de equidad, simetría y justicia material. Por ello, este instituto se presenta como una concreción de los principios constitucionales con las particularidades propias que impone el derecho de los contratos. No obstante este razonamiento, se afirma que la excepción de incumplimiento es una cláusula que brinda “una posibilidad de resolución de diferencias originadas en contratos en donde se ha presentado un abandono recíproco de las prestaciones a cargo de las partes contratantes, evitando que las mismas queden en un estado de indefensión permanente”<sup>401</sup>. Es decir, según la Corte, los efectos de la *exceptio* son de carácter resolutorio, como un remedio para solucionar el incumplimiento recíproco del contrato, lejos de considerarlo como una tutela preservativa del vínculo contractual.

Ahora bien, por medio de sentencias de revisión de tutela, la Corte ha limitado el ejercicio de la excepción en una serie de casos porque, de un lado, la posición contractual de las partes es asimétrica: un particular que presta un servicio público frente al usuario del servicio. De otro lado, “la legitimación del incumplimiento generaría, o de ella podría derivar, una lesión de derechos fundamentales de la persona destinataria de la excepción”<sup>402</sup>, la cual puede ser un tercero beneficiario de la prestación y de especial protección constitucional, o una contraparte que sea merecedora de tutela especial debido a las condiciones particulares del caso concreto. Los supuestos de hecho que

---

401 Corte Constitucional, Sentencia T-537 de 2009. Al parecer, en esta sentencia la Corte Constitucional no realizó un estudio que demostrara los contrastes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de la excepción de incumplimiento y la resolución en caso de incumplimiento recíproco del contrato.

402 P. MORENO CRUZ, “Los límites de la *exceptio inadimplenti contractus*”, cit., 146 y ss., quien además distingue tres categorías de límites a la operatividad de la excepción de incumplimiento contractual: (i) la “mala” *exceptio* corresponde a aquella que se alega en violación de los deberes de lealtad y corrección; (ii) la “fea” *exceptio* se presenta cuando la finalidad del remedio no es conservar el contrato; y (iii) la “buena” (pero débil) *exceptio* se evidencia cuando el juez considera que las consecuencias de su ejercicio implican el menoscabo de derechos subjetivos del sujeto potencialmente destinatario de la excepción.

dan lugar al juzgamiento por parte de la Corte Constitucional son contratos sinalagmáticos en los que se debate la ejecución simultánea de las prestaciones<sup>403</sup>. Una parte opone la excepción de incumplimiento contractual frente al incumplimiento de la contraparte; sin embargo, la tutela de la excepción cede el paso frente a la garantía y el respeto de los derechos fundamentales del sujeto a quien le recaen las consecuencias del remedio contractual. Si bien existe un incumplimiento que habilitaría el ejercicio de la excepción, las circunstancias económicas y sociales, la posición de las partes en la relación contractual y las consecuencias negativas de la *exceptio non adimpleti contractus* en cuanto afectan a derechos fundamentales, no permiten ejercer la *exceptio* y, por ende, obligan al excepcionante al cumplimiento, todo lo cual altera la interdependencia y correlatividad de las prestaciones del contrato sinalagmático, que se refleja en una carga justificada constitucionalmente al *excipiens* consistente en continuar con el cumplimiento sin recibir su contraprestación<sup>404</sup>.

Por ejemplo, en un contrato de prestación de servicios de salud, si el beneficiario no paga oportunamente los aportes al sistema de seguridad social,

---

403 En otras sentencias de tutela se menciona tangencialmente la *exceptio non adimpleti contractus*, pero el problema jurídico a tratar no tiene que ver directamente con la ejecución simultánea del contrato. La Sentencia T-199 de 1995 establece que no es posible reportar en las centrales de riesgo a una persona como incumplida cuando el incumplimiento se justifica por el ejercicio legítimo de la excepción de contrato no cumplido consagrada en el artículo 1609 de Código Civil; por lo tanto, si han surgido discrepancias entre los contratantes en torno al cumplimiento del contrato, hasta que no sean los jueces de la república quienes definan quién incumplió realmente, no se puede afirmar que ninguno de los dos se encuentra en mora ni se puede registrar al deudor como moroso en una central de datos, anticipándose a lo que el juez pueda resolver. En ese sentido, el registro en las bases de datos como contratante moroso, cuando no se ha definido judicialmente si lo exigido es en realidad debido, se constituye como una medida de presión abusiva para obtener el pago y un acto que no corresponde a la verdad, el cual perjudica el derecho al buen nombre de la contraparte en el litigio.

404 Cfr. P. MORENO CRUZ, “Los límites de la *exceptio inadimplenti contractus*”, cit., 145, quien afirma análogamente que el límite impuesto por la Corte al ejercicio de la *exceptio* tiene la consecuencia de turbar la reciprocidad entre las prestaciones, apuntando a una elección que “tolera” el incumplimiento del destinatario de la excepción, al tiempo que impone el cumplimiento al titular de la inmunidad. Se quisiera precisar que, en los casos estudiados por la Corte, el incumplimiento no es siempre del destinatario de la excepción: véase por ejemplo en la Sentencia SU-624 de 1999 que el incumplimiento en los pagos de las pensiones escolares es de los padres y el afectado es un menor titular del derecho fundamental a la educación.

su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido. Sin embargo, pueden presentarse dos supuestos de hecho en los que no sería legítimo ejercer el remedio sinalagmático por la prestadora del servicio de salud. El primero de ellos se presenta cuando la entidad prestadora de salud ha tolerado el incumplimiento tardío, ya sea mediante la aceptación extemporánea de los pagos que debe realizar el beneficiario del servicio o cuando continúa con la prestación del servicio sin reportar oportunamente el estado de mora del beneficiario. Tales actos generan en el beneficiario una legítima confianza, por una parte, por la especial posición que tienen este tipo de entidades en cuanto deben actuar con mayor recelo en los estados de cuenta de sus afiliados; por la otra, porque sería contrario a la corrección exigible en las relaciones negociales aceptar el pago tardío y luego oponer el incumplimiento de la contraparte con el fin de evitar las obligaciones o cargas que le impone el contrato<sup>405</sup>; y más aún cuando dichas obligaciones están directamente relacionadas con un derecho fundamental, cuya vulneración requiere de especial atención y tutela constitucional<sup>406</sup>. El segundo supuesto de hecho corresponde a la hipótesis en la cual el responsable de realizar los pagos al sistema de seguridad social en salud es el empleador, y no el beneficiario. En este caso, las consecuencias del ejercicio de la excepción de incumplimiento serían soportadas, de una parte, por quien no incumple el

---

405 Sobre la prohibición de actuar contra los propios actos en violación a la confianza legítima creada a la contraparte, véase F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Nápoles, 2006, *passim*; F. FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milán, 2007, *passim*; en la doctrina nacional se remite al valioso estudio de la profesora M. L. NEMEVILLARREAL, “*Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro en homenaje a F. Hinestrosa, 40 años de rectoría*, Bogotá, 2003, 11 y ss.

406 Como el reconocimiento de la licencia de maternidad a la mujer embarazada que se debate en las sentencias T-458 de 1999, T-765 de 2000, T-553 de 2005, T-1104 de 2004 y T-136 de 2008. Son decisiones que tienen lugar debido a que el empleador de una trabajadora en estado de embarazo o la misma beneficiaria efectúan aportes a seguridad social extemporáneamente y la entidad prestadora de salud niega la prestación económica de la licencia de maternidad, aunque la entidad se haya allanado a la mora, es decir, no haya denunciado el retraso en los pagos, haya aceptado el pago o no haya informado en debida forma el estado de cuenta de la beneficiaria. Aceptar el ejercicio de la *exceptio* mediante el no pago de la licencia de maternidad afectaría al mínimo vital de la madre y del recién nacido, en conexidad con el derecho a la vida y a la seguridad social.

contrato, ya que no es su obligación cumplir con los respectivos pagos y, por otra parte, por un sujeto que no tiene la oportunidad de defenderse frente al incumplimiento del empleador<sup>407</sup>. En este sentido, los inconvenientes que se presentan en el desarrollo del contrato entre la entidad prestadora de salud y el empleador no tienen por qué influir sobre la prestación del servicio médico, pues debe responsabilizarse al causante del incumplimiento<sup>408</sup> y no afectar al beneficiario del servicio, quien está cobijado por la creencia de estar obrando conforme a derecho y de haber obtenido su derecho al servicio público de salud por medios legítimos exentos de fraude<sup>409</sup>, por lo que la buena fe obliga a la entidad a preservar la confianza generada en el beneficiario de que serán respetadas las condiciones establecidas en el contrato de prestación de servicios de salud<sup>410</sup>. Además, en ambos supuestos de hecho, alegar la excepción atentaría contra el principio de continuidad en la prestación del servicio, del cual es responsable la entidad prestadora de salud<sup>411</sup>.

---

407 Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 1997.

408 Sobre las incidencias del incumplimiento del empleador en el pago de los aportes al sistema de seguridad social, véase Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 1997. Además, conforme a lo consagrado en los artículos 22 y 161 de la Ley 100 de 1993, corresponde al patrono la obligación de pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, además que responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

409 Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 1997.

410 La profesora M. L. NEME VILLARREAL, “*Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima”, cit., 21 y ss., nombra otras aplicaciones del *venire contra factum proprium* –cercanas a este caso–, las cuales agrupa, por una parte, como garantía de la fuerza vinculante de la voluntad, que se identifican “en tres categorías de reglas diversas, en cuanto mecanismos destinados a garantizar la fuerza vinculante de la voluntad de transmitir, la fuerza vinculante de la voluntad de renunciar y la fuerza vinculante del acuerdo dirigida a preservar la finalidad del negocio”; por otra parte, como protección de la confianza generada en la contraparte, en cuanto busca tutelar “la confianza suscitada en las partes de que serán observadas las consecuencias jurídicas que se derivan de la conducta adoptada por ellas en el curso de la relación negocial, en apego a un deber de coherencia en el actuar, y por ende, preserva la apariencia de un estado jurídico creado por la conducta de una de las partes que determina ulteriores pasos de la contraparte”.

411 Decisiones análogas son tomadas en los contratos de prestación de servicios de salud llamados ‘medicina prepagada’; véase en sentencias T-196 de 2007 y T-158 de 2010. Por su parte, en la Sentencia T-059 de 2007, la entidad prestadora de salud se rehúsa a continuar con la prestación del servicio a un beneficiario porque este no cumple con uno

También puede citarse el caso de la prestación del servicio público de educación por particulares. La Corte reconoce que existe un contrato de carácter sinalagmático entre el colegio, el educando y los padres de familia, del cual surgen obligaciones recíprocas; una de ellas es el pago de la educación por los padres al colegio y, de este, la prestación continuada del servicio cuyo beneficiario directo es un menor de edad. Sin embargo, se puede presentar una fuerte tensión entre el derecho fundamental a la educación del menor y el derecho de los educadores a que su trabajo sea retribuido junto con la subsistencia misma del colegio, cuando los padres no pagan la retribución a la cual están obligados por razones sobrevenidas (pérdida del empleo, enfermedad grave, quiebra de la empresa), y con la intención de respetar el contrato (acuerdo de pago con el colegio, firma de garantías, etc.). Según las pautas jurisprudenciales, en tales circunstancias la educación del menor tiene una condición prevalente ante el derecho del plantel de obtener el pago de las pensiones escolares mediante el rechazo a cumplir con la prestación del servicio, pues el sacrificio del proceso educativo en aras de un interés económico resulta desproporcionado. Sin embargo, esta interpretación no implica imposibilitar el ejercicio de acciones por parte de los establecimientos educativos privados con el fin de obtener el pago de las sumas que los padres adeudan<sup>412</sup>.

---

de los tres requisitos que le exige la normatividad vigente (menor de 25 años, estudiante con intensidad horaria de mínimo 20 horas semanales y dependiente económicamente). En el caso, el beneficiario es hijo dependiente económicamente de un afiliado a la entidad prestadora de salud, pero estudiante que debió disminuir la intensidad a 10 horas a causa de farmacodependencia. La Corte ordena continuar con el servicio de asistencia médica de manera oportuna, continua y permanente al beneficiario, pues ninguna discusión de índole contractual, económica o administrativa justifica la negativa a seguir proporcionando el tratamiento necesario que se encontraba en curso, y más cuando es un sujeto que necesita atención integral y de recuperación.

412 Corte Constitucional, Sentencia SU-624 de 1999. En esta sentencia, además de reiterar la línea jurisprudencial que rechaza el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido, mediante la no prestación de servicio educativo al menor cuando sus padres no han pagado, se establece que el establecimiento educativo tampoco puede rehusarse a entregar los certificados académicos de notas. En el mismo sentido, Sentencia T-459 de 2009. *Cfr.* además: P. MORENO CRUZ, “Los límites de la *exceptio inadimplenti contractus*”, cit., 147. Se resalta también la Sentencia T-102 de 2017, la cual extiende la protección constitucional a los estudiantes de educación universitaria; en ella, la Corte ordena reintegrar a una estudiante de medicina, luego de que le fuera aplazado el semestre a causa del incumplimiento del pago de la matrícula a la universidad. La tesis sustentada por el

Igualmente, se imponen límites al ejercicio de la *exceptio* en los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios<sup>413</sup>. La empresa de servicios públicos no está legitimada para suspender el servicio como respuesta al incumplimiento del usuario; por el contrario, está obligada a garantizar un suministro básico e indispensable del servicio, en aquellos casos en los que (i) la falta de cumplimiento no obedece a la voluntad del deudor o se da como consecuencia de una fuerza insuperable; (ii) en el lugar al que se destinan habitan sujetos de especial protección; y (iii) el servicio resulta indispensable para el goce de derechos como la vida en condiciones dignas, la salud, la igualdad, entre otros<sup>414</sup>. Así las cosas, las empresas de servicios públicos domiciliarios

---

alto tribunal es que la permanencia de los estudiantes en el sistema educativo prevalece sobre la autonomía universitaria y las pretensiones económicas de las universidades.

- 413 Según los artículos 130 y 140 de la Ley 142 de 1994, modificados por los artículos 18 y 19 de la Ley 689 de 2011, respectivamente, se obliga a la empresa de servicios públicos a suspender el servicio cuando el usuario no paga por dos periodos consecutivos de facturación o realice fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas. Las normas fueron demandadas por inconstitucionales, pero la Sentencia C-150 de 2003 las declara exequibles en el entendido de que “se respetarán los derechos de los usuarios de los servicios públicos cuando se vaya a tomar la decisión de cortar el servicio. Tales derechos, como el respeto a la dignidad del usuario (art. 1.º de la C. P.), son, entre otros: (i) el debido proceso y el derecho de defensa, que permite a los usuarios o suscriptores contradecir efectivamente tanto las facturas a su cargo como el acto mediante el cual se suspende el servicio y también obligan a las empresas prestadoras de servicios públicos a observar estrictamente el procedimiento que les permite suspender el servicio. El derecho al debido proceso incorpora también el derecho a que se preserve la confianza legítima del usuario de buena fe en la continuidad de la prestación del servicio si éste ha cumplido con sus deberes; y (ii) el derecho a que las empresas prestadoras de servicios públicos se abstengan de suspender el servicio cuando dicha interrupción tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos, o impida el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos en razón a sus usuarios, o afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad”.
- 414 Parámetros relevados en Corte Constitucional, Sentencia T-163 de 2014, donde se verifica si se presenta la vulneración del derecho fundamental del agua de un usuario y de sus cuatro hijos menores de edad, debido a la suspensión del servicio de acueducto del inmueble en el cual habitan. También son citados en la Sentencia T-089 de 2012, la cual revisa varias tutelas en las que le corresponde a la Corte determinar si hubo vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes a una vida digna y al agua potable, al suspender el servicio de agua debido al incumplimiento consecutivo en el pago de las obligaciones facturadas, sin tener en cuenta que en ella residen sujetos de especial

deben analizar en cada caso si es legítima la suspensión del servicio, teniendo en cuenta las causas del incumplimiento consecutivo en el pago de las obligaciones facturadas y los perjuicios de magnitud constitucional superior que con dicha actuación llegaren a ocasionar<sup>415</sup>.

El último ejemplo que se cita es el caso de una persona que suscribe un contrato de mutuo con una entidad bancaria, el cual es garantizado por el bien inmueble en el que habita el deudor y es amparado adicionalmente con un seguro que respaldaría la obligación en caso de muerte o invalidez del deudor y cuyas primas serían pagadas por el banco en nombre del deudor. El banco decide suspender el pago del seguro cuando el deudor no paga las cuotas del mutuo, además no le informa sobre su situación de morosidad frente a la aseguradora. Posteriormente, el deudor sufre una lesión y enfermedad que le generan invalidez, por lo cual solicita el pago insoluto a la aseguradora de la deuda adquirida con la entidad bancaria; sin embargo, por una parte, la aseguradora objeta tal solicitud argumentando la terminación unilateral del contrato a causa de la mora en el pago de la prima mensual y, por otra, la entidad bancaria inicia proceso ejecutivo con el fin de obtener el pago del crédito y las primas del seguro no pagadas, y asimismo solicita el remate del bien inmueble que garantiza el crédito y es el lugar en el que habita.

Según la Corte Constitucional, los términos en los que se estructura el préstamo hipotecario por la entidad permiten inferir que quien paga la prima de seguro es el banco a nombre de la deudora, la cual es la principal interesada al verse beneficiada en cuanto no asumiría las consecuencias del incumplimiento en caso de acaecer el riesgo asegurado. El no pago de la prima de seguro desprotege la situación contractual de la deudora; por lo tanto, debe ser informada de manera pronta, expresa, clara, diáfana, de modo que ella sepa cuánto debe, por qué concepto, cuál es su situación frente a la aseguradora y cuál es la variación de las condiciones contractuales en que se venía ejecutan-

---

protección. En la Sentencia T-717 de 2010 se tutela el derecho al agua y a la vida digna y se ordena no desconectar por completo el servicio suspendido, a pesar que el usuario, en condiciones de grave pobreza, hizo una reconexión irregular del servicio. Por otro lado, en la Sentencia T-334 de 2001 se debate la vulneración al debido proceso y a la igualdad por parte de la empresa de energía eléctrica al suspender el servicio de energía de un inmueble del accionante como consecuencia del incumplimiento ocasionado por un tercero que lo habitó en un lapso anterior.

415 Corte Constitucional, Sentencia T-089 de 2012.



do el contrato de hipoteca. Para la Corte, las entidades del sector financiero abusan de su posición dominante en el mercado, amenazando o vulnerando derechos fundamentales<sup>416</sup>, al iniciar un proceso judicial en el cual se ejecuta al deudor y no se da el espacio para establecer quién debería asumir la deuda en atención a la dinámica del préstamo bancario y las condiciones particulares del deudor. En este orden de ideas, se reprocha, de una parte, el actuar de la aseguradora al terminar ilegítimamente el contrato por falta de pago de las primas y consecuentemente rehusarse a asumir la indemnización que contenía el seguro contratado; de otra parte, el accionar del banco acreedor al iniciar un proceso ejecutivo sin consideración al estado de debilidad del deudor y la potencial vulneración de derechos fundamentales, en particular el del mínimo vital<sup>417</sup>. De la lectura de este caso, se podría concluir que la potestad para rehusarse a cumplir se limita en consideración a la manera como se estructura el

---

416 En principio, son discusiones que deberían ventilarse por la vía ordinaria; sin embargo, los casos adquieren relevancia constitucional a partir del rechazo de las aseguradoras a cumplir, pues tal incumplimiento afecta derechos fundamentales, en particular cuando son sujetos vulnerables, o de especial protección constitucional, o que por sus condiciones económicas y sociales se encuentran en situación de debilidad frente a la entidad aseguradora. En este sentido, el juez de tutela tiene la potestad de examinar las razones aducidas por la aseguradora a rehusarse para realizar la indemnización a la cual se obligó condicionalmente al acaecimiento del riesgo asegurado y verificar si le asiste o no razón, caso en el cual podrá ordenar su pago. Por el contrario, si no se lesionan derechos fundamentales del accionante, el conflicto deberá discutirse en sede ordinaria. Sobre el particular, Corte Constitucional, sentencias T-136 de 2013, T-1018 de 2010, T-832 de 2010, T-490 de 2009 y T-642 de 2007.

417 Corte Constitucional, Sentencia T-1091 de 2005: “[E]ste comportamiento de las accionadas como entidades pertenecientes al sistema financiero [...] evidencia una vez más la utilización de la posición dominante, tanto en el contrato de mutuo como en el de seguros cuando, amparadas en la aparente legalidad de la literalidad de las cláusulas de los documentos con que se instrumentaron los contratos de crédito hipotecario y el de seguros respectivamente, actuando en sus condiciones de acreedora sin satisfacción de su crédito por parte de la ejecutante y de no obligada al pago de indemnización por terminación del amparo vida ante la no cancelación de las primas, por parte de la aseguradora, se propicia la terminación formal de la vía ejecutiva, en la que como se dijo, ya no era factible debatir las controversias que podían llevar a que la obligada al pago de la deuda fuera la aseguradora, lo que obviamente liberaba a la accionante de esa carga. Es para la Sala, entonces, un comportamiento con el que sin permitir que fuera la justicia la que decidiera el asunto, se causó a la accionante el riesgo inminente de perder su vivienda, que como se ha considerado en esta providencia, para ella hace parte

negocio jurídico, al estado de vulnerabilidad del deudor y a las consecuencias del incumplimiento de la aseguradora, las cuales se traducirían, entre otras, en la posibilidad de perder el bien inmueble que constituye el mínimo vital del deudor quien se encuentra en situación de debilidad manifiesta<sup>418</sup>.

---

de su mínimo vital”. Esta sentencia es citada y aplicada a casos análogos debatidos en la Sentencia T-662 de 2013 y la Sentencia T-452 de 2015.

- 418 La Corte establece algunos requisitos en los que se considera que existe mayor probabilidad de vulnerar derechos fundamentales y por lo tanto restricción en ejercer la excepción de incumplimiento por la aseguradora: (i) persona en situación de invalidez que no cuente con los recursos suficientes para continuar con el pago del crédito; (ii) el interés que persiga no sea exclusivamente patrimonial; (iii) la verificación de circunstancias adicionales, por ejemplo que el o la tutelante tenga a cargo obligaciones familiares; y (iv) el certificado médico de invalidez y fecha de estructuración exigido por la aseguradora. Una vez analizados los criterios, el juez constitucional podrá analizar si las razones que aduce la aseguradora son suficientes para negar el pago de la póliza y, como tal, evitar la afectación de derechos fundamentales del accionante, en estos casos mediante la orden del pago de la indemnización establecida en el seguro contratado. Véase: Corte Constitucional, Sentencia T-662 de 2013.

*Delimitación de la excepción de incumplimiento frente a otras  
figuras del ordenamiento jurídico colombiano*



SUMARIO. 2.1 Existen otros institutos del Código Civil que cumplen, igual que la excepción de incumplimiento, una función sinalagmática autónoma dentro del contrato y cuya estructura se diferencia de la misma excepción. 2.1.1 La excepción de incumplimiento y la compensación de moras son remedios sinalagmáticos diversos, de ahí que no pueda sostenerse que el artículo 1609 del Código Civil colombiano contenga en su integridad la excepción de incumplimiento. 2.1.1.1 La compensación de moras se distingue de la *exceptio non adimpleti contractus* por los efectos que produce en la relación negocial, los cuales colaboran en la protección del sinalagma contractual. 2.1.2 La excepción de incumplimiento contractual y la ‘excepción de incumplimiento previsible’ son dos remedios sinalagmáticos, pero mientras que la primera se ejerce frente a un incumplimiento consumado, la segunda opera ante una seria amenaza de incumplimiento futuro. 2.1.3. La excepción de incumplimiento contractual y el derecho de retención son figuras que garantizan el equilibrio de las relaciones negociales en ámbitos particularmente diferenciados; sin embargo, el derecho de retención se expresa funcionalmente como una excepción de incumplimiento en el caso específico en el cual el acreedor retiene la cosa en su poder con el fin de garantizar los créditos relacionados directamente con la relación negocial. 2.1.4 En la excepción de incumplimiento contractual y en la compensación se confrontan dos partes recíprocamente deudoras y acreedoras con el fin de permitir el equilibrio de la relación negocial; sin embargo, funcionalmente no comparten puntos de contacto, pues la compensación es un claro modo de extinción de las obligaciones. 2.2. La excepción de incumplimiento y la resolución por incumplimiento son remedios sinalagmáticos por excelencia, funcionalmente diferentes y autónomos en cuanto la resolución pretende la liberación de las partes del vínculo negocial y requiere un incumplimiento definitivo del contrato, mientras que la *exceptio* propende a la conservación del vínculo. 2.2.1 El problema del caso colombiano: la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente han considerado la *exceptio non adimpleti contractus* como una excepción perentoria de la acción de resolución por incumplimiento en los eventos de incumplimiento recíproco, sin reconocerle su autonomía y su función típicamente conservativa del contrato. 2.2.1.1 Los incumplimientos presentes en la relación negocial deberían ser valorados por parte del juez con el fin de determinar la naturaleza del incumplimiento y de establecer el remedio aplicable y la legitimidad de su ejercicio. 2.2.1.2 Frente a un incumplimiento grave del contrato que impida su conservación, no resulta procedente el ejercicio de la excepción de incumplimiento; en cambio, podría reconocerse como modalidad de resolución que opera por vía de excepción: la “excepción sustancial de resolución”.

2. I EXISTEN OTROS INSTITUTOS DEL CÓDIGO CIVIL QUE  
CUMPLEN, IGUAL QUE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO,  
UNA FUNCIÓN SINALAGMÁTICA AUTÓNOMA DENTRO DEL  
CONTRATO Y CUYA ESTRUCTURA SE DIFERENCIA DE LA  
MISMA EXCEPCIÓN

El Código Civil colombiano consagró figuras que presentan cierta afinidad con la *exceptio*, pues en alguna medida protegen la sinalagmaticidad del contrato, en cuanto garantizan el equilibrio de la relación negocial. La aplicación de tales figuras algunas veces roza con el campo de aplicación de la excepción o presenta similitudes en los presupuestos de su ejercicio, lo cual deja el espacio para que se apliquen indebidamente los institutos en cuestión y se contraríen los principios que rigen el ordenamiento jurídico en perjuicio de los intereses de las partes en la relación contractual.

Así pues, evidenciar las definiciones<sup>419</sup> y las funciones de algunas figuras que tienden a confundirse o sobreponerse con la *exceptio non adimpleti*

---

419 Se considera de particular utilidad la metodología de los *modi definitionis* expuestos en los §§ 5, 26-8, 38 de la *Tópica* de M. T. CICERÓN, que sigue de cerca el método propuesto en la *Tópica* de ARISTÓTELES. La complejidad de las diferentes instituciones del derecho puede conllevar dificultades en sus definiciones; por lo tanto, además del procedimiento definitorio por antonomasia de *genus proximum et differentiam specificam*, se pueden utilizar otros métodos complementarios y alternativos que ayudan a considerar otros puntos de vista, como lo son las definiciones *per partitionem* y *per divisionem*. En efecto, CICERÓN enseña que después de determinar los elementos comunes que tiene la cosa que se pretende definir respecto a las otras, se llegará a identificar el elemento que no tiene en común y que la diferencia de las otras cosas (la diferencia específica). Para ilustrar, define la herencia: “La herencia es dinero”, hasta aquí lo común, porque hay muchos géneros de dinero. Añade lo siguiente: “que por muerte de alguno recae en otro”. Todavía no es definición, porque sin la herencia se puede adquirir de muchos modos el dinero del muerto. Añade entonces “según el derecho”. Así se complementa la definición: “la herencia es el dinero que por muerte de uno recae en otro según la ley”, y se complementa aún: “y que no ha sido legada por testamento ni retenida por posesión”. Si no resulta como método para definir, se puede acudir a la definición por partición, “cuando se divide en miembros la cosa propuesta, diciendo, *v. gr.*, que el derecho civil es el que está fundado en leyes, *senado consultos*, sentencias, autoridad de los jurisperitos, edictos de los magistrados, costumbre y equidad”; o a la definición por división, la cual “abrazaba todas las especies comprendidas en un mismo género, *v. gr.*: la enajenación es la emancipación o la entrega a otro, o la cesión en derecho a otro con quien sea lícito contratar según la ley civil”. Sobre el particular: M. TALAMANCA, “Lo schema ‘genus-species’

*contractus* permite clarificar los efectos y la función de esta última en el sistema de remedios frente al incumplimiento.

2.1.1 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO Y LA COMPENSACIÓN DE MORAS SON REMEDIOS SINALAGMÁTICOS DIVERSOS, DE AHÍ QUE NO PUEDA SOSTENERSE QUE EL ARTÍCULO 1609 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO CONTENGA EN SU INTEGRIDAD LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La literatura jurídica colombiana tiende a afirmar que el artículo 1609 consagra, sea la excepción de incumplimiento contractual, sea la compensación de moras, por medio del adagio “la mora purga la mora”. Por lo anterior, valdría la pena hacer una lectura de dicho artículo con el fin de determinar cuál es el instituto que consagra la norma y cuál es el alcance del texto normativo con relación a la excepción de incumplimiento y la compensación de moras, para así evidenciar las diferencias y los puntos de contacto entre ellas.

Creemos que la tesis en virtud de la cual se dice que el artículo 1609 del Código Civil consagra la excepción de incumplimiento se debe, de una parte, a que no se realiza una lectura detallada del artículo; de otra, a que las características más relevantes de la *exceptio non adimpleti contractus* se construyen bajo la sombra de la doctrina extranjera que elabora dicha *exceptio* con base en normas que distan del mismo artículo 1609<sup>[420]</sup>. En efecto, consideramos que

---

nelle sistematiche dei giuristi romani”, en *Colloquio italo-francese: la filosofia greca e il diritto romano*, t. II, en *Accademia Nazionale dei Lincei*, Quaderno n.º 221, Roma, 1977, 4 y ss., en particular 133 y ss.

420 A manera de ejemplo, la doctrina nacional cita las obras de autores alemanes como L. ENNECCERUS y H. LEHMANN, *Tratado de las obligaciones*, cit., § 257, y A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1999, n. 63, quienes construyen la excepción de incumplimiento con base en el § 320 BGB; o autores italianos, como F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milán, 1946, 533, que elaboran la excepción basados en el artículo 1460 del Codice Civile. En estos ordenamientos se evidencia la función de la *exceptio non adimpleti contractus* como un medio de defensa de naturaleza transitoria, pues simplemente suspende los efectos finales del contrato; es una excepción dilatoria que no destruye la pretensión del actor (acción de resolución por incumplimiento o de cumplimiento contractual), sino que muestra inoportuna y contraria a la sinalagmaticidad del contrario el éxito de dicha pretensión. Es también un verdadero mecanismo de tutela para garantizar la sinalagmaticidad del contrato, representada en la interdependencia

la mencionada disposición no recoge la excepción de contrato no cumplido de manera expresa<sup>421</sup>, pues la interpretación literal y contextual del artículo 1609 del Código Civil y el análisis de las fuentes que ayudaron a construir el texto normativo demuestran que el instituto que se pretende consagrar es la compensación de moras y la forma como se constituye en mora a las partes de un contrato bilateral<sup>422</sup>.

El artículo 1609 del Código Civil colombiano dispone que “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Se encuentra en el Título XII denominado “Del efecto de las obligaciones” dentro del Libro IV que contiene las disposiciones “De las obligaciones en general y de los contratos”.

El libro donde se encuentra el artículo 1609 del Código Civil Colombiano –artículo 1552 del Código Civil de Andrés Bello<sup>423</sup>– se construye inspirado

y reciprocidad de las prestaciones, cuando el contrato aún puede ser ejecutado y existe interés de las partes en la consecución de sus efectos.

421 *Cfr.* La misma afirmación se hace en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de diciembre de 1982, *Gaceta Judicial*, t. CLXV, 344; en Chile, donde se tiene la misma aproximación, consúltese C. MEJÍAS ALONZO, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, cit., 389 y ss.

422 Frente a una norma compleja, cuyo texto normativo expresa una determinada institución, se pregunta si también ese mismo texto puede expresar otra institución. El lenguaje de una norma no puede ser entendido, o considerado pleno y autosuficiente, en función de la materia disciplinada, sin considerar los precedentes históricos. La letra de las disposiciones no es más que un andamio, destinada a configurarse y a iluminarse, de un lado, al contacto de la vida social, del otro lado, a la luz de la tradición. Ver: E. BETTI, “Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica”, cit., 395. Del proceso de interpretación surge un ‘significado’ de la norma: (i) el significado objetivo, acontextual o de *prima facie* –que usa los elementos lingüísticos, textuales o literales de la disposición para determinar el contenido de la norma– y (ii) el contextual –que es aquel que se atribuye a un texto normativo infiriéndolo de elementos extratextuales, como la intención de la autoridad normativa, las circunstancias de hecho en que el texto normativo fue emanado o promulgado, o los textos o fragmentos que acompañan la disposición objeto de interpretación– son instrumentos que se usarán para interpretar el artículo 1609 del Código Civil. Sobre el particular: R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milán, 2011, 91 y ss.

423 La norma análoga del Código Civil de Chile es el artículo 1552, la cual ha tenido un intenso debate en la doctrina chilena: B. CAPRILE BIERMANN, “Algunos problemas



en el Code Civil<sup>424</sup>, que contiene a su vez normas que reflejan la consagración de la regla *trait pour trait*<sup>425</sup>. También las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio sirven de base para la construcción de las normas sobre la compraventa y las promisiones en general<sup>426</sup>, en particular las que se refieren al cumplimiento

---

ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 32, 2012, 53-93; J. ALCALDE SILVA, “El tratamiento de los incumplimientos recíprocos en el derecho chileno”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Guzmán Brito*, v. 1, 2011, 37-86; A. AGUAD DEIK, “Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 6, 2006, 9-28; C. PIZARRO WILSON, “La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno”, en *Estudios de Derecho Civil 1: Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago, 2005, 317-342; E. ALCALDE RODRÍGUEZ, “Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 31, n.º 3, 2004, 565-573; *id.*, “Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido, algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación”, *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Chile, n.º 8, 2003, 69-93; E. RIOSECO ENRÍQUEZ, “Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido”, *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Chile, n.º 10, 2004; P. RODRÍGUEZ GREZ, “Sobre la excepción del contrato no cumplido”, *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Chile, n.º 9, 2004, 121-130.

- 424 A. GUZMÁN BRITO, “La sistemática de los códigos civiles de la época clásica de la codificación iberoamericana”, *cit.*, 319; *id.*, *La codificación civil en Iberoamérica*, *cit.*, 369 y ss.; *id.*, “Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (II)”, *cit.*, 103.
- 425 Existen normas que consagran el principio general de buena fe en la ejecución del contrato y manifestaciones de la excepción de incumplimiento en contratos especiales. Llamen la atención el artículo 1134 Código Civil francés: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”; el artículo 1612 Código Civil francés: “Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement”; y el artículo 1653 Código Civil francés: “Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera”.
- 426 A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, *cit.*, 369. La partida quinta (v) hace referencia a los actos y contratos que las personas pueden realizar; en el prólogo dispone: “estos pleytos, e posturas, a que llaman en latín contractus, son los vnos de gracias, e de amor, que se fazen los vnos a los otros: e los otros son por razón de su pro de

simultáneo de las obligaciones recíprocas<sup>427</sup>. Sin embargo, en ninguno de estos textos normativos se encuentra una disposición similar al artículo 1609 del Código Civil colombiano.

Por el contrario, el inciso segundo del artículo 1007 del Proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena de 1851<sup>[428]</sup>—igualmente importante en la construcción del Libro IV del Código de Bello<sup>429</sup>— contiene un texto muy cercano al artículo 1609, que, además, tal como aparece en las concordancias del proyecto<sup>430</sup>, se encuentra inspirado en el artículo 1907 del Código Civil de Luisiana<sup>431</sup> de 1825<sup>[432]</sup>.

amas partes”; en particular, los títulos V y VI hacen referencia a la compraventa. Ver: *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el X*, con la Glosa de G. LÓPEZ, t. III, Barcelona, 1843.

- 427 En efecto, existen la Partida 5, Título VI, Ley 1; Partida 5, Título VI, Ley 3; Partida 5, Título VI, Ley 5, que dejan claras las formas en las que se deben ejecutar simultáneamente las obligaciones de la compraventa. Cfr. L. CLARO SOLAR, *Derecho civil chileno y comparado*, t. X: *De las Obligaciones*, Santiago de Chile, 1936, 786.
- 428 El Proyecto de García Goyena, fuertemente influenciado por las codificaciones europeas, las Siete Partidas y el Derecho Romano, incluye en el Título V el régimen de los contratos y las obligaciones en general, como lo hace la codificación francesa.
- 429 Para todos, J. L. DE LOS MOZOS, “Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello”, cit., 437 y ss., y L. RODRÍGUEZ ENNES, “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, cit., 707 y ss.
- 430 F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, Madrid, 1852, 43.
- 431 El Código Civil de Luisiana es un texto normativo en el que se conjugan el viejo derecho castellano, la recepción romano-canónica—principalmente por las Siete Partidas—, el Código Civil francés y el inglés. La razón de este derecho ‘sui generis’ es por las diferentes vicisitudes sociales y políticas por las que atravesó el Estado de Luisiana: en 1762 Francia cede a España toda la Luisiana del Oeste del Misisipi, incluso Nueva Orleans, al año siguiente cede la otra parte a Inglaterra; luego España devuelve la colonia a Francia; en 1803 Francia vende la Luisiana a Estados Unidos y en 1812 el estado de la Luisiana entra a ser parte de la Unión. Cfr. J. B. PORCEL, “Las Siete Partidas y el vigente Código Civil del Estado norteamericano de Luisiana”, *Anales de la Universidad de Murcia*, n.º XXI, 3-4, 1976, 188; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, “Reciprocal influences between the laws of Spain and Louisiana”, *Louisiana Law Review*, 42, 1981-1982, 1473 y ss.
- 432 R. GAYA SICILIA, “La influencia del Código civil de Luisiana en la codificación civil española”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, 2010, 719 y ss., quien sostiene que en “el método de trabajo seguido por García Goyena en las *Concordancias*, cada precepto del Proyecto de 1851 es puesto en relación con aquellos artículos de los Códigos extranjeros con los que guarda afinidad por razón de la materia”; entre estos se encuentra el Código

En este sentido, el referente normativo del artículo 1609 del Código Civil colombiano es el artículo 1907 del Código Civil de Luisiana. El codificador A. Bello pudo haberlo tenido en consideración, ya que después de la independencia de las jóvenes repúblicas latinoamericanas y su ánimo de construir sus propias legislaciones, entre ellas la civil, el Código de Luisiana fue naturalmente uno de los recursos que los codificadores tomaron para redactar los códigos<sup>433</sup>. En efecto, es probable que A. Bello hubiera tenido la oportunidad de analizar directamente el Código de Luisiana, pues era derecho codificado de su época, o tenía acceso a través del trabajo que se hizo en el proyecto de García Goyena de 1851<sup>[434]</sup>.

Así pues, el artículo 1907 del Código Civil de Luisiana, tal como lo refiere el proyecto de García Goyena, dispone que “en los contratos que contienen obligaciones recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora, debe, por su parte, cumplir las obligaciones”<sup>435</sup>. La norma –ubicada en el Capítulo III relativo a los efectos de las obligaciones, en su sección II sobre las obligaciones de dar– está acompañada del artículo 1906, el cual se refiere al efecto que produce la constitución en mora en las obligaciones de hacer, y del artículo 1905, que establece las maneras en que el deudor puede constituirse en mora. Es

---

Civil de Luisiana, ya que se consideraba dentro del “grupo de códigos –todos modernos de más nombradía– que debían tenerse a la vista para aprovechar o para desechar sus soluciones legales concretas o su *ratio* inspiradora”. También consultar A. PARISE, “The place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: The Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851”, en *Louisiana Law Review*, 68, 2007–2008, 824 y ss., quien determina concretamente la influencia del Código Civil de Luisiana en el Proyecto García Goyena, para lo cual clasifica las referencias y concordancias en cuatro: *direct references*, *general references*, *cross-references* y *miscellaneous references*.

433 A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, II, Santiago de Chile, 1982, 422.

434 J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, “Reciprocal influences between the laws of Spain and Louisiana”, cit., 1482. Para otra hipótesis sobre el acceso al código por parte de BELLO, ver: C. MEJÍAS ALONZO, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, cit., 401: “[El código de Luisiana] se pudo conocer a través de la *Concordance de Saint-Joseph* de 1840, o por su traducción castellana de Verlanga y Muñiz de 1843”. Sobre el impacto de la *Concordance de Saint-Joseph* y las *Concordancias* de García Goyena en los códigos latinoamericanos, ver: A. PARISE, “Las concordancias legislativas decimonónicas: instrumentos de difusión del derecho continental europeo en América”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, n.º 17, 2010, 171 y ss.

435 F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., 45.

decir, el conjunto de estas disposiciones busca regular la mora del deudor en las obligaciones de dar, de hacer y en las obligaciones recíprocas<sup>436</sup>.

Toda esta estructura se refleja en el artículo 1007 del proyecto de García Goyena. La norma dispone que “para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes: 1.º cuando en el contrato se haya estipulado expresamente que el solo vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad del requerimiento. 2.º cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato resulte que la designación de la época en que debía entregarse la cosa, fue motivo determinante, por parte del que había de recibirla, para celebrarlo. *En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le es respectiva.* Cuando hay mora, por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior” (la cursiva es nuestra). Además, se resalta que los motivos del penúltimo inciso del artículo 1007 referidos en el proyecto afirman que “el que no cumple, mal puede reclamar del otro el cumplimiento, y por consiguiente constituirle en mora”, lo cual hace inferir que la finalidad del inciso en mención era establecer si se podía o no constituir en mora cuando no se ha respetado lo pactado.

Ahora, si se revisa el texto del artículo 1609 del Código Civil colombiano, resulta evidente que se sigue el contenido del artículo 1907 del Código Civil de Luisiana y el penúltimo inciso del artículo 1007 del proyecto de García Goyena. En otras palabras, la norma regula la figura de la mora en los contratos bilaterales y no otorga una tutela que faculte al deudor-acreedor no cumplir el contrato a causa del incumplimiento de la contraparte<sup>437</sup>, basado en la reciprocidad característica de ese tipo de relaciones negociales.

Del mismo modo, se llega a esta conclusión no solo por su fundamento histórico, sino también por el texto del artículo 1609 —entre otras, claro— y

---

436 C. MEJÍAS ALONZO, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, cit., 402.

437 Esta hipótesis ya fue planteada por la doctrina chilena respecto al artículo 1552 del Código Civil de Chile, equivalente al 1609 del Código Civil colombiano. *Cfr.* B. CAPRILE BIERMANN, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, cit., 82.; E. ALCALDE RODRÍGUEZ, “Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido, algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación”, cit., 84.

por su colocación en el Título XII del Libro IV, esto es, el relativo al título que trata los efectos de las obligaciones en el libro sobre las obligaciones en general y de los contratos.

De una parte, el instituto utilizado en el artículo es la mora, no se usan vocablos como ‘no cumplimiento’ ni ‘incumplimiento’. La ‘mora’, el ‘incumplimiento’ y el ‘no cumplimiento’ son institutos que la doctrina ha diferenciado claramente y que con certeza el codificador los disciplinó de manera diferente<sup>438</sup>. En efecto, el artículo hace referencia a dos supuestos de hecho en los

---

438 Mora e incumplimiento son dos conceptos que pueden considerarse equivalentes, pero la doctrina ha evidenciado sus diferencias. El incumplimiento al cual se hace referencia es aquella situación jurídica en la que se encuentra la relación obligatoria cuando, vencido el término o la condición para el cumplimiento de las prestaciones, el deudor no ha cumplido y no se sabe si cumplirá o no. En este tipo de incumplimiento la prestación aún puede ser cumplida y es todavía útil para el acreedor. Por su parte, la mora es el incumplimiento cualificado, sea por un requerimiento o intimación a cumplir al deudor por parte del acreedor, sea por una circunstancia concreta o en particular por el vencimiento de un término; es decir, se indica el momento en que el acreedor manifiesta su interés en obtener la prestación debida. Tal requerimiento produce ciertos efectos previstos por el ordenamiento jurídico, como lo es, a manera de ejemplo, la obligación de pagar intereses de una obligación pecuniaria desde el ‘día de la mora’. En el derecho italiano: C. A. CANNATA, *L’inadempimento delle obbligazioni*, Padua, 2008, en particular 75-88; C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazione*, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bolonia, 1979, 183 y ss.; A. MAGAZZÙ, “Mora del debitore”, en *Enciclopedia del diritto*, XXVI, 1976, 934 y ss.; U. NATOLI y L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975. Hay una parte de la doctrina que critica la distinción entre el simple retardo en el cumplimiento y el instituto de la mora para establecer la responsabilidad contractual del deudor en caso que se ocasionen daños o para demandar la resolución del contrato debido a un incumplimiento grave. *Cfr.* G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, en *Il Codice Civile. Commentario P. Schlesinger*, Milán, 1987, 425 y ss.; M. GIORGIANNI, *L’inadempimento, corso di diritto civile*, Milán, 1975, en particular 87-167; *id.*, “Inadempimento”, en *Enciclopedia del diritto*, XX, 1970, 861 y ss., en particular 867-871; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milán, 1968, en particular 15-83. Por su parte, respecto a la contraposición entre el ‘no cumplimiento’ y el ‘incumplimiento’, F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 239, explica que no es un “juego de palabras”, sino la manera como se puede entender mejor la responsabilidad contractual, pues insatisfacción del acreedor no equivale a incumplimiento y tampoco es sinónima de este. Por lo anterior, el maestro HINESTROSA afirma que “la articulación entre el interés del acreedor y el deber del deudor ha de indicar a la postre, luego de una especie de superposición de plantillas, si la conducta de este se ajustó al patrón resultante del contenido ampliado o integrado de la relación obligatoria, y en caso negativo, qué ha de esclarecerse, cuáles son los elementos del

contratos bilaterales; el primero consiste en un incumplimiento recíproco de las obligaciones, cuya consecuencia jurídica es no considerar en mora a ninguna de las partes; el segundo se refiere al hecho que la ejecución de las prestaciones ya exigibles por uno de los contratantes tiene como efecto la constitución en mora de su contraparte por las obligaciones igualmente exigibles a su cargo.

Respecto a la colocación del artículo 1609, se puede inferir que su regulación es relacionada con la mora, pues los artículos contiguos o circunscritos prevén la manera de constituir a la parte que tiene la calidad de deudor<sup>439</sup>, tal como lo hacía el Código Civil de Luisiana, y no a la parte que tiene doble cualificación: deudor-acreedor. En otras palabras, esa parte del código dispone la manera de constituir en mora según el tipo de obligaciones surgidas del contrato: si son obligaciones de dar o de hacer en las que una parte es deudora y la otra es acreedora, la disciplina jurídica de la mora se encuentra en los artículos 1608 y 1610; en cambio, si las partes son recíprocamente acreedoras y deudoras debido al tipo contractual, la manera de constituir en mora a los contratantes está prevista en el artículo 1609 del Código Civil<sup>440</sup>.

---

supuesto de hecho de la figura concreta de su exoneración, cómo es el juego de las cargas probatorias y, en últimas, sobre qué bases podrá el deudor liberarse o ser declarado libre de débito y responsabilidad”.

439 Artículo 1608: El deudor está en mora: 1.º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2.º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3.º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Artículo 1610: Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir al acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: a) que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; b) que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; c) que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

440 Sostiene A. CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., 75-76, que la facultad de no cumplir cuando la contraparte no ha cumplido, y por lo tanto, tampoco la posibilidad de constituir en mora en caso de incumplimiento recíproco, era tan obvia y mecánica que la determinante mayoría de los códigos civiles se sintió dispensada de expresarla y por ello nada dispone respecto a la mora del deudor en las obligaciones recíprocas. Las salvedades fueron el Código Civil de Bello, el Código Civil de Vélez Sarsfield y el Proyecto de García Goyena, que luego fue la base del Código Civil español.

Entonces, conforme a las fuentes que sirvieron de base para la construcción del artículo 1609 del Código Civil colombiano –1552 del Código de Bello–, la ubicación de la norma en el código y por el instituto al que hace referencia en el mismo texto, se puede concluir que la figura que se regula expresamente en el artículo 1609 no es la *exceptio non adimpleti contractus*, sino la forma de constituir en mora en los contratos bilaterales, la cual ha sido llamada por la doctrina y la jurisprudencia como la ‘compensación de moras’<sup>441</sup>.

#### 2.1.1.1 LA COMPENSACIÓN DE MORAS SE DISTINGUE DE LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS POR LOS EFECTOS QUE PRODUCE EN LA RELACIÓN NEGOCIAL, LOS CUALES COLABORAN EN LA PROTECCIÓN DEL SINALAGMA CONTRACTUAL

Luego de establecer el instituto al que hace referencia el artículo 1609, procedemos a analizar el alcance de su texto respecto a la excepción de incumplimiento y la misma compensación de moras, para lo cual nos surge la pregunta de si la consagración de la *compensatio mora* en la disposición presupone o implica la excepción de incumplimiento<sup>442</sup>. Consideramos que tanto la *compensatio mora* y la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de incumplimiento recíproco de

441 En particular, la jurisprudencia ha utilizado el brocardo “la mora purga la mora”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de diciembre de 1982, *Gaceta Judicial*, t. CLXV, 343-345. Se usa el brocardo, pero lo superpone con la *exceptio non adimpleti contractus*: Sentencia de 13 de diciembre de 1944, *Gaceta Judicial*, t. LVIII, 184-193; también en doctrina: A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones*, t. III, Santiago de Chile, 1941, 212; A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil. De las obligaciones*, cit., 341; G. OSPINA FERNÁNDEZ y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., 578.

442 Se plantean tales interrogantes teniendo en cuenta la doble indeterminación de las normas. El ordenamiento jurídico es indeterminado en el sentido que se duda cuáles normas existen y pertenecen a él, o al menos cuáles son vigentes. Esta indeterminación depende del carácter equívoco de los textos normativos, pues cada texto admite una pluralidad de interpretaciones y, por tal motivo, está sujeto a posibles controversias interpretativas. De los diferentes tipos de textos equívocos, se resaltan la complejidad, en virtud de la cual “si conviene che il testo normativo T esprime la norma N1, ma ci si domanda se esso esprima anche la norma N2”, y la implicación, en la cual “si conviene che il testo normativo T esprime la norma N1, ma ci si domanda se N1 implichi, o no, la norma N2”. Sobre el particular: R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 39 y ss.

un contrato sinalagmático son figuras distintas, no deben confundirse, pero tampoco deben considerarse separadamente, pues ambas se complementan en la tutela del *synallagma* del contrato consensual en la fase de su actuación.

La mora ha sido individuada tradicionalmente como un incumplimiento cualificado por determinados presupuestos y caracterizado por producir sanciones más graves a quien la provoca<sup>443</sup>. Consiste sustancialmente en un retardo injustamente provocado por el deudor —*mora debitoris, mora solvendi*— o por el acreedor —*mora creditoris, mora accipiendi*— en cuanto al cumplimiento de la obligación<sup>444</sup>. Presupuesto común de estos dos tipos de mora es la existencia de una obligación exigible<sup>445</sup>, la cual ha sido incumplida por culpa o dolo del acreedor —*mora accipiendi*— o del deudor —*mora solvendi*—, esto es, un retardo en el cumplimiento imputable<sup>446</sup>. Pero se distinguen en la manera como operan en la relación negocial y en las condiciones en las que se encuentran el acreedor y el deudor a causa de la ausencia misma de la obligación, por lo que uno debe dar la prestación y el otro tiene el deber de cooperar con el cumplimiento y de recibir<sup>447</sup>. En efecto, la *mora debitoris* se fundamenta en la coercibilidad

---

443 A. MAGAZZÙ, “Mora del debitore”, cit., 938; G. GIACOBBE, “Mora del creditore”, en *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Milán, 1976, 947 y ss. Para ver el tratamiento en el derecho romano, se recomienda consultar: A. MONTEL, *La mora del debitore*, Padua, 1930, y C. A. CANNATA, “Mora (storia)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXVI, 1976, 921-923.

444 A. MONTEL, “Mora”, en *Novissimo Digesto Italiano*, X, 1957, 900.

445 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 614: la mora presupone exigibilidad de la obligación, mas no a la inversa, salvo el caso de la cláusula penal, la cual se hace exigible mientras no se constituya en mora al deudor.

446 C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazione*, cit., 186. También, C. SCUTO, *La mora del creditore*, Roma, 1905, 5 y ss. Que serían los casos en los que el problema de la mora o del retardo en el cumplimiento no se propone: (i) en las obligaciones de no hacer u obligaciones negativas, en virtud de las cuales el hacer constituiría un incumplimiento definitivo e irreversible; (ii) las obligaciones con un término puntual o esencial, en las que el cumplimiento tiene un lapso determinado debido al interés particular del acreedor; el cumplimiento intempestivo, antes o después, constituiría también un definitivo incumplimiento. Cfr. C. A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 77.

447 Cfr. C. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., 7. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, v. II, parte I, cit., § 276, n. 3, 89, sostiene que no se justifica reunir la mora del acreedor con la mora del deudor en la misma exposición, pues la mora del deudor pertenece a la teoría del contenido de la obligación y la mora del acreedor a la teoría de la extinción del derecho de crédito. G. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 132, y U. NATOLI y L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., 13 y ss., quienes evidencian el diferente tratamiento de la mora del deudor y del acreedor debido a sus presupuestos y efectos.



de la prestación, mientras que la *mora creditoris* encuentra su razón de ser en el derecho que el deudor tiene a cumplir<sup>448</sup>.

Así pues, el acreedor cae en mora si de manera injustificada no acepta el cumplimiento ofrecido debidamente; por su parte, el deudor cae en mora si injustificadamente retarda la satisfacción del crédito<sup>449</sup>. Cada una tiene sus efectos respecto al vínculo: mientras que la mora del deudor agrava el vínculo obligatorio, haciendo, por ejemplo, responder al obligado del caso fortuito<sup>450</sup> y perpetuando en general la obligación<sup>451</sup>, con la mora del acreedor no se puede afirmar que el deudor se libera de la obligación, pero sí que el vínculo se hace menos rígido y se da inicio a su extinción<sup>452</sup>. En ambos casos se obliga a responder por los daños ocasionados<sup>453</sup>, salvo que la mora sea producida por fuerza mayor o caso fortuito<sup>454</sup>.

El instituto de la mora está destinado a absolver esencialmente una finalidad del ordenamiento jurídico cuando se perfila la inexecución de una relación contractual en sacrificio de los intereses de las partes merecedoras de tutela<sup>455</sup>.

448 C. SCUTO, *La mora del creditore*, cit., 7.

449 B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, v. II, parte I, cit., § 345, 333. En el mismo sentido, A. MONTEL, *La mora del debitore*, cit., 5.

450 Artículo 1607 del Código Civil colombiano; artículo 1221 del Código Civil italiano.

451 Para todos: F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 85 y ss.

452 Basta citar: G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milán, 1964, 75 y ss. También, *id.*, *Della mora del creditore*, en *Commentario del codice civile*, Scialoja y Branca, Bolonia y Roma, 1973, 16 y ss.

453 Artículos 1207, 1218 y 1223 del Código Civil italiano; artículos 1610 y 1615 del Código Civil colombiano. Se precisa que tanto en el simple incumplimiento como en la mora se indemnizan los daños ocasionados, por tal motivo no se puede afirmar que ambos conceptos sean iguales. Es decir, la mora se debe entender como aquel retardo cualificado por la presencia de los requisitos establecidos en la ley —por ejemplo, el requerimiento al deudor o el vencimiento de un término—, la cual resulta relevante para ciertos efectos particulares; mientras que el simple incumplimiento o el retardo es la incorrecta ejecución que consiste en el hecho, imputable al deudor, de no haber respetado el deber de ejecutar tempestivamente la prestación debida, y que como tal es fuente de la obligación de resarcir el daño. Sobre el particular, ver: C. A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 88. Contrario a esta tesis, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 237.

454 Artículo 1616 del Código Civil colombiano; artículos 1207 y 1218 del Código Civil italiano.

455 A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 1947, 87.

Es decir, el ordenamiento pretende evitar que se generen posteriores agravios y que la parte lesionada vea aumentado su perjuicio cuando se quiebra el equilibrio de los intereses de las partes a causa de un incumplimiento<sup>456</sup>. En efecto, con la *mora solvendi* se impide que el estado de inejecución de las prestaciones procure al acreedor el recrudecimiento de la lesión de intereses que se ocasionaron con el retardo, trasladándole el riesgo al deudor en caso de imposibilidad sobrevenida a causa no imputable a él; además de la obligación de reparar los daños ya ocasionados. De igual manera, con la *mora accipiendi*, fuera de obligar al acreedor a resarcir al deudor los daños que pueda sufrir debido a la falta de cooperación, figuran efectos destinados a impedir que el deudor sufra daños ulteriores, como no tener que restituir los frutos no percibidos y el traslado del riesgo al acreedor en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación a causa no imputable al deudor<sup>457</sup>.

La mora a la cual hacen referencia las disposiciones que acompañan el artículo 1609 es la *mora debitoris*<sup>458</sup>, de la que se pueden distinguir dos tipos: la mora *ex persona* y la mora *ex re*<sup>459</sup>. La primera alude al conjunto de casos en los cuales la constitución en mora depende del requerimiento o intimación del acreedor al deudor solicitándole la ejecución de la prestación debida –*interpellatio*–. En la segunda, el deudor es considerado en estado de mora sin la intimación formal del acreedor insatisfecho, sino debido a hechos y circunstancias objetivas, como el vencimiento de un término –*dies interpellat pro homine*–. Los efectos de la mora del deudor y su constitución están previstos por el Código Civil: la exigibilidad de la reclamación de perjuicios –artículo 1615–, la exigibilidad de la cláusula penal –artículos 1594 y 1595– y el traspaso del riesgo al deudor en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación –artículos 1607 y 1731–. Por lo tanto, si el acreedor pretende reclamar perjuicios,

---

456 *Ibid.*, 25–30, 84–89.

457 *Ibid.*, 87.

458 Cambian de un ordenamiento a otro los requisitos de la *mora debitoris*. Sin embargo, la mora será caracterizada por ser un retraso en el cumplimiento de las obligaciones, el cual sea injustificado, es decir, realizado con culpa o dolo del deudor, y caracterizado por un elemento formal: la constitución en mora. Sobre el particular: A. MONTEL, *La mora del debitore*, cit., 13 y ss.

459 Cfr. F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 113 y ss.; 150 y ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 440 y ss.; C. A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 75 y ss.

cláusula penal y alegar la responsabilidad del deudor en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable a este, no puede omitir la constitución en mora de su contraparte<sup>460</sup>.

En cambio, la hipótesis más interesante de la mora se presenta en el artículo 1609, pues presupone, por una parte, la doble cualificación a cada parte como acreedora y deudora de las prestaciones que surgen del contrato, por otra, la reciprocidad de las prestaciones; esto es, el crédito y el débito están unidos en una conexión inescindible y aparecen en función el uno respecto del otro, tanto que las vicisitudes que se presentan repercutirían inmediatamente en la integralidad de la relación contractual. La circunstancia de que ambos sujetos sean recíprocamente acreedores y deudores hace necesario un equilibrio, un estado de mutuo condicionamiento que neutraliza las prerrogativas y torna estáticas las pretensiones de los contratantes en caso de acaecer alguna vicisitud<sup>461</sup>. En efecto, el incumplimiento recíproco de las prestaciones cambia la posición contractual de las partes y genera nuevas obligaciones –como indemnizar perjuicios–, las cuales, debido a su correlatividad, pueden ser consideradas recíprocamente equivalentes y, por lo tanto, compensadas, en aras de garantizar la integralidad del vínculo contractual<sup>462</sup>.

Así pues, para la constitución en mora en los contratos bilaterales<sup>463</sup> sería necesario, en primer lugar, determinar el tipo de relación negocial y entender la lógica interna de este, para luego establecer la manera de constituir en mora

---

460 Cfr. D. GARCÍA VÁSQUEZ, *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor*, cit., 104, quien además en la n. 197 pone en evidencia que “el artículo 94 del Código General del Proceso estableció que la notificación del mandamiento ejecutivo produce los efectos de la constitución en mora. Esto significa que [...] el acreedor de la pena puede demandar ejecutivamente su pago aunque no haya constituido en mora al deudor, y el juez debe proferir el mandamiento, a pesar de la carencia de tal requerimiento”. Sostiene que tal norma es la derogatoria tácita de los artículos 1594 y 1595 del Código Civil.

461 A. CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, 81.

462 Cfr. U. NATOLI y L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, cit., 21, quienes además manifiestan que el esquema típico de analizar la prestación respecto a un solo sujeto –la mora del deudor o la mora del acreedor– es más simple respecto al esquema que aparece cuando los sujetos contratantes tienen la doble cualificación de deudor y acreedor.

463 M. ALBALADEJO GARCÍA, “La mora en las obligaciones recíprocas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 464, 1968, 9-32; A. CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., 13-61.

al deudor-acreedor<sup>464</sup>. Si las obligaciones que surgen del contrato requieren la *interpellatio* para la mora, al acreedor-deudor no le basta solo la reclamación o el requerimiento de obligaciones ya exigibles, sino que debe además cumplir con lo que le corresponde para constituir en mora a la contraparte. O en el caso que tales obligaciones no exijan tal requerimiento —*mora ex re*—, el solo cumplimiento del acreedor-deudor de obligaciones ya exigibles hace incurrir en mora al otro<sup>465</sup>. Esto trae como consecuencia, debido a la especial estructura de las relaciones sinalagmáticas<sup>466</sup>, que no exista mora para una parte mientras

---

464 Como se hizo referencia en el acápite anterior, el último párrafo del artículo 1100 del Código Civil español es una norma análoga al artículo 1609 del Código Civil colombiano. La doctrina española afirma que la regla general para la constitución en mora es el requerimiento y la excepción es la *mora ex re* o mora automática. Sin embargo, se sostiene que el último párrafo del artículo 1100 consagra otra excepción, pues en caso de obligaciones recíprocas incurre en mora el deudor incumplidor por el solo hecho de que la otra parte cumpla la obligación a su cargo. A nuestro parecer, no se configura una excepción, simplemente prevé la manera de cómo se constituye en mora en una relación sinalagmática en consideración a sus particularidades. Sobre el debate en la doctrina española, *cfr.* A. CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., 13 y ss. Cabe también recordar que el anterior Código Civil argentino disponía en el artículo 510 una norma similar: “en las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”.

465 Se considera necesario distinguir entre la constitución en *mora ex persona* o *mora ex re* en los contratos bilaterales para evitar situaciones injustas o abusivas. Unificar criterios o considerar que para todas las obligaciones que surgen de contratos sinalagmáticos el cumplimiento hace incurrir en mora a la contraparte permitiría constituir al deudor-acreedor en mora aun sin tener conocimiento de que su contraparte ya ha cumplido, o impediría el cumplimiento del deudor-acreedor si este no se encuentra en las condiciones para hacerlo frente a un repentino cumplimiento del otro, aun cuando el deudor-acreedor tiene la voluntad y los medios para hacerlo. Creemos que la consideración del interés del otro y el deber de lealtad como reglas emanadas de la buena fe iluminan estos casos, de modo que justifican razonablemente la diferenciación en la constitución de la mora en los contratos bilaterales. Contrario a esta posición, A. CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., 42 y ss., quien piensa que la intimación a cumplir y el cumplimiento son elementos configuradores de la constitución en mora, el primero respecto a las obligaciones unilaterales, el segundo respecto a las obligaciones recíprocas o bilaterales. En el mismo sentido, L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 1, Madrid, 2008, 678.

466 En la doctrina se reconoce que, debido a la esencia del contrato sinalagmático, basado en la contraposición e interdependencia de sus obligaciones, genera una variedad de efectos jurídicos de indiscutible trascendencia en caso de inejecución del contrato,

la otra no haya cumplido o no se haya allanado a cumplir, y, por lo tanto, que no haya un incumplimiento cualificado que genere los efectos que está llamado a producir para ninguno de los contratantes; es decir, se presenta el supuesto conocido como *compensatio mora*.

Con esta regla se pretende proteger el sinalagma contractual, en cuanto se evita que una de las partes pretenda agravar la posición de la otra cuando también incumple el contrato, así como que no se generen posteriores lesiones con ocasión del rompimiento del equilibrio de la relación negocial a causa del mutuo incumplimiento. Permitir que se desencadenen todos los efectos de la mora cuando las partes no se han ajustado al programa contractual contrariaría la equidad exigida en el contrato<sup>467</sup>.

Y sobre este último punto en particular tiene gran cercanía con la *exceptio non adimpleti contractus*. Son ambas reglas protectoras de la reciprocidad, la interdependencia y el equilibrio característico de los contratos sinalagmáticos; cada una tiene su manera de operar y se caracteriza por los efectos frente a la relación negocial<sup>468</sup>. La *exceptio* faculta a no cumplir frente al incumplimiento de

---

dentro de ellas: la resolución del contrato por incumplimiento, la teoría de los riesgos y la excepción de incumplimiento contractual. Consultar entre otros: A. COLIN y H. CAPITANT, *Traite de droit civil*, II, París, 1959, 485; C. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, III, cit., 790; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, cit., 684; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, v. IV, cit., 198; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milan, 1952, 231 y ss.; C. M. BIANCA, *Diritto Civile. Il contratto*, III, Milán, 2000, 488.

467 Por su parte, M. CRUZ MORENO, *La exceptio non adimpleti contractus*, Valencia, 2004, 121, afirma: “si las obligaciones son de cumplimiento simultáneo, y aún no se ha cumplido la contraobligación, a pesar de que haya llegado el momento del vencimiento, no puede entenderse que haya un retraso jurídicamente relevante, un incumplimiento derivado del retraso, y por tanto posibilidad de agravar la responsabilidad del deudor mediante su constitución en mora. Tendente la institución de la mora a remediar el desequilibrio patrimonial que desata el retraso en el cumplimiento, no tiene sentido cuando dicho desequilibrio no se ha producido”.

468 Con una orientación similar, haciendo referencia al artículo 1552 del Código Civil chileno: C. MEJÍAS ALONZO, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, cit., 402: “usualmente se han superpuesto dos instituciones, a nuestro juicio, diferentes pero relacionadas, ya que ambas son manifestaciones del principio de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones”. En el mismo sentido, afirmando que son dos efectos que surgen de la regla del cumplimiento simultáneo: F. FERNÁNDEZ URZAINQUI, “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obli-

la contraparte; es un mecanismo de autotutela, de justicia privada otorgada al deudor para defenderse frente a la injusta pretensión del acreedor consistente en el cumplimiento o la resolución del contrato; es un remedio que protege los intereses de las partes mediante la preservación del vínculo y la paralización de la demanda de cumplimiento o resolución del actor. El supuesto de hecho que cobija la excepción de incumplimiento consiste en que una parte “no ha cumplido” legítimamente y la otra “ha incumplido imputablemente”. Por su parte, la *compensatio mora* cobija el supuesto de hecho consistente en un contrato bilateral, con prestaciones exigibles para ambas partes e incumplidas imputablemente por ellas. Impide *ipso iure* que se produzcan los efectos de la mora cuando “ambas partes han incumplido”; es un mecanismo cautelar que, por ministerio de la ley, y sin necesidad de ser alegado por las partes, evita que alguno de los obligados incurra en mora hasta que uno de ellos cumpla o se allane a hacerlo. En especial, afecta en particular a la pretensión de solicitar perjuicios<sup>469</sup>, mas no la de cumplimiento<sup>470</sup>, pues el Código Civil colombiano en el artículo 1615 dispone que se debe indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención<sup>471</sup>.

---

gaciones recíprocas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 639, 1997, 403-462, en particular 410. También hace la misma reflexión, pero con relación al artículo 1100 del Código Civil español, L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, cit., 680. Sobre este último artículo, M. CRUZ MORENO, *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., 119-120, sostiene que se consagra un instituto que protege el sinalagma, pero no lo denomina compensación de moras sino imposibilidad de constituir mora en los contratos bilaterales.

469 Para la doctrina italiana—aunque exista discusión sobre existencia o no de las diferencias entre la mora y el retardo— es evidente que el simple retardo puede ocasionar perjuicios y por lo tanto es suficiente para reclamarlos: *cfr.* G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 440 y ss., y C. A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 75 y ss.

470 C. MEJÍAS ALONZO, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, cit., 405.

471 Las normas del Código Civil son claras cuando prevén que la pretensión de indemnización por perjuicios queda prescrita en el caso en que las partes sean incumplidas recíprocamente, pues el artículo 1615 establece que se deben perjuicios solo cuando se haya constituido en mora, y este último requisito no se configura como efecto de la compensación de moras establecida en el artículo 1609 del Código Civil. Se podría inferir que el legislador se decide por esta opción con el fin de sancionar a las partes

En fin, quien incumplió no tiene el derecho a exigir el cumplimiento a la contraparte y, por consiguiente, el ordenamiento otorga la tutela de la *exceptio non adimpleti contractus* al deudor con la finalidad de rehusarse a ejecutar la prestación debida. Tampoco puede constituir en mora a su deudor, pues sería injusto y desequilibra la relación contractual cobrar intereses, trasladar el riesgo y solicitar indemnización de perjuicios, cuando no ha respetado el acuerdo de las partes. En fin, son dos aspectos que conforman un todo integrado debido a la especial naturaleza y los singulares efectos que se derivan de una relación sinalagmática<sup>472</sup>.

---

que incumplen recíprocamente, mediante la imposibilidad jurídica de ser resarcidas independientemente de la entidad o tipo perjuicio causado por el incumplimiento de la contraparte. Parece consagrar una pena-sanción que deben soportar ambas partes si no respetan un contrato sinalagmático, pues, aunque el perjuicio sea de mayor entidad respecto de su contraparte o sea de un cierto tipo que según los parámetros de equidad debería ser resarcido —piénsese en los daños contractuales no patrimoniales—, la interpretación de los artículos 1609 y 1615 impide el ejercicio de una acción que permita repararlas. En este sentido, para el ordenamiento el incumplidor no tiene derecho a ser indemnizado por los daños causados con ocasión del contrato. Es una hipótesis que se le plantea al lector y sobre la cual se pretenderá profundizar en otra sede.

472 Contrario a esta idea de complementariedad, A. CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., 75-76, quien afirma que la compensación de moras es una aplicación o consecuencia obligada de la *exceptio non adimpleti contractus*. Al parecer, esa es la tendencia en la ‘modernización’ de códigos civiles que habían consagrado la compensación de moras y la excepción de incumplimiento; por ejemplo, la propuesta de modernización para el Código Civil español (art. 1191) y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (art. 1031) consagran solo la suspensión en las relaciones obligatorias sinalagmáticas y, en la parte correspondiente de la constitución en mora, nada se dice de la mora en los contratos sinalagmáticos. Se disiente de tal posición. La excepción de incumplimiento tiene unos matices y estructura determinados que la hacen diferenciar de otras figuras. La identidad de función dentro del ordenamiento consistente en la protección del sinalagma no hace superponerlas y eliminar la individualidad de cada una de ellas.

2.1.2 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL  
Y LA ‘EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE’ SON  
DOS REMEDIOS SINALAGMÁTICOS, PERO MIENTRAS QUE  
LA PRIMERA SE EJERCE FRENTE A UN INCUMPLIMIENTO  
CONSUMADO, LA SEGUNDA OPERA ANTE UNA SERIA AMENAZA  
DE INCUMPLIMIENTO FUTURO

La excepción de incumplimiento previsible<sup>473</sup> es un instrumento de protección de la parte fiel frente a un incumplimiento que tal vez pueda suceder en el futuro, debido al cambio en las condiciones patrimoniales de la contraparte y a la vulnerabilidad del crédito. El supuesto de hecho que legitima la tutela no es la lesión, sino la mera amenaza de lesión, la afectación de la expectativa de cumplimiento<sup>474</sup>; en otras palabras, formalmente no existe un incumplimiento, pero sí un riesgo sustancial de este, que el ordenamiento quiere tratar con especial atención con el fin de garantizar la sinalagmaticidad del contrato. De hecho, el núcleo de esta particular excepción es conservar el equilibrio, inhibiendo la obligatoriedad del cumplimiento de manera transitoria, hasta tanto se compruebe o se asegure la posibilidad de cumplimiento futuro de la contraparte.

La excepción en cuestión y la *exceptio non adimpleti contractus* son consideradas las dos principales ‘autodefensas’ contractuales<sup>475</sup> o excepciones suspensivas, las cuales presentan afinidades y son estudiadas autónomamente

---

473 También llamada ‘excepción de inseguridad’, ‘excepción de peligro de incumplimiento’, ‘excepción de incumplimiento anticipado’.

474 Sobre el particular: E. GABRIELLI, “Contratto e i rimedi: sospensione dell’esecuzione”, *Rivista di diritto privato*, n.º 2, 2014, 167 y ss.; F. ADDIS, *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milán, 2013, 14 y ss.; *id.*, “La sospensione dell’esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla Unsicherheitseinrede”, en *Ricerche sull’eccezione di insicurezza*, a cura di F. Addis, Milán, 2006, 1-21; A. VENTURELLI, “Dalla minaccia di inadempienza alla violazione anticipata del rapporto obbligatorio”, en *La tutela sinallagmatica anticipata nei contratti a prestazioni corrispettive*, Turín, 2013, 5-67; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 89 y ss.; *id.*, “Art. 1461. Mutamenti nelle condizioni patrimoniali dei contraenti”, en *Dei contratti in generale artt. 1425-1469 bis leggi collegate*, en *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Turín, 2011, 511 y ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 58 y ss.; A. PINNA, “L’exception pour risque d’inexécution”, en *Revue trimestrielle droit civil*, n.º 1-2003, 31 y ss.; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, París, 2013, 98-104.

475 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 89 y ss.; hipótesis de legítima defensa, *cf.* F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 610; ‘remedio sinalagmático que



como remedios frente al incumplimiento. La afinidad puede presentarse de dos maneras: funcional y ambiental. Funcionalmente, ambas excepciones están determinadas para proteger el vínculo contractual mediante la suspensión de la ejecución del contrato<sup>476</sup> y evitar una posible resolución. Ambientalmente, estas excepciones se mueven en el interior de los contratos sinalagmáticos, buscando garantizar la reciprocidad y la correlatividad característica de este tipo de contratos. En efecto, ambas excepciones están basadas en la buena fe contractual y permiten la correcta ejecución de los contratos bilaterales<sup>477</sup>.

El punto en que se diferencian es evidente y permite revelar el carácter autónomo de cada excepción. Mientras el tipo de incumplimiento que da lugar a la excepción de incumplimiento previsible es uno que potencialmente puede acaecer, en la *exceptio non adimpleti contractus* el incumplimiento ya sucedió<sup>478</sup>. El contratante que ha respetado el contrato se encuentra frente al peligro de no conseguir la contraprestación a causa de la posición contractual desmejorada de la contraparte, la cual amenaza con el correcto funcionamiento del contrato o pone en riesgo la función a la cual el contrato está llamado a cumplir. En la excepción de incumplimiento la ejecución de las prestaciones del contrato sinalagmático no se realizó por ninguna de las partes, pues una de ellas incumplió de modo tal que legitimó a su contraparte a rehusarse a

---

opera por vía de autotutela' en V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 924.; instrumentos de 'autotutela', *cf.* L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 58.

476 Categorizadas además como derecho temporal de no ejecutar, como la *suspensión de l'obligation d'executer*, *cf.* C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, París, 2002, 307 y ss.; en especial, encuadra la excepción por incumplimiento previsible como una 'inejecución lícita preventiva' y la excepción de incumplimiento como una 'inejecución lícita en respuesta a la inejecución ilícita de la contraparte'.

477 L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 59 y ss.; F. ADDIS, "Le eccezioni dilatorie", cit., 425, quien llama la atención respecto de cambiar la perspectiva de analizar ambas excepciones, de modo que "consenta di guardare alle eccezione dilatorie non come ad un semplice gruppo di regole, benché tra loro ordinate e coerenti, quanto piuttosto ad una disciplina unitaria, chiaramente orientata a predisporre un congegno normativo complessivo, volto a preservare un'adeguata corrispondenza tra sinallagma genetico e funzionale".

478 Una hipótesis del profesor BENEDETTI sobre la distinción de las dos figuras en el derecho italiano, y, por ende, el tratamiento de la excepción de riesgo de incumplimiento como un remedio autónomo, se debe a la influencia del estudio de G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, v. VI, Padua, 1934, 149 y ss., quien diferenciaba la excepción de incumplimiento cuando el incumplimiento ya sucedió y cuando está por suceder.

cumplir; y en el caso que se pretenda el cumplimiento o la resolución permite paralizar dicha pretensión con base en el incumplimiento del actor.

Otra diferencia que delimita el campo de aplicación de ambos remedios es la exigibilidad del crédito. Mientras en la *exceptio non adimpleti contractus* el crédito debe ser exigible, la excepción de incumplimiento previsible puede ser activada incluso por el contratante cuyo crédito no es todavía exigible, pues la finalidad del remedio es clara: prevenir posibles crisis contractuales y preservar la parte excepcionante de una ejecución que podría revelarse, a la luz del estado del crédito, infructuosa e incluso dañosa para el acreedor que excepciona<sup>479</sup>.

Todo esto es confirmado, además, por la manera como han sido disciplinadas separadamente; por ejemplo, el BGB § 320 regula la *Einrede des nicht erfüllten Vertrags*, mientras el § 321, *Unsicherheitseinrede*<sup>480</sup>; del mismo modo, el Codice Civile en el artículo 1460 consagra la *eccezione d'inadempimento* y en el 1461 la *eccezione di pericolo*<sup>481</sup> bajo la rúbrica de *mutamenti nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*<sup>482</sup>; por su parte, en el Code Civil francés —luego de la reforma— el artículo 1219 consagra expresamente la *exception d'inexécution* y luego la *exception d'inexécution anticipée* en el artículo 1220<sup>[483]</sup>; el Código Civil

479 A. M. BENEDETTI, “Art. 1461. Mutamenti nelle condizioni patrimoniali dei contraenti”, cit., 511; *id.*, *Le autodifese contrattuali*, cit., 92.

480 BGB § 321: “(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. (2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. § 323 findet entsprechende Anwendung”.

481 Según BENEDETTI, en ausencia de una denominación legislativa, parece coherente, según las características que la identifican, llamarla *eccezione di pericolo*; *cfr. Le autodifese contrattuali*, cit., 92.

482 Artículo 1461 Codice Civile: “Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia”.

483 Artículo 1220 Code Civil: “Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les

de Argentina prevé en el artículo 1031 la suspensión del cumplimiento y en el 1032 la excepción de incumplimiento previsible bajo el nombre de la tutela preventiva<sup>484</sup>. En otros códigos solo se reconoce expresamente, por ejemplo, la ‘excepción de incumplimiento previsible’ con referencia a específicos tipos contractuales, como el caso de la compraventa: artículo 1882 del Código Civil colombiano que permite rehusar la entrega del bien prometido en compraventa cuando hubiere menguado la fortuna del comprador, salvo que este último pague o asegure el pago; o el artículo 71 de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías que faculta a las partes para suspender el cumplimiento de sus obligaciones cuando resulta manifiesto que la contraparte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones, ya sea a causa de un grave menoscabo de su capacidad o solvencia para cumplirlas, ya sea por su comportamiento frente al cumplimiento del contrato.

