

Universitat de València

Facultad de Derecho



LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Programa de Doctorado

“Aspectos civiles y fiscales de la adquisición, financiación y disfrute de los
bienes inmuebles”

TESIS DOCTORAL presentada por

Don Sebastián Bozzo

Bajo la dirección de la

Prof. Dra. Adela Serra Rodríguez

Valencia, 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág. 11
ABREVIATURAS	17
CAPÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES Y ELEMENTOS DE DELIMITACIÓN	
1. Cuestiones previas	19
2. Delimitación conceptual	26
3. Antecedentes históricos	32
4. La existencia de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> y su consagración legal en el Derecho español	46
5. Distinción con figuras afines	58
5.1. <i>Distinción con el derecho de retención</i>	58
5.2. <i>Distinción con la compensación</i>	64
5.3. <i>Distinción con la facultad resolutoria</i>	67
CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO	
1. Naturaleza jurídica de la excepción	73
2. Fundamento de la excepción de contrato no cumplido	86
2.1. <i>Teoría de la causa recíproca</i>	89
2.2. <i>Teoría del sinalagma funcional</i>	94
2.3. <i>Teorías de la equidad</i>	96

2.4. Otros fundamentos	99
3. Función de la excepción	103
CAPÍTULO III. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN	
1. Presupuestos	107
1.1. Obligaciones recíprocas o sinalagmáticas	109
1.2. Obligaciones de cumplimiento simultáneo	119
1.3. Incumplimiento de las obligaciones	125
1.3.1. Obligación del excipens y demandante no ejecutadas	126
1.3.2. La exceptio ante riesgo de incumplimiento	147
1.4. Alegación no contraria a la buena fe	157
2. Ámbito de aplicación de la exceptio	165
2.1. Contratos bilaterales	167
2.2. Contratos bilaterales imperfectos	170
2.3. Contratos unilaterales onerosos	171
2.4. Obligaciones recíprocas no contractuales	175
2.5. Contratos Plurilaterales	178
CAPÍTULO IV. EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS	
1. Planteamiento	179
2. Configuración de la exceptio	181
3. Consagración legal	187

4. Ámbito de aplicación	189
4.1. <i>Cumplimiento parcial</i>	190
4.2. <i>Cumplimiento defectuoso</i>	192
4.3. <i>Aplicación de la exceptio en obligaciones de medios o actividad</i>	196
5. Presupuestos	203
5.1. <i>Que el incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida</i>	203
5.2. <i>El cumplimiento defectuoso debe ser imputable</i>	208
5.3. <i>El cumplimiento defectuoso no debe ser de fácil subsanación</i>	213
5.4. <i>El cumplimiento defectuoso debe ser de una suficiente entidad en relación con la parte ejecutada regularmente</i>	214
6. Efectos	216
7. Articulación de la <i>exceptio non rite adimpleti contractus</i> y la acción de cumplimiento	219
7.1. <i>Coordinación de la exceptio non rite adimpleti contractus y acción de cumplimiento en el contrato de compraventas</i>	222
CAPÍTULO V. CUESTIONES RELATIVAS AL EJERCICIO DE LA EXCEPTIO	
1. Formas de ejercitar la excepción	235
1.1. <i>Ejercicio extrajudicial</i>	236
1.1.1. <i>Posibilidad de reconocer judicialmente el ejercicio extrajudicial de la exceptio</i>	237
1.1.2. <i>Consecuencias del ejercicio extrajudicial</i>	238

1.2. Ejercicio Judicial	240
1.2.1. Excepción material dilatoria	242
1.2.2. Excepción perentoria	244
1.2.3. Conclusión	246
2. La carga de la prueba	
2.1. <i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	250
2.2. <i>Exceptio non rite adimpleti contractus</i>	258
3. Oportunidad para ejercitar la <i>exceptio</i> y su plazo de prescripción	
3.1. Oportunidad para ejercitar la <i>exceptio</i>	261
3.2. Plazo de prescripción	263
4. Sentencia que se pronuncia sobre la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	
4.1. Planteamiento	264
4.2. Sentencia condicional	267
4.3. Sentencia que rechaza la acción del demandante	270
5. La <i>exceptio</i> como medio de defensa ante la acción resolutoria	
5.1. Planteamiento de la cuestión	272
5.2. Incumplimientos recíprocos	273
5.2.1. Incumplimiento que genera otro incumplimiento	274
5.2.2. Incumplimiento recíproco simultáneo	281
5.3. Articulación de las acciones de cumplimiento, resolución e indemnización con la excepción de contrato no cumplido	291

5.3.1. <i>La acción de cumplimiento</i>	291
5.3.2. <i>La acción resolutoria</i>	293
5.3.3. <i>La acción indemnizatoria</i>	294
6. El ejercicio de la <i>exceptio</i> en el juicio ejecutivo y su especial situación respecto de la letra de cambio	
6.1. <i>Planteamiento</i>	295
6.2. <i>Ejercicio de la exceptio en un proceso de ejecución</i>	297
6.3. <i>Ejercicio de la exceptio en un juicio cambiario</i>	300
6.3.1. <i>Situación general</i>	300
6.3.2. <i>Admisibilidad de la exceptio</i>	301
6.3.2.1. <i>Situación legal</i>	301
6.3.2.2. <i>Situación doctrinal</i>	303
6.3.2.3. <i>Situación jurisprudencial</i>	308
6.3.2.4. <i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i>	318
6.3.2.5. <i>Conclusiones</i>	324
7. El ejercicio de la <i>exceptio</i> en la declaración de concurso de acreedores	
7.1. <i>Planteamiento</i>	325
7.2. <i>Efectos de la declaración de concurso en los contratos con obligaciones recíprocas</i>	330
7.3. <i>Admisibilidad de la exceptio non adimpleti contractus una vez declarado el concurso</i>	333

7.4. <i>Limitación de la exceptio ante la resolución del contrato declarada por el juez</i>	343
7.4.1. <i>Resolución acordada por las partes</i>	345
7.4.2. <i>Resolución decidida por el juez</i>	347
7.5. <i>Limitación de la exceptio non adimpleti contractus en el supuesto del artículo 62.3 L.C.</i>	348
7.6. <i>Oposición de la exceptio por riesgo de incumplimiento</i>	351
7.7. <i>Ejercicio de la excepción de contrato no cumplido por parte del comprador, si el promotor concursado le exige el cumplimiento de su obligación sin haber garantizado la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente</i>	356
7.8. <i>Conclusiones</i>	363
8. Ejercicio de la <i>exceptio</i> en el ámbito de la contratación administrativa	
8.1. <i>Planteamiento</i>	365
8.2. <i>Ejercicio de la exceptio</i>	370
8.2.1. <i>Ejercicio de la exceptio por parte de la Administración</i>	371
8.2.2. <i>Ejercicio de la exceptio por parte del contratista</i>	372
9. Ejercicio de la excepción de contrato no cumplido en el contrato de arrendamiento de obra según la jurisprudencia	
9.1. <i>Planteamiento</i>	373
9.2. <i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	376

9.2.1. <i>Contenido</i>	376
9.2.2. <i>Procedencia</i>	379
9.2.2.1. <i>Incumplimiento real y efectivo</i>	379
9.2.2.2. <i>Entrega de cosa diversa</i>	381
9.2.2.3. <i>No seguir las indicaciones del dueño de la obra</i>	382
9.2.3. <i>Prueba del incumplimiento</i>	383
9.2.4. <i>Improcedencia</i>	384
9.2.5. <i>Efectos</i>	392
9.2.5.1. <i>Reducción del precio</i>	392
9.2.5.2. <i>Reparación</i>	396
9.2.5.3. <i>Indemnización</i>	397
9.3. <i>Exceptio non rite adimpleti contractus</i>	398
9.3.1. <i>Contenido</i>	398
9.3.2. <i>Procedencia</i>	399
9.3.2.1. <i>Manifiesta intención de incumplir</i>	399
9.3.2.2. <i>Suficiente entidad del daño originado</i>	400
9.3.2.3. <i>Falta de ejecución de la totalidad de la obra</i>	402
9.3.2.4. <i>Retraso importante en la realización de la obra</i>	402
9.3.3. <i>Improcedencia</i>	404
9.3.3.1. <i>Existencia de mala fe</i>	405

9.3.3.2. Defectos de pequeña entidad	406
9.3.3.3. Defectos ya reparados	407
9.3.3.4. Falta de acreditación	407
9.3.3.5. Defectos no imputables al contratista	409
9.3.3.6. Recepción satisfactoria	410
9.3.4. Efectos	410
9.3.5. Coordinación de la exceptio non rite adimpleti contractus y acción de cumplimiento en el contrato de arrendamiento de obra	413
CAPÍTULO VI. EFECTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO	
1. Efectos de la excepción	417
1.1. Efecto principal de la excepción	417
1.2. Efectos secundarios de la excepción	428
1.2.1. Sobre los riesgos por pérdida fortuita	428
1.2.2. Respecto a los frutos	430
1.2.3. Respecto a la mora	430
1.2.4. Respecto a la interrupción de la prescripción	432
1.2.5. Conclusión	434
2. Extensión de los efectos de la excepción de contrato no cumplido	437
2.1. Cesión de crédito	438
2.2. Contrato a favor de terceros	443

2.3. <i>Asunción de deuda liberatoria</i>	445
2.4. <i>Exceptio non adimpleti contractus en contratos vinculados</i>	447
3. Cese de los efectos de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	453
3.1. <i>Extinción del crédito que le sirve de fundamento</i>	453
3.2. <i>Extinción propia de la excepción</i>	453
CONCLUSIONES	455
JURISPRUDENCIA	463
BIBLIOGRAFÍA	489

INTRODUCCIÓN

Las relaciones jurídicas de carácter bilateral de cumplimiento simultáneo, ostentan una gran importancia en el tráfico jurídico. Esto debido a que las partes, al momento de pactar obligaciones recíprocas, buscan normalmente obtener de su contraparte de forma inmediata la prestación que es debida. De esta forma, los beneficios se materializan, permitiendo a las partes poder mantener una fluidez en el comercio de bienes y servicios¹.

Por esto, lo más deseado es la inmediatez en el cumplimiento, la excepción es que se introduzcan elementos accidentales a la convención, como el cumplimiento aplazado o el cumplimiento condicional.

En este ámbito de las relaciones bilaterales, es necesario que las partes resguarden sus intereses económicos, para que los beneficios anteriormente señalados se concreten en el patrimonio de las partes y no se queden en una mera ilusión.

Así la *exceptio non adimpleti contractus* constituye un remedio para mantener el equilibrio contractual durante la vida del contrato. Excepción que se opone ante la demanda de cumplimiento, con el objetivo que se paralice el cumplimiento que se demanda al deudor hasta que el

¹ Papel importante en esta fluidez de intercambio radica en el rol que cumplen las entidades financieras, éstas al adelantar el dinero a las partes de un contrato permiten que el cumplimiento sea de forma simultánea.

demandante cumpla con su prestación o corrija el inadecuado cumplimiento que éste haya realizado.

Así, en una primera parte, este trabajo de tesis se centrará en desarrollar los conceptos generales y sus elementos de delimitación que permite distinguir la excepción de incumplimiento de otras figuras que se le asemejan. Esta tarea se apoyará en el aporte de la doctrina española y extranjera, como el desarrollo jurisprudencial existente hasta la fecha.

Además, en esta sección, se ha centrado la investigación en encontrar a través de sus antecedentes históricos, los orígenes de este remedio sinalagmático, de donde se desprende su uso y cómo llega hasta nuestro actual Derecho.

Nos detendremos en conocer de qué forma es posible entender la existencia de la *exceptio* en nuestro Derecho y cómo se consagra a nivel legal en el ordenamiento jurídico español. Tarea que ha sido desarrollada en gran parte por la jurisprudencia de nuestros tribunales y especialmente del Tribunal Supremo. Que ha entendido que la existencia de la *exceptio* se puede desprender, sin grandes inconvenientes, de los artículos 1.124 del C.C., que regulan la resolución y artículo 1.100 del C.C., relativo a la compensación de la mora, entre otras normas.

Posteriormente, en el capítulo II, comenzamos estudiando la naturaleza jurídica de la excepción, cuestión clave a nuestro parecer, porque nos permite entender el carácter de la figura y a su vez nos facilita saber cómo

se aplica, ya que entenderemos cuáles son los elementos que la identifican como tal.

En esta misma parte del estudio, desarrollaremos el epígrafe denominado fundamento de la excepción de contrato no cumplido, cuestión que va de la mano con el estudio de la naturaleza, toda vez, que nos ofrece la posibilidad de conocer donde hunde sus raíces la figura y cuáles son los motivos que justifican su uso. Nos basaremos, en gran medida, en las teorías desarrolladas para la resolución; ya que como se expresará en el desarrollo del trabajo, esto es posible al tener ambas representaciones su explicación en el nexo de interdependencia de sus prestaciones, que es propio de las obligaciones recíprocas.

Para finalizar el capítulo II, describiremos cuáles son las principales funciones de la excepción. Refiriéndonos especialmente a la función de garantía y a la búsqueda de mantener viva la relación contractual.

Seguidamente, en el capítulo III, nos referiremos a los presupuestos de la *exceptio*, estableciéndose, en base a lo ya descrito por la jurisprudencia, cuáles son aquellos elementos fundamentales que no pueden faltar para hacer posible su ejercicio.

Para luego, en esta misma parte, describir el ámbito de aplicación, es decir, dilucidar en qué tipo de relaciones obligatorias es justificable su aplicación. Entendiendo que las principales normas de donde se desprende la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, provienen del Libro IV del Código Civil, referido a las obligaciones y contratos.

En el capítulo IV, centramos el estudio en el desarrollo de la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Hemos querido puntualizar específicamente en esta modalidad de la *exceptio*, por su notable aplicación práctica, con lo cual creímos necesario detenernos, entre otras cosas, en aquellos puntos que la diferencia de la excepción de contrato no cumplido.

De esta forma, puntualizamos sobre cómo se configura, dónde encuentra su apoyo legal, su ámbito de aplicación, sus propios presupuestos y efectos.

A continuación, en el capítulo V, se analizan todas aquellas cuestiones relativas al ejercicio de la *exceptio*. En el cual, a nuestro entender, se presentan cuestiones de importante interés práctico, ya que se hace referencia a la aplicación de la excepción.

Asimismo, se pretenderá delimitar las formas de ejercitar la figura, tanto en su ámbito judicial como extrajudicial. Detallaremos sobre aquellas cuestiones prácticas relativas a la carga de la prueba, su momento u oportunidad de ejercicio y plazo de prescripción. Además, nos referiremos acerca de la sentencia que se pronuncia sobre la *exceptio*.

Especial atención se tendrá sobre el estudio de la *exceptio* como medio de defensa ante la acción resolutoria. Cuestión, a nuestro juicio, de gran interés, pues es normal asociar la *exceptio* como un medio de defensa que busca paralizar la demanda de cumplimiento, olvidando muchas veces la doctrina, que también es una importante herramienta que persigue mantener vivo el contrato.

Llegados a este punto del desarrollo del capítulo quinto, nos avocaremos a dilucidar la posibilidad de oponer la *exceptio* en diferentes ámbitos. Como su discutida aplicación en un juicio ejecutivo y especialmente la situación que cabe aplicar respecto a la letra de cambio. Analizaremos, así también, la posibilidad de ejercitar la *exceptio* en la declaración de concurso y las principales particularidades que se presentan.

Será también materia de estudio, en esta sección, las principales particularidades que presenta la *exceptio* en el ámbito de la contratación administrativa, como el especial ejercicio de la excepción en el contrato de arrendamiento de obra. En el ámbito de dicho contrato efectuaremos, entre otras cosas, un estudio pormenorizado de la aplicación que hace de ella la jurisprudencia.

Por último, en el capítulo VI, el estudio se detendrá sobre los efectos de la *exceptio*, distinguiendo sobre aquellos efectos principales, secundarios y sobre la posibilidad de que los efectos de la *exceptio non adimppleti contractus* alcance a terceros. Concluyendo, finalmente, con analizar las diferentes formas en que pueden cesar los efectos de la *exceptio*.

ABREVIATURAS

A.D.C.	Anuario de Derecho Civil
A.D.Co	Anuario de Derecho Concursal
Ar.C.	Aranzadi Civil
B.G.B	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
C.C.	Código Civil
C.Co.	Código de Comercio
C.E.	Constitución Española
C.C.J.C.	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
D.C.F.R.	Draft Common Frame Of Reference
L.C.C.	Ley de Contratos de Crédito al Consumo
L.C.C.H.	Ley Cambiaria y del Cheque
L.E.Civ.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.C.	Ley Concursal
L.C.S.P.	Ley de Contrato del Sector Público
P.E.C.L.	Principios del Derecho Europeo de los Contratos
P.U.	Principios Unidroit
R.A.	Repertorio Jurídico Aranzadi
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R.D.C.P.	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal

R.D.P.	Revista de Derecho Privado
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.G.D.	Revista General del Derecho
S.J.M	Sentencia del Juzgado Mercantil
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo
SS.T.S	Sentencias del Tribunal Supremo

CAPÍTULO I. CONCEPTOS GENERALES Y ELEMENTOS DE DELIMITACIÓN

1. Cuestiones previas

El remedio sinalagmático por excelencia es la acción resolutoria, figura que tiene por objetivo primordial resolver el contrato, desvinculando a las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas². Escondida en el ordenamiento jurídico se encuentra la *exceptio non adimpleti contractus*, institución reconocida a nivel doctrinal como jurisprudencial. No obstante, y a diferencia de la resolución, no se encuentra una regulación expresa en el ordenamiento, debiendo colegirse de diferentes normas, entre otras el artículo 1.100 y 1.124 del C.C.

Del estudio de los contratos bilaterales y de las obligaciones recíprocas y especialmente, de los específicos efectos que producen este tipo de obligaciones, es posible llegar al análisis de la excepción de contrato no cumplido³. Estos efectos determinados son una consecuencia del principio

² DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 1996, pág. 722.

³ En este sentido, STS de 4 de abril de 2011 (RJ 2011\3141), al indicar: “A su vez, el contrato bilateral produce efectos peculiares, como consecuencia del vínculo de reciprocidad que liga a las respectivas prestaciones de las partes, pues cada una de ellas se obliga con el fin de obtener el cumplimiento de la obligación de la otra, lo que da lugar a las siguientes particularidades: a) Cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, de cuya exigencia se deriva la imposibilidad de incurrir en mora una parte mientras la otra no cumpla, y el no poder exigir una de las partes el cumplimiento de su obligación a la otra, sin haber cumplido por su parte la suya (“*exceptio non adimpleti*

de interdependencia o reciprocidad que nace del contrato bilateral y se puede resumir en los siguientes:

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

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

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

Estos tres importantes efectos tienen como punto de conexión el principio de interdependencia, y es en la consagración a nivel de la doctrina de este principio donde encuentra sus bases la *exceptio*.

La jurisprudencia establece el respeto del cumplimiento simultáneo que se deriva de las obligaciones recíprocas. De esta forma, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009⁴ «Cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas en el sentido de que no puede una parte exigir el cumplimiento a la otra sin que él cumpla la suya. Lo que se deriva

contractus”); b) la posibilidad de resolver el contrato cuando uno de los contratantes incumple su obligación, liberándose la parte cumplidora del vínculo mediante la acción resolutoria, o exigir el cumplimiento de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos (artículo 1.124 del Código Civil).

⁴ RJ 2009\6475, en este mismo sentido, las SSTs de 14 de junio de 2004 (RJ 2004\3837), 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7916), 16 de diciembre de 2005 (RJ 2005\156) y 9 de octubre de 2007 (RJ 2007\7403) entre otras.

esencialmente del artículo 1124 del Código Civil: « [...] en caso de que así lo exija, se le podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990⁵ señala que en las obligaciones recíprocas “nadie puede exigir sin haber cumplido”. A su vez, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1993⁶ agrega que: «... en esta clase de obligaciones y por la dinámica del sinalagma funcional, la parte que no ha cumplido la obligación que a ella le incumbe y le es exigible, no puede pretender que la otra cumpla la suya, y de hacerlo ésta siempre podrá oponerse a ello alegando la excepción del contrato no cumplido».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1971 ⁷ señala que: «...hallándose las obligaciones recíprocas en condicionalidad mutua, la actuación del elemento causal en la fase de cumplimiento de los negocios jurídico-bilaterales produce, entre otras consecuencias, la excepción del incumplimiento que puede oponer el demandado cuando el actor no cumpla la obligación que le incumbe».

El cumplimiento simultáneo es uno de los efectos fundamentales de las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas⁸, deduciéndose de diferentes

⁵ RJ 1990\1037

⁶ RJ 1993\9834

⁷ RJ 1971\5440

⁸ En este sentido OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral: Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, Pamplona, 1983, pág. 33; COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de derecho civil*, traducción de la última edición francesa por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con anotaciones al Derecho español DE BUEN, tomo III, Madrid, 1924, pág. 678, señala

disposiciones legales (artículos 1.460 y 1.500 C.C., entre otras), debiendo siempre respetarse, salvo que las partes hayan establecido el cumplimiento diferido; o por la naturaleza del contrato; o la ley establezca otra cosa diferente.

Por ello, en las obligaciones recíprocas, si uno de los exigidos no cumpliera lo que le incumbe, al perjudicado se le reconoce una facultad en el artículo 1.124 C.C., que consiste en el derecho de exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con derecho siempre a ser indemnizado por daños.

Pero, al mismo tiempo, fundado en el principio de cumplimiento simultáneo que rige para la ejecución de las obligaciones recíprocas, el demandado podrá negarse a la pretensión contraria, mientras la parte adversa no cumpla su prestación previa, o no ofrezca su cumplimiento.

La *exceptio non adimpleti contractus* es, en este sentido, un remedio de carácter defensivo que se concede al deudor de una obligación recíproca para que pueda negarse legítimamente a la ejecución de la prestación por él debida, en tanto no se cumpla u ofrezca cumplir la prestación que se le debe⁹. Es además, una compensación menor, en el sentido que si se ofrece la posibilidad de exigir la resolución del contrato o la ejecución forzosa de

respecto de la simultaneidad lo siguiente: “Pero si los contratantes no han determinado el orden de cumplimiento de sus obligaciones, este cumplimiento debe ser recíproco y simultáneo. Esta simultaneidad es, en efecto, conforme a la naturaleza misma del contrato sinalagmático. Cada contratante, como sólo consiente en obligarse para obtener la prestación con que cuenta, vería burladas sus esperanzas si estuviese obligado a entregar lo que ha prometido sin recibir al mismo tiempo lo que se le prometió”.

⁹ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non adimpleti contractus*, Valencia, 2004, pág. 11.

la prestación, es lógico que se permita optar a detener el propio cumplimiento hasta que no se cumpla u ofrezca el cumplimiento por la contraparte¹⁰.

Esta reparación fomenta la conservación del contrato otorgando seguridad a las partes, ya que pretende mantener el equilibrio de la relación contractual a través del respeto del principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas.

Como reflexionan PLANIOL y RIPERT¹¹ «La parte sujeta a un contrato sinalagmático, frente a la negativa de la otra de cumplir su obligación ¿Qué conducta podrá adoptar? ¿Acudir a la vía judicial y al cumplimiento forzoso para obtener lo que se le debe o pedir la resolución? Le sería conveniente negarse a su vez al cumplimiento, provisionalmente, hasta el día en que la otra cumpla también, que es el derecho a no cumplir sino *dando y dando* o, conforme a la expresión usada por los juristas alemanes, *trato por trato*. En esto hallamos un medio de presión eficaz para provocar el cumplimiento correlativo sin exponer al que lo emplea a los riesgos del incumplimiento definitivo y a la insolvencia de su adversario, teniendo además la ventaja de no exigir la intervención de los Tribunales».

La jurisprudencia ha reconocido ampliamente la aplicación de esta figura. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo

¹⁰ TRAVIESAS, M.: "Obligaciones Recíprocas", *Revista de Derecho Privado*, 1929, pág. 331

¹¹ PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Las obligaciones tomo VI, Traducción al español de Mario Díaz Cruz. La Habana, 1940, pág. 612.

de 1991¹² ha declarado que «... los principios contractuales de respeto a la palabra dada y a la buena fe dieron lugar al nacimiento de dos excepciones diferentes, una de contrato no cumplido *exceptio non adimpleti contractus* y otra de contrato no cumplido adecuadamente, en cantidad, calidad, manera o tiempo *exceptio non rite adimpleti contractus*, excepciones no reguladas expresamente en el ordenamiento jurídico, pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos, habiendo sido igualmente sancionada por la jurisprudencia manifestando, en este sentido, que el éxito de esta última excepción, tratándose de contrato de obra como en el caso, está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sean de cierta importancia en relación con la finalidad perseguida y

¹² RJ 1991\2451, de forma más reciente se pronuncia sobre la *exceptio* la STS de 11 de marzo de 2011 al señalar: “[...] se trata, con este remedio, de mantener durante el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio querido por las partes al crearla con la perfección del contrato- sentencia de 28 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3049) -. El orden de cumplimientos de las prestaciones debidas y la mutua condicionalidad e interdependencia que existe entre ellas, es lo que justifica que el deudor requerido de pago le pueda oponer al deudor incumplidor la llamada “*EXCEPTIO non adimpleti contractus*”, con el efecto de neutralizar la reclamación, dada la facultad que le asiste de posponer su cumplimiento hasta que el reclamante cumpla o esté dispuesto a cumplir lo que le incumbe- sentencia de 14 de junio de 2004 (RJ 2004, 3837) -. En definitiva, en las obligaciones recíprocas, como recuerda la sentencia de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2082), “el nexo causal o interdependencia de las prestaciones principales de las partes convierte a cada una en equivalente o contravalor de la otra, lo que se manifiesta no sólo en el momento estático de nacimiento de la relación – sinalagma genético -, sino también en el dinámico y posterior de su desenvolvimiento – sinalagma funcional-, en el cual la reciprocidad se proyecta, entre otros aspectos, sobre la exigibilidad de las prestaciones de modo que, por virtud de la recíproca condicionalidad, ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación antes que él lo haga con la correlativa, tanto más si se hubiera pactado que el cumplimiento de ésta debía ser anterior”. Aún más reciente y en este mismo sentido, se pronuncia la STS de 4 de abril de 2011 (RJ 2011\3141).

con la dificultad de subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente».

Importante es destacar que la doctrina y jurisprudencia distingue dos tipos de excepciones: la genuina excepción de incumplimiento contractual, que se produce frente a una omisión total de la ejecución de la prestación por parte de quien reclama el cumplimiento de la contraprestación; y la excepción de contrato no cumplido adecuadamente¹³, que es una variante o una modalidad de la excepción general de incumplimiento. Ésta última cabe en todos aquellos casos en que la prestación es cumplida de forma parcial o en forma defectuosa, es decir, cuando no se ha dado fiel obediencia a lo estipulado por las partes, existiendo un cumplimiento irregular o inoportuno. En efecto, cuando el demandante sólo ha cumplido la prestación a su cargo parcialmente o de manera defectuosa, el demandado puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando de modo pertinente los defectos que la prestación presentaba¹⁴.

¹³ Esta figura será estudiada más adelante en un capítulo específico.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., págs. 693 y sgtes. Este autor también agrega que la *exceptio non rite adimpleti contractus* contempla, además, aquellos casos en que se encuentra a cargo del demandante una garantía de correcto funcionamiento o de niveles de producción. Por ejemplo, el demandante ha vendido una máquina y ha asegurado su correcto funcionamiento y la posibilidad de alcanzar unos determinados niveles de rendimiento. DE COSSIO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1991, Pág. 336 indica lo siguiente: “La simultaneidad de las prestaciones que puede deducirse de las normas contenidas en los artículos 1.110 y 1.146 del Código Civil, si bien es evidente que la naturaleza específica de cada obligación puede llegar a modificar esta regla general. La parte que no ha cumplido su obligación no puede exigir a la otra el cumplimiento de la suya, ya que ésta podrá

2. Delimitación conceptual

Desde el primer acercamiento a la figura por el Derecho Romano, la excepción de incumplimiento ha representado una forma de defensa que permite al demandado detener el cumplimiento mientras la parte actora no cumpla o no esté dispuesta a cumplir la contraprestación¹⁵. En este sentido existe unanimidad en entender la *exceptio* como un medio de defensa del demandado ante la falta de cumplimiento del demandante. Sin embargo, revisaremos los matices actuales que existen en la doctrina y jurisprudencia más reciente.

DÍEZ-PICAZO¹⁶, al respecto señala: «Una de las consecuencias más importantes del carácter sinalagmático de una relación obligatoria y del principio de interdependencia o de reciprocidad de las obligaciones en ellas comprendidas es la llamada excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), que se funda en la regla de la ejecución simultánea de las prestaciones recíprocas y en la idea de que cada parte pueda rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya. A la inversa, ninguna de las partes puede demandar el cumplimiento de la

siempre oponerle la *exceptio non adimpleti contractus*; posibilidad que se extiende incluso a los casos de cumplimiento defectuoso o irregular a través de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, excepciones ambas que deberán, en su ejercicio, ser moderadas por el principio de la buena fe.”

¹⁵ ESPIN CANOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento contractual”, ADC, julio-septiembre 1964, pág. 548.

¹⁶ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 692.

obligación contraria, sin cumplir u ofrecer cumplimiento de la obligación propia».

Por su parte, ALBALADEJO¹⁷ se refiere a la *exceptio* señalando: «Las obligaciones unilaterales viven cada una en su esfera con independencia; ahora bien, la interconexión entre las bilaterales tiene como consecuencias el cumplimiento simultáneo, que, salvo disposición especial o voluntad distinta de los interesados, el cumplimiento de ambas obligaciones debe ser simultáneo. Así, pues, una parte cumplirá antes que la otra, si quiere libremente avenirse a ello; pero ninguna puede exigir que la otra realice su prestación sin realizar ella u ofrecer la realización de la suya (cfr. Arts. 1.460 y 1.500 C.C.) Y si lo hace, la otra puede rehusar el cumplimiento de la suya (*exceptio non adimpleti contractus*) mientras la primera no cumpla».

CASTÁN¹⁸, a su vez, señala que si no se establece otra cosa en la ley o en el contrato (ni se deduce de los usos sociales o comerciales), las prestaciones de una y otra parte deben realizarse simultáneamente. Si alguna de las partes pretende exigir de la otra el cumplimiento de su prestación, sin ofrecer la realización de la suya, el demandado podrá oponer a su pretensión la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpletis contractus*).

¹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, vol. II, Barcelona, 2002, pág. 104.

¹⁸ CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo III, revisado y puesto al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, pág. 146.

ESPÍN¹⁹ construye un concepto del instituto señalando que la opinión predominante entiende la excepción como un medio de oposición o defensa existente en los contratos bilaterales, por el cual cada parte puede diferir legítimamente el cumplimiento de sus propias obligaciones, hasta tanto que la otra parte no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente la suya²⁰.

Recientemente, CRUZ MORENO²¹ señala que la *exceptio* es un remedio defensivo que se concede al deudor de una obligación recíproca para que pueda negarse legítimamente a la ejecución de la prestación por él debida, en tanto no se cumpla u ofrezca cumplir la contraprestación que se le debe.

Además de un remedio defensivo, como señala CRUZ MORENO, es posible entender la excepción como una garantía del cumplimiento de la obligación²², toda vez que el demandado puede suspender la ejecución de su prestación hasta que el actor no cumpla o no se allane a cumplir. En

¹⁹ ESPÍN CÁNOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento...” op. cit., pág. 550.

²⁰ En este mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: “La *exceptio non adimpleti contractus*”, Estudios de Deusto, 1995, pág. 75; FERNANDEZ URZAINQUI, J. F.: “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, R.C.D.I. 1997, pág. 412; OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral...* op. cit., pág. 34; VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, pág. 272.

²¹ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 11.

²² Así lo entiende GAUDEMET, E.: *Teoría general de las obligaciones*, Traducción y notas de Derecho mexicano por PABLO MACEDO, México, 1984, pág. 442, al señalar: “Contamos de este modo con dos garantías de cumplimiento: la acción resolutoria, expresamente consagrada por el artículo 1184 y la *exceptio non adimpleti contractus*, que no aparece en ningún precepto general, pero cuya existencia resulta *a fortiori* del artículo 1184. Está por lo demás consagrada en hipótesis especiales, por numerosos preceptos”.

este sentido, no cabe duda que no existe mejor garantía que conservar en el patrimonio del deudor la prestación debida.

De esta forma, es posible definir la *exceptio* como «Un medio de garantía que protege el patrimonio del deudor permitiéndole suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya cumplido o haya ofrecido el pago que generaba su obligación²³».

En efecto, para la mayoría de los autores la *exceptio non adimpleti contractus* es una consecuencia del carácter sinalagmático que presentan las relaciones obligatorias de carácter recíproco. En virtud del cual, se permite a las partes de la relación, exigir el cumplimiento simultáneo de las prestaciones acordadas. Configurándola, así, como un medio de oposición o defensa que permite el respeto del principio de cumplimiento simultáneo, en el sentido de poder diferir legítimamente el cumplimiento de sus propias obligaciones, hasta que la otra parte no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente las suyas.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial ha consolidado, de manera general, la idea de la excepción de incumplimiento contractual como un medio defensivo ante la demanda de cumplimiento, principalmente el

²³ En este sentido se pronuncian AULETTA, G.: *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pág. 300; CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones*, traducción y notas de TARRAGATO Y CONTRERAS, Madrid, 1927, pág. 269. Una postura similar mantiene GRASSO, B.: *Eccezione d' inadempimento e risoluzione del contratto*, Camerino-Napoli, 1973, pág. 84. Los PECL en su artículo 9:201 se refiere a la excepción de incumplimiento contractual como un derecho que faculta suspender la ejecución de la prestación. En este sentido, la garantía se concreta con la opción que se le otorga al deudor de suspender su prestación y mantenerla así en su patrimonio.

Tribunal Supremo en Sentencias de 15 de marzo de 1976²⁴, 18 de abril de 1979²⁵, 10 de enero de 1991²⁶, 9 de julio de 1991²⁷, 3 de diciembre de 1992²⁸, 15 de noviembre de 1993²⁹, 21 de marzo de 1994³⁰, 8 de junio de 1996³¹, 29 de octubre de 1996³², 22 de octubre 1997³³, 18 de marzo de 1998³⁴, 7 de octubre de 2005³⁵, 5 de junio de 2007³⁶ y 1 de octubre de 2010³⁷ entre otras.

Particularmente interesante resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1979³⁸ que justifica la existencia de la *exceptio* y reflexiona sobre su aplicación al sostener «Que en virtud del principio de cumplimiento simultáneo informador de los contratos bilaterales, o con obligaciones recíprocas, por razón del nexo de interdependencia o conexión existente entre las obligaciones de los contratantes (sinalagma), que no consiente la separación temporal entre las dos prestaciones a no ser que las partes hayan convenido lo contrario o que la diversidad de términos para ambos deberes enlazados resulte de la naturaleza del contrato o de los usos de tráfico, según se desprende del criterio

²⁴ RJ 1976\871

²⁵ RJ 1979\1406

²⁶ RJ 1991\295

²⁷ RJ 1991\5337

²⁸ RJ 1992\9997

²⁹ RJ 1993\8916

³⁰ RJ 1994\2560

³¹ RJ 1996\4831

³² RJ 1996\7483

³³ RJ 1997\7410

³⁴ RJ 1998\1706

³⁵ RJ 2005\8573

³⁶ RJ 2007\3425

³⁷ RJ 2010\7309

³⁸ RJ 1979\1761

inspirador de los artículos 1.466 y 1.500 del C.C., a propósito del contrato de compraventa, pero de general aplicación a todas las relaciones sinalagmáticas en fundado parecer de la doctrina científica, es manifiesto que por el juego propio de la excepción de contrato incumplido o la de incumplimiento inexacto cada contratante puede negarse a realizar su prestación si el otro no ha dado efectividad o no ofreció cumplir simultáneamente la suya mediante la llamada ejecución “mano a mano”, pero la fuerza de los mismos fundamentos lleva a entender que opuesta la excepción de derecho sustancial, se trate de la *non adimpleti contractus* o bien de la *non rite adimpleti contractus* y por consiguiente afirmado el derecho de abstenerse provisionalmente de cumplir en tanto el otro sujeto del negocio no realice la contraprestación. El equilibrio entre las obligaciones recíprocas no permite al demandado que opuso el incumplimiento contractual o el incumplimiento irregular, reconvenir instando la condena del actor a la práctica del comportamiento que constituye el objeto de la obligación o a la rectificación de los defectos en el *dare* o *facere*; si no ofrece por su parte el contravalor correspondiente, y en tal sentido la exigencia de esa simultaneidad en las prestaciones, expresamente declarada en algunos ordenamientos foráneos, que opera siempre que no se hallen distanciadas en el tiempo como dicho queda, significa también en nuestro derecho positivo que la pretensión de cumplimiento de una obligación sinalagmática sólo puede prosperar cuando el accionante ha cumplido a su vez la propia o si a la hora de deducir la petición ofrece el cumplimiento de la prestación a su cargo ...»

La Sentencia de 11 de diciembre de 2002³⁹ agrega un nuevo elemento que es importante destacar, ya que es normal entender la *exceptio* como una forma de defensa ante la demanda de cumplimiento; no obstante la sentencia en cuestión señala que es posible de ejercerse la *exceptio* ante la demanda de resolución opuesta por el demandante. Es común mencionar la excepción de contrato no cumplido como una defensa ante la demanda de cumplimiento, olvidándose muchas veces cuando se entrega un concepto de la misma que es posible ejercerla ante la demanda de resolución.

3. Antecedentes históricos

Es posible entender que el progreso de la figura debe agradecer, primeramente, al desarrollo y clasificación de los contratos efectuado por el Derecho Romano. Desde fines de la República se distinguieron, según como se formasen, en *verbis, litteris, re y consensu*⁴⁰.

Se utilizaba, además, la palabra *contractus* de forma frecuente en un sentido especial para designar los contratos sinalagmáticos y de buena fe, por oposición a los contratos unilaterales denominados de derecho estricto⁴¹. De esta forma, se señalaba que los contratos unilaterales no

³⁹ RJ 2002\1031

⁴⁰ PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducido por FERRÁNDEZ GONZÁLEZ, J. México, 2002, pág. 318.

⁴¹ Ulpiano, L. 19, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Labeo definit... contractum ultro citroque obligationem, quod Graeci vocant.* –Ad. L. 10, *in fine*, D., *eod.* –Gayo, III, § 137.

engendran nunca obligación más que de un sólo lado de las partes contratantes, *uno ex latere*. Son estos el *mutum*, la *estipulación*, el contrato *litteris*. En cambio, los contratos de buena fe son sinalagmáticos, es decir cuando producen obligaciones a cargo de todas las partes contratantes, como la compraventa o el arrendamiento⁴². Si bien se distinguían entre estos tipos de contratos, no existe en las fuentes del Derecho Romano la denominación sinalagmática.

En Roma, si bien no existe una denominación como la actual donde se subdividen los contratos bilaterales en sinalagmáticos perfectos e imperfectos; sí existía en la práctica una diferenciación que permitía realizar una distinción.

Así se agrupaban, entre aquellos contratos en que todas las partes resultaban inmediatamente obligadas desde la formación del contrato; lo que ocurre en la venta, el arrendamiento, la sociedad⁴³. De los contratos sinalagmáticos imperfectos como el mandato, depósito, comodato, en que puede eventualmente surgir obligaciones para una de las partes, que no resultaba en principio obligada.