En fin, tales diferencias permiten excluir que la excepción de incumplimiento previsible sea considerada como un instituto dependiente o sobrepuesto de la excepción de incumplimiento. Son dos remedios sinalagmáticos que tienen como núcleo esencial la protección del sinalagma del contrato, que derivan del principio de la buena fe, y específicamente de la regla de la correcta ejecución de las prestaciones de los contratos sinalagmáticos, todo lo cual no autoriza la completa asimilación, pues los presupuestos para la aplicación son completamente diferentes para ambas excepciones: en una la actuación de la relación comercial se encuentra ya comprometida, en la otra la falta de actuación de la relación comercial es solo eventual, pero amenaza gravemente la satisfacción del interés del acreedor<sup>485</sup>.

---

conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais”.

484 Artículo 1032 Código Civil Argentina: “Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

485 L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 59.

2.1.3 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y EL DERECHO DE RETENCIÓN SON FIGURAS QUE GARANTIZAN EL EQUILIBRIO DE LAS RELACIONES NEGOCIALES EN ÁMBITOS PARTICULARMENTE DIFERENCIADOS; SIN EMBARGO, EL DERECHO DE RETENCIÓN SE EXPRESA FUNCIONALMENTE COMO UNA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN EL CASO ESPECÍFICO EN EL CUAL EL ACREEDOR RETIENE LA COSA EN SU PODER CON EL FIN DE GARANTIZAR LOS CRÉDITOS RELACIONADOS DIRECTAMENTE CON LA RELACIÓN NEGOCIAL

El derecho de retención y la *exceptio non adimpleti contractus* son dos mecanismos de defensa privada<sup>486</sup>, de autotutela<sup>487</sup>, fundamentados en la equidad y la buena fe<sup>488</sup>, los cuales han sido aproximados o, mejor, aplicados como si fueran el mismo instituto<sup>489</sup>. En efecto, son muchos sus puntos de

---

486 Quienes afirman que son institutos que constituyen excepciones a la prohibición de hacerse justicia por los propios medios; *cf.* C. CARAVELLI, *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milán, 1940, 293; J. BÉGUIN, “L’adage ‘nul ne peut se faire justice a soi-même’ en droit français”, en *Travaux de Asociación Henri Capitant*, t. 18, París, 1966, 51 y ss.

487 *Cfr.* E. BETTI, “Autotutela. Diritto privato”, en *Enciclopedia del diritto*, IV, 1959, 529-537, especialmente 531, quien sostiene que los dos mecanismos son formas de autotutela en cuanto se autoriza al particular a tutelarse en forma pasiva, con un comportamiento negativo, de resistencia a la pretensión de la contraparte. Por su parte, L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell’autotutela privata*, II, Milán, 1974, 4, afirma que en un cuadro sistemático sobre la autotutela con función conservativa-cautelara se encuentran la *exceptio non adimpleti contractus* y el derecho de retención. Por último, C. M. BIANCA, “Autotutela”, en *Enciclopedia del diritto, aggiornamento*, IV, Milán, 2000, 130 y ss., en particular 138-139, quien denomina a la *exceptio* y al derecho de retención como *rimedi cautelativi*.

488 Para todos, *cf.* R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 112 y ss.

489 Como se evidencia en L. JOSSERAND, *Cour de Droit Civil Positif Français*, II, París, 1930, 13, 584, 700-707: “Il usera ainsi du droit de rétention dont l’exception non adimpleti contractus n’est autre chose que la mise en œuvre dans l’ordre contractuel”; “Le vendeur retient provisoirement la prestation dont il est tenu et dont il continue à être tenu: il use du droit de rétention dont l’exception non adimpleti contractus n’est qu’une adaptation au droit des contrats, qui constitue pour lui une garantie efficace et que se trouve, avec la compensation, dans un rapport évident: on a pu dire que la compensation n’est qu’un droit de rétention plus complet, puisque définitif; et on pourrait dire, tout aussi justement, que le droit de rétention n’est qu’une compensation temporaire, comminatoire,

contacto<sup>490</sup>, pero la naturaleza, la finalidad y la manera de operar evidencian sus claras diferencias<sup>491</sup> y, por ende, el problema de aplicarlos sin distinción alguna<sup>492</sup>.

Con el derecho de retención, el acreedor que tenga en su poder un bien de su deudor y con la obligación de restituirlo está autorizado a retenerlo y a rehusarse a ejecutar la prestación restitutoria, porque lo toma como garantía del crédito que surge debido a los gastos o daños ocasionados por la tenencia

n'affectant que l'exécution de la dette, non son existence même"; "Le rétenteur est tout simplement un créancier-débiteur que refuse d'exécuter sa dette aussi longtemps qu'on n'acquittera pas celle dont on est tenu envers lui; il oppose un refus légitime d'exécution; il dit: donnand donnand; lorsque deux obligations sont connexes, [parce que] le droit de rétention vient sanctionner l'idée d'interdépendance entre obligations connexes". En el derecho italiano fue también igualado el *diritto di ritenzione* con la *eccezione d'inadempiamento*; cfr. L. RAMPONI, *Il diritto di ritenzione nelle leggi italiane*, I, Florencia, 1898, 239. También se puede evidenciar en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de septiembre de 1938, *Gaceta Judicial*, t. XLVII, 240-246, cuando se afirma que el artículo 1609 "lo que contempla es un caso de derecho de retención. En los negocios jurídicos bilaterales, cada parte es acreedora de la otra y al mismo tiempo deudora de su deudor. De manera que cuando en el contrato o en la ley no se determina quién tiene que hacer primero la prestación, cualquiera de los contratantes puede exigir o demandar del otro el pago, quien a su turno está facultado para rehusarse a ello provisionalmente, resistiendo así el cumplimiento y reteniendo la prestación de lo que se debe mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir lo que le corresponda". La misma confusión en doctrina colombiana: A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil. De las obligaciones*, cit., 342.

- 490 La hipótesis de A. BARBA, "Ritenzione, diritto privato", en *Enciclopedia del diritto*, XL, 1989, 1373 y ss., en particular 1379, sobre la necesidad de una distinción entre los dos remedios se debe porque ambos institutos tienen un común origen y en el derecho de retención se da relevancia al estudio del requisito de 'reciprocidad' de las situaciones de débito y crédito y del requisito de la 'conexión' entre el crédito a cargo del *retentor* y la *res* que se posee.
- 491 En ordenamientos jurídicos como el italiano, el problema de deducir la existencia de la excepción de incumplimiento con base en normas que consagraban el derecho de retención o de considerarlas ontológicamente iguales se considera superado. De una parte, porque existe una norma que expresamente consagra la excepción de incumplimiento como una figura general y, de otra, porque la doctrina ha entendido y consolidado las diferencias de cada una de las figuras. Cfr. A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 26.
- 492 Quienes inicialmente muestran las diferencias entre estas figuras: R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 112 y ss.; C. LESSONA, "Legittimità della massima 'inadimplenti non est adimplendum'", *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1916, 388.

de dicho bien<sup>493</sup>. Es un derecho que surge del orden lógico, la justicia sustancial y la equidad requerida en las relaciones jurídicas, pues en un crédito que nace con ocasión de la tenencia o posesión de un bien no puede el propietario de este último pretender la restitución de la cosa sin considerar los intereses del acreedor<sup>494</sup>. Se enfrenta la existencia de dos relaciones heterogéneas, las cuales son recíprocas, pero no interdependientes: de una parte, existe un crédito que se origina con la posesión de una cosa y la obligación de pagarlo; de otra parte, la obligación de restituir y el derecho a la restitución<sup>495</sup>.

Entonces, así como es contrario a buena fe pretender la ejecución de los derechos que derivan de una relación jurídica, sin dar cumplimiento a las obligaciones que nacen de esta, lo es también exigir la restitución de la propia cosa, sin pagar o indemnizar previamente los gastos realizados sobre ella. Sin embargo, no es posible confundir estos dos supuestos de hecho. Mientras en el primero se presupone una relación sinalagmática, créditos interdependientes y correlativos, en el segundo se suponen créditos recíprocos pero independientes, en el sentido que el derecho a que se le restituya el bien no es la causa de la obligación a pagar el crédito a cargo del tenedor de dicho bien, puesto que, a manera de ejemplo, entre los gastos de conservación o de mejoramiento efectuados por el poseedor no representan el resultado de un comportamiento asumido en ejecución de una prestación en el cuadro de una relación obligatoria, sino de un comportamiento libremente asumido en el interés propio<sup>496</sup>. En

493 J. VIÑAS MEY, “El derecho de retención”, *Revista de Derecho Privado*, t. IX, 1922, Madrid, 102-115; N. CATALA-FRANJOU, “De la nature juridique du droit de rétention”, en *Revue Trimestrielle Droit Civil*, 1967, 9 y ss., en particular 14; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 137 y ss.; A. BARBA, “Ritenzione, diritto privato”, cit., 1373 y ss.; E. AL MUREDEN, “Ritenzione legale e ritenzione convenzionale”, *Contratto e impresa*, 1997, 191-217; D. L. GARDANI, “Ritenzione (diritto)”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, XVIII, 1998, 65 y ss.; P. BASSO, *Il diritto di ritenzione*, Milán, 2010, 23 y ss.

494 C. CARAVELLI, *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, cit., 292. En el mismo sentido, A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milán, 1983, 112 y ss.

495 A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., 117.

496 *Cfr.* L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 156, n. 47. Por su parte, B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, cit., 88-92, al intentar distinguir entre el derecho de retención y la excepción de incumplimiento, también afirma que el derecho de retención tiene una eficacia real, mientras que la excepción la tiene siempre obligacional, no obstante en la práctica apenas tenga trascendencia dicha distinción.

ese sentido, el derecho de retención se puede presentar en “un contrato con prestaciones correlativas, pero que no estén ligadas por una interdependencia y que sean extrañas al ‘programa contractual’ querido por las partes”<sup>497</sup>.

También, existe una relación diferente entre los titulares de los remedios y la cosa objeto de retención, lo cual hace afirmar que la excepción de incumplimiento no es un caso de derecho de retención. Mientras en la *exceptio excipiens* puede ser o no el propietario de la cosa que retiene por la falta de cumplimiento de la prestación de la contraparte, en el derecho de retención el *retentor* no puede ser jamás el propietario de la cosa que debe restituir, pues, de hecho, su obligación es restituirla a su verdadero titular; y en el caso de ordenamientos jurídicos en los que el consentimiento transfiere la propiedad, la diferencia es aún evidente, pues si el *excipiens* no es el propietario por virtud de que por medio del contrato transfirió la propiedad y el adquirente es incumplidor, la excepción de incumplimiento paraliza los efectos del contrato y por ende suspende la obligación de entregar, mas no la de restituir<sup>498</sup>.

Además, la doctrina afirma que el derecho de retención puede ejercerse de manera taxativa<sup>499</sup>, tanto en relaciones contractuales como en relaciones extracontractuales<sup>500</sup>. Por el contrario, la excepción de incumplimiento no

497 A. BARBA, “Ritenzione, diritto privato”, cit., 1380.

498 W. D’AVANZO, “Ritenzione (diritto di)”, en *Novissimo digesto italiano*, 1969, 178.

499 La amplitud o menos de la aplicación del derecho depende de cómo se consagre en el ordenamiento jurídico. En el caso colombiano, el inciso 2.º del artículo 2417 del Código Civil dispone que “no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designen”, lo cual hace entender la taxatividad del derecho de retención. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de mayo de 1995, exp. 4137, ha dicho que “el derecho de retención no es otro que el de retardar la entrega de la cosa debida en los supuestos en que la ley expresamente lo autoriza, como medio de obligar a la persona a quien pertenece a pagar al detentador de dicha cosa la deuda nacida con ocasión de la misma cosa”; en doctrina, F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, 937; L. G. VELÁZQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, Bogotá, 2010, 118 y ss.; P. BASSO, *Il diritto di ritenzione*, cit., 34.

500 En relaciones no contractuales, lo hace en el artículo 859, en el cual se le permite al usufructuario retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones al que es obligado el propietario, y el artículo 970 consagra la hipótesis en la que, si vencido el poseedor, tiene derecho a reclamar expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago. Tradicionalmente se afirma un derecho de retención en el contrato de depósito, comodato, retención y arrendamiento; sin embargo, sobre

está sometida a la regla de tipicidad legal y se puede ejercer por cualquiera de las partes en cualquier relación de tipo sinalagmático, pues es un remedio que busca el correcto funcionamiento del contrato<sup>501</sup>.

Como lo ha sostenido la doctrina, la diferencia más importante entre las dos figuras es la relación sinalagmática requerida en la excepción de incumplimiento<sup>502</sup>. Para el derecho de retención basta solo una relación obligatoria, pues su finalidad es garantizar un crédito que está relacionado únicamente con la cosa que se retiene, y que nace por los gastos y daños ocasionados por la posesión o tenencia de dicha cosa; por ello, este derecho se limita a facultar al acreedor a rehusarse a ejecutar solo la obligación de restituir. Por el contrario, en la excepción se requiere el sinalagma, pues su función es proteger toda la relación contractual, garantizar la natural reciprocidad de la relación sinalagmática, asegurando la correcta ejecución de las prestaciones del contrato, mediante la facultad de inobservar las obligaciones asumidas frente a un incumplimiento de la contraparte, pues la inejecución de una prestación turba el normal funcionamiento del contrato.

Ahora, nos parece que en los contratos llamados “imperfectamente sinalagmáticos” no existe la aplicación de un derecho de retención, sino una verdadera excepción de incumplimiento contractual, pues en ese tipo de contratos el vínculo es perfectamente sinalagmático. En otras palabras, el Código Civil disciplina el derecho de retención en diferentes contratos que la doctrina los ha concebido como unilaterales, como sucede en el artículo 2188 el cual prevé la retención en el contrato de mandato<sup>503</sup>, o el artículo 2218 que lo hace igualmente en el contrato de comodato<sup>504</sup>, o el artículo 2258 que consagra el

---

esta denominación no estamos de acuerdo, pues es una aplicación de la excepción de incumplimiento.

501 F. ADDIS, “Le eccezioni dilatorie”, cit., 437.

502 W. D’AVANZO, “Ritenzione (diritto di)”, cit., 178; en igual sentido, A. BARBA, “Ritenzione, diritto privato”, cit., 1379.

503 Artículo 2188 Código Civil colombiano: Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que este fuere obligado por su parte.

504 Artículo 2218 Código Civil colombiano: El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras no se efectúa la indemnización de que se trata en los dos artículos precedentes; salvo que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condenare.



derecho de retención en el contrato de depósito<sup>505</sup>; sin embargo, la facultad que se le otorga al mandatario, al comodatario o al depositario de no restituir las cosas en su poder cuando su contraparte ha incumplido con la ‘obligación de protección’, se configura como una manifestación de la excepción de incumplimiento, ya que la manera como se ejecutan ese tipo de contratos, la forma de actuarlos y de integrar sus prestaciones conforme a la buena fe, permite inferir que las obligaciones de indemnizar o de pagar los gastos por la custodia de la cosa encuentran su causa en el contrato, pues hacen parte de una relación negocial única, que debe ser entendida en su integralidad<sup>506</sup>. Por lo tanto, el mecanismo de autotutela, antes que llamarse derecho de retención, debería denominarse *exceptio non adimpleti contractus*<sup>507</sup>.

---

505 Artículo 2258 Código Civil colombiano: El depositario no podrá, sin el consentimiento del depositante, retener la cosa depositada, a título de compensación, o en seguridad de lo que el depositante le deba; sino sólo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo.

506 En efecto, *infra* Parte III, Capítulo 2, § 2.1.1, se afirma que el criterio de interdependencia de las prestaciones se orienta al área de la relación negocial considerada en su integralidad, de modo que se comprendan todas aquellas prestaciones que alimentan e integran dicha relación, es decir, tanto las que hacen parte en el momento originario del negocio como las que se van concretando con ocasión del cumplimiento del contrato. Las obligaciones nacen necesariamente con la celebración del contrato, pero se valoran en el caso concreto a la luz de la buena fe, en consideración de los intereses de las partes y las particularidades del negocio, por lo que pueden evidenciarse prestaciones a cargo de las partes que colaboran a la consecución de la operación económica querida por estas –como los deberes de lealtad, cooperación, diligencia, etc.– y que hacen parte de cualquier relación negocial. Además, se afirma que el rol de la buena fe en la ejecución del contrato colabora a articular las obligaciones a cargo de ambas partes y de ese modo configurar el contenido único del vínculo; así, el deber de diligencia y lealtad, exigido en todas las relaciones contractuales, se caracteriza a través del deber de garantizar la seguridad en la ejecución de la prestación y la consecución de los resultados queridos por las partes, en cuanto se subraya que la plena satisfacción del interés crediticio exige la ejecución de una prestación efectivamente utilizable y no peligrosa.

507 Incluso se comete el mismo error en un contrato que es evidentemente sinalagmático, el de arrendamiento, artículo 1995 del Código Civil colombiano: en todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá ser éste expelido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador. También L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 155-160, critica esta elección del legislador, pues afirma que el legislador cuando disciplina el derecho de retención en algunos contratos llamados “sinalagmáticos imperfectos”, no lo hace técnicamente.

2.1.4 EN LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO  
CONTRACTUAL Y EN LA COMPENSACIÓN SE CONFRONTAN  
DOS PARTES RECÍPROCAMENTE DEUDORAS Y ACREEDORAS  
CON EL FIN DE PERMITIR EL EQUILIBRIO DE LA  
RELACIÓN NEGOCIAL; SIN EMBARGO, FUNCIONALMENTE  
NO COMPARTEN PUNTOS DE CONTACTO, PUES LA  
COMPENSACIÓN ES UN CLARO MODO  
DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En el pasado pudo presentarse la superposición entre la excepción de incumplimiento y la compensación<sup>508</sup>; sin embargo, hoy por hoy es claro que la compensación, entendida como el modo de extinción de una relación obligatoria<sup>509</sup>,

---

Ahora, a pesar de este error no se puede caer en la promiscuidad de tipo terminológico, sustancial y sistemático cuando se pretenda estudiar y aplicar la excepción de incumplimiento y el derecho de retención, pues se llegaría a la inadmisibile dilatación del ámbito de aplicación de la *retentio*, es decir, a clasificar a la *exceptio non adimpleti contractus* como una hipótesis del derecho de retención, tal como lo hace inadmisiblemente W. DROSS, “L’exception d’inexécution: essai de généralisation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, I y ss. El autor, a pesar de notar al inicio de su texto el diferente campo de acción entre la excepción de incumplimiento y el derecho de retención –en el cual el primer instituto nace en el seno de los contratos sinalagmáticos y que se aplica en dicho ámbito sin importar si el tipo de obligación es una de hacer, de no hacer o de dar, con la única condición que sean obligaciones exigibles; y el segundo nace para ser invocado en cualquier tipo de relación contractual, pero solamente respecto a un solo tipo de obligación, el derecho de restitución–, afirma que ambos institutos tienen como origen común la reciprocidad de los créditos, lo cual constituye “la condition à la fois suffisante et nécessaire de l’exception d’inexécution, que celle-ci prenne ou non la forme d’une rétention”. Sostiene, además, desconociendo la formación histórica y dogmática de cada figura, la naturaleza común de ambos institutos y su aplicación a los mismos supuestos de hecho.

508 Se cree que la confusión se debe, como es evidenciado por la doctrina romanista, a que la jurisprudencia romana fue tipificando paulatinamente funciones concretas de la buena fe; en particular, aquella en la que una parte acreedora y al mismo tiempo deudora de la otra pretendía el cobro íntegro de lo que le era debido sin estar dispuesta al pago íntegro de lo que debía. Se piensa que en un primer momento el juez realizaba una compensación de deudas que conduce a una condena por la diferencia; *cf.* A. BURDESE, *Manuale diritto privato*, cit., 586. De ahí la confusión con la excepción de incumplimiento, pues los romanistas buscaron explicar las fórmulas que llevaron a los juristas romanos a tutelar a la parte convenida en juicio a la ejecución del contrato; una de ellas es asimilarla a la compensación. *Cfr.* S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, cit., 3 y ss.

509 Se remite, además de los manuales de derecho de las obligaciones, a C. CARAVELLI, *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milán, 1940, 5 y ss.; M. PETRONE, *La*

no comparte puntos de contacto con la excepción de incumplimiento, salvo que en ambos institutos se confrontan dos créditos incumplidos de dos partes que son mutuamente deudoras y acreedoras<sup>510</sup>. Las diferencias son evidentes: en la compensación la solución jurídica es extinguir la relación jurídica; en la *exceptio non adimpleti contractus*, no<sup>511</sup>. En efecto, en la compensación no se cumple la prestación porque el débito ha sido extinguido, es un rechazo a ejecutar la obligación definitivamente; por su parte, en la excepción de incumplimiento el acreedor-deudor se rehúsa a ejecutar su prestación hasta que no le sea cumplida la contraprestación, por lo cual se declara pronto a cumplir apenas la contraparte ejecute lo que le corresponde; es un rechazo a ejecutar la obligación no definitivo, solo dilatorio<sup>512</sup>. Además, en la compensación se presupone la existencia de dos deudas recíprocas, sin importar el título de cada una; en cambio, en la excepción de incumplimiento se presupone la existencia de dos deudas recíprocas que surgen de un mismo contrato, en el cual los débitos encuentran interdependencia, sinalagmaticidad<sup>513</sup>.

Así pues, son dos figuras completamente diferentes, tanto que genera dificultad notar un punto de contacto que logre confusión entre ellas.

2.2 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO Y LA RESOLUCIÓN  
POR INCUMPLIMIENTO SON REMEDIOS SINALAGMÁTICOS  
POR EXCELENCIA, FUNCIONALMENTE DIFERENTES Y  
AUTÓNOMOS, EN CUANTO LA RESOLUCIÓN PRETENDE  
LA LIBERACIÓN DE LAS PARTES DEL VÍNCULO NEGOCIAL  
Y REQUIERE UN INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DEL  
CONTRATO, MIENTRAS QUE LA EXCEPTIO PROPENDE A LA  
CONSERVACIÓN DEL VÍNCULO

El incumplimiento puede presentarse de diferentes maneras en la relación comercial específica, ya que depende de la naturaleza de la prestación, del comportamiento exigido a las partes, de los intereses y la posición contrac-

---

*compensazione tra autotutela e autonomia*, Milán, 1997, 15 y ss.; F. NAPPI, *Contributo alla teoria della compensazione*, Turín, 1999, 11 y ss.

510 A. DALMARTELLO, “Eccezione di inadempimento”, cit., 356.

511 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 28.

512 G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 19.

513 A. DALMARTELLO, “Eccezione di inadempimento”, cit., 356.

tual de los contratantes, entre otros factores que determinan la calificación del incumplimiento<sup>514</sup>: definitivo, parcial, defectuoso, grave, simple retardo, remediable o irremediable<sup>515</sup>. La posición contractual de las partes y sus intereses, en particular de quien sufre las consecuencias del incumplimiento, determina el remedio idóneo para afrontar el incumplimiento tal como se presenta: si el incumplimiento es catastrófico, la parte que lo sufre pierde cualquier esperanza de recuperar la relación negocial y preferiría liberarse del vínculo; si, por el contrario, el incumplimiento es remediable, la parte optaría por conservar el vínculo y recuperar la función que el contrato estaba llamado a realizar<sup>516</sup>. Cada remedio tiene su campo de acción y su manera de restablecer los intereses de las partes, según el tipo de incumplimiento y de conformidad con los principios del sistema jurídico.

Por ello es que no debe confundirse la excepción de incumplimiento con la resolución por incumplimiento, o llegar a sostener que de esta última se deduce el fundamento indirecto o directo de la *exceptio*<sup>517</sup>. Ambos son remedios sinalagmáticos<sup>518</sup> que se aplican a contratos en los que se denota una interdependencia recíproca de las prestaciones de las partes, pero con un ‘mal

---

514 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 891.

515 M. GIORGIANNI, *L'inadempimento, corso di diritto civile*, cit.; *id.*, *Inadempimento*, cit., 861 y ss.

516 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 891.

517 En el pasado se confundió la excepción de incumplimiento y la resolución por incumplimiento, de un lado, porque dogmáticamente tienen un fundamento común y se aplican como remedios de contratos sinalagmáticos; de otro lado, ya que históricamente la resolución debe considerarse, nada más y nada menos, como un desarrollo de la excepción de incumplimiento; *cfr.* G. AULETTA, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., capítulo 1. Y esto se evidencia en la manera como han sido contruidos los remedios sinalagmáticos; por ejemplo, en Francia se construye la *exceptio* con base en el artículo 1184 del Code Civil de 1804. Para todos, *cfr.* C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 63, e igualmente en Italia, bajo la vigencia del Código Civil de 1865, se deducía del 1165 que consagraba la *condizione tacita per inadempimento*; *cfr.* F. RICCI, *Indole e fonte delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 74; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., 222; G. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, cit., 41.

518 La calificación de remedios sinalagmáticos tanto para la excepción de incumplimiento como para la resolución por incumplimiento es ampliamente difundida; para todos, ver: R. SACCO, “I rimedi sinallagmatici”, en *Il contratto*, II, en *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Turín, 2004, 611 y ss. [También en *Obbligazioni e contratti*, II, en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Turín, 1995, 599-620].

funcionamiento<sup>519</sup>, en cuanto la sinalagmaticidad del contrato se ve afectada por la falta de correspondencia entre la prestación y la contraprestación tal como había sido establecida por las partes en el contrato. Ahora, la diferencia entre los remedios reside en la intensidad de los efectos que estos producen sobre el vínculo contractual<sup>520</sup>. Mientras que la excepción de incumplimiento conserva el vínculo, se limita a suspender la relación obligatoria a la espera de la correcta y completa ejecución del contenido negocial, la resolución, por su parte, destruye el vínculo, pues el contratante afectado por el incumplimiento definitivo no está más interesado en seguir vinculado, desea ser liberado de ejecutar la propia prestación, no tiene interés en obtener la prestación de la contraparte y desea solamente que se le restituya todo lo que entregó en virtud del contrato, así como que se eliminen, en lo posible y en respeto a los derechos de terceros, los efectos que el contrato pudo producir<sup>521</sup>.

---

519 La expresión utilizada por V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 88o, cuando afirma que los eventos que dan lugar a la resolución como remedio tienen la característica de determinar el “malfunzionamento del contratto, in quanto colpiscono una delle prestazioni e così perturbano, a danno di uno dei contraenti, il rapporto contrattuale proprio nella sua dimensione di sinallagma”; la cual no parece tan acertada a G. AMADIO, “Inattuazione e risoluzione: la fattispecie”, en *Rimedi-2*, v, en *Trattato del Contratto*, diretto da V. Roppo, Milán, 2006, 6, cuando sostiene que un contrato incumplido no siempre es ‘malfunzionante’, pues, si el incumplimiento es de poca importancia, la parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución, y en caso de elegir el cumplimiento, el contrato debe presuponer que aún tiene un ‘buon funzionamento’.

520 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 24.

521 M. DELLACASA, “Inattuazione e risoluzione: i rimedi”, en *Rimedi-2*, v, en *Trattato del Contratto*, diretto da V. Roppo, Milán, 2006, 369 y ss. Sobre la resolución de incumplimiento, de la vasta literatura se resalta U- CARNEVALI, E. GABRIELLI y M. TAMPONI, *La risoluzione*, en *Il contratto in generale*, en *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, v. XIII, t. VIII, Turín, 2011, 3 y ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1459, en *Il Codice Civile*. Commentario P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milán, 2007, 3 y ss.; G. AMADIO, “Inattuazione e risoluzione: la fattispecie”, cit., 1-11; G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell’inadempiente*, Milán, 2001, 1 y ss.; G. AULETTA, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 22 y ss.; A. LUMINOSO, U. CARNEVALI y M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1454, I-1, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, Roma y Bolonia, 1990; A. BELFIORE, “Risoluzione per inadempimento”, en *Enciclopedia del diritto*, XL, 1989, 1309 y ss.; R. SACCO, “Risoluzione per inadempimento”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XVIII, Turín, 1998, 56 y ss.; L. MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Nápoles, 1950.

En efecto, se ha requerido que el tipo de incumplimiento que da lugar a la resolución sea cualificado, esto es, de carácter grave<sup>522</sup>: un incumplimiento que legitime el ejercicio de un remedio radical y destructivo, uno que sea idóneo de modo que pueda romper el vínculo entre las partes, es decir, un incumplimiento definitivo, esencial, que ponga en crisis de manera irremediable al contrato<sup>523</sup>. Por el contrario, en la excepción de incumplimiento no es necesario: la *exceptio non adimpleti contractus* es un remedio no destructivo de tipo suspensivo de las prestaciones de las partes<sup>524</sup>, por lo cual es necesario solamente alegar el incumplimiento simple objetivamente verificable y que pueda justificar la suspensión del cumplimiento de parte del *excipiens*<sup>525</sup>, no es necesario determinar un incumplimiento culpable ni uno que derive de una imposibilidad sobrevenida no imputable<sup>526</sup>. Como lo explica Benedetti,

---

522 Sobre la cualificación del tipo de incumplimiento que da lugar a la resolución, consultar L. BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, San Giuliano Milanese, 2016, *passim*; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1459, cit., 541 y ss.; L. NANNI, M. COSTANZA, U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, artt. 1455-1459, I-2, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, Roma y Bolonia, 2007, I y ss.; G. AMADIO, "Inattuazione e risoluzione: la fattispecie", cit., 119 y ss.; M. G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Turín, 1995; G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milán, 1992; M. R. SPALLAROSSA, "Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto", *Rivista diritto civile*, 1972, II, 460 y ss. En el caso de la cláusula resolutoria expresa, se remite a M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milán, 1998, 29 y ss.; C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Turín, 1997, 39 y ss.

523 De hecho, se trata de la necesidad de mantener la proporcionalidad entre la entidad de la violación y el carácter irreversible de un remedio que conduce a la extinción del vínculo; no obstante, tal proporcionalidad está también establecida por la autonomía de las partes cuando determinen qué tipo de incumplimiento sea grave, en consideración a sus intereses y sin contrariar los principios que rigen la relación contractual. *Cfr.* G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1459, cit., 542.

524 J. GHESTIN, "Note a Cour Cassation, Ch. Com., 15 janvier 1973", *Recueil Dalloz*, 1973, 474. Sobre el particular, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 920, afirma con mayor claridad: "sono chiare le differenze: la risoluzione scioglie il contratto e distrugge le relative obbligazioni, mentre l'eccezione si limita a sospendere temporaneamente l'obbligazione dell'eccepente; anzi, l'eccezione è proprio il fattore che impedisce lo scioglimento del contratto, in quanto paralizzi la domanda di risoluzione proposta contro l'eccepente".

525 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 54.

526 *Cfr.* C. LARROUMET, *Les obligations*, cit., 792, quien deja claro que "en effet, l'exceptio non adimpleti contractus ne suppose pas nécessairement que l'inexécution soit imputable

en estos dos remedios sinalagmáticos domina la sacralidad del vínculo contractual, por lo cual, mientras que para disolverlo se necesitan requisitos más estrictos, para suspenderlo bastan solo otros más elásticos<sup>527</sup>.

Esta diferenciación no excluye que estos remedios sean ejercidos de manera conjunta; de hecho, ellos pueden ser perfectamente acumulados siempre que no se propongan de manera que sean incompatibles<sup>528</sup>. El acreedor puede excepcionar el incumplimiento de su contraparte, cuando aún conserva el interés en el buen éxito de la relación negocial; luego, en el caso que el incumplimiento persista y sea grave, puede accionar solicitando la resolución por incumplimiento. Son las partes las que eligen qué tipo de remedio les permite la correcta tutela según sus intereses y la posición contractual, sin contrariar,

---

au débiteur, contrairement à la résolution. Il suffit que celui qui invoque n'ait pas obtenu satisfaction, alors que lui-même est en mesure d'exécuter son obligation et peu importe la raison pour laquelle il n'a pas encore obtenu satisfaction. Cependant, il faut bien voir que, dans le cas où l'obligation ferait l'objet d'une impossibilité d'exécution, le débiteur auquel serait opposée l'exception d'inexécution ne manquera pas d'invoquer cette impossibilité pour faire anéantir le contrat sur le fondement de la théorie des risques. [...] Au contraire, dans le cas où l'inexécution serait imputable au débiteur contre lequel est invoquée l'exception d'inexécution, celui-ci ne dispose d'aucun moyen pour tenir cette exception en échec. Ou bien il exécute de façon à obtenir la contre-prestation qu'il attend. Ou bien le bénéficiaire de l'exception demandera la résolution du contrat, s'il sait ne peut obtenir l'exécution forcée d'un débiteur récalcitrant”.

- 527 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 24. Tesis contraria, B. CAPRILE BIERMANN, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, cit., 59: “tipo de incumplimiento exigido para ejercer la acción resolutoria u oponer la excepción de inejecución debe ser, al menos en este aspecto, idéntico”; en igual sentido: C. MEJÍAS ALONZO, “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de la jurisprudencia nacional reciente y la doctrina”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n.º 1, 2014, 111-156, en particular, 123 y ss.
- 528 La compatibilidad de los remedios depende del orden en el cual son ejercidos. Por ejemplo, la resolución es incompatible con la excepción de incumplimiento, la reducción del precio o la ejecución forzada *in natura*. Un contrato no puede, primero, ser eliminado y, luego, preservarse. En efecto, la reforma del Code Civil enumera, en el artículo 1217, los remedios de los que puede hacer uso la parte que se vea afectada frente a una obligación no ejecutada o imperfectamente ejecutada. Y establece que, según sus intereses, todos los remedios pueden ser acumulados con tal que no sean incompatibles. *Cfr.* Y.-M. LAITHIER, “Les sanctions de l'inexécution du contrat”, cit., 39 y ss.; M. MEKKI, “Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation”, *Gazette du Palais*, 30 avril 2015, n. 120, 37 y ss.

obviamente, los principios que gobiernan el proceso civil y la misma relación negocial. Sin embargo, lo anterior no lleva tampoco a sostener que la excepción de incumplimiento sea un mecanismo de tutela que se usa como antecedente a la resolución o identificarla como un ‘remedio menor’<sup>529</sup>. En efecto, si bien la resolución puede suceder a la excepción de incumplimiento cuando esta última no tutela los intereses del excepcionante debido a que el incumplimiento persiste y es grave para los intereses en juego en la relación negocial, tal circunstancia es del “todo eventual y seguramente no necesaria”<sup>530</sup>; se prefiere afirmar que la excepción es autónoma como remedio y tiene una función preventiva de la resolución, de modo que aleja la destrucción del vínculo contractual<sup>531</sup>, pues la finalidad de la *exceptio* no es cumplir con una fase que acaba con la relación, sino permitir la correcta y la completa actuación del sinalagma, así como evitar el desequilibrio del vínculo.

---

529 Posición que también se infiere de G. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 297 y ss., quien considera que el estudio de la resolución vale para “illuminare il vicino istituto della exceptio inadimplenti, nella giustificazione della sua esistenza, nella determinazione della sua funzione, nella soluzione di particolare problema [...] Viene così a porsi un perfetto parallelismo tra risoluzione ed exceptio, nel senso che la seconda serve ad una più fruttuosa attuazione della prima, onde l’opponibilità dell’exceptio presuppone la successiva proponibilità della risoluzione”. O también de J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 4, París, 1988, 347: “Les diminutifs de la résolution. En présence de certaines inexécutions que l’on peut croire n’être pas irrémédiable le droit propose des mesures moins graves, moins définitives, que la résolution”.

530 Cfr. A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 24, n. 60. Por ejemplo, M. DELLACASA, “Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, 687 y ss., explica un caso decidido por la Corte de Cassazione en virtud del cual la parte demandada propone la excepción de incumplimiento y subsidiariamente demanda en reconvencción la resolución del contrato. En el juicio se establece que el demandante habría retardado la ejecución de sus prestaciones de manera no grave ni imputable. En el proceso parece desatendida la excepción de incumplimiento opuesta por el demandado para contrarrestar la demanda de resolución de la contraparte, y se decide directamente la contrademanda de resolución propuesta. Como explica DELLACASA, leyendo la motivación, surge la impresión que el juicio sobre la demanda reconvenccional de resolución y el de la importancia del incumplimiento sean sustancialmente inescindibles y que, por lo tanto, la excepción de incumplimiento sea ignorada, en cuanto la demanda reconvenccional de resolución la absorbe.

531 G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., 154 y ss.



2.2.1 EL PROBLEMA DEL CASO COLOMBIANO: LA  
DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA TRADICIONALMENTE HAN  
CONSIDERADO LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*  
COMO UNA EXCEPCIÓN PERENTORIA DE LA ACCIÓN DE  
RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LOS EVENTOS  
DE INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO, SIN RECONOCERLE SU  
AUTONOMÍA Y SU FUNCIÓN TÍPICAMENTE CONSERVATIVA  
DEL CONTRATO

En Colombia, como se expuso en el capítulo anterior, la excepción de incumplimiento se utiliza casi exclusivamente como si fuese un instrumento que ataja la resolución por incumplimiento y sin la intención de conseguir la satisfacción en forma específica del crédito. En particular, cuando se pretende resolver los casos de incumplimiento recíproco del contrato bilateral, con base en la articulación de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil colombiano<sup>532</sup> —el primero consagra la cláusula resolutoria tácita, el segundo, como equivocadamente ha sostenido la Corte y la doctrina, la *exceptio non adimpleti contractus*—.

Tal articulación conllevaba, como se puede deducir de los casos puestos en consideración de los jueces<sup>533</sup>, un problema práctico que contrariaba la

---

532 En el derecho chileno se presenta una problemática similar con base en los artículos 1489 y 1552 de su Código Civil; consúltese: B. CAPRILE BIERMANN, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, cit., 53-93.

533 El caso tipo es un contrato de promesa de compraventa o permuta, en la cual, en el momento de su celebración, ejecutan parcialmente las prestaciones del contrato prometido; luego, al celebrar el contrato de compraventa o permuta, se incumplen simultáneamente las respectivas obligaciones. En la jurisprudencia se evidencia: (i) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de noviembre de 1978, *Gaceta Judicial*, t. CLVIII, 298-299, se presentaba el caso en virtud del cual las partes cumplen con las obligaciones principales de una compraventa, mas no con una cláusula especial que motivó la celebración del contrato; (ii) Sentencia de 5 de noviembre de 1979, *Gaceta Judicial*, t. CLIX, 306, donde se incumple recíprocamente un contrato de promesa de permuta de bienes inmuebles, pues las partes no concurrieron a la notaría a extender los títulos escriturarios de los inmuebles según lo convenido; (iii) Sentencia de 7 de diciembre de 1982, *Gaceta Judicial*, t. CLXV, 343-345, tiene lugar debido a una promesa de permuta, en la que, no obstante se entregara el bien inmueble y se pagara una parte del precio junto a la entrega de otros bienes, las partes no cumplieron con los requisitos necesarios

justicia que debía ser aplicable a los casos concretos: la paralización o el enervamiento del contrato a causa de que ninguno de los contratantes se encontraba provisto de las condiciones para alegar la resolución o el cumplimiento, o porque cada uno alegaba la inejecución de su respectiva contraparte<sup>534</sup>. En efecto, para dar solución a este problema, la jurisprudencia ha propuesto tres soluciones —dos de ellas reinterpretando la *exceptio non adimpleti contractus*— con el fin de acabar con el estancamiento de las relaciones contractuales y de otorgar mecanismos de tutela que permitieran remediar tal situación, la cual resultaba particularmente grave cuando se ejecutaba parcialmente el contrato y la equidad requería eliminar los efectos producidos, por ejemplo, cuando se pagó una parte del precio y se pretende su restitución.

En la primera solución, la jurisprudencia deja de considerar la articulación entre el artículo 1546 y el 1609 del Código Civil, para aplicar la teoría del mutuo disenso tácito, en virtud de la cual se toma el incumplimiento bilateral como un desistimiento mutuo o una conducta concluyente en el sentido de destrato<sup>535</sup>.

---

previos para otorgar la escritura pública (pago de impuestos, delimitación topográfica del bien) ni asistieron a la notaría acordada a cumplir el contrato de promesa.

- 534 En efecto, como explica el maestro HINESTROSA, la Corte Suprema de Justicia “sostuvo tozudamente” la imposibilidad de ejercer la acción ejecutiva como la resolutoria al contratante incumplido, o cuando ambas partes no ejecutaban el contrato en la oportunidad y términos debidos; *cfr.* F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, cit., 891 y n. 6077.
- 535 Basta citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 23 de septiembre 1974, *Gaceta Judicial*, t. CXLVIII, 246; Sentencia de 5 de noviembre de 1979, *Gaceta Judicial*, t. CLIX, 306; Sentencia de 7 de diciembre de 1982, *Gaceta Judicial*, t. CLXV, 343-345; Sentencia de 7 de marzo de 2000, exp. 5319; Sentencia de 11 de marzo 2002, exp. 6046; Sentencia de 9 de febrero de 2004, exp. 7577; Sentencia de 12 de febrero 2007, exp. 00492-01; Sentencia de 5 de junio 2007, exp. 10468-01. En doctrina: F. CANOSA TORRADO, *La resolución de los contratos*, cit., 105 y ss.; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 899, *ivi*, II, 893 y ss.; J. H. RAMOS, “Problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento”, *Revista Principia Iuris*, n.º 16, 2011, 75 y ss.; M. GAMBOA SEPÚLVEDA, “La condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro código civil y en la jurisprudencia comparada”, cit., 305. Por último, F. MANTILLA ESPINOSA, “La excepción de inejecución”, cit., 284, quien expone dos críticas a esta solución jurisprudencial: (i) el mutuo disenso tácito es de difícil aplicación en caso de contratos solemnes, los cuales para su terminación requieren de las mismas solemnidades que utilizaron para su celebración, y (ii) el mutuo disenso tácito es un contrato que busca extinguir otro contrato y cuyo acuerdo resulta de inferirlo e interpretarlo de las circunstancias del caso concreto; por lo tanto, duda que con base en un incumplimiento se pueda

Con una segunda solución se busca eliminar la parálisis provocada por el incumplimiento recíproco del contrato afirmando que el artículo 1609, que prevé la excepción de incumplimiento, no paraliza la acción de resolución cuando el excepcionante es también incumplidor, pues el demandado no puede legítimamente oponer la *exceptio*, comoquiera que su incumplimiento no encuentra justificación en el incumplimiento del otro, en el entendido que debió haber cumplido o estar allanado a hacerlo<sup>536</sup>. En este sentido, en los contratos bilaterales en que las mutuas prestaciones se deben ejecutar simultáneamente y ninguna de las partes se allanó a cumplir ni cumplió, ambas partes pueden demandar la resolución del contrato, ya que no existe modo de atajarla; el ejercicio de dicha acción “no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente repetir lo pagado; se extiende a la hipótesis en la que el actor no haya cumplido ni se allane a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato”.

---

extraer el acuerdo de los contratantes. Acompaña la crítica A. E. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, *El incumplimiento recíproco del contrato y la corrección monetaria*, Bogotá, 1992, 67 y ss., cuando sostiene que, en la mayoría de los casos puestos a consideración de la Corte, las acciones resolutorias se plantean bajo el supuesto de la afirmación del incumplimiento del demandado y del cumplimiento del actor, pero la verdad procesal muestra que ambos han sido incumplidos. Para evitar una injusticia al revivir un contrato ‘estancado’ y, por lo tanto, producir los respectivos efectos parcial o totalmente, la Corte prefiere hacer uso de la propuesta del demandante de resolución bajo la figura del mutuo disenso tácito, lo cual, al parecer del autor, es ilegítimo por carecer de una base legal que fundamente la titularidad de la acción resolutoria a un demandante incumplido.

La doctrina chilena también parece hacer uso de esta solución; ver: P. RODRÍGUEZ GREZ, “Sobre la excepción del contrato no cumplido”, cit., 125: “¿cuál es el destino de estas obligaciones pendientes si ninguna de las partes cumple o se allana a cumplir en tiempo y forma debidos? Indudablemente la prescripción, porque, en el fondo, opera una verdadera resciliación tácita”; C. PIZZARRO WILSON, “La excepción de incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno”, cit., 332: “el incumplimiento recíproco de las obligaciones impide resolver el contrato no en razón de la excepción prevista en el artículo 1552 Código Civil chileno, sino que invocando la falta de un elemento de la acción resolutoria, cual es la calidad de acreedor diligente del demandante. Basta constatar el incumplimiento de las obligaciones por el demandante para rechazar la demanda de resolución del contrato. Una cuestión diversa es que el demandado reconvenga demandando a su turno la resolución, pues en ese caso habría una voluntad recíproca en poner término al contrato”.

536 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de noviembre de 1978, *Gaceta Judicial*, t. CLVIII, 298-299.

Dejando de lado la crítica acerca de si la acción de resolución puede o no otorgársele al contratante incumplido<sup>537</sup>, esta tesis es imprecisa de manera manifiesta, pues desconoce que una de las diferencias entre la resolución por incumplimiento y la excepción es que el incumplimiento del primer remedio es injustificado, en cambio para el segundo no lo es, pues, de hecho, está justificado por el incumplimiento de la contraparte<sup>538</sup>, es una hipótesis de no cumplimiento. También desconoce que exigirle al *excipiens* cumplir o estar allanado a hacerlo contradice la función sinalagmática del remedio, pues la justificación de su incumplimiento es para impedir que la actuación de la relación negocial sea desequilibrada, en la cual una parte cumple y la otra no<sup>539</sup>. No tiene cabida ni sentido la excepción de incumplimiento cuando el *excipiens* ya cumplió, sobre todo cuando lo que se quiere legitimar es su incumplimiento.

La tercera solución propuesta consiste en afirmar, de una parte, que la mora no constituye un requisito para alegar la resolución, pues el hecho del incumplimiento es el que faculta al contratante para solicitar la terminación del vínculo contractual<sup>540</sup>. De otra parte, que el artículo 1609 consagra la

537 En la doctrina civil chilena también se discute si en los casos de incumplimiento recíproco se puede otorgar o no el ejercicio de la resolución del contrato, en atención a los artículos 1489 y 1552 del Código Civil chileno, normas idénticas al 1546 y al 1609 del Código Civil colombiano, respectivamente. Sobre una breve revisión en doctrina y jurisprudencia en Chile, ver: B. CAPRILE BIERMANN, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, cit., 65 y ss.; en Colombia, F. MANTILLA ESPINOSA, “La excepción de inejecución”, cit., 283 y ss., y F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, cit., n. 6077 y n. 6078.

538 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 920.

539 Aunque F. MANTILLA ESPINOSA, “La excepción de inejecución”, cit., 284, critica la solución dada por la jurisprudencia, afirma que la excepción de incumplimiento y la resolución son dos figuras que no son aplicables a la hipótesis de incumplimiento recíproco, pues afirma que ambas figuras confieren una potestad solo a aquel contratante que no ha incumplido. Tesis que contraría el verdadero sentido de la *exceptio non adimpleti contractus*. Obligar al *excipiens* a cumplir o estar presto a hacerlo desconoce la razón de la *exceptio*. La jurisprudencia y la doctrina han sido claras sobre el particular. Ver, por ejemplo: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 13 de diciembre 1983, *Gaceta Judicial*, t. LXXXVIII, 620-629, y R. SACCO, “I rimedi sinalagmatici”, cit., 675.

540 Sobre la discusión de si la mora constituye o no un requisito de procedibilidad de la acción de resolución, F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, cit., 870; D. GARCÍA VÁSQUEZ, *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor*, cit., 103 y ss.;

compensación de moras cuando ambas partes incumplen. Como consecuencia de estas afirmaciones, en caso de incumplimiento recíproco del contrato, las partes pueden solicitar la resolución o el cumplimiento, pero sin pedir perjuicios o cláusula penal y sobre ninguno se predicán las consecuencias específicas del riesgo sobreviniente<sup>541</sup>. En otras palabras, el artículo 1609 sirve solamente para atajar la acción de indemnización de perjuicios, pues elimina la mora, mas no la acción de cumplimiento ni la de resolución<sup>542</sup>.

Estas soluciones buscan torcerles el sentido a las instituciones del derecho civil con el fin de darles una respuesta a los casos complejos de incumplimiento recíproco, generan graves contradicciones en el sistema de remedios y tergiversan, por ejemplo, la funcionalidad de la *exceptio non adimpleti contractus*; además, no resuelven la situación inequitativa en términos de restitución de aquello que fue dado con ocasión de la ejecución de las prestaciones del contrato y de imputabilidad de la responsabilidad a quien ha ocasionado el incumplimiento<sup>543</sup>.

Por ello nos atreveríamos a proponer dos soluciones que han sido ya utilizadas en la doctrina extranjera; por una parte, darle mayor peso a la valoración que hace el juez sobre los incumplimientos presentes en la relación contractual; por otra, el reconocimiento de un nuevo remedio contractual en virtud del cual el demandado excepciona el grave y definitivo incumplimiento de su

---

P. RODRÍGUEZ GREZ, “Sobre la excepción del contrato no cumplido”, cit., 127; G. SICHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 195.

541 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de diciembre de 1982, *Gaceta Judicial*, t. CLXV, 343-345.

542 En el mismo sentido, con base en el artículo 1552 del Código Civil chileno, ver: E. ALCALDE RODRÍGUEZ, “Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral”, cit., 570.

543 Análogo sentido en M. GAMBOA SEPÚLVEDA, “La condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro código civil y en la jurisprudencia comparada”, cit., 309, y A. E. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, *El incumplimiento recíproco del contrato*, cit., 45: “la Corte posibilita a cualquiera de los contratantes incumplidos, finalmente al más hábil, a obligar a su amaño al otro, a resolver el contrato o a realizarlo cumplidamente, lo cual indudablemente implica un grave desequilibrio de las relaciones obligacionales que surgen del contrato”. Además, problemas prácticos “que generaría el hecho de que ambos accionaran recíprocamente, escogiendo cada uno de ellos la acción contraria”.

contraparte con la finalidad de justificar su incumplimiento y la resolución del vínculo contractual.

2.2.1.1 LOS INCUMPLIMIENTOS PRESENTES DE LA RELACIÓN NEGOCIAL DEBERÍAN SER VALORADOS POR PARTE DEL JUEZ CON EL FIN DE DETERMINAR LA NATURALEZA DEL INCUMPLIMIENTO Y DE ESTABLECER EL REMEDIO APLICABLE Y LA LEGITIMIDAD DE SU EJERCICIO

Al parecer, no existe una norma que regule de manera clara el incumplimiento recíproco del contrato, de modo que permita una salida del contrato cuyo interés ha sido deteriorado o resolver un posible estado de paralización contractual<sup>544</sup>. En efecto, el texto del artículo 1546 del Código Civil colombiano es claro al indicar que “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por *uno de los contratantes* lo pactado. Pero en tal caso podrá *el otro contratante* pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios” (cursiva nuestra), lo cual permite inferir que el supuesto de hecho del cual parte la norma es que uno de los contratantes incumple y el otro no. En consecuencia, al no encontrarse una norma que dé luces para solucionar los conflictos que se presentan cuando ambas partes incumplen, debe quedarle al sentenciador la potestad de evaluar el caso concreto con el fin de encontrar la solución más equitativa, de conformidad con los principios que rigen el ordenamiento jurídico<sup>545</sup>.

---

544 Como lo evidencia R. SACCO, “I rimedi sinallagmatici”, cit., 640, el Código Civil italiano “no fue tan pesimista” al punto de regular el incumplimiento recíproco. Han sido la difícil práctica comercial y el aumento de la litigiosidad los que han dado campo para el estudio del fenómeno y el espacio para que la jurisprudencia creara los criterios para solucionar tales pleitos.

545 En el mismo sentido: M. GAMBOA SEPÚLVEDA, “La condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro código civil y en la jurisprudencia comparada”, cit., 310, quien, tomando como ejemplo una sentencia del 29 de julio de 1931 de la Corte de Casación chilena, afirma que “no debe el juez abstenerse de fallar, sino hacerlo de la manera que parezca más conforme al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”; F. MANTILLA ESPINOSA, “La excepción de inexecución”, cit., 287, quien afirma que al existir una ‘laguna normativa’ en el ordenamiento jurídico se recurre al poder creador del juez de normas jurídicas, vía analogía, con base en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887. En cambio, para A. E.

Lo primero de evidenciar es la necesidad de matizar la máxima de que la legitimación activa en la resolución por incumplimiento le correspondería al contratante cumplidor y la legitimación pasiva le sería al contratante incumplidor, pues puede ser también demandante en la resolución el contratante que no ha cumplido cuando su incumplimiento se encuentra causado o es consecuencia del incumplimiento del demandado<sup>546</sup>. Lo segundo es definir el incumplimiento recíproco como “la falta de ejecución de prestaciones recíprocas y correlativas, es decir sinalagmáticas, interdependientes”<sup>547</sup>, en lo cual se distinguen dos hipótesis: cuando hay incumplimiento recíproco, pero solo el incumplimiento de una de las partes tiene preeminencia sobre el otro, y cuando existe un auténtico incumplimiento recíproco<sup>548</sup>.

En la primera hipótesis, el contrato no fue respetado por los contratantes y se presenta en un litigio en virtud del cual el demandado opone la *exceptio non adimpleti contractus* como medio de defensa contra la acción de resolución por incumplimiento o de cumplimiento, o propone una demanda de

---

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, *El incumplimiento recíproco del contrato*, cit., 70, es necesario otorgar a los contratantes mutuamente incumplidos un instrumento o un recurso para que puedan definir la situación inconclusa, por ejemplo un recurso para pedir el cumplimiento del contrato con el ofrecimiento del pago y una nueva oportunidad para cumplir.

Se pone de presente que la Corte Suprema de Chile, en Sentencia de 4 de diciembre de 2003, “Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo Barrios, Manuel Jesús”, rol 512-2003, tomó la misma posición: existe un vacío normativo en caso de incumplimiento recíproco, por lo que le corresponde al juez llenarlo. Consúltese el comentario de B. CAPRILE BIERMANN, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, cit., 72 y ss., en particular 87, quien afirma que sostener la existencia de una laguna legal en caso de incumplimiento recíproco evade el problema. Para el autor, “si ambas partes incumplieron, cualquier de ellos puede demandar la resolución y ambos están legitimado pasivamente para litigar, esto por aplicación directa del artículo 1489 Código Civil chileno”.

546 Cfr. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. II. *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, 721.

547 D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Nápoles, 1990, 15.

548 La literatura jurídica ha querido distinguir entre la inexecución bilateral y el incumplimiento bilateral: el primer caso es cuando una de las partes ha incumplido legítimamente un trámite, por ejemplo, la excepción de incumplimiento; en el segundo caso ambas partes han incumplido ilegítimamente el contrato; cfr. D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, cit., 12 y ss., 150 y ss.; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, 716, n. 42.

reconvención con base en el incumplimiento del demandante. En este caso, al juez le corresponde realizar un juicio comparativo o de valoración entre los incumplimientos presentes, de modo que se determine cuál de los dos prevalece respecto al otro, y, por lo tanto, establecer la causa de la alteración del sinalagma y la individuación del sujeto a quien imputar la responsabilidad<sup>549</sup>. Tal juicio se realiza con base en algunos criterios que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para el efecto<sup>550</sup>: (i) cronológico, cuyo reproche de responsabilidad será a quien ha debido cumplir primero; (ii) causal, el cual dará lugar a la resolución del incumplimiento que sea la causa del otro; y (iii) el criterio de proporcionalidad y de incidencia sobre la función económica del contrato, que imputará la responsabilidad sobre el sujeto que provoca el incumplimiento más grave a la operación económica del contrato. Sin excluir la posibilidad de (iv) combinar todos los criterios con el fin de evaluar correctamente el malfuncionamiento del vínculo negocial y determinar cuál de las partes ocasionó la crisis contractual<sup>551</sup>.

En definitiva, el juez realiza un juicio de comparación en el cual se consideran el comportamiento de ambas partes, el contenido del contrato, los intereses de los contratantes y la gravedad de los incumplimientos; es una valoración que requiere analizar cada uno de los incumplimientos, verificar la efectiva gravedad y eficiencia causal de estos respecto a la finalidad integral del contrato y a los intereses perseguidos, sin jamás limitarse a examinar el comportamiento de las partes en vía atomística y unitaria. En este juicio, de hecho, no se pueden aislar las conductas de las partes consideradas individualmente, ni evaluarse de modo fragmentario o sectorial; por el contrario, deben ser valoradas sinérgicamente en atención a los parámetros que la buena

---

549 A. MANIACI, “L’inadempimento cd. Reciproco”, *Il Foro padano*, 2001, 1, 523.

550 R. SACCO, “I rimedi sinallagmatici”, cit., 640; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 914; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 369 y ss.

551 En particular explica M. DELLA CHIESA, “Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto”, *Contratti*, 2014, 363-368, en particular 367, que combinar diferentes criterios o factores consiente valorizar la sucesión causal de los incumplimientos recíprocos, su proporcionalidad y su específica incidencia al equilibrio sinalagmático, y evita, por ejemplo, atribuir una eficacia determinante al mero dato cronológico de la anterioridad de un incumplimiento respecto al otro. Y lo afirma con razón, pues M. DELLACASA, “Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, 692 y ss., pone de relieve cómo un incumplimiento posterior puede incidir en el definitivo incumplimiento del contrato.



fe exige<sup>552</sup> y a través de una exploración global y unitaria de la completa relación contractual y su lógica interna<sup>553</sup>.

Con base en una visión completa de la relación contractual y de la manera como se ejecutaron las prestaciones o se comportaron los contratantes, el juez acogerá la acción resolutoria o de cumplimiento deducida contra el incumplidor, en el caso que exista demanda y demanda de reconvencción<sup>554</sup>. O el juez dará por probada la excepción de incumplimiento rechazando la acción de resolución o de cumplimiento<sup>555</sup>, si el demandado se defiende solamente por medio de ese mecanismo de autotutela privada y cumple con los presupuestos de procedencia; por ejemplo, que el incumplimiento sea no definitivo y sea justificado en el incumplimiento de la contraparte, que haya interés en la ejecución de las prestaciones conforme a la buena fe y que no esté encubriendo su incumplimiento culposo<sup>556</sup>.

---

552 Sobre la centralidad de la buena fe en el tema de incumplimiento recíproco, *cfr.* E. VAGLIO, “Inadempimento reciproco e buona fede”, *Contratto*, 1999, 988.

553 M. DELLA CHIESA, “Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto”, *cit.*, 366.

554 La doctrina en Italia se plantea el problema de si las dos partes incumplidoras proponen demandas contrapuestas: una de resolución y la otra de cumplimiento. Se tiende a prevalecer la demanda de resolución siempre que encuentre fundamento en la gravedad del incumplimiento, pues ese sería el factor que afectaría negativamente al sinalagma. En otras palabras, si una prestación es aún posible y la otra no debido al incumplimiento, resulta alterado definitivamente el vínculo, porque este es considerado como el único que surge del contrato, el cual se caracteriza por su interdependencia y reciprocidad: si falla una prestación, cae causalmente la otra. *Cfr.* V. ROPPO, *Il contratto*, *cit.*, 915; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, *cit.*, 375.

555 No obstante, a L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, *cit.*, 721, le “resulta difícil saber si la privación de la facultad resolutoria se produce por el juego de una excepción *inadimplenti contractus*, que se da frente a la pretensión de cumplimiento y que se alarga para detener la acción resolutoria o si se trata de un problema de falta de acción por no darse las condiciones que la ley requiere”. Por nuestra parte, consideramos que, si el *excipiens* tiene los requisitos para la configuración de su defensa, por ejemplo, existe aún interés en la ejecución del contrato, mal puede quitársele la cualificación a dicho remedio.

556 D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, *cit.*, 149. Incluso, con algunas reservas respecto de identificar el incumplimiento grave como un límite al ejercicio de la excepción, L. NANNI, “La risoluzione del contratto per inadempimento”, en *Inadempimento e rimedi*, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, Padua, 2009, 433 y ss., en particular 463, afirma que el principio de la buena fe como límite a la *exceptio non adimpleti contractus* permite introducir, sin hacerlo en términos absolutos, el criterio de

¿Y si estos criterios no determinan cuál incumplimiento prevalece para imputar la resolución a una de las partes o para dar por probada la *exceptio*? Se estaría frente a la segunda hipótesis: un auténtico caso de incumplimiento recíproco<sup>557</sup>, el cual debería producir igualmente la resolución del contrato<sup>558</sup>. Compartimos esta tesis, y no otras<sup>559</sup>, porque la resolución por incumplimiento es un remedio que el ordenamiento jurídico ha diseñado como respuesta a un incumplimiento definitivo del contrato, un incumplimiento grave; es un instituto que permite a las partes que se han visto frustradas en sus intereses liberarse del vínculo, solicitar la terminación del contrato en cuanto su conservación no genera ninguna utilidad para las partes ni para el tráfico jurídico<sup>560</sup>. En ese sentido, cuando existe un incumplimiento de tal entidad que ponga en crisis la función del contrato, y más aún, cuando proviene de ambas partes, es deber del ordenamiento jurídico impedir la vida de este tipo de situaciones

---

gravedad del incumplimiento en el juicio de incumplimientos recíprocos, de modo que se sostiene contrario a la buena fe la excepción opuesta de frente a un incumplimiento no grave.

- 557 El verdadero presupuesto de incumplimiento recíproco consiste entonces en el hecho que los contratantes no ejecutan las respectivas prestaciones o las ejecutan diferentemente a lo pactado, siendo exigibles y sin justificación por incumplir: *cf.* G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 369 y ss. Por lo que surgiría una hipótesis en la cual las demandas recíprocas de resolución aparecerían *prima facie* fundadas y merecedora de acogimiento por el juez. *Cf.* M. DELLA CHIESA, “Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto”, cit., 366 y ss.
- 558 En la doctrina italiana, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 915; R. SACCO, “I rimedi sinallagmatici”, cit., 641; en Chile, *cf.* E. ALCALDE RODRÍGUEZ, “Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral”, cit., 569; en España, M. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, 181; en igual sentido, L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., 721; en la doctrina francesa, ver para todos: D. TALLON, “La résolution du contrat aux torts réciproques”, en *Mélanges offerts à C. Freyria*, Ester, 1994, 231 y ss.; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 170-171, 716 y ss.
- 559 En la experiencia jurídica italiana, por ejemplo, en el caso en que se presente una equivalencia entre los incumplimientos, la jurisprudencia ha resuelto: rechazar ambas demandas de resolución, declarar la resolución a favor de ambos por el doble incumplimiento, pronunciar una sobrevenida imposibilidad sustancial de ejecutar el contrato, declarar el ‘mutuo disenso tácito’, o establecer una ‘causa de resolución atípica’. Se remite a la síntesis realizada por M. DELLA CHIESA, “Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto”, cit., 366 y ss.
- 560 A. LUMINOSO, U. CARNEVALI y M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 5 y ss.

anómalas<sup>561</sup>. Sería ineficiente obligar a las partes a seguir vinculadas a un contrato del que no pueden lograr su ejecución o en el que ya no están interesadas, o dejar el vínculo a la suerte de una demanda de ejecución formulada a destiempo o deslealmente, o esperar al ocaso causado por la prescripción para que se defina la situación de las partes, cuando podría ser el juez quien dirima la *litis* por incumplimiento recíproco conforme a los principios que gobiernan las relaciones negociales. Lo natural y razonable sería declarar la terminación del contrato, desligar a las partes de una relación cuya permanencia en el tiempo no encuentra justificación ni lógica alguna<sup>562</sup>.

Ahora, respecto a los efectos de la declaratoria de resolución por incumplimiento bilateral, serán decididos por el juez, de una parte, ordenando las restituciones mutuas<sup>563</sup>, toda vez que ellas no constituyen una pena, sino el reconocimiento de una frustración de la finalidad económica o social de la operación a causa del incumplimiento de ambas partes<sup>564</sup>. Luego, será la valoración de las culpas de cada contratante para determinar la responsabilidad por los daños ocasionados por su comportamiento irrespetuoso del contrato<sup>565</sup>.

---

561 G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 373: “se invece fossero entrambi gravi, la risoluzione del contratto sarebbe l’unica pronuncia possibile”.

562 E. ALCALDE RODRÍGUEZ, “Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral”, cit., 569. Como lo expresa M. DELLA CHIESA, “Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto”, cit., 366 y ss., con la acción de resolución, los contratantes expresan una decisión que va conjuntamente interpretada con el abandono de la relación negocial, lo cual significa no estar más interesados en el resultado económico perseguido manifestado en el reglamento contractual.

563 Sobre el particular, A. D’ADDA, “Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzione e risarcimento”, *Rivista di diritto civile*, II, 2000, 530-571; L. GUERRINI, “Risoluzione per inadempimento e restituzioni”, en *Inadempimento e rimedi*, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, Padua, 2009, 475 y ss.

564 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, cit., 894.

565 Como se ha explicado en esta sección, con base en las normas del Código Civil, la pretensión de indemnización por perjuicios queda prescrita en caso de que las partes sean incumplidas recíprocamente, pues el artículo 1615 establece que se deben perjuicios solo cuando se haya constituido en mora, y este último requisito no se configura como efecto de la compensación de moras establecida en el artículo 1609 del Código Civil. Sin embargo, no consideramos coherente con la operación económica de la relación negocial, protegida por la buena fe, que las normas sean interpretadas de modo que se impida accionar para reclamar cualquier tipo de perjuicios; debería entenderse que únicamente se refiere a los perjuicios moratorios. De lo contrario, el razonamiento de

2.2.1.2 FRENTE A UN INCUMPLIMIENTO GRAVE DEL CONTRATO QUE IMPIDA SU CONSERVACIÓN, NO RESULTA PROCEDENTE EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO; EN CAMBIO, PODRÍA RECONOCERSE COMO UNA MODALIDAD DE RESOLUCIÓN QUE OPERA POR VÍA DE EXCEPCIÓN: LA ‘EXCEPCIÓN SUSTANCIAL DE RESOLUCIÓN’

Se parte de una premisa: la excepción de incumplimiento consiste en la facultad de rehusarse a ejecutar la propia prestación frente al incumplimiento de la contraparte y tiene como finalidad –la que hace parte de la naturaleza del remedio– suspender la ejecución del contrato de modo que se garantice su pervivencia y con ello la sinalagmaticidad de la relación. En particular, la excepción de incumplimiento no tiene campo de aplicación frente a un contrato inútil, un contrato cuya función fue frustrada, pues el remedio sinalagmático tiene como objetivo permitir que la relación contractual se ejecute correctamente,

---

neutralizar cualquier tipo de perjuicio sin valorizar el caso en particular, el tipo de daño causado, la importancia de las prestaciones en la operación económica del contrato y el comportamiento y la posición de cada contratante, generaría situaciones de desequilibrio que contrariarían la buena fe. Por ejemplo, la equidad y la dignidad humana, entre otros principios constitucionales, exigen que sean reparados daños contractuales no patrimoniales; o los perjuicios que pueden ser ocasionados a una parte débil condonarían el dolo de la parte fuerte o dominante en la causación del daño. En el derecho francés, T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 716–721, explica algunos métodos para determinar daños y perjuicios en caso de incumplimiento recíproco y la manera de compensarlos según la equidad requerida en las relaciones comerciales; criterios además invocados para su aplicación en el derecho chileno por B. CAPRILE BIERMANN, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, cit., 86. Contrario a esta postura, A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Teoría de las obligaciones*, Santiago de Chile, 1988, 98, afirma que, como la norma no hace distinción, al intérprete tampoco le queda lícito hacerlo; por lo tanto, cada vez que el acreedor quiera pedir perjuicios moratorios o compensatorios, necesita constituir en mora al deudor. Una interpretación diferente se podría realizar en ordenamientos como el francés, ya que no presentan normas específicas en las que se requiera la mora para la acción indemnizatoria, tal como sí sucede con el Código de Andrés Bello. Lastimosamente, como también se dijo *supra* en esta sede, no se pueden dar respuestas satisfactorias sobre el incumplimiento recíproco del contrato, el rol de la acción de incumplimiento y la compensación de moras, pues desborda nuestro problema de investigación.

darle su normal y natural desarrollo en atención a los intereses de los contratantes; es un remedio que suspende la ejecución de las prestaciones hasta que no se dé luz al cumplimiento en cuanto aún sea posible. Por lo anterior, no se puede denominar *exceptio non adimpleti contractus* a un remedio que pretenda una finalidad diferente, pues en ese caso el remedio sería otro.

Ahora, en el derecho francés e italiano se observa la tendencia de ‘alterar’ la función de la excepción de incumplimiento<sup>566</sup>. En el primero de ellos, antes de la reforma del Code Civil introducida por medio de la *ordonnance* n.º 2016-131 del 10 de febrero del 2016, la jurisprudencia admitía la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento con efectos resolutorios<sup>567</sup> bajo el

---

566 Sobre la alteración de la función de la excepción de incumplimiento: S. PAGLIANTINI, “Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni. Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi”, *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1, 2016, 9 y ss.; M. DELLACASA, “Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo”, *Rivista di diritto civile*, 1, 2015, 40 y ss., en particular 52 y ss.; M. DELLACASA, “Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione atipica”, *Rivista di diritto civile*, II, 2007, 509 y ss.; A. M. BENEDETTI, “La deriva dell’eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutivo”, *Danno e responsabilità*, n. 7, 2003, 758 y ss. En la doctrina francesa corresponde a tal idea: J. ROCHE-DAHAN, “L’exception d’inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique”, *Recueil Dalloz*, 1994, 255 y ss.; C. ATIAS, “Les ‘risques et périls’ de l’exception d’inexécution (limites de la description normative)”, *Recueil Dalloz*, 17, 2003, 1103-1105; C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 103 y ss.

567 J. ROCHE-DAHAN, “L’exception d’inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique”, *Recueil Dalloz*, 1994, 255 y ss.; J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 13-14. El supuesto de hecho al que se aplicaba era cuando el acreedor se limitaba a rechazar la ejecución de sus prestaciones hasta que no recibía su contraprestación; por ejemplo, el comprador no pagaba hasta tanto no recibiera la mercancía convenida. La prolongación de esta circunstancia llevaría al contratante a no ejecutar sus prestaciones de modo definitivo. De hecho, C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 103 y ss., ofrece una definición de la excepción que incluye un perfil resolutorio (p. 137): “[...] en l’absence de toute manifestation de volonté du cocontractant en vue d’une exécution imminente ou en présence d’une inexécution de nature à donner à l’excipiens juste sujet de craindre un délai commercialement déraisonnable, l’exception d’inexécution active anticipative conduira à une résolution unilatérale soumise au contrôle judiciaire a posteriori ou à un mutuu dissensus. L’exercice de l’exception d’inexécution aboutira soit à l’exécution du rapport inexécuté, soit à une réduction proportionnelle des créances représentatives des obligations en présence, ou à une résolution unilatérale active anticipative”.

propio “*risques et périls*”<sup>568</sup>. Es decir, un contratante estaba facultado para no ejecutar la prestación a su cargo, lo cual significaba igualmente apartarse del contrato, con la condición de revisar judicialmente, *a posteriori*, la legitimidad o menos del ejercicio de la *exceptio*<sup>569</sup>. Si la elección de resolver el contrato por medio de la excepción de incumplimiento se mostraba injustificada, principalmente porque el incumplimiento de la contraparte no era de mayor importancia, el contratante que excepcionaba podía ser considerado incumplidor e incurrir en responsabilidad. La réplica es instintiva: lo que se aceptaba en la jurisprudencia francesa no era la *exceptio non adimpleti contractus* con efectos resolutorios, sino una resolución unilateral del contrato en virtud de la cual se legitimaba resolver el contrato por acto unilateral cuando se presentaba una grave alteración en el sinalagma del contrato<sup>570</sup>, figura que fue expresamente consagrada en la reforma arriba mencionada<sup>571</sup>.

---

568 C. ATIAS, “Les ‘risques et périls’ de l’exception d’inexécution”, cit., 1103.

569 C. ATIAS, “Les ‘risques et périls’ de l’exception d’inexécution”, cit., 1103, quien afirma que el deudor y el acreedor pueden adoptar a sus *risques et périls*, una actitud frente al contrato, cuya valoración conforme a derecho será verificada *a posteriori*. El deudor puede anticipar su eventual liberación del contrato sin reproche y el acreedor puede ejecutar la prestación basada en un contrato frágil e incierto, pero ambos comportamientos están sometidos a la confirmación por parte del juez. Con la expresión *risques et périls* se busca moderar, atemperar, la posibilidad de una resolución unilateral del contrato.

570 Cfr. J. GHESTIN, “Note à Cour Cassation, Ch. Com.”, 15 janvier 1973, cit., 475-476. Quien además afirma que, antes de deformar la excepción de incumplimiento, es mejor aceptar que el carácter judicial de la resolución no es un requisito esencial, ya que puede ser apartado por una cláusula resolutoria expresa o por medio de la resolución unilateral. En efecto, tal opinión fue tomada por la reforma en el artículo 1227: “La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice”; sobre el particular, Y.-M. LAITHIER, “Les sanctions de l’inexécution du contrat”, cit., 39., quien también sostiene en *Étude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat*, París, 2007, 273, la inconveniencia de igualar la resolución unilateral y la excepción de incumplimiento, en cuanto ambas figuras requieren presupuestos y formalidades diferentes: “le régime de l’exception d’inexécution diffère en effet de celui de la résolution unilatérale; l’exercice de la première ne suppose pas rapportée la preuve d’un manquement d’une gravité suffisante; en retour, ses effets sont moins drastiques”. Unificar los remedios y no tener claros sus ámbitos de aplicación generaría incertidumbre en su ejercicio y evitaría el correcto funcionamiento de cada figura.

571 Artículo 1226: “Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne

Por su parte, en el derecho italiano la función de la excepción de incumplimiento se ha sobrepuesto con la resolución cuando al contratante desilusionado se le permite oponer la *exceptio* frente a un incumplimiento irreparable y rechazar en modo definitivo la ejecución de la contraprestación<sup>572</sup>. Por ello, el panorama se circunscribe a la individualización de los requisitos y los presupuestos del incumplimiento que justifica el ejercicio de la excepción de incumplimiento, puesto que sería el ‘incumplimiento legitimante’ de la *exceptio* lo que determinaría los efectos del remedio, los cuales pueden verse distorsionados<sup>573</sup>. Por ejemplo, en la dinámica procesal, el contratante perjudicado

---

expressément qu’à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l’inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l’inexécution”. Se puede consultar M. MEKKI, “Les remèdes à l’inexécution dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des obligations”, cit., 37 y ss.; C. PELLETIER, “Article 1226: les conditions d’exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier”, *Revue du contrat*, 2015, 788; A. AYNÉS, “Les remèdes unilatéraux résolution unilatérale, réduction de prix”, en *Réforme du droit des contrats et pratique du droit des affaires*, París, 2015, 113 y ss.; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit., 565 y ss.

572 Autores como G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 62 y ss., sostienen que, cuando la excepción de incumplimiento es usada con efectos perentorios, termina por utilizarse con efectos extintivos, antes que dilatorios.

Esta alteración se ha presentado de manera particular en los contratos de prestación de servicios intelectuales, pues, frente a un incumplimiento definitivo del profesional de servicios que ha ejecutado negligentemente su labor, se le permite al cliente rehusarse al pago por los servicios contratados por medio de la excepción de incumplimiento. Ver: A. M. BENEDETTI, “La deriva dell’eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio”, cit., 758 y ss. Igualmente, se ha presentado con relación al contrato preliminar de venta inmobiliaria, en el cual se permite que el promitente vendedor pueda rechazar la restitución de las arras oponiendo la excepción; *cfr.*: E. GIAMARINO, “Ritenzione della caparra confirmatoria e domanda di risarcimento danni secondo regole generali”, *Contratti*, 2006, 122 y ss. También en el tema de compraventa se permite al comprador que adquiere un bien con vicios y es llamado al cumplimiento, oponer la excepción que el bien está viciado con base en el artículo 1460 *codice civile*, sin ejercitar la demanda de reconversión por los vicios; *cfr.* C. M. SCISO, “Una identità difficile: la garanzia per i vizi della cosa venduta”, *Giurisprudenza italiana*, 2000, 1805.

573 A. M. BENEDETTI, “La deriva dell’eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio”, cit., 756 y ss. En la sentencia que comenta y critica con buena razón, la parte que sufre un grave incumplimiento decide, en su estrategia procesal,

por un incumplimiento grave tiene derecho a resolver el contrato, ya sea por vía de acción o por vía de excepción<sup>574</sup>; cuando lo hace por esta última vía, se debe a que el contratante no ejerce la acción de resolución ni de cumplimiento, ha permanecido inactivo y, en el momento de la demanda propuesta por la contraparte, rechaza ejecutar su prestación debido a que el incumplimiento del demandante es de grave entidad<sup>575</sup>. En este sentido, rehusarse a cumplir asumiría un valor resolutorio, por cuanto conlleva la inejecución definitiva de

---

solicitar solamente el resarcimiento del daño, demostrando su desinterés por el cumplimiento de un contrato que de manera sobrevenida se convirtió en inútil e imposible. El demandado se defiende oponiendo la excepción de compensación entre la deuda a cargo del demandante y los daños a él solicitados. El juez oficiosamente decide aplicar la excepción de incumplimiento frente a la excepción de compensación, lo cual trae como consecuencia que el incumplimiento grave causa la extinción del derecho a exigir la contraprestación. Como bien afirma el profesor BENEDETTI, el acreedor que utiliza solamente el remedio general del resarcimiento del daño no puede obtener la extinción de la obligación incumplida; únicamente la convierte en una obligación resarcitoria, con la consecuencia que quedan las garantías, los derechos accesorios y el derecho a la contraprestación. El remedio para disolver el vínculo, y con ello la extinción de todas las obligaciones, es la resolución, de modo que se deja sin base legal la excepción de compensación.

- 574 I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milán, 1998, 337 y ss.
- 575 Tal aplicación surge con base en dos sentencias de la Sezione Unite della Corte di Cassazione –6 giugno 1997, n. 5086 y 9 luglio 1997, n. 6224–, las cuales atribuyen un derecho al acreedor de rechazar la oferta tardía del deudor, aunque el acreedor no haya propuesto demanda de resolución. Ambas sentencias surgen por un conflicto respecto al cumplimiento de un contrato de promesa de compraventa, en el cual al promitente vendedor le es ofrecido el pago con grave retardo. En la primera sentencia, por una parte, el promitente comprador ofrece el pago tardíamente y seguidamente propone la acción de cumplimiento; por otra parte, el promitente vendedor rechaza la oferta de la contraparte, no ejecuta las propias obligaciones y demanda en reconvencción, esta última acogida por el juez. En la segunda sentencia, ninguno de los promitentes propone demanda de resolución; el promitente comprador exige la ejecución del contrato en forma específica ofreciendo el propio cumplimiento y el promitente vendedor opone la excepción de incumplimiento según los términos del artículo 1460 del *codice civile*, esta última considerada probada en cuanto que el incumplimiento del promitente comprador es grave. Estos pronunciamientos judiciales son confirmados posteriormente. *Cfr.* M. DELLACASA, “Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione atipica”, cit., 509 y ss.



la relación contractual y el deseo de liberarse del vínculo negocial<sup>576</sup>. También en el ámbito extrajudicial, la doctrina afirma que se puede ejercer la *exceptio non adimpleti contractus* frente a un incumplimiento definitivo del contrato, de modo que constituya una manifestación clara de no darle actuación al programa negocial, un rechazo definitivo a pagar la contraprestación solicitada y, por lo tanto, una demostración de dar por terminado el contrato, con la reserva de ejercer posteriormente las acciones indemnizatorias<sup>577</sup>.

En ambos casos se tuerce la funcionalidad de la excepción de incumplimiento con el fin de adaptarla a las complejidades de las relaciones negociales<sup>578</sup>. Sin embargo, se infiere que no hay una verdadera aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, pues el *excipiens* no opone un rechazo al cumplimiento de sus obligaciones de manera temporánea, que tenga como objetivo, esencialmente, facilitar una sucesiva y normal actuación del sinalagma contractual; por el contrario, hay un reconocimiento de un nuevo remedio contractual que tiene como finalidad la terminación del contrato, pues la

576 I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 341. La doctrina ha criticado esta tendencia porque considera que los jueces cuando dan por probada la excepción con efectos resolutorios, sin declarar la resolución como tal, no tienen un título válido con base en el cual se ordenen las restituciones de las prestaciones ejecutadas, las cuales, a pesar de que hayan sido ejecutadas negligentemente, no puede excluirse que conserven cierta utilidad, cuyo equivalente pecuniario es susceptible de ser restituido al acreedor. Por lo anterior, es preferible en vía judicial que se proponga una demanda de reconvencción a proponer la excepción de resolución, situación que no sucede en vía extrajudicial. Crítica que esboza M. DELLACASA, “Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo”, cit., 54; *id.*, “Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione atipica”, cit., 521 y ss.

577 M. DELLACASA, “Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo”, cit., 42 y ss., con una renovada lectura del instituto resolutorio, pretende probar que el contratante desilusionado puede resolver unilateralmente el contrato por vía extrajudicial si la pretensión es liberarse del vínculo sin requerimientos restitutorios o indemnizatorios y tiene como fundamento un incumplimiento grave; por el contrario, si la víctima del incumplimiento pretende conseguir la restitución de lo ejecutado y la indemnización del daño contractual, entonces debe recurrir ante el juez para la satisfacción de su pretensión. Contrariamente: G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milán, 2012, 21 y ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 520; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 407.

578 En palabras de A. M. BENEDETTI, “La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio”, cit., 758: “L'exceptio inadimplenti contractus è stata utilizzata fuori dal contesto che le è proprio”.

economía de la operación económica así lo requiere, por ejemplo, porque existe la necesidad inmediata del excepcionante de entrar al mercado y celebrar un contrato sustitutivo, de evitar los costos del proceso judicial y de que se ocasionen más daños contractuales. En el primer caso, en la dinámica procesal, se le ha llamado excepción sustancial de resolución<sup>579</sup>; en el segundo, es una resolución unilateral del contrato por vía extrajudicial<sup>580</sup>. Si se cualificaran de esta manera las soluciones que dan la jurisprudencia y la doctrina y se aceptara su reconocimiento como remedios frente al incumplimiento, la *exceptio non adimpleti contractus* sería inmune a las alteraciones de su función y sería concebida como un remedio de tipo suspensivo que ayuda a favorecer la actuación del sinalagma contractual, mas no a eliminarlo<sup>581</sup>.

---

579 Para una reconstrucción de la figura, se remite a S. PAGLIANTINI, “Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni. Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi”, cit., 11 y ss. Se pone de presente que la excepción de incumplimiento y la excepción de resolución son ambas excepciones que se activan por un incumplimiento. La diferencia entre las dos se concreta con la manifestación de voluntad del que excepciona con base en un incumplimiento definitivo, pues no se limita a suspender la prestación a su cargo, sino a declarar directamente el deseo de desvincularse del vínculo negocial. Como afirma I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 341: “L’eccezione di risoluzione, che contiene un potere di rifiuto diretto all’estinzione degli obblighi reciproci, costituisce dunque l’anello di congiunzione tra eccezione di inadempimento, diffida ad adempiere e domanda principale o riconvenzionale di risoluzione. [...] Il risultato raggiunto attraverso l’eccezione di risoluzione è aver definitivamente accertato che in presenza dell’altrui inadempimento esiste un altro modo di provocare l’estinzione dell’obbligazione contrattuale”.

580 En efecto, respecto a la resolución unilateral por vía extrajudicial, afirma M. DELLACASA, “Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo”, cit., 56: “Si il rifiuto definitivo di adempiere opposto in sede stragiudiziale venisse correttamente qualificato come risoluzione unilaterale, o risoluzione per atto di parte, l’eccezione di inadempimento sarebbe finalmente immune dalle alterazione che la caratterizzano nel momento attuale, e tornerebbe ad essere concepita come un rimedio suspensivo, finalizzato a favorire l’attuazione dello scambio”.

581 De hecho, como se revela en los artículos acá citados –S. PAGLIANTINI, “Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni. Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi”, cit., 9 y ss.; M. DELLACASA, “Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo”, cit., 40 y ss.; A. M. BENEDETTI, “La deriva dell’eccezione di inadempimento: da rimedio suspensivo a rimedio criptorisolutorio”, cit., 758 y ss.–, la jurisprudencia italiana parece tener una clara orientación al aplicar la excepción de incumplimiento fuera del contexto para el cual ha sido diseñada por la tradición jurídica.

Y estos casos no son ajenos al derecho aplicado en el ordenamiento jurídico colombiano. Se podría decir que estas teorías nos dan luces para inferir que en Colombia, cuando las partes se defienden frente a la resolución o el cumplimiento del contrato sin un interés de conservación de este, no lo hacen mediante la excepción de incumplimiento contractual, sino mediante un remedio diferente. El demandado no está más interesado en el cumplimiento de lo programado en el contrato, pues la manera como se han comportado las partes ha generado que la relación negocial se encuentre en un punto de no retorno<sup>582</sup>. Por lo anterior, la defensa opuesta por el *excipiens* debería interpretarse de dos maneras: primero, a nivel extrajudicial y bajo la consideración que ninguna de las prestaciones haya sido ejecutada *—res integra—*, el incumplimiento grave de uno de los contratantes legitimaría al contratante fiel a asumir un comportamiento pasivo en el entendido de que no se encontraría obligado a demandar la resolución y a continuar con la gestión de sus intereses; además, le otorgaría la posibilidad de activar el remedio, excepcionar la resolución, en caso que sea requerido por su contraparte, afirmándole que no ha cumplido con las prestaciones a su cargo, pues considera terminado el vínculo a causa de su grave incumplimiento<sup>583</sup>. Segundo, dentro del proceso judicial, la excepción

---

582 Como se puede evidenciar de estas sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de noviembre de 1938, *Gaceta Judicial*, t. XLVII, 332-336; Sentencia de 2 de febrero de 1940, *Gaceta Judicial*, t. XLIX, 40-56; Sentencia de 13 de diciembre de 1944, *Gaceta Judicial*, t. LVIII, 184-193; Sentencia de 23 de enero de 1951, *Gaceta Judicial*, t. LXIX, 9-25; Sentencia de 7 de diciembre de 1982, *Gaceta Judicial*, t. CLXV, 343-345; Sentencia 9 de marzo de 2001, exp. 5659; Sentencia de 8 de abril de 2014, exp. 00138.

La valoración de la gravedad del incumplimiento que da lugar al fracaso del contrato se hace por medio de elementos objetivos, por ejemplo, la entidad del retardo, características de la prestación, valor de la prestación en el mercado, así mismo la incidencia en el interés del acreedor en la consecución de la prestación en la economía de la relación de intercambio; *cfr.* R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1604; M. G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, cit., 89 y ss.; G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, cit., 10 y ss.

583 Sobre la utilidad del remedio, sobre todo en sede extrajudicial, M. DELLACASA, “Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione atipica”, cit., 514-515, afirma que el “acreedor gravemente perjudicado por el retardo no es obligado a soportar un largo proceso y a sostener los gastos relativos; puede limitarse a rechazar la prestación cuando esta sea ofrecida. En este ámbito, la elaboración de la excepción de resolución reduce el hiato entre el régimen del remedio y la

del demandado consistente en el rechazo a ejecutar sus obligaciones debido a un grave incumplimiento de la contraparte y al consecuente fracaso definitivo del contrato debería interpretarse como una resolución opuesta por vía de excepción y, por lo tanto, el juez debería tratarla como si el excepcionante hubiera propuesto una demanda reconventional de resolución. Con esta solución, el juez no se limitaría a declarar infundada la demanda de resolución y no dejaría, en caso que se hayan ejecutado parcialmente las prestaciones, una relación desequilibrada; por el contrario, tendría los instrumentos para resolver un vínculo y ordenar las restituciones que sean del caso<sup>584</sup>.

No tendría sentido aferrarse a la aplicación de un remedio que busca mantener la relación, que favorece la plena actuación del equilibrio sinalagmático entre las prestaciones deducidas en el contrato, cuando el incumplimiento del contrato ha sido consumado e irreversible<sup>585</sup>. En este punto, el ordenamiento debe evaluar la situación concreta y acercarse a la práctica judicial, a la realidad, de modo que tanto el remedio utilizado autónomamente por las partes, así como la solución entregada por los jueces con el ánimo de ponerle fin a un contrato que no tuvo el éxito querido por los contratantes, no sean destituidos del requisito de la eficacia. El reconocimiento de un remedio que busca la resolución del contrato —el cual puede ser llamado excepción sustancial de resolución como lo hace igualmente el derecho italiano—, promovido por el *excipiens* a causa de encontrarse en un vínculo inerte y ser titular de una potestad de autotutela en la gestión de sus propios intereses, por una parte, y dejar de insistir que la solución se halla dentro de la óptica de la *exceptio non adimpleti contractus*, por otra, serían una solución que ayudaría a mantener la coherencia en el sistema de remedios y respondería a la realidad negocial<sup>586</sup>.

---

praxis de las relaciones comerciales; atenúa la rigidez de la resolución judicial, que, en estricto rigor, impone al acreedor a demandar cuando es evidente que la actuación de la relación contractual está definitivamente comprometida”. Sobre la resistencia a aceptar la resolución unilateral en el ordenamiento jurídico colombiano, debido a la preponderancia del modelo judicial de resolución, ver: F. NAVIA ARROYO, “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, Universidad Externado de Colombia, 2008, 35-67.

584 Con alguna reserva, ver M. DELLACASA, “Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione atipica”, cit., 520.

585 R. SACCO, “I rimedi sinallagmatici”, cit., 641.

586 Nuestra conclusión parece contrastar con la idea del profesor A. M. BENEDETTI, “La deriva dell’eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisol-

Sería tener la plena conciencia de que el instrumento utilizado por las partes para combatir el mal funcionamiento del contrato es un remedio diferente y, por lo tanto, de un lado, garantizaría el principio de efectividad de los derechos e intereses de las partes contratantes y, de otro, evitaría los costos de la actual ineficacia y confusión de los remedios del contrato<sup>587</sup>.

---

lutorio”, cit., 761, quien afirma que “tra evidenziare un uso distorto dell’eccezione d’inadempimento ovvero registrare una trasformazione di tale rimedio in una sorta di atipica risoluzione unilaterale del contratto, preferiamo il primo atteggiamento. Non solo in omaggio alla forza del vincolo contrattuale, ma anche perché siffatto utilizzo dell’eccezione d’inadempimento sembra aprire a possibili conflitti con quella buona fede”.

587 Los argumentos en contra son previsibles: con base en el artículo 1602 del Código Civil colombiano –en virtud del cual, todo contrato es una ley para las partes, y no puede ser ‘invalidado’ sino por el consentimiento mutuo o por causas legales–, se podría afirmar que un nuevo remedio de dimensión destructivo del contrato atentaría contra el monopolio de la resolución por incumplimiento como remedio, diseñado por el legislador, que opera mediante una demanda judicial y que busca una sentencia de resolución del vínculo. Además, es de considerar que una aceptación de remedios destructivos del contrato por fuera de los admitidos expresamente en la ley debilitaría la regla del *pacta sunt servanda*. En Italia, contrario al nuevo reconocimiento de remedios contractuales destructores del contrato, ver: U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, cit., 42; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 520; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 201.



PARTE III  
LA ESTRUCTURA DE LA 'EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO'  
A PARTIR DE LAS ENSEÑANZAS DE LA TRADICIÓN DEL  
DERECHO CIVIL PERMITIRÍA RETOMAR SU FUNCIÓN  
SINALAGMÁTICA





CAPÍTULO I

*Del fundamento y la naturaleza  
de la excepción de incumplimiento*



SUMARIO: 1.1 Dada su naturaleza y fundamentación en valores comunes, la excepción de incumplimiento es una figura que puede circular entre los ordenamientos del *civil law*; en particular, entre el colombiano y el italiano. 1.2 El principio general de la buena fe expresado en el artículo 1603 del Código Civil colombiano constituye el fundamento normativo de la excepción de incumplimiento. 1.2.1 El principio general de la buena fe exige lealtad de las partes en la relación negocial y garantiza el respeto del *symallagma* contractual y, por ende, del equilibrio del contrato, presupuestos todos de la excepción de incumplimiento. 1.3 La naturaleza jurídica de la excepción de incumplimiento: el devenir que la lleva a encontrar su esencia como mecanismo protector del contrato. 1.3.1 La excepción de incumplimiento como una excepción de carácter procesal y de tipo perentorio. 1.3.2 La excepción de incumplimiento como un mecanismo de derecho sustancial y dilatorio. 1.3.3 La excepción de incumplimiento como un medio de justicia privada. 1.3.4 La excepción de incumplimiento como un instrumento de ‘autotutela privada’. 1.3.5 El carácter remedial de la *exceptio* permite que sirva como un mecanismo de gestión de la relación contractual. 1.4 La excepción de incumplimiento tiene como efecto principal la suspensión legítima de las prestaciones a cargo del excepcionante con el fin de estimular la realización de la relación negocial.

1.1 DADA SU NATURALEZA Y FUNDAMENTACIÓN EN VALORES  
COMUNES, LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ES UNA  
FIGURA QUE PUEDE CIRCULAR EN LOS ORDENAMIENTOS DEL  
CIVIL LAW; EN PARTICULAR, ENTRE EL COLOMBIANO  
Y EL ITALIANO

La reconstrucción de las diferentes figuras del derecho civil con base en los ‘modelos jurídicos que circulan entre los ordenamientos’<sup>588</sup> es un instrumento

---

588 R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Turín, 2015, 9 y ss. Se entiende como modelos el conjunto de concepciones jurídicas o institutos que se encuentran en los sistemas jurídicos, los cuales pueden circular de un ordenamiento jurídico a otro y, por lo tanto, generar mutaciones en el propio modelo. Esta idea de ‘circulación de modelos’ es criticada por M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Nápoles, 2001, 58 y ss., pues considera que lo adecuado sería hablar de ‘*flusso giuridico*’, entendido como cualquier ‘dato de la experiencia jurídica’ que, propio de un sistema, sea percibido por otro sistema introduciendo un elemento de desequilibrio, lo cual debe modificar la realidad del sistema receptor para que el ‘dato de la experiencia jurídica’ sea percibido de manera efectiva. Para el autor, un dato de la experiencia jurídica puede ser un remedio procesal, una tesis doctrinal, una fuente, un término particular, un principio del derecho,

válido y útil para entender cada uno de los elementos de la figura objeto de estudio, sobre todo cuando los modelos tienen raíces idénticas y procesos de formación similar<sup>589</sup>. Por ejemplo, el derecho civil de América Latina tuvo desde la época precedente a la independencia del Reino de España, pasando por los procesos de codificación que surgieron en el siglo XIX, un derecho de raíces romano-germánicas<sup>590</sup> y fuertemente influenciado por la codificación civil napoleónica<sup>591</sup>, de manera similar a como también lo tuvo el proceso de formación del derecho civil italiano<sup>592</sup>; lo cual permitió que desde la emanación de los códigos civiles latinoamericanos la doctrina jurídica europea, en particular la italiana y la francesa, haya circulado en nuestro continente naturalmente, pues nunca fue considerada como una doctrina extraña, a tal punto de ser, en muchas ocasiones, preferida frente a las construcciones doctrinales locales o como una solución ante la ausencia de estas últimas<sup>593</sup>.

---

una técnica de análisis, una estructura negocial, una cláusula contractual, etc. Creemos que ambos métodos de comparación nos llevan al objetivo que persigue este trabajo: reconstruir la figura de la excepción de incumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano con base en la *eccezione di inadempimento* del derecho italiano, mediante el trabajo crítico del derecho comparado.

- 589 La circulación de modelos se puede presentar dentro del sistema jurídico, de un ordenamiento jurídico a otro. Esto se desarrolla a través de los *formanti*: la ley o la norma jurídica, la interpretación de la ley dada por la doctrina y la interpretación de la ley dada por la jurisprudencia. En el proceso de comparación no se puede prescindir del análisis de ninguno de estos formantes, pues en el interior de cada ordenamiento es del todo normal que la doctrina “tenga a battesimo il codice e la giurisprudenza, che quest’ultima determini codice e dottrina, ecc.”. Ver: R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 55-71, 124 y ss., en particular 130.
- 590 Sobre el punto se puede consultar: S. SCHIPANI, “Codici civili nel sistema latinoamericano”, cit., 286 y ss.; A. ALVARADO VELLOSO, “Diritto dei paesi latinoamericani”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV, Roma, 1989, I y ss.; R. SEGAL, M. PINTO, C. E. COLAUTTI, “Aperçu sur les systèmes juridiques de l’Amérique du sud”, en *Revue de l’Institut Belge de Droit Comparé*, 1988, pp. 105-133.
- 591 Para todos ver: A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 4 y ss.
- 592 Se remite a la rica bibliografía citada en R. NICOLÒ, “Il Codice Civile”, en *Enciclopedia del diritto*, VII, 1959, 240 y ss., y G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., 407.
- 593 E. CORTÉS, “L’influenza del diritto italiano in Colombia”, cit., 168. El profesor S. SCHIPANI, “Il modello giuridico –scientifico e legislativo– italiano in America Latina: il riconoscimento del sistema”, en *Il modello giuridico –scientifico e legislativo– italiano fuori dell’Europa*, a cura di S. Lanni e P. Sirena, Nápoles, 2013, 339 y ss., en particular 355

Ahora, esta circulación de modelos permite un diálogo entre los ordenamientos jurídicos, el cual debería consentir una comprensión mayor de las figuras del derecho civil vigentes con una base romanística común, pero que no han alcanzado el grado de madurez para adaptarse a las realidades de la época y del ordenamiento al cual se aplican. Además, este diálogo permitiría la reconstrucción de una determinada institución siempre que sea realizada de manera crítica<sup>594</sup>, de modo que no se presente como una forma de ‘imitación o recepción’<sup>595</sup> de construcciones dogmáticas que no responden a las necesidades de la situación que pretende regular, sino de construcciones que surgen de un diálogo en el cual se tenga en cuenta tanto el contexto económico, cultural y social de los ordenamientos en contacto, así como todos los niveles del sistema jurídico<sup>596</sup>.

---

y ss., evidencia tres sucesivas modalidades de la relación de la legislación y de la ciencia jurídica italiana con el sistema jurídico latinoamericano: a) sintonía en la relación con la común base romanística, b) comunicación científica, inmersión de una asimetría de prospectiva y apertura a la superación de la misma, c) la plena adquisición de la existencia del sistema jurídico latinoamericano y colaboración en la elaboración de las perspectivas que de ella derivan.

594 En efecto, el profesor CORTÉS revela que el jurista latinoamericano, y en particular el civilista, se ha formado con base en la doctrina europea, y en un primer momento no se hacía en sentido crítico; de hecho, se hacía la interpretación de las normas de modo que pudiera aplicarse la doctrina extranjera, muy bien aceptada en los tribunales, o se asimilaba la cultura jurídica sin la comprensión necesaria para incorporarlo dentro del sistema; “la asimilación exige del receptor una fuerza cultural que lo capacite a acoger o rechazar conscientemente aquello que le llega”. E. CORTÉS, “L’influenza del diritto italiano in Colombia”, cit., 169. Por ello, la importancia del reconocimiento de diferentes derechos al propio, de modo que se puedan meter en discusión verdades adquiridas, revocar dudas sobre el externo, en sí realizar un trabajo crítico de los institutos objeto de análisis. Es decir, se podría utilizar la ‘circulación de modelos’, pero que no presuponga una recepción fiel sin la meditación y el aporte creativo del sujeto imitador, pues de lo contrario se admitiría “una visione del diritto come dissociato dal suo contesto”. Cfr. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma y Bari, 2014, 5 y ss. y 126.

595 R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 136 y ss.

596 Se explica además que la comparación de manera crítica tiene un grado mayor de legitimidad: “Quando il legislatore fa circolare un modello dopo averlo consapevolmente passato al vaglio dei dati sofisticati offerti dalla scienza, o quando lo scienziato progetta, al lume della sua conoscenza critica, la circolazione del futuro, o quando il giudice sapiente, o almeno informato, sostituisce la soluzione illuminata, praticata dal giudice del paese vicino, a quella –piatta e incurante– finora vittoriosa nel suo paese, tutte queste

En efecto, entre los ordenamientos jurídicos colombiano e italiano existen elementos de ‘estilo e ideológicos’<sup>597</sup> que han permitido dicho diálogo<sup>598</sup>. Además de su ascendencia romanista<sup>599</sup>, el carácter social de cada uno de los ordenamientos en cuanto son protectores de la libertad, la dignidad humana y los derechos de la personalidad<sup>600</sup>, el reconocimiento de la autonomía privada como un producto genuino de la sociedad<sup>601</sup> y la centralidad de los principios generales del derecho en sus códigos<sup>602</sup>, demuestran la afinidad necesaria para justificar un proceso de comparación que permita ampliar la “concepción del universo jurídico para aproximarse a la globalización con

---

operazione hanno l’elevato grado di legittimazione che complete all’attività pratica rischiarata dal lume della scienza”; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 15.

597 E. CORTÉS, “L’influenza del diritto italiano in Colombia”, cit., 170.

598 La doctrina italiana y la colombiana presentaron sus primeros contactos debido a la promulgación del Codice Civile de 1942 y porque Italia presentaba un importante *status* económico en la segunda mitad del siglo XX en Europa. Ya no se estaba bajo la sombra del derecho francés. En efecto, el ‘nuevo’ derecho italiano llega a ser descubierto, estudiado y apreciado gracias a las traducciones en lengua castellana de las obras más importantes de la civilística italiana de los años cincuenta, lo cual llega a ser más evidente luego de la promulgación del Código de Comercio colombiano de 1971 que sigue muy de cerca el Código civil italiano de 1942 y del intenso intercambio académico que se ha presentado en las últimas décadas. Todo lo cual llevó a que el derecho italiano en Colombia hubiera adquirido solidez, permitiendo conocer un estilo de pensamiento diferente al francés y reafirmar la pertenencia a la tradición romano-germánica. Sobre el particular: F. HINESTROSA, “Notas sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 28, Universidad Externado de Colombia, 2015, 3-9.

599 L. LABRUNA, “Tra Europa e America Latina: principi giuridici, tradizione romanista e humanitas del diritto”, *Roma e america*, 17, 2004, 17 y ss.

600 *Cfr.* E. CORTÉS, “L’influenza del diritto italiano in Colombia”, cit., 173.

601 F. HINESTROSA, “Notas sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano”, cit., 4.

602 *Cfr.* S. SCHIPANI, “Codici civili del Risorgimento e codici dell’indipendenza latinoamericana: base comune e consonanze. Principi generali del diritto e considerazione degli stranieri”, en *Studi in onore a G. Nicosia*, 1, Milán, 2007, 325 y ss., quien demuestra la centralidad de los principios, así tomen en las legislaciones fórmulas diferentes; en el caso del Código Civil italiano de 1942 se hace referencia a los “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato” y en el caso del derecho colombiano en la Ley 153 de 1887 –artículos 4 al 8–, que hace parte de las leyes que complementan el Código Civil, se habla de “derecho natural y reglas de la jurisprudencia”, “doctrina constitucional” y “reglas generales del derecho”.

mentalidad e instituciones más modernas y conformes a [la] realidad”<sup>603</sup>. Es un proceso que tiene la pretensión de alcanzar un mejor derecho, y, por lo tanto, una mejor sociedad<sup>604</sup>.

La definición de la *exceptio non adimpleti contractus* que se consagra en el artículo 1460 del Codice Civile: “nei contratti con prestazione corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi l’esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede”, y las construcciones que la doctrina y la jurisprudencia italiana han realizado alrededor de la figura permiten que puedan ser utilizadas como instrumento para la reconstrucción de la *exceptio* en el ordenamiento jurídico colombiano.

De una parte, porque el Codice Civile exalta y exige la presencia de la buena fe en todo momento, tal como lo hace el ordenamiento jurídico colombiano<sup>605</sup>. Se exige, en cualquier relación obligatoria tanto para el acreedor como para el deudor (art. 1175 Codice Civile), un comportamiento honesto, diligente y leal, considerar los intereses de la contraparte y el equilibrio de la relación. Además, la exigencia de la buena fe se extiende a las negociaciones o formación del contrato (art. 1337 Codice Civile y art. 863 Código de Comercio colombiano), y en general a toda la vida del contrato (art. 1375 Codice Civile y art. 1603 Código Civil colombiano)<sup>606</sup>. Es un principio que ilumina

603 F. HINESTROSA, “Notas sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano”, cit., 5.

604 Nuestro maestro F. HINESTROSA, “Notas sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano”, cit., 9, acertadamente concluye sobre el acercamiento de los ordenamientos latinoamericanos e italiano que “lejos de pensar que un sistema jurídico, en sí mismo, sea superior a otro, y que la universalización del comercio en todas sus expresiones implique necesariamente un derecho uniforme, que sería además aquel del más rico y del más potente. La historia y el carácter del hombre enseñan que el mejor derecho es aquel que mejor se adapte al modo de ser, a la tradición, a los principios, a los valores de cada sociedad, sin perjuicio de los fenómenos osmóticos y del sincretismo inevitable en el devenir de los pueblos”.

605 M. L. NEME VILLARREAL, “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, Universidad Externado de Colombia, 2006, 79 y ss.

606 *Cfr.* M. L. NEME VILLARREAL, “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, cit., 80 y ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 500 y ss.

ambos ordenamientos, que requiere un comportamiento activo, una *regola de condotta* para facilitar el desarrollo y el logro de las relaciones negociales<sup>607</sup>.

Esa aceptación del principio en ambos ordenamientos jurídicos y de los valores que la buena fe evoca se convierte en un puente de comunicación que facilita el intercambio de experiencias, construcciones y modelos, pues, fundados en una misma tradición, pueden ser válidos para todas las relaciones contractuales sinalagmáticas y sirven para mejorar el sistema jurídico, por cuanto propenden a aplicar soluciones que correspondan a la justicia y equidad en respeto de la coherencia del ordenamiento y de la concreta realidad de las exigencias sociales.

De otra parte, el modelo de la *eccezione di inadempimento* del artículo 1460 del Codice Civile muestra la estructura de la figura que subyace en el sistema. Es un modelo que recoge y respeta la tradición jurídica, se alimenta de su historia y contiene los elementos que denotan su complejidad<sup>608</sup>. Se constituye como un remedio autónomo y general del contrato, que opera sistemáticamente frente a otros remedios contractuales, como la resolución por incumplimiento, sin que esto signifique limitar su funcionalidad. Es una

607 Por ejemplo, S. ROMANO, “Buona fede (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, v, Milán, 1959, 677, afirma que el Código Civil italiano tiene mención expresa de la buena fe en setenta hipótesis, en las cuales el principio tiene diferentes funciones y perfiles que evidencian su valor orientador, organizador, correctivo e interpretativo dentro del ordenamiento jurídico. Por su parte, M. L. NEME VILLARREAL, “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, cit., 80 y ss., presenta un panorama de la fuerza con la que se extiende el principio en nuestro ordenamiento no solo en el ámbito puramente normativo, sino en los desarrollos jurisprudenciales, que permiten puntualizar la manera como el mismo principio se traduce en reglas concretas que regulan la extensión y el contenido de las obligaciones contractuales de las partes. A título meramente ilustrativo entre las normas que dentro del ordenamiento colombiano consagran expresamente la buena fe: la Constitución Política de Colombia en el artículo 83 ha elevado como precepto constitucional el principio de la buena fe; el Código Civil en su artículo 1603 consagra la ejecución del contrato conforme a buena fe y la función integradora de esta última; el Código de Comercio en el art. 863 consagra la buena fe en el periodo precontractual y en el art. 871 extiende la aplicación de la buena fe en la celebración y ejecución del contrato; también la Ley 222 de 1995 ha recogido de manera especial la buena fe en materia societaria y en particular en lo que respecta a los deberes de los administradores.

608 No obstante, la crítica de la formulación del artículo 1460 del Codice Civile, R. LUZZATTO, “L’eccezione d’inadempimento (Note su una recente pubblicazione)”, *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1957, 741.



tutela que se aplica a los contratos sinalagmáticos y, por lo tanto, protectora de su sinalagmaticidad, valora el comportamiento de las partes de manera que se respete el equilibrio requerido en las relaciones negociales, e incluye un instrumento que permite la flexibilidad que se requiere en el caso concreto: la buena fe como límite y fundamento de la misma *exceptio*<sup>609</sup>.

La combinación de estos dos elementos —el pleno reconocimiento de la buena fe y el respeto por la estructura de la *exceptio non adimpleti contractus* dentro del marco funcional que le otorga el principio de buena fe— permite que la excepción de incumplimiento se implante en el ámbito de las relaciones contractuales que transcurren frecuentemente sin sujeción al territorio estatal, con independencia de su consagración, o no, en el código. Un remedio como la excepción de incumplimiento tiene la facultad de circular en los diferentes ordenamientos, puesto que su fundamento prevalece sobre la ley al garantizar un elemento básico dentro del sistema: el correcto funcionamiento del contrato, el cual se facilita por medio de una serie de reglas como la sinalagmaticidad del contrato, el equilibrio, la exigencia de lealtad en la ejecución de los contratos, entre otras que emanan de la buena fe y que sirven como instrumento protector de los intereses de las contratantes y de justicia contractual.

## I. 2 EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EXPRESADO EN EL ARTÍCULO 1603 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO CONSTITUYE EL FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La buena fe es un ‘principio cumbre del derecho’<sup>610</sup>, constituye uno de los elementos fundantes de nuestra tradición jurídica<sup>611</sup>. Es un principio que cumple,

609 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 46.

610 F. HINESTROSA, “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, cit., 200. En el mismo sentido, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 501: “[La buena fe tiene] un valor de orden público. La buena fe representa, de hecho, uno de los principios centrales de nuestro ordenamiento social, y el fundamento ético que se le reconoce encuentra correspondencia en la idea de una moral social activa y solidaria, que se pone más allá de la idea tradicional de buenas costumbres”.

611 Sobre el particular, *cf.* R. CARDILLI, *Bona fides, tra storia e sistema*, Turín, 2004; M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., 12 y ss.; R. ZIMMERMANN, “Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi”, *Rivista di diritto civile*, 1, 703-763, en particular 749 y ss.

al lado de otros principios, la función de dotar de criterios de ordenación al sistema jurídico, en cuanto funda, origina, estructura y articula el sistema<sup>612</sup>, debido al “núcleo de valores alrededor de los cuales existe consenso social: lealtad, corrección, equilibrio, honestidad, diligencia, transparencia, protección de la confianza, etc.”<sup>613</sup>. Por su carácter abstracto, la buena fe se expresa

- 
- 612 Cfr. M. L. NEMEVILLARREAL, “Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico”, en *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hines-trosa*, I, Bogotá, 2014, 306 y ss., quien plantea esta afirmación con base en las premisas, de una parte, que existe la imposibilidad de crear ordenamientos jurídicos completos y perfectos que contengan la totalidad de decisiones adecuadas a todos los casos y, por otra, que hay una evidente y continua perplejidad que suscita la concreta aplicación de normas jurídicas. En efecto, la autora trae a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de mayo de 1936, *Gaceta Judicial* XLIII, 47-48, donde se reconoce que “todo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo el mundo de principios, de directivas y de *standars*”. Sobre la función de los principios se remite a G. ALPA, *I principi generali*, en *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milán, 1993, 3 y ss., en particular 13 y ss.: “Los principios toman funciones diversas: a) función integrativa, en el sentido de ser un instrumento técnico para colmar las lagunas del contenido contractual; b) función interpretativa, en el sentido de ofrecer al intérprete el modo de subsumir el supuesto de hecho en un enunciado amplio; c) función limitativa, en el sentido de poner un límite a las competencias legislativas y contractuales; d) función productora, en el sentido de ofrecer los valores sobre los cuales se funda el ordenamiento jurídico entero”.
- 613 M. L. NEMEVILLARREAL, “Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico”, cit., 317. Contrario a la distinción que hace esta autora entre principios y cláusulas generales y a la ubicación de la buena fe en la categoría de principios –de la misma manera que lo hacen otros autores, tales como U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1968, 47; S. WHITTAKER y R. ZIMMERMAN, “Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en *Good Faith in European Contract Law*, edited by S. Whittaker y R. Zimmerman, Cambridge, 2000, 8 y ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, 2004, 132 y ss.; F. RANIERI, “Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law”, *Revue internationale de droit comparé*, v. 50, n.º 4, 1998, 1089–, otros autores tipifican la buena fe como una cláusula general, y no como un principio: L. MENGONI, “I principi generali del diritto e la scienza giuridica”, en *I principi generali del diritto, atti dei convegni lincei*, 96, Roma, 1992, 317 y ss.; M. FRANZONI, “Correttezza e la buona fede”, en *I grandi temi: Le obbligazioni*, I, a cura di M. Franzoni, Turín, 2004, 55 y ss.; o la tratan indistintamente, cláusula y principio: F. MACARIO, “I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti”, en *Studi in onore a Pietro Rescigno*, III, 2, 483 y ss.; F. BUSNELLI, “Note in tema di buona fede ed equità”, *Rivista di diritto civile*, I, 2001, 537 y ss.

mediante reglas generales que surgen del cúmulo de la experiencia de aplicar dicho principio en casos particulares<sup>614</sup>; en este sentido, encontramos que el principio se sitúa en una jerarquía superior respecto a las reglas y necesita de ellas para ‘concretarse’<sup>615</sup>; las cuales a su vez, por una parte, no agotan ni replazan el principio, pues estas no son capaces de explicar todo el sentido ni todo el contenido de la buena fe y, por ende, no pueden contrariar su esencia<sup>616</sup>.

Además, el principio de la buena fe es un principio cardinal del derecho de contratos<sup>617</sup>. Orienta el comportamiento de las partes en todo el *iter con-*

- 614 La doctrina ha diferenciado ampliamente los principios y las reglas que de ellos surgen; se remite someramente a R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 173 y ss.; L. MENGONI, “I principi generali del diritto e la scienza giuridica”, cit., 323 y ss.; R. ALEXI, *Teoria dei diritto fondamentali*, Bologna, 2012, 101 y ss., quienes ponen de relieve la importancia de diferenciarlos, pues preocupa “la propagación de un modelo argumentativo en el que el juez acude directamente a la solución del caso concreto por la dimensión de los principios, cuasi desinteresándose de la mediación de las reglas, así condenadas a una progresiva desaparición, tal de resolverse en una auténtica hegemonía de principios”; *cf.* C. SCOGNAMIGLIO, “Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell’autonomia privata”, en *Annuario del contratto*, 2010, 19 y ss., en particular 23.
- 615 F. BUSNELL, “Note in tema di buona fede ed equità”, cit., 556; F. RANIERI, “Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law”, cit., 1086. Tal como lo enseña el profesor R. GUASTINI, “Principi di diritto”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sez. Civile, aggiornamento*, 6, 2011, 696 y ss., en particular 692, n. 39, los principios, a causa de su indeterminación, no son susceptibles de aplicación sin una previa concretización; mejor, decir aplicar un principio significa precisamente concretarlo, lo cual no es una operación interpretativa en sentido estricto, sino un razonamiento—en general, no deductivo—que tiene como premisa un principio y como conclusión una regla. Explica el profesor que, a manera de ejemplo, el principio de la tutela a la salud no dice nada sobre el resarcimiento del daño biológico. En nuestro caso, el principio de buena fe en las relaciones negociales no expresa específicamente la regla del *pacta sunt servanda*, pero la contiene.
- 616 M. L. NEME VILLARREAL, “Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico”, cit., 315.
- 617 A. MONTEL, “Buona fede”, en *Novissimo digesto italiano*, II, Turín, 1957, 598 y ss.; S. ROMANO, “Buona fede (diritto privato)”, cit., 677; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 41 y ss.; U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, I, en *Trattato Cicu-Messineo*, Milán, 1974, 53 y ss.; L. BIGLIAZZI GERI, “Buona fede nel diritto civile”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sez. Civile*, II, Turín, 1988, 154; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Turín, 1988; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 2 y ss.; G. FALCO, *La buona fede e l’abuso del diritto*, Milán, 2010, 3 y ss.; A. D’ANGELO, *La buona fede*, cit., 3 y ss.; G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Nápoles, 2013, 13 y ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*,

tractual: “se vierte en la disciplina del contrato a partir de las negociaciones, sigue el proceso de la oferta y la celebración del contrato, está presente en el transcurso de la ejecución de las prestaciones y va, inclusive, hasta después de la terminación del contrato”<sup>618</sup>.

En efecto, el Código Civil colombiano consagra el principio de la buena fe en el artículo 1603<sup>[619]</sup>, en el cual se dispone que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. En este artículo, el principio de buena fe se expresa en su valor normativo e integrador del contenido del contrato, en una concepción netamente objetiva y en un entendimiento que tutela a ambas partes del contrato, tanto desde la perspectiva activa que conmina a ejecutar el contrato conforme a las exigencias de la buena fe, como en la pasiva que otorga el derecho a confiar en que mutuamente seguirán los postulados de buena fe<sup>620</sup>. De ahí que se excluya toda perspectiva subjetiva en

Turín, 2015, 1 y ss. En sentido crítico: R. FIORI, “Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 2, Nápoles, 2006, 127 y ss.

- 618 F. HINESTROSA, “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, cit., 201. La jurisprudencia en Colombia también ha reconocido el carácter ‘plurifásico’ de la buena fe, en cuanto se proyecta a lo largo de las diferentes fases del contrato; ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146.
- 619 En cuanto a la identificación de los principios en los textos normativos, llaman la atención las conclusiones de V. CRISAFULLI, “Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, en *Studi sui principi generali dell’ordinamento giuridico*, Pisa, 1943, 176-271. Sostiene que no tiene razón de ser la tendencia restrictiva de la doctrina civil en distinguir entre los principios expresamente consagrados y los que no lo son, pues lleva a la conclusión que los principios generales son aquellos implícitos o latentes en las normas expresas y los que se deducen por inducción, terminando de esa manera de igualar el recurso a los principios a la *analogía iuris*. Para el autor, ambos tienen carácter normativo, pero los principios que no están consagrados expresamente en una determinada norma son abstraídos por enunciados interpretativos que atribuyen un significado a textos de leyes particulares; en cambio, los principios consagrados expresamente en la ley son interpretados directamente de la norma y deberían llamarse disposiciones de principio.
- 620 M. L. NEME VILLARREAL, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Universidad Externado de Colombia, 2009, 49 y 52.

el cumplimiento del contrato basada en meras convicciones<sup>621</sup>, que le permita al obligado comportarse según su mejor saber o entender con sacrificio del interés ajeno; por el contrario, lo obliga a comportarse con la lealtad y corrección plenas, de acuerdo con los patrones generales de conducta que impone el principio, el cual exige considerar en cada caso en particular las más específicas exigencias que impone la naturaleza del contrato en cuestión<sup>622</sup>.

También el artículo evidencia el rol de la buena fe como fuente de integración normativa en la ejecución del contrato<sup>623</sup>, la cual sirve, sea para colmar una laguna del reglamento de la operación económica en consideración al acto de autonomía privada, sea para intervenir en función correctiva el reglamento contractual, sea para servir de apertura del derecho a las nuevas circunstancias que se presentan en el tráfico jurídico con una proyección innovadora. Sin que dicho rol conlleve en ningún momento alterar la naturaleza de la relación negocial<sup>624</sup>, pues es justamente el principio de buena fe el que exige la consideración y respeto del acuerdo en cuanto legítimo a la luz de las exigencias del principio.

En efecto, para cumplir con su función, la buena fe inserta valores y reglas aplicables al contrato, los cuales no se deducen solamente de una lógica de mercado o de la consideración de la posición y del comportamiento concreto de las partes, sino de aquellos valores que hagan referencia y sean sintonizables con los principios que fundan el sistema y con los cuales el ordenamiento

621 M. L. NEME VILLARREAL, *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*, cit., 48 y 59.

622 F. HINESTROSA, “Leyendo el Digesto”, *Roma e america*, n.º 22, 2006, 72.

623 Basta citar: A. D’ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Turín, 1992, 233 y ss.; M. FRANZONI, “Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto”, *Contratto e impresa*, 1999, 83-97; *id.*, “Degli effetti del contratto, II”, en *Il Codice Civile*, Commentario P. Schlesinger - diretto da F. Busnelli, Milán, 2013, 171 y ss.; A. DI MAJO, “La buona fede correttiva di regole contrattuali”, *Corriere giuridico*, 2000, 1488-1486; G. ALPA, “La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell’equità”, en *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Turín, 2002, 218-240; M. BARCELLONA, “La buona fede e il controllo giudiziale del contratto”, *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Turín, 2002, 324 y ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Turín, 2006, 65 y ss.; G. M. UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Turín, 2004, 31 y ss.; M. CONCETTA NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padua, 2010, 4 y ss.; E. CAMPOBIANCO, “Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi”, en *Annuario del contratto 2015*, diretto da A. D’Angelo e V. Roppo, Turín, 2016, 64 y ss.

624 C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 501.

legítima el actuar del privado<sup>625</sup>. Por ello, la buena fe ajusta el comportamiento de las partes a parámetros de lealtad, diligencia, honestidad, probidad, entre otros valores, los cuales son exigibles en todas las relaciones negociales<sup>626</sup>; asimismo, inserta reglas como la prohibición de desconocer los propios actos, no abusar de la posición dominante, la cláusula *rebus sic stantibus*, la prohibición de obtener perjuicio ajeno, la protección al sinalagma contractual, etc., con el fin de realizar debidamente el programa económico contractual<sup>627</sup>. Además, reconoce instrumentos que permiten una mejor actuación del programa negocial, y, por lo tanto, remedios que evitan o corrigen contratos o cláusulas afectadas de una cierta ‘injusticia’ o ‘inequidad’<sup>628</sup>; de hecho, la buena fe juega un rol significativo en el sistema de tutela del contrato, en cuanto privilegia las necesidades del caso concreto con el fin de que el remedio utilizado sea el adecuado para tutelar sustancialmente el vínculo contractual<sup>629</sup>.

En este sentido, el principio de buena fe en materia contractual evita una precisa definición—en los términos de situación subjetiva bien delimitada—de modo que pueda calificarse no solo como una regla de comportamiento de las partes contratantes<sup>630</sup>, sino como un criterio o parámetro que responda a las carencias que en tema de remedios pueda presentar la relación jurídica, y, por ende, que ayude a completar o integrar la trama normativa de forma que no se deje desprotegido el contrato<sup>631</sup>.

---

625 S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., XII–XIII.

626 G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, cit., 51 y ss.

627 F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 142 y ss.

628 C. SCOGNAMIGLIO, “Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell’autonomia privata”, cit., 41; por su parte, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Milán, 2009, 9 y 33, sostiene que los remedios pueden ser objeto de una disciplina y regulación propia, sin tener en cuenta los derechos y obligaciones previstos por las partes, pues resulta de la misma fuerza de la buena fe, ya que se encarga de analizar la aplicación de un determinado remedio en el caso concreto; “la buena fe como criterio de gobierno busca la exclusión o la limitación de los remedios. Si los remedios constituyen un plano flexible de respuesta contra el *default* del contrato, es también lógico que un criterio así de flexible, como lo es la buena fe, sea llamado a regularlos”.

629 Tal como lo afirma A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 33, el rol significativo de la buena fe en el sistema de remedios es el que sirve de “pegante” de dicho sistema.

630 C. M. BIANCA, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, *Rivista di diritto civile*, 1983, 1, 205 y ss.

631 A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 34.

De estas reglas surge una en particular: la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>632</sup>, la cual pretende la protección del sinalagma contractual, garantizando la interdependencia de las prestaciones del contrato y el equilibrio exigido entre las obligaciones de las partes. No es necesario que el remedio sinalagmático tenga una consagración expresa en los términos, por ejemplo, del artículo 1460 del Código Civil italiano o el artículo 1219 del Código Civil francés (luego de la reforma), ni mucho menos hay que deducirlo por analogía de los artículos como el 1609 del Código Civil colombiano, para considerar la plena operatividad y consagración de la *exceptio*. La buena fe permite reconocer la *exceptio* e integrarla en el ordenamiento jurídico como una tutela del contrato, otorga las herramientas para entrever a la excepción de incumplimiento dentro del vínculo sinalagmático, en cuanto es un elemento que colabora con la correcta actuación de la trama negocial y la satisfacción de los intereses de los contratantes –con mayor razón cuando son deudores y acreedores recíprocamente–. En fin, la excepción de incumplimiento es una regla por virtud de la cual la buena fe se manifiesta en las relaciones contractuales, permitiendo el respeto del vínculo y la consecución de los objetivos de las partes en atención a la operación económica del negocio y las buenas prácticas de un comercio justo<sup>633</sup>.

---

632 También la doctrina francesa –R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 422, y Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, París, 165 y ss.– deduce la excepción de incumplimiento con base en la buena fe y la equidad, pues tampoco tenía una norma que la consagrara expresamente. Sin embargo, C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 32, es contraria a deducir el fundamento jurídico de la excepción de incumplimiento de la buena fe debido a su 'generalidad'; por el contrario, afirma que su fundamento se encuentra en la regla *frangenti fides non est servanda* y el artículo 1184 del *Code civil*. Otros autores, por ejemplo, la han construido con base en la noción de causa: H. CAPITANT, "De la causa des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, 52 y ss.; o con base en el equilibrio del contrato: M. PICARD-A. PRUDHOMME, "De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations", *Revue trimestrielle droit civil*, 1912, 61; o en la voluntad de las partes: F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, II, cit., 1169 y ss., y J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, cit., 200 y ss.

633 En referencia al ordenamiento jurídico francés, R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 424, afirma que "la base de l'ex.n.a.c. [exceptio non adimpleti contractus], est heureusement plus large et plus solide que celle du droit de rétention, parce que la notion d'équité, "bonne foi" prend véritablement corps, se concrétise lorsque les deux intéressés sont

I . 2 . I EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EXIGE  
LEALTAD DE LAS PARTES EN LA RELACIÓN NEGOCIAL Y  
GARANTIZA EL RESPETO DEL SYNALLAGMA CONTRACTUAL Y,  
POR ENDE, DEL EQUILIBRIO DEL CONTRATO, PRESUPUESTOS  
TODOS DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

El principio de la buena fe exige comportamientos diferentes, de acción o de omisión, que se concretan según las circunstancias de actuación de la relación negocial<sup>634</sup>. En particular, la propia buena fe pretende de las partes comportamientos leales durante la ejecución del contrato, y no corresponde a tal pretensión, que una parte requiera las ventajas del acuerdo o persiga a su contraparte cuando repudia las cargas que el mismo contrato le impone<sup>635</sup>. Es decir, la lealtad exigida entre las partes de una determinada relación se ve reflejada en el deber de inhibirse, o mejor, en no permitirles solicitar el cumplimiento del contrato cuando no han respetado los términos pactados en él<sup>636</sup>.

Al amparo de la buena fe, cada contratante se encuentra obligado a comportarse lealmente y, en consecuencia, le está vedado el dolo y toda incorrección en la ejecución de la prestación, pues desprotegería e irrespetaría la confianza que su contraparte ha depositado en ella, de que respetará las exigencias del principio<sup>637</sup>. Por lo anterior, en uno de los casos de aplicación de la excepción de incumplimiento contractual, la buena fe autoriza al contratante perseguido o demandado el derecho a interrumpir las maniobras de su adversario por medio

---

liés l'un à l'autre par un rapport synallagmatique". En Italia basta citar a G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., 151, y C. LESSONA, "Legittimità della massima inadimplenti non est adimplendum", cit., 388 y ss., quienes fundamentaban la operatividad de la *exceptio* en la buena fe cuando estaba vigente el Código Civil de 1865, el cual no había consagrado expresamente el remedio sinalagmático.

634 C. M. BIANCA, "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", cit., 206.

635 R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 426.

636 Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, cit., 170 y ss.

637 "La doctrina ha conectado el concepto de buena fe en las relaciones contractuales a los términos de lealtad que se impone entre los participantes de una determinada relación y que se especifica con el respeto al *reciproco affidamento*". Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 503.



del rechazo a cumplir con su prestación hasta que la contraprestación correlativa no le sea entregada u ofrecida conforme a lo establecido en el contrato<sup>638</sup>.

A su vez, la buena fe impone exigencias de solidaridad y consideración del interés de la contraparte, las cuales confluyen con la lealtad exigida en el contrato; esto frente a circunstancias particulares puede conllevar una cierta tolerancia en la exigibilidad de las prestaciones de la contraparte<sup>639</sup>, sin que eso signifique dejar desprotegidos sus propios intereses<sup>640</sup>. Así mismo, la buena fe exige que el incumplimiento sea serio, pero no definitivo, pues no le sería permitido a una parte rechazar la prestación cuando el incumplimiento de su contraparte sea de menor entidad o insignificante respecto a la operación económica del contrato y el ejercicio de la excepción de incumplimiento produzca un mayor perjuicio a la parte incumplidora<sup>641</sup>.

---

638 Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, cit., 171: "si le contractant défailant exigeait de l'autre partie l'exécution de ses prestations, son comportement serait déloyal: une telle attitude traduirait une particulière mauvaise foi. L'exception d'inexécution est alors la sanction de la mauvaise foi du contractant".

639 Como serían los casos en los que el acreedor no podría ejercer legítimamente la excepción de incumplimiento frente al incumplimiento de su contraparte cuando los efectos de la *exceptio* vulneran derechos fundamentales: suspensión del servicio de salud, educación y servicios públicos domiciliarios. Sobre el particular, ver *supra* § I.1.3 del capítulo I de la parte II e *infra* Capítulo III de la Parte III.

640 De hecho, el principio de buena fe en la fase de ejecución se especifica en el deber de cada contratante de cooperar a la realización de los intereses de la contraparte, y cuando eso comporta un apreciable sacrificio del interés propio, se analiza cada situación, las posiciones de las partes activa y pasiva, para luego determinar así integralmente el contenido de los efectos del contrato. En efecto, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 505, afirma: "Quale obbligo di salvaguarda la buona fede può dunque essere identificata come l'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio".

641 Sobre la obligación de tolerancia al que debe cumplir cada parte del contrato, como expresión del deber de lealtad, *cf.* Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, cit., 173 y ss. Una cantidad menor del bien de la señalada en el contrato, pero que la diferencia, lleva a una variación irrisoria del valor global de la prestación, o una cantidad superior del bien al previsto en el contrato, pero que el bien es divisible de modo de poder rechazar el excedente, o la entrega del bien en un lugar diferente al establecido siempre que la inexactitud no le impida al acreedor tomar el bien o el servicio debido, son hipótesis en las que el acreedor tiene un deber de tolerancia al incumplimiento del deudor, por lo que rechazar la prestación por medio de la excepción de incumplimiento sería un comportamiento desleal y, por lo tanto, contrario a la buena fe. Sobre el

En fin, la excepción de incumplimiento se fundamenta en la buena fe, puesto que se afirma en reglas que emanan del mismo principio, como lo es el deber de lealtad exigido entre las partes, el cual a su vez se concreta, por un lado, mediante la exigencia a las partes de no realizar comportamientos desleales que se evidencian con la solicitud de la ejecución de la prestación sin haber cumplido u ofrecido el cumplimiento contemporáneamente; por otro lado, como una sanción a la mala fe del contratante al paralizar la pretensión de cumplimiento o de resolución cuando no se ha respetado el acuerdo. También se expresa el deber de lealtad al limitar el ejercicio de la excepción para evitar abusos en la ejecución de la relación contractual.

También el principio de la buena fe exige la conservación del contrato<sup>642</sup> y que las partes cumplan con lo pactado en él: *pacta sunt servanda*<sup>643</sup>. En efecto, en

particular, *cf.* G. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 85 y ss. Los límites al ejercicio de la excepción de incumpliendo se tratarán en *infra*, Capítulo III, parte III.

642 G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 84 y ss., afirma que la buena fe encuentra en la solidaridad contractual una categoría con base en la cual pueden ser individualizadas sus reglas para concretarse. Con base en la solidaridad, propia de la naturaleza de la buena fe, puede superarse el individualismo y salvaguardar el interés general. Al valorar el interés privado y general, la buena fe permite salvaguardar el contrato mismo, es decir, conservarlo, pues frente al interés de un contratante de liberarse del vínculo negocial, aprovechándose de las dificultades en la ejecución del contrato, prevalece el interés de la contraparte en mantener con vida el acuerdo. Por otra parte, F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, v. II, cit., 942, afirma: “La fuerza compromisoria del contrato, la función del contrato como instrumento por excelencia de intercambio de bienes y servicios e impulsor de la economía, al propio tiempo que la relevancia que se le ha venido dando a la creación y el ahorro de los recursos y al influjo de la economía en la disciplina de la autonomía negocial, mantienen la tensión acerca de las soluciones adecuadas al incumplimiento de una de las partes, con evidente contraste entre las posturas del derecho continental y del derecho del *common law*, que se pone de manifiesto en lo que hace a la conservación o salvación del contrato y a su terminación eficiente”.

643 Desde el derecho antiguo, la buena fe se manifiesta en que se haga lo que se convino –D. 19.2.21, *Iavolenus libro XI. Epistolarum*–; que en los contratos nos atengamos siempre a lo que se trató –D. 50.17.34 *Ulpianus libro XLV. Ad Sabinum*–; la buena fe no conciente que en ningún tiempo se aparte uno de los contratantes de la voluntad del otro –C. 4.44.3 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC Marcianae*–, en cuanto a respetar los contratos, pues no existe nada tan conforme a la fe humana como cumplir lo que los hombres han pactado entre sí –D. 2.14.1. *pr. Ulpianus libro IV. Ad Edictum*–. Sobre el particular, M. L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., 163 y ss. Sobre los puntos de contacto entre la *bona fides* con el principio consensualístico y la regla *pacta sunt servanda*, ver M. TALAMANCA, “La ‘bona fides’ nei giuristi romani:

una relación sinalagmática, en la que se analiza el contenido de manera global y su ejecución se realiza sincrónicamente, pues sus prestaciones se encuentran relacionadas entre sí, es contrario a la buena fe que las partes puedan liberarse del vínculo arbitrariamente, en cuanto el ordenamiento prefiere que el contrato cumpla con su función, que sirva de instrumento de producción y circulación de la riqueza, así como de garantía de la rapidez del tráfico jurídico<sup>644</sup>. Con base en lo anterior y frente a un mal funcionamiento del contrato, el ordenamiento jurídico permite remedios sinalagmáticos no tan radicales que se limitan a suspender su ejecución, de evitar el *scioglimento* del contrato<sup>645</sup>. Frente a un incumplimiento que no es irreversible, que no destruye el interés de la parte fiel al contrato, la excepción de incumplimiento sería una tutela válida para proteger a dicha parte sin necesidad de eliminar el vínculo contractual, pues el contratante no se vería obligado a ejecutar su prestación frente al incumplimiento de contraparte y el contrato aún sería eficaz y pronto a producir sus efectos negociales apenas la parte incumplidora deje de serlo<sup>646</sup>. Además, el hecho que la *exceptio non adimpleti contractus* tenga como exigencia verificar el tipo de incumplimiento que legitime su ejercicio demuestra que cumple con el criterio de conservación de la operación económica, y, por lo tanto, de la supremacía del interés general a la estabilidad de los intercambios comerciales sobre el interés individual al cumplimiento formal de las previsiones contractuales<sup>647</sup>. Igualmente, por medio de la excepción de incumplimiento contractual se pone a disposición de las partes un verdadero instrumento de justicia privada<sup>648</sup>, el cual colabora con la realización del *pacta sunt servanda*: los contratantes, siendo deudores y acreedores recíprocamente, pueden

---

‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento”, cit., 67 y ss. Se precisa que la buena fe exige a las partes el cumplimiento de sus obligaciones, lo cual se ha expresado en la regla *pacta sunt servanda*, pero esta exigencia no es de carácter formal, vale decir, según la letra del contrato, sino que propone un cumplimiento sustancial de acuerdo con los intereses de las partes y con la función del contrato.

644 G. M. UDA, “Buona fede oggettiva ed economia contrattuale”, *Rivista di diritto civile*, II, 1990, 388; *id.*, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, cit., 85.

645 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 920.

646 J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 51.

647 M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 158.

648 Se constituiría como una excepción a la regla según la cual “nadie puede hacer justicia por su propia mano”; sobre el particular: J. BÉGUIN, “L’adage ‘nul ne peut se faire justice a soi-même’”, cit., 41 y ss., en particular 51.

valerse de la *exceptio* con el fin de inducir al otro contratante para que ejecute la prestación debida, es decir, si una parte quiere conseguir la contraprestación, debe ejecutar o estar allanado a cumplir la que le corresponde<sup>649</sup>.

Por último, el ejercicio de la excepción de incumplimiento permite proteger el carácter recíproco e interdependiente de las prestaciones<sup>650</sup>, lo cual se refleja en el equilibrio de la relación negocial<sup>651</sup>. Una relación negocial sinalagmática en la que se permita obtener la prestación sin ejecutar la contraprestación sería una relación desequilibrada, en la que las potestades de las partes se caracterizarían por ser desproporcionales entre ellas<sup>652</sup>. Un contrato con tales potestades contrastaría con el equilibrio exigido en las relaciones negociales y con los parámetros que la buena fe ordena<sup>653</sup>.

649 F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 239; en la doctrina francesa mayoritaria afirman el perfil coactivo de la excepción de incumplimiento: J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l’exception d’inexécution*, cit., 224 y ss.; F. TERRÉ, P. SIMLER y Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, cit., 685. Llamada la *exceptio* como un ‘*procédé indirect d’exécution*’, cfr. F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, cit., 1173; J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 50.

650 F. CAMILLETI, *Profili del problema dell’equilibrio contrattuale*, Milán, 2004, 26.

651 Sobre la importancia del equilibrio en la relación negocial y sus mecanismos de tutela: P. MENGOZZI, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padua, 2004, 24 y ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padua, 2003, 48 y ss.; F. VOLPE, “La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti”, *Rivista diritto privato*, 2, 2002, 303 y ss.; R. ROLLI, “Le attuali prospettive di oggettivazione dello scambio: verso la rilevanza della congruità dello scambio contrattuale?”, *Contratto e impresa*, 2001, 610 y ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Milán, 2001, 13 y ss.; G. VETTORI, “Autonomia privata e contratto giusto”, *Rivista diritto privato*, 2000, 21 y ss.; G. OPPO, “Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale”, *Rivista diritto civile*, 1999, 1, 553 y ss.; F. GALGANO, “Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte”, *Contratto e impresa*, 1997, 417 y ss.; M. COSTANZA, “Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale”, *Contratto e impresa*, 1987, 423 y ss.

652 Respecto a la excepción como un remedio dirigido a impedir la actuación desequilibrada del contrato, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 986.

653 A. D’ANGELO, *Contratto e operazione economica*, cit., 286, evidencia que la jurisprudencia italiana reserva en el ámbito del juicio de buena fe un rol central e imprescindible a la consideración del equilibrio negocial definido por las partes, excluyendo elementos que puedan alterar tal equilibrio. Es así como el principio de la buena fe no se limitaría a integrar el contenido del negocio establecido por las partes –de *sovertire l’assetto giuridico-economico*–, sino a garantizarlo más allá de las previsiones de los contratantes y de los pactos negociales, pues asegura la actuación de valores de corrección que trascienden

En efecto, la *exceptio non adimpleti contractus* asegura mantener el equilibrio ya creado por las partes en el momento de asumir sus obligaciones recíprocas y correlativas<sup>654</sup>, pues cada una quiso obligarse recíprocamente sin conceder a la otra un plazo o un término para la ejecución, o la misma práctica comercial requiere el cumplimiento recíproco y simultáneo de las prestaciones. Si, llegado el momento del vencimiento, una de las partes pretende la satisfacción de su crédito, sin que a su vez haya cumplido u ofrecido cumplir lo que a ella incumbe, su demanda de cumplimiento encierra una pretensión no prevista en el contrato y rompe el equilibrio preestablecido<sup>655</sup>. El equilibrio en el curso de la ejecución del contrato se puede evidenciar con el orden y la manera en la cual las prestaciones recíprocas se deben ejecutar, de modo que el objetivo percibido por cada parte pueda ser finalmente realizado<sup>656</sup>, que los

---

la relación contractual, lo cual se hace para evitar que una determinada actuación de las partes contraste con el programa negocial en su equilibrio.

654 Cfr. D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Turin, 1961, 508, quien sostiene que el ordenamiento concede a las partes oponer la excepción de incumplimiento para “la salvaguardia del equilibrio contrattuale nei termini oggettivi risultanti dal contratto, in modo da evitare che una parte soffra dello scompensamento di avere dal canto proprio adempiuto, mentre non ha realizzato il corrispettivo dovutole a ristabilimento dell’equilibrio della sua bilancia patrimoniale”. Como hace notar M. COSTANZA, “Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale”, cit., 433, el equilibrio contractual asume relevancia en el momento en el cual falta la igualdad económica y también la igualdad jurídica entre los estipulantes; solamente en esta eventualidad el ordenamiento se hace cargo de predisponer los instrumentos directos para actuarlo.

655 M. CRUZ MORENO, *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., 36.

656 La doctrina ha evidenciado que el equilibrio contractual puede ser ‘objetivo’ o ‘subjetivo’. El primero corresponde a un contrato cuyas prestaciones son equivalentes sustancialmente, pues se considera el contrato como un instrumento para circular la riqueza, en cuanto el efecto que produce para los dos patrimonios es un incremento y una disminución de modo correlativo, y el equilibrio es identificado en cuanto exista la sustitución de un bien por otro equivalente. El segundo hace referencia al contrato como mecanismo de satisfacción de los intereses de los contratantes, quienes deciden dar actuación a la relación negocial con el fin de obtener una utilidad por ellos valorada; en ese sentido, el equilibrio subjetivo se determina por fuerza de las valoraciones que hacen las partes sobre sus respectivas prestaciones: las partes consideran que una prestación es correlativa a la otra. La relación sinalagmática es concebida como un intercambio de prestaciones, en el cual cada contratante puede atribuir el significado económico que considera oportuno, y no como un intercambio de valores objetivos. Cfr. F. CAMILLETI, *Profili del problema dell’equilibrio contrattuale*, cit., 39 y ss. También puede entenderse el concepto de equilibrio desde el punto de vista normativo, entendido como la síntesis

contratantes sean satisfechos recíprocamente con el cumplimiento de la respectiva obligación<sup>657</sup>. Lo que se busca es que las dos partes se encuentren en la misma situación en todo el proceso de ejecución del contrato, ninguna aventajada respecto a las pretensiones de cumplimiento de su contraparte, por el contrario, que las partes se encuentren de frente a un contrato que sea ejecutado por ambas con el propósito de cumplir con la función para lo cual fue concebido<sup>658</sup>. Si uno de los contratantes intenta romper a su propio beneficio ese equilibrio, reclamando las ventajas de la contratación, pero rechazando las cargas, el ordenamiento jurídico entrega los instrumentos para evitarlo, no como una simple prerrogativa que se le da a la parte afectada, sino como una medida de equidad, marcadamente en virtud de un derecho inherente al contrato, el cual permite suspender la ejecución de las prestaciones y corregir el funcionamiento del contrato<sup>659</sup>.

Ese mismo equilibrio se evidencia cuando se conjuran ejercicios abusivos de la excepción de incumplimiento. Es decir, la *exceptio* no puede ser invocada si de ella resulta un sacrificio injustificado a la contraparte, en el entendido que del desequilibrio resultante del incumplimiento inicial y del desequilibrio ocasionado por el no cumplimiento del *excipiens* tiene como efecto una crisis total del contrato o un mayor perjuicio, sin que eso signifique la desprotección

---

de las posiciones normativas de los contratantes, el conjunto de derechos, obligaciones, cargas, régimen de responsabilidad y riesgos; o desde el punto de vista económico, el cual hace referencia al valor económico de la prestación objeto de intercambio, considerada no en sí misma, sino en la complejidad de la operación económica en la cual participa. Sobre el particular, ver: A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 97 y ss.

657 Precisa R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 424, que el equilibrio que fundamenta la excepción proviene de la misma lealtad del contrato. En el mismo sentido, Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, cit., 177: "*La loyauté contractuelle constituera alors la garde prétorienne de l'équilibre des prestations*".

658 C. M. BIANCA, *Diritto Civile. La responsabilità*, cit., 345, afirma en efecto que la "funzione dell'eccezione d'inadempimento è dunque quella di garantire l'eguaglianza delle posizioni delle parti nell'esecuzione del contratto".

659 *Cfr.* M. CRUZ MORENO, *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., 36. "La suspensión de la ejecución del contrato aparece pues como el único modo de resistir a una demanda susceptible de alterar el orden normal de ejecución, y que podría acarrear graves e irremediabiles consecuencias para el cumplidor o ejecutado".

a la parte fiel. La buena fe ordena limitar el ejercicio de la excepción en aras de no afectar en mayor medida al equilibrio de la relación negocial<sup>660</sup>.

Como se evidencia, la buena fe se concreta mediante específicas reglas de comportamiento exigidas a las partes contratantes, las cuales ven su aplicación en el caso concreto mediante la excepción de incumplimiento. El remedio sinalagmático basado en la buena fe permite garantizar el pleno funcionamiento del sinalagma contractual, acompañado de los deberes de lealtad, protección de la palabra empeñada, conservación del contrato y equilibrio en las situaciones de las partes frente al cumplimiento del acuerdo.

### I. 3 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO: EL DEVENIR QUE LA LLEVA A ENCONTRAR SU ESENCIA COMO MECANISMO PROTECTOR DEL CONTRATO

La determinación de la naturaleza jurídica de la excepción de incumplimiento puede ser incierta, de una parte, porque la doctrina colombiana no ha debatido sobre la función y la naturaleza jurídica de la *exceptio*, tanto como lo ha hecho la doctrina extranjera; por otra parte, debido a que no existe una norma expresa que pueda dar luces para establecer sus características más relevantes, entre ellas su naturaleza jurídica. Debe ser el trabajo del intérprete iluminar la ubicación de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano, para lo cual los trazos del derecho comparado son de gran utilidad.

---

660 R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 574, pone un ejemplo de un contrato de obra que tiene como resultado un edificio con ciertas imperfecciones, solucionables con trabajos de refracción. Con base en la presión que causa la falta de pago de la construcción, no se debería demoler todo o una parte del edificio construido o efectuar arreglos muy superiores al perjuicio resultante de la defectuosidad de los trabajos. Conforme a la buena fe, la pretensión del propietario que quiere reclamar la ejecución perfecta o su ejecución en natura debería ser rechazada, y por el contrario debería establecerse una reparación pecuniaria respecto a los perjuicios causados.

### I. 3. I LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO UNA EXCEPCIÓN DE CARÁCTER PROCESAL Y DE TIPO PERENTORIO

A este respecto, la primera tesis clasifica a la excepción de incumplimiento como una excepción procesal y de tipo perentoria<sup>661</sup>. Se afirma que esta excepción es un medio de defensa del demandado que busca paralizar simplemente la pretensión del actor, mediante la proposición de hechos que tienden a destruir, total o parcialmente, el derecho que alega el demandante; por regla general se alega el hecho del incumplimiento del actor para expresarle al juez la falta de legitimación para reclamar su derecho. De esta tesis surge la idea de que, en los contratos con prestaciones correlativas, el derecho a obtener la contraprestación nace solamente después de haber cumplido con la propia. Esta construcción doctrinal tiene varios reparos. Primero, el desconocimiento de que ambos contratantes adquieren directamente del contrato el crédito a la prestación, solo que el ordenamiento jurídico reconoce a la parte no obligada a cumplir de primero el poder de paralizar el derecho de la otra parte incumplidora mediante la tutela de la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>662</sup>. Segundo, concebir a la excepción de incumplimiento como un mecanismo meramente procesal desecha la idea que la razón por la cual se opone la *exceptio* no es acabar con un proceso, sino defender la sinalagmaticidad del contrato, la ejecución simultánea de las prestaciones y la satisfacción de los intereses en juego en la relación negocial; por ello, el excepcionante no prueba el defecto de la pretensión propuesta por el accionante quien es a su vez incumplidor, sino que alega un derecho a no cumplir legitimado por el incumplimiento de la contraparte, se concentra en el valor procesal y olvida en sí el valor sustancial de la

---

661 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de diciembre de 1944, *Gaceta Judicial*, t. LVIII, 184-193. También en la Sentencia de 25 de febrero de 1952, *Gaceta Judicial*, t. LXXI, 124-128. Más recientemente, Sentencia 31 de mayo de 2010, exp. 05178.

662 F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 234. También F. ADDIS, “Le eccezioni dilatorie”, cit., 417, sostiene que el derecho a pedir la prestación nace en virtud del acuerdo del contrato sinalagmático válido y con base en el propio cumplimiento o en su ofrecimiento, o encontrarse en las condiciones para cumplir. En este sentido, la excepción coloca una regla para el ejercicio de la pretensión de cumplimiento, lo cual redundaría en el correcto funcionamiento del contrato, mas no en un requisito para el nacimiento del crédito.



*exceptio*<sup>663</sup>. Además, esta teoría desconoce el ejercicio y la práctica extrajudicial de la excepción de incumplimiento como un mecanismo para administrar las relaciones contractuales y mejorar el tráfico jurídico<sup>664</sup>.

### 1.3.2 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO UN MECANISMO DE DERECHO SUSTANCIAL Y DILATORIO

Esta segunda tesis encuadra la excepción como un mecanismo de derecho sustancial y dilatorio: provoca la temporánea inexigibilidad de la prestación<sup>665</sup>. Según esta tesis la excepción de incumplimiento contractual es una excepción que nace en el ámbito del derecho sustancial, no incide sobre el contrato, ni sobre las deudas recíprocas, sino únicamente sobre alguna de las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de las mismas, en particular, sobre la facultad que le asiste al acreedor de obtener la ejecución de la prestación<sup>666</sup>. En sentido opuesto, la dilación del contrato consiste en la posibilidad que tiene el deudor de rehusarse a ejecutar la prestación debida hasta tanto el actor no cumpla u ofrezca el cumplimiento de su parte: es el derecho potestativo de no cumplir en determinadas circunstancias, como lo es el incumplimiento

---

663 En efecto, tiene doble relevancia, sustancial y procesal, tal como lo afirma A. DALMARTELLO, “Eccezione di inadempimento”, cit., 355. Análogamente, C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, 241, cree que el carácter de la *exceptio* es *sui generis*, pues no es ni procesal ni sustancial completamente. Quien evidencia el valor sustancial de la excepción, G. SCADUTO, “L’*exceptio non adimpleti contractus*’ nel diritto civile italiano”, cit., 92; S. PUGLIATTI, “Eccezione (teoria generale)”, en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milán, 1965, 165 y ss.; R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Nápoles, 1981, 140.

664 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 23. Perfil que además reconoce el artículo 1031 del Código Civil de Argentina. Contrario al uso extrajudicial de la *exceptio*: R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 181; F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 234.

665 R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 140, afirma el carácter exclusivamente dilatorio de la *exceptio non adimpleti contractus*. L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 1 y ss., la denomina “eccezione dilatoria di diritto sostanziale”; no obstante, la encuadra dentro de los mecanismos de ‘autotutela’. En el derecho español concuerda B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, cit., 85-87.

666 B. GRASSO, *Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto (profili generali)*, cit., 108. Concuerda en el punto M. CRUZ MORENO, *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., 36.

de la contraparte<sup>667</sup>. En este caso, la categorización de la excepción como un mecanismo meramente temporáneo se concentra en uno de los efectos que tiene la *exceptio* sobre el contrato, la suspensión de la exigibilidad y ejecución de las prestaciones, sin considerar o tener en cuenta el efecto coercitivo que genera en la contraparte<sup>668</sup>, ni la finalidad de evitar ser condenado a cumplir el contrato sin haber recibido la contraprestación<sup>669</sup>, ni mucho menos el papel de garante del equilibrio del contrato durante la ejecución del mismo.

### I.3.3 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO UN MEDIO DE JUSTICIA PRIVADA

Para otro sector de la doctrina, la excepción de incumplimiento es un medio de justicia privada<sup>670</sup>, la cual consiste en la facultad otorgada a cada una de las partes de una relación sinalagmática con el fin de obtener la ejecución correcta

---

667 La excepción de incumplimiento como un derecho potestativo, en virtud del cual “paraliza la acción adversaria, [es decir], es una manifestación de voluntad del sujeto mediante el cual puede modificar el derecho subjetivo de la contraparte de obtener el cumplimiento de la obligación, paralizando tal derecho, o sea dejándolo ineficaz”. Véase: G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 12-13. Quienes afirman que es un contraderecho: F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 234, y B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (profili generali)*, cit., 139-141; contrario a decir que es un contra-derecho, sino una facultad autónoma y característica reconocida al acreedor, L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 3. Todos concuerdan en afirmar que la excepción en este sentido constituye una causa de justificación del incumplimiento, por cuanto excluye la ‘culpabilidad’ y la ‘antijuridicidad’ del incumplimiento. En la doctrina francesa se resalta el trabajo de C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, París, 2002, 330 y ss., quien califica el incumplimiento como lícito.

668 C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, 241.

669 R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 617.

670 C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat*, cit., 84: “son reales remedios incitadores, que funcionan como reacción al incumplimiento. El carácter temporal y defensivo permite justificar una excepción al adagio ‘nadie puede hacer justicia con su propia mano’. En efecto, si el derecho tolera tales actos de justicia privada, se debe a que no son agresivos, pero permiten solamente al acreedor incitar a su contraparte a ejecutar sus obligaciones”. Sobre el origen del adagio “nul ne peut se faire justice à sois même”, véase M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, cit., 27 y ss.

de dicha relación<sup>671</sup>. De una parte, la categorizan como un medio de coerción contra el contratante incumplido para que ejecute *donnant-donnant*, mediante la suspensión de la ejecución de las prestaciones de las cuales dicho contratante está interesado<sup>672</sup>, por lo cual, el mecanismo será más efectivo cuanto más interesado esté el contratante en obtener la contraprestación. En este orden de ideas, si se le priva de las ventajas que trae el contrato, se le está presionando indirectamente para que acompañe su pretensión con el cumplimiento o con una oferta a ello si quiere obtener su contraprestación<sup>673</sup>, y de paso, para que se evite un proceso judicial ejecutivo<sup>674</sup>. Sin embargo, concebir la excepción de incumplimiento cuya efectividad depende del interés del contratante incumplido que pretende la actuación del contrato, desconoce que la excepción de incumplimiento tiene como finalidad proteger al demandado, en cuanto no debe cumplir con una obligación sin recibir la contraprestación, es una manera para restablecer el equilibrio contractual afectado por una pretensión injustificada del actor<sup>675</sup>.

De otra parte, y gracias a la crítica sobre el carácter coercitivo de la excepción de incumplimiento y enmarcándola en el perfil de las autotutelas, la doctrina también la categoriza como un medio de garantía para el *excipiens*, pues la excepción disminuye el riesgo del excepcionante de encontrarse en un

---

671 J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, cit., 201 y ss.

672 De hecho, para J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, cit., 224, "la contrainte est de l'essence de l'exception d'inexécution".

673 Por su parte, F. REALMONTE, "Eccezione di inadempimento", cit., 239, considera que tal coacción hace parte de la función de la excepción de incumplimiento y el tipo de coacción es psicológica indirecta.

674 J. GHESTIN, "L'exception d'inexécution", cit., 50: "Voie de justice privée, l'exception d'inexécution est, d'abord, un moyen de contrainte bon marché, car il permet d'éviter un procès, à fin d'obtenir la contrepartie convenue, et ainsi l'exécution complète du contrat".

675 Contrario a la funcionalidad de la *exceptio* como medio de presión, consultar: W. DROSS, "L'exception d'inexécution: essai de généralisation", cit., 2-3, quien afirma que debe alejarse la legitimidad de la excepción de incumplimiento, del concepto de las vías de ejecución, las cuales monopolizan la posibilidad de coerción legítima al pago del deudor, que puede ser en natura o en equivalente pecuniario. Según el autor, la excepción de incumplimiento puede generar que el acreedor renuncie a la ejecución de su crédito a cambio de no tener que ejecutar la contraprestación; en este sentido, ella no constituye siempre una vía coercitiva de ejecución de la prestación, sino que solo incita al pago.

contrato incumplido definitivamente<sup>676</sup>; así pues, frente al incumplimiento se faculta a incumplir provisionalmente como una medida de urgencia y de garantía de los intereses de la parte fiel al contrato<sup>677</sup>.

#### I. 3. 4 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO UN INSTRUMENTO DE ‘AUTOTUTELA PRIVADA’

Esta tesis encuadra la *exceptio non adimpleti contractus* en el ámbito de las ‘autotutela privada’<sup>678</sup>, en cuanto se le atribuye a un particular la facultad de

---

676 J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l’exception d’inexécution*, cit., 240, quien también sostiene el carácter de garantía de la excepción de incumplimiento; desde otro punto de vista, G. BAUDRY LACANTINERIE y L. BARDE, *Delle obbligazioni*, II, cit., 147: “cada contratante está autorizado a considerar todo lo que debe como una garantía a todo lo que le es debido. Así pues, hasta que una de las partes rechaza ejecutar su propia obligación, la otra puede hacer lo mismo; si no, todo lo que ella debe dejaría de garantizar todo lo que le es debido”. Contrario a esta última aproximación: F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 239.