De esta forma, se entendió que los contratos en que ambas partes resultaban inmediatamente obligadas y al no existir una modalidad en la estipulación, se refiere a un cumplimiento de carácter simultáneo y no diferido; con lo cual, ya se empieza a engendrar la idea de que las

⁴² PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano...* op. cit., pág. 324.

⁴³ PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano...* op. cit., pág. 324.

obligaciones de carácter recíproco deben cumplirse por las partes al mismo tiempo⁴⁴.

Igualmente, la propia jurisprudencia romana, partiendo del principio de la buena fe, estableció que ambas prestaciones debían cumplirse de forma simultánea, es decir, el comprador no podía pretender del vendedor que éste le entregue la cosa sin ofrecer él la cantidad fijada como precio; debe él ofrecer la entrega de la cosa, precisando que la simultaneidad no existe si la venta se ha hecho a crédito o aplazada⁴⁵. En cambio, en los contratos sinalagmáticos imperfectos, no hay obligación más que de un lado en el momento en que se forma el contrato; pero puede suceder que posteriormente nazca del otro lado una obligación.

⁴⁴ GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano*, tomo II. Santiago de Chile, 2001, pág. 141. Al referirse al grado de correlación entre el cumplimiento de las obligaciones recíprocas en el Derecho Romano señala: “Ninguno de los contratantes puede exigir el cumplimiento de su obligación al otro, sin ofrecer por su lado el de la suya; así, el vendedor que pide el precio tiene que haber entregado la cosa u ofrecer entregarla; y el comprador que reclama ésta, tiene que haber pagado el precio o estar dispuesto a pagarlo. En consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones recíprocas debe ser simultáneo; desde luego, ello puede ser alterado mediante pactos de aplazamiento de una u otra prestación”. D. 18.4.22; 19.1.13.8; 21.1.31.8; 44.4.5.4; CI.8.44.5. PETIT, E.: *Tratado elemental de...* op. cit., pág. 338. “En el Derecho Romano se distinguía la posibilidad de que la estipulación pueda ser pura y simple o sometida a ciertas modalidades, es decir, que puedan contener ciertas cláusulas particulares que afecten bien a la existencia, bien a los elementos, bien a la ejecución de la obligación. Entre estas modalidades, las más importantes son el término y la condición”. Kaser, M.: *Derecho Romano Privado*, Reus, 1968, pág. 180. Señala que: “...los contratos de trueque o cambio (contratos bilaterales perfectos) tienen como elemento esencial la reciprocidad de las prestaciones que de los mismos derivan. Cada una de las partes es, con relación a la otra, deudor y acreedor a un tiempo de una pretensión principal. A este género pertenecen los contratos de compraventa (*emptio venditio*) y arrendamiento (incluyendo en éste los contratos de servicio y obra) los cuales reflejan en su doble denominación su característica duplicidad de prestaciones”. Gayo, 3, 137.

⁴⁵ En este sentido, VALIÑO, E.: *Instituciones de derecho privado romano*, Valencia, 1976, pág. 415.

Además, en el Derecho Romano ya se advertía un acercamiento a la figura en el ámbito del contrato de compraventa⁴⁶, porque se entendía que en caso de que el vendedor exigiese el pago del precio sin, por su parte, entregar la cosa, el comprador se hallaba autorizado en tal caso a rehusar el pago del precio, en tanto no le fuese ofrecida la cosa⁴⁷. Y si el vendedor

⁴⁶ GARCÍA GARRIDO, M.J.: *Derecho Privado Romano I. Instituciones*, Madrid, 1979, pág. 386, señala: “Sin embargo, la compraventa clásica como negocio consensual de derecho de gentes, tiene caracteres propios que lo distinguen de los actos de transmisión de la propiedad: -la bilateralidad y reciprocidad de la relación: se trata de actos recíprocos protegidos por dos acciones diversas: compra (*emptio*)-venta (*venditio*): *actio empti-actio venditi*. – la obligatoriedad: el contrato crea sólo obligaciones de las partes y no transmite ni la cosa ni el precio. Probablemente esta obligatoriedad deriva de su origen en la conexión de dos estipulaciones independientes.” D. 18, 1, 1, señala: “El origen de la compra y venta está en las permutas, porque antiguamente no existía el dinero, ni se denominaba a una cosa mercancía y a la otra precio, sino que cada uno permutaba las cosas inútiles por otras útiles según las necesidades de los tiempos, porque acontece frecuentemente que le sobra a uno lo que a otro le falta. Pero como no siempre ni con facilidad sucedía, que teniendo tú lo que yo deseaba, tuviese yo, a mi vez, lo que a ti te interesaba recibir, se eligió una materia cuya valoración pública y perpetua evitase, mediante la igualdad de cuantía, las dificultades de las permutas. Y esta materia, marcada con un signo público, implica un uso y dominio que no se basa tanto en la entidad específica como en la cuantía; desde entonces no constituyen ambas cosas mercancías, sino que una de ellas se denomina precio.” D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*, tomo I Constituciones preliminares y Libros 1-19, Pamplona, 1968.

⁴⁷ DAZA MARTINEZ, J. Y RODRIGUEZ ENNES, L.: *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1997, pág. 322, señalan: “La bilateralidad del contrato de compraventa que se concreta en las recíprocas obligaciones entre las partes, encuentra su expresión típica en las acciones que respectivamente competen al comprador y al vendedor, y que toman su nombre de la función que cada una de ellas cumple en el contrato: *actio empti* y *actio venditti*, también llamadas *ex emptio* y *ex venditi*.” En este mismo sentido, BETANCOURT, F.: *Derecho romano clásico*, Sevilla, 2001, pág. 630, quien señala: “El trueque arcaico se superó al llegar a la concepción de la compraventa como un acto jurídico consensual y donde las obligaciones de las partes contratantes son simultáneas hasta el punto que ninguna de las partes puede exigir a la otra su obligación sin estar dispuesta ella a cumplir primero la suya”. De esta misma forma indica ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, A.: *Derecho Romano II*, Madrid, 1979, pág. 615, al señalar: “El comprador debe pagar el precio, transfiriendo al vendedor la propiedad de las monedas en que dicho precio consista. El pago se hará en el término fijado, si es que se señaló; en otro caso, inmediatamente de celebrado el contrato.

le demandaba con la *actio venditi*⁴⁸, el comprador se hallaba protegido judicialmente en virtud de la cláusula *ex fide bona*⁴⁹. En este sentido, la reciprocidad de la relación obligatoria encuentra su expresión en la manifestación de estas acciones que respectivamente competen al comprador (*actio empti*), y al vendedor (*actio venditi*); y que toman su nombre de la función que cada una de ellas cumple en el contrato.

La interdependencia de las obligaciones de las partes permite en estas acciones la valoración conjunta de las prestaciones recíprocas; de esta interdependencia se deriva también que ninguno de los contratantes puede exigir al otro el cumplimiento sin ofrecer al mismo tiempo el de su propia prestación⁵⁰.

Mientras no lo haga no podrá exigir que se le entregue la cosa". En este mismo sentido D'ORS, A.: *Derecho privado Romano*, Pamplona, 1989, pág. 540.

⁴⁸ D. 19, 1, 19-20: "La acción de venta compete al vendedor para conseguir lo que debe entregarle el comprador. Entran en esta acción las siguientes cosas: en primer lugar, el precio en que se vendió la cosa; igualmente los intereses del precio después del día de la entrega de la cosa, porque disfrutando ya el comprador de la cosa, es muy justo que pague él los intereses del precio". D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*, tomo I Constituciones preliminares y Libros 1-19, Pamplona, 1968.

⁴⁹ SCHULZ, FRITZ.: *Derecho Romano Clásico*, traducción de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, pág. 508. "En las acciones o juicios de buena fe (*iudicia bonae fidei*) se concede al juez un amplio margen para valorar la pretensión del demandante conforme a la buena fe (*oportere ex fide bona*). Con excepción de las acciones de buena fe de la tutela y de la dote, las acciones que tienen una fórmula *ex fide bona* son acciones derivadas de los contratos. Estas acciones nacen en el comercio internacional para proteger los contratos del derecho de gentes que son tutelados por el pretor peregrino". GARCIA GARRIDO, M.J.: *Derecho privado romano. Casos. Acciones. Instituciones*. Madrid, 2006, pág. 275.

⁵⁰ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. PARICIO J.: *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Madrid, 1997, pág. 369.

Por otra parte, hay quienes hacen referencia a la *exceptio mercis non traditae* (excepción de mercadería todavía no entregada) figura próxima a la *exceptio non adimpleti contractus*, la cual favorece al comprador, cuando el vendedor pretende que se le pague el precio sin haber consignado la cosa; medio de defensa que podía alegarse, como todas las excepciones, en los juicios de buena fe, en la fase *apud iudicem*, sin necesidad de incluirla en la fórmula en el momento de la *litis contestatio*⁵¹. Así también existía una especie de derecho de retención que favorecía al vendedor, en el sentido que cuando el vendedor no ha hecho tradición de la cosa vendida, su interés está salvaguardado por el derecho de retención. Puede negarse a entregar mientras no haya sido pagado⁵². Es preciso, además, que las dos

⁵¹VALIÑO, E.: *Instituciones de derecho...* op. cit., pág. 415; GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado...* op. cit., pág. 141, señala sobre este punto: “En el edicto venía propuesta una “excepción de mercadería no entregada” (*exceptio mercis non traditae*) a favor del que compró una cosa en subasta a un banquero mediador (*argentarius*) y a quien le prometió el precio con estipulación abstracta, cuando el banquero vendedor demandaba el cumplimiento de ésta sin haber entregado la cosa vendida. En este caso la excepción resultaba necesaria precisamente por ser abstracta la obligación de pagar el precio; y aquélla venía redactada así: “si el dinero del cual se trata no se pide por una cosa que se vendió y no se entregó” (D. 19. 1. 25: *si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est*). Si en la compraventa la entrega de la cosa fue condicionada al pago del precio, el *argentarius* podía replicar: “o si no se prefijó que la cosa no sería entregada al comprador hasta que éste pagara el precio” (Gai. 4. 126a: *aut si praedictum est ne aliter emptori res traderetur quam si pretium emptor solverit*). Sobre la base de este principio de interdependencia de las prestaciones, en el derecho común se desarrolló una “excepción de contrato no cumplido” (*exceptio non adimpleti contractus*), que puede oponer la parte que ya cumplió o está dispuesta a cumplir en contra de la que reclama el cumplimiento sin haber satisfecho lo que es de su cargo. En el derecho romano no fue necesaria una tal excepción, porque la interdependencia del cumplimiento es efecto de la buena fe, salvo en el caso dicho de haberse estipulado abstractamente el precio, porque entonces no se aplica esta última categoría”.

⁵²D. 19, 1, 13, 8: “El precio debe ser ofrecido por el comprador cuando se demande con la acción de compra, y por ello, aunque se ofreciese una parte del precio no se da todavía la acción de compra; pues el vendedor puede retener la cosa que vendió como si

obligaciones sean exigibles; este medio de defensa se le escapa al vendedor si ha dado un término al comprador para pagar, sin reservarse el mismo plazo para entregar⁵³.

Según algunos investigadores, ya habría apuntado en la época de LABEÓN⁵⁴ el principio, deducible de algunos elementos y que se justifica en base a la idea de la buena fe, que cada contrayente está obligado a cumplir con sus obligaciones en la medida en que el otro está dispuesto a cumplir con las suyas. Esto se deduce también de la regla, aplicada por los juristas de los siglos II y III, de que, si no se ha fijado un término dentro del cual debe tener lugar el cumplimiento de la obligación, cada uno de los contrayentes no puede exigir del otro la ejecución de la misma si no se compromete él a hacerlo al mismo tiempo. Algunos autores llaman a éste, “principio de la simultaneidad de la ejecución”. Así, por ejemplo, el comprador debe ofrecer el precio para exigir la entrega de la cosa y, al revés, el vendedor debe ofrecer la cosa para exigir el pago del precio, etc.⁵⁵

fuera una prenda”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*, tomo I Constituciones preliminares y Libros 1-19, Pamplona, 1968.

⁵³ PETIT, E.: *Tratado elemental de...* op. cit., pág. 397. D. 18, 4, 22: “Un vendedor recibió parte del precio de una herencia vendida, y el comprador resultó insolvente para el pago de la cantidad restante: se pregunta si quedarán obligados los bienes de la herencia en concepto de prenda. Respondí que nada parece haber en contra de que queden obligados”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*, T. I Constituciones preliminares y Libros 1-19, Pamplona, 1968.

⁵⁴ Su nombre, Marco Antistio Labeón, importante jurista de la época de Augusto, fallece entre 10 y 22 D.C.

⁵⁵ VOLTERRA, E.: *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1986, pág. 507; JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, traducción Prieto Castro, Barcelona, 1937, en

En esta misma línea, se entendió que la transferencia de la propiedad estaba condicionada al pago del precio, cuestión que se razona probablemente por la noción de interdependencia de las obligaciones del vendedor y del comprador, el principio afirmado en las instituciones justinianeas (I. 2, 1, 41)⁵⁶, como una norma antigua *iuris gentium* ya vigente en la época de las XII Tablas, de que la propiedad de la cosa vendida no es adquirida por el comprador más que cuando éste ha pagado el precio⁵⁷.

esta misma línea sostiene: “La íntima conexión interna en que las obligaciones mutuas se hallan entre sí llevaba aneja en el derecho romano, como en el actual, una dependencia recíproca entre ellas, cuyo alcance, por lo demás, no es conocido con todo detalle, al menos en la época republicana y en la clásica. En todo caso consta que en la época imperial se había reconocido que en los contratos bilaterales el demandado, para que realizase su prestación, podía negarse a ello, a no ser que por el contrato o por la ley estuviese obligado a ejecutarla previamente, mientras el demandante no estuviere dispuesto a cumplir su propia obligación (Marcelo, en D. 21, 1, 31, 8; Scévola, D. 18, 4, 22; y Ulpiano, D. 19, 1, 13, 8). En los contratos de bilateralidad imperfecta sucedía lo mismo, si el demandante ejercitaba el primero su acción directa y correspondía al demandado otra contraria (Pomponio, D. 13, 7, 8 pr.; Juliano, D. 47, 2, 60; Paulo, D. 47, 2, 15, 2). En estos casos, y siempre que se tratase de *bonae fidei iudicia*, como era lo regular, el juez había de tener en cuenta de oficio la excepción del demandado. Podía repeler la demanda si el demandante no cumplía su propia obligación, o constreñirle a prestar caución de su cumplimiento”.

⁵⁶ HERNÁNDEZ-TEJERO, F.: *Las Instituciones de Justiniano*, Granada, 1998, pág. 72. I. 2, 1, 41: “Si la entrega se hace por donación, dote o por otra justa causa, no hay duda de que se transmite la propiedad. Ahora bien, las cosas que se vendieron y entregaron, únicamente se hacen propiedad del comprador cuando éste abonó su importe al vendedor o de cualquier otro modo le satisfizo, dándole, por ejemplo, una cosa en prenda o presentando a alguien que respondiese por él. Ya se dice esto en las XII Tablas; sin embargo, con razón se afirma que es una norma propia del Derecho de gentes, esto es, del Derecho Natural. Mas hay que advertir que si el vendedor se fía del comprador, éste adquiere sin más, la propiedad de la cosa que se le entregó”.

⁵⁷ VOLTERRA, E.: *Instituciones de derecho...* op. cit., pág. 507; ARANGIO-RUIZ, V.: *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1986, pág. 379. Agrega sobre este punto que: “Es verdad que un célebre pasaje de las Instituciones justinianeas (2, 1, 41) afirma que la propiedad no pasaba si no se había pagado el precio, o si por lo menos no se hubiesen dado garantías en este sentido; y la máxima está repetida en algún fragmento del Digesto. Pero por un lado se encuentran, en el mismo Digesto, otros pasajes donde la

Si bien en el Derecho Romano se desarrolló la figura del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas y, por ende, la posibilidad de exigir que se cumpliera de tal forma, la construcción de la figura como tal se desarrolla mucho tiempo después, ya en la Edad Media, en el siglo XIII, gracias a los postglosadores⁵⁸ que sirviéndose, en realidad, de las reglas enunciadas en el Digesto construyeron la teoría⁵⁹.

Dejando por sentado que en toda relación obligatoria bilateral de cumplimiento simultáneo hacía falta para poder exigir el cumplimiento de una obligación que el actor haya, por su parte, ejecutado el contrato; o se ofrezca la ejecución completa, ya que éstas tienen su origen en un contrato bilateral. Entendiendo que el cumplimiento simultáneo actuaba como una verdadera garantía para las partes, toda vez que la obligación de una de las partes estaba supeditada a la del otro. Con lo cual, la mejor garantía

máxima es explícitamente negada; y por el otro, está muy de acuerdo con el sentimiento jurídico griego y demasiado en contraste con la neta separación que tiene lugar en Roma entre negocios obligatorios y traslativos, como para que no surja espontáneamente la sospecha de falsificación”.

⁵⁸ Los postglosadores, a diferencia de los glosadores que se caracterizaban por realizar un estudio exegético de la ley romana, emplearon además un método dialéctico y no tan sólo de la ley si no que además de la glosa, lo cual permitió una mayor libertad en la interpretación.

⁵⁹ COLIN Y CAPITANT.: *Curso elemental de derecho...* op. cit., pág. 679. En este sentido también PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 613. Por su parte, PILLEBOUT, J. F.: *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1971, número 4. pág. 256, señala que: “...a pesar de las apariencias, se trata de una institución que no fue conocida en el Derecho romano, sino que habría sido inventada por los romanistas de la Edad Media”.

que tenía el vendedor o comprador era retener su prestación hasta que la contraparte ofreciera su cumplimiento o la garantizara⁶⁰.

De esta forma, construyeron la figura llamada, de manera genérica, *exceptio non adimpleti contractus*⁶¹, entendiendo que la excepción que se contrapone a la acción promovida en virtud de un contrato bilateral, que tenga por objeto la ejecución de éste, con el fin de excluirla; y que se basa en el hecho, que el demandante no tiene por su parte satisfecha la cosa, en vista de la cual el demandado se ha obligado a la prestación, que el actor pretende por él.

Posteriormente, los postglosadores entienden la necesidad de distinguir el incumplimiento del contrato y el incumplimiento inadecuado del contrato. Comprendiendo que la diferenciación tiene importantes efectos prácticos, sobre todo en materia de prueba, pues el *excipiens* ya no solamente niega el cumplimiento del demandante, sino que además agrega nuevas circunstancias, que según los principios en materia de prueba deben ser probados por quien los alega⁶².

⁶⁰ GLÜK, F.: *Commetario alle Pandette*, Libro XIX, traducción y anotado por GREGO, U. Milán, 1891, pág. 21, señala en este sentido: "Le due azioni presuppongono inoltre, quale requisito, che l'attore abbia da parte sua esguito il contratto, oppure ne ofra la completa esecuzioni, poichè ese hanno la loro origine da un contratto bilaterale, in cui la prestazioni dell'uno è subordinata alla prestazione dell'altro. Ogni parte può perciò a sua garanzia (*quasi pignus*) trattenere la propria controprestazione, finchè l'altra non abbia sodsfatta la sua obbligazione".

⁶¹GLÜK, F.: *Commetario alle Pandette*... op. cit., pág. 23, este autor reconoce, por su parte, que la base de esta excepción se encuentra en el Derecho Romano, aunque nunca se haya mencionado como tal, hablando las leyes romanas sólo de la *exceptio mercis non traditae*.

⁶²GLÜK, F.: *Commetario alle Pandette*... op. cit., pág. 25.

No obstante, hay quienes precisan que es el Derecho canónico en el siglo XII quien abrió el camino, formulado por el adagio *Non servanti fidem non est fides servanda*. Este principio, que sirvió de punto de apoyo a Bartolo y a los postglosadores, como a canonistas y civilistas para explicar los textos del Digesto relativos a la denegación de la ejecución, para aislar una idea común y construir así la teoría de la *exceptio non adimpleti contractus*⁶³.

Posteriormente, ya en el siglo XV, mientras esa excepción subsistió desde entonces como una porción integrante de las diversas legislaciones, especialmente en el Derecho germánico, en Francia, Cujas y su escuela, proponiéndose el restablecimiento del tenor exacto del derecho contenido en los textos romanos, libremente interpretado por los romanistas anteriores, a fin de adaptarlo a la práctica de su época limitaron el derecho de negarse a cumplir los casos previstos en aquellos textos. Debido a su influencia desapareció de la doctrina francesa toda exposición de conjunto de la *exceptio non adimpleti contractus* y hasta el nombre. A excepción de algunos autores como DOMAT⁶⁴, quien, por ejemplo, sí le presta atención «... en todas las convenciones, siendo la obligación de una parte el fundamento de la otra, el primer efecto de la convención es que cada una de ellas pueda obligar a la otra a ejecutar aquello a que se comprometió, realizando ella, por su parte, su obligación según que ambas se hayan obligado por el contrato, ya sea que la ejecución deba tener lugar por

⁶³ CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones*, trad. y notas de TARRAGATO y CONTRERAS, Madrid, 1927, pág. 258.

⁶⁴ Revisado en CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones...* op. cit., pág. 260.

ambas partes simultáneamente, como cuando se concierta en una venta que el pago del precio seguirá a la entrega de la cosa, ya sea que la ejecución deba preceder por una parte».

POTHIER⁶⁵, también le dedica atención a propósito de la gestión de negocios ajenos, al señalar «... dans tous les contrats et quasi-contrats que sont synallagmatiques, l'une des parties n'a droit de demander à l'autre que'elle remplisse son obligation si elle n'est prete elle-meme à remplir la sienne».

Ello explica suficientemente por qué no se recogió la excepción de contrato no cumplido con carácter general en el *Code Civil*, sólo pudiéndose desprender su aplicación de los artículos 1.612⁶⁶, 1.613⁶⁷,

⁶⁵ Vid. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, anotadas por M. Bugnet, T. 5, París, 1847, pág. 264.

⁶⁶ Artículo 1.612 del Código Civil francés señala: "El vendedor no está obligado a entregar la cosa mientras el comprador no le pague el precio, siempre que no se haya convenido un plazo para el pago".

⁶⁷ Artículo 1.613 del Código Civil francés señala: "Tampoco está obligado a la entrega, aun cuando se hubiera convenido un plazo para el pago, si, después de la venta, el comprador quiebra o resulta insolvente, de tal suerte que el vendedor corre el riesgo inminente de perder el precio; a no ser que el comprador dé fiador que garantice el pago en el plazo convenido".

1.651⁶⁸, propios de la compraventa; de la permuta en su artículo 1.704⁶⁹; y el artículo 1.948⁷⁰ sobre el depósito.

Algo similar sucedió en el Derecho italiano, lo cual explica que en el Código italiano de 1865 se excluyera cualquier normativa referida a la excepción, manteniendo sólo las aplicaciones concretas en materia de compraventa en sus artículos 1.468 y 1.510. Sucedió lo mismo con el Código Civil portugués de Seabra (artículo 1.574) y en el nuestro, que como estudiaremos más adelante, no existe un reconocimiento legal expreso de la *exceptio*, pero sí existen algunas aplicaciones concretas de la figura.

Posteriormente, en Francia, gracias a los esfuerzos de la doctrina⁷¹ y de la jurisprudencia, particularmente a partir de la influencia de SALEILLES y de CASSIN⁷², concluyeron por dar a la *exceptio* un reconocimiento pleno, pero sólo a nivel doctrinal y jurisprudencial, sin que exista, hasta el día de hoy, una consagración legal de la figura.

⁶⁸ Artículo 1.651 del Código Civil francés señala: “Si nada se hubiera acordado a ese respecto en el momento de la venta, el comprador deberá pagar en el lugar y en el tiempo en el que deba hacerse la entrega”.

⁶⁹ Artículo 1.704 del Código Civil francés señala: “Si uno de los permutantes hubiese recibido ya la cosa que se le dio en permuta, y probase a continuación que el otro contratante no era propietario de ella, no podrá ser obligado a entregar la que prometió a cambio, sino sólo a devolver la que recibió”.

⁷⁰ Artículo 1.948 del Código Civil francés señala: “El depositario puede retener el depósito hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito”.

⁷¹ En este sentido, PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op.cit., pág. 614 y sgtes., señalan que desde que Saleilles en 1890 y 1892 dio a conocer en Francia el desarrollo de la doctrina alemana acerca de la *exceptio non adimpleti contractus*, la doctrina francesa se ha adherido ampliamente a tales ideas.

⁷² Vid. CASSIN, R.: *De la exception tirée de l' inexécution dans les rapports*, Thésés, París, 1914.

En contraparte, en Italia, el Código Civil de 1942 la recoge hoy en un texto expreso, así el artículo 1.460 señala: «En los contratos con prestaciones correspectivas, cada uno de los contratantes puede rehusarse a cumplir su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la propia (obligación), salvo que términos diferentes para el cumplimiento se hayan establecido por las partes o así resulten por la naturaleza del contrato. Sin embargo, no puede rehusarse la ejecución si, habida cuenta de las circunstancias, la denegación es contraria a la buena fe».

En cambio, en el Derecho germánico, sus códigos fueron los primeros en formular explícitamente la excepción de incumplimiento contractual. Así por ejemplo, el Código de Sajonia en su artículo 860 o el Código prusiano, en los artículos 232, 271 y 408, que fueron reconocidos por los Pandectistas, y contó con expreso reconocimiento legal por el Código Civil alemán⁷³, desde su entrada en vigor el 1 de enero de 1900, el cual en su título II parágrafo 320, se refiere expresamente a la excepción de contrato no cumplido señalando: «(1) Quien está obligado por un contrato bilateral puede denegar el cumplimiento de la prestación que le incumbe hasta la ejecución de la contraprestación, a no ser que esté obligado a prestar anticipadamente. Si la prestación es a favor de varios, puede denegarse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación. La disposición del 273, apartado 3 no es aplicable. (2) Si

⁷³ LAMARCA MARQUÈS, A.: *Código Civil Alemán y ley de introducción al Código Civil*, Madrid, 2008, pág. 103.

una parte ha cumplido parcialmente la prestación, no puede por ello denegarse la contraprestación, si la denegación, de acuerdo con las circunstancias, especialmente por la relativamente poca cantidad de la parte restante, fuera contraria a la buena fe».

La particular importancia que tiene allí la medida desde la Edad Media, se debe a la inexistencia durante mucho tiempo, como figura general, de la resolución por incumplimiento contractual, que se introdujo tardíamente. Pues se hacía más imperiosa la protección del contratante al que se le exigía la prestación, sin ofrecerle al propio tiempo correspondiente; ya que después de realizada su prestación, no podría pedir la resolución por incumplimiento⁷⁴.

4. La existencia de la *exceptio non adimpleti contractus* y su consagración legal en el Derecho español

A diferencia de otros cuerpos legales, el Código Civil español, siguiendo el modelo francés, no contiene una fórmula que reconozca expresamente la excepción de contrato no cumplido⁷⁵. Esto es

⁷⁴ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 16.

⁷⁵ PERSICO, G.: *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955. págs. 1 y 2., señala: "Es fácil observar que la formulación del artículo corresponde a la definición de "*exceptio non adimpleti contractus*" que se ha dado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia". Por su parte el Código Civil alemán en su art. 320 también entrega una noción de la *exceptio* señalando: "Quien esté obligado mediante un contrato bilateral puede negarse a prestar su parte hasta que la otra parte haya realizado su prestación, a menos que la primera esté obligada a cumplir su parte primero [...]". Dentro de los Códigos hispanos encontramos el venezolano que en su artículo 1.168 prevé que: "En los contratos bilaterales cada

principalmente debido a que el Código Civil francés que sirve de inspiración al nuestro a su vez no lo contemplaba en ninguna de sus disposiciones de forma expresa. La razón principal de esta ausencia, como ya mencionamos en el epígrafe de antecedentes históricos, se debe a que en el Derecho francés, si bien en un principio se contempló por parte de la jurisprudencia y fue acogida por la doctrina romanista, sufre a partir del siglo XV, un eclipse casi completo, y no se recoge ni en las obras de los juristas ni en las resoluciones de los tribunales.

Esta desaparición obedece, como se indicó ya en el epígrafe anterior, a que la escuela dirigida por Cujas, tomó por misión desembarazar al Derecho Romano del farrago de la glosa y de restaurarle en su pureza primitiva. Y como en ninguna parte los textos hacen mención de esta excepción, Cujas no trata de ella, cuidándose bien de aplicar por vía de analogía, los fragmentos del Digesto; que permiten, ya al vendedor, ya al comprador, oponer a la otra parte la falta de ejecución de la obligación⁷⁶.

La existencia de la *exceptio*, como ya se ha señalado, encuentra sus raíces en el principio de cumplimiento simultáneo. Es la aplicación de este principio que permite entender que el demandado pueda oponerse al cumplimiento de su prestación en caso de incumplimiento del

contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya". Por su parte el Código civil portugués establece en el artículo 428 que en los contratos bilaterales "...cada uno de los contratantes tiene la facultad de rehusar su prestación en tanto el otro no efectúe la que le incumbe o no ofrezca su cumplimiento simultáneo".

⁷⁶ CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones...* op, cit., pág. 258.

demandante. Por ende, toda aquella norma que sancione este principio serviría de fundamento a la excepción de incumplimiento.

Sin embargo, nuestro Código Civil no ha consagrado con carácter general la excepción de incumplimiento contractual y se ha limitado a establecer algunas concretas aplicaciones de la misma en algunos casos particulares.

La aplicación de este instituto se debe especialmente a la tarea de la jurisprudencia, que a través de sus sentencias ha sancionado la aplicación de la *exceptio*, interpretándola de diferentes criterios que sirven de base a la misma. Entre estas normas se encuentra el artículo 1.100 del Código Civil, especialmente el último párrafo que trata sobre la compensación de la mora. El artículo 1.124 del C.C., referente a la resolución de los contratos. Normas específicas dictadas en sede de compraventa, como el artículo 1.466⁷⁷ y 1.467⁷⁸ del C.C., que se refiere al momento de entregar la

⁷⁷ El artículo 1.466 del Código Civil señala: “El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago”. Al respecto, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, Navarra, 2001 págs. 1702 y 1703 señala: “El artículo que nos ocupa en este momento hace referencia a una compraventa en la que no se ha pactado aplazamiento del precio; estamos por lo tanto ante un contrato del que surgen obligaciones puras (art. 1.113) y sinalagmáticas. Aplicando la teoría general elaborada en torno a estas categorías jurídicas se llega a la solución establecida en el artículo 1466: 1) Teniendo en cuenta que son obligaciones puras, en principio, ambas partes están obligadas a cumplir a partir del momento en que nacen las obligaciones, estos es, cuando se perfecciona el contrato de compraventa (“desde luego”, art. 1113). 2) Aplicando la teoría general sobre obligaciones sinalagmáticas se llega a la conclusión de que ambas partes deben cumplir simultáneamente (STS 7 de mayo 1979 [RJ 1979, 1761]); y de cuando una de ellas no cumple con su obligación esencial (precio y entrega de la cosa vendida, no otras, S. 2 de abril 1981 [RJ 1981, 1476]) la otra no está obligada tampoco a cumplir (STS 9 de julio 1998 [RJ 1998, 6115]), pudiendo oponer la *exceptio non adimpleti contractus* a su

cosa vendida. O los artículos 1.500⁷⁹ y 1.502⁸⁰ del C.C., que fija el momento de realizar el pago por parte del comprador.

También sirve de base a la *exceptio* el principio general de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, recogido por el artículo 1.258⁸¹ del

contraparte si ésta le exigiese el cumplimiento (STS 11 de julio 1994 [RJ 1994, 6385]). A esto último es a lo que alude el artículo 1466 cuando establece que el vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado plazo”.

⁷⁸ El artículo 1.467 del Código Civil señala: “Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido”. Sobre este artículo podemos destacar lo señalado por GONZÁLEZ POVEDA, P.: *Comentario del Código Civil*, coord. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, tomo XII, Libro IV, de las obligaciones y contratos, artículos 1.135 al 1.789. Barcelona, 2000, pág. 368, al indicar: “La regla de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones (entrega de la cosa-pago del precio) no rige cuando se pacta un aplazamiento del pago...”.

⁷⁹ El artículo 1.500 del Código Civil señala: “El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato.

Si no se hubiera fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida”. GONZÁLEZ POVEDA, P.: *Comentario del Código Civil...* op. cit., págs. 430 y 431 señala: “El párrafo segundo contiene una disposición de carácter supletorio, aplicable en defecto de pacto sobre el tiempo y lugar del pago. La solución adoptada para la compraventa difiere de la que con carácter general se establece en el art. 1.171-2.º y 3.º, según los cuales “no habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación” y “en cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor”; diferencia fundada en que el art. 1.171 contempla el pago en las obligaciones unilaterales mientras que el art. 1.500 tiene en cuenta el carácter sinalagmático de las obligaciones nacidas de compraventa y con la finalidad de establecer la mayor reciprocidad entre ellas”.

⁸⁰ El artículo 1.502 del Código Civil señala: “Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago”.

Código Civil. O el artículo 1308⁸² del C.C., que trata sobre las restituciones recíprocas en materia de nulidad; y el artículo 1.295⁸³ del C.C., referente a la rescisión de los contratos⁸⁴.

Para la doctrina⁸⁵ el artículo 1.124⁸⁶ del C.C., referente a la resolución, es uno de los principales argumentos que sirven para fundamentar la

⁸¹ El artículo 1.258 del Código Civil señala: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

⁸² El artículo 1.308 del Código Civil señala: "Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba".

⁸³ El artículo 1.295 del Código Civil señala: "La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y de precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que haya pretendido pueda volver aquello a que por su parte estuviese obligado.

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

En este caso, podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión".

⁸⁴ La STS de 12 de diciembre de 2009 (JUR 2009\1946) señala al respecto que: "Esa facultad reconocida a la parte que debe cumplir simultáneamente o con posterioridad a hacerlo la otra, de suspender el pago- en todo o en parte, según sea razonable - hasta que la misma le haya hecho una oferta seria de cumplir o haya efectivamente cumplido, no se regula expresamente en nuestro Código Civil, si bien diversos preceptos en él contenidos efectúan aplicaciones concretas de la misma - artículos 1.308, 1.466, 1.467, 1.500 y 1.502-. En todo caso, la jurisprudencia ha admitido dicha excepción, en sus dos manifestaciones, en aplicación de los artículos 1.100 y 1.124 - sentencias de 18 de noviembre de 1.994, 22 de octubre de 1.997, 24 de febrero y 18 de marzo de 1.998, 7 de octubre de 2.005 y 5 de junio de 2.007, entre otras.

⁸⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: "La exceptio non adimpleti..." op. cit., pág. 74, señala al referirse a la normativa que fundamenta la *exceptio* sin precisar las razones que: "En nuestra legislación la clave es el artículo 1.124 del Código Civil...". Agregando luego: "Dicho artículo, a los efectos comentados, puede verse complementado por el 1.101 y también por los artículos 1.466 y 1.467 de manera específica respecto de la compraventa". Por su parte, CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...* op. cit., pág. 146, señala: "Si no establece otra cosa la ley o el contrato (ni se deduce de los usos sociales o comerciales), las prestaciones de una y otra parte deben realizarse simultáneamente. Si alguna de las

aplicación de la *exceptio*⁸⁷. En este sentido, se manifiesta TRAVIESAS⁸⁸ al señalar: «... dicho precepto ofrece una opción, por lo cual no constituye una obligación, sino un derecho. Por lo tanto el titular del mismo puede no ejercitarlo, pudiendo subordinar el cumplimiento de la propia obligación a la condición que estime conveniente. En este caso, el titular de la opción podrá alegar, si se le demanda, que no ejecuta su prestación,

partes pretende exigir de la otra el cumplimiento de su prestación podrá oponer a su pretensión la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*). Esta doctrina, aun sin estar explícita en nuestro Código Civil, se desprende del principio que inspira el artículo 1.124 y de otros preceptos (como el del artículo 1.100, apartado último)...” En este mismo sentido se pronuncia OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral...* op. cit., pág. 34, al formular: “Los tratadistas opinan que dichos preceptos pueden inducirse un principio general, y lo cierto es que, no sólo de ellos, sino, especialmente, de los arts. 1.124 y 1.100, apartado último, se desprende la doctrina de la excepción de incumplimiento, opinión avalada por la jurisprudencia, la que ha declarado que está perfectamente justificado el incumplimiento de una de las partes si fue motivado por el incumplimiento previo de la otra, y que en las obligaciones bilaterales, sinalagmáticas y recíprocas opera la *exceptio non adimpleti contractus* cuando el actor no cumplió su prestación ni ha ofrecido realizarla (sentencias de 4 de noviembre de 1963, 21 de octubre de 1964, 26 de octubre de 1978 y 11 de mayo de 1979)”.

⁸⁶ El artículo 1.124 del Código Civil señala: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

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

El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazos.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.

⁸⁷ Para la mayoría de la jurisprudencia es también el artículo 1.124 del Código Civil uno de los principales fundamentos para la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*. En este sentido, la STS de 10 de enero de 1991 (RJ 1991\295), 9 de julio de 1991 (RJ 1991\5337), 3 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9997), 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993\89116), 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2560), 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4831), 9 de diciembre de 2004. (RJ 2004\7916) entre otras.

⁸⁸ TRAVIESAS, M.: “Obligaciones...” op. cit., pág. 331.

mientras no cumpla o no esté dispuesta a cumplir la parte contraria. No está obligado a ejercitar el derecho de opción ni tiene obligación de cumplir mientras no cumpla o esté dispuesto a cumplir el otro contratante. En cambio, puede, pues, acceder al cumplimiento, si el otro contratante cumple o está dispuesto a cumplir como debe».

Además, como señala ESPÍN⁸⁹: «...según una teoría muy extendida, en la doctrina de los países en que no se consagra como principio general la excepción, ésta se encontraría en el precepto que permite la resolución contractual en caso de incumplimiento (artículo 1.124 del Código Civil español), como lo menos está comprendido en lo más. Siendo más

⁸⁹ESPIN CANOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento...” op. cit., pág. 548. En esta misma línea se pronuncia FERNANDEZ URZAINZQUI, J. F.: “La regla de la simultaneidad...” op. cit., pág. 412. Al señalar: “...quien con la resolución puede recuperar lo entregado, con mayor razón puede negarse a prestarlo”; PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 619, señala: “La excepción se halla oculta bajo la resolución, cuando vemos que los Tribunales pronuncian esta última haciendo abstracción del estado de cosa antes y durante el litigio”.

Lo que concede el artículo 1.124 del C.C. es una facultad o un derecho a resolver o exigir el cumplimiento forzoso de la obligación. En este sentido se manifiesta DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...* op. cit., pág. 705, al señalar: “La producción del supuesto de hecho resolutorio genera, la parte perjudicada por el incumplimiento, el nacimiento de una facultad resolutoria, como la llama el art. 1.124. Esta facultad, que da lugar a la consiguiente acción judicial, puede ser considerada como un derecho potestativo, o vez mejor como una facultad de configuración jurídica”. Por su parte, CLEMENTE MEORO, M, E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, pág. 39 y sgtes., señala: “Como claramente expresa el párrafo primero del artículo 1.124 del Código Civil, la resolución por incumplimiento es una facultad que corresponde al contratante no incumplidor, de manera que puede optar por ella o por el cumplimiento, y no se produce de manera automática por el incumplimiento del deudor. La resolución se configura, por tanto, como un derecho potestativo o de configuración jurídica; pues si la resolución se produjera automáticamente, quedaría a la voluntad unilateral de cada parte extinguir la relación obligatoria: bastaría su incumplimiento. En consecuencia, es menester que el acreedor posea un derecho de opción”.

enérgica la acción de resolución se piensa, la concesión de aquélla, implica la de ésta, aún de modo tácito».