677 Un ejemplo típico sobre tal naturaleza de la *exceptio* se encuentra en los artículos de los códigos civiles que consagran la posibilidad del comprador de no pagar el precio por la cosa vendida en aquellos casos en los que la posesión sobre tal cosa se encuentra amenazada, tal como lo hace el artículo 1653 del Code Civil: “Si l’acheteur est troublé ou juste sujet de craindre d’être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le payement de prix jusqu’à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n’anime celui-ci donner caution, ou à moins qu’il n’ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l’acheteur payera”. O el inciso 2 del artículo 1929 del Código Civil colombiano, que reza: “Con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa, o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio”. Sin embargo, se precisa que en este último artículo no hay una completa autorización de incumplir, sino de rehusarse a cumplir la prestación a favor de la contraparte, pues se debe ejecutar a favor de un tercero.

En ambos casos, con base en el artículo 1653 del Code Civil y el 1929 del Código Civil colombiano, se demuestra que el comprador, frente a la incertidumbre de la ejecución del contrato a causa de una acción ejercida por un tercero reclamando la posesión de la cosa vendida, tiene la posibilidad de no pagar el precio al vendedor como una medida de garantía en cuanto no ejecutaría un contrato que potencialmente sería incumplido por su contraparte. Sobre el particular, J. F. PILLEBOUT, *Recherches sur l’exception d’inexécution*, cit., 241.

678 E. BETTI, “Autotutela”, cit., 531; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell’autotutela privata*, II, cit., 8 y ss.; C. M. BIANCA, “Autotutela”, cit., 138.; A. DE SANCTIS RICCIAR-

abstenerse legítimamente al cumplimiento de las prestaciones a su cargo de una relación sinalagmática en el caso en que la contraparte no cumpla o no ofrezca el cumplimiento. En este sentido, es considerada un instrumento que permite defender directamente el interés propio mientras mantiene inalterada la propia situación patrimonial preexistente a la celebración del contrato, y evita hacerse a cargo de una riesgosa posición crediticia<sup>679</sup>. La falta de cumplimiento unida con la propia necesidad de cumplir crea una situación de peligro o lesiva para el acreedor-deudor, debido al carácter sinalagmático de la relación; por lo tanto, tal situación genera la existencia de un derecho o potestad que al acreedor-deudor le compete para la conservación del *statu quo* y, por ende, la tutela no tanto del crédito autónomamente considerado, sino de su posición jurídica en la relación comercial respecto a la de su contraparte<sup>680</sup>.

#### I. 3. 5 EL CARÁCTER REMEDIAL DE LA EXCEPTIO PERMITE QUE SIRVA COMO UN MECANISMO DE GESTIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Creemos que la función, efectos y fundamento –trazados igualmente en las teorías anteriores– deben dar luces para ubicar a la excepción de incumplimiento en la categoría que responda con su esencia. Como lo enseña el profesor Benedetti, la *exceptio non adimpleti contractus* encarna, como así la bautiza, una ‘*autodifesa contrattuale*’, en cuanto es un remedio a través de la cual los contratantes defienden sus propios intereses, y en particular, buscan combatir “aquel evento que rodea a cada contrato desde su nacimiento: el incumplimiento”<sup>681</sup>. De hecho, los intentos de la doctrina al determinar la naturaleza jurídica de la

---

DONE, *L'autotutela civile*, Nápoles, 2011, 83 y ss.; F. CAMILLETI, “Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale”, *I contratti*, 2015, 1142-1153.

679 A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, cit., 85.

680 L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 8 y ss. En el ámbito de autotutela, para la autora deben concurrir dos elementos: por una parte, la defensa de un interés efectivamente lesionado o, al menos, amenazado, vía extrajudicial; por otra, la actuación relativa depende exclusivamente del comportamiento del titular de la situación jurídica en cuestión. Es consentir excepcionalmente a un privado la tutela directa de sus intereses debido a la particularidad de la situación jurídica, sin necesidad de la intervención de la acción estatal. *cfr.* L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., 35 y ss.

681 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 2.

*exceptio* tienen un punto en común: la excepción de incumplimiento representa una regla típica en los contratos con prestaciones correlativas y recíprocas, en general, es un instrumento que opera en el llamado sinalagma funcional. Por lo tanto, cada prestación está directamente relacionada con las otras y la falta o inexacta ejecución de una de ellas ocasiona la legítima inejecución de la contraprestación. Esto conlleva ubicarla como un remedio típico de los contratos sinalagmáticos, que legitima el incumplimiento de la parte fiel como reacción al incumplimiento de la contraparte, con el fin de reconstruir el equilibrio negocial, actuando el sinalagma y salvando el contrato de una posible crisis irreversible: un verdadero instrumento de gestión de la relación contractual<sup>682</sup>.

La ubicación dentro del sistema de remedios contractuales<sup>683</sup>, en particular como uno de carácter sinalagmático<sup>684</sup> no destructivo y de tipo suspensivo<sup>685</sup>, permite entender su función y los efectos en caso en el que el vínculo sea disfuncional a causa del incumplimiento<sup>686</sup>. En efecto, calificar la *exceptio non*

682 *Ibid.*, 21 y 23.

683 Sobre los remedios en general, se remite a U. MATTEI, “I rimedi”, en *Il diritto soggettivo*, en *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Turín, 2001, 105 y ss., y, en particular sobre los remedios contractuales, ver A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 2 y ss.

684 La calificación de remedio sinalagmático para la excepción de incumplimiento es ampliamente difundida; para todos, ver R. SACCO, “I rimedi sinallagmatici”, cit., 611 y ss. De hecho, cuando se hace referencia al término de ‘remedios’, antes que referirnos a ‘tutelas’, ‘acciones’ o ‘derechos’, no se hace con la finalidad de derrocar el vocabulario jurídico, sino con la finalidad de evidenciar que la función del ordenamiento jurídico no es solo de organizar y dar orden a las relaciones sociales, sino también de suministrar respuestas en positivo cuando una violación tenga lugar. *Cfr.* A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 341 y ss. Contra este nuevo lenguaje, ver la crítica de L. NIVARRA, “Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?”, *Europa e diritto privato*, 3, 2015, 583 y ss., en particular 601 y ss.

685 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 919.

686 R. SACCO, “I rimedi sinallagmatici”, cit., 612: el sistema jurídico predispone un cuidadoso régimen de remedios “dirigidos a garantizar la correlación entre el sacrificio de cada parte y el buen éxito de su expectativa”. Por su parte, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 225, explica que la resolución por incumplimiento, la cláusula resolutoria expresa, la acción de cumplimiento y las excepciones dilatorias son cualificadas como ‘remedios’ por razón del hecho que ellos no se reconducen a los efectos del contrato, ni se pueden considerar comprendidos en el estatuto de la obligación, sino que se encuentran cercanos al contrato, tanto como para garantizar su actuación sin la intervención del juez. El fin es garantizar el cumplimiento, debido a la amenaza de un posible ejercicio de la resolución del contrato; en caso que no se presente el cumplimiento, entraría la resolución a

*adimpleti contractus* como remedio, cuya titularidad está a cargo de la parte fiel e interesada a la sobrevivencia del vínculo y no a su decadencia, pretende acercar el medio de tutela al interés que se aspira tutelar frente a una ‘patología del contrato’, permitiendo que sea aplicada de modo directo, sea como un mecanismo procesal o extrajudicial, con el fin de superar las dificultades en la ejecución del contrato y como un instrumento que procuraría el correcto funcionamiento del vínculo y el equilibrio exigido en la ejecución del mismo, y no como un mecanismo que tiene como objetivo la destrucción del vínculo<sup>687</sup>. No puede entenderse entonces como una mera excepción o un mecanismo de autotutela que se limita a determinados perfiles o funciones de la propia *exceptio*, olvidando el desenvolvimiento del *sinallagma* en su integridad y su preservación<sup>688</sup>.

Por último, el reconocimiento e interpretación de la *exceptio* a través de la buena fe corresponde a su tradición jurídica. Por medio de la *exceptio* se reconocen abiertamente las reglas que permiten la ejecución leal de las obligaciones contractuales y la ejecución simultánea del contrato, las cuales colaboran al correcto funcionamiento del tráfico jurídico y están en sintonía con un comercio cada vez más dinámico y con más desafíos. Incluirla dentro de la categoría de remedio, debido a la fuerza normativa de la buena fe, con una disciplina jurídica autónoma, conlleva que la excepción de incumplimiento

---

intervenir. Estos remedios tienen un efecto intrínsecamente compulsorio en el sentido que su función es representar un medio de coacción al cumplimiento. También el autor confirma que, desde el punto de vista sistemático, los remedios dirigidos a evitar la intervención del juez se atribuyen a la idea de ‘autotutela’.

687 Respecto de quien opone la excepción de incumplimiento, no debe interpretarse que quiere liberarse del contrato, como si fuera una especie de resolución unilateral del contrato o una excepción de carácter resolutorio. Tal interpretación estaría sobreponiendo los efectos de la resolución frente a los efectos conservativos de la excepción de incumplimiento, lo cual a todas luces contrariaría el correcto uso y la debida delimitación de los remedios contractuales frente al incumplimiento. *Cfr.* S. PAGLIANTINI, “Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni. Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi”, cit., 9 y ss.; M. DELLACASA, “Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo”, cit., 40 y ss.; A. M. BENEDETTI, “La deriva dell’eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio”, cit., 758 y ss.

688 En efecto, en cuanto a los remedios considerados desde una visión sistemática, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 226, precisa que estos deben resaltar con su ejercicio la sinalagmaticidad del contrato. Tanto así que en el caso de la resolución se conecta funcionalmente con un incumplimiento grave que tenga la capacidad de vulnerar o alterar el equilibrio necesario de la relación negocial.

actúe en sintonía y sin confusión con otros remedios del contrato, pues todos forman un solo cuerpo de instrumentos que permiten salvaguardar y proteger el vínculo contractual, así como tutelar los intereses de las partes<sup>689</sup>; su sincronismo con otros mecanismos de tutela evitaría que exista caos y confusión y, por lo tanto, abonaría un escenario en el cual se permitiera la eficiencia natural del contrato como eje central del sistema económico y social<sup>690</sup>.

#### 1.4 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO TIENE COMO EFECTO PRINCIPAL LA SUSPENSIÓN LEGÍTIMA DE LAS PRESTACIONES A CARGO DEL EXCEPCIONANTE CON EL FIN DE ESTIMULAR LA REALIZACIÓN DE LA RELACIÓN NEGOCIAL

La excepción de incumplimiento suspende legítimamente la ejecución de la prestación a la cual se está obligado, además de que bloquea todas las medidas de ejecución contra el *excipiens*<sup>691</sup>. En particular, la suspensión del contrato

---

689 En efecto, los instrumentos internacionales de unificación y armonización del derecho tienden a organizar en una misma sección los remedios contra el incumplimiento; *cf.* O. LANDO, “Non-performance (Breach) of Contracts”, en *Towards a European Civil Code*, Nimega, Países Bajos, 2011, 681 y ss. Tal tendencia la toma la reforma del Code Civil por medio de los artículos 1217 y siguientes, pues se pretendió generalizar los remedios contra el incumplimiento y ubicarlos en una misma sección. Sobre el particular, *cf.* H. BOUCARD, “Le nouveau régime de l’inexécution contractuelle”, en *La réforme du droit des obligations en France 5èmes journées franco-allemandes*, París, 2015, 153 y ss.

690 Nos parece pertinente la conclusión de A. DI MAJO, “Il linguaggio dei rimedi”, *cit.*, 363-364, cuando se refiere a si estamos preparados para el ‘tiempo de una cultura de los remedios’: “il riferimento ai rimedi indica un diverso tipo di approccio al tema del contratto, nel senso, come si è detto, che non si tratta più esclusivamente di garantire che le regole della sua formazione siano rispettate in ossequio al principio della parità formale tra le parti ma anche che esso, pur considerato fondamentale come la legge dello scambio, abbia poi a realizzare, malgré tout, appunto con l’ausilio dei rimedi, anche effetti distributivi adeguati sul piano delle relazioni social. L’occhio è dunque rivolto al contratto come enunciazione di funzioni e di risultati, più che alle singole situazioni soggettive di cui i contraenti diventano i titolari. [...] Occorre verificare chi fa prima (e con maggiore efficacia) ad apprestare adeguati strumenti (non importa che essi appartengono all’ordine dei diritti o dei rimedi) rispetto agli interessi considerati degni di protezioni”.

691 Algunos autores piensan que el efecto de la suspensión del contrato a causa de ejercer la *exceptio non adimpleti contractus* tiene la naturaleza de sanción; *cf.* M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *cit.*, 116, quien afirma además que “la *exception*



trae ciertos efectos a la relación contractual. Primero, como mecanismo de autotutela, justifica el incumplimiento del *excipiens*<sup>692</sup> –lo que quita la anti-juridicidad del incumplimiento<sup>693</sup>– y genera la inexigibilidad de las prestaciones a su cargo<sup>694</sup>, todo lo cual trae como consecuencia que el *excipiens* no pueda ser considerado en mora ni ser responsable por daños causados por el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>695</sup>; segundo, modifica el momento de la ejecución de las prestaciones<sup>696</sup>, demostrando que el contrato sigue siendo eficaz: la sola proposición de la excepción de incumplimiento no libera al *excipiens* de las obligaciones a su cargo, pues el contrato continúa en vida, de modo que el *excipiens* debe estar listo a cumplir en el momento en el cual su contraparte ofrezca el cumplimiento contemporáneo o ejecute las

---

*d'inexécution* comporta la creación de una situación jurídica nueva; la situación jurídica creada para el contrato no es la anulación, es simplemente el 'congelamiento' mientras el deudor no ejecute sus obligaciones. La ejecución de la obligación 'congelada' no puede ser exigida ni por la contraparte ni por un tercero”.

- 692 Por ello denominada ‘justification de l’inexécution’ o ‘inexécution licite’, en cuanto “l’exception d’inexécution a pour effet de dispenser le contractant d’exécuter. Il en résulte que l’inexécution n’est pas illicite”. Ver CH. PAULIN, *La clause résolutoire*, cit., 82; C. CHABAS, *L’inexécution licite du contrat*, cit., 330.
- 693 En este sentido, F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 236, quien considera que excluye la ilicitud del comportamiento del *excipiens*. Ver S. PUGLIATTI, “Eccezione, teoría generale”, cit., 165, el cual sostiene que la esencia de la *exceptio non adimpleti contractus* es dar la facultad a una de las partes de asumir un comportamiento que, en circunstancias normales, aparecería contrario a la fuerza vinculante del contrato. El comportamiento valorado objetivamente sería ilícito, pero pierde tal carácter en consideración al comportamiento de la contraparte que es incumplidora. En desacuerdo se encuentra L. BIGLIAZZI GERI, “L’eccezione di inadempimento”, cit., 333, quien afirma que el comportamiento del *excipiens* no puede ser catalogado como un incumplimiento ni como falta de cumplimiento, sino como un comportamiento que resulta del ejercicio de un derecho que encuentra su propio fundamento en la lesión de su interés en la conservación del *statu quo*. Sobre la misma línea argumentativa parece coincidir F. ADDIS, “Le eccezioni dilatorie”, cit., 446.
- 694 L. BIGLIAZZI GERI, “L’eccezione di inadempimento”, cit., 333: “l’inesigibilità della prestazione, che dall’esercizio di tale diritto deriva, fa sì che l’excipiens venga a trovarsi nella condizione di chi non adempie perché, seppur temporaneamente, non tenuto a farlo”.
- 695 R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., 657.
- 696 Contrariamente, B. GRASSO, *Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., 90-91.

prestaciones que inicialmente había incumplido<sup>697</sup>. Sin embargo, se precisa esto último. Cuando el incumplimiento ‘legitimante’ sea sanado con el cumplimiento sucesivo, así sea atrasado, la excepción de incumplimiento decae, por lo que la parte protegida por el remedio debe cumplir, obviamente, en los términos razonables compatibles con la necesidad de reorganizar la ejecución de la prestación suspendida<sup>698</sup>.

La suspensión tiene una finalidad: proteger el equilibrio de la relación sinálgmática y el interés de la parte fiel al correcto funcionamiento del contrato. Se rechaza entonces la posibilidad de pensar que la excepción de incumplimiento tenga efectos resolutorios, pues el remedio no está concebido para tal fin<sup>699</sup>. La excepción como mecanismo de autodefensa, como instrumento extraordinario y excepcional, que permite a la parte fiel reaccionar en determinados supuestos de hecho, como tal, no puede superar los confines del restrictivo ámbito de aplicación y efectos, pues el particular mediante la suspensión del contrato está siendo autorizado hacer justicia por sus propias manos<sup>700</sup>. En este sentido, el excepcionante solo estaría autorizado a no cumplir con una

697 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., 692, n. 1, acertadamente afirman que, en el periodo de suspensión del contrato, cada contratante está obligado, respecto al otro, a la lealtad, pues la suspensión no los libera de sus obligaciones, sino hasta que sea pronunciada la resolución del contrato.

698 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 924.

699 Se resaltan los efectos que J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 50-51, observa de la *exceptio*. Parece vislumbrar una función trivalente de la *exceptio*, por una parte, como un mecanismo defensivo y temporáneo para paralizar las demandas de ejecución de la contraparte, de modo que se garantice el equilibrio creado inicialmente por las partes; también como un proceso indirecto de ejecución de las obligaciones, en cuanto presiona a la contraparte a colaborar con la buena marcha del contrato, incluso a evitarse un proceso judicial. Por último, la excepción es un instrumento que indirectamente extingue las obligaciones recíprocas, pues si como medio de presión resulta ineficaz, sea porque la ejecución de la prestación no es posible, sea porque la invitación a cumplir implícita de la excepción no tiene la fuerza necesaria para ello, prepara el camino para la resolución por incumplimiento.

700 *Cfr.* M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, cit., 23 y ss. Además, C. M. BIANCA, “Autotutela”, cit., 131, explica que no existe un principio según el cual un particular puede hacer justicia con sus propios medios; sin embargo, por las circunstancias del caso en concreto el ordenamiento autoriza a la parte interesada a hacerlo. En el mismo sentido, J. BÉGUIN, “L’adage ‘nul ne peut se faire justice a soi-même’ en droit français”, cit., 51.

finalidad precisa –preservar el contrato y buscar su realización<sup>701</sup>–, mas no a desconocer sus compromisos y pretender liberarse del vínculo mediante una resolución unilateral del contrato<sup>702</sup>. Si el acreedor quiere liberarse de la relación negocial el camino y la estrategia procesal es por medio de la resolución por incumplimiento, si el acreedor por su parte quiere obtener el cumplimiento la acción es la de cumplimiento, y en ambos casos está igualmente legitimado a pedir la indemnización de perjuicios<sup>703</sup>. Se repite, si el incumplimiento es de una magnitud tal, grave e imputable, el sistema de tutelas contractuales le permite gestionar mejor sus intereses por medio de otros remedios como la resolución por incumplimiento.

Respecto a la paralización de las medidas ejecutivas contra el *excipiens*, la excepción de incumplimiento sirve para defenderse contra la demanda de cumplimiento de la contraparte, también para excluir el derecho de esta última a lograr la resolución del contrato. De hecho, una de las maneras para proteger el vínculo y el equilibrio de las posiciones de las partes contratantes se refleja por medio de la exigencia al demandante de colocarse en cumplimiento si quiere solicitar lo propio a su contraparte y el otorgamiento de instrumentos procesales al demandado para rechazar comportamientos contrarios a la buena fe en la exigibilidad de las prestaciones.

Una última cuestión. Se afirmaba que el incumplimiento de una de las obligaciones del contrato sinalagmático y la correspondiente tutela de la excepción de incumplimiento conllevan que el contrato sea ejecutado en un momento

---

701 F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., 692.

702 Como sí lo piensan C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 103 y ss., y F. REALMONTE, "Eccezione di inadempimento", cit., 235.

703 Artículo 1546 Código Civil colombiano: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". Interesante la disposición de remedios propuestos al acreedor en caso de incumplimiento en la reforma del Código Civil francés en el artículo 1217: "La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut: refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation; solliciter une réduction du prix; provoquer la résolution du contrat; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter". Sobre el particular, se remite a G. CHATEMPIE y M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit., 525-529.

posterior del que resulta del contenido contractual. De hecho, la suspensión del deber de cumplimiento de una de las partes provoca, necesariamente, una misma prórroga para el cumplimiento de la contraprestación<sup>704</sup>. Dicha suspensión del contrato a causa de la excepción de incumplimiento se termina cuando la parte a quien le es opuesta la *exceptio* ejecuta las prestaciones a su cargo u ofrece el cumplimiento. Ahora, en el caso de un contrato de compraventa, se pregunta ¿qué sucede con los intereses y los frutos ocasionados en el momento de suspensión del contrato? Y ¿qué sucede con los gastos generados, por ejemplo, por la custodia de los bienes soportados por el *excipiens*?

Respecto al primer interrogante, se ha sostenido que, con base en el artículo 1499 del Codice Civile<sup>705</sup>, las partes están obligadas a entregar los frutos o intereses, según sea el caso, de acuerdo con un criterio de paridad del tratamiento. El artículo prevé que, si la cosa vendida y entregada al comprador produce frutos, se causan intereses compensatorios respecto al precio, aunque este aún no sea exigible, por lo tanto, si el *excipiens* vendedor le corresponde entregar la cosa retenida con los frutos, el comprador debe entregar el precio más los intereses compensatorios; en el mismo sentido, el *excipiens* comprador estaría obligado a pagar el precio con tales intereses, cuando la cosa entregada por el vendedor produzca frutos<sup>706</sup>. Esta tesis podría ser objetada. El supuesto de hecho de la norma tiene un fundamento diferente: es una medida de equidad que busca compensar al vendedor por la ventaja unilateral que el comprador obtiene por la dilación del pago y por el disfrute de una cosa productiva de frutos ya recibida, no es un remedio contra el incumplimiento<sup>707</sup>; por lo tanto, el problema del retardo del pago del precio o de la falta de entrega del bien no se

704 G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 117.

705 Artículo 1499 Codice Civile: “salvo diversa pattuizione, qualora la cosa venduta e consegnata al compratore produca frutti o altri proventi, decorrono gli interessi sul prezzo, anche se questo non è ancora esigibile”.

706 Cfr. U. CARNEVALI, “Le eccezione dilatorie”, cit., 254.

707 Se remite a la posición de C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, en *Trattato di diritto civile*, fondato da F. Vasalli, v. VII, t. I, 1993, 573-575. En efecto, el supuesto de hecho no hace referencia a un retardo del pago, sino a un plazo para hacerlo. El autor demuestra que la norma del artículo 1499 parece ser superada debido a la experiencia: “la dilazione del pagamento del prezzo si accompagna costantemente ad un aggravio della posizione del compratore o, senz'altro, sotto forma di interessi convenzionali o altrimenti sotto forma di un prezzo più elevato o anche sotto forma della mancanza concessione di un'usuale riduzione di prezzo. Se la dilazione del prezzo è stabilita senza tali aggravii ciò è

circunscribe al ámbito de los intereses compensatorios y de frutos producidos según la naturaleza del bien, sino al tema de la responsabilidad contractual.

Además, la anterior tesis no podría ser adoptada para el ordenamiento jurídico colombiano pues desconoce el efecto dilatorio-suspensivo propio de la excepción de incumplimiento y lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1872 del Código Civil colombiano<sup>708</sup>. No se puede olvidar que la *exceptio non adimpleti contractus* legitima el no cumplimiento del *excipiens* y por ende no resulta posible otorgarle carácter de antijurídico a dicha falta de cumplimiento<sup>709</sup>; de esta manera, el excepcionante no debe asumir las consecuencias propias de un incumplimiento, como sí lo debería asumir quien incumple, es decir, el *excipiens* queda eximido de entregar intereses moratorios mientras suspendió el pago del precio o de resarcir los frutos no recibidos durante la retención de la cosa objeto de compra. Por otra parte, el efecto natural de la excepción es la suspensión de las obligaciones a cargo de la parte afectada por el incumplimiento, lo cual comporta, en el caso de la compraventa, dar el precio o entregar la cosa en un momento posterior al pactado y como consecuencia privar a la parte incumplida de los beneficios de la tenencia o titularidad del bien intercambiado<sup>710</sup>. En efecto, el inciso 2 del artículo 1872 del Código Civil colombiano dispone que los frutos, tanto civiles como naturales, pertenecen al comprador, salvo que se haya estipulado un plazo o condición para la entrega, lo cual comporta que los frutos pertenecerán al vendedor hasta el momento

---

comunemente inteso nel senso di un'agevolazione accordata dal venditore, e cioè come una ragione di convenienza dell'affari”.

- 708 Artículo 1872 Código Civil colombiano: “Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición; pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición”.
- 709 F. REALMONTE, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 235, y G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 103. En el caso de la compraventa, como resalta G. AFFERNI, “Vendita di beni gravata da garanzie reali o altri vincoli”, en *Vendita e vendite*, en *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, Milán, 2014, 236, el rechazo del comprador a pagar el precio no es un incumplimiento, aunque el término fijado para el pago sea vencido.
- 710 Sobre la función del intercambio entre la transferencia de los bienes y el precio recibido por ellos, *cfr.* C. M. BIANCA, “La vendita e la permuta”, cit., 27 y ss. Recientemente, *cfr.* P. SIRENA, “La nozione della vendita: causa e oggetto”, en *Vendita e vendite*, en *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, Milán, 2014, 5-10.

del plazo o la condición. La excepción de incumplimiento tiene como efecto suspender la obligación de entregar, por lo que el comprador no podrá obtener los frutos que se produzcan mientras el contrato está suspendido por su incumplimiento y el vendedor no estará obligado a restituirlos. Por analogía, la norma debe también aplicarse en el caso que sea el comprador quien excepcione; así, los intereses compensatorios que se puedan causar por el precio pertenecerán al comprador y no deberán ser pagados con el precio al vendedor.

Ahora, la segunda cuestión debe ser respondida con base en la siguiente premisa: la potestad de incumplir del *excipiens* no incluye la posibilidad de incumplir definitivamente el contrato, pues tal ejercicio sería contrario a la función misma de la excepción de incumplimiento. Por lo anterior, el *excipiens* puede rehusarse a entregar la cosa, pero no está relevado de las obligaciones de custodia del bien, aunque el régimen de responsabilidad sea menor<sup>711</sup>. Por lo tanto, quien opone la excepción no está obligado a responder por los gastos asumidos respecto a la custodia realizada en el tiempo en el cual la contraparte ha incumplido con sus obligaciones, por lo que serán a cargo de esta última.

---

711 En efecto, como prevé el artículo 1883 del Código Civil colombiano: “Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave”.

CAPÍTULO II

*De las condiciones de ejercicio de la  
excepción de incumplimiento*





SUMARIO: 2.1 Los presupuestos aplicativos de la excepción. 2.1.1 El carácter sinalagmático del vínculo constituye el campo de aplicación de la excepción de incumplimiento. 2.1.1.1 La unidad del vínculo contractual permite considerar que el incumplimiento de las obligaciones llamadas secundarias o accesorias legitima el ejercicio de la excepción de incumplimiento. 2.1.1.2 La excepción de incumplimiento es aplicable a los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos. 2.1.2 El momento del cumplimiento de las obligaciones de las partes contratantes: el orden cronológico de ejecución de las prestaciones determina la procedibilidad del ejercicio de la excepción de incumplimiento. 2.1.2.1 Si el cumplimiento de las prestaciones en el contrato sinalagmático es simultáneo, ambas partes pueden alegar la excepción de incumplimiento. 2.1.2.2 Si el cumplimiento de las obligaciones no es simultáneo, la excepción no puede ser invocada, en principio, por quien es beneficiario del término para el cumplimiento de sus obligaciones. 2.1.2.3 Si el contrato es de ejecución periódica o continuada, la excepción de incumplimiento, en principio, solo puede ser alegada respecto de las prestaciones incumplidas. 2.1.3 El incumplimiento de la contraparte legitima el ejercicio de la excepción de incumplimiento: supuestos de hecho. 2.1.3.1 Un incumplimiento no definitivo y no necesariamente imputable de la contraparte constituye un presupuesto para el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*. 2.1.3.2 No estar presto al cumplimiento o no ofrecer el pago se asimila a un incumplimiento que da lugar al ejercicio de la excepción de incumplimiento. 2.1.3.3 El cumplimiento inexacto es a todos los efectos un incumplimiento que da lugar a oponer la excepción de incumplimiento, la *exceptio non rite adimpleti contractus*. 2.1.3.4 El incumplimiento definitivo no legitima el ejercicio de la excepción de incumplimiento. 2.1.4. Los presupuestos de ejercicio de la excepción garantizan la correcta proposición de la excepción de incumplimiento y el cumplimiento de la función para la cual fue diseñada.

## 2.1 LOS PRESUPUESTOS APLICATIVOS DE LA EXCEPCIÓN

La figura de la excepción de incumplimiento puede ser opuesta siempre que cumpla con unos requisitos de aplicación: (i) el primero de ellos, que descende de la misma naturaleza de remedio sinalagmático, es la aplicación a contratos de carácter sinalagmáticos; (ii) el segundo corresponde a que las prestaciones recíprocas e interdependientes del contrato sinalagmático deban ser exigibles simultáneamente; (iii) el tipo de incumplimiento presente en la relación sinalagmática disfuncional que legitima la tutela sinalagmática.

## 2. I. I EL CARÁCTER SINALAGMÁTICO DEL VÍNCULO CONSTITUYE EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Sobre el ejercicio de la excepción de incumplimiento, el primer elemento a considerar es el campo de aplicación y los límites dentro de los cuales el remedio encontraría su correcto empleo, con el fin de determinar a qué tipo de relaciones negociales es posible aplicarla.

Ya desde el derecho antiguo, como se pudo evidenciar en la primera parte del presente trabajo, la excepción de incumplimiento tenía delimitado su campo de aplicación en lo que ha sido denominado el *synallagma* del contrato<sup>712</sup>. Labeón identificó que el elemento característico del contrato consensual era su bilateralidad objetiva o el carácter sinalagmático, el cual estaba representado por la reciprocidad de las prestaciones producida por la manifestación de la voluntad de las partes<sup>713</sup>. Luego Aristón identificó el carácter sinalagmático del contrato con el intercambio de las prestaciones; en ese sentido, el elemento consensual del contrato requería de un elemento adicional: la ejecución de la prestación por alguna de las partes<sup>714</sup>. De tales conceptos, emergen dos co-

712 Las diferentes figuras que tutelaban los contratos bilaterales se estudian respecto a su operatividad en el *synallagma*. Este último puede distinguirse entre el sinalagma condicional, el cual enlaza entre sí la existencia de dos obligaciones de un contrato, en el sentido que la extinción no satisficente de una conlleva la extinción de la otra, y el sinalagma funcional –en sentido estricto– consistente en la posibilidad de accionar por la ejecución de la obligación de la contraparte, mientras haya cumplido su prestación o al menos ofrezca contextualmente su cumplimiento, so pena del rechazo de su acción. Ambos tipos de sinalagma serían considerados los componentes del *synallagma* funcional en sentido amplio, el cual une las obligaciones del contrato en el desarrollo de la relación negocial. *Cfr.* M. TALAMANCA, “Lex’ ed ‘interpretatio”, cit., 354, n. 2; L. VACCA, “Buona fede e sinallagma contrattuale”, cit., n. 3.

713 D. 50, 16. 19 –*Ulp. 11 ad edictum*–. *Cfr.* F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, cit., 90 y ss. En sentido crítico, C. A. CANNATA, “Labeone e il contratto”, cit., 91 y ss.

714 D. 2. 14. 7. 2 –*Ulp. 4 ad edictum*–. *Cfr.* G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., 48 y ss.; F. GALLO, “Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni”, cit., 67 y ss. También revisar la perspectiva de C. A. CANNATA, “Contratto e causa nel diritto romano”, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Turín, 1997, 35 y ss.

lumnas que constituyen la esencia del *synallagma* mismo en los negocios de buena fe: la reciprocidad de las obligaciones operante en el derecho romano con arreglo a los principios preexistentes y la proporcionalidad o equilibrio de las prestaciones que de tales negocios emanan<sup>715</sup>.

En algunos códigos en los cuales se consagra expresamente la excepción de incumplimiento se define con precisión su ámbito de aplicación, ya que establecen taxativamente que es un remedio ejercido por los contratantes de un contrato bilateral; la consideran como una figura que hace parte de la naturaleza de ese tipo de contratos en cuanto garantiza la ejecución simultánea de las prestaciones de las partes. Los ejemplos más relevantes son el § 320 BGB<sup>716</sup>, el artículo 1201 del anterior Código Civil argentino<sup>717</sup> y el artículo 1031 del vigente Código Civil y Comercial de la Nación Argentina<sup>718</sup>, el artículo 476 del Novo Código Civil de Brasil<sup>719</sup>. La misma orientación se evidencia en los instrumentos de armonización y unificación del derecho; por ejemplo, el

---

715 M. L. NEMEVILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., 207. Adicionalmente, C. A. CANNATA, “Labeone, Aristone e il sinallagma”, cit., 58 y ss.

716 BGB § 320: “Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung. Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde”.

717 Artículo 1201 del anterior Código Civil argentino: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofrecerse a cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

718 Artículo 1031 del Código Civil de Argentina: “Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación”.

719 Artículo 476 *Novo Código Civil* de Brasil: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

artículo 48 del Código ítalo-francés de 1927<sup>[720]</sup> y el Draft Common Frame of Reference en el III-3:304<sup>[721]</sup>.

Caso especial se evidencia en la codificación italiana, pues en el artículo 1460 se prevé que el remedio puede ser ejercido por los contratantes de contratos con *prestazioni corrispettive*<sup>722</sup>. Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia han determinado o, mejor, han debatido sobre el alcance de dicho espectro aplicativo, pues el código no contiene una norma que lo clarifique<sup>723</sup>:

720 Artículo 48 del Código ítalo-francés de 1927: “Nei contratti bilaterali ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di eseguire l’obbligazione, se l’altro non eseguisce la propria, eccetto che siano stati stabiliti termini diversi per l’esecuzione delle due obbligazioni. Tuttavia non può rifiutarsi l’esecuzione, se, per le circostanze del caso e per la scarsa importanza della prestazione non eseguita, il rifiuto sia contrario a la buona fede”. El texto en francés es “Dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant peut refuser d’exécuter son obligation si n’autre exécute pas la sienne, à moins qu’il n’ait été fixé des dates différentes pour l’exécutions des deux obligations. Toutefois, l’exécution ne peut être refusée si, d’après les circonstances et en raison du peu d’importance de la prestation non exécutée, ce refus est contraire à la bonne foi”.

721 III. 3:304: “Right to withhold performance of reciprocal obligation (1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed. (2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor’s performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance. (3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty. (4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances”.

722 Artículo 1460 Codice Civile: “Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi l’esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede”.

723 Sobre el particular, G. PERSICO, *L’eccezione d’inadempimento*, cit., 38, critica la opción del legislador de no consagrar definiciones sobre la tipología contractual. Según el autor, citando las actas del proyecto del Codice Civile, la omisión de la definición del contrato bilateral y unilateral se debe a su falta de utilidad, debido a que esa categoría de contrato fue sustituida por la de contrato con prestaciones correlativas y contratos

se ha querido establecer si tales contratos hacen referencia a aquellos en virtud de los cuales las prestaciones se deducen del mismo vínculo, predestinadas a la realización típica de la función del contrato y a la observancia del reglamento contractual predispuesto por las partes<sup>724</sup>; o, por el contrario, los contratos con ‘prestaciones correlativas’, que incluyen un concepto de interdependencia, son aquellos en los que sus prestaciones, además de tener un mismo vínculo y una misma funcionalidad en cuanto las partes son deudores y acreedores recíprocamente, se integran con otras con el fin de satisfacer los intereses de las partes contratantes<sup>725</sup>. Al final, prevalece la idea que la categoría *prestazione corrispettive* corresponde a un concepto de sinalagma del contrato<sup>726</sup>, el cual nada tiene que ver con la fuente de las prestaciones, sino con su recíproca

---

con obligaciones de una sola parte (en el mismo sentido, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Trattato diritto civile*, diretto da G. Grosso, F. Santoro-Passarelli, Milán, 1980, 222); la definición de contrato oneroso, gratuito y aleatorio tampoco se consagra porque es una categoría eminentemente dogmática y el código consagra fórmulas que expresan una realidad del todo intuitiva. En dichas actas aparece el concepto de contrato con *prestazioni corrispettive*: “aquellos contratos en los cuales se producen, de una parte, efectos patrimoniales que están en contraposición a los efectos patrimoniales producidos en ventaja de la contraparte; tal correlatividad debe significar correlación entre las recíprocas atribuciones, de modo que coloque la una como justificación o como fin de la otra”.

724 Cfr. F. MESSINEO, *Contratto*, Milán, 1961, 129 y ss.; A. DALMARTELLO, “Eccezione di inadempimento”, cit., 354 y ss.

725 Sobre esta vertiente se pueden vislumbrar dos ramos: cuando se integran al vínculo contractual todas aquellas prestaciones que directamente están dirigidas a la realización del programa contractual, excluyendo aquellas que surgen en el curso de la ejecución del contrato y que encuentran fuente no solo en el contrato sino en supuestos de hecho diferentes, como lo son por ejemplo las obligaciones resarcitorias. Cfr. F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 225 y ss.; o cuando se integran al vínculo contractual, y por lo tanto susceptibles de aplicación de la excepción, todas las prestaciones que sean parte del patrimonio de la relación contractual, sin importar su fuente o que se trate de obligaciones a cargo de una de las partes. E. RESTA, “Eccezione di inadempimento e autotutela”, en *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1971, 261 y ss., en particular 285. En los términos del profesor A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 29, la primera correspondería a una *corrispettività* perfecta; la segunda, a una *corrispettività* imperfecta.

726 L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 8; F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 135: “Ma oggi, il contratto sinallagmatico ha il suo equivalente nel contratto con prestazioni corrispettive. Ciò conferma che il contratto con prestazioni corrispettive è la versione moderna, ulteriormente svolta, del contratto bilaterale”.

conexión y el rol que revisten en el cuadro de la operación económica que las partes quieren realizar<sup>727</sup>.

En el derecho francés, antes de la reforma, la doctrina ha entendido que la excepción era un típico remedio aplicable a los contratos sinalagmáticos<sup>728</sup>, los cuales estaban definidos por el artículo 1102 del Code Civil como aquellos en los que “*les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres*”<sup>729</sup>. De hecho, las referencias a la excepción figuraban en la reglamentación especial de contratos sinalagmáticos como la venta (arts. 1612, 1651 y 1653), la permuta (art. 1704) y el depósito oneroso (art. 1948). Los proyectos de reforma (Catala, Terré y de la Chancellerie de 2003) proponían consagrar la excepción, especificando el campo de aplicación a los contratos sinalagmáticos; sin embargo, no fue la opción tomada por el último proyecto de reforma y el adoptado finalmente por el legislador en el artículo 1219<sup>[730]</sup>, quizás para evitar que la excepción sea limitada a contratos bilaterales y, por ende, no sea aplicada, por ejemplo, con relación a prestaciones interdependientes con diferente fuente contractual o que nacen del proceso de integración del contrato<sup>731</sup>.

727 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 29.

728 Ver para todos: R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 445; J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 3 y ss.; C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 245 y ss.

729 Tener en cuenta que para POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, cit., n.º 9, los términos bilateralidad y sinalagmaticidad son sinónimos. Sobre la noción de contrato sinalagmático en la doctrina francesa, consultar: A. SERIAUX, “La notion de contrat synallagmatique”, en *Études offertes à J. Ghestin. Le contrat au début du XXI siècle*, París, 2001, 777 y ss.

730 G. CHANTEPIE y M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit., 542.

731 Como se evidencia en la sentencia de Cour Cassation, *Chambre commerciale*, de 12 de julio de 2005, n.º 03-12-507, en la que se corrige la decisión de la Corte de París la cual afirmaba que la excepción de incumplimiento solo podría ser opuesta a obligaciones incumplidas nacidas de un mismo contrato: “Mais attendu qu’abstraction faite du motif erroné pris de ce que l’exception d’inexécution ne peut être opposée que pour des obligations nées d’un même contrat, alors que l’inexécution d’une convention peut être justifiée, si le cocontractant n’a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle, même découlant d’une convention distincte, dès lors que l’exécution de cette dernière est liée à celle de la première, la cour d’appel a exactement caractérisé l’absence d’un lien de cette nature entre les obligations résultant du contrat de franchise, d’une part, et celles découlant des ventes conclues entre les parties à ce contrat, d’autre part, en relevant que l’obligation de payer le prix d’une marchandise n’est pas la contrepartie de la bonne exécution du contrat de franchise, mais seulement celle de la délivrance d’une

Con base en este panorama, se puede afirmar que la excepción de incumplimiento encuentra su campo de aplicación en aquellos contratos caracterizados por tener un vínculo sinalagmático. Ahora, ¿cuál sería el contenido de dicha categoría contractual?

El concepto de contrato sinalagmático comporta dos elementos centrales: de una parte, el nexo de ‘interdependencia’ entre las prestaciones; de otra, ‘la correlatividad’ y la reciprocidad de ellas<sup>732</sup>. El primer elemento hace referencia a la necesidad de determinar un nexo entre las prestaciones presentes en la relación negocial, las cuales pueden ser aquellas prestaciones surgidas por una misma fuente y que tienen el carácter principal debido a que su cumplimiento consigue los objetivos queridos por las partes, como las prestaciones que, a pesar de que constituyan una cierta autonomía y relevancia respecto a la relación negocial, surgen para integrar la relación contractual y garantizar los resultados útiles recíprocos<sup>733</sup>. El segundo elemento está determinado por

---

chose conforme à la commande en exécution du contrat de vente; que le moyen n'est pas fondé”.

732 Para una parte de la doctrina, los conceptos de correlatividad e interdependencia se confunden; véase: F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 130: “nel contratto con prestazioni corrispettive, si stabilisce, fra le due prestazioni (e fra le due obbligazioni), un nesso speciale, che è detto di corrispettività, e che consiste nell’interdipendenza (o causalità reciproca) fra esse”. Por su parte, L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell’autotutela privata*, II, cit., 20, no obstante que afirma la centralidad del concepto de interdependencia de las prestaciones, considera que la contraposición entre interdependencia y correlatividad es superflua si se entiende que el vínculo es único. Con otra perspectiva, A. SERIAUX, “La notion de contrat synallagmatique”, cit., 779 y ss., destaca unas características objetivas para identificar una relación sinalagmática: la presencia de dos prestaciones distintas, pero correlativas; que además se caractericen por la reciprocidad en cuanto se deben entre ellas y se justifican en la misma causa; y que cada una depende de la otra mediante una fuerte conexión: ‘do ut des’, ‘do ut facias’, ‘facio ut facias’. También se dice de la determinación de un contrato sinalagmático –R. CASSIN, *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 445– que sus obligaciones sean “rattachées l’une à l’autre par un lien de connexité intellectuel, juridique, naturel ou voulu spécialement par la loi ou par les parties”. Así mismo, C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 246 y ss., quien da un valor especial a la voluntad de las partes y a la ley en la determinación de la sinalagmaticidad del contrato, para convertir un contrato unilateral en bilateral, basados en la libertad contractual. Igualmente serían determinantes la reciprocidad y la correlatividad de origen económico.

733 L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell’autotutela privata*, II, cit., 21. Análogamente, en el derecho francés una interesante tesis reconstructiva sobre la interdependencia del

la relación de intercambio entre dos atribuciones –patrimoniales o no– ligadas por un vínculo de causalidad jurídica, las cuales buscan reciprocidad entre los resultados que las partes pretenden conseguir a través del contrato. Consiste entonces en una operación que conlleva una doble transferencia de bienes o servicios realizada mediante un único instrumento negocial. Este elemento, basado en la autonomía negocial de las partes, busca que la atribución de una de las partes encuentre correspondencia a cargo de la otra<sup>734</sup>.

---

contrato, ver: S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle*, París, 2007, *passim*. En ella se afirma que el ‘fenómeno de *imbrication* de las relaciones contractuales’ no puede ser prisionero de las teorías de indivisibilidad del contrato, de conexidad, de causa, de condición, de contrato principal y accesorio o de acto jurídico conjunto, pues su naturaleza jurídica es más compleja. Para el autor, la *imbrication des relations contractuelles* corresponde a la combinación del conjunto de contratos necesarios para la realización de una operación global, es un fenómeno donde la realidad económica y social no puede ser olvidada. Propone que debería utilizarse mejor la expresión *interdépendance*, la cual está determinada por dos elementos: (i) la dependencia recíproca que implica que el todo depende de cada una de sus partes y que, recíprocamente, cada parte depende del todo. A escala global se necesita la presencia de cada uno de sus elementos constitutivos para realizar la operación, y a escala particular se necesita del todo para encontrar la razón de ser. (ii) La causa como un criterio central de interdependencia, pero entendida con el paradigma de la economía general de la operación que el contrato permite realizar y que refleja el proyecto contractual de las partes. En fin, define la interdependencia como “la caractéristique d’un ensemble de contrats dont l’imbrication des prestations donne naissance à l’opération globale voulue par les parties, de telle sorte que l’opération globale ne peut pas se réaliser si un seul des contrats fait défaut et que, réciproquement, chaque contra perd sa raison d’être en cas d’échec de l’opération globale”. Contrariamente, J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 8., afirma que la interdependencia de las obligaciones recíprocas supone esencialmente que son obligaciones nacidas de un mismo contrato.

734 G. SCALFI, “Osservazione sui contratti a prestazioni corrispettive”, *Rivista di diritto commerciale*, 1958, I, 458 y ss., en particular 481; *id.*, *Corresponsività e alea nei contratti*, Milán, 1960, 57; A. PINO, *Il contratto con prestazione corrispettive*, Padua, 1963, 159; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 488 y ss.

Se piensa que sobre este elemento de la sinalagmaticidad encontraríamos el equilibrio de la relación negocial, pues se haría referencia a la conformación del patrimonio de las partes, las cuales serían autoras y destinatarias recíprocamente de una atribución patrimonial; se expresa una valoración de equilibrio que se infiere de la aparición de una correlativa ventaja o sacrificio de las partes en atención a lo establecido en el reglamento contractual, el cual sirve de causa de la atribución misma.



La configuración de este tipo de contratos con base en estos dos elementos debe analizarse en la parte constitutiva del contrato –sinalagma genético<sup>735</sup>– y debe perdurar sucesivamente hasta que la eficacia del contrato haya sido concluida<sup>736</sup> –sinalagma funcional<sup>737</sup>–. La sinalagmaticidad no se agota en el momento de la celebración del contrato, sino que se predica igualmente en todo el *iter* contractual<sup>738</sup>. Ambos elementos no pueden ser considerados como opuestos; por el contrario, deben ser entendidos como columnas centrales del concepto de sinalagmaticidad<sup>739</sup>, pues colaboran en la construcción de la unidad del vínculo por medio de todas las prestaciones a cargo de una y otra parte, tanto las que fueron establecidas en el momento del acuerdo como las que se configuran en el proceso de ejecución del contrato.

En especial, la conjugación de estos dos elementos en la etapa de actuación de la relación negocial –el sinalagma funcional– comporta entender la manera como se ejecutan correctamente las prestaciones y se realiza la operación económica contenida en el contrato<sup>740</sup>, pues a las partes no se les exige

---

735 G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., 110; este tipo de sinalagma, como lo explica el autor, significa relación de dependencia, y es esa relación de dependencia de las dos obligaciones que determina inmediatamente que las partes del contrato bilateral logren *in idem placitum consensus* (consenso pacífico sobre el mismo punto), de modo que, si una obligación no nace, no quiere decir que no surja la otra obligación, sino que de hecho no nace la fuente de la relación, esto es, el contrato. Por lo tanto, para conformar el sinalagma genético es necesaria y suficiente en la formación del contrato la existencia de las obligaciones recíprocas.

736 R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 223.

737 G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., 122.

738 *Cfr.* F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 375, quien permite deducir que en el sinalagma genético el contrato establece interdependencia de las prestaciones en el momento de la formación del contrato; en cambio, el sinalagma funcional establece la interdependencia de tales prestaciones en la duración del contrato, en la fase del cumplimiento. Sobre la diferencia entre ambos conceptos y sus consecuencias, se puede consultar F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milán, 1999, 357 y ss.

739 En un sentido análogo, F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 222 y ss., para cualificar la sinalagmaticidad del contrato –con el fin de darle un mayor espacio de aplicación a la excepción de incumplimiento–, contrapone los conceptos de correlatividad e interdependencia: el primero haría referencia a los resultados queridos por las partes; el segundo, por su parte, correspondería a los efectos jurídicos directa o indirectamente dirigidos a la realización de los resultados correlativos.

740 S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle*, cit., 226 y ss.

únicamente ejecutar la simple prestación en sí objetivamente considerada, sino que se les requiere la ejecución de un conjunto de comportamientos adicionales y ulteriores que ayudan a componer y dirigir la prestación hacia la satisfacción de la contraparte y el cumplimiento de la función del negocio; es una concepción de la ejecución de la prestación que va más allá del simple interés de la parte por liberarse del contrato<sup>741</sup>. En efecto, un vínculo que tenga plena consideración de sus prestaciones permite una mayor extensión de la aplicación de la excepción de incumplimiento<sup>742</sup> y conduce a considerarla como una tutela suficientemente dúctil que se amolde a los distintos tipos negociales y a las complejidades del comercio. Es decir, tal conceptualización

---

741 Desde los juristas romanos se entendía el vínculo en su dimensión unitaria, por medio de la expresión *quidquid dare facere oportet ex fide bona* [dar o hacer todo aquello que (en virtud de la relación jurídica causal mencionada en la *demonstratio*) convenga a la buena fe]. La referencia a la *bona fides* permitía captar jurídicamente el carácter bilateral de cualquier relación obligatoria, teniendo en cuenta la consideración de la interdependencia de las obligaciones a cargo de las partes, las cuales eran establecidas por un esquema que incluía en principio las de las formas típicas (*emptio venditio, locatio conductio, mandatum, societas*), luego todas las situaciones de la vida de relación en las que se reclamaba a la buena fe como criterio normativo. En efecto, la valoración del *oportere* se hace aplicando las reglas que derivan de la buena fe con relación al caso concreto, de tal modo que el contenido y los efectos del contrato no dependen solo de las declaraciones de las partes, sino de la naturaleza del negocio en su integralidad. Sobre el particular, se remite a P. D. SENN, “Buona fede nel diritto romano”, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Turín, 1988, 132 y ss.; R. CARDILLI, *Bona fides tra storia e sistema*, cit., 49 y ss.; *id.*, “Considerazione ‘storico-dogmatiche sul legame tra contratto e obbligazione’”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Nápoles, 2006, 1 y ss.; J. H. FACCO, “Oportere ex fide bona. Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, Universidad Externado de Colombia, 2013, 17 y ss. En el derecho moderno llama la atención la afirmación de L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 21: “El contenido de la obligación se determina en varios sentidos y en varias direcciones en consideración a la particular naturaleza de la única prestación a la cual el sujeto está obligado”.

742 *Cfr.* F. ADDIS, “Le eccezione dilatorie”, cit., 442-443, quien es favorable a superar la individualidad jurídica del singular título negocial de manera que se pueda incluir los resultados económicos programados en atención a los intereses de las partes; de este modo, la apreciación de fondo de la dinámica ejecutiva concreta del contrato podrá justificar la aplicación de la *exceptio* cuando las prestaciones, a pesar de una operación económica unitaria, resultan de una conexión de contratos formalmente diferentes o que asumen una función dentro del contenido negocial —vía correctiva o integrativa tramite la buena fe— que permite el equilibrio de las posiciones de las partes.

sobre la sinalagmaticidad del contrato permite considerar que tanto los mal llamados contratos bilaterales imperfectos y las mal llamadas obligaciones secundarias o instrumentales sean igualmente campo de aplicación de la excepción de incumplimiento.

2. I. I. I LA UNIDAD DEL VÍNCULO CONTRACTUAL  
PERMITE CONSIDERAR QUE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS  
OBLIGACIONES LLAMADAS SECUNDARIAS O ACCESORIAS  
LEGITIMA EL EJERCICIO DE LA  
EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La doctrina ha querido establecer, cuando se quiere determinar el contenido de la relación negocial con base en el principio de buena fe, que existe un grupo de obligaciones o deberes complementarios imputables en abstracto a las partes de la relación, como lo serían los deberes de información, diligencia, lealtad, cooperación, etc.<sup>743</sup>. Igualmente, existen obligaciones que hacen parte de la misma naturaleza del contrato, pero que en cierta medida no son categorizadas como principales o como de la esencia misma del contrato<sup>744</sup>. En efecto, la buena fe tiene la competencia de lograr que el contrato sea idóneo

---

743 De la vasta literatura, se cita sobre esta perspectiva de la complejidad de la relación obligatoria: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, 93 y ss.; F. BENATTI, “Osservazioni in tema di doveri di protezione”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, 1342; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 112 y ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, Roma y Bolonia, 1988, 88 y ss.; C. M. BIANCA, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, cit., 207 y ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padua, 1999, 80 y ss.; C. A. CANNATA, “Le obbligazioni in generale”, en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Turín, 1999, 42 y ss.; P. M. VECCHI, “Buona fede e relazioni successive all’esecuzione del rapporto obbligatorio”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padua, 2003, 352 y ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezioni*, Padua, 2007, 14 y ss. Contrariamente, para todos: U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 26 y ss.

744 A. D’ANGELO, *Contratto e operazione economica*, cit., 262. Con relación a la *exceptio*, cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 11; F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 224: “oltre agli effetti destinati a soddisfare gli interessi che caratterizzano quel determinato tipo di contratto, ne derivano altri, voluti dalle parte o disposti dalla legge come naturalia negotii, che , per essere strumentali o accessori

para funcionar, por una parte, produciendo las obligaciones y deberes que, a pesar de no haber sido incluidos en el contrato por las partes, son necesarias para la satisfacción de los intereses económicos del contrato; por otra parte, integrándolos al contenido negocial de manera que se impida su exclusión o frustración mediante el mal funcionamiento del contrato<sup>745</sup>. Este tipo de deberes y obligaciones pasan a ser parte fundamental, común, del contenido del vínculo, cuyo alcance se singulariza en la fase de ejecución del contrato en consideración al caso concreto y a las posiciones del deudor y el acreedor<sup>746</sup>.

La dimensión unitaria del vínculo estimada en el momento de la actuación de la relación negocial—en su momento dinámico— comporta valorar todas las obligaciones que persiguen el resultado querido recíprocamente por las partes. Así, las llamadas obligaciones accesorias o instrumentales no son de segunda categoría, pues como tales conforman el vínculo, sus efectos son de gran importancia, que repercuten de manera directa y substancial en la función de la operación económica del negocio, su ejecución acompaña necesariamente al cumplimiento del contrato y a la satisfacción de los intereses de las partes<sup>747</sup>. No son obligaciones con autonomía de contenido y de objeto en el entendido que son determinados por la naturaleza misma de la relación negocial de la

---

rispetto ai precedenti, appaiono anch'essi preordinati, sia pure soltanto indirettamente, alla realizzazione dei risultati utili reciproci”.

745 G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 98.

746 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 113; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 502. En cambio, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 4-5; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 45 y ss., y L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, 14 y ss., a pesar de que reducen la fuerza integrativa de la buena fe de los deberes secundarios al contrato, por ser valoraciones abstractas de lo que han debido realizar las partes, adicionan un elemento que además se debe valorar: apreciar que el comportamiento de los contratantes en concreto y en atención a las circunstancias particulares haya sido conforme a derecho.

747 R. CARDILLI, “Considerazione ‘storico-dogmatiche sul legame tra contratto e obbligazione’”, cit., 20. En efecto, como afirma G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 95: “tramite la buona fede vengono costituiti degli obblighi contrattuali accessori, ove l'accessorietà è da intendere come strumentalità degli stessi alla realizzazione del programma economico stabilito convenzionalmente”. De hecho, P. M. VECCHI, “L'eccezione d'inadempimento”, cit., 396, considera que las obligaciones de protección entran en la operación sinalagmática.

cual hacen parte<sup>748</sup>. En este orden de ideas, existe una “galaxia de prestaciones que giran alrededor de las obligaciones principales; sin embargo, no por ello cumplen un rol menor o de segunda clase en la óptica de la plena y más completa consecución de los intereses de las partes, puestas como base de las obligaciones contractuales”<sup>749</sup>. A manera de ejemplo, no presenta ninguna dificultad en admitir que el contrato de obra estipulado para la reparación de una cosa contiene la obligación de restituir a cargo de quien presta el servicio de reparación, pues esta última es el momento final de la prestación debida, es decir, de la obligación de reparar<sup>750</sup>; en el mismo sentido, es claro que el deber de informar que recae sobre el vendedor sobre los bienes que entrega, así no esté establecido en un contrato de compraventa, constituye una obligación que acompaña el correcto cumplimiento del contrato<sup>751</sup>; igualmente, la actividad de instalación de un bien con especiales características técnicas no puede ser considerada fuera del esquema típico de la compraventa, pues la obligación de dar del vendedor no se reduce simplemente a la transferencia de la propiedad del bien al adquirente, sino también de colocar el bien en

---

748 P. M. VECCHI, “Buona fede e relazioni successive all’escuzione del rapporto obbligatorio”, cit., 358. Sobre este punto específico se concuerda con U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 13 y ss., 25 y ss., 49 y ss., cuando afirma que la categorización de una obligación accesoria es innecesaria, en particular la de deberes de protección, pues todas hacen parte de la unidad del vínculo contractual. El autor ilustra (p. 18) que en el contrato de transporte de personas la obligación del transportista no termina con la transferencia del viajero de un lugar a otro, pues será responsable de los eventuales daños ocasionados al viajero; por lo tanto, si se dice que las obligaciones del transportista son, de una parte, el transporte de las personas y, por otra, cuidar que el viajero no sufra daños, no quiere decir que sean valoradas de manera diferente y separada: son dos diferentes formas de incumplimiento de la misma obligación, en que su análisis separado no divide la unidad de la prestación.

749 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 30.

750 L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell’autotutela privata*, II, cit., 22, n. 21. De hecho, no aceptar la tesis que las obligaciones de restitución hacen parte integral del vínculo sinalagmático, como lo sostiene F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 224, dejaría privo de tutela al depositante, quien, con base en un contrato de depósito oneroso, se vería obligado a pagar el compenso por una fecha de vencimiento posterior a la fijada para la restitución de la cosa por parte del depositario; o, peor aún, que el depositario no cumpla con la obligación de restitución y aun así pretenda el pago correlativo, y no se le permita al depositante ejercer la *exceptio*.

751 G. M. UDA, *La buona fede nell’escuzione del contratto*, cit., 486.

las condiciones para ser disfrutado según el uso ordinario, las funciones y la destinación, para lo cual fue adquirido<sup>752</sup>.

Por lo anterior, estas obligaciones son consideradas dentro del vínculo contractual y su violación constituye incumplimiento de la parte, lo cual da lugar a la aplicación de los remedios de tutela del contrato<sup>753</sup>, entre ellos, la excepción de incumplimiento<sup>754</sup>. En otras palabras, la excepción de incumplimiento, con base en el concepto unitario de la relación sinalagmática, permite ser opuesta respecto a las obligaciones que, a pesar de no estar singularizadas en el momento de la celebración del contrato, se entienden incluidas dentro del vínculo contractual, debido a su funcionalidad en el caso concreto<sup>755</sup>. No otorgar el ejercicio de la excepción de incumplimiento a la parte que ha sido lesionada debido al incumplimiento de tales obligaciones –de información,

752 A. VENTURELLI, “I rimedi a favore dell’acquirente per la difettosa installazione di un bene di consumo”, *Obbligazioni e contratti*, 2006, 1006–1015.

753 *Cfr.* G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 86, quien confirma que la elaboración de una categoría de obligación que se configure con aquello que haya sido previsto por las normas específicas o por las prestaciones individuadas por el juez con base en el principio de la buena fe, significa, en palabras de la profesora, “una ampliación del ámbito de aplicación de la responsabilidad del deudor”, de modo que una violación de tales obligaciones que se presentan como instrumentales o accesorias a la ejecución del contrato, va también cualificada como incumplimiento y fuente de responsabilidad contractual. Creemos que no es una ampliación, sino una consideración de la integridad del vínculo, que lleva a su respectiva tutela.

754 En el mismo sentido afirma P. M. VECCHI, “Buona fede e relazioni successive all’esecuzione del rapporto obbligatorio”, cit., 361, los deberes que acompañan la prestación principal, son deberes que colaboran en el cumplimiento del contrato, por ello hacen parte del vínculo, “lo cual ha conllevado considerar su violación como un supuesto de hecho de incumplimiento, que legitima al acreedor a recurrir a los relativos remedios, en un primer momento a la resolución por incumplimiento o a la excepción de incumplimiento”. También lo confirma en P. M. VECCHI, “L’eccezione d’inadempimento”, cit., 396: “los deberes de protección entran en la operación sinalagmática, justificando de esa manera que su violación es idónea para fundar una excepción de incumplimiento”. Respecto a la resolución por incumplimiento se afirma la misma tesis: el contrato se puede resolver incluso con el incumplimiento de obligaciones accesorias, *Cfr.* F. BENATTI, “Osservazioni in tema di doveri di protezione”, cit., 1354, n. 31; 1363.

755 La jurisprudencia italiana ha ido más allá al deducir la *exceptio* respecto a obligaciones que no tienen fuente en un único contrato, sino en contratos diferentes, pues entre dichos contratos se presenta una relación de conexión e interdependencia de modo que deben ser considerados en su integridad por la operación económica que envuelven. *Cfr.* L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 13. Sobre la conexidad negocial ver: F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 199 y ss.

lealtad, cooperación, etc.— conllevaría desproteger los intereses de dicha parte, pues se vería obligada a cumplir, renunciando a las ventajas que la correcta y completa ejecución del contrato podría traerle<sup>756</sup>.

Una última reflexión sobre el punto. Respecto a las obligaciones restitutorias que surgen luego del ejercicio de un remedio que ha dado por terminado el contrato por cualquier causa (nulidad, resolución por incumplimiento, etc.), la solución debe ser la de aceptar la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento contra quien solicite la restitución sin contemporáneamente cumplir con su análoga obligación, pues tales obligaciones aún conservan una conexión con el vínculo apenas disuelto entre las partes<sup>757</sup>, y, por lo tanto, la excepción de incumplimiento ofrece a los contratantes un instrumento ágil y económico para contrarrestar el riesgo que se presente en la fase de restituciones, una situación de desequilibrio que fue conjurada por medio del remedio resolutorio, así como colabora a volver al *statu quo*, pues presiona a los contratantes a realizar las restituciones si desean obtener la prestación ejecutada por cada uno<sup>758</sup>.

#### 2.1.1.2 LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ES APLICABLE A LOS LLAMADOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS IMPERFECTOS

La doctrina ha definido los contratos sinalagmáticos imperfectos como aquellos en virtud de los cuales nacen necesariamente obligaciones a cargo de uno

756 G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 486.

757 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 30, quien además sostiene que luego de terminado el contrato surge una relación restitutoria con finalidad extintiva, a la cual se le puede aplicar algunos remedios propios de la relación negocial entre las partes, incluida la excepción de incumplimiento. Análogamente, J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 10 y C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 250: “L’exception est, en effet, justifiée par la communauté contractuelle des restitutions et par la réciprocité logique issue de l’ordre d’exécution des restitutions. [...] l’origine structurelle des restitutions n’est pas accidentelle ou occasionnelle comme dans le cas d’un debitum cum re junctum strictu sensu mais nécessairement contractuelle”. Por su parte, L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 17, afirma que la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* a las obligaciones restitutorias que surgen posterior a la terminación del contrato se hace por vía de una interpretación extensiva. Contrariamente, G. PERSICO, *L’eccezione d’inadempimento*, cit., 68 y ss.; A. PINO, *Il contratto con prestazione corrispettiva*, cit., 148.

758 Cfr. M. DELLACASA, “Gli effetti della risoluzione”, en *Rimedi-2*, v, en *Trattato del Contratto*, diretto da V. Roppo, Milán, 2006, 393 y ss.

de los contratantes, y solo eventualmente y por particulares circunstancias pueden surgir obligaciones a cargo de la otra parte; tales obligaciones no se conectan por un nexo de interdependencia porque nacen en momentos diferentes y con base en razones diferentes a la celebración del contrato<sup>759</sup>. Dejando de lado la crítica sobre la denominación de los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos<sup>760</sup>, una parte de la doctrina ha negado la aplicación de remedios sinalagmáticos a este tipo de contratos (mutuo, depósito, comodato y mandato)<sup>761</sup> por cuanto falta la interdependencia entre las prestaciones,

---

759 Cfr. F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 135.

760 Sobre la impropiedad de llamarlos así: G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 55, explica que tal categoría es una invención de los comentaristas y del todo extraña al concepto romano de contrato y de la tipología de contrato adoptada por el código civil italiano; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 224, sostiene que entre los contratos con prestaciones correlativas y los que producen prestaciones a cargo de una sola parte, no puede concebirse una vía intermedia, pues los contratos deben reconducirse hacia una u otra categoría, pone como ejemplo el contrato de *mutuo fruttifero*, al cual la doctrina la ha negado su carácter sinalagmático, olvidando que el intercambio se presenta entre el préstamo y los intereses y no en el momento de la celebración del contrato. También, M.L. NEME VILLARREAL, "Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos", cit., 418 y 441, donde sostiene que la reciprocidad de los contratos unilaterales (de los sinalagmáticos perfectos igualmente) no surge de la autonomía negocial de las partes o de un hecho aislado diferente al vínculo, es un producto de la integración del contenido del contrato, la cual tiene lugar por virtud de su poder integrador que actúa por vía de la buena fe. Es la buena fe causa y fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles a ambas partes, según el caso concreto, aún en contratos como el mutuo, el comodato, el mandato, depósito gratuito o la prenda, en los que las obligaciones que integran el contrato asumen el carácter de sustanciales, interdependientes y directamente relacionadas con la prestación principal. Además, sostiene que el carácter gratuito no elimina la sinalagmaticidad del contrato, pues la correlatividad de las prestaciones no depende de la compensación de una ventaja económica, solo que cada prestación encuentre un correlativo, por ejemplo, en el comodato una parte usa el bien, la contraparte obtiene una satisfacción personal por ofrecerla, incluso obtiene beneficios en términos de reputación o buen nombre en el comercio, posicionamiento de la marca, etc. En fin, para la profesora tales contratos se encuadran en la categoría de sinalagmáticos.

761 Se precisa que cuando se hace referencia a los contratos de mutuo, mandato y depósito con carácter retributivo, los cuales se refieren a *fattispecie* diferentes, pues las prestaciones principales que nacen de tales contratos son recíprocas, tienen un único origen y están ligados a un vínculo de correlatividad. Por ejemplo, en el contrato de mandato, como se evidencia en la doctrina italiana—ver para todos C. SANTAGATA, *Del mandato. Delle obbligazione del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, en *Commentario del codice ci-*



en particular, entre las que nacen en el momento del acuerdo y las que surgen con ocasión de la ejecución del contrato<sup>762</sup>.

La forma como se concibe la interdependencia de las prestaciones en este tipo de contratos debe ser corregida, para lo cual nos preguntamos: ¿cómo se integran y se consideran interdependientes las obligaciones que se dice son el resultado de comportamientos asumidos en el curso de la ejecución del contrato —o el surgimiento de obligaciones debido a hechos capaces de alterar el contenido predispuesto por las partes— con las obligaciones que se afirma surgen solo en la celebración del contrato, de forma que puedan justificar el ejercicio de la excepción de incumplimiento? Partimos de la premisa que las obligaciones que son el resultado de comportamientos asumidos en el curso de la ejecución del contrato nacen desde la celebración del contrato *ab initio*, se integran por virtud de las exigencias de lealtad, de información, de cumplimiento funcional del contrato, de protección a la contraparte. No

---

*vile*, Scialoja-Branca, Roma-Bolonia, 1998, 5—, no se duda del nexo de interdependencia entre el encargo del mandatario y el compenso al que está obligado el mandante por dicho encargo, por lo que, el mandante puede legítimamente rehusarse a pagar la retribución pactada con el mandatario cuando éste sea incumplidor de la actividad encomendada. O, al contrario, el mandatario puede suspender la ejecución del encargo, con previo aviso, por la falta de pago del mandante. El problema resulta evidente cuando en dichos contratos no existe una retribución y respecto a las obligaciones llamadas “accesorias” o “secundarias” que surgen en la fase de ejecución de dichos contratos.

762 Así, por ejemplo, según esta teoría, en el contrato de depósito la obligación del depositario de restituir la cosa residiría en el hecho de haberla recibido respectivamente del depositante, el deber del depositante de rembolsar los gastos por la tenencia de la cosa no encontraría correspondencia con el deber de restitución de la contraparte; de hecho, tal obligación de rembolsar gastos es una obligación eventual que no cambia la naturaleza de la relación contractual entre el depositante y el depositario. Sobre el particular: F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 136 y G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 57. De manera similar, F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 226, afirma que, a pesar que las obligaciones resarcitorias que surgen con ocasión de la ejecución del contrato son asimilables a las obligaciones accesorias o instrumentales (de las cuales respecto a su incumplimiento sí acepta la proposición de la *exceptio* [p. 225]), ellas no son predestinadas a la específica realización de los resultados útiles recíprocas que las partes han entendido perseguir, sino a tutelar otros intereses completamente autónomos respecto a los que se individuaron en el tipo contractual.

En el mismo sentido, la jurisprudencia en Colombia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de diciembre 2006, exp. 00238 y Sentencia de 4 de julio de 2013, exp. 00216.

son obligaciones posteriores ni contingentes, sino consustanciales al contrato. Además, el criterio de interdependencia de las prestaciones se orienta al área de la relación negocial considerada en su integralidad, de modo que se comprendan todas aquellas prestaciones que alimentan e integran dicha relación, es decir, tanto las que hacen parte en el momento originario del negocio como las que se van concretando con ocasión del cumplimiento del contrato, pero ya nacidas desde el momento de su celebración<sup>763</sup>.

Las obligaciones nacen necesariamente con la celebración del contrato y se valoran en el caso concreto a la luz de la buena fe, en consideración de los intereses de las partes y las particularidades del negocio, por lo que pueden evidenciarse prestaciones a cargo de las partes que colaboran en la consecución de la operación económica querida por ellas —como los deberes de lealtad, cooperación, diligencia, etc.— y que hacen parte de cualquier relación negocial<sup>764</sup>. Si no se ve el nexo de interdependencia entre todas las prestaciones, se debe a que se observa el vínculo solo en la fase de formación y se excluye la fase de actuación, también porque se analiza la relación desde la perspectiva del acreedor de la prestación más evidente, pero se deja de ver el vínculo desde el lado del aparente único deudor.

Sería el rol de la buena fe en la ejecución del contrato el que permite articular las obligaciones a cargo de ambas partes y de ese modo configurar el contenido único del vínculo, así, el deber de diligencia y lealtad, exigidos en todas las relaciones contractuales, se caracterizan a través del deber de garantizar la seguridad en la ejecución de la prestación y la consecución de los resultados queridos por las partes, en cuanto se subraya que la plena satisfacción del interés crediticio exige la ejecución de una prestación efectivamente utilizable y no peligrosa<sup>765</sup>. Por ello, el deber del mandante de reintegrar ciertos gastos asumidos por el deudor con ocasión de la ejecución de la prestación debida o de indemnizar daños ocurridos en el cumplimiento del contrato encuentra su fuente en la asunción de comportamientos necesarios por el mandatario para la específica realización de un resultado preestablecido por las partes y conforme a la lealtad y diligencia exigida en el caso concreto, todo lo cual garantiza la correcta ejecución del contrato. De esta manera, la obligación que se impone

---

763 Análogamente, L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 14.

764 U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 45 y ss.

765 P. M. VECCHI, “L’eccezione d’inadempimento”, cit., 395.

a la parte del contrato, consistente en salvaguardar la persona y el patrimonio de la contraparte de eventuales lesiones que pueden verificarse en el curso de la ejecución del contrato –hecho dañoso propio de la responsabilidad extracontractual<sup>766</sup>–, se incluye en la esfera del contractual<sup>767</sup>.

Esta concepción permite que el incumplimiento de tal tipo de obligaciones tenga el grado de fundar el ejercicio de remedios sinalagmáticos, en particular, de la *exceptio non adimpleti contractus*, pues encontraría su campo de aplicación y tendría como finalidad garantizar el equilibrio y la tutela de la integralidad del vínculo. En efecto, el mandatario frente al incumplimiento de las obligaciones relativas al reembolso de gastos o indemnización por daños a cargo del mandante<sup>768</sup> podría rehusarse a transferir los bienes muebles o

---

766 Sobre el particular, C. SANTAGATA, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, cit., I.1., sostiene que ese tipo de obligaciones (como el reembolso de gastos y resarcimiento de daños) son verdaderas obligaciones a cargo del mandante, cuya ejecución se presenta como necesaria y condicionante a la posibilidad de cumplimiento del mandatario respecto de sus obligaciones. Contrariamente ver: F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 226 y n.19, especialmente A. LUMINOSO, *Il mandato, Obbligazioni e contratti*, IV, en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Turín, 2007, 363 y ss., en particular 413 y 490 y ss., quien afirma que el mandato oneroso es un contrato con prestaciones correlativas, solo que el vínculo sinalagmático existe entre la prestación del mandatario a realizar su encargo y la prestación del mandante a realizar la retribución por el encargo, pues según el autor “*gli altri spostamenti patrimoniali non entrano nel sinallagma; sotto questo profilo sono neutri*”. Respecto al mandato gratuito no hace distinción, por lo tanto, en el mandato se excluye la posibilidad de considerar la obligación de reembolso y la obligación de resarcimiento de daños dentro de la relación contractual, pues encuentran justificación causal en los gastos y en la pérdida en sí considerada, no en la prestación del servicio del mandatario. En el mismo sentido, G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., 254. En el derecho francés la jurisprudencia es la que ha aceptado la procedibilidad de la *exception d’inexécution* a los llamados *contrats synallagmatiques imparfait*, *cfr.* J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 10.

767 P. M. VECCHI, “L’eccezione d’inadempimento”, cit., 395.

768 Artículo 2184 del Código Civil colombiano. El mandante es obligado: 1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato. 2. A reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato. 3. A pagarle la remuneración estipulada o usual. 4. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes. 5. A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, o por causa del mandato. No podrá el mandante disculparse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa.

inmuebles que por su cuenta adquirió con ocasión del mandato<sup>769</sup> —llamado impropia­mente por el legislador derecho de retención—<sup>770</sup>. Y en sentido contrario, el mandante podría legítimamente no pagar los gastos del mandatario, o pagar la retribución si el mandato es a título oneroso, cuando el mandatario no hubiera adquirido los bienes por cuenta del mandante<sup>771</sup>.

Y no sería solamente el incumplimiento de las obligaciones resarcitorias que surgen en los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos con ocasión de la ejecución del contrato el que legitimaría el ejercicio de la excepción de incumplimiento. En razón del carácter integrador del principio de buena fe surgen obligaciones recíprocas para ambas partes aún en contratos como el mutuo, el comodato, el mandato y depósito gratuito, en los cuales se evidencia, incluso para la parte tradicionalmente considerada como exenta de deber alguno<sup>772</sup>,

---

769 Artículo 2188 Código Civil colombiano. Podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que este fuere obligado por su parte.

770 Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., 155-160, quien afirma que el legislador cuando disciplina el derecho de retención en algunos contratos llamados “sinalagmáticos imperfectos”, no lo hace técnicamente. Además considera que la manera como se ejecutan ese tipo de contratos, la forma de actuarlos y de integrar sus prestaciones conforme a la buena fe, permite inferir que las obligaciones a indemnizar o a pagar los gastos por la custodia de la cosa encontrarían su causa en el contrato, pues hacen parte de una relación negocial única, que debe ser entendida en su integralidad. Análogamente A. BARBA, “Ritenzione”, cit., 1380-1382, sostiene que tal derecho de retención consagrado en las normas asume propiamente la ‘vestimenta’ de una excepción de incumplimiento. Por lo anterior, concluiríamos, aplicando dichas construcciones al derecho colombiano, que la figura a la que se hace referencia el artículo 2188 código civil, no es el derecho de retención, sino la *exceptio non adimpleti contractus*.

771 C. SANTAGATA, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, cit., 19.

772 Cfr. P. PERLINGIERI- L. FERRONI, “Situazioni di credito e di debito”, en P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Nápoles, 2014, 273-274, quienes ponen de presente que en la relación negocial, por virtud del principio de buena fe, el interés del deudor a ejecutar exactamente la prestación debida trasciende al mero interés de liberarse del vínculo, piénsese en prestaciones de obra intelectual o una prestación artística, cuya ejecución no simplemente interesa para la liberación del vínculo, sino por un interés personal, como puede ser posicionar comercialmente un nombre. También el autor sostiene que fuera de esas relaciones negociales, hay otras en las que existe un evidente interés del llamado *soggetto passivo all'esatta esecuzione della prestazione*, y, por lo tanto, un deber a cooperar con el deudor para consentirle de cumplir exactamente.

deberes de lealtad, de transparencia, de consideración a los intereses de la otra parte, de diligencia, de información, de cooperación, entre otros<sup>773</sup>.

En efecto, el deber de lealtad y de preservación de los intereses de la contraparte surgen en cabeza de ambas partes desde la celebración de un contrato. En el caso del mandato<sup>774</sup>, de un lado, el mandatario tiene la obligación de ejecutar el contrato con diligencia y defender adecuadamente los intereses del mandante<sup>775</sup>, que además se concreta en el deber de dar cuenta

---

773 Cfr. M.L. NEME VILLARREAL, “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos”, cit., 442.

774 Sobre el nexo de interdependencia entre las obligaciones del mandante y mandatario, cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 15, n. 25. De hecho, el mandato es un contrato que nace caracterizado por su gratuidad, como instrumento de confianza a otro sujeto para el cumplimiento de una determinada actividad. Su ubicación como negocios consensuales, basados en la *bona fides*, sirve para alargar la originaria categoría y tutelar la relación que se remodela con base en las nuevas relaciones económico sociales, cfr. S. RANDANZZO, *Mandare, Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milán, 2005, 15 y ss.; 152 y ss. Posteriormente, en las codificaciones deja de ser esencialmente gratuito para ser naturalmente gratuito, ver: C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, en *Commentario del codice civile*, Scialoja-Branca, Roma-Bolonia, 1985, 11. En el mandato (sea oneroso o gratuito, lo cual no desquicia el tipo contractual), deben tenerse en cuenta las obligaciones principales y aquellas que acompañan con el fin de la correcta realización del mandato, las cuales también son a cargo del mandante, como las obligaciones de cooperación, por ello que no puede afirmarse que el mandante deba tener una posición pasiva en la relación negocial, cfr. G. DI ROSA, “Attuazione e cessazione del mandato”, en *Opere e servizi-1*, en *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, III, Milán, 2014, 852.