Por su parte, el artículo 1.100⁹⁰ del C.C., es otro de los preceptos que con más frecuencia ha utilizado la doctrina⁹¹ y la jurisprudencia para justificar la aplicación de la excepción de contrato no cumplido de un modo general⁹². En efecto, el último apartado de este artículo señala que la consecuencia de no tener que cumplir un obligado antes que el otro es que

⁹⁰ El artículo 1.100 del Código Civil señala: “Incurrén en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1º. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.

2º. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

⁹¹ En este sentido, CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 43; ESPIN CANOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento...” op. cit., 549; FERNANDEZ URZAINQUI, J. F.: “La regla de la simultaneidad...” op. cit., pág. 412, entre otros.

⁹² En este sentido la STS de 9 y 17 de abril de 1976 (RJ 1976\1711 y RJ 1976\1811), 30 de enero de 1987 (RJ 1987\366), 22 de octubre de 1997 (RJ 1997\7410), 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\384) entre otras. Es preciso destacar que no siempre ha sido unánime por la jurisprudencia fundamentar la exceptio en el artículo 1.110 del C.C., pues la STS de 10 de mayo de 1989 (RJ 1989\3679) señala: “Dedicado el art. 1.110 del Código Civil a definir la mora en el cumplimiento de las obligaciones, es clara su inhabilidad para fundar la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, o contrato no cumplido, o adecuadamente ejecutado, cuya existencia se ha admitido por la jurisprudencia de esta Sala a través del art. 1.124 del Código Civil –Sentencia de 26 de Octubre de 1978- por el que el alegado art. 1.110 no puede haber sido infringido, en el sentido que se dice, al no resultar aplicable en este punto al litigio”. En este mismo sentido la STS de 9 de marzo de 1993 (RJ 1993\230). Al señalar: “...viene a oponerse la *exceptio non adimpleti contractus* en relación a la cual debe advertirse que está fuera de lugar la cita como infringido del art. 1.100, en que, según doctrina jurisprudencial (S. 10-5-1989), no procede fundar tal excepción de contrato no cumplido.

ninguno de ellos incurre en mora, hasta que no cumple el otro. Es decir, el cumplimiento simultáneo conlleva a que las partes que se abstengan de cumplir con su prestación no puedan ser sancionadas por que el retraso de cada una se compensa.

A nuestro entender, el artículo 1.308 del C.C., es una de las expresiones más claras del principio de cumplimiento simultáneo, y como señalamos anteriormente, cualquier manifestación de este principio sirve de fundamento para la excepción de contrato no cumplido⁹³.

Si bien, esta norma está dada especialmente para materia de nulidad, no se puede desconocer que el legislador tiene como máxime que las prestaciones restitutorias postcontractuales o propias de la liquidación del contrato deban realizarse respetando el principio de cumplimiento

⁹³ALMAGRO NOSETE, J.: *Comentario del Código Civil*, coord. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, tomo XI, Libro IV, de las obligaciones y contratos, artículos 1.008 al 1.314. Barcelona, 2000, pág. 728 señala: “El deber de restitución, como efecto de la declaración de nulidad, que establece el art. 1.303, tiene carácter recíproco, esto es, nace para cada parte contratante y ambas son compelidas a su cumplimiento de manera simultánea. Por ello, la reclamación del cumplimiento por parte de un contratante a otro exige, como razón de licitud jurídica, el propio cumplimiento, ya que, si no es así, el requerido puede oponer la excepción de incumplimiento. Este incumplimiento no se produce, en realidad, por virtud del contrato mismo (que ha sido declarado nulo), sino como consecuencia de la regla liquidatoria de la relación contractual invalidada, impuesta por ministerio de la ley, que inspirada en la idea del sinalagma hace depender de la realización de la devolución, que incumbe a cada contratante, la legitimidad de la reclamación acerca de la devolución que, también, tiene que efectuar el otro contratante”. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código...* op. cit., pág. 1530, señala: “Dado el carácter recíproco de la obligación de restitución de las respectivas prestaciones prevista en el artículo 1.303, se desprende que ninguna de las partes puede exigir a la otra la devolución de lo entregado, mientras ella misma no cumpla con su correlativa obligación de restitución”.

simultáneo, sin detenerse en conocer si las prestaciones establecidas en la obligación anulada, respetaba el mencionado principio⁹⁴.

En esta misma línea, se presenta en materia de rescisión el artículo 1.295⁹⁵ del C.C., que establece la necesaria reciprocidad en materia de devolución de las cosas que fueron objeto del contrato. Agregando que sólo se podrá llevar a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.

De un modo más general es también utilizado el artículo 1.258 del C.C. Éste prescribe que los contratos no sólo obligan a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias, que según su naturaleza, sean

⁹⁴LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de los contratos*, Valencia, 2009, pág. 75, nos señala al respecto: “A la vista de los artículos 1.303 y 1.308 C.C., la doctrina considera que la obligación de restitución es una obligación recíproca. Incluso, se advierte de lo curioso que resulta comprobar que la excepción de contrato no cumplido es recogida expresamente en el art. 1.308 C.C., para un caso muy peculiar, mientras no se formula con igual claridad con alcance general para las obligaciones recíprocas (cifr. Art. 1.100 in fine). A lo que podríamos añadir que, precisamente, en este supuesto, previsto expresamente en el Código Civil, no se produce exactamente la “excepción de contrato no cumplido”, ni se puede producir pues la obligación de restitución no surge de ningún contrato, si no de la ley que la impone para destruir las consecuencias del cumplimiento de obligaciones que no deberían haberse cumplido, como nacidas de un contrato que no debía haberse celebrado”. La jurisprudencia, de la misma forma, reconoce el artículo 1.308 del C.C., como una manifestación de la excepción de contrato no cumplido en diversas sentencias, dentro de éstas se encuentra la STS de 22 de octubre de 1997 (RJ 1997\7410), siendo la más reciente la STS de 12 de diciembre de 2009 (JUR 2009\1946).

⁹⁵ El artículo 1.295 del C.C., señala: “La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe.

En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión”.

conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Pues bien, resulta contrario a la buena fe y a la equidad, alterar la regla implícita de cumplimiento simultáneo de los contratos sinalagmáticos; lo cual conlleva a la vez a modificar los beneficios que las partes han tenido en cuenta al no querer anticipar el cumplimiento a favor de uno de los contratantes, manteniendo la regla general de cumplimiento simultáneo de todo contrato bilateral⁹⁶.

Actualmente, la Comisión General de Codificación ha aprobado una propuesta para la modernización de los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil que trata sobre el Derecho de obligaciones y contratos donde perviven, sin ninguna modificación significativa, los textos iniciales, que fueron promulgados y puestos en vigor en 1889.

Uno de los motivos que lleva a esta reforma en el punto que nos atañe, se debe, según la exposición de motivos, a la insuficiencia que ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Según esta exposición de motivos «...carece en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españoles, que problemas muy similares

⁹⁶ La STS de 12 de junio de 1998 (RJ 1998\4130) señala: “[...] igualmente sería contrario a las reglas de la buena fe contractual a que se refiere el artículo 1.258 del Código Civil permitir al comitente retener el precio de la obra ejecutada por la existencia de defectos en ella de insuficiente entidad cuando esa falta de pago no trae causa en tales defectos sino que supone un reiterado incumplimiento de la obligación de pago en la forma pactada”.

se han suscitado y continúan suscitándose en muchos ordenamientos europeos, que tantas veces se han denominado modernos y progresistas⁹⁷».

De esta forma, la Comisión General de Codificación propone un nuevo precepto que articule el incumplimiento derivado de relaciones obligatorias sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, estableciendo en el artículo 1.191, lo siguiente: «En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento».

Con este nuevo precepto, el Código Civil español regularía la *exceptio non adimpleti contractis*, al igual que otros códigos como el alemán o el italiano, entre otros. De hecho es evidente que el artículo 1.460 del Código Civil italiano sirve de inspiración a la comisión que estudia la reforma al Código Civil, ya que se redacta respetando los mismos elementos que conforman dicho precepto.

⁹⁷ Comisión General de Codificación, sección de Derecho Civil. “Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”. Gobierno de España, Ministerio de Justicia, 2009, pág. 22.

5. Distinción con figuras afines

Es necesario, a nuestro juicio, profundizar en el estudio del contorno de la figura a través de una distinción con instituciones similares a la *exceptio*; con el fin de obtener una delimitación exacta de la institución que se investiga. Es por esto que estudiaremos las principales figuras jurídicas que tienen aspectos semejantes con la *exceptio non adimpleti contractus*.

5.1. Distinción con el derecho de retención

El derecho de retención y la *exceptio non adimpleti contractus* son dos instituciones que sirven de medio de defensa y que pueden oponerse a la reclamación del litigante para obligarle a pagar lo que debe. No obstante, en el caso de la *exceptio* lo que hay es una resistencia a quien se opone a la realización de la prestación, que podrá ser de dar, pero también de cualquier otra clase, y que se retiene sólo en el sentido que no se efectúa.

En el auténtico derecho de retención, en cambio, se trata siempre que el retentor puede negarse a la consignación o restitución de una cosa ajena (mueble o inmueble, pero siempre no fungible) que posee⁹⁸.

⁹⁸ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 103. Según PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 619. “Esa negativa provisional de cumplimiento tiene su origen en el derecho romano, para el cual podía ser alegada, fundándola en la excepción de dolo, por el demandado condenado en una acción reivindicatoria y que tuviera créditos por impensas. La misma excepción permitía en los contratos sinalagmáticos de buena fe, en que funcionaba de pleno derecho, negarse al cumplimiento a favor del acreedor que fuera recíprocamente deudor en virtud de una

Además es posible indicar, como señala LARENZ⁹⁹, que la nota diferencial entre este derecho de retención y la excepción de incumplimiento de que trata el parágrafo 320, estriba en que la excepción, por el sentido mismo del contrato bilateral, en que cada parte se obliga únicamente, en tanto que al mismo tiempo reciba la contraprestación; postula una relación inicial entre la prestación de quien resulta autorizado a oponer la excepción y la contraprestación de aquél a quien se le opone. En tanto que en el derecho de retención no existe semejante relación inicial entre ambas pretensiones y, aun en el caso que ambos se basaren en la misma relación jurídica, no podría decirse que cada una de ellas haya sido creada en virtud de la otra; sino que el derecho de retención viene a ser una “auténtica excepción modificadora de la pretensión” del acreedor al cual se le opone, en cuanto que no obstante la obligación absoluta que pesa sobre el oponente –no condiciona de manera “necesaria” por la naturaleza del contrato-, éste resulta facultado por el Derecho sustantivo para impedir en el proceso de pretensión contra él dirigida.

Así por ejemplo, el artículo 453 del C.C., que permite al poseedor de buena fe retener la cosa hasta que se le satisfagan los gastos necesarios efectuados sobre la cosa; el artículo 1.600 del C.C., que faculta al que ha ejecutado una obra en cosa mueble a retenerla en prenda hasta que se le pague. También, el artículo 1.730 del mismo cuerpo legal, que otorga al

misma relación sinalagmática. Pero, en nuestro antiguo derecho, en que la excepción de incumplimiento acabó por desaparecer vencida por la resolución por incumplimiento, la retención fue entendida como aplicable a la tenencia de un objeto corporal”.

⁹⁹LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, tomo I, versión española y notas de JAIME SANTOS BRIZ, Madrid, 1958. Pág. 19

mandatario la posibilidad de retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolsos correspondientes. En este mismo sentido, el artículo 1.780 del C.C., que permite al depositario retener en prenda la cosa hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito; y por último, podemos mencionar el artículo 1.866 del C.C., que faculta al acreedor en el contrato de prenda para retener la cosa en su poder o en el de tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.

La cuestión más conflictiva entre ambas figuras se presenta en la manera de poder distinguir si el *excipens* lo que ejercita es la excepción de contrato no cumplido o el derecho de retención. Esto principalmente en el caso de que la prestación que está obligado a efectuar el *excipens* y el cual se niega realizar, sea de consignación o restitución de una cosa ajena. Al ser dos instituciones diferentes tienen regímenes distintos, por lo cual no es indiferente conocer cuál es el remedio que verdaderamente opera.

A nuestro entender, donde se debe detener la mirada es en la clase de crédito que ostenta el *excipens*; mientras en la excepción de contrato no cumplido el crédito nace de la misma relación sinalagmática que dio vida aquél cuyo cumplimiento se reclama; y por ello, conexionado jurídicamente con él, en el derecho de retención el crédito nace o surge por razones posteriores a la relación sinalagmática, como una posible indemnización de perjuicios que se derive de la propia relación bilateral o

por gastos que haya debido incurrir el *excipens* en la ejecución de su propia obligación¹⁰⁰.

De esta forma, se puede señalar que el derecho de retención es una garantía que la ley concede en ocasiones al deudor de una obligación de entrega o restitución de un bien, en cuanto que es titular de un derecho de crédito que surgió en relación a dicho bien; mientras que la excepción de incumplimiento es un remedio que corresponde a cualquier titular de un crédito sinalagmático, en tanto el contracrédito se encuentre incumplido a menos que la ley, las partes o la naturaleza de las obligaciones determine que debe cumplir antes¹⁰¹.

Por consiguiente, la facultad meramente preventiva que de esta manera viene atribuida al derecho de retención, en cuanto posibilita sujetar la cosa en manos del deudor-acreedor mientras su acreedor-deudor no le pague. Lo que se asemeja bastante a la *exceptio non adimpleti contractus*, en la que,

¹⁰⁰ Sobre este punto, en el derecho francés PLANIOL Y RIPERT distinguen dos categorías de derecho de retención, la primera que se produce en relación de un contrato sinalagmático tiene su fundamento en el principio de la relación entre obligaciones recíprocas y del incumplimiento dando y dando, básico también en la excepción de incumplimiento, aproximándose estrechamente la retención a la excepción. Los demás casos se incluyen en otra categoría: se trata de aquéllos en que existe el *debitum cum re junctum* en el sentido más exacto de la frase, es decir la conexidad objetiva. Revisado en FERNANDEZ HIERRO, J M.: "La exceptio non..." op. cit., pág. 78. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código...* op. cit., pág. 1703. Al referirse sobre el artículo 1.466 señala: "Por último debe señalarse que no estamos ante un derecho de retención, pues tal expresión técnica está reservada para aquellos supuestos en lo que el Código permite a ciertos acreedores retener en su poder como garantía una cosa que pertenece al deudor hasta que éste pague la deuda (artículos 453, 464, 502, 1.600, 1.730, 1.780, 1.866), y no como en este caso a una simple aplicación de las reglas generales sobre obligaciones recíprocas".

¹⁰¹ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 106.

igualmente, se suspende el cumplimiento de la propia obligación mientras el recíproco deudor no cumpla con la suya; esto ha hecho que no siempre se haya distinguido netamente entre los dos institutos, por lo cual es meritorio estudiar otras diferencias sobresalientes entre ambas figuras:

a) La excepción puede alegarse en todas las obligaciones recíprocas, sea cualquiera el objeto de la obligación que se reclama, en tanto que la retención no puede ejercitarse más que con relación a una cosa de otro, cuando el que la retiene se ha hecho acreedor de éste con ocasión de la cosa misma o de la relación jurídica¹⁰². En este sentido, el campo de aplicación de la excepción es más amplio que el de la retención, puesto que opera en todas las obligaciones y no requiere el requisito de conexión entre el crédito y la cosa retenida¹⁰³. Por lo que se puede señalar que la retención postula un nexo entre la cosa retenida y la prestación que a su vez debe cumplir el deudor-acreedor, conexión que tiene carácter objetivo o material mientras que la excepción no postula tal relación material entre el crédito y la cosa, sino una conexión puramente voluntaria que determina que el sinalagma genético sea también un sinalagma funcional¹⁰⁴.

¹⁰² En este sentido, PERSICO, G.: *L'eccezione...* op. cit., pág. 28.

¹⁰³ En este sentido, ESPIN CANOVAS, D.: "La excepción de incumplimiento..." op. cit., pág. 551. CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones...* op. cit., pág. 269.

¹⁰⁴ Así LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...* op. cit., pág. 273. Señala al respecto: "En el contrato bilateral están desde un principio, como hemos visto, la prestación y la contraprestación, según el sentido del contrato, en una estrecha relación, de modo que cada parte está sólo obligada en principio a realizar la prestación al tiempo que se cumpla la contraprestación. Sólo por razones de técnica procesal se tiene en cuenta en el proceso si el demandado la invoca, esta limitación inherente a la naturaleza de las pretensiones.

b) Sobre el fundamento de una y otra también se observan importantes diferencias, lo cual genera un dominio de aplicación distinto. En este entendido, el fundamento del principio de la ejecución simultánea de las obligaciones de las partes no es otro que la manifestación misma de voluntad de quienes se unen por un contrato sinalagmático, queriendo cada uno obtener la prestación que el otro le prometió. En cambio el derecho de retención se aplica con prescindencia de todo vínculo bilateral, funcionando como una mera garantía concedida por la ley en hipótesis de reciprocidad entre acreencias independientes entre sí¹⁰⁵. En este sentido, la retención tiene una cierta afinidad con el derecho real, en cuanto que presenta un carácter de absolutividad, al poder ser invocada contra terceros, mientras que la excepción tiene en principio una aplicación personal y sólo opera contra la contraparte en el contrato bilateral¹⁰⁶.

c) La retención consiste en oponerse a una acción que nace de una obligación de restitución a cargo del retentor; mientras que de la excepción

Aquí, por el contrario, no existe semejante relación inicial entre ambas pretensiones, y en el caso en que ambas se basen en la misma relación jurídica, cada una de ellas no ha sido creada en virtud de la otra”.

¹⁰⁵ La excepción de incumplimiento contractual es también una garantía para el *excipiens*, porque es un medio de defensa que le permite obtener la ejecución de lo que se le debe.

¹⁰⁶ MESSINEO, F.: *Doctrina General del Contrato*, vol. II, Buenos Aires, 1952, pág. 434 observa: “Que el carácter personal de la excepción de incumplimiento no lo hace necesariamente inoponible, pues no hay que confundir ‘relatividad’ con ‘inoponibilidad’, y que la excepción puede ser opuesta a toda persona que para reclamar el derecho del que se afirma titular tenga que pasar por el contrato, por lo cual ella podrá ser invocada aun por un tercero si el derecho que éste invoca tiene como soporte la obligación correlativa. Ello sería lo acorde con la moderna concepción de la oponibilidad de los derechos personales. Si el tercero invoca la relación contractual, él necesariamente tiene conocimiento de la excepción y no podrá escapar a sus efectos”.

de incumplimiento puede invocarse no sólo para suspender una obligación de restitución, sino para cualquier especie de obligación¹⁰⁷.

d) Quien se vale de la retención ejecuta un derecho de garantía sobre algo que pertenece a su deudor y que él puede poseer aun con el consentimiento de dicho deudor, lo que explica que el derecho de retención pueda neutralizarse ofreciendo una garantía; mientras que quien opone la excepción no hace valer una garantía de ejecución de su propio crédito, ya que deja abierta las vías, no sólo para la ejecución de su propio crédito mediante ulterior acción por cumplimiento forzoso, sino también la de demandar la resolución del contrato, quedando entonces liberado de su propia prestación, la cual ha comenzado por rehusar y que podrá inclusive conservar de manera definitiva¹⁰⁸.

5.2. *Distinción con la compensación*

La doctrina suele detenerse en la diferenciación entre estos dos institutos, señalando que es evidente la coincidencia de la excepción de incumplimiento con la compensación en cuanto a que en ambas situaciones se da una reciprocidad entre dos créditos. Sin embargo, conjuntamente se suele hacer la distinción pues en ambas figuras se permite al deudor detener el cumplimiento de su prestación, y es éste el

¹⁰⁷ AULETTA, G. G.: *La risoluzione...* op. cit., pág. 307.

¹⁰⁸ PERSICO, G.: *L'eccezione...* op. cit., pág. 30.

punto de conexión que permite profundizar en el estudio de ambos institutos.

La principal distinción que separa a ambas figuras radica en la finalidad que cada una envuelve. Por su parte, la excepción de incumplimiento contractual persigue paralizar el cumplimiento que el acreedor le demanda, mientras que la compensación busca extinguir el crédito del acreedor oponiendo el deudor otro crédito que ostenta en contra del mismo acreedor¹⁰⁹. Ahora bien, la aplicación de la compensación es más restrictiva que el de la *exceptio*, ya que se requiere correlativa homogeneidad y entidad cuantitativa de las prestaciones que sirven de cumplimiento recíproco, mientras que en la excepción el ámbito objetivo es ilimitado, aplicándose a prestaciones cualitativas y cuantitativamente heterogéneas, toda vez que su razón de ser no estriba en la homogeneidad sino en la correspectividad¹¹⁰.

Lo interesante de estas dos figuras es que pueden convivir en un mismo ámbito de defensa, esto siempre que los supuestos de hecho lo permitan.

¹⁰⁹ En este sentido el artículo 1.202 del C.C., señala: “El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores”.

¹¹⁰ ESPÍN CÁNOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento...” op. cit., pág. 555. MELICH-ORSINI, J.: *Doctrina general del contrato*, Caracas, 1997, pág. 775, señala: “Más evidente resulta todavía la diferencia entre la excepción de incumplimiento y la compensación, pues mientras que la primera sólo suspende el cumplimiento del excepcionante, la compensación extingue la obligación. La compensación supone además que los sujetos recíprocamente obligados lo están por causas diferentes entre sí, la excepción resulta aplicable cuando ambas obligaciones derivan de un único y mismo contrato sinalagmático. Además, los créditos sólo son compensables cuando ambos créditos tienen por objeto una suma de dinero o cosas fungibles”.

En efecto, si ambas deudas consisten en una cantidad de dinero o siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad; además ser deudas vencidas, líquidas y exigibles¹¹¹, y considerando además que es posible que uno de los créditos fuera inicialmente pecuniario, y el correlativo se hubiese transformado en tal a causa de cualquier incumplimiento, entonces no se debiera impedir que se pueda alegar la excepción de incumplimiento, y más tarde la de compensación, si en el primer momento no se reunieran todos los requisitos necesarios para la misma, o ambas conjuntamente, en caso contrario. En este sentido, resulta de gran utilidad la excepción de incumplimiento contractual precisamente cuando el deudor no puede valerse aún de la excepción de compensación, porque gracias a ella mantiene un estado de cosas favorable a que opere en el futuro¹¹².

¹¹¹ El artículo 1.196 del Código Civil señala que: "Para que proceda la compensación, es preciso:

1º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.

2º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.

3º Que las dos deudas estén vencidas.

4º Que sean líquidas y exigibles.

5º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente".

¹¹² CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 109.

No se puede perder de vista que no son pocas las sentencias que ante el ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual terminan aplicando la compensación sin que se haya solicitado por él *excipens*. En este sentido, la Sentencia de 16 de abril de 2004 (RJ 2004\3261) la cual reconoce la excepción de contrato no cumplido adecuadamente indicando el Tribunal Aquo que el *excipens* debería pagar el precio restante y además la contraparte, en este caso demandante indemnizar lo defectuosamente cumplido, no obstante el Tribunal determina por vía de compensación la reducción del precio y eximir

5.3. Distinción con la facultad resolutoria

Tanto la *exceptio non adimpleti contractus* como la acción resolutoria son remedios que el ordenamiento jurídico otorga a las partes, con el fin de mantener un cierto equilibrio en la relación bilateral.

La jurisprudencia, por su parte, ha contribuido a estrechar aún más ambos institutos al igualar los presupuestos que se exigen para su ejercicio. En esta dirección es reiterada la jurisprudencia del alto tribunal en indicar: «... el incumplimiento que produce la resolución contractual o en la que ha de basarse la excepción “*non adimpleti contractus*” exige un verdadero y propio incumplimiento derivado del contrato, sin que puedan una y otra apoyarse en un incumplimiento defectuoso...»¹¹³.

Del mismo modo señala que: «el incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte... »¹¹⁴. Otras veces indicando que «Para poder acoger la *exceptio non rite adimpleti contractus* se requiere o exige que concurra una manifiesta intención de incumplir... »¹¹⁵.

Al igualar los requisitos de la *exceptio* con los de la resolución la jurisprudencia obstaculiza la aplicación de la excepción de contrato no

al demandante de pagar la indemnización. En este mismo sentido la Sentencia de 22 de octubre de 1997 (RJ 1997\7410).

¹¹³ SSTs de 25 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9588), 3 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9997), 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2560) entre otras.

¹¹⁴ STS de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7916).

¹¹⁵ SSTs de 17 de marzo de 1987 (RJ 1987\1512), 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8432), 25 de enero de 2001 (RJ 2001\525), 20 de junio de 2002 (RJ 2002\5256), 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7916), entre otras.

cumplido, denegando de esta forma la tutela que se persigue y, por consiguiente, la ejecución del contrato de forma simultánea. En esta orientación la *exceptio* carece de un tratamiento jurisprudencial autónomo e independiente de la resolución; lo que a nuestro juicio se debe principalmente a que la excepción de incumplimiento contractual tiene sus raíces en el artículo 1.124 del Código Civil que regula, como ya sabemos, la resolución contractual.

Siendo uno de los objetivos de este trabajo sistematizar el estudio de la excepción de contrato no cumplido, pasaremos a destacar las principales características de la *exceptio* que la diferencian de la resolución contractual:

a) Los presupuestos de uno y otro son distintos¹¹⁶. Esto se debe a que la finalidad de cada figura son opuestas entre sí, ya que mientras la

¹¹⁶ La doctrina es unánime en señalar que los requisitos básicos para que proceda la resolución son los siguientes: a) Reciprocidad de las obligaciones; b) Inejecución de una o varias de las obligaciones contractuales; c) Previo cumplimiento del actor y d) Existencia en el deudor demandado de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o aparición de un hecho que de modo definitivo e irreformable lo impida. En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 2003, pág. 177. Vid. Sobre los presupuestos de la resolución CLEMENTE MEORO, M, E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998. Por su parte, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 706, cita al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1991 que señala que la jurisprudencia "...exige para la viabilidad de la acción resolutoria la prueba de los siguientes requisitos: a) la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concretaron; b) la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; c) que el demandado haya incumplido de forma grave lo que le incumbía; d) que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, absoluto, definitorio e irreparable lo origine, y e) que quien ejercita la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho a la resolución de su adversario y lo libera de su compromiso".

resolución persigue disolver el vínculo contractual¹¹⁷; el ejercicio de la excepción de incumplimiento está destinada a mantener dicho vínculo requiriendo que su cumplimiento se efectúe de manera simultánea.

Por lo tanto, parece desproporcionado exigir los requisitos de la resolución contractual para la excepción de incumplimiento contractual, debiendo existir casos en que sólo es posible ejercitar la *exceptio* y en otros casos más graves la acción resolutoria.

Bajo este contexto, el campo de la excepción es diverso y más amplio que el de la resolución; la cual envuelve un verdadero incumplimiento ya consumado, mientras que la excepción no sólo procedería en esta hipótesis, sino también antes del incumplimiento verdadero y definitivo¹¹⁸.

Se debe tener presente, en este punto, que existe cierta unanimidad en entender que el incumplimiento en materia de resolución debe revestir ciertas características especiales, de hecho se habla por la jurisprudencia de un “incumplimiento resolutorio”. Aunque no existe absoluta unanimidad en doctrina y jurisprudencia de las características que debe revestir éste, podemos entender que dicho incumplimiento debe cubrir

¹¹⁷ CLEMENTE MEORO, M, E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 473 y sgtes., nos señala que uno de los efectos propios de la resolución es el liberatorio, es decir, que cuando una de las partes opta por pedir la resolución del contrato uno de los efectos que le sigue es liberar a las partes de las prestaciones pactadas y que todavía no habían ejecutado: los contratantes quedan liberados de sus obligaciones. En este mismo sentido MELICH-ORSINI, J.: *Doctrina General...* op. cit., pág. 775.

¹¹⁸ En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento...” op. cit., pág. 556.

ciertas características de peso que lo distinguen de otro tipo de incumplimiento que no permita la resolución.

En este orden, se han planteado diferentes tesis por parte de la doctrina y jurisprudencia, dentro de las cuales podemos señalar a modo de ejemplo, la exigencia de que este incumplimiento se deba a la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido y a la existencia de un hecho obstativo que impide el cumplimiento de un modo absoluto, definitivo e irreformable¹¹⁹.

Más allá de los verdaderos requisitos que debe cumplir el incumplimiento resolutorio (cuestión ajena a esta investigación), nos interesa señalar en este punto que el incumplimiento que permite el ejercicio de la *exceptio* no debe necesariamente cumplir las mismas exigencias que se exige para la resolución. Teniendo en cuenta que la resolución es un remedio que busca disolver el vínculo contractual, cuestión de mayor gravedad, pues los contratos se celebran para

¹¹⁹ DIEZ – PICAZO, L.: “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 389 y sgtes. Sobre este punto, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 718, reflexiona años después señalando: “De este modo, a la hora de escribir estas líneas se puede destacar que en la SS del TS no existe la necesaria unidad, por lo que es difícil hablar de jurisprudencia en el sentido del artículo 1.7 C.C. Coexisten tres líneas de pensamiento del Tribunal, que son inarmónicas entre sí: la que mantiene todavía la máxima de la voluntad deliberadamente rebelde; la que introduce una simple suavización o mitigación del rigor que la máxima supone en el enjuiciamiento de la voluntad de incumplimiento; y la que, finalmente, busca la objetivación en el tratamiento del incumplimiento resolutorio con independencia de la indicación de la voluntad del incumplidor, encontrando las condiciones objetivas que justifican la resolución en el mero hecho del incumplimiento o en la frustración del fin del contrato. De todo ello se puede extraer la conclusión de que, aunque no se puede todavía levantar el acta de defunción de la máxima sobre la voluntad deliberadamente rebelde, se pueda certificar una indudable crisis de la doctrina”.

cumplirse, con lo cual es entendible que las exigencias para su resolución sean mayores que para el ejercicio de la *exceptio*, que tiene como objetivo mantener vivo el contrato celebrado.

b) Por consiguiente, la resolución es una medida grave que sólo se puede adoptar en un estadio crítico de la relación, en un momento en que la balanza ya se ha inclinado hacia un lado, el equilibrio ya se ha roto. Hay pues, un beneficiario de la ruptura, y un perjudicado. La situación es tal que la protección de éste último no puede consistir ya en asegurarle la ejecución del contrato, sino en devolverle, en lo posible, y si lo prefiere, a la situación en que se encontraría de no haber contratado.

De ahí se sigue todo el régimen propio de la resolución por incumplimiento: puede instarla solamente la parte cumplidora, o cuya informalidad fue provocada por el incumplimiento del otro contratante; sólo ante situaciones de incumplimiento -y no cualquier incumplimiento- de la contraparte; el vínculo contractual se disuelve; deben restituirse las prestaciones realizadas; el contratante que incumplió tiene que indemnizar los daños y perjuicios. Se trata, en fin, de una medida sancionadora que se otorga a un contratante perjudicado, frente a otro incumplidor¹²⁰.

c) Se diferencian además por el ámbito de aplicación de cada una. Así la *exceptio* tiene un ámbito mucho más amplio al ser posible su ejercicio en contratos bilaterales imperfectos, cuasicontratos u obligaciones

¹²⁰ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio noni...* op. cit., págs. 115 y 116.

sinalagmáticas que se crean atendiendo a un imperativo legal, o por obra de la autoridad.

Es más, la *exceptio* asume una vital relevancia cuando se trate de obligaciones respecto de las que nunca podrá operar la resolución por incumplimiento, como son las obligaciones restitutorias originadas por la nulidad, o por la propia resolución o rescisión de un contrato sinalagmático.

En cuanto a la posibilidad de ejercicio sucesivo, ESPÍN¹²¹ señala: «... entendemos pueden ejercitarse con plena independencia; es decir, que no solamente procede la excepción, según venimos sustentando, cuando aún no sea procedente la resolución, sino que en los casos en que también proceda ésta cabe ejercitar de modo reconvencional la resolución que siempre podría plantearse posteriormente... »

Como ya hemos venido señalando, el campo de aplicación de la *exceptio* es mucho más amplio que la acción resolutoria, existiendo siempre la posibilidad de ejercitar la *exceptio* aún cabiendo la posibilidad de ejercitar la resolución. Lo que no se podrá realizar es ejercitar la acción resolutoria cuando no se cumplan los presupuestos mínimos para su ejercicio.

¹²¹ ESPÍN CÁNOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento... “op. cit., pág. 556.

CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

1. Naturaleza jurídica de la excepción

La relación obligatoria sinalagmática nace desde que se perfecciona la obligación, es decir, no requiere necesariamente que la contraprestación de la relación se cumpla para que se de origen a la sinalagmaticidad. Desde que se hace exigible el contracrédito o prestación se puede reclamar su cumplimiento.

En este sentido, la *exceptio* tiene su origen desde que se perfecciona la relación obligatoria, independientemente del cumplimiento de la contraprestación. En consecuencia la excepción de contrato no cumplido no incide sobre el contrato, ni sobre las deudas recíprocas, sino sobre algunas de las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de las mismas, en concreto, sobre la facultad que asiste al acreedor de obtener la ejecución forzosa de la prestación.

En efecto, la falta de cumplimiento de cada prestación sinalagmática hace nacer inmediatamente derechos para cada una de las partes. La más conocida es la facultad de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación o la acción resolutoria, pero además nace para el deudor la excepción de incumplimiento frente a la demanda de cumplimiento de su deuda.

Esta oposición viene a constituir una sanción del principio de cumplimiento simultáneo que conlleva toda relación obligatoria sinalagmática¹²².

La manifestación de dicha sanción tiene un carácter tanto sustantivo como procesal dirigido a diferir y supeditar el cumplimiento de la prestación exigida al demandado a la simultánea ejecución de la correlativamente debida por el actor¹²³.

Por lo tanto, se trata de una verdadera excepción, de carácter temporal, subordinada a un cumplimiento simultáneo, que sólo implica una suspensión de la ejecución contractual, sin afectar para nada a la validez o subsistencia de sus efectos¹²⁴.

La doctrina es unánime en identificar a la *exceptio* como un medio de defensa; siguiendo la mayoría de los autores¹²⁵, lo señalado por ESPÍN¹²⁶

¹²² CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 36.

¹²³ En este sentido se pronuncia DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 693 al señalar: "Se trata por ello de una verdadera excepción, en sentido sustantivo, porque es un derecho o facultad para rechazar la ejecución de la prestación puesta a cargo de quien la opone y, en sentido procesal, porque constituye un justo fundamento de oposición a la demanda de cumplimiento, en los términos en que ésta se encuentra planteada, de modo que es siempre un modo de defensa a favor del demandado".

¹²⁴ OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral...* op. cit., pág. 34.

¹²⁵ Así siguen a ESPÍN, FERNÁNDEZ URZAINZQUI, J.F.: "La regla de la simultaneidad..." op. cit., pág. 412; FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: "La *exceptio non adimpleti...*" op. cit., pág. 10; ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967, pág. 62; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 693; Otro grupo de autores no hacen referencia expresa a ESPÍN, no obstante se refieren a la *exceptio* como un medio de defensa. Dentro de este grupo encontramos a DELL' AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981, pág. 152; CASTAN

que se refiere a la excepción de contrato no cumplido como un medio de oposición o defensa existente en los contratos bilaterales por el cual cada parte puede diferir legítimamente en el cumplimiento de sus propias obligaciones, hasta tanto que la otra parte no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente las suyas.

En el Derecho italiano la opinión de PÉRSICO¹²⁷, se inclina por entender la excepción como un derecho potestativo, afirmando que la naturaleza de tal derecho sirve para explicar el carácter de mera paralización de la acción, propio de la excepción, cuyo contenido se agota con su ejercicio. Esta acción, añade, deja libre la iniciativa de cada parte, por tanto, independiente de la otra que tendrá que soportar. Este derecho, según parte de la doctrina italiana, se configura como una excepción sustancial, basado en que no existe norma general alguna que obligue, en un contrato con prestaciones correspectivas, a cumplir la propia obligación, para poder exigir judicialmente el cumplimiento de la otra parte¹²⁸.

En el Derecho alemán, ENNECCERUS¹²⁹ sostiene que la oposición a la que se refiere el parágrafo 320 señala: «1. Quien esté obligado mediante un

TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...* op. cit., pág. 146; TRAVIESAS M.: “Obligaciones...” op. cit., pág. 331.

¹²⁶ ESPÍN CÁNOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento...” op. cit., pág. 550.

¹²⁷ PERSICO, G.: *L' eccezione...* op. cit., pág. 12.

¹²⁸ En este sentido CARRESI, F.: “*Il contratto*”, en el *Trattato di diritto Civile e Commerciale* de Cicu-Messineo, Milano, 1987, vol. II, pág. 899, y GRASSO, B.: *Ecezione d' inadempimento e risoluzione del contratto*, Camerino, 1973, pág. 95.

¹²⁹ ENNECCERUS/LEHAMANN, *Tratado de derecho civil* de Enneccerus/Kipp/wolf, tomo II, vol. II Derecho de obligaciones, traducción alemana, con estudios de adaptación y comparación de Pérez González y Alguer, Barcelona, 1954, pág. 163.

contrato bilateral puede negarse a prestar su parte hasta que la otra parte haya realizado su prestación, a menos que la primera esté obligada a cumplir su parte primero. Si la prestación ha de realizarse a varias personas, la parte debida a una de ellas puede denegarse hasta que se haya realizado la contraprestación completa. La disposición del 273, no se aplica. 2. Si ha sido cumplida parcialmente la prestación por una parte, no puede negarse la contraprestación, siempre que la negativa, según las circunstancias, en especial a causa de la proporcional insignificancia de la parte atrasada, fuese contraria a la fidelidad y a la buena fe»¹³⁰. Lo que no es otra cosa que una excepción, toda vez que se observa con claridad que el Código Civil califica como excepción la oposición del deudor.

Por su parte, DE PAGE¹³¹, en el Derecho belga, apunta a la misma dirección señalando que se trata de una verdadera excepción, es decir, de un medio de defensa, nacido de un obstáculo temporal y que no subsiste más que mientras éste obstáculo dura; es un medio de defensa, en el sentido de quien lo invoca, no toma ninguna iniciativa.

Creemos que las señaladas posturas sobre la naturaleza de la excepción solo tienen matices entre unas y otras, no oponiéndose entre ellas. En este sentido, consideramos que la *exceptio non adimpleti contractus* es un derecho potestativo, como señala PÉRSICO o DíEZ-PICAZO, ya que es una facultad del deudor oponerse, ya sea a la solicitud de cumplimiento extrajudicial,

¹³⁰ EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código Civil Alemán Comentado*, Madrid, 1998, pág. 133.

¹³¹ DE PAGE, H.: *Traité élémentaire de droit civil belge*, vol. III, Bruxelles, 1990, pág. 776. Número 859.

como a la demanda presentada ante un tribunal por el acreedor. En esta última situación, la excepción es un medio de defensa que persigue impedir que la demanda presentada se admita en los términos planteados, toda vez que infringe el principio de cumplimiento simultáneo que conlleva las obligaciones recíprocas.

Respecto a la doctrina jurisprudencial, es mayoritaria la opinión que considera a esta excepción, como un medio de defensa ante una demanda. Sin embargo, esto no significa que todas las sentencias entiendan que la excepción de contrato no cumplido produce los mismos efectos, en este sentido la cuestión variará, como veremos, si se entiende la *exceptio* como una excepción dilatoria o perentoria.