775 Artículo 2157 Código Civil colombiano. El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo.

Artículo 2159 Código Civil colombiano. Cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales. Por la cláusula de libre administración se entenderá solamente que el mandatario tiene la facultad de ejecutar aquellos actos que las leyes designan como autorizados por dicha cláusula. Artículo 2160 del Código Civil colombiano. La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello, y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato.

de su administración<sup>776</sup> y de transferir al mandante los bienes muebles o inmuebles que por su cuenta adquirió con ocasión del mandato. Del otro lado, el deber de lealtad del mandatario gratuito encuentra su contraprestación en el consecuente deber de lealtad del mandante, quien está obligado, por ejemplo, a manifestar al mandatario los riesgos que conlleva el mandato, a proveer oportuna y adecuadamente los recursos necesarios para adelantar el encargo en debida forma<sup>777</sup>.

También, en el contrato de comodato se encuentran obligaciones a cargo de ambas partes las cuales son fundamentales para el correcto funcionamiento del contrato y el cumplimiento de la finalidad para la cual se celebra<sup>778</sup>.

776 Artículo 2181 Código Civil colombiano. El mandatario es obligado a dar cuenta de su administración. Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación. La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.

777 Artículo 2184 Código Civil colombiano. El mandante es obligado: 1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato. 2. A reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato. 3. A pagarle la remuneración estipulada o usual. 4. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes. 5. A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, o por causa del mandato. No podrá el mandante disculparse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa.

778 M.L. NEME VILLARREAL, “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos”, cit., 447. Una tesis similar la sostiene, F. SCAGLIONE, *Il comodato*, artt. 1803-1812, en *Il Codice Civile*, Commentario P. Schlesinger - diretto da F. Busnelli, Milán, 2011, 100 “Il comodato è, infatti un contratto che realizza un’attribuzione patrimoniale unilaterale, atteso che il diritto personale di godimento sul bene viene attribuito dal comodante al comodatario. Ciò, però, non toglie che, dal punto di vista delle obbligazioni nascente dal contratto, il comodato sia un contratto bilaterale, perché tanto il comodante, quanto il comodatario, sono soggetti obbligati vicendevolmente”. Sin embargo, desafortunadamente el autor niega que las obligaciones que nacen a cargo de ambas partes tengan un nexo sinalagmático, porque no considera el poder integrador de la buena fe: “le obbligazioni non sono legate da un nesso sinallagmatico, essenzialmente perché esse costituiscono una conseguenza dell’attribuzione del godimento del bene; lo stesso obbligo di restituzione della res, che grava sul comodatario, deriva dalla necessaria temporaneità del diritto di godimento di cui egli è titolare”. También, sobre el carácter bilateral del contrato de comodato, ver F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, en *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Turín, 1950, 19 y ss., Contrariamente, M. FRAGALI, *Del comodato*, en *Commentario del codice civile*, Scialoja-Branca, Roma-Bolonia, 1962, 152-153.

El comodatario está obligado a emplear la cosa para el uso convenido<sup>779</sup> y emplear el mayor cuidado en su conservación<sup>780</sup>; asimismo, es obligado a la restitución de la cosa prestada en el tiempo acordado o después del uso para el cual ha sido prestada<sup>781</sup>. Por su parte, de la naturaleza del negocio y de la fuerza integrativa de la buena fe, surge para el comodante la obligación a favor del comodatario de respetar el plazo que se pactó para el uso de la cosa; de entregar la cosa en comodato en condiciones de ser usada según su naturaleza y los propios requerimientos manifestados por el comodatario o conocidos por el comodante; obligaciones de información tales como informar al comodatario de los defectos o vicios de la cosa y advertir sobre los peligros a ella inherentes, así como sobre las condiciones de uso y mantenimiento adecuado<sup>782</sup>. Si no se analizara la reciprocidad de las obligaciones en el comodato de esta manera, se llegaría al absurdo de pensar que no se afectan los intereses del comodatario si el bien en comodato no sirve a los efectos propios de su naturaleza o no se puede utilizar en el tiempo que los usos y las costumbres determinan; incluso, podría dejarse sin tutela al comodatario cuando el bien en comodato causare daños por la falta de información sobre su correcto uso<sup>783</sup>.

---

779 Artículo 2202 Código Civil colombiano. El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o falta de convención en el uso ordinario de las de su clase. En el caso de contravención podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aun cuando para la restitución se haya estipulado plazo.

780 Artículo 2203 del Código Civil Colombiano. El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levisima.

781 Artículo 2205 Código Civil colombiano. El comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido, o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada. Pero podrá exigirse la restitución aún antes del tiempo estipulado en tres casos: 1. Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse. 2. Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa. 3. Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa.

782 F. CARRESI, *Il comodato*, cit., 49 y ss. y M.L. NEME VILLARREAL, “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos”, cit., 447.

783 De hecho, como explica F. CARRESI, *Il comodato*, cit., 51-52, el contrato de comodato presupone, por virtud de la diligencia y la lealtad exigibles, por parte del comodante conocer e informar sobre los vicios de la cosa entregada en comodato, sin quitarle la carga de diligencia al comodatario. El autor coloca un ejemplo, si se presta una vaca con afta epizoótica, el comodante responde por los daños sufridos como consecuencia de la

Con base en estos dos ejemplos, se concluye que el conjunto de obligaciones de este tipo de contratos —en especial aquellas a cargo del comodante, mandante, mutuante, depositante—, por virtud de la fuerza integradora de la buena fe, son obligaciones fundamentales en el desarrollo de los respectivos contratos, encuentran una conexión cardinal en el vínculo. El surgimiento de dichas obligaciones resulta esencial y su incumplimiento podría generar la ruptura misma del contrato<sup>784</sup>, “en cuanto implicaría una gravísima deslealtad para la contraparte, agravación de las condiciones previstas o de los sacrificios que estaba dispuesto a soportar, en fin, violación de los intereses de la parte y desconocimiento de la función misma del contrato”<sup>785</sup>. Todas estas obligaciones son consideradas dentro vínculo sinalagmático y su incumplimiento legitima el ejercicio de la excepción de incumplimiento a cargo del comodatario, mandatario, mutuuario y depositario.

Por lo tanto, se infiere la compatibilidad de la disciplina de remedios de los contratos sinalagmáticos con los mal llamados ‘contratos sinalagmáticos imperfectos’, de modo que el *excipiens* puede rehusarse al cumplimiento de las obligaciones que encuentren directamente correspondencia con las obligaciones de la contraparte, o que colocadas en la lógica interna del vínculo negocial hallan una relación, en cuanto colaboran a la satisfacción de los intereses plasmados en el contrato, a la realización de la operación económica y al correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales que integran el

---

propagación de la infección a los otros animales del establo; sin embargo, para imputar la responsabilidad del comodante, se debe saber si el comodatario tuvo la oportunidad de conocer o conocía, utilizando la ordinaria diligencia, el estado de la vaca prestada.

784 Incluso, algunos autores lo han conectado con “la cooperación del acreedor”, cuando la actividad del acreedor resulta necesaria para que sea posible el cumplimiento del deudor; para lo cual debe existir un nexo de ‘instrumentalidad’ entre los actos y el comportamiento del primero y la prestación debida por el segundo. *Cfr.* G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all’adempimento*, cit., 75 y ss.; G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milán, 1995, 35 y ss.

785 *Cfr.* M.L. NEME VILLARREAL, “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos”, cit., 448. La profesora llega acertadamente a la conclusión que a este tipo de contratos le sería aplicable la excepción de incumplimiento, sin embargo, concibe al derecho de retención como una manifestación de la excepción de incumplimiento, lo cual a todas luces contradice nuestro esfuerzo por delimitar y especificar las particularidades de ambas figuras (p. 458). Análogamente, C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 248.



vínculo; pues el remedio de la excepción de incumplimiento hace referencia directamente a la relación nacida del contrato, y no al contrato singularmente considerado<sup>786</sup>.

## 2. I. 2 EL MOMENTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRATANTES: EL ORDEN CRONOLÓGICO DE EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES DETERMINA LA PROCEDIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Por modalidad del cumplimiento de la prestación se entiende el modo o la forma con la cual esta debe ser ejecutada; esto significa en concreto, si el deudor debe ejecutar la prestación en un lugar y en un tiempo determinado<sup>787</sup>. En efecto, la determinación del tiempo interesa para establecer en qué momento debe ejecutarse la prestación<sup>788</sup>, la cual tiene una específica relevancia e influye de manera diferente según la índole de la prestación y el interés de las partes: sí es una prestación negativa, el deudor sabrá a partir de cuál momento debe abstenerse de ejecutar un acto vedado y el día hasta el cual debe mantenerse en esa actitud; sí es una prestación positiva, el tiempo significa la oportunidad para que el deudor haga la tradición o la entrega, o termine y entregue la obra, o ejecute el trabajo<sup>789</sup>. El tiempo en el cual la prestación debe ejecutarse tiene una relevancia en cuanto suspende la regla de exigibilidad, mientras su violación da lugar a una forma de incumplimiento<sup>790</sup>.

---

786 F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 227.

787 Véase sobre el particular: M. GIORGIANNI, “Pagamento (diritto civile)”, en *Novissimo digesto italiano*, XII, 1957, 321 y ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Turín, 1989, 72 y ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, en *Trattato diritto privato*, a cura di G. Iudica- P. Zatti, Milán, 1991, 509 y ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L’obbligazione*, Milán, 1993, 209 y ss.; A. DI MAJO, *Dell’adempimento in generale*, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, Roma-Bolonia, 1994, 112 y ss.; C.A. CANNATA, G. VISINTINI, M. PROSPERETTI, *L’adempimento delle obbligazioni*, en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Turín, 1999, 133 y ss.; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 597 y ss.; F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, cit., 1011 y ss.; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., 585 y ss.

788 C. M. BIANCA, *Diritto civile. L’obbligazione*, cit., 210.

789 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 597 y ss.

790 C. M. BIANCA, *Diritto civile. L’obbligazione*, cit., 209.

La determinación de la oportunidad del cumplimiento es fundamental y puede hacerse en el negocio jurídico o en la providencia judicial en la que se define o se concreta la obligación, y subsidiariamente puede ser determinado por la ley, los usos y la costumbre. Incluso puede determinarse por medio de criterios o pautas para su determinación ulterior, o deferirlas a un acuerdo posterior de las mismas partes, a un acto de ellas o a un tercero o el juez<sup>791</sup>.

Ahora, la oportunidad del pago o el momento de ejecución de las prestaciones a cargo de las partes del vínculo sinalagmático determinaría la legitimidad del ejercicio de la excepción de incumplimiento, pues para la aplicación del remedio es necesaria la existencia de una obligación exigible a favor del *excipiens*<sup>792</sup>. De hecho, la excepción de incumplimiento es llamada a asumir una función de salvaguardia del correcto desarrollo de la relación obligatoria según el orden cronológico de las prestaciones correlativas y recíprocas precisado por las partes<sup>793</sup>.

#### 2.1.2.1 SI EL CUMPLIMIENTO DE LAS PRESTACIONES EN EL CONTRATO SINALAGMÁTICO ES SIMULTÁNEO, AMBAS PARTES PUEDEN ALEGAR LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Las prestaciones son simultáneas cuando el momento de la oportunidad del pago debe realizarse en un mismo acto por ambas partes, en consideración a que estas son deudoras y acreedoras recíprocamente. Pero, ¿cómo se determina que las prestaciones del contrato deban ejecutarse simultáneamente?

El tiempo como modalidad temporal del cumplimiento es necesario, puesto que siempre debe existir un tiempo en el cual la obligación tiene que ser cumplida<sup>794</sup>; por ello, es determinante para la eficacia del contrato<sup>795</sup>. Así, las

---

791 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., 585. Como por ejemplo en el derecho francés que el juez otorga al deudor un *délai de grâce*. Sobre el particular, F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, cit., 1012 y ss.

792 C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 256.

793 F. ADDIS, "Le eccezione dilatorie", cit., 424.

794 C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., 212.

795 En el caso concreto, el tiempo y el lugar de la prestación definen el contenido mismo de la prestación, no representa una simple modalidad de su ejecución. La falta de respeto de las condiciones de tiempo y de lugar provoca el incumplimiento definitivo, o temporáneo (como en el caso de la falta de respeto del término), o total, o defectuoso (como en el caso de falta de respeto del lugar). Además, estos elementos (tiempo y lugar) no

mismas partes serían quienes establezcan que las prestaciones se realicen en un mismo momento, esto es, ambas partes se comprometen a cumplir tal día de tal mes y de tal año, o de tal fecha, o tal día a partir de una determinada fecha; incluso, podrían hacer referencia a explícitos acontecimientos. Sin embargo, si el momento de la prestación no está prevista por las partes, debe concretarse mediante reglas o criterios específicos. De hecho, la ley podría disponer que la prestación sea exigida inmediatamente; por lo tanto, en un contrato con prestaciones recíprocas e interdependientes las prestaciones de ambas partes podrían ejecutarse en el acto mismo de la celebración del contrato<sup>796</sup>, aunque el cumplimiento requiera de un cierto tiempo de desarrollo y una fase preparatoria<sup>797</sup>. También la ejecución simultánea del contrato se infiere en consideración de la naturaleza del negocio jurídico, o del cumplimiento de la función del contrato en respeto a los intereses de las partes, o de las circunstancias del caso concreto<sup>798</sup>. Se podría pensar en aquellos contratos

---

contribuyen solo a definir qué debe entenderse por cumplimiento como hecho extintivo de la obligación, sino también a establecer qué el deudor debe hacer en concreto para no incurrir en responsabilidad y qué el acreedor puede solicitar para no incurrir en abusos. *Cfr.* A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., 115 y 118.

- 796 Como, por ejemplo, el artículo 1183 del *codice civile*, que prevé: “Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente”. En el código civil colombiano no existe una norma similar, pero sí normas particulares que infieren a tal conclusión. Por ejemplo, artículo 1882: “el vendedor es obligado a entregar la cosa inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él”; y correlativamente el artículo 1929 expresa: “el precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario”. Igualmente, en el derecho francés como lo explica F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, cit., 1011: “la vente en disponible crée pour le vendeur l’obligation immédiate de livrer la chose; la vente au comptant, pour l’acheteur l’obligation immédiate de payer le prix”.
- 797 No es exigible la prestación, pero las partes están obligadas a realizar comportamientos preparativos que entran en el contenido de la prestación y la tempestividad su cumplimiento se impone para la realización del interés instrumental de su contraparte. Además, que no haya llegado el momento de cumplir, no significa que las partes no puedan ejercer actos conservativos y que actúen para verificar su respectivo derecho, *cfr.* C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 26.
- 798 Como afirma A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., 115, “accanto dunque a determinazione di luogo e di tempo espressamente pattuite esistono determinazioni che possono essere implicitamente desunte dagli stessi termini del contratto o indirettamente dalla natura della prestazione o da altre circostanze”. Sería el ejemplo de la segunda parte del artículo 1183 del *codice civile* “Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura

en los que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas debe ser realizada por un periodo<sup>799</sup>, en cuanto la continuidad de la prestación es en función de la operación económica del negocio y de los intereses de las partes, los cuales no serían satisfechos de otra manera<sup>800</sup>.

El ámbito natural de la excepción de incumplimiento recae sobre las obligaciones que deben ser ejecutadas *mano contro mano* del derecho italiano, *trait pour trait* del derecho francés y *zug um zug* del derecho alemán. La *exceptio* requiere como requisito aplicativo que las prestaciones recíprocas e interdependientes presentes en el vínculo (la del *excipiens* que no quiere ejecutar y la de la contraparte que debería ejecutar) deban ser realizadas en un mismo momento, de modo tal que cualquiera de las partes pueda alegar la tutela frente al incumplimiento de la contraparte. Sin embargo, no obsta para que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, dispongan un determinado modo de ejecución del contrato o que de la naturaleza del negocio se deduzca una forma distinta de actuación de la relación negocial, lo cual implicaría restringir, en principio, el ejercicio del remedio a quien está obligado a cumplir primero.

---

della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice". En efecto, el código civil italiano en el artículo 1408 inciso 2 dispone que "*in mancanza di pattuizioni e salvi usi diversi, il pagamento deve avvenire al momento della consegna nel luogo dove questa si esegue*". En el ordenamiento jurídico colombiano podríamos evidenciar algunas normas a las que el plazo establecido se determina por el tráfico comercial o el tipo de contrato. Así, por ejemplo, artículo 924 Código de Comercio: "El vendedor ha de hacer la entrega de la cosa dentro del plazo estipulado. A falta de estipulación deberá entregarla dentro de las veinticuatro horas siguientes al perfeccionamiento del contrato"; en caso de mutuo gratuito, el artículo 2225 Código Civil: "si no se hubiere fijado el término para el pago no habrá derecho a exigirlo dentro de los diez días siguientes a la entrega".

799 Principalmente G. OPPO, *I contratti di durata*, *Rivista del diritto commerciale*, 1943, I, 143 y ss., en particular 145, releva que la duración hace relación principalmente a la relación negocial, más no al contrato singularmente considerado, es una característica del contrato que hace referencia a su ejecución y no a su formación.

800 *Cfr.* C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., 212. Piénsese en el ejemplo del contrato de arrendamiento, en virtud del cual las partes estarían satisfechas, si el arrendador disfruta pacíficamente del bien en el tiempo y el arrendatario le son pagados los cánones a tiempo y ve que el bien es utilizado para el fin para lo cual lo arrendó.

2. I. 2. 2 SI EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES NO  
ES SIMULTÁNEO, LA EXCEPCIÓN NO PUEDE SER INVOCADA,  
EN PRINCIPIO, POR QUIEN ES BENEFICIARIO DEL TÉRMINO  
PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES

Puede darse que la oportunidad para la ejecución de las prestaciones de un contrato sinalagmático sea diferente para los contratantes, puesto que así se establece con base en las estipulaciones de las mismas partes, o según lo que se deduce de la interpretación del reglamento contractual y de la estructura legal de la relación negocial, la cual resulta teniendo en cuenta tanto el esquema típico del contrato y la función práctica de la operación económica del contrato<sup>801</sup>; en caso de dificultad en determinar el orden cronológico de la ejecución de las prestaciones, sería el juez a establecerlo en consideración a la correcta actuación del contrato y, en general, a los principios que orientan la relación negocial<sup>802</sup>.

El orden cronológico establecido presupone la existencia de un término diferente para el cumplimiento de las prestaciones de cada parte y colabora a establecer en qué momento dichas prestaciones son consideradas incumplidas<sup>803</sup>. Esta ordenación tiene repercusiones en el sistema de remedios, pues

---

801 En efecto, creemos que habría necesidad de acuñar los criterios que permitan establecer quién debe cumplir primero derivados de la costumbre, de la función del contrato, de la asimetría contractual, etc. Por ejemplo, en un contrato de prestación de servicios es habitual que la parte obligada a suministrar el servicio sea obligada a cumplir primero la prestación. O en el contrato de transporte, el pasajero deba primero adquirir el ticket antes de embarcar el medio de transporte.

802 *Cfr.* U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 509-510, quien revela que si el contrato no dispone nada sobre la oportunidad de la ejecución de las prestaciones puede reconstruirse con base en la completa interpretación del título, pues en últimas encontraría su fuente en el ‘reglamento privado’. Incluso, puede darse que se encuentre en la “estructura legal de la relación jurídica”, la cual resulta de su esquema típico y de la función práctica a la cual es orientado. En el caso que la prestación tenga naturaleza particularmente difícil o compleja o que la modalidad de lugar o de ejecución pueda ser tal de imponer una dilación, sería el juez a determinar la oportunidad de la ejecución de las prestaciones, bajo los límites razonables de los principios generales y, en consecuencia, orientado por el criterio de la correcta ejecución del contrato.

803 El término puede ser a favor del deudor por lo que se constituye una inexigibilidad de su prestación antes del vencimiento de dicho término. Es decir, el acreedor no puede pretender el cumplimiento sino hasta el momento indicado en el reglamento contractual.

determinaría cuál de las partes estaría legitimada a ejercer las tutelas<sup>804</sup>. En efecto, el contratante al cual le son exigibles sus prestaciones en un momento anterior al de su contraparte estaría legitimado para resolver el contrato por incumplimiento solo si es acreedora de una prestación incumplida, lo cual podría acaecer cuando dicha prestación sea exigible y no sea ejecutada, lo que ocurriría en un momento posterior a la ejecución de las prestaciones a las que está obligado a cumplir primero. En otras palabras, el actor debe primero ejecutar sus prestaciones y esperar el momento de exigibilidad de las prestaciones de la contraparte, posteriormente, si estas últimas son incumplidas de manera grave e imputable<sup>805</sup>, estaría legitimado a demandar la resolución<sup>806</sup>. En sentido contrario, la parte que está obligada a cumplir de segundo estaría legitimada a resolver el contrato por incumplimiento, cuando su contraparte, quien debió cumplir de primero, incumple gravemente el reglamento contractual.

Una situación análoga sucede con la excepción de incumplimiento. La excepción de incumplimiento está concebida, por un lado, para evitar que un contratante exija el cumplimiento o pretenda resolver el contrato cuando no ha sido la parte leal y diligente; por otro lado, con el fin de salvaguardar al contratante fiel de verse obligado a cumplir con las obligaciones a su cargo cuando la contraprestación, ya exigible, ha sido incumplida. Además, la excepción de incumplimiento es una tutela que se opone frente al incumplimiento de

---

También puede ser a favor del acreedor, por lo que el deudor puede cumplir su prestación solo después del vencimiento del término. E incluso, puede ser a favor de ambas partes. Sobre el término para el cumplimiento, véase para todos: A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., 191 y ss.

804 *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia 19 de julio de 2000, exp. 5478: “las obligaciones que las partes establecen como previas a la propia de hacer, adquieren una relevancia jurídica indiscutible: deben ser cumplidas por los contratantes en el orden y forma convenidos. Lo que se haga, desviándose de esos criterios o designios contractuales, tendrá repercusión en la ejecución o inejecución del pacto, que más adelante habilitará las acciones pertinentes de resolución del contrato o su cumplimiento, pero dejando a salvo, ciertamente, las excepciones disciplinadas en el ordenamiento privado, como la de contrato no cumplido”.

805 Para todos, ver: G. AMADIO, “Inattuazione e risoluzione: la fattispecie”, cit., 67 y ss. y 83 y ss.

806 *Cfr.* M. DELLACASA, “Inattuazione e risoluzione: i rimedi.”, cit., 180 y ss. “La legittimazione a domandare la risoluzione spetta al creditore della prestazione inadempita. L'attore non può allegare il proprio inadempimento a fondamento della domanda di risoluzione: il rapporto contrattuale, altrimenti, sarebbe privo di un qualsiasi valore vincolante”.

la contraparte que ya sucedió, lo cual presupone que el crédito fuera exigible previamente<sup>807</sup>. En este orden de ideas, es natural que si las obligaciones del contrato sinalagmático deben ejecutarse con un orden cronológico –primero las de un contratante, luego las del otro–, la excepción de incumplimiento no pueda ser opuesta por la parte que debe cumplir primero<sup>808</sup>, ya que el incumplimiento que legitima la excepción ocurriría en un momento posterior al cumplimiento de sus prestaciones. Es decir, no existiría un incumplimiento que justifique la potestad de suspender la ejecución de la prestación debida<sup>809</sup>.

Sin embargo, esta situación tiene una particularidad: sucede frecuentemente que el incumplimiento de la parte que está obligada a cumplir segundo resulta cierto o altamente probable antes que la prestación sea exigible, lo cual comporta evaluar el interés del acreedor y asegurar que el equilibrio de la relación contractual por medio de los instrumentos de tutela que ofrece el ordenamiento<sup>810</sup>. En particular, se sostiene que la excepción de

807 C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 256. Sin embargo, F. ADDIS, “Le eccezione dilatorie”, cit., 463 y ss. evidencia que la jurisprudencia y doctrina italiana concede la *eccezione di inadempimento* no solo cuando las prestaciones deben ejecutarse simultáneamente, sino a favor de la parte obligada a cumplir de segunda sin que la deuda sea exigible, o que sea exigible pero ejecutada en modo no correcto, o exigible y ejecutada correctamente.

808 L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 23. En la jurisprudencia colombiana puede verse este requisito de la excepción de incumplimiento. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de septiembre de 1954, *Gaceta Judicial*, t. LXXVIII, 625–629; “Para proponer eficazmente la excepción de contrato no cumplido, sólo se requiere: a) que el excepcionante obre de buena fe; y b) que no esté obligado a ejecutar primero sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo”. En el mismo sentido, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de diciembre de 1973, *Gaceta Judicial*, t. CXLVII, 163 y Sentencia de 18 de marzo de 1977, Magistrado Ponente: Alberto Ospina Botero –no publicada–, las cuales agregan “la excepción se abre paso o tiene vía libre en la medida en que el excepcionante no se encuentre obligado a ejecutar en primer término sus obligaciones, de acuerdo con lo estipulado en el contrato o con la naturaleza del mismo”.

809 C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 257: “Les contrats que comportent des obligations à effectuer à des dates déterminées ne soulèvent aucune difficulté; tant que la créance de l'excipiens n'est pas exigible, ce dernier ne peut opposer l'exception. C'est une conséquence du rôle du temps dans son application”.

810 Se remite al artículo de M. DELLACASA, “Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata”, *Rivista di diritto privato*, 2007, 553 y ss., y la bibliografía en él citada.

incumplimiento puede ser ejercida por la parte que debe cumplir de primero, cuando la contraparte ha perdido el beneficio del término a causa de desmejorar las condiciones del crédito<sup>811</sup> y pretende el cumplimiento o la resolución del contrato. Así pues, el hecho de que la parte obligada a cumplir en un momento posterior ponga en serio peligro la satisfacción del crédito priva de justificación a su interés en esperar el vencimiento del término<sup>812</sup>, lo que conllevaría volver exigibles las prestaciones a su cargo y susceptibles de oponérselas la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>813</sup>. En este caso, se presentaría la operatividad de dos remedios del contrato sin necesidad de intervención judicial: por una parte, el decaimiento del beneficio del término del deudor, en virtud del cual el acreedor puede solicitar el cumplimiento de las prestaciones sin esperar el vencimiento del término<sup>814</sup>; de otra parte, la excepción de incumplimiento, la cual protege los intereses de la parte obligada a cumplir primero cuando el deudor (quien debía cumplir segundo) pretenda obtener ventaja del contrato

---

811 El artículo 1553 del Código Civil colombiano establece dos eventualidades en las que el acreedor puede exigir la prestación de forma inmediata, a pesar de haber pactado un plazo para ello: (i) ante la quiebra, o apertura de un proceso concursal, en obsequio de la agilidad de la liquidación y cancelación de las acreencias y del respeto del *par conditio creditoris*; (ii) cuando las cauciones constituidas para garantía de una obligación se extinguen o disminuyen considerablemente de valor, siempre que haya sido por hecho o culpa del deudor y que no medie renovación o mejora de aquellas. El crédito se convierte inmediatamente exigible, pero el deudor está obligado a cumplir con la prestación solo en el caso que el acreedor solicite el cumplimiento. *Cfr.* F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 610.

812 C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., 221 y 223.

813 L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 25. Llamada *eccezione d'inadempimento 'anticipata'*, *cfr.* F. ADDIS, “Le eccezione dilatorie”, cit., 431. En particular, G. SARDO, “Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimplenti contractus”, *Contratti*, 2004, II, 455, afirma que la casuística sobre la excepción de incumplimiento lleva a pensar que puede ser opuesta, sea contra incumplimiento de obligaciones ya vencidas, sea contra incumplimiento no actual, pero extremadamente probable.

814 Este remedio se diferencia de la excepción de incumplimiento previsible. La excepción tiene como efecto suspender el cumplimiento del contrato en espera que cese el peligro causado por el desmejoramiento de las condiciones económicas del deudor; en cambio, la procedencia del decaimiento del término necesita que la parte beneficiaria del término sea considerada insolvente o perder las garantías para generar la exigibilidad de las prestaciones. Ver: A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 92.



sin ofrecer o cumplir sus obligaciones, cuando estas ya son exigibles a causa del decaimiento del término<sup>815</sup>.

Se debe considerar la hipótesis en virtud de la cual la parte que debe cumplir de segunda declara su intención de no respetar el acuerdo antes del vencimiento del término<sup>816</sup>, y, a pesar de ello, exige el cumplimiento de la contraprestación. Ahora, si tal declaración se considera como un incumplimiento efectivo que legitima el ejercicio de la *exceptio*<sup>817</sup>, el contratante obligado a cumplir primero puede suspender la ejecución de la propia prestación hasta que el deudor declare la disponibilidad a cumplir o que ejecuta la prestación debida<sup>818</sup>. Sin embargo, tal tesis debe reforzarse. La declaración del deudor debe interpretarse como un decaimiento del término a su favor y, por ende, como una causa de exigibilidad de sus prestaciones<sup>819</sup>; o la declaración debe

815 C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., 223.

816 Sobre el particular, basta citar: F. ROMANO, “Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine”, *Rivista di diritto civile*, 1965, II, 607 y ss.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 160-169; G. MURARO, “L'inadempimento prima del termine”, *Rivista di diritto civile*, 1975, I, 248 y ss.; M. DELLACASA, “Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata”, cit., 553 y ss.; V.P. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milán, 2008, 215 y ss.

817 Como evidencia G. SARDO, “Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimplenti contractus”, cit., 456, no puede ser un incumplimiento definitivo, sino contrastaría con la función dilatoria propia de la *exceptio*. Por su parte, B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, cit., 89, considera que es un comportamiento que resulte idóneo para alterar el *statu quo* a favor de la parte incumplidora, esto es, el incumplimiento más la pretensión coactiva de la contraprestación, lo cual sirve para fundamentar el poder otorgado a la parte a cumplir primero de rehusarse a ejecutar sus prestaciones con el fin de preservar el equilibrio contractual fundado en la contemporaneidad de los cumplimientos. Contrario al ejercicio de los remedios en caso de una declaración de no cumplir del deudor, ver: F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 163.

818 G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 111-113. Contrariamente, A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, cit., 15 y ss.; 223 y ss., pues considera que, en tal situación, el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* determinaría unilateralmente una modificación de los términos previstos para el cumplimiento de las obligaciones. Sólo sería posible oponer la excepción de incumplimiento previsible en razón de la incerteza al futuro incumplimiento, de modo que suspenda sus prestaciones hasta que la situación se defina.

819 G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 112, considera que tal declaración es una decadencia voluntaria del término, lo cual además lo presupone como incumplidor con

acompañarse, de una parte, de comportamientos que contrarían los deberes y las obligaciones que emanan de la buena fe, tal es el ejemplo de la reclamación de la contraprestación luego de la declaración de incumplimiento anticipado<sup>820</sup> –violación al deber de *non venire contra factum proprio*<sup>821</sup>– o que se ponga en condición de incapacidad para cumplir<sup>822</sup>; de otra parte, de una valoración sobre la funcionalidad de la excepción de incumplimiento en el caso concreto: que el remedio sea dirigido a salvaguardar el equilibrio entre las posiciones de las partes y la conservación de la relación contractual<sup>823</sup>; es decir, que la declaración del incumplimiento sea seria, acompañada de hechos objetivos, pero que no constituya un incumplimiento definitivo, de modo que la relación contractual pueda ser remediada<sup>824</sup>. Si la declaración de incumplimiento del deudor no se analiza bajo esta perspectiva, el supuesto de hecho encuadraría mejor en la excepción de incumplimiento previsible, porque la manifestación del deudor donde declara incumplir antes del vencimiento del término genera solo una situación de objetiva inseguridad en cabeza del acreedor, un peligro de incumplimiento que altera el equilibrio sinalagmático del vínculo, en cuanto ataca negativamente la confianza en que las prestaciones se cumplan en un momento posterior a las propias<sup>825</sup>.

---

todas las consecuencias derivadas de un incumplimiento culpable. Contrariamente, F. ROMANO, “Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine”, cit., 615.

820 L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 28.

821 Como expresa F. ADDIS, “Le eccezione dilatorie”, cit., 463: “La scorrettezza della condotta del debitore, infatti, non dovrebbe tanto essere misurata come una violazione di obblighi accessori determinata dal rifiuto, quanto piuttosto sulla contraddittorietà della richiesta di adempimento formulata nella consapevolezza di non voler o di non poter garantire l’esatta esecuzione del rapporto”.

822 C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 211.

823 L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell’autotutela privata*, II, cit., 21 y ss.; 53 y ss.

824 Sin embargo, M. DELLACASA, “Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata”, cit., 555-563, sostiene que el acreedor puede obtener la resolución del contrato con la declaración de no cumplimiento anticipado del deudor, sin necesidad de darle la posibilidad al deudor de recuperar la relación contractual, en cuanto tal declaración determina una confianza razonable del acreedor que la relación contractual no se va realizar.

825 Se ha sostenido que en el derecho italiano tal situación encuentra respaldo normativo en el artículo 1460 y 1461 del *codice civile*, ya que interpretadas sistemáticamente son expresión del mismo principio, ver F. ADDIS, “Le eccezione dilatorie”, cit., 431 y ss.;

2.1.2.3 SI EL CONTRATO ES DE EJECUCIÓN PERIÓDICA O CONTINUADA, LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO, EN PRINCIPIO, SOLO PUEDE SER ALEGADA RESPECTO DE LAS PRESTACIONES INCUMPLIDAS

El factor temporal constituye un elemento característico de los contratos de ejecución periódica o continuada<sup>826</sup>. La continuidad en la ejecución de las prestaciones delinea la estructura esencial de la relación sinalagmática, reflejando el interés de las partes de prolongar el vínculo durante un prestablecido arco de tiempo<sup>827</sup>. Los contratos de ejecución periódica o continuada deben realizarse a través de prestaciones que encuentran una correspondencia recíproca en el tiempo —es decir, a una prestación periódica se le contrapone otra periódica o una instantánea que luego se repite periódicamente—, con el fin de mantener la sinalagmaticidad entre todas las prestaciones a través de las cuales el contrato se actúa. Se puede encontrar varias prestaciones y prestaciones fraccionadas, que se ejecutan ininterrumpidamente por el periodo del tiempo determinado por las partes o se realizan de manera repetitiva o reiterada<sup>828</sup>, todo lo cual no quitaría la unidad del vínculo<sup>829</sup> en cuanto las prestaciones deben ser analizadas en su funcionalidad a la satisfacción de los intereses de las partes y en su integralidad con relación al cumplimiento de la función del negocio<sup>830</sup>.

---

M. DELLACASA, “Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata”, cit., 556, contrariamente, remarcando la autonomía de ambas tutelas dilatorias, ver B. CARBONI, “Sospensione dell’esecuzione del contratto, corrispettività delle prestazione e responsabilità patrimoniale”, *Rassegna del diritto civile*, 2003, 827 y ss.

826 Llamados también “de duración” o de “tracto sucesivo”. Ver: G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 146; F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 145 y ss.; L. DEVOTO, *L’obbligazione ad esecuzione continuata*, Padua, 1943, 89 y ss. F. ROCHFELD, “Les modes temporels de exécution du contrat”, *Revue des contrats*, 2004, I, 47 y ss.; M. GRANIERI, *Il contratto e il tempo*, Napoli, 2007.

827 G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 149.

828 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, t. II, cit., 373 y ss.

829 G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 156; 158.

830 F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 146-147. “La proyección de las prestaciones hacia un futuro más o menos prolongado puede emanar de la propia función del contrato, de que son ejemplos el arrendamiento, el contrato de trabajo, la renta vitalicia, la sociedad, el suministro, en los que no es concebible una ejecución instantánea de todas las prestaciones, necesariamente diferidas”: F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, t. II, cit., 374. Contrariamente, L. DEVOTO, *L’obbligazione ad esecuzione continuata*, cit., 141 y ss.

Este tipo de contratos pueden ser complejos en el momento de su ejecución, lo que podría determinar la manera de ejercer la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>831</sup>. En efecto, a cada prestación debidamente ejecutada le correspondería una contraprestación, pero, esta última podría incumplirse total o parcialmente, o solo ejecutarse en parte debido a la dinámica negocial<sup>832</sup>. Entonces, frente a un contrato con prestaciones continuadas –las cuales unas son incumplidas, otras son ejecutadas y otras deben ejecutarse en el futuro–, la excepción de incumplimiento solo podría oponerse respecto de las obligaciones que efectivamente han quedado insatisfechas y no con relación a la totalidad del contrato<sup>833</sup>, pues debe salvaguardarse la fracción del intercambio querido y ya ejecutado por los contratantes<sup>834</sup>, y, por lo tanto, no eximir al *excipiens* de ejecutar la prestación correlativa de la prestación ya ejecutada por su contraparte<sup>835</sup>. Ahora, se precisa que el contratante que cumplió primero sus prestaciones y que no ha recibido su contraprestación puede legítimamente

---

831 G. OREFICE, “L’eccezione di inadempimento nei contratti ad esecuzione continuata o periodica”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2012, 1063 y ss.; B. GRASSO, *Saggi sull’eccezione d’inadempimento e la risoluzione del contratto*, cit., 83 y ss. De hecho, tal incidencia se debe, como afirma G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., el incumplimiento de una cuota anterior afecta la posterior, en cambio, el incumplimiento de una cuota posterior no afecta la anterior y los derechos que nacen del cumplimiento realizado.

832 En efecto, podría considerarse inconcebible otra manera de ejecutarla, pues sería contrario a las necesidades y a los intereses de las partes que la prestación sea cumplida de manera diferente a la continuidad, o periodicidad, es decir, no podría ejecutarse en un solo acto, *cf.* F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 146. Además, la esencia misma del tipo contractual así lo impone, F. ROCHFELD, “Les modes temporels de exécution du contrat”, *Revue des contrats*, cit., 48.

833 G. OREFICE, “L’eccezione di inadempimento nei contratti ad esecuzione continuata o periodica”, cit., 1065.

834 Para aplicar la excepción solo respecto a unas obligaciones del contrato sería necesario dividir la operación económica del negocio, de modo que se pueda evaluar el incumplimiento de las partes y conservar aquella parte del reglamento contractual y su valor económico, pues eliminar el intercambio celebrado conjuntamente con el contrato no respondería a la tutela del caso concreto. En efecto, sostiene F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 147 que “*sarebbe antieconomico mettere nel nulla le prestazioni già esaurite, per il solo fatto di un inadempimento successivo della prestazione*”.

835 L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 27.

suspender la ejecución de las prestaciones a su cargo que deben ejecutarse en el futuro, siempre que tal suspensión no sea contraria a buena fe<sup>836</sup>.

Por último, si el incumplimiento es parcial, pero definitivo, debe valorarse la conveniencia de la aplicación de *exceptio*: podría pensarse en un contrato de suministro, en el cual una empresa se encarga de entregar los productos A y B; sin embargo, entrega solo los productos B. El suministrado solo podría oponer la excepción de incumplimiento respecto a la prestación de suministro de los productos A que no fueron entregados y pagar lo correspondiente al suministro recibido. En caso de oponer la excepción de incumplimiento de todo el contrato frente a la pretensión de cumplimiento del suministrador, el juez debe declarar al *excipiens* como incumplidora del pago de los productos B y reconocer la excepción de incumplimiento respecto al pago de los productos A. No obstante, si el cumplimiento del suministro de ambos productos es esencial y determinante para los intereses del suministrado, lo cual comporta su incumplimiento en definitivo, el remedio a utilizar no sería la excepción de incumplimiento.

### 2.1.3 EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPARTE LEGÍTIMA EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO: SUPUESTOS DE HECHO

Otro presupuesto importante para la aplicación de la excepción de incumplimiento consiste en que la obligación de la contraparte haya sido incumplida y la del *excipiens* aún no la haya cumplido. Pero, ¿cuál sería el tipo de incumplimiento que da lugar a ejercer la *exceptio non adimpleti contractus*?

---

836 La tesis es construida para el contrato de suministro por B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, cit., 85 y 90, pero pensamos que es extensible a otras relaciones negociales, incluso al contrato de seguros (G. SCALFI, "La sospensione del contratto, l'eccezione di inadempimento e la tutela dell'assicurato", *Giurisprudenza italiana*, 1971, 779-786). Se resalta la precaución de F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Nápoles, 1996, 395, cuando afirma que la aplicación de la excepción de incumplimiento en los contratos de duración debe hacerse con cautela, pues se debe estar atentos al "bilanciamento degli interessi, quale regola generale di valutazione dell'eccezione in relazione al rapporto in divenire, caratteristica essenziale della tipologia contrattuale in esame".

2.1.3.1 UN INCUMPLIMIENTO NO DEFINITIVO Y NO  
NECESARIAMENTE IMPUTABLE DE LA CONTRAPARTE  
CONSTITUYE UN PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE LA  
*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

El incumplimiento contractual<sup>837</sup> surge cuando no existe un justo equilibrio entre el interés del acreedor y el interés del deudor, pues de la articulación entre lo que quiere el acreedor y el deber del deudor trae como conclusión que la conducta del deudor no se ajustó al contenido de la relación obligatoria<sup>838</sup>,

- 
- 837 Sin ánimo de exhaustividad, se remite a G. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., passim.; id., "Inadempimento", cit., 861 y ss.; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., passim; C. M. BIANCA, *Diritto Civile. La responsabilità*, cit., I y ss.; A. DI MAJO, "Responsabilità contrattuale", en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, xvii, 1998, 25 y ss.; L. MENGONI, "Responsabilità contrattuale", en *Enciclopedia del diritto*, xxxix, Milán, 1989, 1072 y ss.; G. VISINTINI, "Inadempimento", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, xvi, 1989, id., *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 27 y ss.; AA.VV., *Inadempimento e rimedi*, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, Padua, 2009, 1-426; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milán, 2010, 10 y ss.; C.A. CANNATA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 10 y ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Nápoles, 2011, 183 y ss.; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, en *Le obbligazioni*, I, en *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Turín, 2015, 189 y ss.; 355 y ss.; G. VINEY, *Les conditions de la responsabilité*, en *Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin*, París, 1998, 376 y ss.; C. LARROUMET, *Droit civil, les obligations*, cit., 631 y ss.; A. BÉNAVENT, *Droit des obligations*, cit., 289 y ss.; 311 y ss.
- 838 Sobre la determinación del contenido sinalagmático del contrato se remite a la literatura sobre la integración del contrato y el principio de la buena fe, que se ha ya citado en este trabajo, y en particular, las fuentes citadas en la reciente obra AA.VV. *Correzione e integrazione del contratto, diretta da F. Volpe*, Bolonia, 2016. En dicha obra se propone indagar de manera orgánica el tema de la corrección y la integración del contrato, de modo que se abandona una concepción de positivismo puro, para darle lugar a la intervención del juez en el contrato, a la prevalente aplicación de los principios constitucionales, a la valoración integral de un contenido contractual y económico cada vez más complejo, con base en la articulación fluida, móvil y abierta de la pluralidad de las fuentes que constituyen el *ordine giuridico* del contrato –en especial las contribuciones de E. CAMPOBIANCO, "Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi", cit., 1-17; M. GRONDONA, "Auto-integrazione ed etero integrazione del contratto: che cosa resta della distinzione?", cit., 247-269. En sentido crítico, G. D'AMICO, "Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto", cit., 20-42. También se expresa el rol preponderante de la buena fe en la integración del contrato, que no se observa con carácter subsidiario, sino con un rol que legítima y complementa el acuerdo, en cuanto

generando la insatisfacción del acreedor<sup>839</sup>. Con el incumplimiento las partes no logran la satisfacción del interés común que los llevó a celebrar el contrato<sup>840</sup>.

Para determinar que el comportamiento debido se realizó exactamente tal como el título obligacional estableció es útil analizar las varias constantes que se presentan en las distintas clases de obligaciones y los tejidos que de ellas se forman, con el ánimo de facilitar su comprensión y tratamiento<sup>841</sup>. Para ello, el rol preponderante de la buena fe permite abandonar la idea de una relación lineal cuyos extremos se colocan el débito y el crédito para adoptar una visión que consienta el concepto de relación compleja<sup>842</sup>, donde al lado de las obligaciones principales se coagulan una constelación de obligaciones a cargo de ambas partes que, aunque mal llamadas accesorias, tienen la finalidad

---

presenta una capacidad expansiva notable de la relación contractual, F. PIRAINO, “L’integrazione del contratto e il precetto di buona fede”, cit., 176-243.

- 839 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 242., el Maestro define que el incumplimiento es “insatisfacción del acreedor por violación de los deberes que específicamente pesan sobre el deudor en fuerza del contenido singular de la relación obligatoria”.
- 840 G. FLÉCHEUX, *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, en *Études offertes à J. Ghestin. Le contrat au début du XXI siècle*, París, 2001, 340.
- 841 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 244; P. PERLINGERI-G.ROMANO, *Situazioni di credito e di debito*, cit., 359-362. De hecho, el régimen de la responsabilidad contractual variaría dependiendo del tipo de obligación. En muchas de las hipótesis el deudor será considerado incumplido cuando no ha actuado en el cumplimiento con la diligencia, prudencia, lealtad solicitado en el caso concreto (lo que la doctrina ha entendido por obligaciones de medio). En especial, el problema surge en la determinación del grado de diligencia concretamente requerido al deudor, el cual varía según la actividad debida, el tipo de competencia del deudor, el tipo de la relación obligatoria. De modo diferente, pueden presentarse casos en los que la responsabilidad del deudor depende de la satisfacción del acreedor en la consecución de un determinado resultado (llamadas las obligaciones de resultado), como puede suceder en las obligaciones pecuniarias, en las que el deudor responde por no entregarle la suma determinada al acreedor, sin necesidad de una valoración de su comportamiento. *Cfr.* L. MENGONI, “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, *Rivista del diritto commerciale*, I, 1954, 185-209; 280-320; 366-396.
- 842 Sobre la concepción de una obligación como una estructura compleja, basta citar: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 65 y ss.; F. BENATTI, “Osservazioni in tema di doveri di protezione”, cit., 1342 y ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 137 y ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 121 y ss.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., 42 y ss. Recientemente, F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 2015, 207.

esencial de asegurar la plena realización de todos los intereses que llevaron al surgimiento del vínculo o que se conectan necesariamente a la relación negocial<sup>843</sup>. Además, la buena fe sirve como criterio de valoración de la conducta en la realización del vínculo obligatorio, de ejecución de la relación contractual y de ejercicio de las propias prerrogativas, sobre la base de una medida elástica que se concreta con la verificación de la correspondencia entre el actuar de los sujetos y el conjunto de disposiciones normativas aplicables, las cláusulas contractuales y el comportamiento exigido que puede revelarse en el caso concreto<sup>844</sup>.

En efecto, con base en la valoración del comportamiento del deudor, el incumplimiento puede presentarse con ‘miles de características diferentes’<sup>845</sup> en el específico contexto de la relación contractual, pues serían múltiples factores los que determinarían el caso concreto; por ello, el incumplimiento puede revelarse como definitivo, parcial, defectuoso, grave, simple retardo, remediable o irremediable<sup>846</sup>. Pero, de toda la variedad de supuestos de hecho,

843 Por ejemplo, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 133, afirma que el principio de la buena fe hace relación a cumplir todo lo que sea necesario en términos universales con el fin de conseguir una determinada finalidad, esto es, todo lo que es percibido como imprescindible en términos absolutos en vista de un fin. También, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 121 y ss., afirma que integrar el contenido del negocio cuando se indica el conjunto de deberes recíprocos que garantizan la correcta actuación de la relación y la exclusión de aquellos comportamientos que pueden repercutir negativamente o dañosamente a la esfera jurídica de la contraparte.

844 Tal función es sostenida por U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 27 y ss. Quien acepta, entre otros, la doble funcionalidad de la buena fe, como criterio integrador y valorativo del comportamiento de las partes, *cf.* F. PIRAINO, “l’integrazione del contratto e il precetto di buona fede”, cit., 209, afirma: “il corso più convincente assunto dalla riflessione sulla buona fede in senso oggettivo reputa che le due funzioni siano compatibili e convivano all’interno del perimetro dell’unitario precetto dei agere ex fide bona, in quanto questa duplicità è espressione della pluralità di rimedi invocabili in caso di sua violazione: rimedi contro l’inadempimento, e in primo luogo il risarcimento del danno, ove la buona fede operi in funzione integrativa; e principalmente l’exceptio doli generalis, ove essa operi in funzione valutativa”.

845 Expresión de V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 891.

846 La categoría del incumplimiento es “de una amplia latitud”, *cf.* R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1604. Con base en la lectura de G. GIORGIANNI, *Inadempimento*, cit., 861 y ss., podríamos evidenciar los tres tipos de incumplimiento más relevantes: (i) El incumplimiento puede ser definitivo y radical cuando se excluye que la prestación pueda ser efectuada en el futuro, se piensa en el ejemplo clásico del fotógrafo que no se presenta



solo un incumplimiento que no sea calamitoso para las partes, que no destruya el interés en la preservación del contrato y sus efectos, que no tenga como consecuencia la pérdida de esperanza en el equilibrio del sinalagma y en la recuperación de la función que el contrato estaba llamado a realizar, sería un incumplimiento que legitimaría al contratante víctima para oponer la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>847</sup>.

Un ejemplo típico de un incumplimiento no definitivo es la inejecución provisoria de la prestación cuando ha vencido el tiempo del cumplimiento,

---

el día de la fiesta de matrimonio, en el abogado que no presenta un recurso de apelación a una sentencia desfavorable a su cliente, etc. (p. 871) (ii) El incumplimiento puede ser parcial cuando la prestación ha sido ejecutada, pero no correctamente, también llamado cumplimiento inexacto; sería el caso del médico que ejecuta correctamente la cirugía, pero deja dentro del paciente instrumentos quirúrgicos, o del suministrador que debió suministrar 100 productos, pero solo entrega la mitad (p. 862 y ss.). (iii) El retardo del incumplimiento se constituye cuando el deudor ejecuta la prestación después del término fijado por el incumplimiento, como sería la entrega de los bienes prometidos con las cualidades y cantidades acordadas en el contrato, pero se entregan en una fecha diferente (p. 867 y ss.).

Podría decirse que el Código Civil colombiano tiene en cuenta que el incumplimiento puede manifestarse como un incumplimiento total de la prestación, un cumplimiento inexacto o un retardado en el cumplimiento. La afirmación se saca de los artículos 1613 y 1614 del Código, pues en el primero de ellos se establece que “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente o el lucro cesante, ya provenga de *no haberse cumplido la prestación, de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”; el segundo, por su parte, dispone que se “entiende por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de *no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de *no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*” (cursivas son nuestras).

847 En el derecho comparado se insiste en cualificar el tipo de incumplimiento que legitima el ejercicio de la *exceptio*. En efecto, para el ejercicio de la excepción de incumplimiento debe ser fundada en el incumplimiento grave de la contraparte, *cfr.* C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, cit., 87-99. Para F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 228, un incumplimiento definitivo también da lugar a oponer la excepción de incumplimiento, en tal hipótesis no se resuelve el contrato, sino que tiene posteriormente la posibilidad de solicitar la resolución o el equivalente pecuniario de la prestación incumplida definitivamente. En una similar línea argumentativa, G. AULETTA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 105 y ss., pues es coherente con la postura del autor, consistente en que la excepción de incumplimiento es un momento anterior a la proposición de la resolución.

pero en la cual existe la oportunidad para ser cumplida, según los intereses de los contratantes y el tipo de relación negocial<sup>848</sup>. En otras palabras, que el vencimiento del término no impida el cumplimiento de la obligación o legitime el rechazo de la obligación cumplida retardadamente; en fin, que no se proscriba al deudor la posibilidad de cumplir<sup>849</sup>.

En este sentido, un presupuesto lógico de la prestación que es incumplida es que tenga la posibilidad de ser realizada<sup>850</sup>, la cual va entendida tanto en sentido material como en sentido jurídico. En sentido material, la prestación es posible cuando el resultado debido es todavía perseguible o recuperable con el uso de medios necesarios y congruos respecto a los deducidos del contrato; la posibilidad material no solo hace referencia a la ejecución de la prestación *in natura*, sino que además requiere que subsista el interés del acreedor<sup>851</sup>. En efecto, el interés del acreedor en pretender el cumplimiento de las prestaciones sin ejecutar evita un juicio de responsabilidad—excepto la causada por la mora o el retardo— y consiente la reapertura de la fase de actuación de la relación negocial, ya que impide que el incumplimiento se convierta en definitivo y que

848 M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milán, 2004, 24 y ss., en particular 32, donde se expresa que cuando el término no es esencial para el cumplimiento, la prestación deberá ser cumplida según determinadas modalidades de tiempo; sin embargo, el infructuoso vencimiento del término para el cumplimiento no conlleva la extinción de la obligación que grava al deudor, ya que el resultado del interés del acreedor—como elemento estructural de la obligación que se debe mantener tanto en el momento genético como en el momento funcional de ella (sobre la importancia del interés del acreedor en la prestación *cfr.* A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., 95; 116; 277; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 41-44)— será todavía susceptible de lograrse, en este sentido, el interés del acreedor existe hasta que el resultado de la actividad del deudor sea perseguido y el vencimiento del término no esencial no perjudica, de *per se*, tal objetivo.

849 A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., 182 y ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 186, haciendo referencia al retardo, afirma que tiene autonomía como categoría del incumplimiento debido a “la incerteza en los escenarios futuros: el retardo puede transformarse en un incumplimiento total o puede ser un cumplimiento tardío, éste último se adscribe al área del cumplimiento inexacto”.

850 Ver G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en *Scritti giuridici*, I, 1973, 1 y ss. [publicada anteriormente en *Rivista di diritto civile*, 1918, 221 y ss.].

851 F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 189 y ss. Sobre el interés del acreedor se remite nuevamente a M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, cit., 31 y ss.; A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., 276-277; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 41-44.

el supuesto de hecho para la resolución se complete<sup>852</sup>. En sentido jurídico, el cumplimiento no debe tener un impedimento previsto por la ley, como el típico ejemplo en virtud del cual, en principio, si el acreedor ha solicitado la resolución por incumplimiento, luego no le es posible exigir el cumplimiento<sup>853</sup>.

Surge un interrogante sobre la relevancia de la imputación del incumplimiento en el sistema de los remedios<sup>854</sup>, en particular, en la excepción de incumplimiento. El juicio de imputación del incumplimiento se conecta con la responsabilidad patrimonial del deudor, por ello es que el deudor es llamado a responder toda vez que falte, por una causa a él imputable, la prestación debida<sup>855</sup>; para lo cual es fundamental una valoración de la conducta del deudor en el caso concreto. Sin embargo, existen casos en virtud de los cuales la tutela del derecho de crédito de frente a la inejecución de la prestación no requiere imputar la responsabilidad del deudor, pues el incumplimiento de la prestación, aunque inculpable, no admite al deudor que pretenda o que conserve las ventajas que sirven de fundamento de la relación negocial<sup>856</sup>. Aquí la

---

852 F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 192.

853 Artículo 1453 Codice Civile; para todos ver: G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 260 y ss.; artículo 88 n. 2 Ley 1562 de 2012 (Código General del Proceso colombiano).

854 C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 162 y ss.

855 Como afirma V. ROPPO, "La responsabilità patrimoniale", en *Enciclopedia del diritto*, 1043, "la función de la responsabilidad patrimonial y el nexo que la conecta con la obligación se perciben con claridad solo conectándola con el fenómeno del incumplimiento y sus consecuencias. [...] Con esta prospectiva, la responsabilidad patrimonial entra en juego todas las veces que el deudor falte, por una causa a él imputable, el normal cumplimiento de la prestación debida". Además, afirma el autor que "la responsabilidad patrimonial presidia desde el externo el buen funcionamiento de la relación obligacional, y asegura un resultado útil incluso frente a la inercia o la mala voluntad del deudor".

856 *Cfr.* J. GHESTIN, "L'exception d'inexécution", cit., 45, quien afirma que la culpa en el incumplimiento de la contraparte no es exigida, en cuanto la excepción encuentra los orígenes en la *exceptio doli* y por tanto no supone un incumplimiento culposo de la otra parte. Califica el criterio de imputación como una de las *conditions inutiles quanta au fond*. Además, G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 113 y 117, afirma que no es necesario con dolo o culpa para oponer la excepción de incumplimiento, pues el remedio simplemente impide que una parte no tome ventaja respecto a los intereses de la otra; en efecto, la *exceptio* tiende a conservar un estado de igualdad entre los contratantes, no constituye un remedio sancionatorio contra una de las partes, solo es un medio para la conservación del equilibrio jurídico-económico querido por los contratantes en el momento del acuerdo.

valoración de la conducta del deudor es irrelevante porque el incumplimiento se analiza como la no realización de una condición necesaria para la consecución de una ventaja que otorga el contrato<sup>857</sup>. Entonces, es por lo que, en los contratos sinalagmáticos, independiente de cualquier juicio de imputación, el incumplimiento del deudor-acreedor legitima el poder de la contraparte a rehusarse a ejecutar la propia prestación si la otra parte no lo ha hecho o no ha ofrecido el cumplimiento<sup>858</sup>.

La *exceptio non adimpleti contractus* está destinada a garantizar la interdependencia de las prestaciones y el equilibrio de los intereses de las partes —que ya de hecho se encuentran en una compleja situación de acreedores y deudores recíprocos—; por ello, la falta objetiva de actuación de la relación por una de las partes (*ex latere debitoris*) y el interés en el correcto funcionamiento del contrato son suficientes para fundar o legitimar el ejercicio de la excepción. Esto también demuestra que el hecho de que una inejecución de la prestación, sea o no imputable, es irrelevante; lo que cuenta es que el equilibrio de las posiciones de las partes resulta inalterado y se requiere un instrumento para su recuperación y su conservación<sup>859</sup>.

La idea se refuerza si se tiene en cuenta que los efectos de la excepción de incumplimiento se caracterizan por ser más ligeros que los de la resolución por incumplimiento —en cuanto no elimina la obligación, sino que la suspende<sup>860</sup>—. En este sentido, la *exceptio* puede basarse en un incumplimiento inidóneo para

---

857 Para F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 227, el incumplimiento que legitima la excepción puede no ser imputable a dolo o culpa del deudor, pues el remedio no tiene función sancionatoria, sino una que busca mantener entre los contratantes la posición de igualdad predispuesta por el contrato.

858 C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 163.

859 En similar sentido, L. BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, cit., 339.

860 A. DALMARTELLO, “Eccezione di inadempimento”, cit., 354, quien evidencia la relación entre los dos remedios afirmando que la excepción de incumplimiento “costituisce quella che potrebbe dirsi, quanto a intensità di effetti, la manifestazione minore del sinallagma funzionale, a fianco della risoluzione del contratto che ne costituisce la manifestazione maggiore”. Sobre el plano de la ejecución del contrato, en la cual se exige la interdependencia y correlatividad de las prestaciones, el sinalagma se manifiesta con una doble reacción, una menor, de carácter meramente suspensivo o dilatorio, causada por la *exceptio non adimpleti contractus*; y otra mayor, de alcance definitivo, de carácter resolutorio, causada por la resolución por incumplimiento.

generar la responsabilidad del incumplidor<sup>861</sup>. Por ejemplo, si el arrendador entrega el bien para el arrendamiento luego del término previsto, porque un terremoto ha ocasionado daños a dicho bien de modo de hacer necesarios arreglos en su estructura, el arrendatario no debe pagar los cánones correspondientes al periodo en el cual no disfrutó del bien a causa del incumplimiento del arrendador, a pesar que no es imputable a este último<sup>862</sup>.

### 2.1.3.2 NO ESTAR PRESTO AL CUMPLIMIENTO O NO OFRECER EL PAGO SE ASIMILA A UN INCUMPLIMIENTO QUE DA LUGAR AL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

El otro supuesto de hecho que puede configurarse como un incumplimiento que da lugar al ejercicio de la excepción de incumplimiento es la falta de oferta del cumplimiento contemporáneo<sup>863</sup>, siempre que el contrato pueda ser aún cumplido.

Para que sea considerada una oferta que no legitime el ejercicio de la excepción, no es necesaria una oferta formal de cumplimiento, sino un comportamiento tal de meter la prestación debida a la concreta disposición del otro contratante, de modo que dependa solo del acreedor conseguir o no la satisfacción del propio derecho<sup>864</sup>. Se requiere entonces que la oferta, en con-

---

861 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 921; G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 117. Complementa la idea C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 256, afirmando que "para aplicar la *exceptio* no se requiere la prueba al *excipiens* de un incumplimiento culpable de su contraparte". Sin embargo, el examen de la culpa o de una inexecución ilícita se realiza *a posteriori*, cuando se hace el control del ejercicio de la excepción de incumplimiento con efectos resolutorios (como lo denomina la autora: *exception active anticipative*). En igual sentido, J. GHESTIN, "L'exception d'inexécution", cit., 45: "*L'exception peut donc être opposée même si l'inexécution est due à un cas fortuit u à dispositions législatives ou réglementaires*". En fin, el juicio de imputación del incumplimiento que da lugar a la *exceptio* es considerado como inútil: C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, cit., 331.

862 Ejemplo tomado de V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 921, que además precisa que el criterio de imputabilidad sería determinante para establecer la responsabilidad por los daños causados por el retardo en el cumplimiento por parte del arrendador. Y sería determinante para alegar la resolución por incumplimiento del contrato. Sobre este último punto, F. MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Nápoles, 1988, 25 y ss.

863 Para todos, ver G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 505 y ss.

864 En efecto, en el ordenamiento jurídico italiano, la oferta formal constituiría en mora a la contraparte, agravando su situación jurídica, en cuanto se le traslada el riesgo, pierde el

sideración con la buena fe, sea considerada seria; que contenga el compromiso a ejecutar total y contemporáneamente la prestación a favor de la contraparte, de modo que la situación económica y jurídica de ambas partes permanezca en equilibrio<sup>865</sup>; además debe ser un acto receptivo, en el sentido que no debe ser rechazado injustificadamente por el acreedor<sup>866</sup>.

Ahora, respecto a la seriedad de la oferta se ha sostenido que descansa el elemento objetivo: la oferta de cumplimiento seria consiste en la realización, de parte del deudor, de todo aquello que depende a él en consideración a la satisfacción del interés del acreedor. No se trata de establecer si el deudor había ofrecido con intenciones serias, sino si había concretamente dado la posibilidad al acreedor de satisfacer su interés<sup>867</sup>. Con relación al contenido de la oferta, que debe ser completa y ofrecer el cumplimiento simultáneo de la prestación, va referido a la exclusión del cumplimiento parcial de las obligaciones, así esta sea naturalmente divisible. En el caso en el cual la obligación sea divisible, con pluralidad de deudores y no sea solidaria, la oferta será con-

---

derecho a los frutos no percibidos, y estaría obligado al resarcimiento de los daños, ver: G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., 124. Igual sentido, C.A CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 130-131, el deudor no está obligado a realizar una oferta formal prevista en el artículo 1208 del *codice civile* en función de la mora del acreedor, porque tal forma es prevista en un modo especial en relación con un particular efecto: se trata de formas que no pertenecen al cumplimiento, sino formas de la constitución en mora del acreedor.

865 Es la hipótesis de G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 123. El autor firma, con base en la práctica, que “quien solicita el cumplimiento, sin haber preventivamente cumplido, difícilmente se sentirá estimulado a cumplir por el solo hecho de no ver su pretensión paralizada a través de la *exceptio*, exponiéndose casi al riesgo de no obtener la contraprestación y de un desequilibrio incluso patrimonial, de un cumplimiento preventivo; por el contrario, es mucho más frecuente en aquellas hipótesis en las cuales, quien solicita el cumplimiento, no cumpla pero ofrezca a cumplir contemporáneamente a la otra parte”.

866 G. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 861.

867 *Cfr.* C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 227. Por ejemplo, si el día, la hora y el lugar del pago no fueron fijados en la convención, el deudor debe dar aviso del cumplimiento en respeto de los usos, las costumbres y el tipo de prestación, pues se constituiría en un acto necesario con el que pone en condiciones al acreedor de recibir la prestación. O si es una obligación pecuniaria, el deudor puede realizar un depósito bancario a favor del acreedor y entregar el título correspondiente que le permita reclamar la suma de dinero.

siderada completa cuando cada deudor individualmente considerado ofrezca la parte que le corresponde<sup>868</sup>.

Por último, si realizada la oferta el acreedor la rechaza infundadamente<sup>869</sup>, la prestación quedaría incumplida con la justificación que el estado de incumplimiento se debe al hecho que el acreedor no cumplió con su deber de cooperación, impidiendo o poniendo más gravoso el cumplimiento del deudor<sup>870</sup>. Si el acreedor rechaza la prestación infundadamente y posteriormente alega la excepción de incumplimiento, tal comportamiento debe ser considerado contrario a la buena fe y el ejercicio de la *exceptio* ilegítimo. Obviamente, si es una oferta incompleta e inexacta, o que se realiza después de la demanda de resolución por incumplimiento, o después de que el incumplimiento se presenta como irreparable, constituiría una oferta inidónea<sup>871</sup> para bloquear el ejercicio de la excepción<sup>872</sup>, es decir, sería equiparable a un incumplimiento que legitima la *exceptio non adimpleti contractus*.

### 2.1.3.3 EL CUMPLIMIENTO INEXACTO ES A TODOS LOS EFECTOS UN INCUMPLIMIENTO QUE DA LUGAR A Oponer LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO, LA *EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS*

En los artículos 1613 y 1614 de Código Civil colombiano se reconoce que el incumplimiento puede manifestarse en términos de ejecución imperfecta. La distinción entre un incumplimiento total y la inexactitud del cumplimiento

---

868 C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 138.

869 Por ejemplo, las irrisorias diferencias cuantitativas o cualitativas del bien prestado no valen para excluir la satisfacción del interés del acreedor y no justifican el rechazo de la oferta. En igual sentido cuando un débito no ha sido aún liquidado para determinar el monto preciso de la deuda, es decir, si la oferta es aproximativa, mientras que un tercero o el mismo acreedor liquiden la deuda, el rechazo de la oferta bajo el argumento de la inexactitud o parcialidad del pago de la prestación sería contrario a buena fe. Como último ejemplo, si el deudor ofrece más bienes respecto a los que debe, aunque la oferta es inexacta, el acreedor no puede rechazar dicha oferta si le es posible, por la naturaleza de la prestación, sólo rechazar el excedente y aceptar hasta el monto de lo debido.

870 C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 220.

871 G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 506. En efecto, el acreedor puede siempre rechazar la oferta si esta no corresponde a la prestación debida en el contenido, en el objeto en el título y en el lugar, *cf.* C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 221.

872 U. CARNEVALI, "Le eccezione dilatorie", cit., 252.

se justifica por la diferente notoriedad que la inexactitud presenta respecto a la total falta de ejecución de la prestación, pues la prestación ejecutada de manera inexacta es más cercana a equipararse a un cumplimiento exacto o que valga como un cumplimiento parcial<sup>873</sup>.

El cumplimiento inexacto se configura cuando el comportamiento exigido al deudor en la relación obligatoria no corresponde exactamente al contenido de la prestación debida<sup>874</sup>. También puede generarse a causa de la falta de requisitos subjetivos u objetivos relacionados con el objeto material de la obligación, por ello la inexactitud se determinaría desde el aspecto cualitativo o cuantitativo de la prestación<sup>875</sup>. Ante tales hipótesis, juega un papel indispensable el principio de buena fe como parámetro de valoración de conducta del deudor, el interés del acreedor, el tipo de prestación y el sistema de remedios frente al incumplimiento.

El principio de la buena fe otorga reglas que sirven como criterio de valoración del comportamiento de las partes en la ejecución del contrato<sup>876</sup>. Las partes están obligadas a comportarse con diligencia, lealtad, cooperación, abstenerse de realizar comportamientos nocivos para la contraparte, etc., de manera que la violación de tales deberes es determinante para establecer el

873 C. M. BIANCA, *Diritto Civile. La responsabilità*, cit., 7 y ss. Además L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., 666 y L. MARTÍNEZ CALCERRADA, “Cumplimiento defectuoso de la prestación”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, 1348, ilustran que en el cumplimiento inexacto existe un comportamiento del deudor dirigido a cumplir, que, sin embargo, no se ajusta a los parámetros de la relación obligatoria. No es que el deudor no haya hecho nada, sino que lo que haya hecho el deudor lo hizo mal.

874 Dentro de la inexactitud del cumplimiento del deudor, C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 23, incluye dos supuestos de hecho: cuando el deudor ejecuta integralmente la prestación fuera del término establecido para el cumplimiento y cuando el deudor ejecuta la prestación en contraste con lo establecido en el contenido del negocio. En esta sede solo se hablará de esta última hipótesis.

875 G. GIORGIANNI, “Inadempimento”, cit., 862-863.

876 Para todos G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 400 y ss. Contrario a la posición de dar mayor valor normativo al principio de la buena fe, en cuanto permite justificar e introducir otras reglas, entre ellas, la regla de la diligencia, ver: U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 46 y ss., pues afirma la homogeneidad entre el principio de la buena fe y la diligencia, en cuanto, según el autor, son normas objetivas y elásticas de actuación y de valoración de una conducta frecuentemente precisada en sus fines (la satisfacción del acreedor), pero no precisada en sus fines de *doverosità*, y, por lo tanto, de conformidad con el derecho.



incorrecto funcionamiento del negocio y la frustración de ejecución del contrato con miras a la satisfacción de los intereses del acreedor<sup>877</sup>. De todos los deberes exigibles al deudor, la falta de diligencia está directamente relacionada con la categorización de un cumplimiento inexacto, pues la diligencia consiste en el adecuado empleo de las energías y medios idóneos para la realización de un determinado fin en circunstancias normales; según el fin, la diligencia puede exigir la aplicación de facultades volitivas, el recurso a idóneos instrumentos materiales, la observancia de principios técnicos y de preceptos jurídicos<sup>878</sup>. En el campo de las relaciones obligatorias y en la ejecución de las mismas, el deber de diligencia impone, precisamente, ajustar el propio comportamiento a un esfuerzo volitivo y técnico para realizar el interés del acreedor y para no dañar derechos ajenos<sup>879</sup>. También requiere la aplicación de medios adecuados, según los estándares normales —*bon pater familias*, buen hombre de negocios, por ejemplo— en el tipo de relación contractual, para la consecución del interés

---

877 En efecto, como expresa L. MENGONI, “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, cit., 203, la buena fe constituye un verdadero principio en la determinación del objeto de la obligación.

878 C. M. BIANCA, “Negligenza”, en *Novissimo digesto italiano*, XI, 1965, 191. Esta falta de diligencia, o negligencia, puede concretarse por la deficiencia de cautela o ejecución imprudente de la prestación; o por la inobservancia de las reglas técnicas y jurídicas (impericia) exigibles en una determinada actividad, arte o profesión; o por la falta de utilización de los medios e instrumentos materiales indispensables para desarrollar debidamente la actividad; por no realizar en debida forma actos preparativos para la correcta ejecución del contrato. Sobre el particular, se remite a C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 23 y ss.

879 C. M. BIANCA, *Diritto Civile. Il contratto*, cit., 506. Sobre la posibilidad del acreedor de recurrir a remedios contra el incumplimiento de frente a una prestación que, a pesar que no comprometer el específico resultado debido, perjudica o pone en peligro otros intereses merecedores de tutela, citamos un ejemplo propuesto por C. A. CANNATA, *Le obbligazione in generale*, cit., 50-51. Una persona entra a un restaurante para tomarse una cerveza en el piso superior del restaurante. El cliente debe subir unas escaleras peligrosas y sin iluminación, por lo tanto, se puede pretender que se ilumine la escalera y es deber del responsable del restaurante proveer tal iluminación, pues tal deber garantiza la protección del cliente en el local comercial. El cliente estará legitimado a dejar el local sin pagar la cerveza (siempre que no la haya consumido), aún si la cerveza haya sido puesta a disposición del cliente de manera irreversible (por ejemplo, abriendo la botella y sin posibilidad de utilizarla para otro fin). El incumplimiento de la obligación de protección al cliente puede fundamentar el ejercicio de las tutelas contra dicho incumplimiento.

del acreedor<sup>880</sup>. Tanto el esfuerzo como el uso de los medios necesarios para la ejecución de las prestaciones variará según el caso en particular, a pesar que se tenga un estándar de normalidad<sup>881</sup>. Bajo este perfil, la actividad de ejecución de la obligación debe calificarse como inexacta si no se obtiene la satisfacción del acreedor a causa del deficiente esfuerzo volitivo y técnico del deudor, y con el incorrecto empleo de los medios requeridos en el caso concreto.

Así, por ejemplo, la prestación debe ser considerada inexacta y ser legítimamente rechazada cuando ella, a pesar de conseguir el resultado debido, haya

880 “El título puede especificar, en mayor o en menor medida, los medios para el cumplimiento, esto es, puede predeterminar en todo o en parte el contenido de los particulares momentos del comportamiento del deudor y de las modalidades de éste, e, incluso, puede individuar, así sea implícitamente, los instrumentos materiales mediante los cuales debe ser satisfecho el interés del acreedor”: C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 31.

881 De esta manera la diligencia se presentaría como un criterio elástico, lo cual comporta que la diligencia, como parámetro de valoración del comportamiento, no sea fijado *a priori*, ni de manera rígida para todos los supuestos de hecho, pues deberá determinarse según el momento histórico y según las aristas que presente el caso concreto, de forma que responda a los cambios de la realidad y constituya un instrumento idóneo para regular una realidad siempre más dinámica. Sobre este punto es importante precisar que la diligencia se presenta como un criterio de valoración de la conducta de las partes durante todo el desarrollo de la relación contractual, en particular en el cumplimiento, sin que esto quiera significar que cumple un rol integrador como sí lo hace la buena fe. Cfr. S. RODOTÀ, “Diligenza (Diritto civile)”, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milán, 1964, 540; U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., 106. En efecto, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 228 y ss. expresa que el deber de diligencia encuentra mayor significado práctico en los contratos de prestación de servicios profesionales—como el del médico, abogado o arquitecto—, en cuanto la diligencia se convierte en una medida de la exactitud del comportamiento contractual. Sin embargo, la autora llega a evidenciar y critica, con base en análisis que hace de la jurisprudencia que trata conflictos con los contratos de prestación de servicios profesionales, que la diligencia se limita a reenviar la observancia de reglas precisas para la realización de una determinada actividad, en particular, profesional. De esta manera, la regla de diligencia se convierte en una regla general que resume o reagrupa una serie de modelos de comportamientos ya definidos por otras normas de diferente naturaleza: normas legislativas, contractuales, disciplinarias, cuya valoración es indispensable para determinar si el profesional actuó o no con diligencia, todo lo cual se convierte en un criterio restringido de la culpa profesional y no permite una esfera de discrecionalidad integrativa a las reglas que surgen de la profesión. Por su parte, quien da un valor integrador al deber de diligencia, ver: U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 55 y ss.

sido ejecutada en contravención de normas jurídicas; o cuando el profesional de la arquitectura no usa las técnicas propias en la elaboración de los planos, diseños y construcción, y de todas formas entrega la obra finalizada; o si el empresario no utiliza su organización comercial, que responde a estándares de eficiencia y funcionalidad en el cumplimiento de su actividad, para la satisfacción de los intereses de su cliente.

Se afirmó además que la inexactitud de la prestación también hace referencia a la falta de requisitos de calidad y cantidad relacionados con el objeto material de la prestación. El primer requisito se refiere a una calidad media, la cual corresponde a las características que debe tener el bien para que se le atribuya un valor promedio; y a una calidad esencial, que corresponde a los atributos necesarios para la normal destinación del bien<sup>882</sup> y siempre que el acuerdo de las partes, sus tratos precedentes y las condiciones de equilibrio del contrato no exijan calidad diversa. La falta de requisito de calidad también hace referencia a los vicios de la cosa, pues son defectos o anomalías que alteran la funcionalidad, la esencia o la idoneidad de la cosa, según los usos normales o el pactado en el contrato. En fin, la falta de cualidades y la presencia de vicios de la cosa pueden configurar una hipótesis de cumplimiento inexacto de la prestación, por lo tanto, de un verdadero incumplimiento<sup>883</sup>.

Ahora, ¿cómo se ejerce legítimamente la excepción de incumplimiento frente a un cumplimiento inexacto?<sup>884</sup> Cuando la excepción de incumplimiento se

882 C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 259 y ss.

883 C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 23 y ss.

884 Sobre la disciplina de los vicios y la falta de cualidades en el ámbito de la disciplina de incumplimiento se remite a C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 50 y ss. Se parte de la premisa que no existe incompatibilidad entre la garantía y los remedios contra el incumplimiento. En la venta de cosas genéricas el vendedor es incumplidor si entrega cosas viciadas o privas de la cualidad debida y el acreedor, dentro del término de vigencia de las garantías, puede hacer efectivas dichas garantías, como puede al mismo tiempo rehusarse a cumplir con sus prestaciones. Vencido el término para hacer efectiva la garantía por vicios de la cosa, al acreedor solo le queda oponer los remedios contra el incumplimiento. En efecto, la excepción de incumplimiento puede ser propuesta por el comprador llamado a juicio por el vendedor para la resolución del contrato por incumplimiento, aunque se haya vencido el tiempo para reclamar la garantía por los vicios de la cosa o la relativa acción se haya extinguido por prescripción, pues la finalidad de la *exceptio* es paralizar la pretensión de la contraparte. En igual sentido, *cfr.* E. LANZI, "In tema di difformità e vizi dell'opera nel contratto di appalto", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2005, 861-865, quien evidencia que la norma 1667

ejerce frente al incumplimiento inexacto, ella se denomina *exceptio non rite adimpleti contractus*<sup>885</sup>.

La falta de conformidad de la ejecución de la prestación a causa de su indebida realización o a falta de cualidad o cantidad de la cosa objeto del contrato legitima la oposición de la excepción de incumplimiento inexacto<sup>886</sup>. De hecho, la *exceptio non rite adimpleti contractus* tiene por finalidad proteger a los contratantes que ven vulnerada la ejecución exacta de su obligación y tiene como objetivo principal enervar el pago de la contraprestación hasta que la prestación sea ejecutada correctamente o los defectos sean corregidos<sup>887</sup>.

El acreedor no está obligado a recibir cosa distinta a lo pactado, ni un cumplimiento parcial, ni debe contentarse con una prestación que se aleje de lo previsto en el contrato<sup>888</sup>. En efecto, no hay duda de que el comprador

del *codice civile*, relativa a las garantías del contrato de obra, no se configura como una particular aplicación de la *eccezione di inadempimento* del artículo 1460 *codice civile*. Son ambos remedios puestos a disposición del contratante de una obra, una de carácter específica y la otra general, sin que pierdan su autonomía.

Además, sostenemos que sobreponer el ejercicio de las acciones edilicias y la *exceptio* tendría un efecto indeseado en la tutela del contrato, pues vencidas las acciones edilicias, la ejecución simultánea y recíproca del contrato quedaría sin protección.

885 R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., 516 y ss.; G. SCADUTO, "L'exceptio non adimpleti contractus" nel diritto civile italiano", cit., 84; G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 126 y ss.; L. BIGLIAZZI GERI, "Eccezione di inadempimento", cit., 339-340; F. ADDIS, "Le eccezione dilatorie.", cit., 449 y ss.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 62-68; S. BOZZO HAURI, "La 'excepción de contrato no cumplido adecuada o regularmente' y su régimen en el derecho civil español", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 2014, 83 y ss.

886 Alguna resistencia sobre la admisibilidad de la excepción opuesta a un cumplimiento inexacto, que se configure de poca importancia, véase, por ejemplo, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 922 y F. TERRÉ- P. SIMLER- Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., 690; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, t. II, cit., 935.