También se presentan sentencias minoritarias que cuestionan la figura de la excepción de contrato no cumplido como una verdadera excepción; toda vez que al oponerse al cumplimiento sin alegar nuevos hechos y sólo aduciendo que la contraparte no ha cumplido su obligación, no hace valer propiamente un contraderecho; es decir, un derecho contrario al de la contraparte que le permita eludir la prestación debida, sino que se limita a negar pura y simplemente los aducidos por el demandante¹³².

En esta misma línea se encuentra parte de la doctrina procesalista, que a su vez entiende como verdadera oposición la introducción de nuevos hechos en el debate. Por lo tanto, si el demandado se limita exclusivamente a negar los hechos alegados por el actor, lo que hace en

¹³² En este sentido se manifiesta la STS de 18 de abril de 1979 (RJ 1979 \ 1406).

definitiva es defenderse y no oponerse a la demanda. La verdadera oposición está representada por la alegación de nuevos hechos, pudiéndose afirmar que sólo de esta forma se entienden ejercidas las excepciones materiales¹³³.

En este sentido, parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo entiende que la *exceptio* es un medio de defensa que neutraliza la reclamación del demandante, posponiendo su cumplimiento hasta que el reclamante cumpla o esté dispuesto a cumplir lo que le incumbe.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001¹³⁴, que resuelve sobre un juicio de reclamación de cantidad de contrato de compraventa. Donde el vendedor reclama el precio adeudado y a su vez el comprador demandado se defiende solicitando la absolución de la demanda por el hecho de que la máquina adquirida no rendía lo estipulado en el contrato. El tribunal de primera instancia condena al demandado al pago del precio adeudado; sin embargo, la Audiencia Provincial posteriormente revoca parcialmente la sentencia. Puntualizando que deberá pagar el monto que en primera instancia se indica, pero una vez que el demandante cumpla su asumida obligación de realizar en la máquina vendida las reformas necesarias para que aquella alcance los niveles de producción horaria contractualmente pactados. El

¹³³ En este sentido CORTÉS DOMÍNGUEZ.: *Derecho Procesal Civil, Parte general*, AA.VV., Madrid, 2001 pág. 201; ARMENTA DEU, T.: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2004, pág. 170; RIVERO GONZÁLEZ, M.: *Tratado Básico de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2009, págs. 272 y sgtes.

¹³⁴ STS de 21 de marzo de 2001 (RJ 2001\4748).

Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Provincial, entre otros motivos, por entender que: «La respuesta casacional ha de partir de que la excepción de incumplimiento contractual exige que quien la propone no haya incumplido lo que le incumbe; o si hay incumplimiento de la parte actora contra la que opone, el mismo no haya sido causado por la parte demandada. Su efecto no es la absolución de esta última, sino la paralización de la facultad de exigir hasta que la parte actora cumpla el contrato; o estar real, firme e indiscutiblemente dispuesto a cumplir».

Se debe tener presente que, en este caso, que el demandado opone la excepción de contrato no cumplido y no la excepción de contrato defectuosamente cumplido, que era la que en derecho correspondía. Además, en la súplica de la contestación, el demandado solicita la absolución de la demanda, cuando el objeto de la excepción, como dice el Tribunal Supremo, es paralizar el cumplimiento y no absolverse del mismo¹³⁵.

Sabemos que la excepción de contrato no cumplido tiene como fundamento el respeto al principio de cumplimiento simultáneo que conlleva toda obligación recíproca sinalagmática; por lo cual es posible entender que el fin perseguido por el demandado que opone la *exceptio* es

¹³⁵ En este mismo sentido se pronuncian la STS 14 de junio de 2004 (RJ 2004\3837) y la STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009\1946) que al respecto señalan: “Sin embargo, la excepción de contrato incumplido o deficientemente cumplido no produce la consecuencia de liberar de modo definitivo al deudor al que se reclama el cumplimiento, sino que sólo le faculta para oponer una negativa meramente provisional que neutralice temporalmente la exigibilidad del derecho de la otra parte de la relación condicionada suspensivamente al cumplimiento previo o simultáneo de la obligación recíproca”.

el cumplimiento de las prestaciones establecidas de la forma ya descrita. Ahora bien, creemos que la cuestión pasa por determinar si es suficiente en sí misma la *exceptio* para lograr el cumplimiento simultáneo; cuestión, como ya sabemos, es el fundamento de esta defensa.

Según a nuestro entender, la *exceptio* como medio de defensa sólo impide que se condene al demandado al cumplimiento, bajo el fundamento de que se debe cumplir las prestaciones de forma coetánea. Como defensa que es, no lleva implícita esta excepción una solicitud de cumplimiento del demandante. Para ello, es decir, para obtener la condena del demandante, debe pedirse en la correspondiente demanda reconventional.

Para el éxito de la figura, es necesario a nuestro entender tener en cuenta que la *exceptio* debe ser ejercitada de buena fe, entendiendo que se ejercita de esta forma cuando se emplea para el fin con el cual se concibe la figura. Es decir, que el *excipiens* en el proceso demuestre el interés en el cumplimiento simultáneo.

Por lo mismo, junto con oponer la *exceptio* deberá solicitar en la demanda reconventional el cumplimiento del demandante, pues si sólo opone la *exceptio* sin la solicitud de cumplimiento, lo único que lograría es la paralización del cumplimiento de las prestaciones. Cuestión que si bien persigue en sí misma la excepción de contrato no cumplido, no es el fin último de ésta, arriesgando que el tribunal entienda que la *exceptio* no se ha ejercitado de buena fe y por ende deniegue su ejercicio.

De esta forma, se respetaría lo que la excepción de contrato no cumplido busca, que es la ejecución de las prestaciones de forma simultánea¹³⁶.

Ahora bien, para esto será necesario que el *excipiens* ofrezca el acatamiento de su prestación garantizando su cumplimiento, si no fuese así, el demandante quedaría en la misma situación de la cual se defiende el *excipiens*, es decir, cumpliendo una obligación de la cual su contraparte no ha cumplido ni ha garantizado cumplir¹³⁷.

¹³⁶ BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión del pago del precio en la compraventa*, Valencia, 1999, pág. 238, apoya esta posición al señalar: "Pues cuando el comprador suspende el pago, lo hace no como una mera actitud pasiva, que lo único que haría sería prolongar la situación de falta de cumplimiento, sino que lo realiza como una medida precautoria o preventiva de otras reclamaciones posibles, como exigir el cumplimiento, --se suspende para que la otra parte cumpla--: o bien pretenda una rebaja del precio --sería absurdo entregar una cantidad, cuando más tarde se le ha de devolver--; o cualquier otra reclamación. A la misma conclusión llegamos si tenemos en cuenta que, de acuerdo con el requisito de la buena fe exigible para el ejercicio eficaz de la suspensión, el comprador que se opone a cumplir, debía comunicar su actitud al vendedor, expresando los motivos que le llevan a adoptar ese comportamiento, lo que significaría que, expresamente o implícitamente, esa suspensión conlleva el ejercicio de alguna otra reclamación a cuya obtención está supeditado el cumplimiento de la obligación de pago del precio. En otras palabras, no basta con dejar de pagar, sino que atendiendo a la buena fe que debe presidir toda relación contractual, hay que ponerlo en conocimiento de la otra parte, así como notificar las causas que le han motivado. Los Tribunales, en materia de defectos, hablan de la necesidad de la "denuncia del defecto", que en los contratos en los que el precio esta aplazado, en definitiva, es lo mismo que la "notificación de la suspensión" pues allí donde el comprador suspende el pago por los defectos de la cosa, está denunciando los defectos del comprador". En contraposición a esta línea se encuentra ESPÍN CANOVAS, D.: "La excepción de incumplimiento..." op. cit., pág. 574, al señalar: "Con la alegación de la excepción el *excipiens* elude la propia prestación basándose simplemente en la simultaneidad de ambas prestaciones, pero sin que sea necesario el ofrecimiento de su prestación, ya que nada se reclama por su parte, limitándose a una posición pasiva".

¹³⁷ La STS de 7 de mayo de 1979 (RJ 1979\1761) al respecto señala lo siguiente: "... a propósito del contrato de compraventa pero de general aplicación a todas las relaciones

A nuestro entender, la cuestión es diferente cuando se ejercita la *exceptio* con el fin de detener el cumplimiento solicitado por el demandante y el *excipiens* ejercita la resolución por medio de una demanda reconvenzional. En esta situación es razonable concebir que no sea necesario ofrecer el cumplimiento de la prestación, pues el fin último perseguido por el *excipiens* en esta situación no es el cumplimiento simultáneo de las prestaciones, sino la restitución de las mismas en el caso que se hayan efectuado.

Si bien es posible ejercitar la *exceptio* y luego demandar la resolución del contrato, creemos que no es necesario el ejercicio de esta defensa para conseguir la detención del cumplimiento solicitado por el demandante. La

sinalagmáticas en fundado parecer de la doctrina científica, es manifiesto que por el juego propio de la excepción de contrato incumplido o la de cumplimiento inexacto cada contratante puede negarse a realizar su prestación si el otro no ha dado efectividad o no ofreció cumplir simultáneamente la suya mediante la llamada ejecución “mano a mano”, pero la fuerza de los mismos fundamentos lleva a entender que opuesta la excepción de derecho sustancial, se trate de la *non adimpleti contractus* o bien de la *non rite adimpleti contractus*, y por consiguiente afirmado el derecho de abstenerse provisionalmente de cumplir en tanto el otro sujeto del negocio no realice la contraprestación, el equilibrio entre las obligaciones recíprocas no permite al demandado que opuso el incumplimiento contractual o el cumplimiento irregular reconvenir instando la condena del actor a la práctica del comportamiento que constituye el objeto de la obligación o a la rectificación de los defectos “dare” o “facere”, si no ofrece por su parte el contravalor correspondiente, y en tal sentido la exigencia de esa simultaneidad en las prestaciones, expresamente declarada en algunos ordenamientos foráneos, que opera siempre que no se hallen distanciadas en el tiempo como dicho queda, significa en nuestro derecho positivo que la pretensión de cumplimiento de una obligación sinalagmática sólo puede prosperar cuando el accionante ha cumplido a su vez la propia o si a la hora de deducir la petición ofrece el cumplimiento de la prestación a su cargo, como se desprende de los preceptos citados y más claramente del artículo 1.100 del propio Código, que requiere el allanamiento a cumplir por uno de los obligados para que se origine la incursión en mora del otro, consecuencia que, además, viene impuesta por la pauta de buena fe que habrá que presidir el ejercicio de los derechos (art. 7º, párr. 1, del C.C.) y singularmente la ejecución de los contratos (art. 1.258)”.

sola interposición de la resolución en el mismo juicio que se ventila la demanda de cumplimiento es suficiente para que el juez determine cuál de las pretensiones ejercitadas es la que procede.

Con lo cual, si la resolución ejercitada por el demandado es plausible y por ende acogida en la sentencia, no se llegará a la situación de cumplir su parte, sino que, por el contrario, deberá realizar las restituciones que obliga la propia resolución. Como ya hemos señalado, la *exceptio* persigue el cumplimiento simultáneo, cuestión que se contrapone con el ejercicio de la resolución.

Como refuerzo de lo anterior, varias sentencias rechazan la *exceptio non adimpleti contractus* por la razón de que lo pedido en el escrito de contestación es la desestimación de la demanda y la liberación de pagar la parte debida del precio¹³⁸. En el fondo no se busca por el *excipiens* el cumplimiento simultáneo de las prestaciones recíprocas, sino una mera compensación de deuda.

Parte de la doctrina jurisprudencial señala que en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso lo que se debe solicitar en la demanda reconvenzional es la rebaja del precio o la reparación *in natura*

¹³⁸ En este sentido se pronuncian las STS de 30 de enero de 1992 (RJ 1992\1518), STS de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\2763). Esta última señala: “La doctrina jurisprudencial expuesta lleva a la estimación de los motivos cuarto y quinto habida cuenta que la Sociedad Cooperativa demandada se limitó en su contestación a la demanda a pedir la desestimación de la demanda; no ejercito acción reconvenzional solicitando la reparación de los defectos apreciados en la instalación o una rebaja proporcional del precio. En todo caso, la estimación de la excepción de contrato no cumplido no puede conducir al pronunciamiento hecho en la sentencia recurrida de liberar al deudor de pagar la parte debida del precio”.

de lo mal ejecutado, y no la liberación del pago del precio restante que se adeuda, fundado en la excepción de contrato no cumplido¹³⁹. Esto, a nuestro juicio debe ser así, ya que es la única forma que se dé fiel observancia al cumplimiento simultáneo que persigue el ejercicio de la excepción.

Por último, es preciso destacar que en caso de solicitar el rechazo de la demanda por parte del deudor requerido y la liberación del precio debido, numerosas son las sentencias que fundamentan el rechazo de la *exceptio* en la falta de gravedad del incumplimiento del demandante, entendiendo que por tener poca entidad en relación a lo bien ejecutado, el incumplimiento no frustra la finalidad del contrato, de forma que por las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato, no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil¹⁴⁰.

¹³⁹ Así lo señala la STS de 21 de noviembre de 1971 (RJ 1971\4974) al indicar: "...si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo cual realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio". En este mismo sentido, la STSS de 17 de enero de 1975 (RJ 1975\18), 15 de marzo y 3 de octubre de 1979 (RJ 1979\871 y RJ 1979\3236).

¹⁴⁰ STS 21 de noviembre de 1971 (RJ 1971\4974), 17 de enero de 1975 (RJ 1975\18), 15 de marzo de y 3 de octubre de 1979 (RJ 1979\871 y RJ 1979 y 3236), 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388) y de 27 de marzo de 1991 (RJ 1991\2451) entre otras.

Consideramos que la solicitud de rechazo de la demanda y la liberación del precio al deudor requerido fundado en la *exceptio non adimpleti contractus* no procede, por perseguir fines distintos. La finalidad de la excepción de contrato no cumplido no es que se libere del cumplimiento de la obligación al deudor requerido; sino que, como sabemos, es el respeto al cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas. En efecto, lo que se está solicitando en forma sesgada por el demandado es la resolución del contrato, por lo cual los tribunales se ven obligados a valorar la entidad del incumplimiento del demandante para poder considerar la resolución del mismo. Entonces, en caso de solicitar el rechazo de la demanda y la liberación del precio debido, ésta se tendría que fundar en la resolución del contrato y no en la *exceptio*, ya que son remedios que persiguen resultados disímiles.

En definitiva, a nuestro entender, la *exceptio* es una forma de oponerse al cumplimiento, que se fundamenta en el cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas. Ahora bien, no basta esta oposición por sí sola para lograr el cumplimiento simultáneo, debiendo ser necesaria la solicitud del *excipiens* en este sentido en la demanda reconventional.

Sin embargo, existe otro grupo de sentencias que optan por admitir la excepción de contrato no cumplido ante un incumplimiento defectuoso, no optando por aceptar detener el cumplimiento del deudor requerido, pero si descontando del precio debido a las reparaciones hechas o que se

deban realizar derivadas del deficiente cumplimiento de la prestación, sin la necesidad de solicitarlo en la demanda reconvencional¹⁴¹.

2. Fundamento de la excepción de contrato no cumplido

Entre los diferentes remedios sinalagmáticos que el Derecho ofrece a las partes de una relación obligatoria, se encuentra la *exceptio non adimpleti contractus*, la cual se caracteriza, como sabemos, por detener la demanda de cumplimiento o de resolución del contrato.

Ahora bien, los remedios sinalagmáticos tienen como objetivo mantener el equilibrio contractual entre las partes, y cada uno cumple esta función según el momento en que éste remedio se ponga en ejercicio. En este sentido, la *exceptio non adimpleti contractus* es aquel remedio que permite salvaguardar la vida del contrato sin que éste llegue aún a romperse por el incumplimiento definitivo de alguna de las partes. Las partes aún tienen tiempo de poder hacer valer el cumplimiento o todavía resulta de interés seguir adelante con la ejecución de las prestaciones. Pues, sabemos que uno de los supuestos de la figura en estudio es que nos encontremos ante

¹⁴¹ STS de 22 octubre de 1997 (RJ 1997\7410) al respecto señala: “Por ello, no se aprecia infracción alguna de los artículos que cita el Código Civil ya que éstos no prevén que una parte pueda basarse en el cumplimiento defectuoso de la otra, para incumplir su obligación; estimar la argumentación de este motivo, que pretende justificar el incumplimiento de la obligación de pago del precio en el contrato de obra en los defectos de ésta, sería tanto como permitir el impago en todo caso que la obra no haya resultado perfecta. La solución que da la sentencia de instancia es la correcta: debe la parte demandada pagar el precio y de éste debe desconectarse el valor de las reparaciones hechas y por hacer que se han acreditado”. En un sentido similar se pronuncia la STS de 11 de marzo de 1993 (RJ 1993\1790).

sujetos que no han cumplido ni siquiera en parte su obligación, o alguno haya cumplido de forma defectuosa para el caso de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

En otras palabras, suele ponerse en ejercicio la *exceptio* en aquél momento en que las partes están haciendo valer sus derechos, en el sentido de exigir las prestaciones de cada una de ellas. En cambio, otros remedios como la resolución se suelen poner en ejercicio en un momento posterior, es decir, cuando ya se ve frustrado el interés de las partes y el contrato no cumple la finalidad perseguida. Ya que, como es sabido la resolución, a diferencia de la *exceptio*, exige una parte incumplidora y otra diligente; por lo cual, el estado de cumplimiento se encuentra ya más avanzado. Comúnmente el equilibrio contractual ya se ha roto, y la única forma de regresar a dicho equilibrio es por medio de que las partes vuelvan al estado anterior al de contratar, a través de las restituciones correspondientes.

Si bien tanto la resolución como la *exceptio* tienen como fundamento el equilibrio contractual o, desde un punto de vista más amplio, que se mantengan las partes en un plano de igualdad, la *exceptio non adimpleti contractus* tiene, además, como fundamento el cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas de las partes¹⁴².

¹⁴² Así lo señala por ejemplo MESSINEO F.: *Manual de derecho civil y comercial*, tomo IV, Buenos Aires, 1955, pág. 531.

La *exceptio*, si entra en juego, es precisamente porque las partes al momento de celebrar el contrato tuvieron en cuenta un cumplimiento coetáneo de sus prestaciones y es por la falta de este tipo de cumplimiento que justifica que se ejercite la *exceptio*. En cambio, el fundamento de la resolución no es éste; ya que la resolución es aplicable en obligaciones de cumplimiento diferido o a plazo.

Si bien la resolución con la *exceptio non adimpleti contractus* presenta algunas diferencias, cuestión obvia al tratarse de remedios distintos, no podemos desconocer que ambas figuras hunden sus raíces o encuentran su explicación en el nexo de interdependencia de sus prestaciones, que es propio de las obligaciones recíprocas. Esta es la razón más cercana que las une, sin olvidar aquellos fundamentos que constituyen los pilares de todo remedio sinalagmático, como es el equilibrio contractual e incluso la equidad entre las partes¹⁴³.

¹⁴³ En este sentido, señala PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 625., que: "Ese conjunto de soluciones no puede justificarse solamente con la analogía que guardan con las obligaciones contractuales sinalagmáticas. En tal sentido no puede atribuirse a la voluntad de las partes, en alguno de los casos estudiados, la obligación de cumplir simultáneamente ya que ésta existe igualmente en todo supuesto, y la jurisprudencia citada se inspira en el criterio que hemos defendido, según el cual, la excepción se funda en el principio de justicia conmutativa y en la obligación de buena fe que se impone a las partes". DE LOS MOZOS J, L.: "La equidad en el Derecho civil español". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Julio-agosto, 1972, pág. 31. Señala: "En nuestra doctrina antigua, al hablar García Goyena, de los precedentes de nuestro art. 6º del Código Civil, en el proyecto de Código Civil de 1851, dice que "la equidad tan reconocida en el Derecho, no es otra cosa que la razón o justicia natural, y que ésta debe ser el verdadero suplemento de las Leyes expresas" Y en nuestra doctrina moderna, De Castro ha afirmado que, en el Derecho español, el engarce entre la equidad y los principios parece claro, añadiendo que "supuesto de la aplicación de la equidad es la inadecuación (carencia de equidad) entre un caso concreto y la regla que parece

Esta cercanía entre la resolución y la *exceptio* hace posible que podamos explicar los fundamentos de la excepción de contrato no cumplido a través de las teorías que explican el fundamento de la resolución. Como señalamos, los puntos en común son más de los que lo separan, teniendo en cuenta además, que uno de los principales artículos del Código Civil que hacen posible entender la *exceptio* es precisamente el artículo 1.124, que regula el ejercicio de la facultad resolutoria.

2.1. Teoría de la causa recíproca

Según la teoría de la causa recíproca, que tiene sus primeras formulaciones en la doctrina del Derecho canónico¹⁴⁴, la resolución se explica con base en la sobrevenida desaparición de la causa de los contratos. En efecto, siendo en los contratos sinalagmáticos la obligación de una de las partes causa de la otra; de ello resulta que, si una de ellas no cumple su obligación, la obligación de la otra cesa, por eso mismo, de tener una causa¹⁴⁵. De este modo, al quedar el contrato desprovisto de

regularlo; la inadecuación no resulta ni de la regla, ni del caso, sino del hecho de que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de Justicia; es éste el que determina la falta de equidad e impone que el caso se regule no por la regla, sino por el principio de justicia. La equidad no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores de justicia”.

¹⁴⁴ ALVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los...* op. cit., pág. 103.

¹⁴⁵ DEMOLOMBE, J. C.: *Cours de Code Napoleon*, Paris, 1877, pág. 469.

causa se desprenden dos importantes consecuencias: la *exceptio inadempti contractus* y la resolución del contrato por incumplimiento¹⁴⁶.

En este sentido, la teoría de la causa recíproca sirve de fundamento a la *exceptio* y a la resolución, ya que ambos remedios sinalagmáticos se apoyan en la misma razón, que es la falta de cumplimiento del deudor, dejando según esta teoría, falta de causa al contrato¹⁴⁷. La diferencia radica en que con la resolución lo que se pide es volver al estado anterior en que se encontraban las partes antes de contratar; en cambio, en la *exceptio* si se fundamentara en la teoría de la causa, ésta serviría sólo para oponerse al cumplimiento de forma momentánea, es decir hasta que la contraparte no cumpla o no se allane a cumplir.

¹⁴⁶ DUSI, B.: *Instituzione di Diritto Civile*, Turin, 1929, vol. II, pág. 9.

¹⁴⁷ El Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de abril de 1979 (RJ 1979\1406) en este sentido señala: “Considerando que el arrendamiento de obra descrito en el artículo 1.544 del Código Civil es un contrato bilateral originador de obligaciones recíprocas, en el que el crédito del contratista no se dirige escuetamente a la prestación de pago del precio por parte del comitente, sino a una contraprestación, esto es, al cobro del precio a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada, por lo cual dicho comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*), como si el contratista solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*) salvo, claro es, que haya aceptado la prestación como cumplimiento o que su oposición al pago sea contraria a la buena fe”. En este mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1998 (RJ 1998\991) adhiriéndose a la teoría de la causa señalando: “Cada obligación bilateral sirve de causa a la otra: si una parte no cumple su respectiva obligación queda la otra sin causa y produce como efectos la compensación en caso de mora (artículo 1.100. último párrafo, C.c.), la posible *exceptio non adimpleti contractus* (artículos 1.100, 1.124 y 1308 C.c.) y la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de las partes”.

El exponente más insigne de esta teoría es HENRI CAPITANT¹⁴⁸, que la expuso en su obra “De la causa de las obligaciones”. Según CAPITANT, la teoría de la causa sirve para explicar los fundamentos de la resolución y de la *exceptio non adimpleti contractus*. Este autor sostiene que se debe indagar su origen en el acto de voluntad de las partes contratantes para poder entender el verdadero fundamento del instituto. En efecto, viene declarando: «Este acto, como hemos demostrado, no consiste solamente en el hecho de obligarse, es decir, en el consentimiento, sino que compone igualmente de la intención de alcanzar un fin jurídico determinado, es decir, de obtener la ejecución de la prestación prometida en cambio de la obligación que se contrajo. Además sería violar la voluntad del contratante si se le constriñera a entregar lo que prometió, sin recibir la contraprestación con que contaba». Para este autor, la ejecución simultánea es la consecuencia necesaria de la idea de la causa, siendo la obligación de una de las partes el fundamento o “causa” de la otra¹⁴⁹.

¹⁴⁸ CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones...* op. cit., pág. 264 y sgtes.

¹⁴⁹ Dentro de nuestros autores que defienden la teoría de la causa se encuentra ROCA SASTRE, R. M^º: *Derecho hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1948 pág. 340. Al respecto señala: “Esta teoría combinada con otras, constituye la verdadera solución y los niegan la aplicación de la teoría de la causa en este supuesto de incumplimiento de una obligación correlativa parten de un alcance restringido de la doctrina de la causa, concretándola al período de la formación de los contratos, afirmando que el incumplimiento de la obligación no hace desaparecer la causa, porque el contrato ya se formó con ella, de modo que con el incumplimiento sólo se frustró el fin práctico a conseguir, pero no desapareció la causa, pues ya había actuado. Pero, en rigor, cabe atribuir una aplicación más intensiva de la causa en los negocios jurídicos, aplicándola también a la ejecución de las obligaciones”. También RODRÍGUEZ GARCÍA C. J.: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazo*, 1997, Madrid, pág.160; PINTO RUIZ, J. J.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Barcelona, 1949, pág. 557 y sgtes. Este autor al respecto señala: “Cuando las partes consienten en obligarse recíprocamente al cumplimiento de

Esta argumentación parte de la concepción finalista de la causa, pero también puede formularse desde una concepción objetivista, entendiendo la causa como función económico-social entre voluntad contractual y situación objetiva sobre la que opera el contrato¹⁵⁰.

La teoría de la causa recíproca ha sido ampliamente criticada por diversos autores¹⁵¹, principalmente por el hecho de que el contrato es eficaz y plenamente válido desde el momento en que se perfecciona con la concurrencia de todos sus elementos. No puede, en efecto, confundirse la

las obligaciones, quieren generar indivisiblemente un par de obligaciones y se avienen cada una de ellas a gravarse con una prestación por la apetencia (causa) de la otra y no es concebible, dentro del contrato sinalagmático, la existencia de una obligación sin la otra, porque existiría para la parte insatisfecha un contrato sin causa. Lo que las partes han generado es un todo recíprocamente condicionado e indivisiblemente aglutinado y soldado por una esencial y recíproca relación de causalidad. No es lícito entender que el contrato puede desplegar sus efectos cuando una parte de este todo ya no existe. La representación mental de las partes al generar el contrato advierte un par de obligaciones recíprocamente causalizadas, no dos aisladas y desconexas y mucho menos la viabilidad aislada e independiente de una sola de ellas”.

¹⁵⁰ CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 58 y 59. MONTES PENADÉS, V. L.: “De las obligaciones puras y condicionales”, en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, dirigidos* por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo XV, vol. II, Madrid 1990. Esta concepción de la causa desde el enfoque económico-social se detiene sobre los resultados concretos que las partes buscan alcanzar y no sobre los valores nominales tenidos en cuenta al momento de celebrar el contrato, por ende si por cualquier motivo sucesivo a la formación del contrato una de las partes no logra obtener lo prometido en el negocio, faltaría la razón que justifica el mantenimiento del contrato y conllevaría a facilitar a una de las partes poder dar por resuelto la convención y liberarse así de las obligaciones que le corresponden.

¹⁵¹ AULETTA, G. G.: *La risoluzione per...* op. cit., pág. 115 y sgtes. DELL’ AQUILA, E.: *La resolución del contrato...* op. cit., págs. 136 y 143-144. WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, traducción de C. Fadda y P. Bensa, vol. II, Turín, 1930, pág. 248. ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del...* op. cit., págs. 64-65, este autor se refiere a esta teoría señalando: “...fundamento pueril que confunde el propósito o deseo de cada contratante con la causa del contrato bilateral, que separa la obligación de su prestación, que identifica el contenido del contrato con su causa”. GRASSO, B.: *Ecezione d’ inadempimento...* op. cit., pág. 25 y sgtes.

no realización de las prestaciones por una de las partes, ésta es una cuestión posterior al perfeccionamiento y validez del acto.

En consecuencia, el contrato como acto no se ve afectado por el incumplimiento, lo que se afecta es la relación jurídica que generó dicho acto; por lo cual no podemos atacar la validez del acto por un hecho posterior a su validez y perfeccionamiento. Si fuese así, la validez de los contratos quedaría entregada a la voluntad de la partes, en virtud del cual si no se realizara la prestación por una de ellas, se podría señalar la falta de causa y, por ende, alegar la nulidad, retrotrayendo sus efectos al momento antes de celebrar el contrato¹⁵².

Por lo tanto, en el caso de que en un contrato no concurriese uno de sus requisitos esenciales como es la causa, carecería de todo sentido jurídico pretender defenderse oponiendo la excepción de contrato no cumplido, debiendo ser la defensa idónea la solicitud de declaración de nulidad. Esto, si entendiéramos que la falta de cumplimiento acarrea la ausencia de causa en un contrato.

En definitiva, la teoría de la causa recíproca se encuentra abandonada por gran parte de la doctrina; ya que no puede considerarse que la causa, como requisito del contrato en cuanto acto, pueda ser el fundamento de la

¹⁵² En este sentido CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 61. En un sentido similar, MARTY, G. Y RAYNAUD, P.: *Droit Civil, Les obligations*, I, Paris, 1988, págs. 58-63 y 322-351, al respecto señalan: "En el momento de la formación del contrato cada obligación encuentra su causa en el instante en que la obligación correspondiente es prometida: es la promesa del contratante y no la ejecución de esa promesa lo que es la causa, de lo contrario el contrato no se habría formado".

resolución o de la *exceptio*, puesto que la excepción de contrato no cumplido y la resolución por incumplimiento inciden sobre el contrato como relación, dejando intacto el contrato como acto.

2.2. Teoría del sinalagma funcional

La doctrina del sinalagma genético y funcional es una variante de la teoría de la causa; que, con el objetivo de salvar las objeciones presentadas contra ella, distingue entre sinalagma genético y funcional.

Es así que los canonistas medievales comienzan con la elaboración de esta teoría distinguiendo la causa de los contratos consensuales, tanto en el momento de su génesis, como en el de su ejecución, siendo posteriormente, la polémica de los postglosadores entre la causa impulsiva y la causa *finalisis*¹⁵³.

La expresión “sinalagma genético” designa la dependencia recíproca existente entre las dos obligaciones, pero contempladas en su dimensión programática, esto es, al tiempo de celebración del contrato. El término “sinalagma funcional” se refiere al nexo existente entre las dos prestaciones, pero consideradas al momento de la ejecución del contrato¹⁵⁴.

¹⁵³ VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura...* op. cit., págs. 254 y 255.

¹⁵⁴ ALVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los...* op. cit., pág. 107.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1955¹⁵⁵ recogió la doctrina del sinalagma funcional al declarar: «Considerando que las obligaciones bilaterales o recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional con el que se expresa precisamente la señalada interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual, cuyas consecuencias jurídicas recoge el artículo 1.124 del C.C. español, regulando como efectos propios de estas obligaciones la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensatio morae* y la resolución del contrato de caso de incumplimiento por una de las partes».

En este mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1991¹⁵⁶, al señalar: «La entrega de la obra realizada no puede quedar desligada de pago del precio convenido, sin que se altere la necesaria reciprocidad de la obligación, que opera directamente por ministerio de la ley, y cuyo contenido tiene un sinalagma doble: el genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra; y el funcional, significativo de la interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tiene entre sí en el desarrollo de la relación contractual».

A la teoría del sinalagma genético y funcional se le oponen las mismas objeciones que a la teoría de la causa en las obligaciones recíprocas.

¹⁵⁵ Colección jurisprudencia civil de la R.G.L.J., tomo LIII, págs. 900-917.

¹⁵⁶ RJ 1991 \ 295, recientemente en este mismo sentido se pronuncia la STS de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010 \ 2538) y STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004 \ 2082).

Principalmente, se aduce que no está claro cómo un elemento de la estructura del contrato, el cual es la causa, pueda desaparecer en un momento posterior a aquel en que dicha estructura se ha formado. Y en el caso de que se dijera que la estructura del contrato comprende tanto el sinalagma genético como el sinalagma funcional, cabría responder que el elemento causal no puede ser caracterizado de tal modo que comprenda elementos tan dispares entre sí; de los cuales uno (el sinalagma genético) corresponde a la estática y el otro (el sinalagma funcional) afecta a la dinámica del negocio¹⁵⁷.

2.3. Teoría de la equidad

Esta teoría ha sido desarrollada para explicar principalmente los fundamentos de la resolución¹⁵⁸. No obstante, últimamente ha sido empleado por algunos autores para explicar las razones de la *exceptio non*

¹⁵⁷ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los...* op. cit., pág. 109.

¹⁵⁸ Esta teoría es defendida por DELL 'AQUILA, E.: *La resolución del contrato...* op. cit., pág. 166. TRAVIESAS MIGUEL, M.: "Obligaciones..." op. cit., 277. Al respecto señala: "Me parece acertado este punto de vista, que fundamenta en la equidad la resolución posible, que establece el artículo 1.124 del Código Civil". La Sentencia de 5 de julio de 1941 (RJ 1941\899) señala: "[...] la llamada condición resolutoria tácita, o acaso más exactamente acción de resolución [...] responde a un principio de equidad según el cual [...] es razonable liberar a cualquiera de las partes intervinientes, de las obligaciones que privativamente les incumbe cuando la contraria deja incumplidas las suyas". En este mismo sentido, se pronuncian las Sentencias de 28 de enero de 1944 (RJ 1944\223), 2 de enero de 1961 (RJ 1961\880), 21 de octubre de 1974 (RJ 1974\3897), 16 de enero de 1975 (RJ 1975\1087), 20 de marzo de 1976 (RJ 1976\1385), 7 de febrero de 1978 (RJ 1978\950), 4 de mayo de 1982 (RJ 1982\2553), y 6 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8342), entre otras.

*adimpleti contractus*¹⁵⁹. En efecto, los seguidores de esta teoría sostienen que es contrario a la equidad que en un contrato interdependiente y recíproco se exija el cumplimiento del crédito sin haber cumplido por su parte el acreedor, o se encuentre llano a cumplirlo. Si se ha establecido el principio de interdependencia de dos obligaciones recíprocas debe respetarse para mantener un equilibrio que permita mantener la equidad entre las partes. Este equilibrio, por ende, quedaría roto si una parte exige el cumplimiento a la contraparte sin antes haber cumplido; ya que una de las cosas que caracteriza la interdependencia es el cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas¹⁶⁰.

Si bien creemos superfluo fundar la explicación de la *exceptio* en la equidad, no se puede desconocer que el instituto en estudio busca mantener un mínimo equilibrio entre las partes durante la vida del contrato. Es así, que una de las cuestiones que busca asegurar la resolución por incumplimiento es la igualdad del resultado final de la relación sinalagmática; con la excepción de incumplimiento contractual se pretende garantizar el equilibrio durante la vida de la relación, es decir, en el curso de la ejecución.

¹⁵⁹ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., págs. 28 y sgtes.

¹⁶⁰ En este sentido, la STS de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004 \7916) al señalar: “Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debido a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual”.

La cuestión no es insignificante, ya que la *exceptio* en este caso cumple una finalidad preventiva, con el objetivo de no llegar a males peores como los que trata de resolver la resolución por incumplimiento. Por lo cual, el oportuno ejercicio de la figura en estudio permite a las partes estar a salvo de posibles desequilibrios que se puedan cometer a posteriori¹⁶¹.

De esta forma, la *exceptio* permite detener un posible enriquecimiento de la contraparte, a través de una negativa provisional al cumplimiento de la parte a quien se exige la prestación, basada en la falta de cumplimiento o la falta de disposición al cumplimiento de quien reclama aquella actuación. Pues bien, es posible entender que la figura en estudio tiene un claro fin preventivo, buscando que se mantenga un equilibrio patrimonial entre las partes; evitando que una de ellas logre mayores atribuciones patrimoniales a costa del sacrificio económico de la contraparte. En definitiva, la *exceptio* encuentra su fundamento en el terreno de las atribuciones más que en el propiamente contractual, ya que la relación nació válida y eficaz, y sobre cuyo negocio originario no se incide.

¹⁶¹ En este sentido, se refiere CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., Pág. 33, al señalar: “La experiencia revela sin lugar a dudas que el acreedor que ya recibió la prestación, se encuentra menos inclinado al cumplimiento exacto de la contraprestación que a él incumbe realizar. Obtenidas ya todas las ventajas de la operación, se comportará normalmente de forma menos escrupulosa”.

2.4. Otros fundamentos

La excepción de contrato no cumplido es uno de aquellos remedios sinalagmáticos que tiene como función la de asegurar el equilibrio entre las prestaciones y se fundamenta en el nexo de interdependencia entre las obligaciones de las partes. Esta interdependencia significa, por ejemplo, en el contrato de compraventa, que la entrega de la cosa depende de la del pago del precio, derivándose una consecuencia inmediata que no es otra que el incumplimiento de una afecta a la otra; por lo cual el vendedor no está obligado a entregar la cosa hasta que el comprador pague u ofrezca el pago del precio establecido en el contrato.

En este sentido, la excepción de contrato no cumplido es la inicial consecuencia de la interdependencia de las obligaciones recíprocas, siendo la interdependencia su fundamento, toda vez que si suprimimos ésta de una obligación recíproca, suprimimos la excepción de contrato no cumplido, pero no al contrario, ya que si por voluntad de las partes se excluye la *exceptio* la obligación no deja de ser interdependiente¹⁶².

¹⁶² La teoría de la interdependencia es defendida por CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 88 y sgtes. y ALVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los...* op. cit., pág. 117, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil, I, Derecho General de las Obligaciones*, Barcelona, 1988, pág. 114. Éste último señala al respecto: "Las obligaciones propiamente bilaterales o recíprocas, según lo que acaba de explicarse producen estos tres efectos fundamentales: la excepción de contrato no cumplido la especialidad que en cuanto a la mora establece el último párrafo del artículo 1.100 y la facultad de resolución que regula el artículo 1.124. Los tres efectos tienen el mismo fundamento en la interconexión entre las obligaciones bilaterales o recíprocas, que exige el cumplimiento simultáneo, salvo disposición especial en otro sentido o voluntad distinta de los interesados". En cambio es negada por DELL 'AQUILA, E.: *La resolución del contrato...* op. cit., págs. 164 y sgtes., quien señala: "Los autores que opinan que el fundamento de la

En conclusión, apoyándonos en las teorías que explican el fundamento de la resolución, podemos señalar que, junto a la teoría de la interdependencia, se formula además la postura que la *exceptio* persigue la equidad¹⁶³ y justa distribución de las utilidades efectivamente alcanzadas por la partes, y la única forma de mantener dicha equidad es dotando a las partes de un medio de defensa que les permita mantener el equilibrio que se busca romper por una de las partes derivado de su falta de cumplimiento.

En efecto, entre los remedios sinalagmáticos como la *exceptio*, se permite a las partes, por el riesgo de pérdida de la contraprestación, otorgar al contratante que es forzado al cumplimiento de su obligación a paralizarla, hasta que la contraparte no cumpla o no garantice su cumplimiento. De esta forma, se proporciona una protección sin que se llegue a romper el

resolución está representado por la interdependencia o interconexión de las obligaciones correspondientes, incurrir según nuestro parecer, en el error de confundir la consecuencia con la causa”.