887 S. BOZZO HAURI, "La 'excepción de contrato no cumplido adecuada o regularmente' y su régimen en el derecho civil español", cit., 84.

888 "Ha de insistirse en que el pago de lo que el deudor debe es de suyo indivisible (ha de hacerse unitariamente), a despecho de la divisibilidad del objeto, a menos que por la naturaleza de la prestación y su modalidad la obligación esté llamada a ser cancelada por fracciones. El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria (art. 1640 Código Civil colombiano). De modo que, aun tratándose de objetos divisibles, el deudor debe pagar en un solo contado,

pueda rechazar la cosa contratada que resulte viciada o privada de la cualidad prometida, pues no hay una razón válida para obligar al comprador a recibir cosas que no corresponden al título obligacional y a pagar por ello<sup>889</sup>.

Sin embargo, en el caso que el acreedor reciba la prestación ejecutada inexactamente no puede ser considerado como una renuncia al ejercicio de los remedios contra el incumplimiento, pues la aceptación de ese tipo de prestaciones puede acaecer debido al tráfico jurídico o a la conveniencia de los intereses de las partes, todo lo cual no significa que se respete el buen funcionamiento de la relación negocial y la satisfacción de los intereses del acreedor. Por ejemplo, el comprador recibe una atribución patrimonial a causa del exacto cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar el bien elegido y aceptado por el comprador, es decir, se conserva el buen funcionamiento del contrato cuando se ejecutan correctamente las prestaciones<sup>890</sup>. Si el adquirente recibe un bien que contrasta con el programa contractual, no existiría una atribución patrimonial a su favor y, por tanto, crea un supuesto de hecho de desequilibrio, al cual la *exceptio* podría tener campo de aplicación<sup>891</sup>. En efecto, la *exceptio*,

---

a menos que el en título se haya dispuesto otra cosa, o que las partes convengan luego el fraccionamiento, o la que ley lo prevenga (art. 1650 y 1684 Código Civil colombiano)": F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 628.

- 889 Como enseña F. ADDIS, "Le eccezione dilatorie", cit., 449, anteriormente se había sostenido que un cumplimiento defectuoso solo legitimaba el ejercicio de las acciones edilicias, proscribiendo los remedios específicamente predispuestos por el incumplimiento, entre ellos, la *exceptio*. Tal posición es ampliamente superada por la doctrina, en cuanto el cumplimiento inexacto configura de todas formas un supuesto de hecho de incumplimiento. En el mismo sentido A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 63, sostiene que dentro del sistema jurídico deben entenderse incluidas en el concepto de incumplimiento el total incumplimiento y la ejecución imperfecta, respecto a esta última la *exceptio non rite adimpleti* sirve igualmente como un instrumento de *autodifesa*. En el derecho español, S. BOZZO HAURI, "La 'excepción de contrato no cumplido adecuada o regularmente' y su régimen en el derecho civil español", cit., 113, por ejemplo, se entiende igualmente que el cumplimiento defectuoso es un incumplimiento y, que, en materia de compraventa, en situaciones de cumplimientos menores no debería estar solo protegido por las acciones edilicias.
- 890 Además, cuando las partes no se apartan de lo convenido y se cumple con lo que se prometió, conlleva el respeto de la regla *pacta sunt servanda*, como de la regla del equilibrio sinalagmático de las prestaciones del contrato. Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, cit., 1344.
- 891 Contrariamente G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 146 sostiene que el contratante que se le ofrezca el cumplimiento parcial o se ejecute de forma inexacta la pre-

de un lado, corrige dicho desequilibrio en la relación negocial, por medio de la legitimación a no realizar el pago del precio correspondiente a la cosa recibida; de otro lado, invita a la contraparte a sustituir el bien o reparar la cosa de conformidad con lo prometido, es decir, a cumplir exactamente<sup>892</sup>. En la situación que no se pueda reparar, ni sustituir la cosa, se tiene la posibilidad de reducir el precio, y, en este caso, la excepción tendría como finalidad suspender el contrato hasta que se determine el monto del precio que deberá pagar el comprador con base en la inexactitud de la ejecución de la prestación<sup>893</sup>.

---

stación y lo acepte, perdería el derecho a rechazar la contraprestación, ya que demostraría el interés en obtener la prestación así sea inexacta. También F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 228, sostiene que el acreedor pierde la posibilidad de ejercer el remedio, solo si acepta expresamente la conformidad a la prestación prometida. Por su parte, A. FRONDIRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milán, 2005, 267 y ss. afirma que solo serían acumulables los dos remedios (la potestad de rechazar un cumplimiento parcial o inexacto con la *exceptio non rite adimpleti contractus*) si la oferta a cumplir inexactamente o parcialmente constituye objetivamente un incumplimiento apreciable. La aceptación de este tipo de incumplimiento sin la gravedad objetiva demostraría que el acreedor podría obtener la utilidad del contrato. Tales posiciones no pueden ser compartidas. El ejercicio de la excepción de incumplimiento corresponde a un momento posterior respecto a la oferta de la prestación por parte del deudor y cumple una función de equilibrio contractual en la fase ejecutiva del contrato, la cual permite suspender el contrato hasta que el deudor se allane al cumplimiento, en cuanto el incumplimiento no es definitivo y existe interés del acreedor en preservar el vínculo.

- 892 D. RUBINO, *La compravendita*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milán, 1962, 851. Análogamente, C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 57, afirma que el rechazo de la prestación solo podría ser legítimo cuando la inexactitud del cumplimiento sea tal de consentir la resolución del contrato. La excepción podría contener o acompañarse de la demanda de resolución. Según el autor, a falta de la resolución, la excepción conserva su significado: no el de la pretensión a la sustitución de la cosa o la remoción de los vicios, sino simplemente de justificar el no pago de la prestación frente al grave incumplimiento de la contraparte. Una similar concepción tiene G. AULETTA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 300 y ss., pues considera que la excepción prepara el camino para el ejercicio de la resolución por incumplimiento.
- 893 C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 58. La identidad de efectos entre la acción de reducción del precio y la excepción de incumplimiento no debe deducirse que ambos remedios son sobrepuestos o excluyentes entre ellos, pues es una elección de conveniencia de la parte afectada por el incumplimiento la manera como los propone en el proceso, *cfr.* E. LANZI, “In tema di difformità e vizi dell'opera nel contratto di appalto”, cit., 864.

Bajo este perfil, la *exceptio* desarrolla una función conservativa del contrato, protectora del equilibrio negocial y colaboradora con la correcta ejecución de las prestaciones —sea incentivando al cumplimiento, sea estimulando a la contraparte a reparar la inexacta ejecución<sup>894</sup>.

La *exceptio non rite adimpleti contractus* debe ser ejercida conforme a buena fe, de lo contrario, tal ejercicio puede configurarse como abusivo o servir como instrumento para encubrir el propio incumplimiento<sup>895</sup>. En efecto, se ha sostenido que la potestad de rehusarse a cumplir las propias prestaciones por el *excipiens* podría presentarse como abusiva, pues el incumplimiento total del *excipiens*, en teoría, sería desproporcionado frente al cumplimiento inexacto<sup>896</sup>. Tal posición debe precisarse y analizarse conforme a la funcionalidad sinalagmática propia de la excepción de incumplimiento y a los intereses de las partes<sup>897</sup>. Un cumplimiento cualitativamente no conforme a los parámetros

---

894 Cfr. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 64 que sostiene que el rechazo a cumplir cuando existe un cumplimiento inexacto, además de conservar o preservar el equilibrio del contrato cuando tal incumplimiento afecta el interés de la contraparte, tiene una función reparadora del vínculo, es decir, la excepción “podría ir en dirección de realizar una especie de mantenimiento de la relación contractual, estimulando a la contraparte no solo a cumplir en modo cualitativamente correcto, sino también a reparar, a la relación todavía en curso, los daños ocasionados por la mala ejecución”.

895 Ver, M. TRECCANI, “Brevi note in tema di exceptio non rite adimpleti contractus e buona fede”, *Rivista di diritto privato*, n. 1, 2006, 183-219; P. CORRIAS, “Sulla controversia applicabilità della eccezione parziale di inadempimento al contratto di locazione, Obbligazioni e contratti”, 2005, 203; F. VIGLIONE, “Buona fede e eccezione di inadempimento”, *Studium iuris*, 2005, 950; V. AMENDOLAGINE, “Esecuzione del contratto secondo buona fede ed opponibilità dell’eccezione non rite adimpleti contractus”, *Corriere giuridico*, 7, 2005, 977-980; C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l’inexécution du contrat étude comparative*, cit., 96. Contrario a la idea que la buena fe sea el parámetro de valoración de comportamiento de quien opone la *exceptio non adimpleti contractus*, ver C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 300-301.

896 Cfr. G. PERSICO, *L’eccezione di inadempimento*, cit., 128; 144 y ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 921.

897 En efecto, M. TRECCANI, “Brevi note in tema di exceptio non rite adimpleti contractus e buona fede”, cit., 214-215, considera que el criterio de proporcionalidad entre el incumplimiento de una parte y el que legítimamente opone el *excipiens* puede resultar inadecuado si sólo se considera el plano cuantitativo desconociendo los intereses de las partes. Sería el criterio de la buena fe la que colaboraría a establecer en el caso concreto en cuales hipótesis “el interés del deudor-acreedor debe ceder de frente al interés de la contraparte que, no obstante, su incumplimiento, debería ser irrelevante” de modo

de diligencia requeridos al deudor puede comprometer el equilibrio contractual, incluso, generar la pérdida del interés de la contraparte, por ende, sería justificado que la contraparte suspenda la ejecución de las prestaciones a su cargo, de lo contrario, la parte fiel se encontraría en la “infeliz situación de tener que cumplir con la contraprestación sin lograr el cumplimiento de contraparte con la satisfacción del propio interés perseguido con el contrato o, incluso, reportando daños”<sup>898</sup>. Obviamente, un ejercicio fuera de la funcionalidad propia de la excepción de incumplimiento sería considerado abusivo<sup>899</sup>.

---

que no se pueda ejercer la *exceptio*. En particular, la valoración con base en la buena fe permite acertar si el ejercicio de la excepción “no resulta legítimo cuando, por ejemplo, la exacta prestación no es posible, o cuando el acreedor no ofrece contextualmente al deudor la posibilidad de remediar la inexactitud de su cumplimiento”.

- 898 A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 64. También, N. SAPONE, “Exceptio non rite adimpleti contractus e gravità dell’inadempimento”, *Giurisprudenza di merito*, 1, 2009, 583-586. En igual sentido y diferenciando el campo de aplicación de la *exceptio* respecto a la resolución por incumplimiento, ver C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l’inexécution du contrat étude comparative*, cit., 96: “esta posición permite distinguir claramente entre la excepción y la resolución. Esta última está reservada a las hipótesis de incumplimiento grave; [por su parte], la excepción de incumplimiento tiene un campo más amplio. Ella permite, sea para asegurar que el deudor continúe con la ejecución del contrato si ha cometido un incumplimiento grave, sea para incitarlo a ejecutar el saldo de sus compromisos si su incumplimiento fue mínimo”.
- 899 Un ejemplo propuesto por C.A. CANNATA, *Le obbligazione in generale*, cit., 52, ilustra la posición. Una empresa que confecciona vestidos se obliga, por una contraprestación, a suministrar a un comerciante un cierto número de vestidos repartidos durante un periodo determinado, subdividido en tres etapas. La totalidad de los vestidos fueron entregados al terminar el contrato, sin embargo, la cantidad de vestidos suministrados en las diferentes etapas fue irregular, pues en una etapa se entregaron más vestidos que en las otras etapas. El comerciante no realizó observaciones sobre el suministro y, por el contrario, vende algunos vestidos suministrados. La empresa demanda para reclamar el pago de dichos vestidos y el comerciante opone la *exceptio non rite adimpleti contractus*. En este caso, existe una clara manifestación que el acreedor ha conseguido el interés buscado por el contrato y de no querer ejercer dicha tutela, y, sin embargo, parece que usa la *exceptio* con el fin de sustraerse al cumplimiento del contrato. En particular, se cree que su tolerancia del cumplimiento inexacto comporta que éste sea equiparado a un cumplimiento parcial, incluso, a un cumplimiento exacto, con base en el deber de lealtad y deber de coherencia con los propios actos; por lo tanto, un ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus* en este tipo de situaciones se configuraría a todas luces como contrario a buena fe. A este tipo de supuestos de hecho, le es aplicable una de las conclusiones de M. TRECCANI, “Brevi note in tema di exceptio non rite adimpleti contractus e buona fede”, cit., 215, “una vez que se escoja de orientar la valoración de



En el caso que el acreedor acepte parcialmente la ejecución de la prestación, porque la naturaleza de esta lo permite, la prestación sería considerada cumplida parcialmente<sup>900</sup> y, por lo tanto, la excepción solo sería oponible a aquella parte que no fue ejecutada<sup>901</sup>. Es decir, un incumplimiento inexacto en el aspecto cualitativo y cuantitativo legitima el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, en la debida proporción al defecto cualitativo o cuantitativo, ejecutada por el otro contratante, sin que esto signifique un incumplimiento definitivo del contrato ni que sea contrario a buena fe<sup>902</sup>. En efecto, no se ve el problema en aceptar que, en el tema de compraventa, el comprador pueda efectuar un cumplimiento parcial –es decir, el pago de una fracción del precio– frente al cumplimiento inexacto del vendedor consistente en la entrega parcial de la mercancía prometida<sup>903</sup>, o en el contrato de suministro se reconozca legítimo rehusarse a pagar parte de las cosas no suministradas, e incluso de las sucesivas, con base en los incumplimientos anteriores<sup>904</sup>; o en el contrato de construcción no pagar el saldo de la obra hasta tanto no se eli-

---

la buena fe hacía el apreciamiento de la coherencia y la conformidad de la conducta de las partes respecto a los respectivos intereses a la correcta actuación de la relación, la verificación fundamental tiene que ver, de un lado, a la naturaleza no definitiva del incumplimiento, de otro lado, a la posibilidad del acreedor de obtener utilidad del contrato incumplido en modo inexacto y su interés en recibirla”.

- 900 A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., 88 y ss.
- 901 P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 56; A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, cit., 170. Resalta la posición de R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Nápoles, 2012, 14, pues sostiene que al acreedor le conviene rechazar la prestación inexacta porque garantiza todas las tutelas contra el incumplimiento. Si la acepta, liberaría *pro parte* al deudor y no se le permitiría el ejercicio de los remedios respecto a la parte de la prestación incumplida cuando podría ser de poca entidad. No se puede compartir esta posición ya que sería contrario a derecho eximir de responsabilidad de la prestación faltante al deudor, bajo el pretexto de la poca importancia del incumplimiento, y desproteger el interés del acreedor a ver satisfecho su crédito.
- 902 C. M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, cit., 351.; R. SACCO, “I rimedi sinallagmatici”, cit., 682.
- 903 Como el caso que comenta G. SARDO, “Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimplenti contractus”, cit., 447 y ss.
- 904 Análogo a una de las controversias analizada por M. TRECCANI, “Brevi note in tema di exceptio non rite adimpleti contractus e buona fede”, cit., 212 y ss.

minen los vicios de esta<sup>905</sup>; incluso, reconocer al arrendatario el pago parcial del canon de arrendamiento cuando se ve afectado en el uso y disfrute de la cosa arrendada<sup>906</sup>. Creemos que negar el ejercicio de la excepción en el caso de incumplimiento parcial significaría imponer al contratante fiel efectuar la total prestación sin haber recibido la debida contraprestación según los términos del acuerdo<sup>907</sup>, generando un desequilibrio entre los intereses de las partes previstas en el contrato<sup>908</sup>.

En la práctica, el juez debe valorar el sinalagma en su complejidad y tener en cuenta que el cumplimiento inexacto y su aceptación o menos por el acreedor asume fisionomías diferentes según la naturaleza de la prestación, la duración de la relación negocial, las modalidades de ejecución y el posible conflicto de intereses del acreedor entre salvaguardar la utilidad del contrato o ejercer los remedios reconocidos por la ley. La cuestión de la legitimidad en el ejercicio de la *exceptio* tendrá que ser resuelta caso por caso en consideración de las circunstancias más relevantes y del balance de los intereses metidos en juego por ambas partes en la relación negocial. La referencia a la buena fe impone un esfuerzo interpretativo con el fin de conciliar que frente

---

905 En el mismo sentido del caso estudiado por E. LANZI, “In tema di difformità e vizi dell’opera nel contratto di appalto”, cit., 861 y ss.

906 Como se acepta en el supuesto de hecho comentado por V. AMENDOLAGINE, “Esecuzione del contratto secondo buona fede ed opponibilità dell’eccezione non rite adimpleti contractus”, cit., 977 y ss.

907 C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l’inexécution du contrat étude comparative*, cit., 97; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Nápoles, 1990, 247 y ss. Esta situación puede ser equiparada igualmente en caso que sobrevenga una imposibilidad parcial del contrato a causa no imputable de las partes. La contraprestación se reduciría proporcionalmente en la parte que puede ser actuada, salvo que una de las partes, conforme a buena fe, no esté interesada en recibir un cumplimiento parcial. No hay espacio, en cambio, para la excepción de incumplimiento si sobreviene una total imposibilidad sobrevenida a causa no imputable a las partes, pues el deudor de la prestación se libera debido a la extinción de la obligación a causa de la imposibilidad sobrevenida. El otro contratante puede abstenerse a cumplir sin necesidad de oponer la *exceptio*. Existe una situación de inexecución del contrato al cual la excepción de incumplimiento no sirve como remedio, *cfr.* F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 237 y L. BIGLIAZZI GERI, “Eccezione di inadempimento”, cit., 339; 348-349. Contrariamente, A. DALMARTELLO, “Eccezione di inadempimento”, cit., 359.

908 L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 19 y ss.

a un incumplimiento parcial la parte está legitimada a hacer uso de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

#### 2.1.3.4 EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO NO LEGITIMA EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La excepción de incumplimiento tiene una función dilatoria<sup>909</sup> o suspensiva de las prestaciones del contrato<sup>910</sup>, con el fin de estimular el correcto funcionamiento de la relación negocial<sup>911</sup>, de modo que no se destruye el contrato frente al incumplimiento de la contraparte, sino que se preserva con el objetivo que se ejecuten todas las prestaciones en consideración a la reciprocidad y al equilibrio de la relación sinalagmática. Para lo anterior, se requiere que el incumplimiento no sea irreversible, esto es, que todavía exista una relación contractual que pueda ser reparable<sup>912</sup>.

Entonces, ¿cuáles serían las hipótesis en las que el incumplimiento podría ser categorizado como definitivo?<sup>913</sup> Esta pregunta resulta adecuada en cuanto se pueden establecer las características del incumplimiento que excluye a la parte fiel la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento, no por ser contrario a derecho, sino por ser inadecuado para la tutela de los intereses involucrados en la relación contractual<sup>914</sup>.

---

909 F. ADDIS, “Le eccezione dilatorie”, cit., 440.

910 J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 49; G.M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, cit., 116.

911 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 59.

912 Determinar o no si el deudor ha definitivamente incumplido el contrato o se encuentra en una situación de simple retardo “sirve para tener en consideración los instrumentos que el ordenamiento coloca a disposición del acreedor para la realización de su propio derecho”: M. GIORGIANNI, *Inadempimento*, cit., 872.

913 A. LUMINOSO, U- CARNEVALI, M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 5 y ss.; C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 23, 135; G. AMADIO, “Inattuazione e risoluzione: la fattispecie”, cit., 83 y ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 36 y ss.; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., 101; 283 y ss.; Y.M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat*, cit., 304 y ss.

914 La doctrina entiende de manera prevalentemente pacífica que el incumplimiento definitivo no da lugar a oponer la excepción, ver para todos, G. SCADUTO, “L’‘exceptio non adimpleti contractus’ nel diritto civile italiano”, cit., 176, y recientemente a A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 59 y ss. Algunos, por su parte, consideran que además de no ser un incumplimiento que sirva para ejercer la excepción, en caso de

El carácter definitivo del incumplimiento se ha identificado con aquellas hipótesis en las que la prestación no puede ser realizada por el obligado, sea por razones objetivas, sea por causas dependientes del deudor que no pueden ser reparables<sup>915</sup>, ambas destructoras del interés del acreedor en la actuación de la relación negocial<sup>916</sup>. En este orden de ideas, la primera hipótesis es que la obligación que no puede ser ejecutada por imposibilidad o inutilidad objetiva de la prestación<sup>917</sup> es el ejemplo del término esencial, el cual impide al deudor cumplir tardíamente<sup>918</sup>. Otra hipótesis se configura cuando el acreedor ha perdido objetivamente el interés en obtener el cumplimiento de la prestación<sup>919</sup>. En estas hipótesis puede ocurrir que la prestación sea ejecutada materialmente, pero el deudor no tiene el derecho de hacerla y el acreedor tiene el derecho a rechazarla<sup>920</sup>.

Existen comportamientos del deudor que demuestran desprecio por el cumplimiento del contrato y que son considerados como un incumplimiento

---

hacerlo sería contrario a buena fe y, por ende, constituiría una forma de ejercicio abusivo del remedio; ver para todos. C. M. BIANCA, “Eccezione d’inadempimento e buona fede, en *Il contratto*, silloge in onore di G. Oppo”, I, 1992, 522.

915 A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 439.

916 M. GIORGIANNI, *Inadempimento*, cit., 862. Sobre el carácter definitivo del incumplimiento y la indemnización de perjuicios, ver: F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 196-213.

917 G. AMADIO, “Inattuazione e risoluzione: la fattispecie”, cit., 85.

918 M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, cit., 26 y ss.

919 A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 132.

920 A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 129. Por su parte, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1611-1612 sostiene que un incumplimiento es irreversible cuando el acreedor le ha dado una importancia crucial al vencimiento del término, con el cual sostiene también vencido su interés en la prestación; pueden suceder dos cosas (i) que el acreedor comunique al deudor su intención de resolver el contrato y de rechazar el cumplimiento tardío (ii) que el acreedor demande judicialmente, lo cual prescribe la posibilidad de cumplimiento del deudor. El comportamiento del acreedor también es determinante para establecer la irreversibilidad del incumplimiento, pues si declara su deseo de resolver el contrato crea una confianza en el deudor de no realizar actos que le permitan cumplir tardíamente.

definitivo<sup>921</sup>, en aras de proteger los intereses de la contraparte<sup>922</sup>. Son los casos en los que el deudor manifiesta no cumplir con sus obligaciones antes de la exigibilidad de las mismas y realiza comportamientos objetivamente coincidentes con tal declaración, de modo que excluye la certeza de la ejecución futura de la prestación<sup>923</sup>; o cuando el deudor destruye culposamente el objeto de la prestación antes de su entrega<sup>924</sup>. También puede encuadrarse como incumplimiento definitivo el que surge de una obligación de no hacer, pues cada violación de la obligación constituye *per se* un incumplimiento, en principio, definitivo<sup>925</sup>.

---

921 R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1601: “L’inadempimento è l’infedeltà ai doveri imposti dal contratto, indipendentemente da ogni conseguente ulteriore perdita patrimoniale della controparte”.

922 G. MURARO, *L’inadempimento prima del termine*, cit., 279-284. Parece consolidado el recurso a los remedios sinalagmáticos siempre que exista una certeza que el cumplimiento del contrato no se realizará por un comportamiento del deudor. En caso que sea un mero peligro de incumplimiento futuro, están a disposición los remedios de carácter dilatorio-suspensivo, ver para todos: G. AMADIO, “Inattuazione e risoluzione: la fattispecie”, cit., 95.

923 F. ROMANO, “Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine”, cit., 607 y ss.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, cit., 160-169; G. MURARO, *L’inadempimento prima del termine*, cit., 248 y ss.; V.P. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 215 y ss.; A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell’adempimento*, Milano, 2013. 15 y ss. En palabras de R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1604. “Ma altrettanto è vero che il creditore, in attesa della scadenza, non dev’essere obbligato a sfogliare la margherita per indovinare cosa farà il debitore”.

924 V.P. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., 158 y ss.

925 Ver C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 241-242, quien expone que en principio el incumplimiento de una obligación negativa muestra el carácter de definitivo, pero existen situaciones en las que el incumplimiento puede ser revertido, exigiendo el comportamiento de inercia de la obligación siempre que se satisfaga el acreedor. Por ejemplo, si el deudor viola su compromiso abriendo un negocio, es siempre posible que el vendedor cierre el negocio y restaure la situación inicial. En este sentido, el carácter definitivo de la violación de la relación contractual de prestaciones de no hacer tiene que ver con la posibilidad que el interés crediticio sea todavía susceptible de ser satisfecho por el deudor y que el precedente incumplimiento pueda ser superado de la ejecución de la relación o que sus efectos dañinos sean removidos. Con base en lo anterior, compartimos la idea de no generalizar la no procedibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de incumplimiento de obligaciones de no hacer, planteado por L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 43; la autora sostiene que es posible que el acreedor pueda suspender las prestaciones a su cargo cuando el deudor de la obligación de no hacer tiene la posibilidad de un cumplimiento tardío o de

En estas hipótesis la *exceptio non adimpleti contractus* no tendría lugar de aplicación. Cuando el remedio se enfrenta contra un incumplimiento definitivo del contrato, no cumpliría la función de preservación o mantenimiento del vínculo, de permitir el futuro cumplimiento del contrato, lo cual es típico de su esencia. En caso que se proponga, no significa que sea un ejercicio contrario a buena fe<sup>926</sup>, sino un ejercicio de la excepción en ausencia de un presupuesto de aplicación objetivo: un incumplimiento remediable de modo que se pueda suspender la contraprestación debida. El ejercicio del remedio no sería coherente con la función a ella atribuida por el ordenamiento, de modo que, frente a un incumplimiento radical e irreversible, la *exceptio* no es un instrumento idóneo para tutelar el interés esencial típico del contrato, pues dicho interés está destinado a quedar insatisfecho a pesar de la aplicación del remedio sinalagmático<sup>927</sup>. En cambio, un remedio resolutorio, como la resolución por incumplimiento—por vía de acción o por reconvencción—o la ‘excepción sustancial de resolución’, debería ser la tutela llamada a remediar la relación sinalagmática, sin que se excluya que precedentemente se haya ejercido la excepción cuando el incumplimiento no era definitivo<sup>928</sup>. En fin, elegir

---

deshacer el acto prohibido. Si se elimina de manera radical la procedibilidad de la *exceptio* en estos casos, se llegaría a la desafortunada conclusión que, en caso de incumplimiento, el acreedor solo debe conformarse a solicitar la resolución y el resarcimiento del daño, aun cuando su interés puede ser satisfecho *in natura*.

- 926 Por su parte, G. SARDO, “Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimplenti contractus”, cit., 456, identifica el ejercicio contrario a buena fe como aquel que no corresponda a la función que le dio la ley o con el uso normal del derecho. Por ello, afirma que “dovrà considerarsi contraria a buona fede l’exceptio sollevata a fronte di una violazione dei doveri preparatori tale da comportare un inadempimento radicale e definitivo, in quanto l’effetto dilatorio tipico del rimedio non consentirebbe in ogni caso all’eccipiente di realizzare il risultato che egli intendeva ottenere con la stipulazione del contratto”.
- 927 Esta idea la sostiene G. SARDO, “Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimplenti contractus”, cit., 456, respecto a incumplimiento irreversible anticipado, la cual creemos igualmente aplicable en caso que el incumplimiento sea definitivo y actual.
- 928 Como lo evidencia A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 59-61, entre la excepción de incumplimiento y la resolución pueden existir intersecciones. Cuando, por ejemplo, después de la oposición de la excepción, el incumplimiento de la contraprestación deja de ser remediable a ser irremediable y, por ende, a convertirse en el presupuesto para el ejercicio de la acción de resolución. Se trata de un ejercicio articulado de los remedios, mas no por ello se puede llegar a la conclusión que la excepción de incumplimiento tenga un efecto extintivo o que necesite como presupuesto un

la excepción de incumplimiento para afrontar un incumplimiento definitivo sería una elección equivocada para gestionar y tutelar la propia posición en la relación negocial.

#### 2.1.4 LOS PRESUPUESTOS DE EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN GARANTIZAN LA CORRECTA PROPOSICIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO Y EL CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN PARA LA CUAL FUE DISEÑADA

El contrato sinalagmático representa una de las figuras de las cuales los particulares hacen mayor uso. El constante y complejo intercambio de bienes y servicios entre los individuos trae para el intérprete desafíos en la comprensión de dicho intercambio, en el sentido que debe valorar todos los aspectos de manera integral, sin abandonar elementos mercedores de tutela y atención. La comprensión del vínculo sinalagmático a través de los principios, en particular de la buena fe en su función integradora, permite estimar todas las aristas que surgen del contrato, y comprenderlo de esta manera permite ampliar el campo de acción de las figuras que se encargan de tutelarlos.

Y es justamente la buena fe la que exige la valoración de las circunstancias concretas del negocio, el análisis de los intereses de las partes desde una perspectiva unitaria en atención al tipo contractual o al acuerdo entre ellas, lo que permite evidenciar una serie de obligaciones que hacen parte del vínculo y que se relacionan recíprocamente para garantizar el correcto funcionamiento del negocio y la satisfacción de los intereses en juego. Con base en esto, las tutelas sinalagmáticas, como la excepción de incumplimiento, deben propender a ser más elásticas, a considerar todas las aristas de la relación negocial, con el fin de encontrar una protección integral de los contratantes y colaborar con el correcto funcionamiento del contrato.

El incumplimiento como presupuesto central de aplicación de la excepción de incumplimiento o, mejor, el hecho que se pretende combatir por medio

---

incumplimiento grave. En el proceso judicial podría servir para que el juez interprete cómo se maduró la crisis del contrato y determinar la imputabilidad de la responsabilidad. Es decir, el juez puede establecer si fue el demandado por resolución o por cumplimiento o por indemnización de perjuicios que ha opuesto la excepción de incumplimiento quien generó la crisis de la relación, o fue el demandante quien con su incumplimiento legitimó el actuar del demandado.

de la *exceptio*, debe tener unas características precisas. No cualquier incumplimiento legitima el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*. Solo un incumplimiento que no destruya el interés en la preservación del contrato y sus efectos y que no derribe la función para la cual el contrato fue concebido por las partes, es decir, un incumplimiento no definitivo, sería el tipo de incumplimiento que la excepción podría combatir, pues por medio de ella se suspende la ejecución de las propias prestaciones con el fin de que las partes gestionen la relación contractual, teniendo como objetivo no la liberación del vínculo, sino la preservación del sinalagma, incentivar el funcionamiento de la relación y obtener la satisfacción de los intereses *in natura*.



CAPÍTULO III

*Del rol de la buena fe en el ejercicio  
de la excepción de incumplimiento*



SUMARIO: 3.1 El ejercicio de la excepción de incumplimiento por el *excipiens*: el incumplimiento legitimado. 3.1.1. La buena fe constituye el criterio de valoración de la conducta de quien alega la excepción de incumplimiento en consideración de todas las particularidades de la relación negocial, sin limitarse a restringir el ejercicio de la *exceptio* solo a supuestos de hecho específicos. 3.1.1.1 El ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* conforme a buena fe se concreta a través de la valoración proporcional entre la respuesta del *excipiens* y el incumplimiento de la contraparte en atención a los intereses de las partes y el equilibrio del vínculo, así como por medio del ejercicio razonable del remedio sinalagmático. 3.1.1.2 La valoración del comportamiento del *excipiens* conforme al deber de lealtad y la consideración del interés ajeno exigibles a las partes evita un ejercicio abusivo de la excepción de incumplimiento. 3.1.1.3 El requisito de la gravedad del incumplimiento de contraparte para el ejercicio de la excepción de incumplimiento conforme de buena fe debe ser leído como un incumplimiento serio, pero no igualable al que se exige para la resolución por incumplimiento contractual; de lo contrario, se desconocería la funcionalidad conservativa de la *exceptio*. 3.1.1.4 La interpretación conforme a la Constitución exige limitar el ejercicio de la excepción de incumplimiento cuando se afectan derechos fundamentales, con atención a las particularidades del caso concreto. 3.1.2. La buena fe orienta el ejercicio de la excepción de incumplimiento y cierra el elenco de los presupuestos de aplicación.

### 3.1 EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL EXCIPIENS: EL INCUMPLIMIENTO LEGITIMADO

Mediante la excepción de incumplimiento, el deudor ejercita un derecho potestativo de provocar la temporánea inexigibilidad de la prestación por él debida y se defiende contra una pretensión injustificada de su acreedor<sup>929</sup>. Es un mecanismo a través del cual los contratantes protegen legítimamente sus propios intereses, el crédito y la posición subjetiva en la relación contractual en caso de incumplimiento de contraparte<sup>930</sup>. En efecto, el deudor-acreedor incumple legítimamente su prestación como reacción a la inexecución del contrato de su acreedor-deudor; tal legitimidad de incumplir va hasta que la contraparte cumpla u ofrezca el cumplimiento. Sería entonces un típico caso de no cumplimiento de la obligación<sup>931</sup>.

---

929 L. BIGLIAZZI GERI, “Eccezione di inadempimento”, cit., 332-333.

930 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 2.

931 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, cit., 239.

Debido a la potestad que se le entrega al *excipiens*<sup>932</sup>, la excepción de incumplimiento tiene una significativa exposición a ser utilizada fuera de los parámetros, para lo cual la figura ha sido diseñada en atención a su tradición jurídica y a las exigencias de justicia en la relación jurídica. La excepción constituye un instrumento de tutela de la relación sinalagmática que no tiene alcance ilimitado, por ello la necesidad de constatar el correcto ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* por el *excipiens*.

Entonces, la valoración del ejercicio de la excepción de incumplimiento no se restringe a una consideración del cumplimiento formal de sus requisitos de procedibilidad: contrato sinalagmático<sup>933</sup>, consideración al orden cronológico de sus prestaciones<sup>934</sup> y un incumplimiento no definitivo del contrato<sup>935</sup>. Debe extenderse a considerar que el ejercicio sea sustancialmente correcto, es decir, que la potestad o facultad de no cumplir el contrato sea conforme a derecho, en consideración a la corrección exigible en el caso concreto, los intereses de la contraparte, la función del contrato y la tutela de la propia posición subjetiva. Para tal efecto, el rol de la buena fe es determinante<sup>936</sup>.

---

932 Debido a que la *exceptio non adimpleti contractus* es considerada un derecho potestativo, una excepción en sentido sustancial, la cual es colocada a la iniciativa y disponibilidad de las partes para la gestión de sus relaciones negociales, la doctrina considera prevalentemente que no puede ser declarada *ex officio* por el juez, para todos ver: A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 44-49 y F. ADDIS, “Le eccezioni dilatorie”, cit., 419, 447. Parcialmente contraria, sería la posición de L. BIGLIAZZI GERI, “Eccezione di inadempimento”, cit., 334, quien afirma la posibilidad de relevarla de oficio siempre que se encuentren probadas en el proceso. En Colombia, el artículo 281 y 282 de la ley 1564 del 2012 (Código General del Proceso) establecen que si el juez encuentra probadas los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.

933 Ver *supra* Parte III, Cap. II, §2.1.

934 Ver *supra* Parte III, Cap. II, §2.2.

935 Ver *supra* Parte III, Cap. II, §2.3.

936 G. PERSICO, *L’eccezione d’inadempimento*, cit., 137 y ss. M. ZANA, “La regola della buona fede nell’eccezione di inadempimento”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, 1376-1394; M. COSTANZA, “Buona fede ed eccezione di inadempimento”, *Giustizia civile*, 1983, II, 2389-2391; C. M. BIANCA, “Eccezione d’inadempimento e buona fede”, cit., 515 y ss.; M. TRECCANI, “Brevi note in tema di exceptio non rite adimpleti contractus e buona fede”, cit., 192-219.

3. I. I LA BUENA FE CONSTITUYE EL CRITERIO DE  
VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DE QUIEN ALEGA LA  
EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN CONSIDERACIÓN DE  
TODAS LAS PARTICULARIDADES DE LA RELACIÓN NEGOCIAL,  
SIN LIMITARSE A RESTRINGIR EL EJERCICIO DE LA *EXCEPTIO*  
SOLAMENTE A SUPUESTOS DE HECHO ESPECÍFICOS

Si bien es cierto que la buena fe ha sido considerada como criterio de valoración para determinar la legitimidad del ejercicio de la *exceptio*, no hay univocidad acerca del alcance de la buena fe para establecer el correcto ejercicio de la misma por parte del *excipiens*.

Una parte de la doctrina sostiene que el ejercicio de la *exceptio* conforme a buena fe se limita al específico caso de la gravedad del incumplimiento de contraparte, es decir, esta tesis parece identificar que el ejercicio de la *exceptio* y de la resolución por incumplimiento tienen un idéntico presupuesto: el incumplimiento grave<sup>937</sup>, lo cual trae como resultado que el ejercicio de la excepción contra cualquier incumplimiento de contraparte deba siempre considerarse contrario a buena fe y, por tanto, ilegítimo. Otra tesis vincula el ejercicio de la excepción conforme a buena fe a la valoración comparativa concerniente a la entidad de los recíprocos incumplimientos<sup>938</sup>. Por su parte, otro sector de la doctrina ha afirmado que la oposición de la excepción conforme a la buena fe se valora cuando el rechazo a cumplir constituye el único instrumento para tutelar el interés esencial perseguido con la celebración del contrato, según un criterio de uso normal del derecho<sup>939</sup>.

---

937 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, t. 2, cit., 935; C. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, cit., 798; A. DALMARTELLO, “Eccezione d’inadempimento”, cit., 354; S. BOZZO HAURI, “La ‘excepción de contrato no cumplido adecuada o regularmente’ y su régimen en el derecho civil español”, cit., 99. En la reforma del Code Civil, el artículo 1219 adopta el límite de la gravedad del incumplimiento de la contraparte para el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*.

938 La tesis toma mayor relieve cuando se habla de una inexecución parcial del contrato, ver, por ejemplo, V. AMENDOLAGINE, “Esecuzione del contratto secondo buona fede ed opponibilità dell’eccezione non rite adimpleti contractus”, cit., 979 y F. CHABAS, “Inexécution, refus corrélatif d’exécuter”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981, 398-399.

939 M. COSTANZA, “Buona fede ed eccezione di inadempimento”, cit., 2389; G. SARDO, “Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimplenti contractus”, cit., 447-456; C. LILLO, “Eccezione d’inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti”, *I contratti*, 11, 2013, 981-991.

De las posturas anteriores, parece inconveniente identificar la buena fe como límite al ejercicio de la *exceptio* con la gravedad del incumplimiento de contraparte o con la simple valoración proporcional entre los incumplimientos recíprocos. El principio de la buena fe tiene un rol amplio en la ejecución de la relación negocial, reducirlo a una determinada hipótesis desconocería su alcance y función en el contrato, trayendo como consecuencia excluir situaciones que son merecedoras de tutela. En efecto, el juicio de legitimación de la excepción con base en la buena fe debe extenderse a todas las circunstancias que en concreto caracterizan la dinámica de la relación negocial, a través de la estimación comparativa de los intereses y del comportamiento de las partes en el curso de ejecución del contrato, así como de la valoración de la funcionalidad del remedio en cuanto instrumento idóneo para tutelar el vínculo sinalagmático en su integralidad. No podemos olvidar que la buena fe otorga herramientas para valorar el incumplimiento que da lugar al ejercicio de la *exceptio* en razón al interés de las partes, al tipo contractual, a la particular relación de equilibrio construida por las partes, a la costumbre, en fin, a todos aquellos factores que de acuerdo con el principio permitan operar adecuadamente el sinalagma que las partes han construido y reglado o que la ley ha reglado por ellas.

En este sentido, el rol de la buena fe en el ejercicio de la *exceptio* –antes de configurarse como un límite<sup>940</sup>– constituye mejor un presupuesto de aplicación<sup>941</sup>, en cuanto valora el comportamiento del *excipiens* al ejercer la *exceptio non adimpleti contractus*. Si lo hace conforme a buena fe, se encontraría tutelado por el remedio sinalagmático; en caso contrario, no gozaría de los beneficios del remedio, que, en tal situación, debería afrontar las consecuencias de su incumplimiento, en cuanto la *exceptio* no lo legitimaría. Adicionalmente, por medio del presupuesto de la buena fe se evitan o previenen las consecuencias nefastas de que el *excipiens* incumpla desbordando el alcance del remedio, esto es, por una parte, la crisis definitiva del contrato, por otra parte, que el remedio sea utilizado de manera abusiva, sea como un mecanismo para

---

940 Como en efecto lo sostiene A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 49: “*il doppio ruolo della buona fede quale fondamento e limite dell’eccezione*”.

941 Como un presupuesto en sentido técnico, L. BIGLIAZZI GERI, “*Eccezione di inadempimento*”, cit., 22; *id.*, *Eccezione di inadempimento*, cit., 342. Como presupuesto de validez, G. PERSICO, *L’eccezione d’inadempimento*, cit., 137. Como condición para oponer la excepción, F. REALMONTE, “*Eccezione di inadempimento*”, cit., 230.

encubrir el propio incumplimiento o como un instrumento que causa perjuicios injustificados a la contraparte<sup>942</sup>.

3.1.1.1 EL EJERCICIO DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* CONFORME A BUENA FE SE CONCRETA A TRAVÉS DE LA VALORACIÓN PROPORCIONAL ENTRE LA RESPUESTA DEL *EXCIPiens* Y EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPARTE EN ATENCIÓN A LOS INTERESES DE LAS PARTES Y EL EQUILIBRIO DEL VÍNCULO, ASÍ COMO POR MEDIO DEL EJERCICIO RAZONABLE DEL REMEDIO SIN ALAGMÁTICO

La buena fe implicaría realizar una valoración del incumplimiento ‘legitimado’ del *excipiens* y del incumplimiento ‘legitimante’ de la contraparte con relación al contrato<sup>943</sup>. En esta sede se realiza un juicio de proporcionalidad en el

---

942 En efecto, con base en las reflexiones con la profesora M.L. NEME VILLARREAL, se llega a la conclusión que el principio de la buena fe siempre opera en dos sentidos, como fuente de obligaciones y por ende de derechos que integran la relación negocial, y como un principio que orienta y vigila que las reglas que con base en ellas se construyen no desborden el principio en el momento de su aplicación. En esto trata el carácter dúctil del principio, pues mantiene firme el núcleo de sus valores a través de una especie de autocontrol de sus propias reglas y colabora a mantener la relación simbiótica entre el principio y la regla. Sobre el particular, M.L. NEME VILLARREAL, “Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico”, cit., 303 y ss. Con relación a la *exceptio non adimpleti contractus*, la buena fe le permite a la excepción funcionar como una medida conservativa del equilibrio de la relación y del contrato mismo, pero el principio siempre vigilante de que se realice la sustancia de sus valores, no admite un uso meramente formal y por ende malicioso de la excepción, de forma que veda su ejercicio cuando se torna abusivo, por ello la importancia de la valoración del caso concreto, del incumplimiento que da lugar al ejercicio, a los intereses de las partes, en fin, en la correcta valoración del sinalagma.

943 La tendencia en la doctrina es afirmar que la valoración se hace solo entre los incumplimientos, el ‘legitimado’ y el ‘legitimante’, siempre bajo la orientación de la buena fe, ver para todos V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 922-924. C. LILLO, “Eccezione d’inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti”, cit., 981 y ss. En mérito al principio de proporcionalidad, podría consultarse para todos: A. BORTOLUZZI, “Proporzionalità”, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, aggiornamento*, II, 2007, 1089 y ss.; P. PERLINGIERI, “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, *Rassegna di diritto civile*, 2001, 448.

cual se valora el incumplimiento del excepcionante con relación a la función económico-social del contrato y a su respectiva incidencia sobre las posiciones e intereses de las partes, en cuanto no destruya la relación contractual<sup>944</sup>. En este sentido, el comportamiento del *excipiens* frente al incumplimiento de contraparte será considerado proporcional si no genera una crisis total del contrato por medio de su incumplimiento<sup>945</sup>, pues la excepción puede justificar la suspensión del cumplimiento de las prestaciones del *excipiens*, pero no justifica cumplir inexactamente causando mayores daños, ni mucho menos incumplir definitivamente<sup>946</sup>. Así, por ejemplo, en un contrato cuyas

---

Como se afirmó precedentemente [Parte II, Cap. II, § 2.3.3], el simple juicio valorativo-cuantitativo entre los incumplimientos nos llevaría a la equivocada conclusión que un rechazo total de la prestación frente al incumplimiento parcial de la contraparte sería siempre desproporcional, por el contrario, siempre que la excepción cumpla con la finalidad no debe porque considerarse contrario a buena fe.

944 Esta fórmula es repetida en la jurisprudencia italiana cuando se hace referencia al juicio de proporcionalidad que realiza el juez para analizar el correcto ejercicio de la excepción de incumplimiento, pero la relacionan con la importancia del incumplimiento de la contraparte, sobre el particular véase como ejemplo la Sentencia de *Cassazione* 23 marzo 2013 n. 1097, *I contratti*, 2013, 1097, y la jurisprudencia citada por L. BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 318, n. 103. Se insiste, aunque parten de un juicio con base en todas las circunstancias de la relación negocial – programa contractual, intereses de las partes, circunstancias del caso concreto, etc. – valoran el ejercicio de la excepción con base en el incumplimiento de la contraparte y olvidan que la buena fe es un parámetro de valoración del comportamiento de quien ejerce el derecho, en este caso, el derecho a rehusarse legítimamente a cumplir con sus obligaciones con la finalidad de incentivar el correcto funcionamiento del contrato. Una postura similar se puede observar en M. ZANA, “La regola della buona fede nell’eccezione di inadempimento”, cit., 1381, pues afirma que la valoración del ejercicio legítimo de la *exceptio* cuenta la forma como se realiza el rechazo a cumplir del *excipiens*, y no quien ha ocasionado tal rechazo.

945 Sobre la misma línea de argumentación parece encontrarse F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 232, cuando afirma que la tutela del contratante fiel al contrato no puede llegar hasta frustrar completa y definitivamente el interés de la contraparte. Para el efecto ilustra el caso del pianista que se compromete con un empresario a tocar en un concierto inmediatamente después del pago de una suma de dinero. El incumplimiento del empresario no daría lugar a ejercer la excepción de incumplimiento, pues el incumplimiento del *excipiens* sacrificaría el interés del empresario, incluso, si fuera legítimo el ejercicio, el empresario además de ver frustrado el contrato, tendría que resarcir los daños y el pianista liberado de cumplir con su prestación.

946 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 922-924.



prestaciones son indivisibles y se ejecutan simultáneamente y en un solo momento, el comportamiento del *excipiens* frente al incumplimiento total de la contraparte no puede traducirse en un incumplimiento total y definitivo del contrato, pues destruiría la posibilidad de actuación de la relación negocial y el cumplimiento de la función económica del contrato. La buena fe obliga al *excipiens* a adecuar su comportamiento y prever sus consecuencias de forma que no afecte a la operación económica considerada en su integralidad<sup>947</sup>. Por su parte, si se trata de un contrato de ejecución continuada, cuyas prestaciones sean divisibles, la proporcionalidad del comportamiento del *excipiens* se determinará en consideración a la parte ejecutada del contrato y a garantizar la conservación de la relación negocial. Sería desproporcional una excepción que se oponga contra las prestaciones ya ejecutadas y las incumplidas, en cuanto, de un lado, se coartaría la posibilidad de la contraparte de recibir la

---

947 En efecto, el incumplimiento del *excipiens* no puede ser tal de justificar la proposición de una demanda de resolución, ver L. BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 315. Igualmente, M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, cit., 318: “per la proposizione dell'eccezione di inadempimento sarà pertanto sufficiente l'esistenza di un inadempimento che superi un giudizio di apprezzabilità, tal d'attribuire fondamento ad una qualche tutela, ma non senz'altro tale da condurre alla risoluzione del contratto”. Por ejemplo, la sentencia que comenta GHESTIN, *Note à Cour de Cassation, Chambre commerciale, 15 janvier 1973*, cit., 473, la cual dio lugar al incumplimiento de un contrato en virtud del cual A concedía la exclusividad a B sobre de la venta de unos barcos en un determinado sector, y B a su vez se comprometía a vender un número mínimo de barcos y a pagar una suma a su contraparte. Frente al incumplimiento de B, A decide alegar la excepción de incumplimiento contractual y otorgar el contrato de concesión a un tercero. La *Cour de Cassation* decide que el ejercicio de la *exception* por B solo la autorizaba a no cumplir con la exclusividad y vender por su propia cuenta los barcos, más no celebrar otro contrato de exclusividad con un tercero, pues tal comportamiento equivaldría a una resolución unilateral del contrato con A. Podría citarse el ejemplo en el que la obligación del *excipiens* está sujeta al cumplimiento de un término esencial. Es decir, el ejercicio de la excepción de incumplimiento más allá del vencimiento del término comportaría el incumplimiento definitivo de la obligación, *cfr.* L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 45. Igualmente llama la atención el incumplimiento de una obligación de custodia. En el contrato de depósito, por ejemplo, el obligado a custodiar un determinado bien no puede legítimamente rehusarse a cumplir con la prestación, ni cuando el incumplimiento sea de poca importancia, ni cuando sea grave de justificar la resolución. Sería contrario a la buena fe un comportamiento dirigido a no conservar los bienes a su cargo, lo que varía es el régimen de responsabilidad en caso de pérdida de la cosa, *cfr.* F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 233.

contraprestación de las prestaciones por ella ejecutadas<sup>948</sup>; de otro lado, sería ‘antieconómico’ eliminar el intercambio celebrado en cumplimiento del contrato, solamente por un incumplimiento sucesivo<sup>949</sup>. En otras palabras, la excepción de incumplimiento podría oponerse solo respecto de las obligaciones que efectivamente han quedado insatisfechas, y no con relación a la totalidad del contrato, pues se pretende preservar la parte del contrato que cumplió con su finalidad<sup>950</sup>.

Y no solo el criterio de la proporcionalidad colabora en identificar el ejercicio de la excepción de incumplimiento conforme a buena fe<sup>951</sup>. El comportamiento del *excipiens* en el ejercicio de la excepción de incumplimiento debe ser también razonable<sup>952</sup>.

---

948 G. OREFICE, “L’eccezione d’inadempimento nei contratti ad esecuzione continuata o periodica”, cit., 1065.

949 F. MESSINEO, *Contratto*, cit., 147.

950 El incumplimiento parcial puede ser de carácter cuantitativo o cualitativo: en el primer caso, si el vendedor entrega la mitad de la mercancía, el comprador pagaría la mitad del precio; en el segundo caso, la parte de la prestación que no se cumple es determinada calculando la incidencia del vicio de la contraprestación sobre la prestación, así, por ejemplo, en el caso de la sentencia que comenta, P. CORRIAS, “Sulla controversa applicabilità della eccezione parziale di inadempimento al contratto di locazione”, cit., 203., en la cual la *Corte di Cassazione* acepta el ejercicio de la excepción parcial de cumplimiento por el arrendatario que lamenta el parcial disfrute del inmueble obtenido en arrendamiento, esto es, mediante la reducción unilateral del canon de arrendamiento. Precisa que un incumplimiento total del canon cuando se disfruta limitadamente del bien sería un comportamiento desproporcional.

951 Sobre la idea de extender los criterios para valorar el ejercicio de la *exceptio* conforme a buena fe L. BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell’inadempimento*, cit., 320: “es necesario comparar la entidad de la prestación no ejecutada con aquella rechazada, con el fin de evaluar el nexo causal idóneo a justificar, en los límites de la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad, el incumplimiento de aquel contratante y, por lo tanto, su rechazo a cumplir las prestaciones de su contraparte”.

952 “La eficacia de la excepción de incumplimiento está subordinada a su razonabilidad”: L. NIVARRA, “Ragionevolezza e diritto privato”, en *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 382. De la distinción entre razonabilidad y proporcionalidad y su influencia en la protección de los intereses de las partes, *cf.* P. PERLINGIERI – M. IMBRENDA, “Autonomia contrattuale, proporzionalità e ragionevolezza”, en P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Nápoles, 2014, 453-456.

La razonabilidad<sup>953</sup> se convierte en una clave de lectura de la buena fe, la cual indicaría la dirección principal de concretización<sup>954</sup>. El juicio de razonabilidad es invocado como instrumento para individuar la solución más

- 
- 953 Sobre el criterio de la razonabilidad en el derecho privado, sumariamente ver: G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Nápoles, 2015; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milán, 2013; *id.*, *Ragionevolezza del diritto civile, Lezione magistrali dell'Università Suor Orsola Benincasa*, Nápoles, 2012; S. TROIANO, “Ragionevolezza”, en *Enciclopedia del diritto. Annali*, VI, 2013, 766 y ss.; E. DEL PRATO, “Ragionevolezza e bilanciamento”, *Rivista di diritto civile*, 2010, I, 16 y ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 480 y ss.; *id.*, “Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile”, *Europa e diritto privato*, 2014, 1287-1357; P. PERLINGIERI, “Ratio iuris e ragionevolezza nell’ermeneutica giuridica di Emilio Betti”, *L’ordinamento giuridico vigente e i suoi limiti*, Nápoles, 2006, 447 y ss.; G. CRISCUOLI, “Buona fede e ragionevolezza”, *Rivista di diritto civile*, 1984, I, 709 y ss. En particular se remite al reciente escrito de F. PIRAINO, *L’ingiustizia per la giustizia. Riflessioni sull’interpretazione secondo buona fede, sulla ragionevolezza e sull’applicazione diretta dei principi*, 2017, en particular § 2 (en curso de publicación). En el derecho privado europeo, se remite a E. NAVARRETA, “Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo”, *Europa e diritto privato*, 2012, 953-980.
- 954 En la doctrina italiana se ha buscado de ubicar el criterio de la razonabilidad a otros conceptos mayormente desarrollados doctrinariamente: buena fe, diligencia, equidad, *cfr.* S. TROIANO, “Ragionevolezza e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede e equità”, *Obbligazioni e contratti*, 2006, 679 y ss. Quien hace un panorama sobre la ‘variedad morfológica’ de la razonabilidad, sea como modelo de la conducta, sea como fórmula de imputación de la responsabilidad, sea como criterio del equilibrio contractual, ver, F. PIRAINO, “Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile”, cit., 1317-1244, quien además critica dichas posturas para concluir que la razonabilidad constituye un comportamiento normativo de determinación *per relationem* de una disposición prescriptiva, tramite el razonamiento lógico o deducción verosímil (1344-1357). Consúltese además el estudio detallado de las diferentes acepciones de razonabilidad de G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 4-16, quien propone un concepto de razonabilidad autónomo, pues asume una identidad, una estructura y alcance único; el autor categoriza la razonabilidad como una cláusula general la cual asume su significado según el ordenamiento en el cual opera, compuesto de sus propios valores y propias ideologías (17-20), y que sirve como criterio de equilibrio entre los diferentes intereses presentes en el caso concreto, en cuanto considera todo el ordenamiento en su complejidad (40-45). Sin embargo, al final termina aceptando el fuerte nexo que tiene con la buena fe, en cuanto la razonabilidad colabora en el juicio de buena fe, integrando las circunstancias del caso concreto, las cualidades subjetivas e intereses de las partes (114 y ss.). Por nuestra parte, adherimos a la idea que la razonabilidad es un criterio de valoración del comportamiento, como un estándar que ayuda a concretizar la buena fe y no tiene carácter normativo ni integrador del contrato; *cfr.* sobre el particular S. PAT-

adaptada a los tiempos y las circunstancias, más lógica y ajustada a las exigencias económico-sociales del momento, sin la excesiva preocupación sobre la conformidad de la solución dada por la norma positiva, sino con la precisa atención de acertar un comportamiento adecuado a la justicia, al mejoramiento del tráfico jurídico y respetuoso de la tradición jurídica<sup>955</sup>.

En la fase de ejecución del contrato, conforme a buena fe, un comportamiento razonable operaría como un canon de conducta de las partes, dirigido a establecer si entre todas las opciones de comportamiento que el sujeto tenía a su disposición para cumplir con una obligación o ejercer un derecho, él ha adoptado aquella conforme a la *ratio* de la obligación misma, es decir, la más razonable en consideración a las circunstancias de la naturaleza jurídica de la relación, la posición de las partes, el interés de la contraparte y el cumplimiento de la función del contrato<sup>956</sup>. Con relación a la tutela del contrato, el ejercicio razonable del remedio conforme a buena fe exige que en el caso concreto —en función de los sujetos y de las circunstancias de operación económica del contrato— la parte prefiera la aplicación de un determinado remedio en cuanto colabora con la eficiencia y la funcionalidad del contrato<sup>957</sup>. La parte debe adecuar su comportamiento y ejercer el remedio en observancia de la *ratio*<sup>958</sup> y en aras de proteger el vínculo en su sinalagmaticidad.

TI, *Ragionevolezza del diritto civile*, cit., 23-31 y L. NIVARRA, “Ragionevolezza e diritto privato”, cit., 373 y ss.

955 S. PATTI, *Ragionevolezza del diritto civile*, cit., 8, 28, 48; E. DEL PRATO, “Ragionevolezza e bilanciamento”, cit., 23. En efecto, no tiene el rango de norma, queda en el ordenamiento como una noción empírica que confluye en la esfera de discrecionalidad del intérprete o del juez para decidir en el caso concreto, *cf.* F.D. BUSNELLI, “Note in tema di buona fede ed equità”, cit., 555. Hace parte de la estructura misma del ordenamiento y descenden de la directa e inmediata aplicación de los principios, Contrariamente, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 20 y ss.

956 L. NIVARRA, “Ragionevolezza e diritto privato”, cit., 379, 381 y 383.

957 P. PERLINGIERI, “Il giusto rimedio nel diritto civile”, en *Giusto processo civile*, 2011, 3: “es de absoluta obligación hacer un análisis del meticoloso del caso concreto (método casuístico), después, antes de subsumirlo en el supuesto de hecho abstracto o en un tipo normativo según el ordenamiento jurídico de referencia, va individualizada la norma a aplicar en modo que resulte la más razonable y adecuada”.

958 Sobre la importancia de buscar la *ratio iuris* de la norma, o mejor, recurrir al criterio teleológico, representa un instrumento imprescindible en el proceso interpretativo para completar el criterio lógico. Cada norma debe encontrar su ‘razón de ser’ en función aplicativa. *Cfr.*, P. PERLINGIERI, “Ratio iuris e ragionevolezza nell’ermeneutica giuridica

Precisamente, justificar el incumplimiento del *excipiens* resultaría de valorar el resultado que el *excipiens* logra utilizando la *exceptio non adimpleti contractus* y el interés que él tiene en la correcta ejecución del contrato y en no cumplir con las propias prestaciones<sup>959</sup>. De todas las opciones que tenía para ejercer el remedio, el *excipiens* adecuó su comportamiento con el fin de respetar la finalidad última de la *exceptio* y el sinalagma del contrato<sup>960</sup>. Un

di Emilio Betti”, cit., 471. Por su parte, S. TROIANO, “I riferimenti alla ragionevolezza nel diritto dei contratti: una prima classificazione”, *Obbligazioni e contratti*, 2006, 200, que el término *ratio* viene usado inicialmente como sinónimo de “fundamento, causa, motivo”, además para indicar la facultad humana de aprovechar tal fundamento, o sea “pensamiento, raciocinio, juicio”. Luego, se acentúa el vocablo hacia el concepto de racional, la idea de conformidad a una lógica abstracta, y, de razonable, a la imagen de un equilibrio de cosas o de conductas, relacionado a una medida concreta y humana e inspirada en el sentido común. Ahora, como exponen G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 16, n. 39, y F. PIRAINO, “L’ingiustizia per la giustizia. Riflessioni sull’interpretazione secondo buona fede, sulla ragionevolezza e sull’applicazione diretta dei principi”, cit., n. 47, cuando se hace referencia la *ratio* no es una medida para escapar del derecho positivo, por el contrario, requiere un juicio racional de los hechos y de los valores. El juicio de los hechos son guiados por la racionalidad respecto a los fines (que están reconocidos en el comportamiento regulado dentro del cuadro de la coherencia del sistema); mientras el juicio de valor está sujeto a la racionalidad respecto al valor, que está reconocido por medio del principio.

959 Las partes están obligadas según la buena fe a ejercitar sus poderes discrecionales cumpliendo con la finalidad para lo cual les fueron otorgadas. En efecto, como afirma C. M. BIANCA, “Eccezione d’inadempimento e buona fede”, cit., 522: “La buona fede assume invece una specifica rilevanza quale limite diretto del potere della parte di esercitare l’eccezione. La nozione di buona fede che qui rileva è quella che attiene in generale all’esercizio di poteri discrezionali. La buona fede, precisamente impone al soggetto di esercitare i suoi poteri discrezionali in modo di salvaguardare l’utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse o con l’interesse a tutela del quale il potere è stato conferito”. En el mismo sentido, A. D’ANGELO, *La buona fede*, cit., 39, 108 y ss.

960 El razonamiento del jurista de tradición jurídico romano germánica se hace de manera estructurada en dos fases: individuar la norma aplicable y calificar el acto en modo de ampliar o restringir el alcance de la norma. Si el ejercicio del derecho conduce a un resultado considerado no aceptable o excesivo, ello puede ser declarado contrario a buena fe, ver S. PATTI, *Ragionevolezza del diritto civile*, cit., 35. En efecto, la razonabilidad es un estándar que nos ayuda a determinar el correcto uso del derecho, pues como lo afirma, M.L. NEME VILLARREAL, “Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico”, cit., 361, “el estándar proporciona unos indicadores que permiten visibilizar la realización de un derecho, pero no pueden confundirse con el derecho mismo. El estándar no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para eva-

incumplimiento justificado, en cuanto corresponda al criterio de razonabilidad, surge del ejercicio del instrumento de justicia privada conforme a su función sinalagmática: equilibrar la relación contractual, garantizar la interdependencia de las prestaciones y preservar la vida del contrato para que satisfaga los intereses de las partes. Se repite: el incumplimiento del *excipiens* no puede ir en contravía de la *ratio* del remedio, de lo contrario se mostraría como contrario a buena fe.

Por ejemplo, el contratante que ejerza la excepción de incumplimiento sabiendo que la prestación a su cargo es imposible por causa a él imputable constituye un comportamiento sin justificación, pues dilataría el cumplimiento del contrato que ha perdido su función y evadiría la responsabilidad contractual que le es atribuible. No se puede utilizar el remedio suspensivo con el fin de disfrazar el propio incumplimiento en realidad no justificado<sup>961</sup>. También, el *excipiens* que no cumple con el contrato sabiendo que su inexecución generaría el incumplimiento de la contraparte configura un ejercicio incorrecto del remedio, pues sería utilizado como un mecanismo para destruir la lógica interna del negocio y para acabar con la operación económica del contrato. Rechazable igualmente quien usa la excepción contra un incumplimiento definitivo, pero con la intención de dilatar indefinidamente el proceso<sup>962</sup>.

---

luar –cualitativa o cuantitativamente–, y de manera flexible, la concreta realización del derecho”.

961 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 924.

962 Sobre este punto en particular, son cercanas las tesis planteadas por C. M. BIANCA, “Eccezione d’inadempimento e buona fede”, cit., 522-553 y G. SARDO, “Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimplenti contractus”, cit., 447-456. Los autores sostienen que el ejercicio de la *exceptio* opuesta contra un incumplimiento definitivo es contraria a la buena fe y abusivo, ya que no colaboraría a tutelar el propio interés y paralizaría el vínculo contractual, pues las partes se encontrarían vinculadas indefinidamente y generaría un perjuicio para el deudor no justificable. Creo que la postura debe modularse. Se olvida que el *excipiens*, parte fiel del contrato, busca una tutela contra un incumplimiento definitivo provocado por el deudor y la pretensión injustificada de cumplimiento o de resolución. Si se declara ilegítima la excepción porque fue opuesta contra un incumplimiento definitivo del deudor, el *excipiens* quedaría fuera de la órbita de protección de la *exceptio* e igualado con quien provocó la crisis del contrato, esto es, se sancionaría a la parte fiel por escoger mal la tutela para defender sus intereses. No es acertado siempre afirmar, como lo hacen los autores, que el ejercicio de la excepción frente a un incumplimiento definitivo es contrario a buena fe o abusivo, puede que la parte fiel tome la decisión equivocada en la gestión de sus intereses. Ahora, si del com-

En fin, el ejercicio de la excepción conforme a la buena fe es aquel cuyo rechazo a cumplir la prestación se traduce en un comportamiento que resulta objetivamente proporcional y razonable, en el sentido que no genere una crisis contractual y que encuentre justificación en la relación, en atención a la interdependencia y a la simultaneidad de las prestaciones. Es una tutela que sea ejercida en función de la reciprocidad característica de las relaciones sinalagmáticas: el contratante que opone la *exceptio* impide la realización del crédito de la contraparte, ejercitando una presión que tiende a asegurar la exacta ejecución del contrato según las modalidades por las partes convenidas, y, al mismo tiempo, mira a evitar el riesgo de cumplir sin ver satisfecha su propia prestación<sup>963</sup>.

---

portamiento del *excipiens* al proponer la excepción se deduce que su pretensión no fue solo tutelar sus intereses, sino por el contrario, utilizarla como un mecanismo de dilatación injustificado del proceso, el ejercicio de la excepción sería a todas luces abusiva y, por tanto, contraria a buena fe. Por ejemplo, el deudor-acreedor ofrece indemnizar perjuicios con el fin de remediar las consecuencias del incumplimiento ocasionados al acreedor y obtener la contraprestación, y aun así éste último rechaza tal oferta. O que sea el *excipiens* quien no acompañe su defensa con la solicitud de indemnización con el fin de remediar el vínculo. Son indicios que el juez debe valorar para establecer si la *exceptio* ha sido utilizada de manera abusiva o no. En efecto, nos parece viable la idea de G. SCADUTO, “L’*exceptio non adimpleti contractus*’ nel diritto civile italiano”, cit., 170, pues afirma que la excepción presupone que se pretenda una actividad de la contraparte, de modo que se equilibre la relación jurídica. Si el incumplimiento es irremediable (el caballo afectado por una enfermedad sin cura) el comprador no podría oponer solo la *exceptio*, porque nada puede hacer la contraparte para corregir el incumplimiento. Conviene entonces en estos casos que quien oponga la excepción lo haga acompañada de la reducción del precio o del resarcimiento del daño.

963 Una postura que intenta ampliar la valoración del incumplimiento del *excipiens*, ver: C. LILLO, “Eccezione d’inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti”, cit., 987. Afirma que, el principio de proporcionalidad para valorar el incumplimiento justificado asume una doble valencia, por una parte, constatar la objetiva importancia del incumplimiento en el cuadro de la interdependencia entre las prestaciones contractuales, por otra parte, valorizar la buena fe como instrumento de control de la razonabilidad y del equilibrio contractual en respecto de los intereses emergentes. Una conclusión cercana a la propuesta, ver M. COSTANZA, “Buona fede ed eccezione di inadempimento”, cit., 2390: “la valoración de la legitimidad del *excipiens* a rehusarse a cumplir la propia prestación por ser el contratante fiel al contrato será considerado conforme a buena fe solamente si utiliza el instrumento de la *exceptio non adimpleti contractus* cuando su interés a recibir la prestación de la contraparte merece en mayor grado ser tutelado respecto del interés del incumplidor no satisfecho”.

Ahora, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad pueden no ser exhaustivos en la valoración del comportamiento del contratante que propone la excepción de incumplimiento. Existen reglas emanadas de la buena fe exigibles en la ejecución del contrato y que se convierten en parámetros para determinar el correcto ejercicio de la *exceptio* en el caso concreto<sup>964</sup>.

### 3.1.1.2 LA VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DEL EXCIPIENS CONFORME AL DEBER DE LEALTAD Y CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS AJENO EXIGIBLES A LAS PARTES EVITA UN EJERCICIO ABUSIVO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La buena fe comporta el deber de obrar, incluso en la parte patológica de la relación, de modo de preservar, en cuanto sea posible, los intereses de la

---

964 Igualmente M. ZANA, “La regola della buona fede nell’eccezione di inadempimento”, cit., 1386 considera que deben mirarse ulteriores elementos para apreciar el contenido de la buena fe en la *exceptio non adimpleti contractus*, dando relevancia a diferentes circunstancias que acompañan tanto el incumplimiento del actor como el incumplimiento del *excipiens*: (i) el comportamiento de las partes comparativamente considerado, (ii) el objeto y la naturaleza de la prestación, (iii) la cualidad del incumplimiento hecho valer por el *excipiens*. De este modo, la buena fe opera fijando en concreto los presupuestos y los límites: “limiti che possono essere individuate solo attraverso una attenta analisi delle circostanze atte a fornire, di volta in volta, tutti gli elementi di giudizio della fattispecie in esame; e questo perché il contenuto della regola della buona fede non è determinabile una volta per tutte. [...] Il compito del giudice si presenta, quindi, complesso ma non sembra corretto di tentare di semplificarlo, riducendo decisamente quei fattori alla sola entità dell’inadempimento della parte alla quale viene opposta l’eccezione. Notevole rilevanza hanno, infatti, la natura della prestazione dovuta, in diretto rapporto con la struttura del contratto, e tutte le attività attraverso le quali sia possibile individuare il comportamento dei contraenti”. También, la función integrativa de la buena fe resultaría útil porque la buena fe permite determinar el correcto uso de los instrumentos de ‘autotutela’ pre-dispuestos por la ley; *cf.* M. COSTANZA, “Buona fede ed eccezione di inadempimento”, cit., 239.1. Por su parte, F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 230, afirma que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias concretas – incluso las subjetivas como, por ejemplo, el conocimiento de parte del *excipiens* que el incumplimiento ha sido causado por simple error–, las cuales servirán para evitar que el medio de defensa sirva como un mecanismo abusivo. Sobre este último punto concordamos con REALMONTE, precisando que por encontrarse en conocimiento de tales circunstancias surge un deber de información y lealtad, por lo que no son tan subjetivas como afirma el autor.



contraparte, en especial el interés de conservar el vínculo. Por ello la importancia de valorar el comportamiento de la parte que invoca un remedio del contrato<sup>965</sup>, pues su elección para tutelar sus intereses, en consideración a los deberes de lealtad y protección del interés de la contraparte, será conforme a buena fe<sup>966</sup>. En efecto, tales deberes colaboran en modo particular con el correcto ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>967</sup>.

La lealtad exigible a las partes en la relación negocial impone que realicen todos aquellos actos que se encuentran al alcance de su mano para salvaguardar la utilidad de la contraparte en el contrato, sin que eso signifique un sacrificio extraordinario<sup>968</sup>. En efecto, la lealtad puede traducirse en que el contratante fiel deba tolerar el incumplimiento de la contraparte y recibir la prestación, en particular cuando el incumplimiento sea tan insignificante respecto a la operación económica del contrato, o cuando la inexactitud de la prestación no puede ser corregida<sup>969</sup>. Esto comporta que se analice la economía de los instrumentos jurídicos puestos a disposición de las partes —como el de la *exceptio non adimpleti contractus*— de modo que se excluya el ejercicio si resulta

965 F. RICCI, “Buona fede e rimedi, Contratto e impresa”, 2013, 636.

966 Cfr. A. M. BENEDETTI, “L’abuso dei (e nei) rimedi contrattuali”, en *L’abuso del diritto a cura di G. Visintini*, Nápoles, 2016, 87.; M. NUZZO, “Autonomia e controlli nel tempo della complessità”, en *L’incidenza del diritto internazionale sul diritto civile. Atti del 5º convegno nazionale della SISDiC*, Nápoles, 2011, 431 y ss.

967 Se recuerda que la tipificación de la buena fe no quiere reducir el campo de aplicación del principio a supuestos de hecho determinados, solo se pretende evidenciar supuestos de hecho típicos que sirven de modelos de referencia, los cuales de una parte sirven para valorizar el comportamiento de las partes, de la otra, para innovar y dar solución más adecuada al caso concreto, cfr. C. M. BIANCA, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento”, cit., 211 y ss.; J.L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en Derecho civil español*, Barcelona, 1965, *passim*. Sobre los diferentes perfiles del abuso del derecho y sus intersecciones con la buena fe, AA. VV. *L’abuso del diritto, a cura di G. Visintini*, Nápoles, 2016. En particular se remite a A. D’ANGELO, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, cit., 59-74, en especial 62, cuando afirma que “el abuso del derecho es una fórmula descriptiva del éxito del juicio de buena fe”. Para ulteriores referencias, se remite a la clásica obra de P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, Bologna, 1998, *passim*; así como a la rica bibliografía citada en F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 354 y ss.

968 C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 505.

969 Sobre la obligación de tolerancia al que debe cumplir cada parte del contrato, como expresión del deber de lealtad. Cfr. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat*, cit., 173 y ss.

un excesivo sacrificio<sup>970</sup>. Así, por ejemplo, sería un comportamiento desleal del acreedor rechazar la prestación por medio de la excepción de incumplimiento si la cantidad del bien es menor a la señalada en el contrato, pero que la diferencia conlleva una variación irrisoria del valor global de la prestación, o una cantidad superior del bien al previsto en el contrato, pero que el bien es divisible de modo de poder rechazar el excedente, o la entrega del bien en un lugar diferente al establecido, siempre que la inexactitud no le impida al acreedor tomar el bien o el servicio debido<sup>971</sup>.

También sería desleal si con el ejercicio de la excepción se producen sensiblemente mayores perjuicios a la parte incumplidora, más allá de los que derivarían de la suspensión legítima del contrato. Es decir, la *exceptio* no puede ser invocada si ella trae como consecuencia un sacrificio injustificado a la contraparte, el cual resulta del desequilibrio ocasionado del incumplimiento inicial y del desequilibrio final causado por el incumplimiento del *excipiens*. Sería abusivo el ejercicio de la excepción de incumplimiento que agrave el desequilibrio de las posiciones de las partes y sus intereses, que pretenda un excesivo e injustificado sacrificio de la contraparte<sup>972</sup>. A manera de ejemplo, el comprador no podría alegar la *exceptio* por la entrega en su domicilio de unas considerables cantidades de bienes a causa de un vicio de pequeña entidad; si no, se obligaría al vendedor a afrontar costos gravosos de depósito y de transporte de la totalidad de los bienes<sup>973</sup>. O si se construye un edificio con ciertas imperfecciones, solucionables con trabajos de refracción, el propietario de la obra no podría rehusarse a pagar con el objetivo que el constructor ejecutara perfectamente la obra o que se realizaran arreglos muy superiores a los trabajos

---

970 F. CARUSI, “Correttezza”, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milán, 1962, 710.

971 G. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 85 y ss.

972 C. M. BIANCA, “Eccezione d'inadempimento e buona fede”, cit., 526.

973 D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 502. Vale aclarar con el ejercicio correcto de la *exceptio* no puede tampoco traducirse en amienta el derecho del *excipiens*. El criterio de la razonabilidad en el caso concreto mantener el equilibrio en la relación negocial. Se ha afirmado que al deudor que entrega una cantidad de mercancía poco superior a lo pactado no le sería al acreedor hacer valer la inexactitud del incumplimiento para no aceptar la prestación. Sin embargo, el discurso sería diferente si el excedente entregado supera un cierto límite, tanto de desbordar la capacidad del acreedor en recibir la mercancía; *cf.* de L. NIVARRA, “Ragionevolezza e diritto privato”, cit., 380.

de refracción, pues generaría enormes costos al constructor<sup>974</sup>. En ambos casos la oposición de la excepción no resuelve el desequilibrio de las posiciones de las partes, ni colabora con el correcto funcionamiento del contrato; por el contrario, podría agravar la situación disfuncional de la relación negocial<sup>975</sup>; en tal sentido, el acreedor debería utilizar otros remedios que le permitan salvaguardar su propio interés sin necesidad de perjudicar a su contraparte<sup>976</sup>.

El deber de proteger el interés de la contraparte obligaría al *excipiens* a abstenerse de suspender la ejecución de sus prestaciones y de realizar actos

---

974 R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus)*, cit., 574.

975 Como sostiene A. M. BENEDETTI, “L’abuso dei (e nei) rimedi contrattuali”, cit., 88, “la excepción puede ser un instrumento de abuso del derecho cada vez que existan elementos de hecho tales de demostrar que el *excipiens* ha utilizado el remedio para fines diferentes a los que ha sido previsto, y con el precipuo efecto de dañar el interés ajeno”. Criticable sería el razonamiento —mas no la conclusión— de L. NIVARRA, “Ragionevolezza e diritto privato”, cit., 376, para expresar la falta de razonabilidad en el ejercicio de la excepción. El autor supone que A debe entregar a B 10 camiones transportados en barco, pero a causa de las pésimas condiciones del mar, A queda imposibilitada temporáneamente a cumplir con su obligación. Se pregunta si es conforme a buena fe oponer la excepción de incumplimiento a B, cuando tal oposición ocasiona dificultad del punto financiero a A. El autor afirma que, en el caso particular, el ejercicio de la *exceptio* es injustificado porque en ‘el subsistema del derecho de las obligaciones’ existe una norma que exonera de responsabilidad contractual al deudor cuando el retardo no es imputable. En este sentido, como es justificado el incumplimiento de A, el ejercicio de la excepción de B es injustificado. El autor olvida, primero, que la excepción puede ser opuesta sin necesidad que el incumplimiento de la contraparte sea imputable (ver, para todos: A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 24 y ss. y V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 920); segundo, que el ejercicio de la excepción por B es injustificado, no por la previsión de la norma, sino porque al *excipiens* le es exigible un comportamiento de lealtad respecto a los intereses de las partes y valorar las consecuencias negativas del ejercicio del remedio, en atención a la ponderación de los intereses en juego y al caso concreto.

976 En efecto, C. M. BIANCA, “Eccezione d’inadempimento e buona fede”, cit., 526, n. 27, ilustra que, cuando el acreedor acepta que son viables otros remedios contractuales, como el resarcimiento del daño en forma específica, quiere indicar que el interés a la tutela del derecho lesionado cede de frente al interés de quién incumple a no sufrir las consecuencias de un remedio excesivamente oneroso. Sin embargo, precisa que cuando existe una inexactitud del cumplimiento por parcialidad de la prestación, el deudor que ejecuta la parte restante de la prestación no cumple con un acto resarcitorio, sino que cumple con la obligación. Tal cumplimiento prescindiría de la consideración de la onerosidad, porque el deudor está obligado a cumplir hasta el límite de la imposibilidad.

jurídicos o materiales con el fin de mantener con vida el contrato<sup>977</sup>. Es decir, no se reduce a no ejercer la excepción de incumplimiento, sino que además debe seguir con el cumplimiento del programa contractual, pues los intereses de las partes, las circunstancias negociales y la naturaleza del contrato exigen mantener las condiciones del contrato y no dejar que el vínculo contractual caiga en una situación de crisis total<sup>978</sup>. Piénsese en el caso de un contrato de suministro de agua potable de un hospital o el suministro de medicinas urgentes para salvar la vida de un paciente; las condiciones del deudor y los derechos que se tutelan limitan el ejercicio de la *exceptio*, pues la pretensión económica del acreedor cede frente al derecho a la salud, la vida y la integridad física de los sujetos de especial protección<sup>979</sup>.