¹⁶³ Así lo cree CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 31, al señalar: “Todos en este punto parecen estar de acuerdo: son razones de equidad las que justifican desde sus primeras apariciones la existencia de esta institución. Resulta claramente contrario a la equidad que un contratante que no cumple ni ofrece cumplir su deuda, pretenda, aunque tenga derecho a ello, el cumplimiento de su crédito, siendo así, que ambos, su crédito y su deuda, tienen un origen común, que fueron concebidos en el marco de una relación entendida como un todo y que el nacimiento de los créditos a favor de cada parte suponía la creación de un determinado estado de cosas, para ellos equilibrados”. Defiende este fundamento también DELL ‘AQUILA, E.: *La resolución del contrato...* op. cit., pág. 163.

vínculo contractual entre las partes y poder llegar a una exitosa conclusión del contrato¹⁶⁴.

Por esta razón es posible sostener que el fundamento de la *exceptio non adimpleti contractus* es dotar a las partes de un medio de defensa que permita mantener el equilibrio contractual durante la ejecución del contrato. No obstante, esta herramienta que es la *exceptio*, encuentra sus bases en la exigencia del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, por lo cual creemos que la teoría de la interdependencia le sirve a los que entienden que la *exceptio* es un medio de defensa; ya que ésta se materializa con el objetivo de hacer valer la interdependencia de la cual gozan algunos contratos bilaterales.

¹⁶⁴ DELL 'AQUILA, E.: *La resolución del contrato...* op. cit., págs. 161, 162 y 163. Señala: "La resolución por incumplimiento tiene naturaleza de medida preventiva en el sentido de que la resolución previene la posibilidad de que el contratante fiel, además de la *iniura* del incumplimiento, incurra el ulterior perjuicio de que la prestación que haya ya ejecutado permanezca en el patrimonio del incumplidor. Y para el caso de que la parte fiel no haya aún ejecutado su prestación -sea ésta constituida por la entrega de una cosa o la ejecución de un servicio- ésta puede, con la resolución, desligarse de toda obligación contraída con el incumplidor y prevenir así la posibilidad de tener que prestar sin obtener nada a cambio [...]". Agregando luego: "...es un principio de equidad y de justa distribución de las utilidades efectivamente alcanzadas por las partes por medio de una actividad contractual, lo que constituye el fundamento de la resolución". CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 89. Explica el fundamento de la resolución como un medio de tutela frente a la inejecución (o defectuosa, o tardía ejecución) de la prestación. Agregando: "Ante el riesgo de pérdida de la contraprestación el ordenamiento faculta al contratante no incumplidor para desligarse de un vínculo del que no ha obtenido la ventaja que preveía, de forma que pueda acudir al mercado y buscar formas más adecuadas y convenientes para satisfacer sus intereses". DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 705. Señala: "Por ello, una exacta definición de la figura de la resolución exige considerarla como un medio de protección y de defensa de una de las partes de la relación obligatoria, la que sufre la inejecución del programa de prestación, que no tiene ya razones de peso para continuar vinculada, para verse forzada a ejecutar su propia prestación, si todavía no la hubiere hecho, o para no recuperar la atribución patrimonial que hubiese llevado a cabo".

Se entiende, en definitiva, que la figura en estudio no se puede basar en que el instituto tenga como fundamento ser un medio de defensa; ya que el ser un medio de defensa obedece a un deber de protección, que en este caso es la equidad y justa distribución. Es decir, la *exceptio* es una herramienta jurídica que poseen las partes con la finalidad de proteger un derecho, y este derecho, como mencionábamos antes, no es otro que la equidad y justa distribución.¹⁶⁵

Otro de los fundamentos que se han sostenido para explicar la *exceptio non adimpleti contractus* es la teoría de la conexión entre enriquecimientos patrimoniales. Esta teoría, en concreto, pretende explicar los institutos característicos del contrato bilateral (resolución por incumplimiento, excepción de contrato no cumplido, y la regla de los riesgos contractuales) mediante la sola idea de la conexión entre enriquecimientos patrimoniales. GORLA ¹⁶⁶, padre de la teoría, entiende que los enriquecimientos patrimoniales necesitan de dos justificaciones; una mecánica o de movimiento, que para la prestación es la obligación que con ella se cumple; y otra estática, que en el caso de las prestaciones objeto de obligaciones nacidas de contrato bilateral, sería la realización de la contraprestación.

¹⁶⁵ Creemos en definitiva que gracias al principio de interdependencia y sinalagma funcional se puede exigir el cumplimiento simultáneo. Por lo cual, si las partes así lo han establecido en el contrato, parece poco equitativo y justo que la parte que se ve exigida a su cumplimiento no pueda oponerse a ello.

¹⁶⁶ GORLA.: *Del rischio e del pericolo delle obbligazioni*, Padua, 1934.

De forma que aquí se sigue hablando, como en la última de las versiones de la teoría de la causa, de la ejecución de la propia obligación, pero ya no como causa de la contraobligación o del contrato; sino de lo que se bautiza con el nombre de justificación estática del enriquecimiento patrimonial que experimenta cada una de las partes del contrato sinalagmático¹⁶⁷.

3. Función de la excepción

Como ya hemos señalado, la falta de cumplimiento de cada obligación sinalagmática supone que en el patrimonio del acreedor no sólo nacerá la facultad para pedir la ejecución forzosa de su crédito, sino también la facultad de oponer la excepción de incumplimiento frente a una demanda de cumplimiento de deuda.

Desde el punto de vista de la naturaleza de la *exceptio* hemos entendido que es un medio de defensa que tiene el deudor, con el objetivo de hacer respetar el principio de cumplimiento simultáneo que conlleva toda obligación recíproca sinalagmática. Pero si analizamos la figura desde la perspectiva de la función que cumple, podremos concluir que también tiene un fin de protección o de garantía¹⁶⁸.

¹⁶⁷ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 23.

¹⁶⁸ En este sentido se pronuncia PERSICO, G.: *L' eccezione...* op. cit., pág. 8. De esta manera, también concluye GAUDEMET, E.: *Teoría general...* op. cit., pág. 442, en el derecho francés, al señalar: "Contamos de este modo con dos garantías de cumplimiento: la acción

Las partes son libres de poder establecer los plazos de vencimiento de sus respectivas obligaciones, y por tanto bien podrán acordar que sus créditos venzan a la vez, o que alguno de ellos se difiera en el tiempo, estableciéndose plazos de exigibilidad distintos.

Sin embargo, sabemos que cuando nada se dice por las partes, por la ley o por la propia naturaleza del contrato, el cumplimiento será de carácter simultáneo debiendo cumplirse ambas obligaciones a la vez¹⁶⁹. Esto último, si no fuese así, significaría que el cumplimiento anticipado importaría un beneficio económico para quien recibe y un gravamen para quien cumple¹⁷⁰.

No obstante, como señala LACRUZ¹⁷¹, se debe tener en cuenta ciertos matices, ya que en muchos casos, aun a falta de pacto, la exigibilidad inmediata, *desde luego* resulta incompatible con la buena fe; o impracticable; o contraria a los presupuestos y voluntad implícita de las

resolutoria, expresamente consagrada por el artículo 1.184 y la excepción *non adimpleti contractus*, que no aparece expresamente en ningún precepto general, pero cuya existencia resulta a *fortiori* del artículo 1.184. Está por lo demás consagrada en hipótesis especiales, por numerosos preceptos”.

¹⁶⁹ Al respecto, el artículo 1.113-1º del C.C., señala: “Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren”. El artículo 1.125, que se refiere sobre las obligaciones a plazo, señala: “Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue”.

¹⁷⁰ DIEZ-PICAZO, L. ROCA TRIAS, E. MORALES, A. M.: *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002, Pág. 302, al respecto indica: “Desde el punto de vista económico, el cumplimiento simultáneo contribuye a evitar riesgos a la parte a la que anticipa la prestación. Todo anticipo de prestación supone conceder al otro contratante crédito, lo que implica riesgos”.

¹⁷¹ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Madrid, 1999, pág.147.

partes. Por lo que cabe entender que el deudor podrá disponer de un tiempo razonable para el cumplimiento cuando, aun no estando aplazado de la naturaleza y circunstancias de la prestación, aparezca que su realización requiere un tiempo mínimo (tal, si encargo un traje a medida: no puedo exigir su entrega inmediata, pues su realización necesita algún tiempo). A estos efectos se aplicarán los usos del tráfico, y como argumento jurídico se puede aplicar el artículo 1.128 del C.C., el cual indica en su primera parte: “Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancia se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél”.

Pues bien, la posibilidad de poder exigir el cumplimiento simultáneo a través de la excepción de contrato no cumplido, permite a las partes poder garantizar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, admitiendo reservar su cumplimiento y no poner en riesgo parte de su patrimonio¹⁷².

Creemos, así, que la finalidad última de la *exceptio* es mantener un equilibrio contractual entre las partes y evitar que el incumplimiento de una de las prestaciones genere un perjuicio en el patrimonio de la contraparte.

Ahora bien, esta finalidad última se cumple gracias a la función inmediata que desempeña la excepción de contrato no cumplido, que es

¹⁷² DELL 'AQUILA, E.: *La resolución del contrato...* op. cit., pág. 152. Así también lo expresa GARCÍA AMIGO, M.: *Lecciones de Derecho Civil II, Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1995, pág. 533, al indicar: “Tal figura constituye una excelente garantía para mi crédito y un eficaz medio de protección para mi patrimonio, en cuanto acreedor/deudor sinalagmático”.

paralizar el cumplimiento de la prestación que se le exige. Gracias a esta detención en el cumplimiento de la prestación, se evita poner en riesgo el patrimonio del deudor y a la vez sirve de coacción psicológica para que la contraparte cumpla primero su obligación¹⁷³.

Con todo, la finalidad primera de la *exceptio* es mantener viva la relación contractual y que ésta no quede rota por el incumplimiento de las partes. La excepción en este caso es una manifestación clara de querer seguir adelante con la ejecución del contrato.

No se puede perder de vista que, en el caso de que la intensidad del incumplimiento del demandante sea considerable, en el sentido de que cumpla el incumplimiento los requisitos de la resolución, el *excipiens* podría solicitar la resolución del vínculo contractual y así volver al estado en que se encontraba antes de contratar. Sin embargo, al elegir el camino de la *exceptio*, prefiere seguir adelante con la relación que le une con el demandante, y desde este punto de vista, la excepción de incumplimiento contractual cumple una función de intentar mantener intacto el negocio jurídico que se celebró.

¹⁷³ En este sentido PERSICO, G.: *L'eccezione...* op. cit., pág. 8. Y en sentido contrario AULETTA, G. G.: *La risoluzione per...* op. cit., pág. 300, quien señala que la *exceptio* sólo cumpliría una función de garantía y no de coacción psicológica.

CAPÍTULO III. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Presupuestos

La *exceptio non adimpleti contractus* exige determinados requisitos o presupuestos que se deben cumplir para que su ejercicio se ajuste al derecho y por ende cumpla con la función que se espera. Sabemos que la aplicación del instituto en estudio proviene principalmente de la deducción o interpretación de los artículos 1.100 y 1.124 del Código Civil. Dichos preceptos regulan situaciones provenientes de una relación obligatoria recíproca, refiriéndose a la compensación de la mora cuando ambas partes han retardado el cumplimiento de su obligación; y a la solicitud de resolución o cumplimiento forzoso, cuando una de las partes no ha cumplido con su obligación o lo ha realizado defectuosamente.

Pues bien, la *exceptio non adimpleti contractus* al igual que las figuras de la compensación de la mora y de la resolución de los contratos por incumplimiento, establecidos en los artículos 1.100 y 1.124 del C.C., tienen como fundamento o presupuesto la existencia de una relación obligatoria sinalagmática, debiendo existir una reciprocidad en el sentido de que los dos sujetos de la relación se encuentren obligados y que, por ende, ambos resulten también titulares de los correspondientes derechos de créditos.

No obstante, una de las diferencias en principio de este instituto con la resolución por incumplimiento, es que permite ejercerla en un momento anterior, es decir, antes de que se hubiere efectuado la prestación; en cambio la resolución por incumplimiento exige para su ejercicio, que el actor haya cumplido con lo pactado¹⁷⁴. Por consiguiente, para que la excepción en estudio pueda ser ejercitada es necesario, como señalan los artículos antes mencionados, que exista una obligación recíproca¹⁷⁵ o

¹⁷⁴ En este sentido, SANTOS BRIZ, J.: *Comentario del Código Civil*, coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta Libro IV de las obligaciones y contratos títulos I a III, Barcelona, 2006, Pág. 266.

¹⁷⁵ STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995\744), rechaza la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* por falta de reciprocidad en las obligaciones, dejando ver que es un requisito básico para la aplicación de la figura en estudio. En efecto, la Audiencia Provincial de Valencia confirma la Sentencia apelada y luego el Tribunal Supremo deniega el recurso interpuesto por los condenados, en la cual se declaraba haber lugar al cumplimiento de lo acordado entre las partes en contrato de 20 de abril de 1998, relativo a la separación del actor don Ángel O. A., de la entidad “Inmobiliaria Ochoa, SA”, reintegrando aquél a la sociedad las 400 acciones de que era titular y recibiendo de ésta la contraprestación que en el documento se especifica y de cada uno de sus consocios, don Andrés y don Antonio O.A., la suma de dos millones de pesetas e intereses correspondientes. Contra dicha resolución se interpuso recurso en el cual se denuncia respecto a lo que nos interesa la inaplicación de la excepción de contrato no cumplido. La Sentencia de la Audiencia deniega la excepción de contrato no cumplido y el Tribunal Supremo confirma dicho criterio al entender que: “...el contenido obligacional del documento de 20 de abril de 1998, aportado por el demandante (principalmente referido a la escrituración a favor de éste del inmueble de la c/Ruzafa núm. 23 y pago de 4.000.000 de pesetas al mismo por sus hermanos codemandados), esté sinalagmáticamente relacionado con el deber de abonar 1/3 de las deudas de “Almacenes Ochoa” que el propio actor asumió en otro documento de la misma fecha, a su vez aportado por los demandados (deber que es, el que éstos dicen, incumplido por el demandante), ya que, dice el juzgador, ni se diseña con nitidez la recíproca dependencia de las respectivas estipulaciones, ni el cumplimiento de lo pretendido en el proceso en curso por el demandante, impide llevar a cabo el resto de los pactos habido entre ellos [...]” En definitiva la Sentencia del Tribunal Supremo termina por confirmar el criterio de la Audiencia provincial, al ser a todas luces lógico que las obligaciones que alega incumplida los demandados corresponden a un vínculo obligacional completamente

sinalagmática y que éstas aún no se encuentren ejecutadas. Sin embargo, hace falta además, como estudiaremos a continuación, que nos enfrentemos a obligaciones de cumplimiento simultáneo y, que a la vez, dicha excepción sea ejercida de buena fe.

1.1. Obligaciones recíprocas o sinalagmáticas

Como ya hemos adelantado, el fundamento legal de la excepción estudiada se encuentra principalmente en los artículos 1.100 (parte final) y 1.124 del Código Civil.

Se debe tener presente además, que existe actualmente una propuesta para la modernización del Código Civil referente al Derecho de Obligaciones y Contratos preparado por la Comisión General de Codificación, el cual en su artículo 1.191 señala: «En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento».

Le sirve además como fundamento legal, lo señalado por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos que hace referencia a la excepción de

distinto y por ende, sin que exista la reciprocidad que exige para detener el cumplimiento de sus propias prestaciones.

incumplimiento contractual, al indicar en su artículo 9:201: “Derecho a suspender la ejecución de la prestación (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”.

Por su parte, el “Draft Common Frame of Reference”¹⁷⁶ en su libro tercero titulado “Derechos y obligaciones correspondientes” hace expresa referencia en su artículo 3:401 a la excepción de incumplimiento contractual y a la excepción por riesgo de incumplimiento al indicar:

- (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

¹⁷⁶ (DCFR), 2009, edición online, pág. 243.

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 losses 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".

Ahora bien, tanto los preceptos dispuestos en el artículo 1.124 y 1.100 del C.C., explican que tanto la figura de la resolución y de la compensación de la mora se aplica en aquellas obligaciones de carácter "recíprocas"¹⁷⁷, sin explicar claramente qué se debe entender por aquella reciprocidad.

La jurisprudencia, en este sentido, nos viene a dar las primeras luces. Es así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1954¹⁷⁸ nos señala que «El artículo 1.124 ha de ser interpretado restrictivamente y para

¹⁷⁷ STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\874) se refiere a los efectos que producen las obligaciones bilaterales, recíprocas o sinalagmáticas, señalando entre ellos a la resolución por incumplimiento que prevé el artículo 1124 del Código Civil; la compensación en caso de mora, que contempla el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil; y la necesidad de cumplimiento simultáneo de las mismas, lo que se conoce como *exceptio non adimpleti contractus*, que se desprende de los artículos 1.100, 1.124 y 1.308 del Código Civil.

¹⁷⁸ STS de 8 de julio de 1954 (RJ 1954\2027).

que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no solo que en el mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que las obligaciones de cada una de ellas hayan sido queridas como equivalente de la otra». A la vez, una Sentencia más reciente del Tribunal Supremo de 17 de junio 1994¹⁷⁹ nos señala que «...es bilateral o recíproco el contrato “que se basa en la contraposición de dos prestaciones” [...] entre sí enlazadas de un lado y otro y unidas por la nota de lo sinalagmático».

Esta bilateralidad de la obligación o sinalagmaticidad, a su vez, puede ser perfecta o imperfecta. Se distingue ya que existen contratos que, en un principio, sólo engendran obligaciones para una sola de las partes; sin embargo, durante la vida del contrato, pueden hacer nacer obligaciones para la parte que no resultaba en principio obligada¹⁸⁰.

Ahora bien, esto no significa que pierdan su carácter unilateral por la circunstancia de que, después de celebrados, puedan surgir obligaciones para las partes no originariamente obligadas; ya que no existe entre ambas

¹⁷⁹ STS de 17 de junio de 1994 (RJ 1994\4932), por su parte la STS de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7916), indica: “Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debido a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual [...]” Así mismo se refiere la SSTS de 22 de julio de 2008 (RJ 2008\4617),

¹⁸⁰ ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III. Obligaciones y Contratos, Madrid, 1983, pág. 366; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil...* op. cit., págs. 422 y 423.

obligaciones la nota de dependencia mutua o de condicionalidad que caracteriza a los contratos bilaterales propiamente dichos. Como sostiene OSSORIO MORALES¹⁸¹, en estos sinalagmáticos imperfectos en lugar de la *exceptio non adimpleti contractus* surge, a favor de la parte perjudicada, un derecho de retención (artículos 1.780 y 1.730 del C.C.), aunque este derecho no opera en todos los contratos bilaterales imperfectos.

Se presenta esta sinalagmaticidad imperfecta normalmente en el contrato de depósito o de mandato, donde la única obligación recae en principio sobre el depositario o mandatario, que debe restituir la cosa objeto del contrato o ejecutar la voluntad del mandante. No obstante, pueden surgir obligaciones en contra del depositante, como reembolsar los posibles gastos de conservación que haya obligado realizar la cosa objeto del contrato; o en el caso del mandante, reembolsar posibles gastos que haya debido sufragar el mandatario en la ejecución del mandato.

Por su parte, la doctrina¹⁸² indica que las obligaciones recíprocas son aquellas en las cuales los dos sujetos de la relación se encuentran

¹⁸¹ OSSORIO Y MORALES, J.: "Notas para una teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado*, 1965, pág. 1.098 y sgtes.

¹⁸² Entre otros, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., págs. 692-696. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...* op. cit., pág. 144. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit., pág. 193. Importante es destacar la opinión de CLEMENTE MEORO, M E.: *La facultad de resolver...* op. cit., págs. 93 y sgtes., que señala respecto a la sinalagmaticidad lo siguiente: "La sinalagmaticidad va más allá de la simple relación entre dos obligaciones que tiene idénticos titulares que ocupan las posiciones de acreedor uno y deudor otro, la sinalagmaticidad es más bien una cualidad derivada del hecho de que las obligaciones nacen como recíproca la una de la otra y, por tanto, la reciprocidad es inherente a la obligación". Luego agrega: "Los contratos pueden ser bilaterales sin ser

obligados y, por ende, ambos resultan también titulares de los correspondientes derechos de créditos. Razón por la cual, están en relación de condicionalidad mutua, o de concausalidad¹⁸³ y se consideran subjetivamente como equivalentes.

Ahora bien, como precisa la sentencia anteriormente expuesta debe existir además una reciprocidad. En efecto, para que podamos hablar de relaciones obligatorias recíprocas deben existir obligaciones conexas¹⁸⁴ y a la vez interdependientes. Es decir, que cualquier acontecimiento que suceda en torno a la existencia de la obligación de una de las partes va a afectar directa o indirectamente la existencia de la obligación de la otra parte¹⁸⁵.

Esta reciprocidad o sinalagma debe presentarse siempre en aquellas obligaciones que las partes han tenido como paralelo o equivalentes, y no

sinalagmáticos, como cuando algunas o todas las obligaciones que recíprocamente corresponde a ambas partes nacen como legal o convencionalmente independientes”.

¹⁸³ Ahora bien, no ha faltado opiniones críticas con esta corriente doctrinal, como la apoyada por ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del...* op. cit., págs. 35-36. Para este autor la reciprocidad de las obligaciones bilaterales supone correlación entre las mismas, pero no mutua causalidad o interdependencia. Señala que aquellas nacen de la necesidad de satisfacer intereses opuestos o al menos diferentes, obedeciendo a distintas finalidades, como en la compraventa donde el comprador busca adquirir la cosa y el vendedor obtener el precio.

¹⁸⁴ GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el derecho romano*, vol. II Madrid, 1928, pág. 474, distingue obligaciones conexas por razón de las personas del acreedor o deudor, por motivo de la *causa debendi* y por razón de la prestación, que debe constituir el objeto de las obligaciones mismas.

¹⁸⁵ La STS de 9 de julio de 1991 (RJ 1991\5336) deniega la *exceptio non adimpleti contractus* alegada por el vendedor al entender que la obligación de escriturar que se imponía a la vendedora no era interdependiente o conexas a la obligación del vendedor de reintegrar los gastos de parcelación. En este mismo sentido STS de 13 de abril de (RJ 1992\3100).

respecto de otras obligaciones accesorias que pudieran derivar de la relación obligatoria¹⁸⁶. Lo cual no significa que deba existir entre ambas prestaciones una equivalencia objetiva contrastable con arreglo a parámetros externos, pero sí que en el plano subjetivo de los obligados recíprocamente han sido queridas y convenidas como equivalentes¹⁸⁷.

Es oportuno mencionar en este punto, que la reciprocidad se presenta durante toda la vida de la obligación, desde el momento inicial o causal de la perfección del contrato, hasta el posterior desarrollo de la relación

¹⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op.cit., pág. 374. Explica la cuestión diciendo: "La nota característica de las relaciones obligatorias sinalagmáticas se encuentra en la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, de manera que cada uno de ellos, en relación con el otro, funciona como contravalor o contraprestación. Agregando más adelante que: "La interdependencia se produce entre las obligaciones cuyo objeto es la prestación principal pero no entre todos los deberes que nazcan de las relaciones obligatorias".

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: "La regla de la simultaneidad..." op. cit., pág. 405. Sobre la conexidad PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 626 señalan: "La conexidad entre créditos es necesaria; pero dado que la excepción no se limita a las relaciones convencionales ni, en cuanto a las relaciones no convencionales, se reduce a la retención de cosas corporales, no exigiendo tampoco la conexidad objetiva, el radio de acción de la conexidad, relación puramente intelectual, es sumamente amplio". Concluyendo que: "La noción de conexidad, por tanto no nos ofrece gran utilidad en cuanto a ser base de la limitación del radio de la excepción de incumplimiento; pero en otro terreno hallamos las restricciones necesarias".

contractual. En este sentido la doctrina¹⁸⁸ distingue entre “sinalagma genético” y “sinalagma funcional”¹⁸⁹.

Por tanto, la doctrina mayoritaria ha entendido como sinalagma genético aquel que se presenta en la génesis de la relación obligatoria y en que cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación. En efecto, cada uno de los deberes de prestación es la causa o razón del deber de prestación propio, por lo cual la desaparición de aquel deber de prestación de la contraparte deja sin razón de ser su propio deber de prestación¹⁹⁰.

En cambio el sinalagma funcional, como dijimos, se presenta durante la vida de la obligación, y como consecuencia del enlazamiento de las prestaciones obliga a cumplir dichos deberes al mismo tiempo¹⁹¹.

¹⁸⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit., pág. 193, luego de explicar en qué consiste una obligación sinalagmática, indica que se distinguiría luego, desde Bechmann, sinalagma genético y sinalagma funcional (expresión, este último, de la continuidad de la influencia de la causa en toda la vida del contrato). Así lo explica también PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil...* op. cit., pág. 113.

¹⁸⁹ La doctrina jurisprudencial también reconoce este doble sinalagma, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1965 (RJ 1965\4056) y 25 de junio y 22 de octubre de 1985 (RJ 1985\3314 y RJ 1985\4963).

¹⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 375.

¹⁹¹ Esta regla de cumplimiento simultáneo se recoge en diversas normas de orden europeo, entre ellas el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980. Este convenio en su artículo 58.1 señala: “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”. En un mismo sentido, se refiere el artículo 7:104 de Principios de Derecho

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1994¹⁹² señala que «... en las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genético en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte de la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazado ambos deberes que tienen que cumplirse simultáneamente».

En definitiva, podemos señalar que la *exceptio non adimpleti contractus* es uno de los resultados o efectos de la relación obligatoria sinalagmática, dentro de las cuales se puede mencionar además la resolución del contrato por incumplimiento, el especial régimen de la compensación de la mora y la incidencia en el reparto de los riesgos por pérdida de la cosa o imposibilidad sobrevenida de la prestación. Esto debido a que, por principios de equidad, no se justifica que si las partes deben cumplir en el mismo tiempo o momento, la parte que no ha cumplido con su prestación pueda exigir su cumplimiento sin que la otra parte se oponga.

Por contrapartida, no será posible ejercitar la excepción de contrato no cumplido sobre el incumplimiento de aquellas obligaciones que no tengan el carácter de recíprocas o interdependientes. El tribunal, en este sentido,

Europeo de los contratos, al señalar: “...siempre que las prestaciones de las partes puedan cumplirse de manera simultánea, las partes habrán de cumplirlas simultáneamente, salvo que las circunstancias indique otra cosa”.

¹⁹² STS de 18 de noviembre de 1994 (RJ 1994 \ 9322).

deberá sopesar la existencia de la interdependencia requerida para el ejercicio de la *exceptio*, debiendo denegarla en aquellos casos en que no se presente.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1991¹⁹³. Dicha Sentencia, frente a un caso de compraventa de un bien inmueble, en el cual se demanda por la compradora la escrituración de la propiedad adquirida, determina denegar la *exceptio* interpuesta por la sociedad vendedora al entender que la obligación de reintegrar los gastos de parcelación por parte del comprador, no resultaba interdependiente o conexas a la de escriturar que le cabía a la vendedora.

Se debe tener presente además que, para hacer valer la *exceptio* no es suficiente que la relación sinalagmática sea funcional, sino que también es

¹⁹³ STS de 9 de julio de 1991 (RJ 1991\5336). Sobre esta Sentencia Díez Soto, M.: “9 de julio de 1991. Compraventa de inmuebles. Obligación de otorgar escritura pública de venta. *Exceptio non adimpleti contractus*. Cláusula penal”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 26, 1991, pág. 681 y sgtes, se refiere señalando: “Pues es que, además, la exigibilidad del otorgamiento de escritura pública, en los casos en que aparece legalmente prevista, no puede quedar en modo alguno limitada ni condicionada por la dinámica propia del sinalagma funcional; en otras palabras, la falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes podrá justificar el que deniegue el cumplimiento de las propias obligaciones (*exceptio non adimpleti contractus*), o que se opte por resolver el contrato, cuando concurran los requisitos para ello, pero no podrá justificar, en ningún caso, que se utilice la *exceptio* para legitimar el incumplimiento de la obligación a escritura pública el contenido del contrato ya celebrado y válido”. Por su parte la STS de 13 de abril de 1992 (RJ 1992\3100) señala: “[...] no existe una mutua interdependencia y conexión en orden al cumplimiento por el comprador de su obligación de pago del precio que nació por la simple entrega de la cosa vendida y esta falta de un requisito administrativo previo a la actuación urbanística a que se destinaba la finca y cuya obtención no estaba condicionada a la venta, por lo que resulta fuera de toda duda que el comprador recurrente no puede invocar a su favor como se hace en el motivo el principio de la *exceptio non adimpleti contractus*”.

importante que dicho sinalagma se encuentre en vigor, puesto que, el fin de la excepción es poder paralizar en forma temporal el cumplimiento; y para esto es vital que no se haya declarado resuelto, o extinguida la relación contractual¹⁹⁴.

1.2. Obligaciones de cumplimiento simultáneo

La especial estructura de la relación sinalagmática, que frecuentemente se presenta bajo la forma de contratos con obligaciones recíprocas, en los cuales cada una de las partes es, al propio tiempo, acreedora y deudora de la otra, permite el que una de ellas, sin haber previamente cumplido la obligación que le corresponde, exija el cumplimiento al otro contratante, o alegando el incumplimiento de éste pida la resolución del contrato. Como esta posibilidad de pedir la resolución o de exigir la contraprestación sin haber cumplido la obligación que al actor corresponde, choca con el principio de la simultaneidad del cumplimiento, que rige como regla general en materia de ejecución de las obligaciones recíprocas, el derecho ofrece medios que impidan este abuso por parte de uno de los acreedores¹⁹⁵.

¹⁹⁴ En este sentido, se pronuncia la STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009\1946) que señala: “Por ello, la excepción de contrato no cumplido no tiene aplicación cuando el sinalagma funcional derivado del contrato ha quedado extinguido, lo que no es incompatible con que las prestaciones restitutorias postcontractuales o propias de la liquidación del contrato se rijan por la misma regla [...]”

¹⁹⁵ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los...* op. cit., pág. 235 y sgtes.

En efecto, una de las formas en que el deudor puede hacer valer este principio de interdependencia y simultaneidad de ejecución es a través de la excepción de contrato no cumplido. Tanto el acreedor solicite el cumplimiento, o la resolución del contrato; el *excipiens* podrá defenderse alegando que el acreedor por su parte no ha cumplido ni ha ofrecido cumplir con su prestación.

Por consiguiente, la figura en estudio exige para su aplicación que nos enfrentemos ante obligaciones de cumplimiento simultáneo y por ende no exista un término a favor de quien demanda el cumplimiento¹⁹⁶. Si una de las partes tiene a su favor un plazo, por lo que pudiendo invocar a su amparo la excepción de contrato no cumplido, no puede en cambio serle opuesta cuando pretenda precisamente obtener el previo cumplimiento de la otra parte; goza de una situación tan privilegiada que dicho beneficio del término, combinado con la excepción, le situaría en la posibilidad legal de obtener su pretensión; aunque por las circunstancias concurrentes no pudiere cumplir, por su parte, su prestación¹⁹⁷.

No obstante, hay que tener presente que el acreedor con beneficio de plazo no podrá exigir el cumplimiento en los casos que legalmente pierde el derecho a usar ese beneficio; que son, según el artículo 1.129 del C.C., los siguientes: «1. ° Cuando después de contraída la obligación, resulte el

¹⁹⁶ STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\874) se pronuncia en este sentido señalando que la excepción de contrato no cumplido no es aplicable cuando en el propio contrato se ha previsto que la obligación de una de las partes está aplazada. En este mismo sentido STS de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010\2538).

¹⁹⁷ ESPÍN CÁNOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento...” op. cit., pág. 564.

deudor insolvente, salvo que garantice la deuda. 2.º Cuando no otorgue el acreedor las garantías que estuviese comprometido. 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que inmediatamente sean sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

En otros ordenamientos, se llega un poco más lejos inclusive, al posibilitar a quien debe cumplir primeramente, para que se niegue a realizar su prestación cuando exista el simple riesgo de insolvencia futura, sin que exista una insolvencia actual y comprobada que pueda provocar la pérdida del beneficio del plazo¹⁹⁸.

¹⁹⁸ El artículo 1.461 del Codice Civile señala a su respecto: “ciascun contraente può sospendere l' esecuzione della pretazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell' altro sono diventue tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della contraprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia”. Por su parte, el cuerpo normativo Alemán, en el 321BGB señala: “El que se ha obligado por un contrato bilateral a cumplir anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe cuando después de celebrarse el contrato se ponga de manifiesto que su pretensión a la contraprestación pelagra por la escasa capacidad de la contraparte. El derecho a denegar la prestación decae cuando se efectúe la contraprestación o se preste garantía para ella. El obligado a cumplir en primer lugar puede establecer un plazo razonable dentro del cual la contraparte deberá efectuar la contraprestación inmediatamente a la prestación del primero o le preste una garantía su elección. Una vez transcurrido el plazo sin éxito, el obligado a cumplir en primer lugar puede resolver el contrato. Será de aplicación lo dispuesto en el 323BGB”. De un modo similar se refiere el Código Civil portugués en su artículo 429, al señalar que el contrayente obligado a cumplir en primer lugar “tiene la facultad de rehusar la respectiva prestación en tanto el otro no cumpla o no dé garantías de cumplimiento si posteriormente al contrato se verificara alguna de las circunstancias que compartan la pérdida del beneficio del plazo”. En este mismo sentido, también es posible relacionar el artículo 8:105 de Principios de Derecho Europeo de los contratos que permite no ejecutar la prestación debida en caso de que exista temor razonable de que pueda producirse un incumplimiento esencial por la contraparte. Pudiendo, en dicho caso, exigir una caución que garantice su cumplimiento.

Pues bien, sabemos ya que como consecuencia del sinalagma funcional que deriva de las obligaciones recíprocas, su cumplimiento se debe realizar respetando el principio de la simultaneidad; esto se contempla en diversos artículos del Código Civil, fundamentalmente en los artículos 1.110 párrafo 3º, 1.308, 1.466 y 1.500 del C.C., pero no se establece en el Derecho español una regla expresa que señale los tiempos del pago o cumplimiento de una obligación, a diferencia de otros Códigos Civiles¹⁹⁹. Se debe deducir de las normas establecidas en los artículos 1.113 y 1.125 del C.C. Dichos artículos se refieren a las obligaciones puras y sujetas a término, con lo cual interpretándose coordinadamente se puede señalar que el momento del pago dependerá de la clase de obligación.

Si es pura o está sometida a condición resolutoria, “será exigible desde luego”, como dice el artículo 1.113 del Código Civil. Esta regla será aplicable cuando no exista determinación de tiempo. Si la obligación está sometida a condición suspensiva, será exigible cuando la condición se

¹⁹⁹ Dentro de estos Códigos encontramos el alemán, que señala en su artículo 271 ap. I “Si el plazo de cumplimiento no se ha establecido ni puede deducirse de las circunstancias, el acreedor puede exigir el cumplimiento inmediatamente y el deudor puede cumplir su parte inmediatamente”. Por su parte el Código de Obligaciones Suizo en su artículo 75 señala: “...en defecto de término estipulado o que resulte de la naturaleza del negocio, la obligación puede ser ejecutada y la ejecución puede ser exigida inmediatamente”. También el Código italiano contiene esta norma en su artículo 1.183 señalando: “Si no está determinado el tiempo en que la prestación debe ser realizada, el acreedor puede exigirla inmediatamente. Sin embargo, cuando, en virtud de los usos o por la naturaleza de la obligación o bien por el modo o el lugar de la ejecución, sea necesario un término, éste, en defecto de acuerdo de las partes, será establecido por el juez”.

cumpla (artículo 1.114 C.C.), y si se halla sometida a plazo, cuando el día llegue (artículo 1.125 C.C.)²⁰⁰

La propuesta para la modernización del Código Civil referente al Derecho de Obligaciones y Contratos preparado por la Comisión General de Codificación, establece en el artículo 1.117 en su apartado primero, referente a las obligaciones de plazo, que «será inmediatamente exigible la obligación que no tenga plazo de cumplimiento, ni quepa deducirlo de los usos». Por lo tanto, si el contrato nada dice respecto del plazo de cumplimiento de la obligación, se entiende que ésta se puede exigir de forma inmediata. Con esta disposición, la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos establece el cumplimiento simultáneo como regla general de cumplimiento; toda vez que si no se establece plazo para el cumplimiento de las obligaciones, éstas deberán de cumplirse de forma inmediata o en el momento que se exija por la contraparte.

Por su parte el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, en su artículo 58. 1 y *Sales of good acts* en su artículo 28; disponen que, en la medida de lo posible, las obligaciones derivadas de un contrato deben prestarse simultáneamente. El Convenio de Viena vincula el momento del pago del precio y el de entrega de las mercancías. A partir del momento en que la compraventa no es celebrada

²⁰⁰ PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil...* op. cit., pág. 271. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código...* op. cit., pág. 1307 señala sobre el artículo 1.113 lo siguiente: “La obligación se presume pura. Quien sostenga la existencia de condición deberá probarlo” (STS 21 abril 1987 [RJ 1987, 2720]).

a plazos, no hay motivos para que el pago del precio se haga antes o después de la entrega de la cosa vendida. El comprador debe pagar el precio en el momento de la entrega. Esto conforme al principio del cumplimiento simultáneo de las obligaciones de las partes en un contrato sinalagmático, principio que justifica la excepción de contrato no cumplido²⁰¹.

Esta regla, inicialmente propia de la compraventa, puede considerarse una exigencia de justicia para las obligaciones recíprocas y se afirma con carácter general en los textos armonizadores (7.104 PECL, 6.1.4 [1] PU). Naturalmente, la posibilidad o no de exigir simultaneidad dependerá mucho de la naturaleza de las obligaciones, su distribución temporal y los usos. Los PU han convertido en regla uno de ellos al establecer que si una de las obligaciones tiene carácter continuo, debe cumplirse en primer lugar (6.1.4 [2] PU). Cuando la simultaneidad sea exigible, la parte dispuesta a cumplir tiene derecho a no hacerlo si la otra no cumple u ofrece cumplir la suya (9.201 PECL)²⁰².

²⁰¹ LARROUMET, C.: *Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá, 2003, pág. 455.

²⁰² FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: "Cumplimiento y extinción del contrato", AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, coords. S. Cámara Lapuente, Madrid, 2003, pág. 509. MADRID PARRA, A.: *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Navarra, 2003, pág. 290, señala sobre el artículo 6.1.4. lo siguiente: "Este artículo ofrece más apariencia de recomendación que de precepto o norma jurídica. Es un principio que más bien encierra un consejo: hay que hacer lo posible para que la realización de las prestaciones de una y otra parte sea simultánea. Ese es el criterio último o final". Agregando luego: "Evidentemente se ha de aplicar en primer lugar lo dispuesto en el artículo 6.1.1: cada parte cumplirá su obligación en el momento estipulado en el contrato o determinado conforme a lo pactado. La cuestión se plantea especialmente en

De la misma manera, el “Draft Common Frame of Reference” (DCFR)²⁰³ establece en su libro tercero titulado “Derechos y obligaciones correspondientes”, el orden de ejecución de las obligaciones, señalando en su artículo 2:104 que: «If the order of performance of reciprocal obligations cannot be otherwise determined from the terms regulating the obligations then, to the extent that the obligations can be performed simultaneously, the parties are bound to perform simultaneously unless the circumstances indicate otherwise».

1.3. Incumplimiento de las obligaciones

Ante el deber de cumplir exactamente la prestación debida, el obligado puede dejar totalmente incumplida la obligación, siendo ésta la situación más extrema de incumplimiento o puede cumplir ciertas prestaciones dejando incumplidas otras; puede cumplir pero con retraso o puede incurrir en el cumplimiento defectuoso de la obligación.

El incumplimiento total de la prestación debida ocurre cuando la conducta del deudor lesiona definitivamente el derecho del acreedor, es decir, cuando el interés del acreedor queda definitivamente desatendido con la conducta del obligado. Esta es la situación más extrema, en el sentido de que el acreedor de la obligación sinalagmática se enfrenta ante

los contratos bilaterales en los que no se haya fijado un momento preciso para la ejecución de cada prestación. Debiendo las partes realizar prestaciones recíprocas, suscita la cuestión práctica acerca de cuál de ellas se ha de llevar a cabo primero. ¿Se ha de entregar antes el precio o la mercancía? El artículo sigue un criterio razonable y adopta una solución equitativa: las partes cumplirán sus obligaciones en forma simultánea”.

²⁰³ Draft common Frame of Reference, Edición Online, 2009, pág. 234.

un incumplimiento absoluto y además su contraparte le solicita el cumplimiento de su prestación, es frente a este supuesto de hecho que con mayor claridad se puede apreciar la justificación del ejercicio de la *exceptio*. Es un claro ejemplo de incumplimiento recíproco y donde la *exceptio non adimpleti contractus* tiene amplia cabida. Pues es fácil distinguir la existencia del presupuesto de incumplimiento al no haber existido ni siquiera un inicio de actividad por ninguna de las partes del contrato.

En cambio, en otras situaciones de cumplimiento, pero donde éste no se ha ajustado a lo establecido según la relación obligatoria, como cuando existe un cumplimiento con retraso, parcial o defectuoso; la situación de incumplimiento es más difícil de identificar y por ende más compleja la aplicación de la *exceptio*, al no saber cuál de sus modalidades (*exceptio non adimpleti contractus* o *exceptio non rite adimpleti contractus*) es la que debe ser ejercitada para cada situación de incumplimiento. Además, como analizaremos a continuación, no siempre es fácil conocer las características que debe presentar el incumplimiento para saber si es procedente o no el ejercicio de la *exceptio*, cuestión que por uno u otros motivos se asimila muchas veces a las características del incumplimiento que se exige para el ejercicio de la resolución.

1.3.1. Obligación del excipiens y demandante no ejecutadas

La *exceptio non adimpleti contractus* no procede cuando el contrato quedó ya cumplido y extinguido por su vigencia temporal. En este sentido, se

pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de julio de 1993²⁰⁴ al señalar: «La alegación del supuesto incumplimiento contractual por una de las partes (*exceptio non adimpleti contractus*), que sería plenamente adecuada y procedente si el objeto litigioso versara sobre la pretensión de cumplimiento de dicho contrato, deducida por la parte supuestamente incumplidora, resulta totalmente extemporánea e inoportuna, cuando el contrato quedo ya cumplido y extinguido por expiración de su vigencia temporal; y lo único que pretende una de las partes es la liquidación de las cuentas entre ellas, como consecuencia del expresado cumplimiento».

Es importante para que pueda oponerse la excepción de incumplimiento que tanto el *excipiens* como el demandante sean titulares de un crédito y deudores a la vez del mismo derecho que se reclama.

Por consiguiente, desde el punto de vista del demandado, éste debe ser efectivamente deudor de la prestación que se le demanda, pues si no debe nada; si debe algo distinto a lo que se le solicita; o si su negativa al cumplimiento se fundamenta en otro motivo distinto de la inejecución del contracrédito, no procede la *exceptio non adimpleti contractus*²⁰⁵. Y desde la posición del demandante es necesario que no haya cumplido u ofrecido cumplir la prestación a su cargo, y que a la vez, al demandado no le corresponda cumplir anticipadamente su obligación.

²⁰⁴ STS de 6 de julio de 1993 (RJ 1993\5797).

²⁰⁵ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 54.

Por lo cual, la falta de cumplimiento del demandante constituye uno de los presupuestos básicos y fundamentales para el buen ejercicio de la *exceptio*.

Queda patente esta idea en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1993²⁰⁶, al señalar que «en las obligaciones recíprocas, sin cumplir no se puede exigir las de la contraparte».

La jurisprudencia además señala que se considerará inexecución o incumplimiento la realización de una prestación diversa de la comprometida; que comprende todos los casos de entrega de una cosa distinta de la pactada, como los de inhabilidad de la entregada al fin propio de su destino, con la consiguiente insatisfacción del acreedor²⁰⁷.

Ahora bien, cabe preguntarse si basta dejar de cumplir cualquier prestación para entender cumplido este presupuesto, o por el contrario, es necesario que se incumplan ciertos tipos de prestaciones para que se dé por cumplido este requisito. A la vez, también cabe analizar si es necesario un incumplimiento grave o de carácter resolutorio para el ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual.

a) *El incumplimiento esencial*

Se sostiene, por parte de la jurisprudencia, la necesidad de que exista un incumplimiento esencial, entendiendo que no se puede justificar el

²⁰⁶ STS 1 marzo de 1993 (RJ 1993 \ 2030).

²⁰⁷ STS 7 de mayo de 1993 (RJ 1993 \ 3466), 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994 \ 8482) y 17 de mayo de 1995 (RJ 1995 \ 3925).

ejercicio de la *exceptio* ante incumplimientos menores o que no revista una determinada gravedad²⁰⁸.

Así lo indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1985²⁰⁹, al rechazar la *exceptio non adimpleti* ejercida ante la demanda de cumplimiento del contratista en contra del comitente por el precio debido, al indicar que «... la excepción no puede ser alegada cuando lo cual realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado, y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación de los contratos no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio... »

En efecto, el Tribunal en este caso niega de modo claro y preciso que los defectos de la máquina construida tuvieran la sustantividad propia a que se refiere la doctrina jurisprudencial citada. Confirmando por ello la de primera instancia, que declaró la existencia de defectos de construcción subsanables. Por este motivo, la Sentencia del Supremo rechaza la *exceptio non rite adimpleti contractus* opuesta por el demandado y confirma la

²⁰⁸ VERDERA SERVER, R.: “Atipicidad contractual y remedios sinalagmáticos: La *exceptio non adimpleti contractus*. Comentario a la Sentencia del TS de 17 de febrero 1998”, *Revista de Derecho Patrimonial*, número I, 1998, pág. 196.

²⁰⁹ (RJ 1985\2388), en este mismo sentido SSTs (RJ 1971\4974), (RJ 1975\18), (RJ 1979\871 Y 3236).

sentencia de primera instancia que, entendido que los defectos de la máquina, sólo posibilitaban opción a disminuir el precio pactado.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2007²¹⁰, en el cual el supuesto de hecho versaba sobre contrato de cesión o aportación de solar a cambio de obra de pisos y plazas de aparcamiento. En el cual la constructora demandaba, entre otras cosas, la recepción de la obra por la demandada de los inmuebles construidos. La cual esta última se negaba, al entender que no se ajustaba al proyecto de edificación contemplado. El Tribunal entiende, entre otras cosas, que la correcta excepción que debía ejercitarse era la *exceptio non rite adimpleti contractus* y no la excepción de contrato no cumplido, pues no se puede considerar que los defectos aducidos por la demandada se encuadren dentro de la figura de incumplimiento contractual. Pero además entiende que el incumplimiento alegado por la demandada, que consistía en no existir una correcta separación de las plazas de garaje entregadas del resto de las plazas de la finca, y del cambio unilateral de salidas de emergencias, supresión de aseos, cambios de arquetas y sistema de extracción de gases; no suponen un incumplimiento básico o grave que justifique la *exceptio*. De lo contrario, señala esta sentencia, se estaría vulnerando el principio de la buena fe y el equilibrio de las prestaciones.

Debiendo entender además como entidad suficiente el incumplimiento de aquellas obligaciones que se refieren a la esencia de lo pactado, a las

²¹⁰ (RJ 2007\8646)

obligaciones principales contraídas por el actor y no a prestaciones accesorias o complementarias cuya inejecución no hubiera debido impedir al oponente la consecución del fin económico del contrato.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio 1991²¹¹ «... Siendo bueno constatar la doctrina de esta sala que tiene establecido que para producirse un pronunciamiento absolutorio en virtud de la citada excepción, es requisito indispensable que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que, en su caso, signifique el daño originado por el incumplimiento del demandante, tenga la suficiente entidad como para determinar, que el otro contratante quede exonerado de su obligación de pago, al ser obvio que cualquier incumplimiento no hace presumible postular tal exoneración, habida cuenta que la conclusión contraria llevaría a la consecuencia inadmisibles de introducir un desequilibrio en las prestaciones».

El tribunal en este caso, entre otros argumentos, entiende que el incumplimiento del demandante no es esencial, toda vez que la obligación de alejarse de un proceso penal incoado por el demandante, constituye una obligación accesoria a las de ceder los derechos en un negocio, que sería la obligación principal.

Así la Sentencia de 23 de enero de 1990²¹², la cual rechaza la acción resolutoria ejercida en un contrato de compraventa ejercida contra el

²¹¹ SSTS 12 de julio 1991 (RJ 1992 \ 1547), 4 de octubre de 1983 (RJ 1983 \ 5227), 10 de mayo de 1989 (RJ 1989 \ 3679), 17 de febrero de 2003 (RJ 2003 \ 1165).

²¹² SSTS 23 de enero 1990 (RJ 1990 \ 18) y 3 de junio 1994 (1994 \ 4576).

vendedor, por entender que sólo el incumplimiento de las obligaciones principales de un contrato bilateral autoriza para solicitar, con base en el mismo, su cumplimiento forzoso o su resolución.

En este mismo sentido se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1995²¹³, al señalar que el incumplimiento accesorio no tiene cabida en la *exceptio non adimpleti contractus*; ya que, atendida la escasa entidad de la prestación complementaria incumplida, el incumplimiento no frustra las legítimas expectativas del comprador y, por ende, no evidencia la frustración del contrato. El Tribunal, en este caso, desestima la *exceptio non adimpleti contractus* ejercitada por la parte compradora, demandada, recurrente; frente a la acción resolutoria ejercitada por la parte vendedora, demandante, recurrida. Por entender que las obligaciones principales del contrato de compraventa del caso, corresponden a la entrega del local (carnicería) por parte del vendedor y el pago del precio por la entrega de dicho local por parte del comprador. Se entiende por el Tribunal, que la obligación incumplida por el vendedor de no entregar la totalidad de utensilios, maquinarias e instalaciones que permitiera explotar el negocio constituye un incumplimiento accesorio que no da cabida a la excepción de incumplimiento contractual. Ya que atendida la escasa entidad de la prestación complementaria incumplida, ello no frustra las legítimas expectativas del comprador y por ende, no evidencia la frustración del contrato de compraventa para el apelante.

²¹³ STS 19 de junio 1995 (RJ 1995\5321) y 20 de junio de 2002 (RJ 2002\5256).

Sobre este mismo punto se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2008, al entender que: «Sin embargo, el caso aquí enjuiciado no está partiendo de un incumplimiento grave de la obligación principal de “Coloranda, SL”, como pretende el recurrente pues no se trata un incumplimiento de la obligación principal de pago que permitiría no aplicar, según esta doctrina, la cláusula penal, sino de un incumplimiento defectuoso de la obligación principal (*exceptio non rite adimpleti contractus*) ya que el retraso en el pago no puede equipararse al no pago. La Sentencia recurrida tilda este incumplimiento defectuoso de carente entidad decisiva teniendo en cuenta la prueba documental y la actitud del demandado Ignacio, que no reaccionó ante el retraso en el pago, por lo que partiendo de esta base fáctica, el recurrente incurre en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, pues parte de un supuesto de hecho diferente (incumplimiento grave de la obligación principal) para aplicar las consecuencias de la doctrina anteriormente descrita, cuando la sentencia recurrida declara probado un incumplimiento defectuoso de entidad no decisiva».

En efecto, en el incumplimiento esencial se pueden diferenciar dos características o ítems distintos, el primero es la gravedad del incumplimiento, desde el punto de vista de su existencia o entidad. Es decir; desde el punto de vista cuantitativo el incumplimiento tiene relevancia y, por ende, debe ser considerado como grave.

Luego, se puede considerar esencial un incumplimiento desde la perspectiva del tipo de prestación incumplida. En el fondo teniendo en

consideración si las prestaciones que se han incumplido son aquellas tenidas en cuenta por las partes como principales o accesorias. Siendo esencial en este caso, el incumplimiento de las obligaciones consideradas como principales por las partes del contrato.

Por lo tanto, para que estemos frente a un incumplimiento esencial, la falta de cumplimiento se debe referir a una prestación principal y, a su vez, que dicho incumplimiento presente cierta relevancia desde el punto de vista de su importancia²¹⁴.

b) *Incumplimiento resolutorio*

Sabemos que lo que se busca con el ejercicio de esta excepción no es dejar de cumplir lo pactado, sino oponerse al cumplimiento de forma temporal, debido a que no se ha llevado a cabo la prestación por la contraparte. En este sentido, es discutible creer que para el ejercicio de esta *exceptio* la parte demandante deba incurrir en un incumplimiento de carácter resolutorio²¹⁵.

²¹⁴ Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se refiere al incumplimiento esencial en su artículo 8:103 al indicar: “El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”.

²¹⁵ En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: “La regla de la simultaneidad...” op. cit., pág. 420. Al señalar: “...a diferencia del incumplimiento resolutorio, el justificativo de la excepción no tiene por qué ser consecuencia de una conducta obstativa que de modo absoluto y definitivo frustre el fin del contrato, siendo bastante un incumplimiento meramente temporal de aquel a quien se opone”. Para ver

En efecto, si una de las funciones de la *exceptio* es contribuir a preservar el equilibrio durante la vida de la relación, parece poco razonable aplicarla sólo en aquellos casos de incumplimientos considerados como esenciales. Esto tendría consecuencias negativas, ya que la aplicación de esta figura se presenta frecuentemente en aquellos casos de ejecuciones parciales o deficientes, lo cual produciría una falta de protección para aquellos deudores que no pueden recurrir a la resolución por incumplimiento²¹⁶.

Por lo demás, hay que entender que en materia de resolución se exige un incumplimiento resolutorio en razón a proteger la estabilidad de los contratos, velar de algún modo por su conservación e impedir, por tanto, desvinculaciones del acreedor solvente poco (*objetivamente*) justificadas o caprichosas²¹⁷. Lo cual, como señalamos, no se produce en materia de excepción de contrato no cumplido; ya que lo que busca el demandado en

más sobre el incumplimiento resolutorio revisar MONTES PENADES, V. L.: “Comentarios al artículo 1.124 del Código Civil” en *comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XV, vol. I, Madrid, 1989, pág. 1230 y sigte.

²¹⁶ En sentido se refiere CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* al señalar: “Las consecuencias negativas a que conduce esta injustificada exigencia son: se dificulta extraordinariamente la estimación de la excepción de incumplimiento precisamente en los casos en que más vitalidad práctica tiene la figura y en que más frecuentemente es alegada (que son los casos de ejecuciones parciales o deficientes) llegando casi a vaciarla de contenido [...]”

²¹⁷ ALVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los...* op. cit., 213 señala: “Para que dé lugar a la resolución el incumplimiento ha de revestir cierta gravedad e importancia, ya que sería contrario a la buena fe, que debe presidir el desenvolvimiento de las relaciones contractuales, el que una parte solicitara una medida tan radical y rigurosa como es la resolución del contrato por infracciones de la otra parte que desempeñen un papel muy secundario dentro de la totalidad de la economía de la relación obligatoria bilateral”. JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992, pág. 174.

este caso es que el demandante cumpla con lo estipulado y no desvincularse de la relación.

Debiendo tener presente, además, que en materia de compraventa el artículo 1.502 del Código Civil se encuentra en la misma línea con lo recién comentado, ya que otorga la posibilidad al comprador de suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro en la pacífica posesión y dominio del comprador. Por tanto, esta disposición concede la excepción de contrato no cumplido al comprador, ya que si el vendedor no cumple con una de las obligaciones del contrato (obligación no principal) el comprador podrá oponerse al cumplimiento, suspendiendo la parte del precio debida.

Está fuera de discusión que garantizar la pacífica posesión de la cosa vendida no es una obligación principal, sino más bien accesoria, no obstante el Código permite oponer la *exceptio* en estudio.

Por otra parte, es plausible entender que habrá que poner atención a la mantención de un relativo equilibrio en la prestaciones que debe ejecutar cada parte, y no atender a si se ha incumplido una obligación principal o accesoria; ya que, como se advierte por MONTES PENADÉS, “hay prestaciones accesorias que son necesarias, a modo de condiciones *sine quibus non* de la satisfacción del acreedor”, y “prestaciones accesorias sin las cuales carece de sentido el objetivo que se han propuesto las partes del contrato”²¹⁸. En este sentido, una determinada prestación, meramente

²¹⁸ MONTES PENADÉS, V. L.: “Comentarios al artículo 1.124...” op. cit., pág. 1239.

accesoria en un contrato, puede merecer en otro la consideración de fundamental.

El límite del ejercicio de la excepción, como estudiaremos más adelante, es la buena fe; por lo cual en principio no se podría oponer esta defensa ante incumplimientos que no conlleven un desequilibrio real en las prestaciones de las partes. Debiéndose entonces tener una cautelosa ponderación de los intereses en juego cuando exista una ejecución parcial, incompleta o defectuosa.

Respecto al incumplimiento defectuoso, es importante en este punto señalar que la doctrina reconoce la *exceptio non rite adimpleti contractus*, aplicándose precisamente en aquellos casos de incumplimiento imperfecto; empero, el estudio de esta figura se tratará en un epígrafe posterior.

No obstante lo apuntado, no se puede desconocer que otra parte de la jurisprudencia, se centra en entender que el incumplimiento si bien no debe reunir las características o requisitos de un incumplimiento resolutorio, entendiéndose como este tipo de incumplimiento aquel que es esencial; al menos exige un incumplimiento propio y verdadero, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su escasa entidad que el acreedor obtenga el fin económico del contrato. Debiendo

ser el incumplimiento de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de las partes²¹⁹.

Para la excepción de contrato no cumplido es necesaria la existencia de un incumplimiento propio y verdadero, toda vez que el derecho distingue entre la excepción de contrato no cumplido y la excepción de contrato no cumplido adecuadamente. Por lo tanto, para el éxito de la excepción de contrato no cumplido debe existir un verdadero y propio incumplimiento, en el sentido de que no se hayan realizado al menos algunas de las prestaciones del contrato y no que se hayan realizado defectuosamente, pues para este último caso se concibe la *exceptio non rite adimpleti contractus*²²⁰.

Ahora bien, distinto sería que se conciba como presupuesto necesario para el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* un incumplimiento verdadero que obstaculice la finalidad del contrato.

²¹⁹ En esta línea, SSTS 11 de octubre de 1982 (RJ 1982\551), 7 de marzo de 1983 (RJ 1983\1426), 4 de octubre de 1983 (RJ 1983\5227), 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2560), 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4831) y 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7916) entre otras. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 693, señala en este sentido lo siguiente: “La genuina excepción de contrato no cumplido contractual se produce frente a una omisión total de la ejecución de la prestación por parte de quien reclama el cumplimiento de la contraprestación”. Planteando la interrogante de ¿qué ocurre si el demandante ha cumplido la obligación que a él le incumbía, pero lo ha hecho en forma solo parcial o defectuoso? Para este evento existe la llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*, que es una variante o modalidad de la excepción general de incumplimiento. Permitiéndole al demandado rehusar su propia prestación hasta que el demandante no realice su prestación según lo pactado”.

²²⁰ En este sentido, la STS de 25 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9588) al establecer: “El incumplimiento que produce la resolución contractual o en la que ha de basarse la excepción “*non adimpleti contractus*” exige un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivado del contrato, sin que puedan una y otra apoyarse en un incumplimiento defectuoso [...]”

La frustración en la finalidad del contrato es un presupuesto, a nuestro juicio, que sólo se debiera exigir para la resolución; debido a que es lógico pensar que se pierda el interés en seguir adelante con su ejecución por la frustración ya mencionada.

En este sentido, es natural que se permita a una de las partes poder volver al estado anterior al de contratar a través de la resolución. Sin embargo, la *exceptio* busca mantener el equilibrio contractual durante la vida de la relación contractual y esta exigencia para su ejercicio cercenaría su posibilidad de uso.

Ahora bien, cuando por el incumplimiento del demandante, el contrato no puede seguir adelante por la frustración generada por dicho incumplimiento; la *exceptio*, en dicho caso, sólo cumpliría la función de detener la demanda de cumplimiento con el objetivo posterior de que el *excipiens* demande la resolución del contrato, pues como sabemos, al haberse frustrado la finalidad del contrato, no es de interés para el *excipiens* el cumplimiento de la convención y menos aún el cumplimiento simultáneo. Es decir, se debe diferenciar el ejercicio de la *exceptio* que se interpone frente a un incumplimiento que genere la frustración del contrato, a exigir la frustración del contrato como requisito para su ejercicio.

Entonces, como presupuesto para la excepción de contrato no cumplido sí se debe exigir un incumplimiento real y verdadero, en el sentido de que no se hayan ejecutado al menos algunas de las prestaciones del contrato; pero esto no significa necesariamente que deba ser resolutorio, pues el

incumplimiento de una prestación accesoria es verdadero y real, pero no necesariamente debe frustrar la finalidad del contrato.

Recientemente, el Tribunal Supremo en Sentencia del 18 de mayo de 2012²²¹ se ha manifestado en este sentido.

La sentencia resuelve sobre la demanda de cumplimiento ejercitada por la parte vendedora, en que ésta vendía parcelas descritas como edificables en la parte expositiva del mismo contrato. La vendedora Sociedad Mercantil Inmomarta Rodriguez S.L., en efecto, debía entregar a la compradora Sociedad Mercantil Oramba Extremadura S.L., las parcelas edificables enteramente libres de toda clase de cargas, gravámenes y obligaciones, entregando la urbanización totalmente terminada, con todas las instalaciones y servicios comunes terminados y conexiónados a las redes generales de distribución; para que el futuro comprador de la vivienda pueda solicitar el suministro o servicio de cualquiera de las instalaciones que contarán con capacidad y potencial suficiente para el correcto funcionamiento de las instalaciones de dicha vivienda.

La sentencia de primera instancia y de apelación desestiman ambas la demanda de cumplimiento interpuesta por la parte vendedora; por estimar, luego de la correspondiente valorización de las pruebas, que la parte vendedora ha incumplido su obligación de entregar las parcelas plenamente dispuestas para su edificación.

²²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil N^o: 294/2012, Fecha: 18/05/2012, Sección 001.

Contra la sentencia de apelación se preparó y después interpuso la parte vendedora recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Este último se articula en dos motivos. En el primer motivo se denuncia infracción por inaplicación de los artículos 1445 y 1500 del Código Civil, en relación con los artículos 1089, 1091, 1255, 1256, 1258, 1279 y 1281 del mismo texto legal. En el segundo motivo se denuncia la indebida aplicación del artículo 1124 del Código Civil en relación con los artículos 1500, 1281 párrafo 1, y 1285 del C.C., y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la inexistencia de mora o incumplimiento culpable, por el simple retraso o cumplimiento tardío de obligaciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2005, de 20 de junio de 1993, de 1 de junio de 1996, de 16 de diciembre de 1968 y 9 de junio de 1986).

En efecto, dice la sentencia:

«Como hemos destacado en el Fundamento Primero, en orden a la mejor comprensión del debate y del recurso planteado, la cuestión de fondo del litigio es si la pretensión de cumplimiento que alega la parte recurrente debe entenderse realizada conforme a lo estipulado en el contrato privado de compraventa, suscrito el 8 de agosto de 2006; cuestión que, por otra parte, se haya íntimamente ligada al carácter sinalagmático y el principio de reciprocidad de obligaciones que implícitamente subyace en la naturaleza del contrato de compraventa de pagar el precio previsto en el artículo 1445 del Código Civil, y en la inequívoca obligación del

comprador de pagar el precio previsto en el artículo 1500 del mismo cuerpo legal.

En esta línea, por cumplimiento de obligación debe entenderse todo acto que compromete una exacta ejecución de la prestación debida reportando la satisfacción del interés del acreedor. De esta forma, la valoración del cumplimiento requiere del contraste entre los actos reales llevados a cabo en la prestación y su posible ajuste o adecuación a los establecidos en el programa de prestación inicialmente pactado. La exactitud de la prestación ejecutada, por tanto, constituye un presupuesto para poder apreciar que el deber de prestación se ha realizado perfectamente cumplido. No es otro el alcance general que nuestro Código Civil otorga a la identidad y a la integridad de la prestación como requisitos objetivos del pago, artículos 1157, 1166 y 1169, destacándose que “no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía”, o que “a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación”.

Cuando esta razón de exactitud se quiebra, el demandado puede defenderse oponiendo a la demanda la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*). Dicha excepción, como se ha señalado con anterioridad, en el marco del carácter sinalagmático de la relación obligatoria y del principio de reciprocidad de las obligaciones, se ha consolidado, de manera general, como un derecho o facultad dispuesto

para poder rechazar el cumplimiento de una obligación que no se ajuste a una exacta ejecución de la prestación debida con la consiguiente insatisfacción del acreedor, proyectándose sus efectos a paralizar o enervar la pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de la prestación. Se trata, pues, de un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago que suspende, o paraliza a su vez, la ejecución de la prestación a su cargo mientras la otra parte no cumpla con exactitud. (SSTS de 17 de febrero de 2003, RJ 2003, 1165, 21 de marzo de 2001, RJ 2001, 4748 y 12 de julio de 1991, RJ 1991, 1547). En esta línea, la doctrina jurisprudencial también ha precisado que la excepción requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (SSTS de 26 de junio de 2002, RJ 2002, 5501, 20 de junio de 2002, RJ 2002, 5256, 28 de abril de 1999, RJ 1999, 3422, 22 de octubre de 1997, RJ 1997,7410 y 3 de diciembre de 1992, RJ 1992, 9997). »

A continuación, la sentencia pasa a analizar las principales diferencias de la *exceptio non adimpleti contractus* y el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 del Código Civil, señalando:

«...En primer término, y respecto a sus efectos, hay que señalar que la excepción de incumplimiento no reporta una modificación de la relación obligatoria, pues su aplicación provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación; por el contrario, la pretensión resolutoria supone el ejercicio de una facultad de configuración jurídica

que reporta la modificación de la relación obligatoria por medio de su efecto resolutorio (STS de 5 de noviembre de 2007, RJ 2007, 8646).

En segundo término, conforme a lo afirmado, y en relación al ámbito común de la valoración del incumplimiento, hay que señalar que la gravedad requerida en el incumplimiento se sitúa en dos planos o perspectivas que deben ser matizadas. Así, en la aplicación de la *exceptio*, resulta suficiente con dicha gravedad o entidad del incumplimiento revele una quiebra básica o esencial respecto de la exactitud del programa de prestación acordado que, por lo general, seguirá siendo útil a los intereses del acreedor si se cumple satisfactoriamente. Sin embargo, en la dinámica resolutoria, la gravedad del incumplimiento debe proyectarse o generar una situación de quiebra básica de los elementos básicos respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor, a los que da lugar la diversa tipología de los llamados incumplimientos esenciales (imposibilidad sobrevenida fortuita, transcurso del término esencial, *aliud pro alio*, imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato (STS de 20 de diciembre de 2008, RJ 2007,384). »

Efectivamente, esta sentencia tiene el valor de precisar la forma en que se debe valorar la gravedad del incumplimiento de la *exceptio* y la resolución, cuestión que como sabemos muchas veces se identifican, en el sentido de exigirse el mismo tipo de incumplimiento para ambos institutos. Así, el valor de esta sentencia pasa por determinar que para la *exceptio* la gravedad del incumplimiento no llega al punto de frustrar la

finalidad del contrato, sino que para el *excipiens* seguirá siendo útil el contrato si se cumple la prestación de forma satisfactoria. En cambio, respecto a la resolución el incumplimiento, si se exigiese el cumplimiento de la prestación a la parte incumplidora, no se lograría la satisfacción de los intereses del acreedor, ya sea por el transcurso del término esencial, por la existencia de un *aliud pro alio*, por la imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos o por la frustración del fin del contrato, por lo cual el único camino que interesa es la resolución del contrato.

Así, para la *exceptio non adimpleti contractus* es lógico que se impongan mayores exigencias en relación a sus presupuestos si la comparamos con la excepción de contrato no cumplido adecuadamente; pero esto es así, porque para la excepción de contrato no cumplido debe haber al menos un incumplimiento real y efectivo de al menos algunas de las prestaciones establecidas en el contrato, pues si no, no se podría hablar de contrato no cumplido y se debería hablar de contrato defectuosamente cumplido.

Así lo entiende, además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1994, al indicar que «... exige un verdadero y propio incumplimiento de una obligación principal derivada del contrato, sin que puedan una y otra parte apoyarse en un incumplimiento defectuoso»²²².

²²² (RJ 1994\2560). En los mismos términos se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1997 (RJ 1997\7410).

Con todo, no se puede desconocer que es abundante la doctrina jurisprudencial²²³ que entiende que para el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido debe existir un incumplimiento que frustre la finalidad del contrato, derivado de un incumplimiento real y efectivo, no bastando alegar el incumplimiento defectuoso de la obligación.

Esta exigencia impuesta por la doctrina jurisprudencial, se debe principalmente al deficiente uso o ejercicio que se realiza de la *exceptio*, en el sentido de que a través de esta figura, el demandado en lugar de pedir el cumplimiento simultáneo, solicita la exoneración del cumplimiento de sus propias prestaciones adeudadas, cuando el verdadero fin de la figura no es éste, sino que, en principio, es preservar el contrato (fundado en el cumplimiento simultáneo de las prestaciones). Por lo cual, es entendible que en dichas situaciones los tribunales pongan tal exigencia, pues como se ha señalado por la jurisprudencia, tal exoneración conllevaría una desigualdad en las prestaciones de las partes.

Esto contrasta con el Derecho alemán, donde el demandado puede rehusar totalmente la prestación a su cargo si el incumplimiento del actor ha sido parcial o defectuoso, pero siempre que la alegación de la excepción no resulte contraria a la buena fe; lo que habrá de apreciarse según las circunstancias y teniendo especialmente en cuenta la proporcional insignificancia del defecto de la prestación o de la parte restante de ésta.

²²³ En este sentido, entre otras, las SSTs de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388), 24 de octubre de 1986 (RJ 1986\5959), 12 de julio de 1991 (RJ 1991\1547).

En cambio, en la doctrina francesa se ha sostenido que, frente a una inejecución parcial del actor, el demandado sólo puede justificadamente oponer una denegación parcial de la contraprestación y no rehusar un rechazo de la total prestación a su cargo²²⁴.

1.3.2. *La exceptio ante riesgo de incumplimiento*

Antes del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación puede resultar evidente que el deudor no va a cumplir con la prestación establecida a su cargo.

La posibilidad de dar relevancia a una situación de riesgo de incumplimiento o en la que es patente que el deudor no quiere o no va a poder cumplir en el momento pactado, ha sido admitida con carácter general en los Principios de Derecho Contractual Europeo (*article 9:201*) bajo el título *Derecho a suspender la ejecución del contrato*. De la misma forma, se establece en el artículo 9:304 la posibilidad de resolver el contrato cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial²²⁵.

De esta forma, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos permite tanto suspender la ejecución de la prestación ante el riesgo de

²²⁴ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 694.

²²⁵ ANDREU MARTÍNEZ B.: "Incumplimiento anticipado: regulación en los principios de derecho contractual europeo y soluciones a la vista del Código Civil español", en ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO Y VAQUER ALOY, ANTONI (coord.), *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia, 2003, págs. 333 y sgtes.

incumplimiento, sin especificar el tipo de incumplimiento que se produzca; como la posibilidad de resolver en caso que se prevea un incumplimiento de carácter esencial.

La regla en nuestro Derecho, como sabemos, es que la excepción de contrato no cumplido sólo puede interponerse cuando se trata de obligaciones de ejecución simultánea y que sean actualmente exigibles.

No obstante, como señalamos, una de las partes puede tener el legítimo temor de cumplir con su prestación por disponer de razonables indicios que apunta que, si lo hace, su contraparte no cumplirá en el futuro con la obligación correlativa, cuando la prestación de éste devenga exigible²²⁶. Sin embargo, en principio no cabría hablar, en nuestro Derecho, de incumplimiento antes del vencimiento, con lo que tampoco cabe hablar de excepción de contrato no cumplido con anterioridad a la fecha de vencimiento²²⁷.

Ahora bien, el artículo 1.129 del Código Civil, cuando establece la pérdida para el deudor del derecho a utilizar el plazo, viene de alguna

²²⁶ En este sentido, CAPRILE BIERMANN, B.: "La excepción de contrato no cumplido: algunos problemas y, en especial, su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes". En Congreso internacional "Modernización del Derecho de las obligaciones en Europa y Latinoamérica", Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 26 y 27 de agosto de 2008, pág. 80 y sgtes., en prensa.

²²⁷ En este sentido, CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 424, cuando se refiere a la resolución por incumplimiento anticipado.

forma a proteger o asegurar los intereses del deudor que ve posible no obtener la prestación de su contraparte²²⁸. Este precepto señala:

«Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

1º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.

3º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

En efecto, lo que este artículo establece son causas de vencimiento anticipado del plazo, con lo cual cumplido uno de estos supuestos, la

²²⁸ CLEMENTE MEORO, M. E.: *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, pág. 33, precisa que lo que el artículo 1.129 del Código Civil viene a establecer: "...es una serie de supuestos en virtud de los cuales la obligación vence, o el acreedor puede darla por vencida, pese a que las partes hayan pactado un día posterior para su cumplimiento. Es decir, determinan la fecha de vencimiento, anticipándola a la pactada entre acreedor y deudor. Por eso se habla de *anticipación del vencimiento* o de *vencimiento anticipado*, denominación que entendemos como técnicamente más correcta. En consecuencia, si el deudor, después de darse algunos supuestos legalmente previstos, cumple la obligación, no se produce un pago anticipado, pues éste es el que se produce *antes* del vencimiento, y aquél tiene lugar *después* del vencimiento".

obligación será inmediatamente exigible, transformándose una obligación de cumplimiento diferido en simultánea²²⁹.

Por lo tanto, el deudor que tenía fundado temor en cumplir con su prestación, ante el riesgo de incumplimiento de su contraparte, quedará inmediatamente habilitado para poder exigir el cumplimiento de la obligación; pues su contraparte ya no se beneficia con el plazo que existía a su favor. En este sentido, el deudor al cual se le exige el cumplimiento podrá ejercitar la *exceptio* en el caso de que su acreedor no haya dado cumplimiento con su prestación en los términos establecidos en el contrato o no haya ejecutado las prestaciones que se pactaron.

La *exceptio non adimpleti contractus* y el vencimiento anticipado pertenecen al grupo de medidas que tienen por objeto la defensa y seguridad del crédito, o lo que es lo mismo, la protección del acreedor frente al deudor. La inexigibilidad que el plazo supone para el acreedor cuando se establece en beneficio del deudor o en beneficio común de ambas partes puede resultar perjudicial en determinadas circunstancias — insolvencia del deudor, no prestación de las garantías prometidas, alteración de las garantías dadas, etc. — Para evitar ese perjuicio, y

²²⁹ El supuesto no es insólito, si ninguna de las partes ha cumplido y se encuentran en la situación de cumplir a la vez. Ya que es posible que el cumplimiento del acreedor que tenía que respetar el plazo del deudor haya estado también diferido en el tiempo y en el momento en que se encuentra en la obligación de cumplir ejercite la facultad que le concede el artículo 1.129 del C.C, quedando ambas partes en la situación de cumplir a la vez. En este evento, la *exceptio* les favorecerá a ambas partes, pudiendo exigir el cumplimiento de forma simultánea y oponer, cualquiera de ellas, la excepción de incumplimiento.

proteger al acreedor, se decreta la anticipación del vencimiento²³⁰. Luego, la articulación de la *exceptio* puede ser utilizada por ambas partes si corresponde para que se respete el cumplimiento simultáneo de la obligación.

El Código Civil contempla además otras normas en materia de compraventa, artículos 1.467 y 1.502 C.C.; que, a nuestro entender, constituyen una clara manifestación de la *exceptio non adimpleti contractus* por riesgo de incumplimiento, que más bien deberíamos llamar excepción de inejecución por riesgo de incumplimiento.

Al respecto, el artículo 1.467 señala: «Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido».

BADENES GASSET²³¹, indica que «... a primera vista parece que sea difícil darse en la práctica el supuesto que contempla esta norma, ya que perfeccionado el contrato, la cosa debe ser entregada en seguida al comprador, aunque éste no deba entregar la cosa, cabe que medie cierto período de tiempo desde que se celebró el contrato hasta que se realice la entrega, y si en ese periodo, por muy corto que sea, se descubre la

²³⁰ CLEMENTE MEORO, M. E.: *Los supuestos legales...* op. cit., pág. 35.

²³¹ BADANES GASSET, R.: *El contrato de compraventa*, tomo I, Barcelona, 1995, págs. 486 y 487.

insolvencia del comprador, el vendedor puede hacer uso del derecho que le concede el art. 1.467 [...] Se estaría en el caso del artículo 1.129, que afirma en su número primero que el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo “cuando después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que garantice la deuda”».

Sin duda, observa PUIG BRUTAU,²³² «...el artículo 1.467 representa una adaptación de la misma *ratio* de este precepto al caso concreto de compraventa que permite el fácil remedio de una correlativa suspensión de la prestación que debía anticiparse».

De esta misma forma, el artículo 1.502 indica: «Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago».

LACRUZ²³³, afirma que esta facultad es una aplicación de la *exceptio*, con idéntico alcance de paralización provisional o temporal de la prestación adversa o del cumplimiento de la obligación propia. DIEZ PICAZO²³⁴, citando a TRAVIESAS, también considera como una concreta aplicación de

²³² PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil...* op. cit., pág. 116.

²³³ LACRUZ BERDEJO, JL.: *Elementos de...* op. cit., pág. 62.

²³⁴ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 692.

la *exceptio* la suspensión prevista en el artículo 1.502 del C.C. Por su parte, BADENES GASSET²³⁵, señala que «Junto a la *exceptio inadimpleti contractus* regulada en el artículo 1.124 del Código Civil puede decirse que en determinados casos existe una excepción análoga, por la que un contrayente puede rehusar la propia prestación si está amenazado de pérdida del bien adquirido mediante el contrato».

En efecto, COLIN y CAPITANT²³⁶ consideran el derecho del comprador al que nos referimos, como una aplicación de la citada excepción *non adimpleti contractus*: no obteniendo el comprador la posesión pacífica o, lo que es igual, la ejecución en su provecho de la obligación principal del vendedor, está en su derecho al suspender la ejecución de la suya propia.

En el derecho francés, PLANIOL y RIPERT²³⁷ consideran, igualmente, que la suspensión prevista en el artículo 1.653 del Code —análogo al artículo 1.502 del Código Civil— es una aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, añadiendo que el comprador puede suspender el pago del precio con carácter general en todos los casos en que aparezca un incumplimiento de las obligaciones del vendedor.

La doctrina italiana ha desarrollado ampliamente una teoría sobre la suspensión, delimitando claramente ambos supuestos y basándose en los

²³⁵ BADANES GASSET, R.: *El contrato de...* op. cit., pág. 817.

²³⁶ COLIN Y CAPITANT.: *Curso elemental de derecho...* op. cit., pág. 675.

²³⁷ PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 614.

artículos 1.460 y 1.461²³⁸, distinguen la excepción de incumplimiento de la suspensión de la prestación. Se destaca, por un lado, que ambas figuras se aplican a supuestos diferentes, así, mientras la excepción de incumplimiento se aplica en los casos de obligaciones con igual vencimiento; la suspensión sería aplicable a las hipótesis en las que los términos de cumplimiento de las obligaciones recíprocas son distintos²³⁹.