El tipo de incumplimiento de la contraparte que legitima el ejercicio de la excepción no es el elemento central para determinar si la excepción puede ser opuesta o no; por el contrario, se parte del comportamiento exigible al *ex-cipiens*, quien debe ajustar su actuación al deber de lealtad y de consideración a los intereses de la contraparte, pues un comportamiento opuesto podría ser

977 F. CARUSI, “Correttezza”, cit., 710.

978 G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., 45 y ss. En efecto, P. GROSSI, “La cooperazione creditoria. Mora accipiendi e collaborazione del creditore”, *Rivista di diritto privato*, 2014, 249-252, “Deudor y acreedor están en un plano de igualdad y tienen la obligación de lealtad de conservar la esfera jurídica del otro; [la lealtad exigible a las partes] no inserta al negocio un acuerdo diferente al querido en el reglamento contractual, sino que se ponderan las pretensiones de las partes en la sede ejecutiva delineando el contenido de la prestación y la modalidad de ejecución. [...] La buena fe se concreta en una actividad de colaboración, finalizada a conservar el vínculo obligatorio”.

979 Sobre los perfiles aplicativos de la excepción de incumplimiento, en particular en los contratos del consumidor, ver: A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 84-88; A. D’ADDA, *L’autotutela del creditore nel mercato dell’energia e del gas: i limiti all’eccezione di inadempimento*, en *Studi in onore di G. De Nova*, II, Milán, 2015, 845 y ss. También es ejemplificativo el caso que propone L. NIVARRA, “Ragionevolezza e diritto privato”, cit., 379: A, deudor, debe entregar una cantidad considerable de bienes en el domicilio de B, pero B cambia de domicilio cerca al anterior y sin informar a A. El deudor no puede alegar la excepción de incumplimiento alegando el incumplimiento del deber de informar o tampoco le es permitido entregar los bienes en el domicilio anterior, pues sería contrario a buena fe. El comportamiento exigible al deudor es realizar la entrega, alargando el trayecto faltante, pues no existe proporción entre el pequeño sacrificio que el deudor debe soportar para satisfacer el interés del acreedor y los costos que el acreedor debería asumir para obtener la prestación.

considerado como abusivo y, por tanto, pugnaz de la buena fe<sup>980</sup>. De hecho, puede resultar que el interés legítimamente tutelado del *excipiens* ceda ante la pretensión del deudor-acreedor incumplido, pues las condiciones del caso concreto y la necesidad de garantizar relaciones contractuales eficientes, justas y razonables así lo exigen<sup>981</sup>. En efecto, las circunstancias particulares de la relación negocial, el interés de colaborar con el cumplimiento de la función del contrato, en respeto de la lógica interna de este y su operación económica, hacen que las partes deban tolerar las modificaciones a la prestación inicialmente debida y, por lo tanto, no tengan la facultad de ejercer la excepción de incumplimiento. En estos casos, cede “el dogma de la ‘santidad del contrato’, y no porque no sea importante el *pacta sunt servanda*, sino porque se requiere que los compromisos contractuales sean honestamente asumidos y honestamente ejecutados”<sup>982</sup>.

### 3.1.1.3 EL REQUISITO DE LA GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO DE CONTRAPARTE PARA EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONFORME DE BUENA FE DEBE SER LEÍDO COMO UN INCUMPLIMIENTO SERIO, PERO NO IGUALABLE AL QUE SE EXIGE PARA LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL; DE LO CONTRARIO, SE DESCONOCERÍA LA FUNCIONALIDAD CONSERVATIVA DE LA *EXCEPTIO*

Importante resolver la cuestión de si la buena fe exige que el incumplimiento que legitima la *exceptio* sea grave, tal como se exige para el ejercicio de la

980 En realidad, la buena fe es la regla de gobierno en la ejecución del contrato, la cual opera orientando el comportamiento de las partes en aquellas situaciones en las que existe duda de cuál es la conducta a ellas exigible, esto es, limita la discrecionalidad de los contratantes ordenándoles que deben comportarse de una determinada manera; *cfr.* A. DI MAJO, *Delle obbligazione in generale*, cit., 301; A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 39 y 68.

981 También lo afirma L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 30: “la buena fe objetiva sea destinada a intervenir en el juego de los intereses de las partes en el sentido de precisar cuáles de ellos deben prevalecer y cuáles deben ser sacrificados”.

982 C. M. BIANCA, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, cit., 216. En efecto, A. M. BENEDETTI, “L’abuso dei (e nei) rimedi contrattuali”, cit., 86: “el ejercicio de los derechos o de los poderes contractuales no pueden terminar en un abuso, pena o en la irrelevancia-ineficacia del ejercicio del derecho mismo o el resarcimiento del daño ocasionado a la parte víctima del abuso (o, la solución que encontraría más adecuada, la ineficacia del acto de ejercicio del poder contractual fruto del abuso mismo)”.

resolución por incumplimiento. Quienes dan una respuesta positiva a la cuestión lo hacen bajo el argumento que la excepción de incumplimiento es un medio de presión sobre el deudor, por lo que exigirle al acreedor ejercerla cuando el deudor ha incumplido de manera grave sería una forma de evitar que tal medio de presión sea usado de manera desproporcionada<sup>983</sup>. Esta respuesta comporta que existan los mismos criterios de aplicación para la excepción de incumplimiento y para la resolución por incumplimiento<sup>984</sup>.

Una conclusión en tal sentido no puede ser compartida. Creemos que la potencialidad de la buena fe, por su carácter abstracto, no se limita a un caso específico, pues no agota el cuadro de las circunstancias en las cuales el acreedor podría ejercer contra derecho la excepción de incumplimiento. Y con mayor razón cuando se reduce a un supuesto de hecho típico de un remedio como la resolución, la cual tiene efectos completamente opuestos a los de la excepción.

El criterio de la gravedad del incumplimiento ha sido impuesto para justificar la aplicación de un remedio tan radical como la resolución<sup>985</sup>. Una hipótesis

983 F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, II, t. 2, cit., 935. Como se puede evidenciar igualmente de los fundamentos de la reforma del *code civil*, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. En igual sentido algunas sentencias de la Corte de Casación italiana se pronuncian en igual sentido, sobre el particular se remite a A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, cit., 1999, 71 y ss., y N. SAPONE, "Exceptio non rite adimpleti contractus e gravità dell'inadempimento", cit., 89-90.

984 Como en efecto se vio reflejado en la reforma del Code Civil de 2016: la gravedad del incumplimiento se previó como requisito de procedibilidad para la resolución unilateral del contrato y la resolución judicial por incumplimiento –article 1224: "la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice"–, así como para la excepción de incumplimiento –article 1219: "une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave".

985 L. BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, cit., 1 y ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1459, cit., 541 y ss.; L. NANNI, M. COSTANZA, U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, artt. 1455-1459, I-2, cit., 1 y ss.; G. AMADIO, "Inattuazione e risoluzione: la fattispecie", cit., 119 y ss.; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, cit., *passim*; G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, cit., *passim*; M.R. SPALLAROSSA, *Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., 460 y ss. En el caso de la cláusula resolutoria expresa, se remite a: M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., 29 y ss.;

que explique por qué ha sido extendido como requisito para la excepción de incumplimiento es que la doctrina y la jurisprudencia han analizado ambos remedios sinalagmáticos conjuntamente<sup>986</sup> y, a veces, se ha considerado al primero como dependiente del segundo<sup>987</sup> —e incluso absorbido por este<sup>988</sup>—.

---

C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., 39 y ss.

986 Principalmente cuando se buscaba el fundamento de ambas figuras en la teoría de la causa, ver R. CASSIN, “Réflexions sur la résolution judiciaire des contrat pour inexécution, en Revue trimestrielle de droit civil”, t. 43, 1945, 166 y ss. Y cuando se pretendía establecer su consagración normativa del mismo artículo que consagraba la resolución por incumplimiento, artículo 1184 Code Civil, ver: C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, cit., 68-76. En el derecho italiano, la *Relazione al Re* sobre la norma del 1460 el Codice Civile se afirmaba que, si una *prestazione inadempita è di lieve importanza, l'inadempimento di una parte non può invocarsi dall'altra per giustificare il proprio*, lo cual trae como conclusión a una parte de la doctrina a considerar la superposición de requisitos de procedibilidad de la excepción y la resolución por incumplimiento, ver: A. DALMARTELLO, “Eccezione di inadempimento”, cit., 354. Contrariamente, G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 5, 16, afirma que la explicación contenida en la *Relazione al Re* debe considerarse como ejemplificativa, pues existen otras hipótesis en las que el ejercicio de la excepción es contrario a la buena fe.

Otra manera de estudiar conjuntamente los dos remedios sinalagmáticos es ubicando a la *exceptio* solo como una excepción procesal perentoria de la resolución. En el derecho colombiano, la excepción de incumplimiento funciona como defensa del artículo 1546 del Código Civil colombiano que consagra la cláusula resolutoria tácita. En efecto, en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia colombiana se ubica a la excepción como un mecanismo que sirve solo para atajar las acciones ejecutorias contra el deudor, es decir, como una simple excepción perentoria de la resolución o de la acción de cumplimiento, sin ninguna finalidad de preservación del contrato, *cf.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de diciembre de 1944, *Gaceta Judicial*, t. LVIII, 184-193. También en la Sentencia de 25 de febrero de 1952, *Gaceta Judicial*, t. LXXI, 124-128. Recientemente, Sentencia 31 de mayo de 2010, exp. 05178.

987 *Cfr.* G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 300 y ss.

988 Como por ejemplo resulta evidente de la sentencia comentada por M. DELLACASA, “Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione”, cit., 687 y ss., en la cual la parte demandada propone la excepción de incumplimiento y subsidiariamente demanda en reconvencción la resolución del contrato. En el juicio, se establece que el demandante habría retardado la ejecución de sus prestaciones de manera no grave ni imputable. En el proceso parece desatendida la excepción de incumplimiento opuesta por el demandado para contrarrestar la demanda de resolución de la contraparte. Como explica DELLACASA, leyendo la motivación, surge la impresión que el juicio sobre la demanda reconvenccional de resolución y el de la importancia del incumplimiento sean

Según esta orientación, la excepción funciona como un mecanismo para preparar la resolución, por ello sería indispensable que compartan el presupuesto de aplicación; de lo contrario, un incumplimiento cualquiera legitimaría la suspensión de la ejecución de las prestaciones, mas no tendría la fuerza necesaria para justificar el rompimiento del vínculo por medio de la resolución. Esta hipótesis se confirma con el proceso de reconocimiento de la resolución unilateral del contrato en el derecho francés<sup>989</sup>. Como se había mencionado anteriormente<sup>990</sup>, antes de la reforma del Code Civil introducida por medio de la *ordonnance* n.º 2016-131 del 10 de febrero del 2016, la jurisprudencia admitía la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento grave<sup>991</sup>; para ello facultaba a la parte fiel a oponer una especie de excepción de incumplimiento con efectos resolutorios<sup>992</sup> bajo el propio *risques et périls*<sup>993</sup>, es decir, se hacía una valoración *a posteriori* del comportamiento del *excipiens* para verificar que la suspensión de las prestaciones y la liberación del vínculo se hacían fundamentado en un incumplimiento grave de la contraparte<sup>994</sup>.

Era una vía para darles solución a las crisis definitivas del contrato; sin embargo, se hacía mediante la torcedura de la estructura de la *exceptio*, olvidando sus elementos esenciales. Si se analizan las dos figuras separadamente –la excepción de incumplimiento y la resolución unilateral–, se verifica que cada una tiene formalidades y requisitos diferentes, pues cada una tiene efectos desiguales, aunque ambas pretendan solucionar una alteración al sinalagma<sup>995</sup>.

---

sustancialmente inescindibles; en ese sentido, la excepción de incumplimiento tiende a ser ignorada, en cuanto absorbida por la demanda reconventional de resolución.

989 J. ROCHE-DAHAN, “L’exception d’inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique”, cit., 255 y ss.; C. ATIAS, “Les ‘risques et périls’ de l’exception d’inexécution”, cit., 1103-1105; C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 103 y ss.

990 Ver *supra*, Parte II, Cap. II, § 2.3.1.2.

991 En especial la sentencia que comenta J. GHESTIN, “Note à Cour de Cassation, Chambre commerciale, 15 janvier” 1973, cit., 473-477.

992 J. ROCHE-DAHAN, “L’exception d’inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique”, cit., 255 y ss.; J. GHESTIN, “L’exception d’inexécution”, cit., 13-14. C. MALECKI, *L’exception d’inexécution*, cit., 103 y ss.

993 C. ATIAS, “Les ‘risques et périls’ de l’exception d’inexécution”, cit., 1103.

994 C. ATIAS, “Les ‘risques et périls’ de l’exception d’inexécution”, cit., 1103.

995 Sobre el particular, Y. M. LAITHIER, *Les sanctions de l’inexécution du contrat*, cit., 39.; *id.*, *Étude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat*, cit., 273.



Dejar de lado las diferencias que transitan entre un remedio dilatorio, como la excepción de incumplimiento, y un remedio ablativo, como la resolución del contrato, lleva a concluir indebidamente que ambos remedios tienen los mismos criterios aplicativos y el mismo régimen jurídico, olvidando en especial la completa autonomía de la *exceptio non adimpleti contractus* respecto a la resolución<sup>996</sup>.

En efecto, la doctrina resalta las profundas diferencias funcionales entre la resolución por incumplimiento y la *exceptio non adimpleti contractus*. Como lo habíamos señalado ya<sup>997</sup>, la resolución tiene como efecto destruir el sinalagma contractual, mientras que la excepción pretende favorecer la correcta actuación del programa contractual. La *exceptio* busca estimular el cumplimiento de la contraparte mediante la suspensión de las prestaciones del *excipiens*, por lo que el tipo de incumplimiento que legitima su ejercicio no debe ser el mismo que autoriza el ejercicio de la resolución<sup>998</sup>. Además, la excepción sirve como instrumento para evitar que una de las partes tenga éxito en su pretensión de obtener las ventajas del contrato sin respetar el programa contractual<sup>999</sup>. Por lo anterior, para cumplir con la función de la *exceptio non adimpleti contractus*, un incumplimiento de leve entidad puede igualmente dar lugar a la suspensión de la contraprestación, así como la puede legitimar uno de carácter

---

996 Otros, por ejemplo, han manifestado que la excepción tiene un campo de aplicación más amplio que el de la resolución, lo cual hace que la *exceptio* tenga condiciones menos rigurosas de aplicación, *cf.* R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., 361 y 400; L. DEVOTO, *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, cit., 320; G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 144.

997 Ver *supra*, Parte II, Cap. II.

998 En los proyectos de unificación del derecho de los contratos contemplan una especie de excepción de incumplimiento, sin condicionarla al requisito de la esencialidad del incumplimiento, la cual si es requerida para la resolución del contrato; sobre el particular se pueden consultar el artículo 7.1.3 de los Principios *Unidroit* y el artículo 9:204 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

999 V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 920, con mayor claridad afirma “sono chiare le differenze: la risoluzione scioglie il contratto e distrugge le relative obbligazioni, mentre l'eccezione si limita a sospendere temporaneamente l'obbligazione dell'eccepiente; anzi, l'eccezione è proprio il fattore che impedisce lo scioglimento del contratto, in quanto paralizzi la domanda di risoluzione proposta contro l'eccepiente”.

importante<sup>1000</sup>; el punto central es no ejercer el remedio de forma abusiva, en perjuicio de la contraparte, en desconocimiento de las reglas que surgen de la buena fe: lealtad, consideración al interés ajeno, proporcionalidad y razonabilidad.

Asimismo, el criterio de la gravedad del incumplimiento no es infalible para evitar el uso abusivo de la *exceptio*. Existen hipótesis en las que se opone la excepción de incumplimiento conforme a buena fe, siendo el incumplimiento de contraparte no grave, como también se presentan situaciones en las que la excepción de incumplimiento es opuesta contra un grave incumplimiento, siendo tal oposición contraria a buena fe<sup>1001</sup>. En el primer caso, piénsese en un contrato cuyas prestaciones se ejecutan simultáneamente y están sometidas a un término no esencial; en este caso, la parte que sea requerida al cumplimiento por la contraparte —que a su vez no haya ofrecido el pago contemporáneo— tiene el derecho a oponer la *exceptio*; de lo contrario, bajo el presupuesto de no existir un incumplimiento grave, se obligaría a quien es demandado primero a ejecutar la prestación a su cargo, sin conseguir la contraprestación. En el segundo caso, por ejemplo, la parte que deba cumplir primero, y lo haga de forma inexacta y grave, legitimaría el ejercicio por la contraparte tanto de la excepción de incumplimiento como de la resolución. Sin embargo, el ejercicio de la *exceptio* por la contraparte sería contrario a buena fe en cuanto le permitiría servirse de la prestación defectuosa y eximirse de efectuar la contraprestación a su cargo<sup>1002</sup>. Por estos casos, es preferible no circunscribir el ejercicio ilegítimo de la *exceptio* a un específico caso y, por el contrario, tener de presente que lo que la buena fe prohíbe es utilizar un incumplimiento no real, un pretexto, un incumplimiento ínfimo, que en sentido sustancial no legitimaría la reacción del *excipiens*, ya sea porque ocasionaría una crisis general

1000 En este sentido: M. COSTANZA, “Buona fede ed eccezione di inadempimento”, cit., 2389; C. M. BIANCA, “Eccezione d’inadempimento e buona fede”, cit., 517; L. BIGLIAZZI GERI, “Eccezione di inadempimento”, cit., 342; M. G. CUBEDDU, *L’importanza dell’inadempimento*, cit., 319; G. COLLURA, *Importanza dell’inadempimento e teoria del contratto*, cit., 142; C. TURCO, *L’imputabilità e l’importanza dell’inadempimento nella clausola risolutiva*, cit., 191; M. DELLACASA, “Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione”, cit., 697; N. SAPONE, “Exceptio non rite adimpleti contractus e gravità dell’inadempimento”, cit., 581 y ss.; L. BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell’inadempimento*, cit., 318–319.

1001 F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 230; M. COSTANZA, “Buona fede ed eccezione di inadempimento”, cit., 2389; L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 33.

1002 F. REALMONTE, “Eccezione di inadempimento”, cit., 230–231.

en la relación contractual, ya sea porque su ejercicio no cumple con la *ratio*, para lo cual fue concebido el remedio sinalagmático.

También, limitar el ejercicio de la excepción de incumplimiento solamente a los supuestos de grave incumplimiento de la contraparte bloquearía la función provisoria y de inducción al cumplimiento que viene reconocida tradicionalmente a la *exceptio*<sup>1003</sup>. La excepción, al no extinguir el contrato, al dejarlo con vida, deja abierta la posibilidad de un futuro cumplimiento, de modo que facilita el espacio a la contraparte para que normalice su propia posición con el objetivo de que cumpla con sus prestaciones. Con esto, frente a un incumplimiento cualquiera, pero que no sea nimio o no serio, el remedio es apropiado para salvaguardar los intereses y la posición de la parte fiel del contrato, sin cerrar la posibilidad a la contraparte de adecuar su comportamiento al programa contractual<sup>1004</sup>. Frente a un incumplimiento grave, que ha destruido el sinalagma del contrato, la *exceptio* poco puede hacer para recomponer la relación negocial.

En fin, coherente con la estructura y funcionalidad de la excepción, no parece acertado valorizar el debido ejercicio por el *excipiens* con base en la gravedad del incumplimiento, pues este último sirve para ponderar la incidencia del incumplimiento en el sinalagma contractual y sobre los intereses del acreedor; es un instrumento para verificar si el contrato decae frente a la inejecución de una de sus prestaciones y, por lo tanto, presupuesto para el ejercicio de la resolución<sup>1005</sup>. En cambio, el principio de la buena fe es idóneo para guiar al

1003 En el mismo sentido, N. SAPONE, “Exceptio non rite adimpleti contractus e gravità dell’inadempimento”, cit., 594, afirma que la función compulsiva de la excepción de incumplimiento, la estimuladora del cumplimiento del contrato, hace que se pierda el sentido al requisito de la gravedad del incumplimiento, incluso, el requisito contradice dicha función.

1004 C. M. BIANCA, “Eccezione d’inadempimento e buona fede”, cit., 518-519.

1005 Ver, M. GRONDONA, “Non scarsa importanza dell’inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto”, *I contratti*, 2013, 1021-1033, en particular 1022, el autor resalta los criterios para analizar la gravedad del incumplimiento: (i) el objetivo, el cual se realiza a la luz de la economía del contrato, por lo tanto, se necesita tener en cuenta el valor de la prestación incumplida con relación al valor total de las prestaciones contractuales; con base en este criterio, se puede determinar si existe una alteración del sinalagma contractual, es decir, del equilibrio económico querido y realizado por las partes. (ii) el subjetivo, es el criterio que corresponde al interés del acreedor en la obtención de la prestación, para concretizarlo sería necesario valorizarlo en función del reglamento contractual y la economía del contrato, sin confundirlo con la pretensión del acreedor del exacto cumplimiento. Ahora, como bien lo explica el autor, un criterio fundamental para valorizar la gravedad del incumplimiento es la buena fe, en cuanto no se limita a

intérprete en la apreciación del modo en el cual los contratantes reaccionan a los recíprocos incumplimientos en atención a la función sinalagmática de la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>1006</sup>; esto es, propende a una valoración de la conducta de las partes sobre el presupuesto de que el interés de ellas no ha sido irremediablemente comprometido por el mal funcionamiento del contrato<sup>1007</sup> y que se utiliza el remedio adecuado para tutelar tal interés<sup>1008</sup>. Esto trae como consecuencia que la estimación de la gravedad del incumplimiento debe entenderse como un incumplimiento serio, uno que sirva para ilustrar la proporcionalidad y la razonabilidad de la reacción del *excipiens*, así como para evitar que la *exceptio* se utilice como una maniobra fraudulenta que, en vez de recomponer el equilibrio y la justicia contractual, termine por instituirse como un instrumento abusivo<sup>1009</sup>.

### 3. I. I. 4 LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN EXIGE LIMITAR EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CUANDO SE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES, CON ATENCIÓN A LAS PARTICULARIDADES DEL CASO CONCRETO

La buena fe colabora en la tutela de la confianza de la contraparte en el sentido objetivo, lo cual conlleva interpretar y fijar el contenido contractual, de modo que las partes se obligan a lo que está expresamente fijado en la

---

reprimir los comportamientos incorrectos, sino que le permite al juez un poder relevante sobre el contrato, pues permite analizar la economía del acuerdo, el comportamiento de las partes y sus pretensiones a la luz de la finalidad económica del contrato.

1006 G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., 141.

1007 M. DELLACASA, "Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione", cit., 697.

1008 M. COSTANZA, "Buona fede ed eccezione di inadempimento", cit., 2390.

1009 L. BIGLIAZZI GERI, "Eccezione di inadempimento", cit., 342; N. SAPONE, "Exceptio non rite adimpleti contractus e gravità dell'inadempimento", cit., 90, compartimos la conclusión del autor con base en la lectura de la Sentencia de Casación italiana n. 3472 del 2008: "non significa che la non scarsa importanza dell'inadempimento diventi circostanza irrilevante al fine di appurare la rispondenza a buona fede del rifiuto della prestazione. Significa solo che il concetto di buona fede e quello di non scarsa importanza non sono coincidenti né coestensivi, e non si può istituire tra essi un rapporto di implicazione (per cui la buona fede implicherebbe la scarsa importanza dell'inadempimento)".

convención, a los cuidados generales usuales entre las personas honorables, como también a todas las prestaciones accesorias que rodean el negocio en cada momento<sup>1010</sup>. Igualmente, la buena fe orienta el contrato con base en los principios constitucionales, de modo que adecúa las reglas que de ella emanan a la Constitución y, por ende, les otorga un contenido para ser aplicadas al caso concreto<sup>1011</sup>. Este alcance de la buena fe trae como consecuencia que el dogma de la voluntad sea superado, favoreciendo una conceptualización del contrato como libre acto de autorreglamentación con base en los principios; además, pone de presente que el contrato colabora con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico, a través de la aplicación directa de los principios constitucionales<sup>1012</sup>. Esto último, en particular, ayuda a superar la concepción que el ordenamiento jurídico del contrato y el ordenamiento del sistema jurídico son contrapuestos o separados<sup>1013</sup>.

Con esta lectura, la concepción, aplicación e interpretación de las figuras del derecho de contratos deben estar en sintonía con los principios

---

1010 M.L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., 240.

1011 L. BIGLIAZZI GERI, “Buona fede nel diritto civile”, cit., 180.

1012 Son dos lecturas de la buena fe interpretativa evidenciadas y replanteadas por F. PIRAINO, *L'ingiustizia per la giustizia. Riflessioni sull'interpretazione secondo buona fede, sulla ragionevolezza e sull'applicazione diretta dei principi*, cit., §1.

1013 M. GRONDONA, “Auto-integrazione ed etero integrazione del contratto: che cosa resta della distinzione?”, cit., 247-269. En efecto, como acertadamente en M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Turín, 2011, 362 y ss., el contrato y el ordenamiento jurídico “pueden ser representados como dos vasos comunicados, en continua dialéctica, [la cual] no depende, como se podría pensar, por la incidencia que tiene la legislación en el contrato, [...] sino que depende especialmente de la obra de la jurisprudencia, cuya función institucional, irrenunciable, es en sustancia la de adecuar las pretensiones de los individuos a los principios del sistema jurídico a través de una aproximación hermenéutica, [en la que se tienen en cuenta] contextualmente el contrato y el ordenamiento, y tiene como objeto teórico los principios encarnados en el orden jurídico del contrato y en el orden jurídico estatal”. En este orden de ideas, se debería superar la concepción en que el contrato tiene finalidades axiológicas diferentes, esto es, “el interés general, cuyo símbolo es el ordenamiento, y el interés individual, cuyo símbolo es el contrato”. Una interpretación en tal sentido, como lo llama el autor, permitiría la relación ‘biunívoca’, lo cual excluiría la concepción diferenciadora entre las pretensiones del particular y del ordenamiento, y, por el contrario, consideraría ambas pretensiones como instrumentos que colaboran entre sí en la realización de los principios que orientan el sistema.

constitucionales<sup>1014</sup>. No existe duda de que los jueces tienen que respetar la operación económica del contrato —en cuanto es el instrumento que las partes legítimamente han usado para regular sus intereses en la búsqueda de un determinado fin— y compaginarla con los principios que rigen el sistema constitucional en el caso concreto, lo cual deberá relucir que el contrato persigue fines de justicia y equidad<sup>1015</sup>. En efecto, existe un control constitucional no solo de la ley, sino de los actos y de la actividad que son expresiones de la autonomía individual. La función y la destinación de los actos privados, entre estos el contrato, asumen un valor determinante respecto a su conceptualización estructural; en este contexto, la iniciativa económica de los particulares debe tener una utilidad social y debe ser ejercida en modo de no generar daños a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana<sup>1016</sup>.

Como se mencionó<sup>1017</sup>, la Corte Constitucional ha abordado el estudio de la excepción de incumplimiento en varias sentencias de revisión de tutela, con el fin de establecer los límites a su ejercicio bajo la interpretación de la Constitución Política, en particular en su amplia carta de derechos fundamentales<sup>1018</sup>.

1014 Se remiten a los escritos de P. PERLINGIERI, “Norme costituzionali e rapporti di diritto civile”, *Rassegna di diritto civile*, 1980, 95 y ss.; *id.*, “La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale”, *Rassegna di diritto civile*, 2007, 497 y ss.; *id.*, “Il principio di legalità nel diritto civile”, *Rassegna di diritto civile*, 2010, 164 y ss.; Ahora publicados todos en: P. PERLINGIERI, *L'interpretazione e legalità costituzionale*, Nápoles, 2012.

1015 En efecto, la operación del juez debe entenderse como una “práctica interpretativa que necesita de una actividad de valoración sea de los posibles significados de las disposiciones normativas, sea de las modalidades de los hechos, realizables mediante la aplicación de los valores jurídicamente relevantes según un correcto equilibrio dirigido por la razonabilidad. El derecho no es solamente la praxis, esto es, que se repite, sino que tiene en sí mismo la fuerza de innovar; es al mismo tiempo cambio y continuidad, es la búsqueda no solo de la certeza, sino también de la justicia”: P. PERLINGIERI, “L'interpretazione giuridica e i suoi canoni”, *Rassegna di diritto civile*, 2014, 405 y ss. en particular 432.

1016 P. PERLINGIERI, “La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale”, *cit.*, 499.

1017 Ver Parte II, Cap. 1, § 1.3

1018 La dimensión de la garantía y desarrollo de los derechos fundamentales consagrados en las constituciones y la consagración constitucional de los principios se convierte en un nuevo paradigma, en una renovada forma de ser de los estados democráticos, ver S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 41 y ss. Por ello la actividad hermenéutica debe reconocer la pluralidad de fuentes concebidas unitariamente y la transformación de las normas alrededor de los principios, *Cfr.* P. PERLINGIERI, “Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente”, en *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Nápoles, 2006, 1 y ss.

Los supuestos de hecho que dan lugar a la intervención de la Corte tienen dos particularidades: primero, son contratos sinalagmáticos caracterizados por la posición y calidad de los contratantes: un particular que presta un servicio público frente al usuario del servicio; segundo, el ejercicio de la excepción de incumplimiento por el particular que presta el servicio público generaría una afectación a los derechos fundamentales de la persona destinataria de la excepción, es decir, el usuario o un tercero beneficiario<sup>1019</sup>. En tales casos, la pretensión económica del *excipiens*, consistente en no ejecutar el contrato para proteger sus intereses y presionar a la contraparte al cumplimiento, debe ceder frente a la garantía de los derechos fundamentales del sujeto a quien le recaen las consecuencias del remedio contractual<sup>1020</sup>, lo cual comporta una carga justificada constitucionalmente al *excipiens* consistente en abstenerse de ejercer un remedio (del cual es titular y es formalmente aplicable al caso concreto), y, por consiguiente, continuar con el cumplimiento del contrato sin recibir su contraprestación<sup>1021</sup>.

---

1019 Se hace referencia a las sentencias de la Corte Constitucional que tratan (i) un contrato de prestación de servicios de salud, en el cual se legitima a la empresa prestadora de salud a suspender la prestación si el beneficiario no paga oportunamente los aportes al sistema de seguridad social. Sin embargo, si la prestadora de salud recibe extemporáneamente tales pagos, o continúa con la prestación del servicio sin reportar oportunamente el estado de mora del beneficiario, o el responsable de los pagos es el empleador y no el beneficiario, no sería viable el ejercicio de la *exceptio* contra el beneficiario, pues desconocería su buena fe y lo dejaría en un estado de indefensión (ver sentencia T-059 de 1997 y las decisiones análogas aplicadas a los contratos de prestación de servicios de salud llamados ‘medicina prepagada’, Sentencias T-196 de 2007 y T-158 de 2010) y aún más cuando son sujetos de protección constitucional especial, como por ejemplo una mujer embarazada (Sentencias T 553 de 2005, T-1104 de 2004 y T-136 de 2008) o un estudiante farmacodependiente (Sentencia T-057 de 2007). Y (ii) Los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios, la empresa prestadora no está legitimada a suspender el servicio como respuesta al incumplimiento del usuario, y por el contrario está obligada a garantizar un suministro básico e indispensable del servicio, en aquellos casos en los que la falta de cumplimiento no obedece a la voluntad del deudor o se da como consecuencia de una fuerza insuperable; en el lugar al que se destinan habitan sujetos de especial protección; y el servicio resulta indispensable para el goce de derechos como la vida en condiciones dignas, la salud, la igualdad, entre otros (ver sentencias T-163 de 2014, T-089 de 2012 y T-717 de 2010).

1020 P. MORENO CRUZ, “Los límites de la *exceptio inadimplenti contractus*”, cit., 142 y ss.

1021 La misma línea argumentativa se sigue en el derecho italiano; sin embargo, parece que la lectura de la doctrina es que la situación de incumplimiento de la contratante débil

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución reconoce la buena fe y la libertad negocial como principios constitucionales, lo cual comporta un discurso que requiere de la agudeza del operador jurídico al evaluar el caso concreto, de modo que, de una parte, no se banalice la buena fe al concebirla como una fórmula vacía e indeterminada, cuando es un principio que se expresa a través de reglas específicas; de otra parte, se desconozca al contrato sea su rol de instrumento de regulación de intereses querido por las partes, el cual supone aspectos políticos, económicos y sociales, sea su operación económica, la cual influye en el ordenamiento jurídico<sup>1022</sup>.

En efecto, la correcta valoración del caso concreto —con base en las reglas de corrección, lealtad, transparencia y diligencia exigibles a ambos contratantes y en consideración de todas las aristas económicas, sociales y políticas de la función del contrato— es fundamental para aplicar con razonabilidad la carga justificada constitucionalmente al *excipiens* y alterar la interdependencia y reciprocidad de las prestaciones del contrato sinalagmático. Tampoco se puede perder de vista la centralidad que asumen, en contratos sinalagmáticos, los remedios de autotutela ejercidos conforme a la buena fe, ya que representan un eficaz estímulo para el cumplimiento de la contraparte y para favorecer el contrato, antes que su destrucción; además, pueden constituir un elemento de estabilidad apreciable, no solo en la singular relación sinalagmática, sino

---

no puede perdurar eternamente, lo cual no es muy claro en los supuestos de hecho que analiza la Corte Constitucional colombiana. En el derecho italiano ver la posición de A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 86–85 quien explica que, en los contratos de prestación de servicios de luz, agua, telefonía, gas, el prestador del servicio, de frente al incumplimiento del usuario puede teóricamente cesar de erogar el servicio hasta que el usuario no regularice su posición; del mismo modo, el usuario puede rehusarse a pagar el correlativo debido cuando el servicio no sea suministrado, o se haga de manera inexacta. Sin embargo, como explica BENEDETTI, cuando el tipo de servicio prestado a la contraparte satisface necesidades esenciales de la persona o es funcional para el ejercicio de un derecho fundamental, la suspensión del contrato debe ser dispuesta como *extrema ratio*; en los casos en los cuales los otros remedios se hayan revelado infructuosos, y en caso que, el incumplimiento sea irreversible, la excepción no tendrá campo de aplicación y deberán activarse los necesarios remedios destructivos del contrato, siempre en protección del usuario del servicio.

1022 M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, 61 y ss.; 361 y ss.



también como garantía de la eficiencia del mercado entendido en su complejidad<sup>1023</sup>, siempre, se repite, en respeto de los principios que rigen el sistema<sup>1024</sup>.

---

1023 En igual sentido, pero con relación a la centralidad de la excepción de incumplimiento, en particular, en los contratos de suministro de energía, ver, A. D'ADDA, "L'autotutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento", cit., 867. En efecto, de ahí la importancia que, en países como Colombia, cuya situación económica es caracterizada por un sistema que crece, sin el correlativo crecimiento de los más desfavorecidos, ni la estabilidad económica de la clase media, la utilidad de la correcta comprensión de los remedios contractuales, de un lado, para asegurar la protección de los más pobres, del otro, para salvaguardar la continuidad de la actividad productiva y el tejido económico. Sobre las reacciones respecto a la incidencia de los aspectos no patrimoniales a la eficiencia del tráfico comercial, *cf.* O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Nápoles, 2012, 31 y ss.

1024 Por ello la importancia de armonizar el sistema de tutelas de los derechos, con la centralidad de la dignidad humana, la autonomía, la equidad y la buena fe. De lo contrario, las reglas se utilizarían en contravención a los mismos principios del sistema jurídico. Ilustramos. Por medio de la Sentencia SU 624 de 1999, la Corte Constitucional intervino para corregir una situación en la cual el contrato de prestación de servicio de educación privada se mostraba en crisis a causa de la indebida interpretación de los derechos fundamentales como límite al ejercicio de la excepción de incumplimiento. La jurisprudencia constitucional anterior a la mencionada sentencia reconoce que existe un contrato de carácter sinalagmático entre el colegio, el educando y los padres de familia, del cual surgen obligaciones recíprocas y, una en especial, consistente en que los padres están obligados a pagar una suma de dinero al colegio y el colegio está obligado a prestar de manera continuada el servicio educativo, cuyo beneficiario directo es un menor de edad. Por la naturaleza del contrato, le deberían ser aplicables todos los remedios sinalagmáticos, sin embargo, la aplicación está limitada en atención a los intereses en juego. Así, el establecimiento escolar privado no puede suspender el servicio de educación al menor bajo el pretexto del no pago de la contraprestación a cargo de los padres, pues, según la Corte, el sacrificio del menor al no recibir educación sería más grave que aquel sufrido por el plantel educativo. Con tal interpretación surgió un fenómeno de la "cultura del no pago", consistente en que los padres de familia no consideraban una obligación esencial el pago de las mensualidades al colegio, bajo la tesis que la institución educativa no podía vulnerar el derecho a la educación del menor; lo cual estaba poniendo en riesgo al sistema educativo privado colombiano. En efecto, una decisión sin mayor modulación, sin la mayor reflexión, genera una crisis del tipo contractual, pues se destruye la operación económica que lo identifica al interrumpir la reciprocidad de las prestaciones solo bajo el fundamento de la afectación de los derechos fundamentales del menor, y sin un juicio que justifique dicha solución en cuanto es acorde sea a las finalidades y a la función del contrato, sea a los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en la relación contractual. Fue entonces que la Corte, a través de la sentencia mencionada, intervino y moduló el precedente jurisprudencial en el sentido que los planteles

Por lo anterior, la limitación a la excepción de incumplimiento no se configuraría por el solo hecho de la afectación a derechos fundamentales; debe interpretarse además con base en el comportamiento correcto, leal y diligente del deudor, así como en atención a la función del remedio<sup>1025</sup>; si no, una interpretación sin mayor reflexión limitaría radicalmente la excepción, en desconocimiento de la funcionalidad de la figura en el ordenamiento jurídico<sup>1026</sup>, y

---

educativos de carácter privado pueden suspender la prestación del servicio educativo cuando los padres no justifiquen que la falta de pago se debe a una imposibilidad sobrevenida a cumplir (pérdida imprevista del trabajo, enfermedad grave, etc.) y con la intención de respetar el contrato (acuerdo de pago con el colegio, firma de garantías, etc.). Se remite igualmente a la lectura de la Sentencia que hace P. MORENO CRUZ, “Los límites de la exceptio inadimplenti contractus”, cit., 147.

1025 Interesante la contribución de G. GRISI, “L’inadempimento di necessità”, en *Jus civile*, 2014, 215-240 [También publicado en *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Nápoles, 2014, 281 y ss.], quien explica la importancia de valorar la situación del deudor en momento de crisis económica. El autor afirma que, muchos deudores, golpeados por la crisis, no encuentran solución en las medidas que han tomado para mejorar su situación, sería cínico e irrazonable olvidar de considerar su condición. Se trata, en tantos casos, de sujetos que han utilizado todos los recursos para honrar sus compromisos, que tal vez han tentado de renegociar las propias deudas, y, no obstante, han debido desafortunadamente constatar su fracaso en la satisfacción del crédito. Debe existir una vida de salida, sin que traduzca en el sacrificio excesivo de las razones del acreedor y la impunidad generalizada de los deudores incumplidores solo por tener una crisis económica. GRISI propone (232 y ss., en particular 238) ubicar la excepcional condición patrimonial del deudor a causa de una crisis económica como un supuesto de hecho de la imposibilidad temporánea de la prestación y, por lo tanto, constituirse como un justificante del retardo en el cumplimiento. Una tutela que le permitiría al deudor tener sosiego en una fase delicada y que, en al dilatar el tiempo del cumplimiento, lo pone in grado de activarse para mejorar su condición económica y de disfrutar plenamente cada útil ocasión que se le presente.

1026 Quien critica la limitación radical de la excepción de incumplimiento en el mercado del consumidor por la Autoridad regulatoria italiana, lo cual ha generado un fenómeno de morosidad en los suministrados, A. D’ADDA, “L’autotutela del creditore nel mercato dell’energia e del gas: i limiti all’eccezione di inadempimento”, cit., 868. El autor recuerda la funcionalidad del remedio en cuanto conservador del vínculo y estimulador de la actuación de la relación contractual; además, el ejercicio conforme a buena fe de la *exceptio* impone sagacidad y prudencia en la suspensión del suministro de servicios esenciales, también una rigurosa aplicación procedimental de la actividad prodrómico a la eventual suspensión; pero no justifica una limitación muy radical del remedio, que se pondría en conflicto con los cánones de razonabilidad que presiden también la actividad regulatoria. El autor concluye, “las limitaciones del ejercicio de la excepción de incum-

conllevaría que particulares soporten cargas que afectarían a su propio interés de forma injustificada, con consecuencias negativas en el mercado, en perjuicio de los otros ciudadanos<sup>1027</sup>.

Esta interpretación demuestra la necesidad de encontrar una solución equilibrada, la cual reduzca al máximo los comportamientos oportunistas del deudor, sin llegar, por supuesto, a la violación de derechos fundamentales y, al mismo tiempo, no admita perjuicios al funcionamiento del tráfico comercial; son soluciones que buscan corregir la fría lógica económica en razón de la actuación de valores no patrimoniales y del mantenimiento de componentes esenciales de la sociedad: educación, familia, salud, ambiente, etc.<sup>1028</sup>

La protección de la dignidad del deudor y la renovada invocación de la solidaridad, en una economía de mercado fuertemente liberal<sup>1029</sup>, lleva a replantearse las relaciones entre privados, incluso entre el acreedor y el deudor, lo cual puede traducirse en la inexigibilidad de la pretensión crediticia cuando entra en conflicto con los intereses del deudor de especial protección constitucional, sin que ello signifique la liberación del deudor, a causa de sus cualidades o de su situación en particular, y el correlativo traspaso de las consecuencias negativas del incumplimiento al acreedor, en nombre de la solidaridad contractual<sup>1030</sup>.

plimiento aparecen admisibles desde el plano técnico, pero deben aparecer justificadas con argumentos que a su vez tengan en cuenta la innegable potencialidad preventiva del remedio, en particular del fenómeno de la morosidad”.

1027 Creemos que se debe hacer un análisis de hasta dónde se puede exigir el sacrificio al particular, si tal sacrificio genera la vulneración completa de la operación económica en términos que destruye su actividad profesional y, en los peores términos, afectando el mercado. Volviendo al ejemplo del servicio de educación privada –*ver supra*–, se prefiere que la pretensión económica del colegio ceda ante el derecho del menor a recibir educación, esto es, que el colegio no pueda excepcionar el incumplimiento de los padres del menor; pero si someterlo a esa carga implica afectar toda su actividad y entrar en quiebra, entonces, tal sacrificio no está justificado porque pondría en peligro la prestación del servicio de educación de los demás menores.

1028 Cfr. O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., 33.

1029 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 157.

1030 En efecto, como lo explica G. GRISI, “L’inadempimento di necessità”, cit., 226–227, la interpretación no puede tomar los extremos, ni considerar que la condición económica desfavorable del deudor destruye el vínculo contractual, pues se abandonaría el modelo dominante de obligación caracterizado por la abstracción y la simetría, ni considerar que la relación obligatoria es indiferente frente a las condiciones económicas de las partes e

Es llamar al principio de la buena fe a gobernar la operación económica del contrato con una profunda incidencia en la autonomía privada de los sujetos contratantes<sup>1031</sup>, en particular en el ejercicio de sus remedios, de modo que la solución que más se adapta al caso concreto tenga en consideración el derecho del *excipiens* a tutelar sus intereses a la luz de las cargas constitucionales a las cuales está obligado por prestar un servicio de carácter público o esencial –justificados sacrificios patrimoniales–, la operación económica que presupone el contrato de prestación de servicios, el comportamiento leal, transparente, de colaboración del sujeto incumplidor, y los intereses superiores que se persiguen por medio de la tutela al incumplidor y mediante la prestación del servicio a cargo de un particular. Una interpretación en este sentido evita las consecuencias más negativas del mal funcionamiento del contrato, tiende a evitar distorsiones del vínculo y comportamientos que no tolera la buena fe, sin olvidar la centralidad del ser humano en el derecho<sup>1032</sup>.

---

insensible a la realidad por la que ellas pasan. Puede, entonces, dar lugar a la idea que –por ejemplo, en presencia de ciertas circunstancias objetivamente probadas– el deudor pueda ser titular de un beneficio, acceda a un tratamiento ‘indulgente’, útil y razonable; es decir, una interpretación que consiga un doble objetivo: la justicia individual y la justicia social.

Sin embargo, en el caso que el suministrado sea una estructura pública o privada que desarrolla una actividad reconocida de asistencia social (entre ellos, hospitales, clínicas, casas de reposo, cárceles y escuelas), se evidencia un riesgo de ‘exculpar’ a la pública administración, o el particular encargado de tal servicio, pues evidentemente el servicio que prestan constituye un límite infranqueable al ejercicio de la excepción de incumplimiento por parte de la empresa suministrante. Este punto en particular requiere de una ulterior meditación que evite crear un incentivo a la praxis del incumplimiento, ciertamente en perjuicio del correcto y eficaz andamio del mercado.

1031 S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 58; L. MENGONI, “Autonomia privata e Costituzione”, en *Metodo e teoria giuridica. Scritti di L. Mengoni*, I, 2011, 101-122, en particular 111; quien sostiene que la correcta lectura de la buena fe como juicio del deber ser en el caso concreto, evitaría la remisión permanente a las “*stampelle costituzionali*”. Como en efecto lo sostiene A. DI MAJO, “Debito e patrimonio nell’obbligazione”, en *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Nápoles, 2014, 32 y ss.: en situaciones en las cuales hay afectación de derechos fundamentales, la buena fe juega un rol importante en la exigibilidad de la prestación.

1032 Por ejemplo, A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 87, sostiene que la buena fe introduce límites sustanciales y procedimentales al ejercicio de la excepción, imponiendo, para el ejercicio, la adopción de determinadas modalidades en el interés de la contraparte de especial protección. Tratándose de servicios relacionados a bienes o

### 3.1.2 LA BUENA FE ORIENTA EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO Y CIERRA EL ELENCO DE LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

En fin, con este capítulo se demuestra que la buena fe erige uno de los ingredientes vitales del ordenamiento, pues asegura la continua adaptación a las exigencias sociales y de modernización, sin traicionar la tradición y el núcleo de los otros principios del sistema; además, se demuestra como un indiscutible instrumento para realizar la racionalidad y la eficiencia de la tutela del contrato, mediante el control de la coherencia entre los fines para los cuales fueron concebidos los remedios jurídicos y los fines que en el caso concreto obtiene la aplicación del remedio<sup>1033</sup>. Una lectura en este sentido conlleva considerar que los remedios ofrecidos a los contratantes no son un fin en sí mismos, sino que son instrumentos concebidos para tutelar los valores que radican en el sistema jurídico; por lo tanto, cada vez que los remedios son invocados para la consecución de resultados que contrastan con los valores del ordenamiento, y por lo tanto del contrato mismo, deben ser rechazados. En consecuencia, la buena fe se constituye en un criterio que cierra el elenco de los presupuestos de ejercicio de la *exceptio*, pero que al mismo tiempo se emplea de manera transversal, de modo que consiente la ductilidad de la aplicación de la excepción y evita excluir usos distorsionados y capciosos<sup>1034</sup>. Se adapta a las diferentes situaciones y es capaz de interpretar, corregir e integrar la operatividad de la excepción de incumplimiento. Permite valorar de manera integral el incumplimiento del *excipiens* en miramiento a la operación económico-social

---

derechos esenciales y fundamentales, la suspensión del contrato debe ser precedida de ciertos actos que permitan a la contraparte, el usuario o beneficiario del servicio de protección constitucional, reducir lo más posible las consecuencias dañosas que derivan de la interrupción del servicio si efectivamente se presenta, por ejemplo, realizar preavisos para permitir la regularización de la situación o buscar otro prestador del servicio. También puede considerarse una medida razonable garantizar el suministro de un 'contenido mínimo esencial' del servicio al sujeto de especial protección. *Cfr.* V. PIERGIGLI, "Quale tutela per i soggetti deboli in temo di crisi? Alcune recenti risposte della Corte Costituzionale", en *Studi Senesi*, 2013, 445.

1033 F. RICCI, "Buona fede e rimedi, Contratto e impresa", cit., 636.

1034 A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 51.

del contrato y al comportamiento que le es exigido en el caso concreto, todo lo cual implica determinar si el recurso a la excepción aparece como un comportamiento injustificado y sustancialmente irrazonable en consideración al carácter sinalagmático del contrato.

## *Conclusiones*





I. El análisis de la excepción de incumplimiento en la tradición civil ha demostrado que la *exceptio* se ha constituido en un mecanismo de tutela de la protección del vínculo sinalagmático. Cada momento histórico y jurídico le ha entregado un elemento a su estructura, de modo que le permita cumplir hoy por hoy con una finalidad integral: garantizar el respeto por lo acordado por las partes, preservar la interdependencia y reciprocidad de las prestaciones, así como estimar integralmente el comportamiento de los contratantes y el contenido del negocio en términos de equilibrio contractual.

En efecto, la excepción de incumplimiento contractual, en los términos en que la conocemos hoy en día en las codificaciones, instrumentos de armonización y como la ha estudiado y analizado la doctrina moderna, ha debido pasar por diferentes etapas. En un primer momento, la buena fe desde el derecho romano clásico proponía una concepción de sinalagma que preservaba el negocio por medio de las exigencias de equilibrio, el cual se hacía realidad en la consideración de la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones y la lógica del negocio en atención de los intereses de las partes; por ello se permitía que cada una de las partes tuviera derecho a rehusarse en el cumplimiento de su prestación, hasta tanto no fuera ejecutada por la contraparte la contraprestación nacida del mismo contrato o, cuando menos, no se ofreciera su cumplimiento. La preocupación de los juristas clásicos radicaba en el buen funcionamiento de la relación negocial, la cual se ve evidenciada en la lectura de algunos fragmentos del Digesto, por ejemplo el testimonio de Ulpiano en D. 19.1.13.8.

La excepción de incumplimiento se analiza inicialmente con relación al contrato de compraventa, donde tuvo origen y en buena parte ha desarrollado sus características más relevantes, para aplicarla posteriormente a los demás contratos con una estructura semejante: contratos sinalagmáticos. Es una figura que se utiliza como expresión de las exigencias de equidad, tendiente a impedir enriquecimientos patrimoniales no justificados por un correlativo sacrificio y a permitir la correcta ejecución de los negocios en un tráfico comercial cada vez más complejo y en constante evolución.

Posteriormente, la preocupación por la tradición civil surgida luego de la caída del imperio romano era entender cómo las partes respetaban sus acuerdos, para lo cual acentuaron la regla del *pacta sunt servanda* y reinterpretaron la función de los remedios del contrato frente al incumplimiento, en particular sobre aquellos que permitían el cumplimiento de los contratos de ejecución simultánea, por lo que se llegó a inferir que no era equitativo mantener la

palabra empeñada bajo juramento, cuando la contraparte no lo había hecho. Los canonistas y los iusnaturalistas aceleran el proceso de desarrollo de la excepción de incumplimiento mediante la aplicación e interpretación del brocardo *frangenti fidem, fides non servanda est*, y se reconoce a la excepción como un remedio de aplicación general contra el incumplimiento del contrato, por medio de la expresión *exceptio non adimpleti contractus*. Así pues, la excepción de incumplimiento muestra un elemento que se adiciona a su estructura; es un mecanismo de tutela general del contrato que permite a las partes cumplir con lo pactado, so pena de no verse beneficiadas o de no recibir lo prometido.

La preponderancia de la resolución del contrato por incumplimiento en la época anterior al movimiento codificador europeo respecto a la *exceptio non adimpleti contractus* permitió que esta se configurara como el medio de defensa por antonomasia frente a la resolución y el mecanismo para lograr la preservación del contrato, y no su destrucción. El hecho de que ambos remedios sean mecanismos para garantizar la correcta ejecución de las prestaciones de los contratos bilaterales permite concluir que su fundamento es el mismo, lo que no le resta autonomía a la excepción.

Los códigos europeos recogen y respetan su tradición jurídica, se nutren de su historia y construyen figuras que cumplen con las necesidades que los tiempos requieren. Para ello se alimentaron del derecho romano, en cuanto era *ratio scripta* y un mecanismo para regular correctamente las relaciones contractuales, y se aprovecharon de la claridad y el equilibrio del Código de Napoleón para perfeccionar sus textos. Con base en lo anterior, la excepción de incumplimiento se recoge en los códigos, sea tácita o expresamente, y demuestra un tratamiento homogéneo en su doctrina: se constituye como un remedio autónomo y general del contrato, que opera sistemáticamente frente a otros remedios contractuales, como la resolución por incumplimiento, sin que esto signifique limitar su funcionalidad.

Los códigos civiles representan en Latinoamérica el respeto por los principios que han caracterizado la tradición civil del sistema jurídico latinoamericano. Sus construcciones resultan ser instrumentos para lograr justicia dentro de las relaciones negociales, que además deben ser entendidas en su complejidad, en su historia y en su operatividad dentro de su propio ordenamiento jurídico. La excepción de incumplimiento se convierte en un claro ejemplo, en cuanto se adopta en los códigos como un mecanismo de equilibrio exigido en las relaciones negociales, evitando que una de las partes pueda exigir una

prestación cuando no ha respetado lo convenido, todo lo cual redundará en la tutela del vínculo contractual.

II. Ahora, el Código Civil colombiano no consagra expresamente la excepción de incumplimiento, y su actual interpretación basada en el artículo 1609 no responde a la naturaleza y funcionalidad de la excepción.

El artículo 1609 no consagra expresamente la excepción de incumplimiento contractual, sino la manera como se constituye en mora al deudor-acreedor de un contrato bilateral. Ambas figuras son remedios que surgen para garantizar el correcto funcionamiento del contrato y evitar desequilibrios entre las posiciones contractuales de las partes. A esta conclusión se llega por la manera como fue recibida la norma en el Código Civil, la plena armonía con las otras normas que la acompañan y lo que expresa textualmente la norma misma.

La falta de consagración legislativa en el Código Civil de la excepción de incumplimiento no quiere decir que no se haya reconocido e intentado disciplinar. De hecho, el Código Civil colombiano es fiel a su tradición jurídica, reposa en los principios de equidad y buena fe y, por lo tanto, reconoce abiertamente las reglas que permiten la ejecución leal de las obligaciones contractuales y la ejecución simultánea del contrato; todo lo cual ha servido para evidenciar, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el pleno reconocimiento de la *exceptio non adimpleti contractus* y construir un modelo que se adapte a la realidad nacional.

Sin embargo, ha sido dudosa la manera de aplicar e interpretar la excepción por los jueces. Creemos que la razón es la insistencia en ver en el texto del artículo 1609 una institución que no está. Las consecuencias son variadas: desde no tener claro el fundamento (pues se afirma que puede ser la buena fe o la noción de causa), incluso confundirla con el derecho de retención y asignarle efectos resolutorios, hasta no identificar con certeza el tipo de efectos que caracterizan la excepción, pues aunque se reconocen los efectos suspensivos del contrato y perentorios de las acciones del acreedor, en algunos casos la excepción se demuestra como un mecanismo que paraliza indefinidamente el contrato o faculta a la resolución unilateral de este, y, por último, es aplicada limitadamente para solucionar los casos de incumplimiento recíproco del contrato.

Una situación particular en el derecho colombiano es que la *exceptio non adimpleti contractus* se ha construido como un remedio dependiente de la efectividad, o menos, de la resolución por incumplimiento, pues este último es considerado en la práctica un remedio dotado de mayor rigurosidad y fuerza

que la excepción, en cuanto libera a las partes del contrato –tal vez sea esta una buena razón para entender por qué a la excepción se le otorga un perfil resolutorio y perentorio antes que dilatorio y esperanzador de la recuperación del vínculo disfuncional–. En este sentido, a la excepción de incumplimiento no se le ha dado la función que la tradición jurídica le ha diseñado, o aquella que se ha develado, construido y diseñado en el trasegar histórico: frente a un incumplimiento no definitivo, se puede preservar el carácter sinalagmático del contrato, lo cual se nota mediante el rechazo de comportamientos tendientes a romper el equilibrio de la relación negocial y la consideración que no es equitativo obligar a cumplir cuando la contraparte no lo ha hecho.

También, la adopción de teorías de derecho extranjero sobre la excepción de incumplimiento, que se construyeron con normas y ordenamientos jurídicos diferentes al colombiano, pudo generar interpretaciones que distan de un modelo de excepción que respete su verdadera funcionalidad. Por ejemplo, es notorio que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de inicios del siglo XIX construye la teoría de la excepción de incumplimiento con base en el artículo 1609 del Código Civil y en el derecho francés, a sabiendas que este último no tiene una norma similar al artículo 1609; o la doctrina nacional, que estudia la *exceptio* fundamentada en las elaboraciones del derecho alemán o italiano, las cuales se hacen con base en normas que consagran expresamente la excepción de incumplimiento y que de todas formas distan del contenido del artículo 1609.

Es igualmente importante tener claras las fronteras de la excepción de incumplimiento y las otras figuras afines. Su naturaleza de remedio sinalagmático no se confunde con figuras como el derecho de retención y la compensación. Ni tampoco sobreponerla con la excepción de peligro de incumplimiento, pues cada una tiene su campo de acción determinado.

En razón al panorama, se debe partir de la hipótesis que la *exceptio* se reconoce como un instituto que hace parte de nuestra tradición jurídica y que se encuentra en la base del ordenamiento jurídico, donde se busca salvar el contrato porque aún hay interés en su correcto funcionamiento y en el cumplimiento de la función para la cual fue creado. Luego, se deben desligar las funciones y características que no le son propias, para que se pueda evaluar justamente las potestades individuales al solicitar el cumplimiento de las obligaciones, en atención a las particularidades de la relación negocial a la luz de los principios generales del derecho, de la protección de la sinalagmaticidad del contrato y de los derechos fundamentales de las partes contratantes.

III. Por todo lo anterior, creemos que el reconocimiento e interpretación de la *exceptio* debe hacerse a través de la buena fe, pues correspondería a nuestra tradición jurídica. El pleno reconocimiento de la buena fe permite que la excepción de incumplimiento se implante en el ámbito de las relaciones contractuales que transcurren frecuentemente sin sujeción al territorio estatal, puesto que las reglas del buen funcionamiento del contrato hacen parte del vínculo contractual, con independencia de su consagración, o no, en el código. En efecto, la excepción de incumplimiento representa una regla típica en los contratos con prestaciones correlativas y recíprocas; en general, es un instrumento que opera en el llamado sinalagma funcional; lo cual conlleva ubicarla como un remedio sinalagmático, que legitima el incumplimiento de la parte fiel como reacción al incumplimiento de la contraparte, con el fin de reconstruir el equilibrio negocial, actuando el sinalagma y salvando el contrato de una posible crisis irreversible: un verdadero instrumento de gestión de la relación contractual, el cual procura el correcto funcionamiento del vínculo y el equilibrio exigido en la ejecución de este, y no un mecanismo que tiene como objetivo la destrucción del vínculo.

La buena fe tiene un valor transversal en la comprensión y estructuración de la excepción de incumplimiento, de forma que orienta cada uno de los requisitos para su ejercicio, a saber: (i) un remedio contractual que se aplica a las relaciones sinalagmáticas; (ii) las prestaciones a cargo de las partes—ambas mutuamente deudoras y acreedoras— deben ejecutarse recíprocamente; (iii) el incumplimiento que se combate es de carácter no definitivo; y (iv) quien alega la excepción debe hacerlo conforme a buena fe.

La *exceptio non adimpleti contractus* tiene como campo de aplicación el vínculo sinalagmático, el cual debe valorarse conforme a la buena fe en su función integradora, lo que permite concebir la relación negocial de manera integral y considerar la complejidad del actual tráfico jurídico, sin abandonar elementos merecedores de tutela y atención. Y es justamente la buena fe la que propende a que las tutelas sinalagmáticas, como la excepción de incumplimiento, sean más elásticas de modo de ser aplicables a contratos coligados, a los mal llamados contratos sinalagmáticos imperfectos y a las obligaciones accesorias, pues lo que busca la buena fe es considerar todas las aristas de la relación negocial cuando las partes son deudoras y acreedoras recíprocamente, con el fin de encontrar una protección integral de los contratantes y colaborar con el correcto funcionamiento del contrato en atención a su función y a su operación económica.

La *exceptio non adimpleti contractus* busca combatir el incumplimiento que no es definitivo, un incumplimiento serio y reversible, el cual se caracteriza por no destruir el interés en la preservación del contrato y sus efectos, y no derribar la función para la cual el contrato fue concebido por las partes. Y, para tal efecto, el rol preponderante de la buena fe permite abandonar la idea de una relación lineal en cuyos extremos se colocan el débito y el crédito para adoptar una visión que consienta el concepto de relación compleja, donde al lado de las obligaciones principales se coagula una constelación de obligaciones a cargo de ambas partes que, aunque mal llamadas accesorias, tienen la finalidad esencial de asegurar la plena realización de todos los intereses que llevaron al surgimiento del vínculo y de la operación económica del contrato. Además, la buena fe sirve como criterio de valoración de la conducta en la realización del vínculo obligatorio, de ejecución de la relación contractual y de ejercicio de las propias prerrogativas, sobre la base de una medida elástica que se concretiza con la verificación de la correspondencia entre el actuar de los sujetos y el conjunto de disposiciones normativas aplicables, las cláusulas contractuales y el comportamiento exigido que puede revelarse en el caso concreto.

La excepción de incumplimiento otorga al deudor-acrededor la facultad o potestad de incumplir legítimamente su prestación como reacción a la inejecución del contrato de su acreedor-deudor; tal legitimidad de incumplir va hasta que la contraparte cumpla u ofrezca el cumplimiento. La buena fe exige que el ejercicio de la tutela contractual sea proporcional, equilibrado, razonable, en consideración de las consecuencias tanto en el plano jurídico como en el económico, respetuoso por los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en la relación negocial; en fin, entrega al intérprete las herramientas para que entienda el problema del incumplimiento en el caso concreto a la luz de las reglas que emanan de la buena fe y de la dignidad humana. Permite entender la problemática a la luz de la Constitución mediante los instrumentos que el derecho civil ha diseñado por medio de su tradición, de modo que se impida la sumisión del derecho a la economía y prevalezca la persona como centro del fenómeno jurídico.

En particular, la buena fe como presupuesto de valoración del comportamiento del *excipiens* –y, por lo tanto, como mecanismo para determinar el legítimo ejercicio de la *exceptio*– refleja la importancia de garantizar en el interior del sistema relaciones sanas y fluidas, las cuales tengan como parámetro la honestidad, la rectitud, la probidad, y como fin la eficiencia de las relaciones comerciales con el eje central de la persona. La buena fe en su función

orientadora en la aplicación de los diferentes institutos del derecho civil, y en particular del contrato<sup>1035</sup>, como lo expresa Bianca, no comporta el ocaso de las libertades individuales ni del ejercicio de las facultades del particular; ella indica sobre todo el *declino* del arbitrio del sujeto en una sociedad que quiere convertirse en comunidad; para lo cual tiende a cambiar el rol del jurista en un asunto que es nuevo para la amplia dimensión social en la que se encuentra. Tal rol no reniega de los valores intrínsecos del hombre, los cuales han sido protegidos y conservados por nuestra tradición jurídica, sino que mira al derecho como un instrumento primario de realización de una exigencia superior de justicia social<sup>1036</sup>.

---

1035 Compartimos la afirmación que hace M. GRONDONA, “Non scarsa importanza dell’inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto”, cit., 1024, cuando dice que el uso de la buena fe respecto del contrato es el de utilizarlo para realizar los objetivos de justicia sustancial entre las partes y en el interior de la sociedad. Se trata de una funcionalización del contrato con miras a la persecución de la justicia contractual y social. Si el contrato—como operación económica—es justo, la relación entre los contratantes será en equilibrio económico, y como tal, conforme a los valores que se encuentran en el interior del ordenamiento, también estarán en equilibrio axiológico las acciones económico negociales presentes en la sociedad, las cuales portan a una realidad social justa.

1036 C. M. BIANCA, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, cit., 216.





## *Bibliografia*



- AA. VV., *Inadempimento e rimedi*, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, Padua, 2009.
- AA. VV., *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Nápoles, 2016.
- AA. VV., *Principes Contractuels Communs*, *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française y la Société de législation comparée*, en *Droit Privé comparé et européen*, collection dirigée par B. Fauvarque-Cosson, VII, París, 2008.
- AA. VV., *Rimedi-2*, en *Tratt. del Contratto*, v, diretto da V. Roppo, Milán, 2006.
- AA. VV., *Correzione e integrazione del contratto*, diretto da F. Volpe, Bolonia, 2016.
- AA. VV., *Project de réforme du droit des contrats*, Ministère de la Justice, 2009.
- AA. VV., *Revue des contrats*, septiembre 2015.
- AA. VV., *Studi ed insegnamento del diritto romano*, en *Labeo*, 1956.
- ADDIS, F., *Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milán, 2013.
- ADDIS, F., *La sospensione dell'esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla Unsicherheitseinrede*, en *Ricerche sull'eccezione di insicurezza a cura di F. Addis*, Milán, 2006, p. 1.
- ADDIS, F., "Le eccezioni dilatorie", en *Rimedi-2*, en *Tratt. del Contratto*, v, diretto da V. Roppo, Milán, 2006, p. 422.
- AFFERNI, G., "Vendita di beni gravato da garanzie reali o altri vincoli", en *Vendita e vendite*, en *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, Milán, 2014.
- AGUAD DEIK, A., "Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 6, 2006, p. 9.
- AL MUREDEN, E., "Ritenzione legale e ritenzione convenzionale", *Contratto e impresa*, 1997, p. 191.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., "La mora en las obligaciones recíprocas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 464, 1968, p. 9.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, E., "Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido, algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación", *Revista Actualidad Jurídica*, n.º 8, Universidad del Desarrollo, Chile, 2003, p. 69.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, E., "Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral", *Revista Chilena de Derecho*, v. 31, n.º 3, 2004, p. 565.
- ALCALDE SILVA, J., "El tratamiento de los incumplimientos recíprocos en el derecho chileno", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Guzmán Brito*, v. 1, 2011, p. 37.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones*, t. III, Santiago de Chile, 1941.
- ALEXY, R., *Teoria dei diritto fondamentali*, Bolonia, 2012.
- ALLENDE, G., "Artículo 1201 del código civil. Requisito necesario de la acción y no excepción de cumplimiento del contrato", *La Ley*, n.º 72, p. 38.
- ALPA, G. y CHIODI, G. (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, Milán, 2007.
- ALPA, G., "Dal Code Civil al Codice Civile del 1942", en *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milán, 2007, p. 3.
- ALPA, G., "Harmonization of and Codification in European Contract Law", en *The Harmonization of European Contract Law: implications for European Private laws, Business and Legal*, edited by S. Vogenauer and S. Weatherill, Oxford, 2006, p. 169.
- ALPA, G., *I principi generali*, en *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milán, 1993.

- ALPA, G., “La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell’equità”, en *Il contratto e le tutele a cura di S. Mazzamuto*, Turín, 2002, p. 218.
- ALPA, G., “Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti”, *Rivista critica del diritto privato*, 2015, p. 177.
- ALPA, G., “The future of European Contract Law: some questions and some answers”, en *The future of European Contract Law*, edited by K. Boele-Woelki & W. Groscheide, Alphen on the Rhine, 2007, p. 3.
- ALPA, G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari y Roma, 2009.
- ALVARADO VELLOSO, A., *Diritto dei paesi latinoamericani*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV, Roma, 1989, p. 1.
- AMADIO, G., “Inattuazione e risoluzione: la fattispecie”, en *Rimedi-2*, v, en *Trattato del Contratto*, diretto da V. Roppo, Milán, 2006.
- AMENDOLAGINE, V., “Esecuzione del contratto secondo buona fede ed opponibilità dell’eccezione non rite adimpleti contractus”, *Corriere giuridico*, n.º 7, 2005, p. 977.
- ARNOUD, A.-J., *Les origines doctrinales du code civil français*, en *Bibliothèque de philosophie du droit*, sous la direction de C. H. Eisenmann, N. Batiffol y M. Villey, IX, París, 1969, p. 171.
- ASTUTI, G., *Contratto, diritto intermedio*, en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milán, 1961, p. 760.
- ASTUTI, G., *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milán, 1952.
- ATIAS, C., “Les ‘risques et périls’ de l’exception d’inexécution (limites de la description normative)”, *Recueil Dalloz*, n.º 17, 2003, p. 1103.
- AULETTA, G. G., *La risoluzione per inadempimento*, Milán, 1942.
- BARBA, A., *Ritenzione, diritto privato*, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milán, 1989, p. 1373.
- BARCELLONA, M., “La buona fede e il controllo giudiziale del contratto”, en *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Turín, 2002, p. 324.
- BARCELLONA, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Turín, 2006, p. 65.
- BASINI, G. F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell’inadempiente*, Milán, 2001.
- BASSO, P., *Il diritto di ritenzione*, Milán, 2010.
- BAUDRY LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Trattato teorico pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, II, trad. it. P. Bonfante, G. Pachioni y A. Sraffa, Milán, 1915.
- BÉGUIN, J., “L’adage ‘nul ne peut se faire justice a soi-même’ en droit français”, en *Travaux de Association Henri Capitant*, t. 18, París, 1966, p. 51.
- BELFIORE, A., *Risoluzione per inadempimento*, en *Enciclopedia del diritto*, XL, 1989, p. 1309.
- BELLO, A., *Obras completas*, v. 14, Caracas, 1981.
- BELTRÁN, I., “La codificación en el contexto de la consolidación del Estado moderno”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 8, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- BÉNABENT, A., *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, 2016.
- BENATTI, F., *La costituzione in mora del debitore*, Milán, 1968.
- BENATTI, F., “Osservazioni in tema di doveri di protezione”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 1342.
- BENEDETTI, A. M., “Art. 1460. Eccezione d’inadempimento”, en *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarreta y A. Orestano, en *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Turín, 2011, p. 480.
- BENEDETTI, A. M., “Art. 1461. Mutamenti nelle condizioni patrimoniali dei contraenti”, en *Dei contratti in generale artt. 1425-1469 bis leggi collegate*, en *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Turín, 2011, p. 511.

- BENEDETTI, A. M., “Commento art. 1461”, en *Dei contratti in Generale artt. 1425-1469 bis leggi collegate*, en *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Turín, 2011, p. 511.
- BENEDETTI, A. M., “L’abuso dei (e nei) rimedi contrattuali”, en *L’abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Nápoles, 2016, p. 87.
- BENEDETTI, A. M., “L’eccezione di inadempimento”, en *Inadempimento e rimedi*, en *Tratt. della Responsabilità Contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, Padua, 2009, p. 625.
- BENEDETTI, A. M., “La deriva dell’eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio”, *Danno e responsabilità*, n.º 7, 2003, p. 758.
- BENEDETTI, A. M., *Le autodifese contrattuali, art. 1460-1462*, en *Il Codice Civile*, Commentario P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milán, 2011.
- BERIO, A., “Eccezione inadimplenti contractus”, en *Dizionario pratico del diritto privato*, diretto da V. Scialoja e P. Bonfante, v. II, Milán, 1901, p. 759.
- BERTINO, L., *Le clausole sulla non scarsa importanza dell’inadempimento*, San Giuliano Milanese, 2016.
- BETTI, E., *Autotutela. Diritto privato*, en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milán, 1959, p. 529.
- BETTI, E., “Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica”, en *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, Milán, 1991, p. 339 [también publicado en *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, IV, Nápoles, 1952, 80-125].
- BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, II, I, Padua, 1960.
- BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953.
- BIANCA, C. M., *Negligenza*, en *Novissimo digesto italiano*, XI, 1965, p. 191.
- BIANCA, C. M., *Autotutela*, en *Enciclopedia del diritto, aggiornamento*, IV, Milán, 2000, p. 130 y ss.
- BIANCA, C. M., *Dell’inadempimento delle obbligazione*, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bolonia, 1979.
- BIANCA, C. M., *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, III, Milán, 2000.
- BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, Milán, 1993.
- BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milán, 2012.
- BIANCA, C. M., “Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi: considerazioni di un civilista”, en *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi*, Milán, 1989, p. 43.
- BIANCA, C. M., “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, *Rivista di diritto civile*, 1983, I, p. 205.
- BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F. D. y NATOLI, U., *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Turín, 1989.
- BIGLIAZZI GERI, L., *Buona fede nel diritto civile*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sez. Civile*, II, Turín, 1988, p. 154.
- BIGLIAZZI GERI, L., *Della risoluzione per inadempimento art. 1460-1462*, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bolonia, 1988.
- BIGLIAZZI GERI, L., *Eccezione di inadempimento*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche—Sezione Civile—*, VII, Turín, 1991, p. 331.
- BIGLIAZZI GERI, L., *Profili sistematici dell’autotutela privata*, II, Milán, 1976.
- BIGLIAZZI GERI, L., *Profili sistematici dell’autotutela privata*, I, Milán, 1974.
- BIONDI, B., “Funzione della giurisprudenza romana nella scienza giuridica e nella vita moderna”, *Rivista di diritto civile*, I, 1964, p. 1.
- BIONDI, B., “L’elenco classico dei ‘iudicia bonae fidei’”, en *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, VII, 1918, p. 177.

- BIROCCHI, I., *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, 1988.
- BIROCCHI, I., “Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell’efficacia dei patti nella dottrina italiana dell’età moderna”, en *Towards a General Contract Law*, edited by J. Barton, Berlín, 1990, p. 296.
- BOLAFFI, R., *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Nápoles, 1981.
- BONNETT, T., “Comments on article 71 CISG—Suspension of performance—”, en *Commentary on the International Sales Law*, edited by Bianca-Bonell, Milán, 1987, p. 513.
- BORRIONE, M., *La risoluzione per inadempimento*, Padua, 2004, p. 347.
- BORSARI, L., *Commentario del codice civile italiano*, vv. III, II, Turín, 1878.
- BORSARI, L., *Commentario del codice civile italiano*, vv. IV, I, Turín, 1878.
- BORTOLUZZI, A., *Proporzionalità*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, aggiornamento*, II, 2007, p. 1089.
- BOUCARD, H., “Le nouveau régime de l’inexécution contractuelle”, en *La réforme du droit des obligations en France 5èmes journées franco-allemandes*, París, 2015.
- BOYER, G., *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Toulouse, 1924.
- BOZZO HAURI, S., “La ‘excepción de contrato no cumplido adecuada o regularmente’ y su régimen en el derecho civil español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 2014, p. 83.
- BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1968, p. 47.
- BRECCIA, U., *Le obbligazioni*, en *Trattato diritto privato*, a cura di G. Iudica y P. Zatti, Milán, 1991.
- BUONAMICI, F., *La storia della procedura civile romana*, I, Pisa, 1886 (reimpresión de 1971, Roma).
- BURDESE, A., “L’eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone”, en *L’eccezione di dolo generale: diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padua, 2006, p. 91.
- BURDESE, A., “L’eccezione di dolo generale in rapporto alle altre eccezioni”, en *L’eccezione di dolo generale: diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padua, 2006, p. 444.
- BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, Turín, 1993.
- BURDESE, A., “Recensione a H.-P. Benöhr, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht”, *IURA*, XVII, 1966, p. 364.
- BURDESE, A., *Vendita (diritto romano)*, en *Novissimo digesto italiano*, XX, Turín, 1975, p. 599.
- BURDESE, A., ‘*Exceptio doli*’, *Diritto romano*, en *Novissimo digesto italiano*, VI, 1960, p. 1072.
- BURDESE, A., *Pegno (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milán, 1982, p. 663.
- BURDESE, C. A., “Recensione di A. Bürge Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XLVI, 1980, p. 550.
- BUSNELLI, F. D., “Note in tema di buona fede ed equità”, *Rivista di diritto civile*, I, 2001, p. 537.
- CALASSO, F., *Equità. Premessa storica*, en *Enciclopedia del diritto*, XV, Milán, 1966, p. 67.
- CALASSO, F., *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milán, 1967.
- CALASSO, F., *Introduzione al diritto comune*, Milán, 1970.
- CALASSO, F., *Medioevo del diritto. Le fonti*, I, Milán, 1957.
- CAMILLETTI, F., “Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale”, *I contratti*, 2015, p. 1142.
- CAMILLETTI, F., *Profili del problema dell’equilibrio contrattuale*, Milán, 2004.

- CAMPOBIANCO, E., “Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi”, en *Correzione e integrazione del contratto*, diretta da F. Volpe, Bologna, 2016, p. 1.
- CAMPOGROSSI, G., “La certezza del diritto nell’ordinamento canonico”, en *Ephemerides iuris canonici*, 1940, p. 20.
- CANNATA, C. A., VISINTINI, G. y PROSPERETTI, M., “L’adempimento delle obbligazioni”, en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Turín, 1999, p. 133.
- CANNATA, C. A., “‘Bona fides’ e strutture processuali”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padua, 2003.
- CANNATA, C. A., *L’inadempimento delle obbligazioni*, Padua, 2008.
- CANNATA, C. A., *Mora (storia)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVI, 1976, p. 921.
- CANNATA, C. A. y GAMBARO, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, *Dal medioevo all’epoca contemporanea*, Turín, 1989.
- CANNATA, C. A., “Contratto e causa nel diritto romano”, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Turín, 1997, p. 35.
- CANNATA, C. A., “Labeone, Aristone e il sinallagma”, *IURA*, LVIII, 2010 (también publicado en *Scritti scelti di diritto romano*, III, a cura di L. Vacca, Turín, 2014, p. 57).
- CANNATA, C. A., “Le obbligazioni in generale”, en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Turín, 1999.
- CANNATA, C. A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I, *la giurisprudenza romana e il passaggio dall’antichità al medioevo*, Turín, 1976.
- CANNATA, C. A., *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XII, Turín, 1995, p. 407.
- CANNATA, C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996.
- CANOSA TORRADO, F., *La resolución de los contratos*, Bogotá, 2013.
- CAPITANT, H., “De la causa des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)”, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 52.
- CAPOMBIANCO, E., “Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi”, en *Annuario del contratto 2015*, diretto da A. D’Angelo e V. Roppo, Turín, 2016, p. 64.
- CAPRILE BIERMANN, B., “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 32, 2012, p. 53.
- CARAVELLI, C., *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milán, 1940.
- CARBONNIER, J., *Droit civil. Les obligations*, 4, París, 1988.
- CARCATERRA, A., *Intorno ai ‘bonae fidei iudicia’*, Nápoles, 1964.
- CARDILLI, R., *Bona fides, tra storia e sistema*, Turín, 2004.
- CARDILLI, R., “Considerazione ‘storico-dogmatiche sul legame tra contratto e obbligazione’”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Nápoles, 2006.
- CARDILLI, R., “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 13, 2002, p. 123 (publicado también en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padua, 2003, 284-369).