Existen además instrumentos internacionales que se encuentran en el mismo sentido de las normas ya citadas. Así, el artículo 71 de la Convención de Viena²⁴⁰; el artículo 9:201 de los Principios del Derecho

²³⁸ El artículo 1.460,1 autoriza a cada contratante en un contrato con prestaciones recíprocas a rehusar cumplir su obligación, si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya; el artículo 1.461 es una norma general que establece que cada uno de los contratantes pueda suspender la ejecución de la prestación debida, si las condiciones patrimoniales del otro han variado de tal manera que ponga en evidente peligro la consecución de la prestación.

²³⁹ BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión del pago...* op. cit., pág. 57. Esta autora, además critica esta distinción al señalar: "...pues si es cierto que la excepción de incumplimiento es aplicable a las obligaciones con igual vencimiento, de manera que se tiene que cumplir simultáneamente, ello no ocurre en el caso de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, pues el hecho de oponer dicha excepción supone que al menos una de las obligaciones se haya cumplido —aunque su cumplimiento sea defectuoso— y la otra no. En consecuencia, estimamos que la excepción en sentido amplio se aplica tanto en las obligaciones de cumplimiento simultáneo, como de cumplimiento no simultáneo, y ya hemos dicho repetidamente que un supuesto de *exceptio non rite adimpleti contractus* es el recogido en la primera parte del artículo 1.502 del Código Civil".

²⁴⁰ Este artículo 71 señala: "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 hubiera 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.

Europeo de los Contratos²⁴¹ y el artículo 7.3.4 de Principios Unidroit²⁴². Es más, tales instrumentos consagran también, siguiendo el derecho anglosajón (*anticipatory non-performance*), una resolución por anticipación²⁴³.

3. La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las 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”.

²⁴¹ Artículo 9:201: Derecho a suspender la ejecución de la prestación

“(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.”

²⁴² Artículo 7.3.4. Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que reclama puede resolver el contrato.

²⁴³ No favorable a esta posición, CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., págs. 424 y sgtes. Este autor se refiere a dos situaciones en que se puede entender que existe una resolución anticipada, el primer caso es el vencimiento anticipado que establece el artículo 1.129 del C.C., en virtud del cual señala: “En consecuencia, determinadas situaciones en que el acreedor corre el riesgo de no ver satisfecho su crédito —insolvencia, no prestación de las garantías, disminución por actos propios o desaparición fortuita de tales garantías— le facultan para dar por vencida la obligación, con lo que el deudor pierde el beneficio del término y se ve obligado a cumplir inmediatamente. Si vencida anticipadamente la obligación el deudor no cumple, puede el acreedor resolver, pero será posterior al vencimiento— eso sí, anticipado— de la obligación, por lo que no puede hablarse de resolución por “incumplimiento anticipado”. Sobre la posibilidad de resolver anticipadamente la venta por la facultad que otorga el artículo 1.503 del C.C. se pregunta si ¿cabe obtener del artículo 1.503 del Código Civil un principio general conforme al cual, cuando un contratante tenga fundado motivo para temer que no recibirá la contraprestación puede resolver inmediatamente, esto es, aun antes de que haya vencido la obligación del otro contratante? Entendiendo, este autor, que la norma es excepcional al referirse sólo a un tipo de compraventa, pero a la vez se pregunta del sentido que tiene esperar el vencimiento cuando resulta evidente que la

En efecto, actualmente el Derecho reconoce la posibilidad que las partes puedan proteger su patrimonio ante la situación de un posible incumplimiento de la contraparte. Se debe exigir, eso sí, una verdadera situación de peligro para el contrato, es decir, la previsión de que la otra parte contractual no cumplirá una “parte sustancial de sus obligaciones”.

Dicho con otras palabras, esto significa que ese incumplimiento, aunque no sea esencial, debe revestir una cierta importancia; con lo cual, por su carácter excepcional, no debe cubrir, en modo alguno, incumplimientos futuros de escasa entidad²⁴⁴.

Las causas que puede predecir un futuro incumplimiento pueden ser de diferentes índoles, desde un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o falta de solvencia²⁴⁵, como señala el artículo 71.1, letra a de la

prestación no podrá ejecutarse en el día pactado, ante lo cual es de la postura de entender que si la cosa se ha destruido o por cualquier otra causa se pone en situación de no poder cumplir, no estima que el acreedor tenga que esperar el vencimiento de la obligación del deudor para instar la resolución. Concluyendo finalmente que: “Con todo, no creo que nuestro sistema admita la resolución inmediata o anticipada por la *repudiación* del deudor anterior al vencimiento o, lo que sería su equivalente en el Derecho español, por la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento manifestada antes de que su obligación haya vencido. Mientras la ejecución de la prestación sea posible, y no haya vencido la obligación, entiendo que el acreedor no puede resolver”.

²⁴⁴ En este sentido, CALVO CARAVACA, A, L.: “Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador”, en DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L, (coord.), *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*. Madrid, 1998, págs. 560 y sgtes.

²⁴⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código...* op. cit., pág. 1326. Sobre el análisis de las causas de vencimiento anticipado del plazo que señala el artículo 1.129 declara: “El término insolvencia debe entenderse como situación patrimonial en la que, por ser mayor el pasivo que el activo, el deudor no está en situación de atender el cumplimiento de las deudas pendientes; no se requiere ni que esté en situación de quiebra o concurso, ni que carezca absolutamente de bienes, tampoco es suficiente la

de la Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; o en similares términos, el artículo 1.467 del C.C.²⁴⁶

Por último cabe mencionar, que la excepción de inejecución por riesgo de incumplimiento pierde sustento cuando el contratante a quien se opone la excepción ofrece seguridades suficientes de que cumplirá con su prestación, con lo cual la otra parte debería proceder al cumplimiento del contrato²⁴⁷.

1.4. Alegación no contraria a la buena fe

La buena fe es uno de los principios generales del Derecho más significativos e interesantes, así lo demuestra su reconocimiento en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en su artículo 1:106, según el cual en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, cada parte contractual debe comportarse de acuerdo con los

mera falta de liquidez (S. 13 de julio 1994 [RJ 1994, 6392]. Es indiferente que la insolvencia sea debida a la conducta del deudor o a circunstancias fortuitas”.

²⁴⁶ CALVO CARAVACA, A, L.: “Disposiciones comunes a las obligaciones...” op. cit., pág. 564 señala: “La incapacidad de cumplimiento del contrato (*mangelnde Fähigkeit zur Vertraoperfüllung*) podría inferirse, entre otros casos, de la venta o demolición de una fábrica, de la interrupción del suministro de materias primas o del incumplimiento o cumplimiento defectuoso por la otra parte de contratos semejantes concluidos con terceros”. Agregando luego: “La incapacidad de la parte para cumplir sus obligaciones genera automáticamente el derecho de la otra a suspender las suyas: es irrelevante, a estos efectos, que dicha situación le sea imputable o carezca de toda culpa –caso, ad ex., de que se lo impidan acontecimientos bélicos, medidas de embargo, huelgas o catástrofes naturales”.

²⁴⁷ Tanto el artículo 71 de la Convención de Viena y artículo 7.3.4., entienden que si a la parte que se le opone la excepción ofrece garantías, el *excipens* vendría obligado a cumplir con su prestación sin más.

mandatos de la buena fe y la negociación leal. Es una norma imperativa²⁴⁸. La buena fe, en el Derecho español, se reconoce en su artículo 7.1 señalando: “Los derechos deberán ejercitarse conforme las exigencias de la buena fe”²⁴⁹.

La importancia de este principio radica principalmente en que cuando no es respetado existe, casi siempre, por contrapartida un abuso del derecho, conllevando un daño a la contraparte²⁵⁰.

En el ámbito de la excepción de contrato no cumplido, este principio actúa como límite para su ejercicio, con el fin de que no se abuse de su acción y por ende no se produzca un daño a la contraparte que se opone.

Ahora bien, cabe preguntarse cuándo el ejercicio de la *exceptio* será contrario a la buena fe.

En nuestra jurisprudencia se ha entendido que es contrario a la buena fe el ejercicio de la *exceptio*, cuando la prestación no ejecutada por el

²⁴⁸ ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 2000, pág. 154.

²⁴⁹ Lo propio acontece, por ejemplo, con los artículos 1.117 C.C. portugués; 1.134.3 C.C. francés; o el parágrafo 242 BGB, que consagran el principio de la buena fe contractual.

²⁵⁰ En este sentido, se refiere BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código...* op. cit., pág. 65 al señalar: “Porque la buena fe a que se refiere la norma es la exigencia de una corrección en la conducta, y no una simple falta de reproche legal por la ignorancia sufrida por una persona. Al menos en una concepción *objetiva* fe, como una regla de conducta debida y no como un simple estado de conocimiento (contrastar art. 433 C.C.), siempre que se actúe contra la buena fe se está incurriendo en un abuso de derecho subjetivamente considerado. Si la mala fe es la voluntad torcida o dañina, estaremos ante un abuso de derecho subjetivamente considerado. Si el derecho es ejercitado de modo anormal o excesivo (abuso objetivo), habrá mala fe objetiva”.

demandante tiene carácter accesorio; o, cuando refiriéndose a una obligación principal, el incumplimiento tiene escasa gravedad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1979²⁵¹ confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial, que estima la pretensión formulada por el contratista que reclamaba el pago de parte del precio correspondiente a un negocio de ejecución de obra, que a su vez había sido denegada en Primera Instancia. La Sala de Instancia sienta como hechos probados que la “casi totalidad de las obras de conservación objeto del contrato han sido realizadas, exceptuadas dos de escasa significación atendido el total volumen de las pactadas”. La desestimación del recurso de casación se realizó básicamente por entender el Tribunal que: «Es de tener en cuenta que la llamada *exceptio non rite adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, opuesta por el deudor que retiene la integridad de su prestación cuando el acreedor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, puede resultar contraria al principio de buena fe en la contratación proclamado en el artículo 1.258 del C.C. Atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas

²⁵¹ STS 15 de marzo de 1979 (RJ 1979\871). También las STS de 17 de abril 1976 (RJ 1976\1811), 13 de mayo 1985 (RJ 1985\2388), 10 de mayo 1989 (RJ 1989\3679) y 27 de marzo 1991 (RJ 1991\2451) apelan a las exigencias del principio de la buena fe como límite al planteamiento de las excepciones *non adimpleti* y *non rite adimpleti contractus*, rechazando su alegación cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta, revisten escasa significación o importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor. En efecto, la *ratio decidendi* en todas estas Sentencias no se basa en la falta de buena fe como presupuesto básico para su ejercicio, sino en la falta de gravedad en el incumplimiento, realizando sólo mención a la buena fe como límite para su ejercicio.

y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado...»

Podemos apreciar que la jurisprudencia exige para la excepción de incumplimiento contractual el mismo requisito que para la resolución por incumplimiento, es decir, que la inobservancia revista de una gravedad o entidad suficiente. No obstante, como ya señalamos y volvemos a reiterar, creemos que puede resultar peligrosa esta equiparación, toda vez que los fines buscados con uno y otro remedio son diametralmente opuestos.

Teniendo en cuenta que la búsqueda de la *exceptio* es mantener un equilibrio en las prestaciones de las partes, en aras de la equidad, parece problemático privar al demandado de la excepción de contrato no cumplido cuando el incumplimiento del demandante no es grave, o se refiere a una prestación accesoria.

En efecto, puede suceder que el demandado se vea obstaculizado a poder exigir el fiel cumplimiento de la obligación, ya que si ante un cumplimiento defectuoso del demandante no se le permite ejercer la excepción; el demandado deberá cumplir con su parte quedando a merced del demandante en lo que respecta a aquella parte de la prestación que no se ejecutó según a lo fielmente estipulado en el contrato²⁵². Debiendo

²⁵² A nuestro juicio para que esto no suceda, el *excipiens* deberá distinguir el tipo de incumplimiento, es decir, diferenciar si es un incumplimiento verdadero, propio de la excepción de incumplimiento contractual o un cumplimiento que adolece de vicios, es

recurrir a un procedimiento posterior para exigir aquella parte de la obligación que no se prestó y asumiendo el demandado la posible insolvencia en que pudiera incurrir el demandante.

Pero además, según la naturaleza de la obligación, se le podrá privar de poder exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación debida, o a la corrección de la imperfección de la prestación realizada, debiendo conformarse con el cumplimiento por equivalencia²⁵³.

Es por esto que es preferible no exigir un incumplimiento grave por parte del demandante para el ejercicio de la *exceptio*, y sí tener en cuenta que la excepción no se ejercite de forma maliciosa o con la intención de evitar el cumplimiento por parte del demandado. Ejercitándose, por ende, sólo en aquellos casos en que existe un incumplimiento de carácter importante que amerite suspender temporalmente el cumplimiento.

De esta forma, la buena fe impone que las partes deban mostrar una cierta tolerancia en relación con la contraparte. Así, por ejemplo, puede

decir defectuoso. En este sentido, el demandado a quien se le exige el cumplimiento, deberá oponer la *exceptio* que corresponda y no ejercitar por ejemplo la excepción de contrato no cumplido ante un cumplimiento defectuoso, sino que la *exceptio non rite adimpleti contractus*; pues el Tribunal puede entender que no ha existido un verdadero incumplimiento y por ende denegar su aplicación. Para que tenga éxito la figura es necesario que se ajuste su ejercicio al incumplimiento que corresponda. Pero además, que ésta no se ejercite con el ánimo de que se exonere el cumplimiento de su propia prestación, sino con el único objeto de detener su cumplimiento hasta que por su parte el demandante no cumpla.

²⁵³ En este mismo sentido, CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 77.

Se debe tener presente, que muchas veces el Tribunal deniega el ejercicio de la *exceptio*, fundamentando su denegación, porque lo que pide el *excipiens* es no cumplir su propia prestación; ante lo cual los jueces no tienen más remedio que denegar su ejercicio para no generar un desequilibrio en las prestaciones.

considerarse contraria a la buena fe la alegación de la excepción cuando falte una parte mínima de la prestación debida, o la misma presente una pequeña imperfección. En esto, el juez deberá cumplir una función importante, ya que deberá sopesar la aplicación de la *exceptio* en razón a las reglas de la buena fe y la equidad²⁵⁴.

Con todo, la jurisprudencia al momento de desestimar la *exceptio* escasa vez se inclina por rechazarla por falta de buena fe en su ejercicio, generalmente es denegada por otros motivos distintos a la buena fe. Principalmente, la razón tenida en cuenta por las Sentencias del Tribunal Supremo, es la falta de gravedad en el incumplimiento.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1997²⁵⁵, en la cual, a nuestro entender, debió haberse desestimado el motivo del recurso basado en la inaplicación de la *exceptio*, porque su ejercicio resultaba manifiestamente contrario a la buena fe.

El supuesto trataba de que el comprador de un local, posteriormente demandado, opuso la excepción de incumplimiento contractual, frente a la demanda de resolución del vendedor. Basándose en que, el local que había recibido, y cuyo precio no había satisfecho, era de superficie menor a la acordada y había, además, perdido diafanidad, a causa de una nueva ubicación del cajón de escaleras. La Sentencia fundamenta su denegación

²⁵⁴ No obstante, al referirnos a las características que debe reunir el incumplimiento señalamos que la doctrina jurisprudencial mayoritaria exige un incumplimiento real y efectivo para el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*, dejando el incumplimiento defectuoso para la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

²⁵⁵ (RJ 1997\8966)

en el siguiente motivo: «La Jurisprudencia de esta Sala sobre este tema (*exceptio non adimpleti contractus*) exige que dicho incumplimiento tenga un carácter esencial. Pues bien, del *factum* de la Sentencia recurrida no se infiere que la disminución de la superficie del local objeto de la compraventa por motivo de una nueva ubicación del cajón de escaleras, ni la subsiguiente pérdida de diafanidad, suponga incumplimiento esencial por parte del vendedor».

Los ordenamientos jurídicos extranjeros que regulan la figura de la *exceptio non adimpleti contractus* establecen expresamente el límite de la buena fe a la excepción, al disponer por ejemplo, el Código Civil alemán, en su párrafo 320, apartado segundo: «... Si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias y, en particular, la insignificancia de la parte restante»²⁵⁶.

Por su parte, el Código Civil italiano en términos generales prescribe en su artículo 1.460, párrafo segundo, que “no puede rechazarse la ejecución si habida cuenta de las circunstancias el rechazo es contrario a la buena fe”.

²⁵⁶ Así lo confirma, además, la doctrina alemana, a través de HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho civil*, vol.III, traducción de Jaime Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 103 y LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...* op. cit., pág. 272.

Explicando en este sentido MESSINEO²⁵⁷, que: «En algún caso, *la negativa de cumplir*, no obstante el incumplimiento ajeno, no es legítima; y es cuando la misma (art. 1.460, párrafo), dadas las circunstancias, *sería contraria a la buena fe* (objetiva: retro, 15 bis, n. 16). Esto vale, sobre todo, en el caso de que el incumplimiento ajeno sea de escasa importancia (cfr. art. 1.455), o en el caso de que el incumplimiento de la contraparte se haya debido a causa no-imputable a ella».

En Francia, a falta de regulación expresa de la figura, es la doctrina quien admite la buena fe como condición de ejercicio de la *exceptio*; así PLANIOL Y RIPERT²⁵⁸ señalan: «Aún cuando concurren las anteriores condiciones, la excepción puede ser rechazada cuando sea alegada contraviniendo la buena fe, a que están sujetas las partes en el cumplimiento de los contratos, de los cuasi-contratos y de las obligaciones legales. Los casos en que la buena fe impide que una de las partes pueda alegar la excepción son los mismos en los que la misma es obstáculo a la resolución».

²⁵⁷ MESSINEO F.: *Manual de Derecho Civil...* op. cit., pág. 531. En este mismo sentido, PERSICO, G.: *L'eccezione...* op. cit., pág. 136 al sostener: "La buona fede, oggettivamente intesa, riguarda l'excipiens, il quale non potrà opporre l'exceptio non adimpleti contractus se il suo comportamento non sarà stato ad essa conforme.

Il giudice può rilevare anche d'ufficio la violazione della buona fede ai fini di dichiarare inammissibile (totalmente o parzialmente) l'exceptio del convenuto.

In che consista praticamente la buona fede che la legge richiede nell'excipiens, può trarsi dalla natura stessa dell'eccezione in esame, la cui applicazione postula sempre una valutazione della condotta di entrambi i contraenti, allo scopo di accertare i rapporti di successione, di causalità e di proporzionalità tra le inadempienze dell'una e quelle dell'altra parte".

²⁵⁸ PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 631.

2. Ámbito de aplicación de la *exceptio*

Una vez conocidos los presupuestos o requisitos básicos de la *exceptio* podremos entender cuál es el verdadero ámbito de aplicación, consiguiendo dilucidar en qué tipos de relaciones obligatorias se puede aplicar o hacer valer. La cuestión no es fácil, ya que la figura en estudio carece de una regulación directa en el Código Civil, debiendo interpretarse su aplicación tomando en cuenta diversas disposiciones establecidas en diferentes capítulos²⁵⁹.

Ahora bien, sí podemos señalar que las principales normas de donde se desprende la aplicación de la *exceptio* provienen del Libro IV del Código Civil, referido a las obligaciones y contratos. Así, el estudio de la cuestión se centrará principalmente en conocer en qué tipos de contratos y relaciones obligatorias se puede ejercer; teniendo en cuenta que, en un principio, por la propia denominación de la figura, parece lógico pensar que sólo se podría aplicar en el ámbito contractual.

Una de las disposiciones que sirve de iluminación a la *exceptio* es el artículo 1.124 del C.C., y de este artículo podemos desprender, en una primera instancia, que su aplicación por antonomasia corresponde a todos

²⁵⁹ En este sentido, se pronuncia la STS de 22 de octubre de 1997, al señalar “[...] este deudor podrá oponer la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, que no está regulada expresamente en el Código Civil pero deriva de los artículos 1.100, 1.124 y 1.308 y ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia” RJ 1997\7410. Entre otras sentencias que se pronuncian en este mismo sentido se encuentran la de 10 de enero de 1991 (RJ 1991\295), 9 de julio de 1991 (RJ 1991\5337), 3 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9997), 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8916), 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2560), 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4831).

los contratos con obligaciones recíprocas. Estos contratos, que también se denominan contratos bilaterales o sinalagmáticos, son, como es sabido, aquellos contratos en los que las obligaciones que de ellos nacen son recíprocas; cada uno de los contratantes es a la vez acreedor y deudor, sirviéndose de causa mutuamente las obligaciones asumidas por ambas partes²⁶⁰. Los contratos bilaterales se diferencian de los unilaterales, ya que estos últimos, comúnmente, generan obligaciones sólo para una de las partes.

Como ya hemos referido anteriormente, otra de las normas en que se desprende la aplicación de la *exceptio* es del artículo 1.100 del C.C. Esta disposición referida a la mora, como la del artículo 1.124 referida a la resolución, están establecidas en materia de obligaciones y no de contratos; inclusive ambos preceptos, al tratar la resolución como la mora, la circunscriben a las obligaciones recíprocas y no a contratos bilaterales o recíprocos.

En efecto, es posible deducir de las principales disposiciones legales que le sirven de fundamento a la *exceptio*, que su aplicación no solo se puede presentar en materia de relaciones contractuales; sino que es posible gracias a las normas que le fundamentan, el poder entender su ámbito en materia de relaciones obligatorias no contractuales²⁶¹.

²⁶⁰ Entre otras la STS de 3 de julio de 1995 (RJ 1995\5425).

²⁶¹ La exigencia de la correspectividad y de la interdependencia de las obligaciones para la procedencia de la acción de resolución y de la *exceptio*, no es compartida por la unanimidad de los autores. No falta quien señale que, aun en ausencia de una estricta

2.1. Contratos bilaterales

Este tipo de contratos se caracteriza porque engendra obligaciones para ambas partes, siendo cada una, deudora y acreedora a la vez. Por consiguiente, cada parte tiene el derecho a exigir la prestación debida y a la vez a cumplir con su parte.

Es común que a este tipo de contratos se le denomine también contratos sinalagmáticos; sin embargo, la sinalagmaticidad va más allá de la simple relación entre dos obligaciones que tienen idénticos titulares que ocupan las posiciones de acreedor uno y deudor el otro.

La sinalagmaticidad es más bien una cualidad derivada del hecho de que las obligaciones nacen como recíproca la una de la otra y, por tanto, la reciprocidad es inherente a la obligación²⁶².

Esta interdependencia que caracteriza a las obligaciones opera en dos aspectos, llamados sinalagma genético y funcional. Como ya hemos mencionado en epígrafes anteriores, el sinalagma genético se refiere al origen de la obligación, en el sentido que la obligación que asume una

correspectividad, pueda admitirse la *exceptio* en razón de la interdependencia entre obligaciones establecidas por las propias partes, por la ley o por el juez. En este sentido, GHESTIN-BILLAU.: *Traité de Droit Civil. Les obligations. Les effets du contrat*, Librairie de Droit et jurisprudence, Paris, 1992, pág. 319.

²⁶² CLEMENTE MEORO, M E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 93. GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Barcelona, 2005, pág. 71, señala sobre la sinalagmaticidad: “La idea de equivalencia de las prestaciones, apreciable en la bilateralidad sucesiva, es la clave de la estructura y funcionamiento de las obligaciones bilaterales simultáneas. Son éstas las llamadas obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, y, en ellas, ese elemento, el sinalagma, la equivalencia, la recíproca dependencia es un factor decisivo”.

parte es para la otra la razón de ser o la causa de quedar obligada a realizar su propia prestación. El segundo, no se refiere al momento de la perfección del contrato, sino a su ejecución o consumación, y establece la regla de que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente²⁶³.

Para esclarecer si en materia de contratos bilaterales es posible ejercitar la excepción de contrato no cumplido, habrá que razonar si aquel contrato engendra obligaciones de cumplimiento simultáneo, es decir, si existen al menos obligaciones sinalagmáticas de carácter funcional.

Lo normal es que, derivado de este tipo de contratos, se aplique la *exceptio*, ya que los contratos bilaterales por excelencia generan obligaciones de carácter recíproco.

Así por ejemplo, en el contrato de compraventa si nada se ha dicho por las partes, el cumplimiento de las prestaciones, que en este caso corresponde a la entrega de la cosa y el pago del precio, se deberá realizar de forma simultánea, es decir, en un mismo momento.

El artículo 1.500 del C.C., lo establece, al señalar que «...el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo en que se haga entrega de la cosa vendida».²⁶⁴ En definitiva, la

²⁶³ PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho...* op. cit., pág. 113.

²⁶⁴ SANTOS BRIZ, J.: *Tratado de Derecho Civil...* op. cit., pág. 83, se refiere a la característica de la obligación del pago del precio, al indicar: "Esta obligación está fundada en el carácter sinalagmático del contrato de compraventa, que hace que las pretensiones de comprador y vendedor se hallen unidas por un lazo de mutua

esencia de las obligaciones, que generan los contratos bilaterales de cumplimiento simultáneo, consiste en que el contratante no tiene porque cumplir su obligación cuando la prestación de la que traía su causa o fundamento no ha sido ejecutada; pero tampoco se puede exigir su cumplimiento si él no ha ejecutado el deber que le incumbía. Si ninguno de los contratantes cumple en el momento previsto para ello su respectiva obligación, significa que ninguno de ellos está legitimado para exigírsela al otro; y, en consecuencia, no están legitimados para usar de los remedios que el ordenamiento pone a su alcance para defender su derecho de crédito, ya que no ha habido lesión²⁶⁵.

En caso de que esto se cumpla y se exija por una de las partes su cumplimiento, sin haber cumplido su parte correspondiente, se podrá alegar la excepción de contrato no cumplido; que se desprende, entre otros, del último párrafo del artículo 1.100 del C.C., referido a la compensación de la mora.

No obstante, no se debe olvidar que la *exceptio* no tendrá aplicación en este tipo de contratos cuando el cumplimiento de una de las partes se haya diferido en el tiempo por la existencia de un término o una condición. En dicho caso, se rompe con la regla de simultaneidad en que, por lo general, están envueltos este tipo de contratos.

interdependencia y deben ser realizadas con perfecta simultaneidad e identidad de tiempo”.

²⁶⁵ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, G.: *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, pág. 505 y sgtes.

2.2. Contratos bilaterales imperfectos

Respecto a este tipo de contratos es de difícil aplicación la *exceptio non adimpleti contractus*, esto entre otras cosas, debido a que esta clase de contratos, si bien engendran obligaciones para ambas partes, no tienen dichas obligaciones el carácter de recíproca o de interdependencia.

Así, se consideran contratos bilaterales imperfectos el mandato²⁶⁶, depósito y el comodato; en que, circunstancialmente, pueden nacer obligaciones *ex post facto*, como la de indemnizar los gastos hechos por mandatario, depositario o comodatario; pero que no constituyen obligaciones sinalagmáticas, ya que no guardan relación una obligación con la otra.

De esta forma, la obligación del mandante de indemnizar no ha sido la causa o razón de ser por la cual el mandatario ha asumido su propia obligación. Menos aún existe el sinalagma funcional, ya que ambos

²⁶⁶ El contrato de mandato es por esencia un contrato gratuito, salvo pacto en contrario, o que el mandatario tenga por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato. Así lo señala el artículo 1.711 del C.C. En el supuesto del mandato gratuito, pueden resultar posteriormente ciertas obligaciones a cargo del mandante, como el reembolso de las cantidades empleadas en la ejecución del mandato o indemnizar los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato. Así lo contempla los artículos 1.728 y 1.729 del C.C. En efecto, el mandato nace como un contrato unilateral, engendrando obligaciones para una sola de las partes, pudiendo posteriormente nacer obligaciones para el mandante. Ahora bien, estas obligaciones no son interdependientes entre sí, ni recíprocas, es decir el sinalagma no está presente ni en el inicio ni durante la ejecución del contrato. Esto mismo sucede en contratos como el comodato (artículos 1.741 a 1.752 del C.C.) y depósito (artículos 1.758 y sgs del C.C.), donde las obligaciones se establecen solo para una de las partes, generándose eventualmente obligaciones para la otra parte; pero aquellas obligaciones no se pueden mirar como recíprocas, pues no se han tenido como equivalentes al momento de su celebración, con lo cual unas no inciden sobre las otras.

deberes no están funcionalmente enlazados, en el sentido de que no deben cumplirse simultáneamente. El deber de indemnizar por parte del mandante, no se tuvo en cuenta al momento de contraer la obligación²⁶⁷.

2.3. Contratos unilaterales onerosos

Teniendo en cuenta la reflexión anterior y las precisiones apuntadas, cabe preguntarse si resulta aplicable en los contratos unilaterales onerosos los remedios sinalagmáticos como la excepción de contrato no cumplido.

Para llegar a una respuesta a lo planteado, parece oportuno analizar la sinalagmaticidad en este tipo de contratos. Antes cabe precisar que la categoría de contrato unilateral con la de gratuito no debe ser equiparada, ya que existen contratos unilaterales que también son onerosos, siendo el caso por ejemplo del mutuo con interés. Tampoco debe equipararse la categoría de contrato oneroso con la de sinalagmáticos, pues existen

²⁶⁷El Código Civil alemán, en su artículo 273 expresa en este sentido la sola posibilidad de poder ejercer el derecho de retención. En sentido contrario, CASSIN, R.: *L'exception tirée...* op. cit., pág. 440 y 451, revisado TRAVIESAS, M.: "Obligaciones..." op. cit., pág. 332 y sgtes. Al respecto señala: "La *exceptio* abarca todas las relaciones sinalagmáticas que nacen de un contrato, de un cuasi contrato, como la gestión de negocios ajenos, o de la ley, como la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, y la tutela. La verdadera razón que le determina a darle extensión, está en que si no se hace así, dice, hay que ensanchar sensiblemente la noción clásica del derecho de retención fundado en el *debitum cum re junctum*, es decir, en un lazo de conexión objetiva entre la *exceptio non adimpleti contractus* y el derecho de retención propiamente dicho, para agrupar aquí todos los casos en que existe solamente conexión jurídica entre el crédito y la cosa detenida (mandatario que ejerce el derecho de retención sobre una cosa con ocasión de los gatos hechos por él sobre otras cosas que detiene en su poder todavía por efecto de su contrato o simplemente por el reembolso de sus anticipos)".

contratos como el de sociedad que son onerosos porque cada parte afronta un sacrificio y recibe un beneficio; pero las obligaciones de las partes no son interdependientes. Luego un contrato es unilateral porque sólo surgen obligaciones para una de las partes.

Por tanto, aunque todos los contratos sinalagmáticos son onerosos, no son sinalagmáticos todos los contratos onerosos. Porque la sinalagmaticidad serviría para explicar la interdependencia entre las prestaciones, haciendo referencia a la estructura y funcionamiento jurídico de la relación obligatoria contractual; mientras que la onerosidad haría referencia a las ventajas y sacrificios patrimoniales y no sólo juega en el ámbito contractual²⁶⁸.

Respecto a la sinalagmaticidad en este tipo de contrato, cuestión clave para determinar su aplicación, es posible a primera vista señalar que si la relación obligatoria impone deberes para sola una de las partes, difícilmente se puede hablar de sinalagmaticidad.

²⁶⁸ CLEMENTE MEORO, M E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 95. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 373 y sgtes. Reflexiona al respecto señalando que: "...el ejemplo académico para explicar la sinalagmaticidad y onerosidad es el mutuo o préstamo con interés, que es oneroso para ambas partes, puesto que ambas les concede ventajas y a ambas les impone sacrificios, pero que, en cambio, no es nunca sinalagmático, por cuanto que de él derivan sólo obligaciones a cargo del prestatario". Agregando que: "La necesidad de perfilar la distinción quizás pueda satisfacerse llevando la idea de la onerosidad al campo de las atribuciones patrimoniales y manteniendo en cambio la idea del sinalagma en el terreno de las obligaciones. Con ello quiero decir que la onerosidad de un negocio consiste en que éste genera atribuciones patrimoniales para ambas partes, entendiéndose el concepto de atribución su sentido más amplio: no sólo como nacimiento de una obligación, sino también como transferencia o constitución de un derecho, liberación de una obligación, etc. El sinalagma, en cambio, se encuentra en la línea de las obligaciones y está formado por la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación".

No obstante, hay autores como CLEMENTE MEORO, que sostienen que la interdependencia en los contratos unilaterales onerosos no se presenta en las obligaciones de las partes, ya que no existen para ambas; sino que se presenta entre la atribución patrimonial y la obligación del deudor. Por ejemplo, en el mutuo con interés la interdependencia se presenta entre la atribución patrimonial y la obligación de pago de intereses, de manera que su incumplimiento facultaría al acreedor a solicitar la resolución del contrato de préstamo; obtendría, en este caso, no su propia liberación (porque no se encuentra obligada), sino la restitución del capital más los posibles daños y perjuicios²⁶⁹.

Señala este autor, que en el plano de la reciprocidad no hay diferencia entre el contrato unilateral oneroso y el contrato bilateral en que la obligación de cada una de las partes ha sido cumplida en el momento de constituirse el vínculo. (Por ejemplo, el contrato de compraventa en que el comprador paga al contado y se aplaza la entrega del bien o en que el vendedor entrega en el acto y se aplaza el precio). Por lo cual es posible entender en los contratos unilaterales onerosos la existencia de la interdependencia, pero ésta en relación a la atribución patrimonial y a la obligación del acreedor (de carácter oneroso).

²⁶⁹ GAUDEMET, E.: *Teoría general...* op. cit., pág. 446. Se pregunta si en el derecho francés es posible ampliar la excepción *non adimpleti contractus*. Señalando que la cuestión puede plantearse, ya que el artículo 1.184 no habla sino de contratos sinalagmáticos. Agregando que la excepción es admisible en este tipo de contratos sin dificultad, ya que por ejemplo el acreedor prendario que hace impensas en la cosa dada en prenda, tiene un derecho de retención contra el deudor que rehúsa el reembolso.

Como hemos señalado, en este trabajo otro de los requisitos indispensables para el ejercicio de la *exceptio* es que se trate de obligaciones de cumplimiento simultáneo.

Pues bien, en los contratos unilaterales onerosos sólo existen obligaciones para una de las partes. Así en el caso del mutuo con interés, el mutuario se obliga a la devolución del dinero y en la donación con gravamen al cumplimiento de la carga por parte del donatario. Cabe preguntarse si el mutuario y donatario podrían oponer la excepción de contrato no cumplido cuando no existe obligación alguna para el mutuante o donante.

Difícilmente podrán oponer la *exceptio* dichos deudores, ya que no hay incumplimiento por parte del mutuante o donante, dado que los contratos unilaterales son a la vez, generalmente, contratos reales, es decir se perfeccionan con la entrega de la cosa. Por lo tanto, si el contrato se perfecciona con la entrega de la cosa y sólo nacen obligaciones desde que se perfecciona el contrato para una de las partes, la ausencia de obligaciones recíprocas, impediría el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*, pues en el ejemplo citado el donante o mutuante no tienen prestaciones pendientes y por lo mismo el deudor nada podría reclamarles en relación a su hipotética falta de cumplimiento.

2.4. *Obligaciones recíprocas no contractuales*

Pueden existir obligaciones recíprocas no nacidas de contratos, como las de devolución, en virtud de declaración judicial de nulidad o rescisión del contrato. Tanto la rescisión (artículo 1.295 del C.C.) como la nulidad (artículo 1.303 del C.C.) determinan la restitución de las prestaciones para ambas partes de forma recíproca²⁷⁰.

En efecto, la declaración de nulidad o la rescisión establecen ciertas obligaciones, con el objeto de que las partes vuelvan al estado anterior en que se encontraban antes de contratar. Siendo las principales, la restitución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses.

De los artículos 1.308 y 1.295 del C.C., se desprende que ninguna de las partes podrá exigir el cumplimiento sin que antes no realice la devolución de aquello a lo que esté obligado. Por ende, es posible hablar de obligaciones de carácter simultáneo, existiendo la posibilidad que una de las partes se pueda oponer al cumplimiento de lo establecido en la declaración judicial de nulidad o rescisión de contrato si la contraparte le exige la devolución sin que haya cumplido por su parte.

²⁷⁰ En este sentido, CLEMENTE MEORO, M E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 113. PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil...* op. cit., pág. 116, señala lo siguiente: “La reciprocidad que es fundamento de la excepción no sólo puede aparecer en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas sino igualmente cuando la declaración de nulidad de un contrato obligue a las partes a restituciones recíprocas (véase el art. 1.303 C.C.) [...]”

Si analizamos la sinalagmaticidad en este tipo de obligaciones es, al menos discutible, esto debido a que es difícil plantear que en la obligación de restituir cada deber de prestación constituya la razón de ser por la que cada parte queda obligada a realizar su propia prestación²⁷¹. Sin embargo, es posible entender que sí exista, a lo menos, una sinalagmaticidad funcional, ya que como se desprende del artículo 1.308 del C.C. Las restituciones sí deben tener un carácter simultáneo²⁷².

En el caso de que se declare la nulidad del contrato o se declare su rescisión, éste como tal deja de existir, por lo cual es difícil poder hablar de excepción de contrato no cumplido, ya que las obligaciones recíprocas

²⁷¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, págs. 44 y sgtes. Señala al respecto que el carácter recíproco de la restitución no es tal, afirmando que tienen un sentido de mutuas pero no de sinalagmáticas, con base en que la restitución es consecuencia de la nulidad impuesta por la ley; agregando que “el deber de prestación de uno no funciona propiamente como contravalor del deber de prestación del otro, sino como medio para reinstaurar la situación anterior al contrato”; y porque falta el sinalagma genético entre las obligaciones de las partes, ya que la causa de la obligación de cada una no es causa de la obligación de la otra, sino que la causa de obligación de cada una es la ley, que impone la restitución para la restauración de la situación primitiva.

²⁷² STS del 12 de diciembre de 2009 (RJ 2009\1946), esta Sentencia del Tribunal Supremo entiende aplicable el cumplimiento simultáneo de las prestaciones, resultante de la declaración de nulidad, pero fundándola en el artículo 1.308 del Código Civil y no en la excepción de contrato no cumplido; entendiéndolo que no es posible aplicar dicha defensa por el hecho de que el sinalagma funcional derivado del contrato se encuentra extinguido. No obstante, creemos que ambas defensas deberían ser aplicables ya que el fundamento de la excepción de contrato no cumplido es el mismo y tiene su base en el artículo 1.100 del Código Civil. Norma de carácter general y que es aplicable a todo tipo de obligaciones de carácter recíprocas.

derivan de una fuente distinta al contrato; en este caso, es la sentencia que determina la obligación de restituir²⁷³.

No obstante, más allá del nombre de la excepción, es posible entender que la aplicación de la *exceptio* en estudio es factible. Cosa distinta puede pasar con otros remedios sinalagmáticos como la resolución, en este caso el presupuesto de la obligación de devolución es precisamente que el contrato haya sido declarado nulo o rescindido; lo cual significa que ya no hay contrato y no se puede resolver un contrato o una relación contractual que ha dejado de existir²⁷⁴.

²⁷³ En un sentido similar se pronuncia ALMAGRO NOSETE, J.: *Comentario del Código...* op. cit., pág. 826 al indicar: “[...] Este incumplimiento no se produce, en realidad, por virtud del contrato mismo (que ha sido declarado nulo), sino como consecuencia de la regla liquidatoria de la relación contractual invalidada, impuesta por el ministerio de la ley, que inspirada en la idea del sinalagma hace depender de la realización de la devolución, que incumbe a cada contratante, la legitimidad de la reclamación acerca de la devolución que, también, tiene que efectuar el otro contratante”.