- CARLINI, P., *Contratto e patto nel diritto medievale e moderno*, en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, IV, 1989, p. 77.
- CARNEVALI, U., GABRIELLI, E. y TAMPONI, M., *La risoluzione*, en *Il contratto in generale*, en *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, v. XIII, t. VIII, Turín, 2011.
- CARNEVALI, U., “Le eccezioni dilatorie”, en *Il contratto in generale*, t. VIII, en *Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, v. XIII, Turín, 2011, p. 243.
- CARRESI, F., *Il comodato. Il mutuo*, en *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Turín, 1950.
- CARTWRIGHT, J., “Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats”, *Revue des contrats*, 2015, p. 691.
- CARUSI, F., *Correttezza*, en *Enciclopedia del diritto*, X, Milán, 1962, p. 710.
- CASAVOLA, F. P., “Diritto romano tra passato e futuro”, en *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi*, Milán, 1989, p. 111.
- CASSIN, R., *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, París, 1914.
- CASSIN, R., “Réflexions sur la résolution judiciaire des contrat pour inexécution”, *Revue trimestrielle de droit civil*, t. 43, 1945, p. 166.
- CASTÁN VÁSQUEZ, J. M., “El sistema jurídico iberoamericano”, *Revista de Estudios Políticos*, 157, Madrid, 1968, p. 209.
- CASTÁN VÁSQUEZ, J. M., “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, *Revista de Derecho Privado*, t. 78, 1989, p. 222.
- CASTÁN VÁSQUEZ, J. M., “Reciprocal influences between the laws of Spain and Louisiana”, *Louisiana Law Review*, 42, 1981-1982, p. 1473.
- CATALA, P. (coord.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, la documentation française*, París, 2006.
- CATALA-FRANJOU, N., “De la nature juridique du droit de rétention”, *Revue Trimestriel Droit Civil*, 1967, p. 9.
- CATALANO, P., *Diritto e persona*, Turín, 2002.
- CATALANO, P., “Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina”, en *Mundus Novus America. Sistema Giuridico Latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Roma, 2005, p. 19.
- CATTANEO, G., *Della mora del creditore*, en *Commentario del codice civile*, Scialoja y Branca, Bologna y Roma, 1973.
- CATTANEO, G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milán, 1964.
- CENTENARIO, E. y GASTALDI J. M., “Excepción de incumplimiento contractual en el ámbito contractual”, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al prof. R. López Cabana*, Buenos Aires, 2001, p. 837.
- CERAMI, P., “La concezione celsina del ius”, *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, n.º 37, 1985, p. 5.
- CERAMI, P., *Risoluzione. Diritto romano*, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milán, 1989, p. 1277.
- CHABAS, C., *L'inexécution licite du contrat*, París, 2002.
- CHABAS, F., *Obligations, théorie générale*, II, en *Leçons de droit civil*, sous la direction de H. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, Montchrestien, 1998.
- CHANTEPIE, G., y LATINA, M., *La réforme du droit des obligations*, París, 2016.



- CHIODI, G., “Innovare senza distruggere: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)”, en *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milán, 2007, p. 45.
- CLARIZIA, O., *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Nápoles, 2012.
- CLARO SOLAR, L., *Derecho civil chileno y comparado*, t. X: *De las Obligaciones*, Santiago de Chile, 1936.
- CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.
- CLIVE, CH. y VON BAR, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference*, Múnich, 2009.
- COHEN, D., “La bonne foi contractuelle: éclipse et renaissance”, en 1804–2004. *Le Code Civil, un passé, un présent, un avenir*, París, 2004, p. 517.
- COLIN, A. y CAPITANT, H., *Traite de droit civil*, II, París, 1959.
- COLLURA, G., *Importanza dell’inadempimento e teoria del contratto*, Milán, 1992.
- CONCETTA NANNA, M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padua, 2010.
- CORRIAS, P., “Sulla controversia applicabilità della eccezione parziale di inadempimento al contratto di locazione”, en *Obbligazioni e contratti*, 2005, p. 203.
- CORTÉS, E., “L’influenza del diritto italiano in Colombia”, en *Il modello giuridico–scientifico e legislativo–italiano fuori dell’Europa*, a cura di S. Lanni e P. Sirena, Nápoles, 2013, p. 169.
- CORTESE, E., *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso medioevo*, Roma, 1995, p. 63.
- CORTESE, E., *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1996.
- COSTA, E., *L’exceptio doli*, Bologna, 1897 (reimpresión de 1970, Roma).
- COSTANZA, M., “Buona fede ed eccezione di inadempimento”, *Giustizia civile*, 1983, II, p. 2389.
- COSTANZA, M., “Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale”, *Contratto e impresa*, 1987, p. 423.
- CRISAFULLI, V., “Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, en *Studi sui principi generali dell’ordinamento giuridico*, Pisa, 1943, p. 271.
- CRISCUOLI, G., “Buona fede e ragionevolezza”, *Rivista di diritto civile*, 1984, I, p. 709.
- CRISTÓBAL MONTES, A., *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984.
- CROVI, L. D., “Artículo 1031”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por J. C. Riviera y G. Medina, t. III, Buenos Aires, 2015, p. 585.
- CRUZ MORENO, M., *La exceptio non adimpleti contractus*, Valencia, 2004.
- CUBEDDU, M. G., *L’importanza dell’inadempimento*, Turín, 1995.
- D’ADDA, A., “Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzione e risarcimento”, *Rivista di diritto civile*, II, 2000, p. 530.
- D’ADDA, A., “L’autotutela del creditore nel mercato dell’energia e del gas: i limiti all’eccezione di inadempimento”, en *Studi in onore di G. De Nova*, II, Milán, 2015, p. 845.
- D’ANGELO, A., *Contratto e operazione economica*, Turín, 1992.
- D’ANGELO, A., *La buona fede*, en *Il contratto in generale*, t. IV, en *Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, v. XIII, Turín, 2011.
- D’ANGELO, A., “Rapporti tra buona fede e abuso del diritto”, en *L’abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Nápoles, 2016, p. 59.
- D’AVANZO, W., *Ritenzione (Diritto di)*, en *Novissimo digesto italiano*, XVI, Turín, 1957, p. 171.
- DAGNINO, A., *Contributo allo studio dell’autotutela privata*, Milán, 1983.
- DALMARTELLO, A., *Eccezione di inadempimento*, en *Novissimo digesto italiano*, VI, Turín, 1957, p. 354.

- DAVID, R., *Les grands systèmes de Droit contemporains*, París, 1964.
- DAVID, R., “Les méthodes de l’unification”, en *Le droit comparé-Droit d’hier, droit de demain*, París, 1982.
- DE ANDRADE, F. S., *Da codificação. Crônica de um conceito*, Porto Alegre, 1997.
- DE LOS MOZOS, J. L., “Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, v, 1978, p. 437.
- DE LOS MOZOS, J. L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en Derecho civil español*, Barcelona, 1965.
- DE LOS MOZOS, J. L., “Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, n.º 1, 1996, p. 29.
- DE MARTINO, F., *Exceptio non adimpleti contractus*, en *Novissimo digesto italiano*, vi, Turín, 1957, p. 1082.
- DE NICTOLIS, R., “Articolo 49 Convenzione di Viena”, en *Le nuove leggi civile commentate*, 1989, p. 228.
- DE SANCTIS RICCIARDONE, A., *L’autotutela civile*, Nápoles, 2011.
- DEGNI, F., *La compravendita*, Padua, 1939.
- DEL PRATO, E., “Ragionevolezza e bilanciamento”, *Rivista di diritto civile*, 1, 2010, p. 16.
- DELL’AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981.
- DELLA CHIESA, M., “Inadempimento reciproco e risoluzione del contratto”, *Contratti*, 2014, p. 363.
- DELLACASA, M., “Gli effetti della risoluzione” en *Rimedi-2*, v, en *Trattato del Contratto*, diretto da V. Roppo, Milán, 2006, p. 393.
- DELLACASA, M., “Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata”, *Rivista di diritto privato*, 2007, p. 553.
- DELLACASA, M., “Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, p. 681.
- DELLACASA, M., “Inattuazione e risoluzione: i rimedi”, en *Rimedi-2*, v, en *Trattato del Contratto*, diretto da V. Roppo, Milán, 2006.
- DELLACASA, M., “Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione atipica”, *Rivista di diritto civile*, 11, 2007, p. 509.
- DELLACASA, M., “Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo”, *Rivista di diritto civile*, 1, 2015, p. 40.
- DENNIS, M. J., “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and Unidroit Principles continue to provide the best way forward”, *Uniform Law Review*, 19, 1, Oxford, 2014, p. 114.
- DERNBURG, A., *Diritto delle Obbligazioni*, en *Pandette*, v. II, trad. it. F. B. Cicala, Turín, 1903.
- DERNBURG, A., *Pandette. Parte generale*, 1, 1, trad. it. F. B. Cicala, Turín, 1906.
- DI MAJO, A., *Dell’adempimento in generale*, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bolonia, 1994.
- DI MAJO, A., *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bolonia, 1988.
- DI MAJO, A., “Il linguaggio dei rimedi”, *Europa e diritto privato*, 2005, p. 341.
- DI MAJO, A., “La buona fede correttiva di regole contrattuali”, *Corriere giuridico*, 2000, p. 1488.
- DI MAJO, A., *Le tutele contrattuali*, Milán, 2009.

- DI MAJO, A., *Responsabilità contrattuale*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, xvii, 1998, p. 25.
- DI MAJO, A., “Rimedi e dintorni”, *Europa e diritto privato*, 2015, p. 703.
- DI ROSA, G., “Attuazione e cessazione del mandato”, en *Opere e servizi-I*, en *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, iii, Milán, 2014.
- DÍAZ BIALET, A., “El espíritu de la legislación en la concepción del derecho en Dalmacio Vélez Sarsfield”, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1991, p. 11.
- DÍAZ BIALET, A., “La transfusion du droit romain”, *Revue internationale des droits de l’antiquité*, 3 Série, tome xviii, Bruselas, 1971, 471 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, i, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, ii. *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993.
- DO CAMPO, R. FORTE., “Algunos aspectos de la excepción de incumplimiento”, *La Ley*, 1990, p. 112.
- DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel, première partie. Des engagements*, París, 1967.
- DOS SANTOS AMARAL NETO, F., “A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira”, en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1988, p. 155.
- DROSS, W., “L’exception d’inexécution: essai de généralisation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 1.
- ENNECERUS, L. y LEHMANN, H., *Tratado de las obligaciones*, trad. esp. B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, Barcelona, 1966.
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, i, París, 2012.
- FACCO, J. H., “Oportere ex fide bona. Una construcción decisiva de la jurisprudencia romana”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 17.
- FADDA, C. et. al., *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul Codice Civile*, viii, arts. 1378-1548, años 1866-1932, Milán, 1933.
- FADDA, R., *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Nápoles, 2012.
- FALCO, G., *La buona fede e l’abuso del diritto*, Milán, 2010.
- FALZEA, A., *L’offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 1947.
- FEDELE, P., *Equità canonica*, en *Enciclopedia del diritto*, xv, Milán, 1966, 144 y ss.
- FELTKAMP, I. y CLAEYS, R. (eds.), *The Draft Common European Sales Law: towards an alternative sales law?*, Cambridge, Antrwerp y Portland, 2013.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F., “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 639, 1997, p. 403.
- FERRANTE, R., *Codificazione e cultura giuridica*, Turín, 2011.
- FERRANTE, R., “Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 31.
- FIORI, R., “Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, iv, 2011, p. 97.
- FIORI, R., “Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, ii, Nápoles, 2006, p. 127.

- FIORI, R., “Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini”, en *L’eccezione di dolo generale: diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padua, 2006, p. 49.
- FIORI, R., “Fides e bona fides, Gerarchia sociale e categorie giuridiche”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Nápoles, 2008.
- FIORI, R., “Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Nápoles, 2003.
- FIORI, R., “Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della ‘recezione’ dei iudicia bonae fidei”, *Bullettino dell’Istituto di diritto romano ‘Vittorio Scialoja’*, CI-CII, 1998-1999, p. 165.
- FIORI, R., “Storicità del diritto e problema di metodo. L’esempio della buona fede oggettiva”, en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, a cura di L. Garofalo, Nápoles, 2007.
- FIORI, R., “The roman conception of contract”, en *Obligations in Roman law: past, present, and future*, 33, editor T. A. J. McGinn, University of Michigan, 2012, p. 40.
- FLÉCHEUX, G., “Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats”, en *Études offertes à J. Ghestin. Le contrat au début du XXI siècle*, París, 2001, p. 340.
- FORMARO, J. J., “Artículo 1031”, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, I, dirigido por A. J. Bueres, Buenos Aires, 2014, p. 594.
- FORRAY, V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, París, 2007.
- FORTICH, S., “Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 23, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2012, p. 192.
- FRAGALI, M., *Del comodato*, en *Commentario del codice civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bologna, 1962.
- FRANZONI, M., “Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto”, *Contratto e impresa*, 1999, p. 97.
- FRANZONI, M., “Correttezza e la buona fede”, en *I grandi temi: Le obbligazioni*, I, a cura di M. Franzoni, Turín, 2004, p. 55.
- FRANZONI, M., *Degli effetti del contratto*, II, en *Il Codice Civile*, comentario P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milán, 2013.
- FRONDRIESCHI, A., *La prestazione parziale*, Milán, 2005.
- GABRIELLI, E., “Contratto e i rimedi: sospensione dell’esecuzione”, *Rivista di diritto privato*, n.º 2, 2014, p. 167.
- GALGANO, F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.
- GALGANO, F., “Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte”, *Contratto e impresa*, 1997, p. 417.
- GALLO, F., “La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente”, *Europa e diritto privato*, 2009, p. 631 (también publicado en *Teoria e storia del diritto privato*, 3, 2010, p. 31).
- GALLO, F., “Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni”, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Turín, 1997, p. 65.
- GALLO, F., *Celso e Kelsen, per la rifondazione de la scienza giuridica*, Turín, 2010.

- GALLO, F., “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”, *Rivista Roma e America. Diritto romano comune*, 7, 1999, p. 17.
- GALLO, F., *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderna*, I y II, Turín, 1993-1995.
- GALLO, F., “Un modelo de romanista”, *Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 10, 2000, p. 237.
- GAMBARO, R. y SACCO, A., *Sistemi Giuridici Comparati*, en *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. Sacco, Turín, 2002.
- GAMBINO, F., *Il rapporto obbligatorio*, en *Le obbligazioni*, I, en *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Turín, 2015, p. 189.
- GAMBOA SEPÚLVEDA, M., “La condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro código civil y en la jurisprudencia comparada”, en *Tendencias modernas del derecho civil. Propuestas de reforma a la legislación civil*, Bogotá, 1989, p. 287.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomos II y III, Madrid, 1852.
- GARCÍA VÁSQUEZ, D., *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor*, Bogotá, 2014.
- GARDANI, D. L., *Ritenzione (diritto)*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, XVIII, 1998, p. 65.
- GARRO, A. M., “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, en *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi, conferenze e seminari*, vol. 5, Roma, 1992, p. 227.
- GAYA SICILIA, R., “La influencia del Código civil de Luisiana en la codificación civil española”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, 2010, p. 719.
- GENICON, T., *La résolution du contrat pour inexécution*, París, 2007.
- GENTILI, A., *La risoluzione parziale*, Nápoles, 1990.
- GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, 1919.
- GHESTIN, J., JAMIN, C. y BILLIAU, M., *Les effets du contrat*, en *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, París, 2001.
- GHESTIN, J., “L'exception d'inexécution. Rapport français”, en *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, Bruselas y París, 2001, p. 3.
- GHESTIN, J., “Note a Cour Cassation, Ch. Com., 15 janvier 1973”, *Recueil Dalloz*, 1973, p. 474.
- GIACOBBE, G., *Mora del creditore*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Milán, 1976.
- GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Florencia, 1886.
- GIORGIANNI, M., *Inadempimento*, en *Enciclopedia del diritto*, XX, Milán, 1970, p. 861.
- GIORGIANNI, M., *L'inadempimento, corso di diritto civile*, Milán, 1975.
- GIORGIANNI, M., *Pagamento (diritto civile)*, en *Novissimo digesto italiano*, XII, 1957, p. 321.
- GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, XIX, trad. it. U. Grego, Milán, 1891.
- GORDLEY, J., “Good faith in contract law in the medieval ius commune”, en *Good Faith in European Contract Law*, edited by R. Zimmermann and S. Whittaker, Cambridge, 2000, p. 94.
- GORLA, G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padua, 1934.
- GORLA, G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milán, 1954.

- GORLA, G., *La compravendita e la permuta*, en *Tratatto di diritto civile italiano*, v. VII, t. I, Turín, 1937.
- GRANIERI, M., *Il contratto e il tempo*, Napoli, 2007.
- GRASSO, B., *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (profili generali)*, Nápoles, 1973.
- GRASSO, B., *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Nápoles, 1993.
- GRISI, G., "L'inadempimento di necessità", en *Jus civile*, 2014, 215-240 (también publicado en *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Nápoles, 2014, p. 281).
- GRONDONA, M., "Auto-integrazione ed etero integrazione del contratto: che cosa resta della distinzione?", en *Correzione e integrazione del contratto*, diretto da F. Volpe, Bologna, 2016, p. 247.
- GRONDONA, M., *Diritto dispositivo contrattuale*, Turín, 2011.
- GRONDONA, M., *La clausola risolutiva espressa*, Milán, 1998.
- GRONDONA, M., "Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto", *I contratti*, 2013, p. 1021.
- GROSSI, P., "Aequitas canonica", *Quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, Milán, 1998, p. 390.
- GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma y Bari, 2006.
- GROSSI, P., "La cooperazione creditoria. Mora accipiendi e collaborazione del creditore", *Rivista di diritto privato*, 2014, p. 249.
- GROSSI, P., "Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)", *Quaderni Fiorentini*, 15, Milán, 1986.
- GROSSO, G., *Contratto, diritto romano*, en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milán, 1961, p. 753.
- GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, Turín, 1950.
- GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, Milán, 2011.
- GUASTINI, R., *Principi di diritto*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sez. Civile, aggiornamento*, 6, 2011, p. 696.
- GUERRINI, L., "Risoluzione per inadempimento e restituzioni", en *Inadempimento e rimedi*, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, Padua, 2009, p. 475.
- GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, t. II, Santiago de Chile, 1982.
- GUZMÁN BRITO, A., *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000.
- GUZMÁN BRITO, A., "La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas", en *De la codificación a la descodificación. Code Civil (1804-2004) y Código de Bello (1855-2005)*, Santiago de Chile, 2005, p. 57.
- GUZMÁN BRITO, A., "La sistemática de los códigos civiles de la época clásica de la codificación iberoamericana", *Rivista Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 19-20, 2005, p. 319.
- GUZMÁN BRITO, A., "Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (II)", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 2, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1977, p. 103.
- HERNÁNDEZ, C. A., "Artículo 1032", en *Código civil y comercial de la Nación comentado*, dirigido por R. L. Lorenzetti, t. VI, Santa Fe y Buenos Aires, 2015, p. 44.

- HINESTROSA, F., “Codici, università, scienza giuridica: una strategia per l’unificazione del diritto in America Latina”, *Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 1, 1996.
- HINESTROSA, F., “Código Civil de Bello en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 5.
- HINESTROSA, F., “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, en *Cuadernos del curso de Máster en Sistema jurídico romanista y unificación del derecho en América Latina. Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, México D. F., 2006, p. 183.
- HINESTROSA, F., “Derecho romano, tradición romanista y América Latina”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 3.
- HINESTROSA, F., “Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats”, *Revue de Droit Uniformal*, n.º 2-3, 1998, p. 501.
- HINESTROSA, F., “Leyendo el Digesto”, *Rivista Roma e America*, n.º 22, 2006, p. 72.
- HINESTROSA, F., “Notas sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 28, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 9.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones I. Concepto estructura, vicisitudes*, Bogotá, 2007.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, Bogotá, 2015.
- HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, La Haya, 1999.
- IORIO, G., *Ritardo nell’adempimento e risoluzione del contratto*, Milán, 2012.
- JAOUEN, M., *La sanction prononcée par les parties au contrat*, París, 2013.
- JOSSERAND, L., *Cour de Droit Civil Positif Français*, II, París, 1930.
- JOUANJAN, O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, París, 2005, p. 114.
- KARAM, M., “O processo de codificação do Direito Civil Brasileiro (da ‘Consolidação’ de T. de Freitas ao projeto Beviláqua). O sistema do Esbôço”, en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1988, p. 341.
- KLAUS, LUIG, *La Pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell’Ottocento*, en *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1988, p. 289.
- LABRUNA, L., “Tra Europa e America Latina: principi giuridici, tradizione romanista e humanitas del diritto”, *Rivista Roma e America*, n.º 17, 2004, p. 17.
- LAITHIER, Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l’inexécution du contrat*, París, 2007.
- LAITHIER, Y.-M., “Les sanction de l’inexécution du contrat”, *Revue des contrats*, 2016, p. 39.
- LAMAZEROLLES, E., *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ y Poitiers, 2003, p. 319.
- LAMBO, L., *Obblighi di protezioni*, Padua, 2007.
- LANDO, H. y BEALE, O. (eds.), *Principles of European Contract Law*, prepared by The Commission on European Contract Law, La Haya, 2000.
- LANDO, O., “Non-performance (Breach) of Contracts”, en *Towards a European Civil Code*, Nimega, Países Bajos, 2011.
- LANZI, E., “In tema di difformità e vizi dell’opera nel contratto di appalto”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2005, p. 861.
- LANZILLO, R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padua, 2003.

- LARROUMET, C., *Les obligations. Le contrat*, III, en *Droit Civil*, sous la direction de C. Larroumet, París, 2003.
- LEÓN HILARIO, L., “De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina”, *Ius et Veritas*, n.º 42, 2010, p. 28.
- LESSONA, C., “Legittimità della massima ‘inadimplenti non est adimplendum’”, *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1916, p. 388.
- LÉVY, J. P. y CASTALDO, A., *Histoire du droit civil*, París, 2010.
- LILLO, C., “Eccezione d’inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti”, *I contratti*, n.º 11, 2013, p. 981.
- LÓPEZ MEDINA, D. E., *El derecho de los jueces*, Bogotá, 2006.
- LUMINOSO, A., CARNEVALI, U. y COSTANZA, M., *Risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1454, I-1, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bolonia, 1990.
- LUMINOSO, A., *Il mandato*, en *Obbligazioni e contratti*, IV, en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Turín, 2007, p. 363.
- LUPOI, M., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Nápoles, 2001.
- LUZZATTO, R., “L’eccezione d’inadempimento (Note su una recente pubblicazione)”, *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1957, p. 741.
- MACARIO, F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Nápoles, 1996.
- MACARIO, F., “I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti”, en *Studi in onore a Pietro Rescigno*, III, 2, p. 483.
- MACIOCE, F., *Risoluzione del contratto e imputabilità dell’inadempimento*, Nápoles, 1988.
- MAGAZZÙ, A., *Mora del debitore*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVI, 1976, p. 934.
- MALAURIE, P., AYNÈS, L. y STOGGEL-MUNCK, P., *Les obligations*, París, 2013.
- MALECKI, C., *L’exception d’inexécution*, París, 1999.
- MALINVAUD, P., FENOUILLET, D. y MEKKI, M., *Droit des obligations*, París, 2014.
- MANIACI, A., *L’inadempimento cd. reciproco*, *Il Foro padano*, 2001, I, p. 523.
- MANTILLA ESPINOSA, F., “La excepción de inejecución”, en *Los contratos en el Derecho Privado*, F. Mantilla y F. Ternera, directores, Bogotá, 2009, p. 277.
- MANTUCCI, D., *L’inadempimento reciproco*, Nápoles, 1990.
- MARINELLI, F., *Scienza e storia del diritto civile*, Barí, 2009.
- MARRONE, M., “Actio ad exhibendum”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, XXVI, 1957, p. 305.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Cumplimiento defectuoso de la prestación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976.
- MATTEI, U., “I rimedi”, en *Il diritto soggettivo*, en *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Turín, 2001.
- MAYORGA GARCÍA, F., “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación en Colombia”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 14, 1991, p. 291.
- MAZEAUD, D., “La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence”, en *Liber amicorum Christian Larroumet*, París, 2009, p. 256.
- MAZEAUD, D., “Présentation de la réforme du droit des contrats”, *Gazette du Palais*, n.º 8, 23 février 2016, p. 15.
- MAZEAUD, D., “Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats”, Dalloz, 2009, p. 1364.



- MEJÍAS ALONZO, C., “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 40, n.º 2, 2013, p. 389.
- MEKKI, M., “Les remèdes à l’inexécution dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation”, *Gazette du Palais*, n.º 120, 30 avril 2015, p. 37.
- MENGGONI, L., “Autonomia privata e Costituzione”, en *Metodo e teoria giuridica. Scritti di L. Mengoni*, 1, 2011, p. 101.
- MENGGONI, L., “I principi generali del diritto e la scienza giuridica”, en *I principi generali del diritto, atti dei convegni lincei*, 96, Roma, 1992, p. 317.
- MENGGONI, L., “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, *Rivista del diritto commerciale*, 1, 1954, p. 185.
- MENGGONI, L., *Responsabilità contrattuale*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milán, 1989, p. 1072.
- MENGOZZI, P., *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padua, 2004, p. 24.
- MESSINEO, F., *Contratto*, Milán, 1969.
- MESSINEO, F., *Dottrina generale del contratto*, Milán, 1952.
- MESSINETTI, D., “La sistemática rimediaria”, en *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Nápoles, 2012, p. 103.
- METRO, A., “Exceptio doli e iudicia bonae fidei”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, LI, 2006, p. 196.
- MILONE, F., *La ‘Exceptio doli (generalis)’. Studio di diritto romano*, Nápoles, 1882.
- MONTEL, A., *La mora del debitore*, Padua, 1930.
- MONTEL, A., *Buona fede*, en *Novissimo digesto italiano*, II, Turín, 1957, p. 598.
- MONTEL, A., *Mora*, en *Novissimo Digesto Italiano*, X, 1957, p. 900.
- MORELLI, M. G., “Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 28, Rosario y Santa Fe, 2005, p. 69.
- MORENO CRUZ, P., “Los límites de la *exceptio inadimplenti contractus*: la ‘buena’, la ‘mala’ y la ‘fea’ excepción de contrato no cumplido”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 24, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 133.
- MOSCO, L., *La risoluzione per inadempimento*, Nápoles, 1950.
- MOSSET ITURRASPE, J., *Medios para forzar el cumplimiento*, Santa Fe, 1993.
- MURARO, G., “L’inadempimento prima del termine”, *Rivista di diritto civile*, 1975, I, p. 248.
- NADAUD, S., *Codifier le droit civil européen*, Bruselas, 2008.
- NANNI, L., COSTANZA, M. y CARNEVALI, U., “Della risoluzione per inadempimento, artt. 1455-1459”, I-2, en *Commentario del Codice Civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bolonia, 2007.
- NANNI, L., *La buona fede contrattuale*, Turín, 1988.
- NANNI, L., “La risoluzione del contratto per inadempimento”, en *Inadempimento e rimedi*, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, Padua, 2009, p. 433.
- NAPPI, F., *Contributo alla teoria della compensazione*, Turín, 1999.
- NARDI, E., “Profilo evolutivo della ritenzione romana”, *Rivista di diritto civile*, 1957, I, p. 746.
- NARDI, E., *Ritenzione (diritto romano)*, en *Novissimo digesto italiano*, XVI, 1969, p. 166.
- NARDI, E., *Ritenzione. Diritto romano*, en *Enciclopedia del diritto*, XL, Milán, 1989, p. 1363.
- NATOLI, U. y BIGLIAZZI GERI, L., *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975.

- NAVARRETA, E., “Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo”, *Europa e diritto privato*, 2012, p. 953.
- NEME VILLARREAL, M. L., “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 45.
- NEME VILLARREAL, M. L., “Carácter sinalagmático perfecto de los contratos unilaterales: una lectura a partir de la función de los contratos”, en *Obligaciones. Contratos y Responsabilidad*, Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano, Bogotá, 2011, p. 411.
- NEME VILLARREAL, M. L., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 79.
- NEME VILLARREAL, M. L., *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, Bogotá, 2010.
- NEME VILLARREAL, M. L., “Principios, cláusulas generales y estándares como orientadores del sistema jurídico”, en *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, 1, Bogotá, 2014, p. 306.
- NEME VILLARREAL, M. L. “*Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro en homenaje a F. Hinestrosa 40 años de rectoría*, Bogotá, 2003, p. 11.
- NICOLAU, N. L., “La tutela del crédito”, en *Obligaciones. Contratos y Responsabilidad*, Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano, Bogotá, 2011, p. 175.
- NICOLÒ, R., *Il Codice civile*, en *Enciclopedia del diritto*, VII, Milán, 1959.
- NIVARRA, L., “Ragionevolezza e diritto privato”, *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, n.º 7, 2002, p. 382.
- NIVARRA, L., “Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?”, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2015, p. 583.
- NUZZO, M., “Autonomia e controlli nel tempo della complessità”, en *L’incidenza del diritto internazionale sul diritto civile. Atti del 5º convegno nazionale della SISDirC*, Nápoles, 2011, p. 431.
- OPPO, G., “I contratti di durata”, *Rivista del diritto commerciale*, 1, 1943, p. 143.
- OPPO, G., “Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale”, *Rivista diritto civile*, 1, 1999, p. 553.
- ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, A. E., *El incumplimiento recíproco del contrato y la corrección monetaria*, Bogotá, 1992.
- OREFICE, G., “L’eccezione di inadempimento nei contratti ad esecuzione continuata o periodica”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2012, p. 1063.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, 2014.
- PACCHIONI, G., *Dei contratti in generale*, en *Diritto civile italiano*, II, v. II, Padua, 1939.
- PACIFICI-MAZZONI, E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Florencia, 1913.
- PACIFICI-MAZZONI, E., *Trattato della vendita*, en *Codice civile commentato*, v. XII, Florencia, 1877.
- PACIFICI-MAZZONI, E., *Trattato della vendita*, en *Codice civile commentato*, v. XIII, Florencia, 1878.

- PADILLA, J., RUEDA, N. y ZAFRA, M., “Labor creadora de la jurisprudencia de la ‘Corte de Oro’. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 26, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 107.
- PAGLIANTINI, S., “Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni. Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi”, en *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n.º 1, 2016, p. 9.
- PAGNI, I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milán, 1998.
- PARISE, A., “Las concordancias legislativas decimonónicas: instrumentos de difusión del derecho continental europeo en América”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, n.º 17, 2010, p. 171.
- PARISE, A., “The place of the Louisiana Civil Code in the Hispanic Civil Codifications: The Comments to the Spanish Civil Code Project of 1851”, *Louisiana Law Review*, n.º 68, 2007-2008, p. 824.
- PATTI, S., *Ragionevolezza del diritto civile. Lezione magistrali dell’Università Suor Orsola Benincasa*, Nápoles, 2012.
- PATTI, S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milán, 2013.
- PAULIN, C., *La clause résolutoire*, París, 1996.
- PÉDAMON, M., *Le contrat en droit allemand*, París, 2004.
- PELLOSO, C., “Influenze greche nel regime romano della ‘hypoteca?’”, en *Teoria e storia del diritto privato*, 1, 2008, p. 15.
- PÉREZ VIVES, A., *Teoría general de las obligaciones*, 1, v. 1, Bogotá, 1959, p. 45.
- PERLINGIERI, G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Nápoles, 2015.
- PERLINGIERI, P., “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, *Rassegna di diritto civile*, 2001, p. 448.
- PERLINGIERI, P., “Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente”, en *L’ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Nápoles, 2006, p. 1.
- PERLINGIERI, P., “Il giusto rimedio nel diritto civile”, en *Giusto processo civile*, 2011, p. 3.
- PERLINGIERI, P., “Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo”, *Rassegna del diritto civile*, 1988, p. 124.
- PERLINGIERI, P., *L’interpretazione e legalità costituzionale*, Nápoles, 2012.
- PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Nápoles, 2014.
- PERLINGIERI, P., “Ratio iuris e ragionevolezza nell’ermeneutica giuridica di Emilio Betti”, en *L’ordinamento giuridico vigente e i suoi limiti*, Nápoles, 2006, p. 447.
- PERSCO, G., *L’eccezione d’inadempimento*, Milán, 1955.
- PETILE, A., *Storia del diritto italiano dalla caduta del impero romano alla codificazione*, 1892-1903, reimpressione Bologna, 1965, IV.
- PETRONE, M., *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Milán, 1997, p. 15.
- PETRUCCI, A. y LUCHETTI, G. (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalla radice romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna, 2006.
- PETRUCCI, A., *Profili giuridici delle attività e dell’organizzazione delle banche romane*, Turín, 2002.

- PIEDECASAS, J. y MOSSET ITURRASPE, M., “Artículo 1201”, en *Código Civil comentado: doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Artículos 1137-1216*, Santa Fe, 2004, p. 416.
- PILLEBOUT, J. F., *Recherches sur l'exception d'inexécution*, París, 1971.
- PINNA, A., “L'exception pour risque d'inexécution”, *Revue trimestrielle droit civil*, n.º 1, 2003, p. 31.
- PINO, A., *Il contratto con prestazione corrispettiva*, Padua, 1963.
- PIRAINO, F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Nápoles, 2011.
- PIRAINO, F., “L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede”, en *Correzione e integrazione del contratto*, diretta da F. Volpe, Bologna, 2016, p. 176.
- PIRAINO, F., *La buona fede in senso oggettivo*, Turín, 2016.
- PIRAINO, F., “Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile”, *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1287.
- PISCIOTTA, G., *La risoluzione per inadempimento*, Milán, 2000.
- PIZARRO WILSON, C., “La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno”, en *Estudios de Derecho Civil I: Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago, 2005, p. 317.
- PIZARRO WILSON, C., “Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France: regard d'un juriste chilien”, *Revue des contrats*, n.º 3, 2015, p. 706.
- POPINEAU-DEHAULLON, C., *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, París, 2008.
- PORCEL, B., “Las Siete Partidas y el vigente Código Civil del Estado norteamericano de Luisiana”, *Anales de la Universidad de Murcia*, n.º XXI, 3-4, 1976, p. 188.
- POTHIER, *Traité du contrat de vente*, 1, París y Orleans, 1772.
- PUGLIATTI, S., *Eccezione (teoria generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milán, 1965, p. 165.
- PUTORTÍ, V. P., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milán, 2008.
- RABINOVICH-BERKMAN, R. D., *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, 2006.
- RAMELLA, A., *La vendita nel moderno diritto*, v. 1, Milán, 1920.
- RAMPONI, L., *Il diritto di ritenzione nelle leggi italiane*, 1, Florencia, 1898.
- RANDANZO, S., *Mandare, Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milán, 2005.
- RANIERI, F., “Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law”, *Revue internationale de droit comparé*, v. 50, n.º 4, 1998, p. 1089.
- RAPPAZZO, A., *L'autotutela della parte nel contratto*, Padua, 1999.
- REALMONTE, F., *Eccezione di inadempimento*, en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milán, 1965, p. 222.
- RICCI, F., “Buona fede e rimedi”, *Contratto e impresa*, 2013, p. 636.
- RICCI, F., *Indole e fonte delle obbligazioni e dei contratti*, Turín, 1892.
- RICCOBONO, S., “La definizione del ‘ius’ al tempo di Adriano”, *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, n.º 20, 1949, p. 60.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, E., “Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido”, *Revista Actualidad Jurídica*, n.º 10, Universidad del Desarrollo, Chile, 2004.
- ROBERTI, M., “L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi”, en *Cristianesimo e diritto romano*, Milán, 1935.
- ROCHE-DAHAN, J., “L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique”, *Recueil Dalloz*, 1994, p. 255.

- ROCHFELD, F., “Les modes temporels de exécution du contrat”, *Revue des contrats*, I, 2004, p. 47.
- RODEGHIERO, A., “In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’*, CI-CII, 1998-1999, Milán, p. 551.
- RODOTÀ, S., *Diligenza (Diritto civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milán, 1964, p. 540.
- RODOTÀ, S., *Il diritto di avere diritti*, Roma y Bari, 2012.
- RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán (reimpresión), 2004.
- RODRÍGUEZ ENNES, L., “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º LXXVI, 2006, p. 705.
- RODRÍGUEZ GREZ, M., “Sobre la excepción del contrato no cumplido”, *Revista Actualidad Jurídica*, n.º 9, Universidad del Desarrollo, 2004, p. 121.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- ROGER NERSON, M., “De l’influence exercée sur le droit français des obligations par le projet franco-italien de Code des obligations et des contrats, approuvé à Paris en octobre 1927”, en *Le projet franco-italien du code des obligations*, en *Inchieste di diritto comparato*, 8, Padua, 1980, p. 26.
- ROLLI, R., “Le attuali prospettive di oggettivazione dello scambio: verso la rilevanza della congruità dello scambio contrattuale?”, *Contratto e impresa*, 2001, p. 610.
- ROMANO, F., “Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine”, *Rivista di diritto civile*, 1965, II, p. 607.
- ROMANO, G., “Conventio e consensus (a propósito de Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3)”, *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, n.º 48, 2004, p. 239.
- ROMANO, S., *Buona fede (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, V, Milán, 1959, p. 677.
- ROMERO SIERRA, R., “Tratamiento jurisprudencial del incumplimiento en los contratos bilaterales”, en *Derecho de las obligaciones*, I, Bogotá, 2009, p. 623.
- RONCATI, S., *Emere vendere tradere. La lunga storia della regola di I. 2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*, Nápoles, 2015.
- ROPPO, V., *Il contratto del duemila*, Milán, 2001.
- ROPPO, V., *Il contratto*, Milán, 2011.
- ROPPO, V., *La responsabilità patrimoniale*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milán, 1989, p. 1043.
- ROTONDI, G., “Natura contractus”, *Bullettino dell’Istituto di diritto romano ‘Vittorio Scialoja’*, XXIV, 1911, p. 107.
- ROTONDI, M., “Il progetto italo-francese delle obbligazioni”, en *Le projet franco-italien du code des obligations*, en *Inchieste di diritto comparato*, 8, Padua, 1980, p. 5.
- ROUHETTE, G. (coord.), “Principes du droit européen du contrat”, en *Droit Privé comparé et européen*, collection dirigée par B. Fauvarque-Cosson, II, París, 2003.
- ROUHETTE, G., “Regards sur l’avant-projet de réforme du droit des obligations”, *Revue des contrats*, 2007, p. 1370.
- RUBINO, D., *La compravendita*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milán, 1962.
- SACCO, R. y DE NOVA, G., *Il contratto*, Turín, 2016.
- SACCO, R., “I rimedi sinallagmatici”, en *Il contratto*, II, en *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Turín, 2004, p. 611 (también en *Obbligazioni e contratti*, II, en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Turín, 1995, p. 599).

- SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, Turín, 2015.
- SACCO, R., *Risoluzione per inadempimento*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XVIII, Turín, 1998, p. 56.
- SALEILLES, R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, París, 1925.
- SALEILLES, R., *Les théories allemandes. Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception non adimpleti contractus*, I, en *Annales de droit comercial*, París, 1892, 287 y ss., *ivi*, II, 1893, p. 97.
- SALGADO RAMÍREZ, C., “Breves reflexiones sobre la interacción entre ‘ordenamiento’ y ‘sistema’ de *ius romanum*”, en *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Bogotá, 2013, p. 171.
- SÁNCHEZ CORDERO, J., “The reception of legal system in the Americas”, *Tulane European and Civil Law Forum*, v. 24, 2009, p. 231.
- SANTAGATA, C., *Del mandato. Delle obbligazione del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*, en *Commentario del codice civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bolonia, 1998.
- SANTAGATA, C., *Del mandato. Disposizioni generali*, en *Commentario del codice civile*, Scialoja y Branca, Roma y Bolonia, 1985.
- SANTORO, R., “Il contratto nel pensiero di Labeone”, *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, n.º 37, 1983, p. 6.
- SAPONE, N., “Exceptio non rite adimpleti contractus e gravità dell'inadempimento”, *Giurisprudenza di merito*, I, 2009, p. 583.
- SARDO, G., “Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimplenti contractus”, *Contratti*, II, 2004, p. 455.
- SARGENTI, M., “Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano”, *IURA*, n.º 38, 1987, p. 25.
- SCADUTO, G., “L'exceptio non adimpleti contractus’ nel diritto civile italiano”, *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, VIII, 1921.
- SCAGLIONE, F., *Il comodato, artt. 1803-1812*, en *Il Codice Civile*, comentario P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milán, 2011.
- SCALFI, G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milán, 1960, 57.
- SCALFI, G., “Osservazione sui contratti a prestazioni corrispettive”, *Rivista di diritto commerciale*, 1958, I, p. 458.
- SCAVO LOMBARDO, L., *Buona fede. La tradizione canonistica*, en *Enciclopedia del diritto*, v, Milán, 1959, p. 664.
- SCHIPANI, S., “Codici civili del Risorgimento e codici dell'indipendenza latinoamericana: base comune e consonanze. Principi generali del diritto e considerazione degli stranieri”, en *Studi in onore a G. Nicosia*, I, Milán, 2007, p. 325.
- SCHIPANI, S., *Codici civili nel sistema latinoamericano*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, Aggiornamento*, v, Turín, 2010, p. 286.
- SCHIPANI, S., “Dal diritto romano alle codificazione latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas”, en *Studi Sassaesi*, v, Milán, 1981, p. 589.
- SCHIPANI, S., “I codici latinoamericani della ‘transfusion’ del diritto romano e dell'indipendenza. Verso codici della ‘mezcla’ e ‘codici tipo’”, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Padua, 1991, p. 645.
- SCHIPANI, S., “Il diritto romano nel nuovo mondo”, en *Il diritto dei nuovi mondi*, a cura di G. Visintini, Padua, 1994, p. 55.

- SCHIPANI, S., “Il modello giuridico –scientifico e legislativo– in America Latina: il riconoscimento del sistema”, in *Il modello giuridico –scientifico e legislativo– italiano fuori dell’Europa*, a cura di S. Lanni e P. Sirena, Nápoles, 2013, p. 339.
- SCHIPANI, S., “Riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano e sue implicazioni”, *Roma e America. Diritto Romano comune*, n.º 19/20, 2005, p. 714.
- SCHIPANI, S., “Rileggere i digesta. Enucleare i principii. Proporli”, in *Valori e principii del diritto romano, Atti della Giornata di Studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni*, a cura di A. Triscioglio, Nápoles, 2009, p. 51.
- SCHULZ, F., *I principii del diritto romano*, trad. it. de Arangio Ruiz, Florencia, 1949.
- SCHUPFER, F., “La stantia. Studio di diritto longobardo”, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n.º 36, 1903, p. 309.
- SCISO, C. M., “Una identità difficile: la garanzia per i vizi della cosa venduta”, *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 1805.
- SCOGNAMIGLIO, C., “Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell’autonomia privata”, in *Annuario del contratto*, 2010, p. 36.
- SCOGNAMIGLIO, R., *Contratti in generale*, in *Trattato diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milán, 1980.
- SCUTO, C., *La mora del creditore*, Roma, 1905.
- SEGAL, R., PINTO, M. y COLAUTTI, C. E., “Aperçu sur les systèmes juridiques de l’Amérique du sud”, *Revue de l’Institut Belge de Droit Comparé*, 1988, p. 105.
- SENN, P. D., *Buona fede nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Turín, 1988, p. 132.
- SERIAUX, A., “La notion de contrat synallagmatique”, in *Études offertes à J. Ghestin. Le contrat au début du XXI siècle*, Paris, 2001, p. 777.
- SICCHIERO, G., *La risoluzione per inadempimento, artt. 1453-1459*, in *Il Codice Civile*, commentario P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milán, 2007.
- SMORTO, G., “Sul significato di ‘rimedi’”, *Europa e diritto privato*, 2014, p. 159.
- SOMMA, A., *Introduzione al diritto comparato*, Roma y Bari, 2014.
- SORIANO CIENFUEGOS, C., “Circulación de modelos y centralidad de los códigos civiles en el derecho privado latinoamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 136, 2013, p. 125.
- SPALLAROSSA, M. R., “Importanza dell’inadempimento e risoluzione del contratto”, *Rivista diritto civile*, II, 1972, p. 460.
- STELLA, G., *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milán, 1995.
- STIGLITZ, R., “Artículo 1031”, in *Código civil y comercial de la Nación*, comentado y dirigido por G. Caramelo, S. Picasso, M. Herrera, Buenos Aires, 2015, p. 434.
- STOFFEL-MUNCK, P., “Exécution et inexécution. La réforme du droit français en droit positif”, *Revue des contrats*, n.º 1, 2009, p. 321.
- STOLFI, G., “Il diritto romano nell’esperienza di un civilista”, *Rivista di diritto civile*, I, 1976, p. 14.
- TALAMANCA, M., “‘Lex’ ed ‘interpretatio’ in Lab. 4 post. a. Iav. epit. D. 19.1.50”, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne*, II, Nápoles, 1997.
- TALAMANCA, M., *Contributi allo studio delle vendite all’asta nel mondo classico*, Roma, 1954.

- TALAMANCA, M., “La ‘Bona fides’ nei giuristi romani: ‘Leerformeln’ e valori dell’ordinamento”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padua, 2003.
- TALAMANCA, M., “La tipicità dei contratti romani tra ‘conventio’ e ‘stipulatio’ fino Labeone”, en ‘*Contractus*’ e ‘*pactum*’. *Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-republicana*, a cura di F. Milazzo, Nápoles y Roma, 1990, p. 30.
- TALAMANCA, M., “Lo schema ‘genus-species’ nelle sistematiche dei giuristi romani”, en *Colloquio italo-francese: la filosofia greca e il diritto romano*, tomo II, en *Accademia Nazionale dei Lincei*, Quaderno n.° 221, Roma, 1977, p. 4.
- TALAMANCA, M., *Vendita in generale (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milán, 1993, p. 374.
- TALLON, D., “La résolution du contrat aux torts réciproques”, en *Mélanges offerts à C. Freyria*, Ester, 1994, p. 231.
- TAMAYO LOMBANA, A., *Manual de obligaciones*, Bogotá, 2008, 310.
- TAMPONI, M., *La risoluzione per inadempimento*, en *I contratti in generale*, II, en *Tratt. dei Contratti*, diretto da P. Rescigno y E. Gabrielli, Turín, 2006, p. 1776.
- TARELLO, G., *L’interpretazione della legge*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milán, 1980, p. 313.
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998.
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
- TASCÓN, T. E., *Historia del Derecho Constitucional colombiano*, Bogotá, 2005.
- TERRÉ, F., SIMLER, P. y LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, París, 2013.
- TERRE, P. (coord.), *Pour une réforme du droit des contrats*, París, 2008.
- TITO AÑAMURO, J. A., *Modernización e integración del derecho contractual latinoamericano*, Barranquilla y Bogotá, 2012.
- TORRENTE, A., *Eccezione di dolo*, en *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milán, 1965, p. 219.
- TRECCANI, M., “Brevi note in tema di exceptio non rite adimpleti contractus e buona fede”, *Rivista di diritto privato*, n.° 1, 2006, p. 183.
- TRIMARCHI, P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milán, 2010.
- TROIANO, S., “Ragionevolezza e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede e equità”, *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 679.
- TROIANO, S., *Ragionevolezza*, en *Enciclopedia del diritto. Annali*, VI, 2013, p. 766.
- TROPER, M., “Il problema dell’interpretazione e la teoria della sovrallegalità costituzionale”, en *L’analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, II, 1989, p. 215.
- TURCO, C., *L’imputabilità e l’importanza dell’inadempimento nella clausola risolutiva*, Turin, 1997.
- UDA, G. M., *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Turin, 2004.
- VACCA, L., “Ancora sull’estensione dell’ambito di applicazione dell’actio empti in età classica”, *IURA*, XLV, 1994, p. 35.
- VACCA, L., “Buona fede e sinallagma contrattuale”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padua, 2003, p. 332, n. 3.
- VACCA, L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Turin, 2012.



- VACCA, L., “Profili della “risoluzione” nella compravendita e nella locazione fra storia e comparazione”, *Europa e diritto privato*, 1998, p. 493.
- VACCA, L., “Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell’età classica”, en *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, a cura di L. Vacca, Turín, 1999, p. 23.
- VAGLIO, E., “Inadempimento reciproco e buona fede”, *Contratto*, 1999, p. 988.
- VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho Civil. De las obligaciones*, t. III, Bogotá, 2004, p. 341.
- VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho Civil. Parte General y Personas*, t. I, Bogotá, 2011.
- VAN DER MERSCH, D. y PHILIPPE, M., “L’inexécution dans les contrats du commerce international”, en *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuels. Études de droit comparé*, Bruselas y París, 2001, p. 701.
- VARANO, V. y BARSOTTI, V., *La tradizione giuridica occidentale*, Turín, 2014, p. 496.
- VARGAS HERNÁNDEZ, C. I., “La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 8, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 5.
- VECCHI, P. M., “Buona fede e relazioni successive all’esecuzione del rapporto obbligatorio”, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padua, 2003, p. 352.
- VECCHI, P. M., “L’eccezione d’inadempimento”, en *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Turín, 2002, p. 378.
- VELÁZQUEZ JARAMILLO, L. G., *Bienes*, Bogotá, 2010.
- VENTURELLI, A., “Dalla minaccia di inadempienza alla violazione anticipata del rapporto obbligatorio”, en *La tutela sinallagmatica anticipata nei contratti a prestazioni corrispettive*, Turín, 2013, p. 67.
- VENTURELLI, A., “I rimedi a favore dell’acquirente per la difettosa installazione di un bene di consumo”, *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 1006.
- VESSICHELLI, A., “Articolo 71 Convenzione di Viena”, en *Le nuove leggi civili commentate*, 1989, p. 286.
- VETTORI, G., “Autonomia privata e contratto giusto”, *Rivista diritto privato*, 2000, p. 21.
- VIARO, S., *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padua, 2011.
- VIGLIONE, F., “Buona fede e eccezione di inadempimento”, en *Studium iuris*, 2005, p. 950.
- VILLANACCI, G., *La buona fede oggettiva*, Nápoles, 2013.
- VINEY, G., “Les conditions de la responsabilité”, en *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, París, 1998.
- VIÑAS MEY, J., “El derecho de retención”, *Revista de Derecho Privado*, t. IX, Madrid, 1922, p. 102.
- VISINTINI, G., *Inadempimento e mora del debitore*, en *Il Codice Civile*, commentario P. Schlesinger, Milán, 1987, p. 425.
- VISINTINI, G., *Inadempimento*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVI, 1989.
- VISINTINI, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padua, 1999.
- VOCI, P., *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946.
- VOLANTE, R., *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milán, 2001.

- VOLPE, F., “La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti”, *Rivista diritto privato*, n.º 2, 2002, p. 303.
- VON BAR, CH. y CLIVE, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference*, Múnich, 2009.
- VON TUHR, A., *Tratado de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1999.
- WACKE, A., “La ‘exceptio doli’ en el derecho romano clásico y la ‘verwirkung’ en el derecho alemán moderno”, trad. J. M. Miquel, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 977.
- WALD, A., “O novo código civil e a evolução do regime jurídico dos contratos”, *Rivista Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 16, 2003, p. 87.
- WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R., “Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en *Good Faith in European Contract Law*, edited by S. Whittaker and R. Zimmermann, Cambridge, 2000, p. 8.
- WIEACKER, F., *Storia del diritto privato moderno*, I, trad. it. U. Santarelli, Milán, 1980.
- WINDSCHEID, D. B., *Diritto delle Pandette*, v. II, I, trad. it. C. Fadda y P. E. Bensa, Turín, 1904.
- ZANA, M., “La regola della buona fede nell’eccezione di inadempimento”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, p. 1376.
- ZIMMERMANN, R., “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, edited by M. Reimann and R. Zimmermann, Oxford, University Press, 2008, p. 540.
- ZIMMERMANN, R., *Derecho romano, Derecho contemporáneo, Derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, trad. J. M. Rodríguez Olmos, Bogotá, 2010.
- ZIMMERMANN, R., “Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi”, *Rivista di diritto civile*, I, p. 703.
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990.

## ÍNDICES



## *Índice de autores*

(los números corresponden a la nota al pie de la primera citación de cada obra del autor)



## A

ADDIS, F., 258, 474  
 AFFERNI, G., 709  
 AGUAD DEIK, A., 423  
 AL MUREDEN, E., 493  
 ALBALADEJO GARCÍA, M., 463  
 ALCALDE RODRÍGUEZ, E., 423  
 ALCALDE SILVA, J., 423  
 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., 441  
 ALEXI, R., 614  
 ALLENDE, G., 335  
 ALPA, G., 7, 214, 249, 251, 266, 272,  
 612, 623  
 ALVARADO VELLOSO, A., 590  
 AMADIO, G., 519  
 AMENDOLAGINE, V., 895  
 ARNOUD, A.-J., 188  
 ASTUTI, G., 99  
 ATIAS, C., 566  
 AULETTA, G. G., 177  
 AYNÈS, L., 180

## B

BARBA, A., 490  
 BARCELLONA, M., 623  
 BARDE, L., 203  
 BARSOTTI, V., 312  
 BASINI, G. F., 521  
 BASSO, P., 493  
 BAUDRY LACANTINERIE, G., 203  
 BÉGUIN, J., 486  
 BELFIORE, A., 521  
 BELLO, A., 317  
 BELTRAN, I., 233  
 BÉNABENT, A., 180

BENATTI, F., 438, 743  
 BENEDETTI, A. M., 46, 263, 279, 474,  
 566, 967  
 BERIO, A., 256  
 BERTINO, L., 522  
 BETTI, E., 22, 487, 743, 842  
 BIANCA, C. M., 2, 263, 438, 466, 487,  
 630, 707, 787  
 BIGLIAZZI GERI, L., 263, 279, 438,  
 487, 617, 748  
 BIONDI, B., 2, 13  
 BIROCCHI, I., 99, 101  
 BOLAFFI, R., 663  
 BONNETT, T., 279  
 BORRIONE, M., 263  
 BORSARI, L., 254, 255  
 BORTOLUZZI, A., 944  
 BOUCARD, H., 689  
 BOYER, G., 177  
 BOZZO HAURI, S., 885  
 BRECCIA, U., 613, 787  
 BUONAMICI, F., 73  
 BURDESE, A., 22, 40, 54, 76  
 BUSNELLI, F. D., 613, 787

## C

CALASSO, F., 90, 94, 99, 129  
 CAMILLETI, F., 650, 678  
 CAMPOBIANCO, E., 623, 838  
 CAMPOGROSSI, G., 143  
 CANNATA, C. A., 7, 8, 15, 47, 48, 50,  
 438, 443, 714, 743, 787  
 CANOSA TORRADO, F., 368  
 CAPITANT, H., 466, 632  
 CAPRILE BIERMANN, B., 423  
 CARAVELLI, C., 486

- CARBONNIER, J., 529  
 CARCATERRA, A., 49  
 CARDILLI, R., 17, 135, 611, 741  
 CARLINI, P., 99  
 CARNEVALI U. 263, 521, 522  
 CARRESI, F., 778  
 CARTWRIGHT, J., 221  
 CARUSI, F., 971  
 CASAVOLA, F. P., 2  
 CASSIN, R., 22, 987  
 CASTALDO, A., 182  
 CASTÁN VÁSQUEZ, J. M., 301, 318, 431  
 CATALA-FRANJOU, N., 493  
 CATALA, P., 214  
 CATALANO, P., 10, 300  
 CATTANEO, G., 452  
 CENTENARIO, E., 335  
 CERAMI, P., 4, 46  
 CHABAS, C., 180, 476  
 CHANTEPIE G., 214  
 CHIODI, G., 271, 272  
 CLARIZIA, O., 1024  
 CLARO SOLAR, L., 427  
 CLEMENTE MEORO, M., 558  
 CLIVE, E., 267, 283  
 COHEN, D., 189  
 COLIN, A., 466  
 COLLURA, G., 522  
 CONCETTA NANNA, M., 623  
 CORRIAS, P., 895  
 CORTÉS, E., 363  
 CORTESE, E., 97  
 COSTA, E., 73  
 COSTANZA, M., 521, 522, 651, 938  
 CRISAFULLI, V., 619  
 CRISCUOLI, G., 954  
 CRISTÓBAL MONTES, A., 440  
 CROVI, L. D., 338  
 CRUZ MORENO, M., 467  
 CUBEDDU, M. G., 522  
  
 D  
  
 D'ADDA, A., 563, 980  
 D'ANGELO, A., 144, 623, 968  
 D'AVANZO, W., 179  
 DAGNINO, A., 263  
 DALMARTELLO, A., 263  
 DAVID, R., 265, 312  
 DE ANDRADE, F. S., 320  
 DE LOS MOZOS, J. L., 2, 316, 968  
 DE MARTINO, F., 21  
 DE NICTOLIS, R., 281  
 DE NOVA, G., 263  
 DE SANCTIS RICCIARDONE, A., 263  
 DEGNI, F., 257  
 DEL PRATO, E., 954  
 DELL'AQUILA, E., 177  
 DELLA CHIESA, M., 551  
 DELLACASA, M., 521, 530, 551, 566,  
     758  
 DENNIS, M. J., 266  
 DERNBURG, A., 22, 231  
 DI MAJO, A., 221, 228, 263, 623, 743,  
     787, 837, 1032  
 DI ROSA, G., 774  
 DÍAZ BIALET, A., 301, 318  
 DÍEZ-PICAZO, L., 465, 546  
 DO CAMPO, A., 335  
 DOMAT, 187  
 DOS SANTOS AMARAL NETO, F., 319  
 DROSS, W., 507



## E

ENNECCERUS, L., 379

## F

FABRE-MAGNAN, M., 180  
 FACCO, J.H., 741  
 FADDA, C., 254  
 FADDA, R., 901  
 FALCO, G., 617  
 FALZEA, A., 455  
 FEDELE, P., 119  
 FENOUILLET, D., 180  
 FERNÁNDEZ URZAINQUI, F., 468  
 FERRANTE, R., 250  
 FIORI, R., 5, 12, 18, 76, 95, 617  
 FLÉCHEUX, G., 840  
 FORMARO, J. J., 338  
 FORRAY, V., 126  
 FORTE, R., 335  
 FORTICH, S., 126  
 FRAGALI, M., 778  
 FRANZONI, M., 613, 623  
 FRONDIRIESCHI, A., 891

## G

GABRIELLI, E., 478  
 GALGANO, F., 104, 651  
 GALLO, F. I, 4, 15  
 GAMBARO, A., 7, 312  
 GAMBINO, F., 837  
 GAMBOA SEPÚLVEDA, M., 368  
 GARCÍA GOYENA, F., 430  
 GARCÍA VÁSQUEZ, D., 387  
 GARDANI, D. L., 493

GARRO, A. M., 297  
 GASTALDI J.M., 335  
 GAYA SICILIA, R., 432  
 GENICON, T., 177  
 GENTILI, A., 907  
 GENY, F., 201  
 GHESTIN, J., 180, 524  
 GIACOBBE, G., 443  
 GIORGI, G., 256, 466  
 GIORGIANNI, M., 438, 787  
 GLÜCK, F., 22  
 GORDLEY, J., 130  
 GORLA, G., 257, 478  
 GRANIERI, M., 828  
 GRASSO, B., 263  
 GRISI, G., 1028  
 GRONDONA, M., 522, 838, 1008, 1014  
 GROSSI, P., 88, 89, 121, 135  
 GROSSO, G., 22, 99  
 GUASTINI, R., 422, 615  
 GUERRINI, L., 563  
 GUZMÁN BRITO, A., 301, 353, 424, 433

## H

HERNÁNDEZ, C. A., 338  
 HINESTROSA, F., 3, 267, 299, 303, 351,  
 365, 368, 598, 622  
 HONNOLD, J. O., 279

## I

IORIO, G., 577

## J

JAOUEN, M., 474

JOSSERAND, L., 489

JOUANJAN, O., 233

## K

KARAM, M., 320

KLAUS L., 319

## L

LABRUNA, L., 599

LAITHIER, Y-M, 218, 570

LAMAZEROLLES, E., 279

LAMBO, L., 743

LANDO, O., 268, 282, 689

LANZI, E., 884

LANZILLO, R., 651

LARROUMET, C., 466

LATINA, M., 214

LEÓN HILARIO, L. L., 297

LEQUETTE, Y., 180

LESSONA, C., 492

LÉVY, J.P., 182

LILLO, C., 939

LÓPEZ MEDINA, D. E., 357

LUCHETTI, G., 267

LUMINOSO, A., 521, 768

LUPOI, M., 588

LUZZATTO, R., 608

## M

MACARIO, F., 613, 838

MACIOCE, F., 862

MAGAZZÙ, A., 438

MALAUURIE, P., 180

MALECKI, C., 153

MALINVAUD, P., 180

MANIACI, A., 549

MANTILLA ESPINOSA, F., 368

MANTUCCI, D., 547

MARINELLI, F., 86

MARRONE, M., 67

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., 873

MATTEI, U., 683

MAYORGA GARCÍA, F., 351

MAZEAUD, D., 214

MEJÍAS ALONZO, C., 332

MEKKI, M., 180, 218, 528

MENGONI, L., 613, 837, 841, 1032

MENGOZZI, P., 651

MESSINEO, F., 420, 724

MESSINETTI, D., 221

METRO, A., 76

MILONE, F., 73

MONTEL, A., 443, 444, 617

MORELLI, M. G., 233

MORENO CRUZ, P., 368

MOSCO, L., 521

MOSSET ITURRASPE, J., 335

MURARO, G., 816

## N

NADAUD, S., 266

NANNI, L., 522, 556, 617

NAPPI, F., 509

NARDI, E., 58

NATOLI, U., 438, 617, 787

NAVARRETA, E., 954

NEME VILLARREAL, M. L., 13, 309,

405, 605, 612, 620

NICOLAU, N. L., 307

NICOLÒ, R., 592

NIVARRA, L., 684, 953  
 NUZZO, M., 967

## O

OPPO, G., 651, 799  
 ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, A. E., 535  
 OREFICE, G., 831  
 ORTIZ MONSALVE, A., 359, 368  
 OSPINA ACOSTA, E. 368  
 OSPINA FERNÁNDEZ G. 368

## P

PACCHIONI, G., 257  
 PACIFICI-MAZZONI, E., 254  
 PAGLIANTINI, S., 568  
 PAGNI, I., 574  
 PARISE, A., 432, 434  
 PATTI, S., 954  
 PAULIN, C., 177  
 PÉDAMON, M., 248  
 PELLOSO, C., 54  
 PÉREZ VIVES, A., 368  
 PERLINGIERI, G., 2, 772, 944, 953, 954,  
 958, 1015, 1016, 1019  
 PERSICO, G., 263  
 PERTILE, A., 123  
 PETRONE, M., 509  
 PETRUCCI, A., 69, 267  
 PIEDECASAS, J., 335  
 PILLEBOUT, J.F, 156  
 PINNA, A., 474  
 PINO, A., 734  
 PIRAINO, F., 617, 837, 838, 954  
 PISCIOTTA, G., 263  
 PIZARRO WILSON, C., 218, 422

POPINEAU-DEHAULLON, C., 211  
 PORCEL, B., 431  
 POTHIER, 187  
 PUGLIATTI, S., 663  
 PUTORTÍ, V. P., 816

## R

RABINOVICH-BERKMAN, R. D., 301  
 RAMELLA, A., 257  
 RAMPONI, L., 489  
 RANDANZZO, S., 774  
 RANIERI, F., 613  
 RAPPAZZO, A., 263  
 REALMONTE, F., 261  
 RICCI, F., 267, 966  
 RICCOBONO, S., 4  
 RIOSECO ENRÍQUEZ, E., 423  
 ROBERTI, M., 101  
 ROCHE-DAHAN, J., 566  
 ROCHFELD, F., 828  
 RODEGHIERO, A., 22  
 RODOTÀ, S., 613, 881  
 RODRÍGUEZ ENNES, L., 316  
 RODRÍGUEZ GREZ, M., 389  
 RODRÍGUEZ-ROSADO, B., 26  
 ROGER NERSON, M., 271  
 ROLLI, R., 651  
 ROMANO, F., 818  
 ROMANO, G., 96  
 ROMANO, SALV., 607  
 ROMERO SIERRA, R., 368  
 RONCATI, S., 34  
 ROPPO, V., 263, 651R  
 ROTONDI, G., 135  
 ROTONDI, M., 271  
 RUBINO, D., 892

## S

SACCO, R., 263, 312, 588  
 SALEILLES, R. 204, 232  
 SALGADO RAMÍREZ, C., 8  
 SÁNCHEZ CORDERO, J., 313  
 SANTAGATA, C., 761, 774  
 SANTORO, R., 15  
 SAPONE, N., 898  
 SARDO, G., 813  
 SARGENTI, M., 15  
 SCADUTO, G., 22  
 SCAGLIONE, F., 778  
 SCALFI, G., 734, 838  
 SCAVO LOMBARDO, L., 120  
 SCHIPANI, S., 2, 301, 302, 312, 313,  
 320, 593  
 SCHULZ, F., 22  
 SCHUPFER, F., 101  
 SCISO, C. M., 572  
 SCOGNAMIGLIO, C., 614  
 SCOGNAMIGLIO, R., 723  
 SCUTO, C., 446  
 SENN, P. D., 741  
 SERIAUX, A., 729  
 SICCHIERO, G., 521  
 SIMLER, P., 180  
 SMORTO, G., 221  
 SOMMA, A., 594  
 SORIANO CIENFUEGOS, C., 313  
 SPALLAROSSA, M. R., 522  
 STELLA, G., 784  
 STIGLITZ, R., 338  
 STOGGEL-MUNCK, P., 180, 218  
 STOLFI, G., 2

## T

TALAMANCA, M., 18, 22, 34, 80, 87,  
 88, 95  
 TALLON, D., 558  
 TAMAYO LOMBANA, A., 368  
 TAMPONI, M., 263  
 TARELLO, G., 7, 135, 400  
 TASCÓN, T. E., 351  
 TERRÉ, F., 180, 214  
 TITO AÑAMURO, J. A., 301  
 TORRENTE, A., 81  
 TRECCANI, M., 895  
 TRIMARCHI, P., 837  
 TROIANO, S., 954, 955  
 TROPER, M., 400  
 TURCO, C., 522

## U

UDA, G. M., 823

## V

VACCA, L., 18, 19, 53  
 VAGLIO, E., 552  
 VALENCIA ZEA, A., 359, 368  
 VARANO-V. 312  
 VARGAS HERNÁNDEZ, C. I., 360  
 VECCHI, P. M., 22, 743  
 VELÁZQUEZ JARAMILLO, L. G., 499  
 VENTURELLI, A., 474, 752  
 VESSICHELLI, A., 278  
 VETTORI, G., 551  
 VIARO, S., 21

VIGLIONE, F., 895  
VILLANACCI, G., 517  
VIÑAS MEY, J., 493  
VINEY, G., 837  
VISINTINI, G., 438, 743, 787, 837  
VOCI, P., 22  
VOLANTE, R., 135  
VOLPE, F., 651  
VON BAR, CH., 267, 283  
VON TUHR, A., 379

W

WACKE, A., 78  
WALD, A., 347

WHITTAKER S., 613  
WIEACKER, F., 90  
WINDSCHEID, D B., 22

Z

ZANA, M., 938  
ZIMMERMANN, R., 22, 61



## *Índice de fuentes*





## I-Legislación nacional

### Código Civil colombiano

Art. 1546	p. 183; p. 235 y ss.; n. 39; n. 986; n. 370
Art. 1553	n. 811
Art. 1603	p. 265; p. 270; n. 607
Art. 1609	p. 25 y ss.; pp. 171-187; pp. 201-216; p. 223; p. 231; pp. 235-239; n. 369
Art. 1613	p. 345; n. 846
Art. 1614	p. 345; n. 846
Art. 1615	p. 212; p. 216; n. 453; n. 471; n. 565
Art. 1872	p. 295; n. 708
Art. 1882	p. 221; n. 796
Art. 1929	n. 677; n. 796;
Art. 1930	p. 183; n. 392; n. 393
Art. 2157	n. 775
Art. 2159	n. 775
Art. 2160	n. 775
Art. 2181	n. 776
Art. 2184	n. 768; n. 777
Art. 2188	n. 769
Art. 2202	n. 779
Art. 2203	n. 780
Art. 2205	n. 781
Art. 2225	n. 798

### Código de Comercio colombiano

Art. 863	p. 265; n. 607
Art. 924	n. 798

## II-Legislación extranjera

### Código Civil Alemán (BGB)

§320	p. 126 y ss.; p. 137; p. 169; p. 220; p. 301; n. 367; n. 420; n. 716
§321	p. 320; n. 480.

### Código Civil argentino de 1871

Art. 510	p. 157; n. 337; n. 464
Art. 1201	p. 156; p. 301; n. 333; n. 717

### Código Civil argentino

Art. 1031	p. 221; p. 301; n. 338; n. 472; n. 718
Art. 1032	p. 221; n. 339; n. 484

### Código Civil italiano de 1865

Art. 1165	p. 132
Art. 1469	p. 131; n. 252
Art. 1510	p. 131; n. 253

### Código Civil italiano

Art. 1175	p. 265
Art. 1183	n. 796; n. 798
Art. 1337	p. 265
Art. 1375	p. 265
Art. 1453	n. 853
Art. 1460	p. 133; p. 169; p. 220; p. 265 y ss.; p. 273;

	p. 302; n. 262; n. 291; n. 367; n. 420; n. 575; n. 825; n. 722; n. 986	Código Civil de Brasil de 1916
Art. 1461	p. 220; n. 279; n. 482	Art. 1092 n. 342
Art. 1499	p. 294; n. 705	Código Civil de Brasil
Código Civil francés de 1804		Art. 113 n. 343 Art. 422 n. 346 Art. 476 p. 301; n. 343; n. 719
Art. 1102	p. 304	
Art. 1134	p. 117; n. 197; n. 425	
Art. 1184	p. 115 y ss.; p. 123; n. 180; n. 185; n. 984	<b>III-Proyectos de armonización</b>
Art. 1612	p. 304; n. 198; n. 425	Principios del Derecho Contractual Europeo
Art. 1653	p. 304; n. 199	
Código Civil francés con la reforma de 2016		Art. 1:201 n. 288 Art. 1:302 n. 287 Art. 8:101 n. 289 Art. 9:201 p. 140; n. 284
Art. 1102	n. 216	
Art. 1103	n. 216	
Art. 1104	n. 216	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
Art. 1153	n. 216	
Art. 1189	n. 217	Arts. III-1:102 n. 295
Art. 1216	n. 217	Arts. III-1:103 n. 294
Art. 1217	p. 123; n. 223; n. 528	Arts. III-3:304 n. 293; n. 721
Art. 1218	n. 216	
Art. 1219	p. 125; p. 220; p. 273; p. 304; n. 224; n. 225; n. 984	Principios <i>Unidroit</i> Art. 7.1.3 p. 144
Art. 1220	p. 220; n. 483	
Art. 1226	n. 571	Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías
Art. 1303	n. 216	
Código Civil español		Art. 58 n. 280 Art. 71 n. 277 Art. 72 n. 276
Art. 1466	n. 330	
Art. 1500	n. 330	

Art. 73 n. 275

#### IV- Fuentes romanas

##### *Digesta*

D. 2.14.1.3 p. 81; n.96  
 D. 2.14.7.6 n. 56  
 D. 12.1.31.1 n. 39; n.41  
 D. 18.4.22 n. 32; n. 45, n. 160  
 D. 19.1.13.8 p. 59; p. 65; p. 101;  
 n. 32; n. 45; n.50; n.  
 155; n. 164  
 D. 19.1.13.9 n. 47  
 D. 19.1.25 n. 21; n. 31; n. 66;  
 n. 149; p. 41; 164  
 D. 21.1.31.8 n. 32; n. 45  
 D. 21.1.57. pr. p. 66; n. 32; n. 38  
 D. 44.4.54 n. 21; n.31  
 D. 50.16.19 n. 15

##### *Codex*

C. 8.44.5 p. 70; n. 21; n.75

##### Instituciones de Gayo

G. 4.126<sup>a</sup> n. 21; n. 31

#### V-Jurisprudencia

##### Corte Constitucional

T-199 de 1995 n. 403  
 T-059 de 1997 n. 407; n. 409  
 C-269 de 1999 n. 398  
 SU- 624 de 1999 n. 404

T-458 de 1999 n. 406  
 T-765 de 2000 n. 406  
 T-136 de 2000 n. 406  
 C-150 de 2003 n. 413  
 T-1104 de 2004 n. 406  
 T-553 de 2005 n. 406  
 T-1091 de 2005 n. 417  
 T-059 de 2007 n. 411  
 T-196 de 2007 n. 411  
 T-459 de 2009 n. 412  
 T-537 de 2009 n. 401  
 T-158 de 2010 n. 411  
 T-832 de 2010 n. 416  
 T-089 de 2012 n. 414; n. 415  
 T-163 de 2014 n. 414  
 T-452 de 2015 n. 417  
 T-102 de 2017 n. 412

##### Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil-

Cas. 7 de diciembre de 1897, n. 369  
 Cas. 29 de febrero de 1936, n. 371;  
 n. 374  
 Cas. 23 de septiembre de 1938, n. 376  
 Cas. 18 de noviembre de 1938; n. 372  
 Cas. 2 de febrero de 1940, n. 372;  
 n.389  
 Cas. 24 de octubre de 1940, n. 369  
 Cas. 23 de marzo de 1943, n. 380  
 Cas. 13 de diciembre de 1944, n. 372;  
 n. 384  
 Cas. 1 de marzo de 1946, n.389  
 Cas. 25 de marzo de 1950, n. 389  
 Cas. 23 de enero de 1951, n. 372  
 Cas. 25 de febrero de 1952, n.384

- Cas. 17 de septiembre de 1954, n. 378; n.381; n.383.  
Cas. 3 de mayo de 1957, n. 385  
Cas. 15 de diciembre de 1973, n. 377; n. 387  
Cas. 18 de marzo de 1977, n.387  
Cas. 29 de noviembre de 1978, n. 382; n. 389; 393  
Cas. 5 de noviembre de 1979, n. 369  
Cas. 7 de diciembre de 1982, n. 394  
Cas. 13 de diciembre de 1983, n. 382  
Cas. 18 de septiembre de 1989, n. 373; n. 378  
Cas. 4 de marzo de 1991, n.378; n. 383  
Cas. 17 de mayo de 1995, n. 388  
Cas. 19 de julio de 2000, n.387  
Cas. 4 de septiembre de 2000, n. 397  
Cas. 16 de mayo de 2002, n. 388; 390  
Cas. 12 de diciembre de 2006, n. 386  
Cas. 31 de mayo de 2010, n. 384  
Cas. 4 de julio de 2013, n. 386  
Cas. 8 de abril de 2014, n. 396; n397  
Cas. 24 de julio de 2015, n. 397

## *Índice temático*



Abuso del derecho, p. 378 y ss.

#### Acción

de cumplimiento, p. 131; p. 173  
de indemnización de perjuicios,  
p. 185; p. 211 y ss.; n. 389, n. 565  
de resolución por incumplimiento,  
p. 112 y ss.; p. 182 y ss.; 235 y ss.

*Aequitas*, p. 91 y ss.

Arrendamiento, p. 47; p. 343; n. 507

Autotutela, p. 286 y ss.; n. 487

#### Buena fe

contenido, p. 251; p. 267 y ss.; p. 367  
y ss.

*iudicia bonae fidei*, p. 42

*bona fides*, p. 43 y ss.; p. 86 y ss.

Cláusula resolutoria tácita, p. 154;  
p. 183; n. 326

#### Codificación

europea, p. 111 y ss.

latinoamericana, p. 149 y ss.

Colombia, p. 165 y ss.

Comodato, p. 314, n. 761

#### Compraventa

contrato, p. 52; p. 131; p. 355;  
p. 434

*emptio venditio*, p. 97; n. 23

#### Contrato

bilateral, p. 81; p. 98; p. 127; p. 155;  
p. 313 y ss.

ejecución periódica o continuada,  
p. 333 y ss.

ejecución simultánea, p. 106;  
p. 116; p. 143; 237; p. 323

‘imperfectamente sinalagmático’,  
p. 313 y ss.

sinalagmático, p. 149; p. 300 y ss.

#### Cumplimiento

parcial, p. 344 y ss.; p. 350-355;  
n. 899

imperfecto, inexacto, p. 345 y ss.;  
n. 874

no cumplimiento, p., 207; p. 295

suspensión, p. 290

modalidad de, p. 323

oferta del, p. 343

#### Deber

lealtad, p. 142; 275 y ss.; p. 319;

consideración del interés ajeno,  
p. 378 y ss.

diligencia, p. 346; n. 881

Decaimiento del beneficio del térmi-  
no, p. 327

Declaración de no querer cumplir,  
p. 331

Depósito, n. 761, n. 762

#### Derechos fundamentales

límites a la *exceptio non adimpleti  
contractus*, p. 186 y ss., 390 y ss.

#### Excepción

de incumplimiento previsible,  
p. 158; p. 218; n. 473

de incumplimiento parcial (*exceptio  
non rite adimpleti contractus*),  
p. 345 y ss.

sustancial de resolución, p. 246  
y ss.; n. 570

de dolo (*exceptio doli generelis*),  
p. 69; n. 76; n. 82

*Mercis non traditae*, n. 69

- Frangenti fidem, fides non servanda est*, p. 100
- Incumplimiento  
definitivo, p. 248 y ss.; p. 357  
no definitivo, p. 327; p. 336 y ss.  
recíproco, p. 185; p. 222; 240 y ss.  
n. 533  
grave, p. 232; p. 246; p. 357; p. 388  
serio, 383 y ss.  
imputabilidad del, p. 239; p. 293
- Mandato, n. 761
- Mora  
compensación de, p. 181; p. 201  
y ss.  
constitución, p. 182  
*creditoris*, p. 210  
*debitoris*, p. 210  
efectos, p. 215
- Mutuo disenso, p. 236; n. 535
- Obligaciones  
*obligatio contracta*, p. 43
- accesorias y principales p. 310 y ss.
- Pacta sunt servanda*, p. 87 y ss.; p. 276
- Proporcionalidad, p. 369 y ss.
- Razonabilidad, p. 372 y ss.
- Remedio  
sinalagmático, p. 287 y ss. n. 686  
conservativo, p. 232; p. 288; n. 524  
destrutivo, n. 523
- Resolución  
por incumplimiento, p. 112 y ss.;  
240 y ss.  
unilateral, p. 246; n. 570, n. 571,  
n. 580
- Retención  
derecho de, p. 222  
*retentio*, p. 65
- Sinalagma contractual, p. 43 y ss.;  
305 y ss.  
genético, n. 735  
funcional, n. 19; n. 732





Editado por el Departamento de Publicaciones  
de la Universidad Externado de Colombia  
en diciembre de 2017

Se compuso en caracteres Ehrhardt de 12 puntos  
y se imprimió sobre papel Holmen Book Cream de 60 gramos  
Bogotá - Colombia

*Post tenebras spero lucem*