²⁷⁴ DELL ‘AQUILA, E.: *La resolución del contrato...* op. cit., pág. 24. En cambio, para CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones...* op. cit., pág. 272, quien sostiene la tesis de que la excepción es una aplicación de la noción de la causa, explica todo esto así: “a) cuando se trata de revocación de contrato por mutuo disenso, ha tenido lugar entre las partes un nuevo acuerdo sinalagmático, por lo que no cabe duda de que la excepción será aplicable; b) si se trata de una resolución o anulación de un contrato sinalagmático, sólo una razón de analogía hace justo exigir que las restituciones se hagan simultáneamente, lo que lleva a aprobar la aplicación que ha hecho la jurisprudencia francesa de la excepción en estos casos; c) cuando se trate de contratos normalmente calificados de sinalagmáticos (mandato remunerado, depósito remunerado, etc.), es igualmente procedente la aplicación de la excepción, pero no así se tratara de contratos unilaterales en que sólo con posterioridad han surgido obligaciones para la otra parte (mandato no retribuido, en los que el mandante resulta obligado a restituir anticipos o gastos hechos por el mandatario), pues en tales supuestos no cabe aplicar la excepción y a lo sumo cabría preguntarse sobre la procedencia de un derecho de retención”.

2.5. Contratos Plurilaterales

Las obligaciones correspectivas que asumen las partes representan tan sólo un medio para la obtención del fin común que todas ellas persiguen; el incumplimiento de una sola de las partes apenas podría justificar la excepción opuesta por ellas. Cuando el incumplidor u otra de las plurales partes pida el cumplimiento del excepcionante, la falta de la prestación prometida por la parte que ha incumplido se mostrará esencial para el logro del fin común, de tal manera que éste sólo pueda ser obtenido mediante el cumplimiento de tal prestación antijurídicamente omitida²⁷⁵.

²⁷⁵ PERSICO, G.: *L'eccezione...* op. cit., pág. 71.

CAPITULO IV. *EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS*

1. Planteamiento

La *exceptio non rite adimpleti contractus* es una variante de la *exceptio non adimpleti contractus* creada, según algunos autores, en el siglo XVIII²⁷⁶, que tiene por finalidad proteger a los contratantes que ven vulnerado el cumplimiento exacto de su obligación; y que tiene como principal objetivo enervar el pago de la contraprestación hasta que los defectos hayan sido corregidos o la parte de la prestación no ejecutada se termine de prestar.

En términos generales, se puede afirmar que el cumplimiento es defectuoso o inexacto en todos aquellos supuestos en los que la prestación realizada por el deudor, al cumplir su obligación, no contiene los requisitos que integraban su contenido o prestación. Por lo que, en consecuencia, no queda satisfecho el interés del acreedor, ni puede en puridad decirse que el deudor queda liberado, y en consecuencia, extinguida la obligación²⁷⁷.

²⁷⁶ TRAVIESAS, M.: "Obligaciones..." op. cit., pág. 336.

²⁷⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990, pág. 58. Para DIEZ-PICAZO la diferencia más importante que esta figura ofrece, frente al incumplimiento definitivo y a la mora es que, así como en estos últimos casos se ha producido una omisión total de la prestación, en el nuestro existe un comportamiento positivo del deudor dirigido a cumplir, que, sin embargo, no se ajusta a los términos del programa establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria. Dicho más claramente, no es que el deudor no haya hecho nada, sino que lo que ha hecho está mal hecho. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit, pág. 666. En este mismo sentido, MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "Cumplimiento defectuoso de la prestación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1976, pág. 1348.

De esta forma, si se coordina los artículos 1.157, 1.166 y 1.169 del Código Civil, el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la pactada, ni un cumplimiento parcial. Como tampoco se deberá conformar con una prestación que no se ajuste a lo convenido, ni existe precepto legal alguno que a ello le obligue bajo reserva de exigir su corrección. Así, el cumplimiento ha de sujetarse en todas sus modalidades al programa de prestación previsto al constituirse la obligación para tener por cumplida ésta.

Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1979, cumplir una obligación, es satisfacer el interés del acreedor de una manera exacta, “íntegra y puntual”.

Ante el cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación en las relaciones obligatorias sinalagmáticas, el acreedor dispone de diferentes instrumentos jurídicos para exigir el correcto cumplimiento. Estas son la acción de cumplimiento, ya sea a través de la reparación *in natura* o por medio del pago de una suma de dinero que permita compensar dicho defecto o la solicitud de reducción del precio debido.

Esta última acción, normalmente se ejercita por vía reconvenzional una vez ejercitada la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Además, existe la posibilidad de solicitar la resolución²⁷⁸, pudiéndose acompañar, todas

²⁷⁸ En los casos de prestación defectuosa, la resolución posee un alcance excepcional y requiere, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales, una frustración total del contrato. En particular, que la prestación defectuosa no sea útil por no servir al fin al que

estas acciones, de la solicitud de que se reparen los daños y perjuicios ocasionados.

En principio, la *exceptio* no es un medio que sirva por sí mismo para obtener el cumplimiento de la prestación; sino que más bien para detener la demanda de cumplimiento. No obstante, a veces es necesario su ejercicio para, por ejemplo, solicitar la reducción del precio a través de la demanda reconvenzional. Esto es así, debido a que la *exceptio* será la defensa idónea que justifique luego, en la demanda reconvenzional, la solicitud de reducción del precio; cuestión que, como sabemos, se encuentra conectada a la negación de cumplimiento que se justifica en el incumplimiento del demandante.

2. Configuración de la *exceptio*

La *exceptio non rite adimpleti contractus* se suele fundamentar en cumplimientos de tipo parcial o defectuoso. Ambos fundamentos presentan un cierto grado de complejidad. El primero se halla en la evaluación de la proporcionalidad, entre la porción que resta por cumplir al demandante y la entidad de la propia prestación del *excipiens*. A su vez, el incumplimiento defectuoso presenta la dificultad de determinar en qué grado la prestación se aleja en cuanto a calidad, el lugar o cualquier otra circunstancia pactada en interés del acreedor.

se le había destinado; o que el interés del acreedor en la resolución sea atendible, por no aparecer la resolución como abusiva o como contraria a la buena fe.

Es plausible entender que lo que quiere el contratante es obtener la totalidad de las prestaciones del otro, y sería desconocer su voluntad obligarle a cumplir su obligación cuando solamente recibe una parte de lo que se le prometió, o lo cumplido no se ajusta con lo acordado por las partes del contrato. Además, no se puede olvidar que cuando el deudor se aparta de lo convenido y no cumple aquello que prometió, esto es, no ejecuta la prestación en los términos convenidos, conlleva la infracción del artículo 1.091 del C.C., que consagra el principio *pacta sunt servanda*, es decir, que lo pactado debe cumplirse, ya que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley para las partes²⁷⁹.

TRAVIESAS²⁸⁰, explica la figura señalando: «... Puede ocurrir también que, en las obligaciones recíprocas, uno de los obligados realice el cumplimiento de la prestación que le incumbe en forma que no sea la forma debida. El otro obligado puede negarse, entonces a realizar la contraprestación que debe, mientras la parte contraria no cumple en la forma debida. A esta excepción se le da el nombre de *exceptio non rite adimpleti contractus* o el de *exceptio non debito modo adimpleti contractus*...»

²⁷⁹ En este sentido, MARTINEZ CALCERRADA, L.: “Cumplimiento defectuoso...” op. cit., pág. 1344. Y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código...* op. cit., pág. 1260, al señalar: “El artículo 1.091 es una plasmación, tal vez la más genuina, del dogma de la autonomía de la voluntad y del principio “*pacta sunt servanda*”. Sin embargo, esta exaltación del contrato, elevándolo a la categoría de verdadera “*lex privata*”, no alcanza hasta el punto de convertirlo en fuente de Derecho objetivo, sino a lo sumo de obligaciones, o lo que es lo mismo de derechos subjetivos”.

²⁸⁰ TRAVIESAS, M.: “Obligaciones...” op. cit., pág. 337.

Al respecto, FERNANDEZ HIERRO²⁸¹ explica la excepción de cumplimiento inadecuado o defectuoso diferenciándola con la excepción de incumplimiento contractual, en este sentido señala: «...se distinguen dos clases de excepciones paralelas: la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*. La diferencia entre ambas reside en que la *exceptio non adimpleti contractus* supone un incumplimiento total por la otra parte, mientras que la *exceptio non rite adimpleti contractus* sólo comporta un incumplimiento parcial o defectuoso».

Por su parte, DIEZ-PICAZO²⁸² indica que «la *exceptio non rite adimpleti contractus* es una variante o una modalidad de la excepción general de incumplimiento. Cuando el demandante sólo ha cumplido la prestación a

²⁸¹ FERNANDEZ HIERRO, J.M.: “La *exceptio non adimpleti...*” op. cit., pág. 77.

²⁸² DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 694. ENNECCERUS/LEHAMANN, *Tratado de derecho civil...* op. cit., pág. 167, señala: “Una excepción igual, que en este caso se denomina excepción de contrato no cumplido pertinentemente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) le corresponde al deudor, cuando el acreedor sólo ha cumplido en parte, o sólo de un modo defectuoso, hasta tanto que la prestación sea completada o mejorada de la manera pertinente”. HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho...* op. cit., pág. 103, señala: “En el mismo grado que el incumplimiento de la prestación hemos de colocar la entrega de una prestación que no corresponda. En este caso la terminología científica coloca junto a la *exceptio non impleti contractus*, la llamada *exceptio non rite impleti contractus*, que concede a la parte contratante demandada la misma posibilidad de defensa. En este caso no entra en consideración la culpabilidad de la parte primeramente obligada a cumplir la prestación”. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 25 de febrero de 1998 (AC 1998 \ 3722) señala que: “La excepción de cumplimiento inadecuado o de contrato no cumplido regularmente constituye, como se ha visto una variante de la excepción general de incumplimiento contractual, con idéntica apoyatura legal, por lo que, cuando el demandante sólo ha cumplido la prestación a su cargo parcialmente o de manera defectuosa, el demandado puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando de modo pertinente los defectos que la prestación presentaba. En una y otra, la ejecución de la prestación reclamada al demandado queda en suspenso, diferida o condicionada a la total y exacta realización simultánea por el actor de la prestación que correlativamente le incumbe”.

su cargo parcialmente o de manera defectuosa, el demandado puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando de modo pertinente los defectos que la prestación presentaba».

PUIG BRUTAU ²⁸³, nos señala: «...puede suceder que la falta de cumplimiento simultáneo sólo sea parcial o que la prestación sea defectuosa. En principio es procedente la excepción de falta de un cumplimiento regular y en este sentido se habla de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, mediante la cual el demandado podrá negarse a efectuar la prestación que le incumbe hasta que la parte actora haya cumplido la suya de la manera convenida».

La jurisprudencia, por su parte, también reconoce de manera contundente la figura de la excepción de incumplimiento parcial o defectuoso, reconociendo que aunque carezca de regulación expresa en el

²⁸³ PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil...* op. cit., pág. 116. Por su parte, GARCÍA AMIGO, M.: *Teoría general de las obligaciones y contratos, lecciones de derecho civil II*, Madrid, 1995, pág. 534, se refiere a la *exceptio non rite adimpleti contractus* señalando: “Una modalidad de la excepción de contrato no cumplido, es la misma excepción para los casos en que no se trate de incumplimiento total por la otra parte, sino sólo de incumplimiento parcial, o defectuoso o tardío cumplimiento”. Indicando luego que: “...igualmente ha sido admitida por la jurisprudencia bajo el nombre de *exceptio non rite adimpleti contractus*, con el mismo efecto paralizante que legitima el retrasar el cumplimiento”. Ahora bien, dice: “esta modalidad plantea el difícil problema de determinar qué grado de incumplimiento es suficiente para fundar la excepción: tratándose de obligaciones sinalagmáticas habría que acudir a los parámetros del art. 1.124, a efectos de justificar la resolución del contrato. La Sentencia antes citada, 27.3.1991, habla de *defectos de cierta importancia* que impidan satisfacer el interés del acreedor/deudor”.

Código Civil, se infiere de los artículos 1.100, 1.154 y 1.157 del mismo texto legal²⁸⁴.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2004²⁸⁵ reconoce la figura señalando: «...el orden de cumplimientos de las prestaciones debidas, como consecuencia de una relación de obligación sinalagmática, y la mutua condicionalidad e interdependencia que existe entre ellas, justifica que el deudor incumplidor le pueda oponer al deudor requerido de pago la llamada *exceptio non adimpleti contractus*».

En términos más amplios se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1991²⁸⁶, al indicar: «...los principios del respeto a la palabra dada y a la buena fe dieron lugar al nacimiento de dos acciones diferentes, una de contrato no cumplido, llamada *non adimpleti contractus* y otra de contrato no cumplido adecuadamente en —cantidad, calidad, manera o tiempo— denominada *exceptio non rite adimpleti contractus*, acciones no reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero cuya existencia esta implícitamente admitida en diversos preceptos y han sido sancionada por la jurisprudencia».

²⁸⁴ En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1992 (RJ 1992\2451) y 30 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9669).

²⁸⁵ RJ 2004\3837. En este mismo sentido, STSS de 22 de octubre de 1997 (RJ 1997\7410), 21 de marzo de 2001 (RJ 2001\4748), 17 de diciembre de 2002 (RJ 2002\1259) y 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\2763) entre otras.

²⁸⁶ RJ 1991\2451. Últimamente se reconoce esta modalidad de excepción en las SSTs de 5 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8646), 28 de mayo de 2009 (RJ 2009\4142) y 1 de octubre de 2010 (RJ 2010\7309).

En definitiva, podemos señalar que ambas excepciones tienen por objetivo oponerse al cumplimiento exigido por el demandante, diferenciándose en los presupuestos de una y otra.

Así, el presupuesto básico de la *exceptio non adimpleti contractus* supone que el actor no ha cumplido ni ofrecido su prestación; la *exceptio non rite adimpleti contractus* supone que lo ha realizado, pero inexactamente, de manera parcial o defectuosa²⁸⁷.

Otra de las diferencias que se pueden advertir entre ambas excepciones es en materia del orden probatorio. En el evento de ejercerse la *exceptio non adimpleti contractus* y, por ende, caso de inejecución de la prestación, es el demandante quien debe probar el cumplimiento íntegro que se le cuestiona. En cambio, en caso de incumplimiento defectuoso, es al *excipiens* a quien le incumbe la prueba de las diferencias o irregularidades que la prestación del actor presenta.

Esto último es así, debido a que es el demandado quien introduce en el debate procesal nuevos hechos obstativos del regular y exacto cumplimiento debido por el demandante, pretendiendo que dichos hechos impeditivos le exoneren de la obligación del pago del precio²⁸⁸.

²⁸⁷ SAP de Toledo de 25 de febrero de 1998 (AC 1998\3722).

²⁸⁸ SSTs de 16 de mayo de 1989 (RJ 1989\3766) y de 20 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8262). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 25 de febrero de 1998 (AC 1998\3722) nos señala respecto a las diferencias entre las *exceptio non adimpleti contractus* y *non rite adimpleti contractus*, lo siguiente: “Así mismo, existe otra diferencia, en el orden probatorio, entre los casos de inejecución o ejecución incompleta y los de realización defectuosa de la prestación, puesto que, si el demandante corre, en los

3. Consagración legal

El apoyo legal de la *exceptio non rite adimpleti contractus* es similar al de la excepción de contrato no cumplido, pero no idéntico, como señalan algunas sentencias en la jurisprudencia²⁸⁹. No obstante, podemos señalar que tanto el artículo 1.100 del C.C., y 1.124 del mismo texto legal, sirven de fundamento para ambas *exceptio*.

Además existen otras disposiciones que sirven para apoyar únicamente la excepción de contrato no cumplido adecuadamente, como son el artículo 1.154 y 1.157 del C.C.²⁹⁰

primeros, con la carga de probar el cumplimiento íntegro que se le cuestiona, es al demandado, en los segundos, a quien incumbe la prueba de las deficiencias o irregularidades que la prestación del actor presenta, en cuanto en ello el *excipiens* no se limita a negar el cumplimiento de la obligación contraída por el demandante, sino que introduce en el debate procesal nuevos hechos obstativos del regular y exacto cumplimiento debido por éste". En este mismo sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona de 30 de marzo de 1999 (AC 1999\1117), Madrid de 8 de febrero de 2010 (AC 2010\463) indicando ésta última que: "... bien entendido que dicha excepción debe ser probada por quien la alega por ser un hecho extintivo y enervador del efecto jurídico pretendido de contrario (art. 217.3 LEC). En el mismo sentido se pronuncia, por ejemplo, las S.S. de esta sección de 16 de marzo ó 23 febrero 2009 (PROV 2009, 170533)".

²⁸⁹ En este sentido, STS de 30 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9669), 14 de julio de 2003 (RJ 2003\4635) y 22 de julio de 2008 (RJ 2008\4617) entre otras y por su parte así lo ha entendido la SAP de Toledo de 25 de febrero de 1998 (AC 1998\3722).

²⁹⁰ SSTs de 17 de abril de 1976 (RJ 1976\1811), 27 de marzo de 1991 (RJ 1991\2541), 30 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9669) entre otras. Sobre el artículo 1.154 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código...* op. cit., pág. 1351, señala: "Se suele valorar como el precepto que impone la integridad de la prestación para que pueda considerarse realizado el pago [...]" Señalando a continuación: "Una interpretación más amplia permite referirlo a la exigencia de exactitud de la prestación; dentro de cuyo concepto se incluye fundamentalmente, junto con la integridad, la identidad, además del cumplimiento en el tiempo (STS 10 de abril 1981 [RJ 1981, 1531]) y en el lugar debidos, y el modo de realización de la obligación". Señalando más adelante que: "La referencia del artículo 1.157 para exigir el cumplimiento de la obligación o las consecuencias derivadas

La primera norma citada, se refiere a la facultad que ostenta el juez de poder moderar la pena establecida en una cláusula penal cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. El segundo artículo señalado, se refiere al pago, y establece que no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía.

Como apuntamos en el Derecho francés, que al igual que el nuestro, no se consagra de forma expresa la *exceptio non adimpleti contractus* ni la *rite non adimpleti contractus*, existen no obstante, disposiciones que sirven de base para su aplicación. De esta forma, se hace referencia al artículo 1.653 del Código Civil francés²⁹¹, que permite al comprador suspender el pago del precio cuando ha sido perturbado o tiene fundados motivos de serlo por una acción hipotecaria o reivindicatoria.

Otra disposición que se utiliza en el Derecho francés para fundamentar su aplicación es el artículo 1.722 del mismo cuerpo legal, que refiriéndose a la hipótesis en que la cosa alquilada perece, en parte permite al arrendatario reclamar, o una disminución del precio o la rescisión del

del incumplimiento es frecuentemente ineludible o, al menos, útil, puesto que contiene la norma que garantiza genéricamente la adecuación del pago al contenido de la obligación. Para pedir la resolución de los contratos en aplicación del artículo 1.124 –vendedor que entrega una cosechadora con importantes desperfectos (STS 25 de noviembre 1967 [RJ 1967, 4769]) – o del artículo 1.504 (STS 21 marzo 1996 [RJ 1996, 2230]). Para el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus* (STS 27 marzo 1991 [RJ 1991, 2451]).

²⁹¹ Artículo 1.653 C.C. francés señala: “Si el comprador fuere perturbado, o tuviere fundado motivo para temerlo, por una acción hipotecaria o reivindicatoria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación, a no ser que éste prefiera dar fiador, o que se haya estipulado que el comprador habrá de pagar no obstante la perturbación”.

contrato. Por último, también en materia de arrendamiento, el artículo 1.726 aplica la misma solución en el caso de que el locatario o arrendatario hayan sido perturbados en el disfrute de la cosa por una acción relativa a la propiedad del finado²⁹².

En nuestro Derecho, al igual que en el Derecho francés, se establecen ciertas normas en el Código Civil y en otras leyes especiales que permite a una de las partes poder suspender su prestación por el riesgo de que se vea por uno u otro motivo frustrada la finalidad del contrato. Cuestión ya revisada en el epígrafe que estudia el ejercicio de la *exceptio* ante el riesgo de incumplimiento.

4. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la *exceptio non rite adimpleti contractus* es distinto que el de la *exceptio non adimpleti contractus*, pues el supuesto de aplicación debe ser un cumplimiento inadecuado y no un incumplimiento en el sentido propio. Sin embargo, en la práctica y en el estudio de la jurisprudencia, se puede apreciar que el ejercicio de la excepción de cumplimiento inadecuado es más frecuente; esto, debido a que la situación más común es el cumplimiento de las obligaciones que se contraen, pero con la salvedad que no siempre se ajustan en su totalidad a lo pactado.

²⁹² CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones...* op. cit., pág. 281.

El ejercicio de esta modalidad de excepción de contrato no cumplido debe sostenerse, a nuestro entender, en supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso. Cualquiera de estas dos situaciones dan origen a la excepción de contrato no cumplido adecuadamente²⁹³.

4.1. *Cumplimiento parcial*

Entendemos que este tipo de cumplimiento se caracteriza porque sólo existe una o varias prestaciones ejecutadas conforme al contrato; quedando por ejecutar otras prestaciones, que no están aún realizadas, que hagan posible entender un contrato fielmente cumplido.

Es propio en contratos de arrendamiento de obra, cuando se encarga al contratista la ejecución de una faena y ésta no se ha completado del todo, existiendo aún partidas de la obra sin ejecutar o concluir.

Se debe tener presente que, en aquellos contratos de obra que se pacten por piezas ejecutadas²⁹⁴ o por unidades de medida²⁹⁵, algunas Sentencias,

²⁹³ TRAVIESAS, M.: "Obligaciones..." op. cit., pág. 337. Señala: "El incumplimiento parcial, en mi entender, no es el cumplimiento debido, cuando no existe derecho para imponerlo al acreedor. Ni se cumple con cosa debida, cuando existen vicios o gravámenes, desconocidos por el acreedor, al perfeccionarse el contrato, que den derecho a su impugnación. Ni cuando la prestación no sea de las cualidades debidas. En estos supuestos podrá ser utilizada la *e.n.r.a.c.*".

²⁹⁴ La STS de 7 de octubre de 1964 lo define como aquel contrato "cuyo objeto se compone de diversas partes separadas e independientes entre sí".

²⁹⁵ La SAP de Alicante de 13 de noviembre de 2003 (JUR 2003\18854) recoge el mismo concepto que la STS de 7 de octubre de 1964.

como la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de mayo de 2004²⁹⁶ ha entendido este tipo de contrato, como una relación contractual cuyo precio se fija y satisface por cada unidad de medida o pieza ejecutada y entregada, de la total obra a realizar. En la que en la obra por unidad de medida, el todo tiene una única, propia, absoluta y continua identidad cualitativa; mientras que la parte representa un concepto numérico o cuantitativo que se sustenta sólo sobre una razón de extensión o concreción, y que, por ello, deviene esencialmente mensurable.

Señalando la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1979²⁹⁷ que «...no puede afirmarse con fundamento que las entregas y pagos parciales sean contrarios a la naturaleza del contrato de arrendamiento de obra, desde el momento en que el propio Código admite en el artículo 1592 la contratación de una obra por piezas o por medida, en cuyo supuesto el contratista puede exigir del comitente o dueño de la obra que las reciba por partes y que las pague en la misma proporción».

En efecto, es razonable entender que no será útil para el comitente oponer la *exceptio non rite adimpleti contractus* cuando se haya pactado un contrato de arrendamiento de obra por unidad de medida o por piezas ejecutadas; pues si bien existe un único y global ejecución, éste vendrá a disgregarse en una serie de contratos parciales de arrendamiento de obra,

²⁹⁶ JUR 2004\259001.

²⁹⁷ RJ 1979\1545.

de forma que cada uno de ellos tendrá por objeto la realización de una pieza o unidad o clase de obra total²⁹⁸.

Aún es más, el artículo 1.592 del C.C., entiende en un contrato de obra por piezas o por medida, que el contratista tiene el derecho de exigir al comitente que la reciba por partes y que la pague en proporción, presumiendo aprobada y recibida la parte satisfecha.

4.2. *Cumplimiento defectuoso*

Por este tipo de incumplimiento podemos entender la situación en la que el deudor ha llevado a cabo unos actos dirigidos a cumplir, es decir, ha realizado una prestación, pero esta prestación real no coincide enteramente o no se ajusta por completo con el programa o proyecto de prestación tal y como se encontraba establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria²⁹⁹; en otras palabras, el deudor realiza una prestación que afirma que se ajusta a la obligación, sin que en realidad suceda así, es decir, cumple pero cumple mal³⁰⁰.

En los términos expresados, este tipo de incumplimiento, por lo general, al no ajustarse a lo convenido perjudica el fin de la prestación y por consiguiente puede originar un determinado daño en el patrimonio

²⁹⁸ En este sentido, la SAP de 25 de mayo de 2004 (JUR 2004 \ 259001).

²⁹⁹ MARTINEZ-CALCERRADA, L.: "Cumplimiento defectuoso..." op. cit., pág. 1348 y sgtes. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 671.

³⁰⁰ PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil...* op. cit., pág. 424.

del acreedor. Es decir, puede llegar a tener la misma importancia que un incumplimiento en el cual no se ha comenzado ni siquiera a cumplir con parte del contrato. Por esto, se entiende que al igual que otros tipos de incumplimiento (como la inexecución propiamente tal o la ejecución tardía), éste genera responsabilidad contractual; toda vez, que es posible, como señalamos, que se produzca un daño al acreedor. En efecto, se podrá perseguir la responsabilidad según lo señalado en el artículo 1.101 del C.C.

Para poder entender cuándo nos enfrentamos ante un incumplimiento defectuoso o irregular, es necesario distinguir entre obligaciones de medio y de resultado.

CABANILLAS³⁰¹, afirma que en las obligaciones de resultado el criterio para determinar el correcto cumplimiento es la presencia del resultado, es decir, la satisfacción del interés primario del acreedor, la que determina el cumplimiento, defectuosidad o el incumplimiento.

En cambio, como se analizará a continuación, el cumplimiento defectuoso o irregular de las obligaciones de medio o de actividad, se determinan en base al criterio de exactitud en el cumplimiento propio, inherente al contenido de la prestación, que consiste en la conducta diligente del deudor dirigida a la satisfacción del interés primario del acreedor.

³⁰¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, págs. 123 y 124.

Por otra parte, es interesante analizar si se debe considerar defectuoso el cumplimiento ejecutado por otra persona distinta al deudor en una relación *intuitus personae* y, por lo tanto, si cabe oponer la *exceptio* siendo la prestación ejecutada objetivamente idónea.

Al respecto, el Código Civil español, en su artículo 1.158, permite que el pago pueda realizarlo cualquier persona tenga interés o no en el cumplimiento de la obligación. Pero, a su vez, el artículo 1.161 establece limitaciones respecto a las obligaciones de hacer al señalar: «...en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

Sobre este punto, DIEZ PICAZO³⁰² nos señala lo siguiente: «Es notorio que si la persona del deudor y sus especiales cualidades han sido tenidas en cuenta a la hora de configurar la prestación, como condición esencial de ésta (*intuitus personae*), cualquier pretensión de ejecución de la prestación por un tercero hace que ésta represente un *aliud* y no sea ya la misma prestación, por lo cual el acreedor podrá justamente rechazarla».

En efecto, el cumplimiento por un tercero distinta a la persona del deudor en obligaciones *intuitus personae*, no constituye un verdadero

³⁰² DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 481.

cumplimiento, debiéndose entender que la prestación no reúne los requisitos para entender extinguida la obligación³⁰³.

Por tanto, no estamos ante un cumplimiento defectuoso, sino más bien ante un incumplimiento; ya que como se ha señalado, el acreedor al momento de contratar ha tenido en cuenta la persona del deudor y sus especiales cualidades.

En este orden de cosas, el *excipiens* deberá ejercitar la excepción de contrato no cumplido y no de cumplimiento defectuoso, pues no se trata de un cumplimiento que se aleje en parte de lo estipulado; sino que la prestación del tercero no satisface en nada al acreedor, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato celebrado³⁰⁴.

³⁰³ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit., pág.133, se refiere señalando: “No cabe, sin embargo, el cumplimiento a través de representante cuando la prestación tenga carácter personalísimo y hayan sido tenidas en cuenta las cualidades y circunstancias personales del deudor al establecer la obligación”.

³⁰⁴ Como indica ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil...* op. cit., pág. 143, “El fundamento de que pueda pagar cualquier tercera persona ajena a la obligación, tenga o no interés en el cumplimiento de esta (C.C., art. 1.158, 1.º) reside en que tendiendo la prestación a satisfacer un interés del acreedor, a éste no debe importarle en principio, quien la realice, con tal de que aquél que de satisfecho”. En el caso de las obligaciones *instuitus personae*, si la prestación no es cumplida con la persona que se ha tenido en cuenta al momento de contratar, el interés del acreedor no queda satisfecho, porque como sabemos se ha contratado a una persona con el fin de que esta misma realice la prestación, por ende no se cumple lo indicado por el autor para que la obligación se entienda extinguida.

4.3. *Aplicación de la exceptio en obligaciones de medios o actividad*

La caracterización de una obligación como de medios, afecta a las obligaciones de hacer y supone que el deudor no se obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente³⁰⁵. Es decir, se obliga a poner los medios para la consecución del fin esperado y la aplicación de sus conocimientos específicos.

La propia naturaleza de este tipo de obligación dificulta el análisis de la existencia o no de un cumplimiento inadecuado, pues al no exigirse un resultado concreto no se puede analizar de forma objetiva el supuesto defecto en el cumplimiento. Por consecuencia, el cumplimiento e incumplimiento de la obligación son independientes de la obtención del

³⁰⁵ ASUA GONZÁLEZ, C. I.: "Responsabilidad civil médica" en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, Navarra, 2006, pág. 1180. LOBATO GÓMEZ, J. M.: "Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y las obligaciones de resultado," *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1992, pág. 653, explica este tipo de obligación de la siguiente manera: "[...] se entiende por obligación de medios aquella obligación en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar. Esto es, el deudor debe poner los medios (de ahí el nombre que se le da comúnmente), a través de una actuación diligente, que posibiliten al acreedor obtener el resultado o fin práctico esperado al contraer la obligación, resultado que, sin embargo, no forma parte de la prestación, no está *in obligatione*. Consiguientemente, su cumplimiento e incumplimiento son independiente de la obtención del resultado esperado por el acreedor y dependen únicamente de la actuación diligente o negligente del deudor".

resultado esperado por el acreedor, y dependen únicamente de la actuación diligente o negligente del deudor³⁰⁶.

En las obligaciones de medios o de actividad, propio en las prestaciones de servicios de profesionales como de médicos y abogados, el canon de diligencia al que deberá atenerse el profesional es al establecido en el artículo 1.104.1º C.C.³⁰⁷

Si bien este artículo señala como modelo abstracto de conducta al buen padre de familia, para efectos de actividades profesionales como la del abogado, arquitecto o médico, el parámetro de diligencia no puede ser el del buen padre de familia³⁰⁸.

³⁰⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, pág. 267, señala al referirse a la utilidad de la distinción de obligaciones de medio y resultado, lo siguiente: "Admitido que el interés final está siempre presente, en las obligaciones de actividad ese interés es contingente, eventual. El deudor cumple en su programa de prestación observando el esfuerzo o actividad debidos. Con ello se agota un interés primario; y el interés definitivo o final, que es hacia lo que está orientado el comportamiento del deudor, al ser incierto, hace que el deudor quede liberado si se desplegó esa buena conducta. Se da, pues, un doble juego de intereses en el objeto de la obligación: un interés final aleatorio, al que se aspira, y un interés primario, que se satisface con la actuación profesional diligente, y que en definitiva constituye el auténtico objeto del deber (la prestación de las obligaciones de medio). En este mismo sentido JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y resultados," *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 1991, pág. 21.

³⁰⁷ Este artículo señala: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".

³⁰⁸ Referente al tipo de conducta que debe seguirse cuando se hace referencia a un buen padre de familia, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 97, señala: "En síntesis, y siguiendo la idea del autor antes citado (Badosa), se trata de un

La naturaleza de la obligación (cfr. Art. 1104.1º C.C.) deviene, en este aspecto, en criterio en virtud del cual se determina el modelo de conducta exigible para la satisfacción del interés crediticio concreto. Es decir, de la naturaleza de la obligación se infiere la imposición del modelo de conducta del profesional³⁰⁹.

Ahora bien, para poder determinar si existe un incumplimiento es necesario analizar si el deudor se alejó o no, en su conducta, de la diligencia que le exigía el cumplimiento de su prestación. En este sentido, la determinación de un cumplimiento defectuoso pasa por determinar si ha existido o no por el deudor algún grado de actividad destinado al cumplimiento de la obligación.

De esta forma, si el deudor nada ha hecho, olvidando del todo la prestación que debía ejecutar, es manifiesto que estamos frente a un incumplimiento de la obligación, pues al no existir prestación, no hace falta analizar si ésta se realizó de forma diligente o no, en función de la naturaleza de la obligación.

En cambio, si ha existido actividad por parte del deudor y por ende se ha realizado la prestación encargada, deberá comprobarse si ésta se realizó según la diligencia que se le exigía en su cumplimiento, y sólo de esta forma podremos distinguir si realmente estamos frente a un cumplimiento defectuoso.

modelo de conducta caracterizado por la no profesionalidad y por una cierta dosis de perfección en el comportamiento”.

³⁰⁹ SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Navarra, 2000, pág. 101.

En este sentido, la determinación de la existencia del cumplimiento defectuoso pasará por conocer el nivel de diligencia empleado por el deudor, y si se comprueba que no ha empleado el exigido por la naturaleza de la obligación, se podrá decir que su cumplimiento es defectuoso.

Por lo tanto, en caso de que exista pleno incumplimiento, en el sentido de no haberse realizado prestación alguna destinada al cumplimiento de la obligación, la *exceptio* que se debería ejercitar es la *non adimpleti contractus*. En cambio, si se ha ejecutado la prestación, pero ésta es defectuosa por no ajustarse a la diligencia exigida, la excepción que deberá oponerse es la *non rite adimpleti contractus*.

No obstante lo señalado, se suele entender que por el sólo hecho de alejarse de la diligencia exigida en el cumplimiento de la prestación, se estaría frente a un incumplimiento, sin distinguir qué tipo de incumplimiento es³¹⁰.

Así, DIEZ-PICAZO³¹¹ señala: «...por lo que se refiere a las llamadas obligaciones de medios, en ocasiones conocidas también como

³¹⁰ Según lo referido por JORDANO FRAGA, F.: “Obligaciones de medios...” op. cit., pág. 24: “Es no cumplimiento para cada obligación, según el artículo 1.101 del C.C. cualquier *modo de contravención de su tenor*: es decir, todo lo que no sea exacta realización de la prestación debida, tal y como ésta se haya definido para esta determinada obligación”.

³¹¹ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., págs. 586 y 587. En este mismo sentido LOBATO GÓMEZ, J, M.: “Contribución al estudio...” op. cit., pág. 718 y sgtes. SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil...* op. cit., pág 114 y sgtes., realiza la distinción al diferenciar los conceptos de pericia y de diligencia. En este sentido señala que: “La más importante estriba en que la deficiencia total de pericia comporta la

obligaciones de diligencia, el panorama varía. Es cierto que en ellas tiene que haberse producido una inobservancia de la regla de diligencia del tipo que ésta sea (diligencia ordinaria, diligencia profesional). Sin embargo, en estos casos la violación de la regla de diligencias o de la *lex artis*, como también se le llama en relación con la diligencia profesional, no es en puridad un criterio de imputación de responsabilidad, sino un hecho determinante del incumplimiento en sí mismo. La culpa juega evidentemente en este tipo de obligaciones, pero juega porque culpa es igual a incumplimiento».

En definitiva, el cumplimiento defectuoso está circunscrito en las obligaciones de medios a la falta de diligencia; y por el contrario, la existencia de diligencia independientemente del resultado obtenido conlleva un cumplimiento exacto de la obligación.

Por lo general, el cumplimiento defectuoso en este tipo de obligaciones está acompañado por la existencia de un daño, y es gracias a la existencia de este daño que se puede apreciar de mejor manera el cumplimiento defectuoso. En este sentido, la conducta negligente de un médico puede

imposibilidad de realizar el objeto del contrato, esto es, el incumplimiento absoluto, mientras que la falta de diligencia, aunque sea total, no conduce a las mismas consecuencias, sino que implica un (in)cumplimiento imperfecto, y por tanto, una prestación posible en virtud de la presencia de la pericia". JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios..." op. cit., págs. 24 y sgtes., distingue de la ausencia de cumplimiento de la falta de exacto cumplimiento. En este sentido señala: "En las obligaciones de medios, como en cualquiera otras, el deudor puede infringir su obligación, no realizando la prestación debida en absoluto (falta total de cumplimiento); no realizándola en parte -p.ej., del total de horas o jornadas de trabajo comprometidas, sólo se realizan por el prestador de *facere* una porción: cfr. art. 1.151-2º -(falta parcial de cumplimiento) [...]"

tener nefastas consecuencias en un paciente; lo mismo sucede con un arquitecto en la ejecución de una obra o un abogado en el ejercicio de su profesión. La cuestión pasa por determinar la relación de causalidad entre el actuar del profesional (el cumplimiento defectuoso) y la existencia del daño.

Si bien el daño es una ayuda a la hora de apreciar el cumplimiento defectuoso, éste no es requisito para la acreditación del mismo, toda vez que es posible que en una obligación de medios o de actividad exista un cumplimiento defectuoso sin la existencia de un perjuicio; pues lo que determina el cumplimiento defectuoso en este tipo de obligaciones es la falta de diligencia en la ejecución, más allá de la existencia posterior de un daño.

Ahora, es lógico que en materia de responsabilidad, para exigir una indemnización es requisito indispensable la acreditación del correspondiente daño. Pero, en materia del cumplimiento de las obligaciones, al *excipiens* le bastará para poder ejercitar la *exceptio non rite adimpleti contractus*, acreditar la falta de diligencia en la ejecución de la prestación y que además el resultado esperado no se haya concretado. Porque si se obtiene el resultado sin haberse empleado la diligencia debida, no es de interés del acreedor; toda vez que se logró el cumplimiento de la prestación que se le debía.

Sobre el *excipiens* recaerá la carga de la prueba, debiendo acreditar la defectuosidad o inexactitud de la prestación realizada; es decir la no

conformidad de la prestación a los cánones de conducta que deben regir en el desarrollo de la actividad.

Como señala JORDANO FRAGA³¹²: «...deberá probar el incumplimiento material de la obligación: la no prestación en absoluto de la conducta diligente debida, la realización atrasada de la conducta diligente debida, o la no exacta realización de la conducta diligente debida: o sea, que la conducta de cumplimiento del deudor, no alcanzó el nivel de diligencia debido, según la obligación. Esto último, es la culpa o negligencia del deudor (en la actividad de cumplimiento), como inexacto cumplimiento obligación de medios, como forma de incumplimiento material de tal obligación, y contenido, por tanto, de la carga probatoria del acreedor».

En este sentido, la carga probatoria no sufrirá ningún cambio para el *excipiens*, puesto que, en materia de cumplimiento inadecuado sabemos que la carga de la prueba recae siempre sobre éste, al tener que acreditar en qué consiste la defectuosidad que adolece la prestación realizada por el demandante³¹³.

³¹² JORDANO FRAGA, F.: “Obligaciones de medios...” op. cit., pág. 77.

³¹³ Corresponde al demandado acreditar los hechos que sirvan para desvirtuar o neutralizar la demanda. Es decir, en materia de cumplimiento defectuoso, deberá el *excipiens* acreditar los hechos obstativos que impiden el éxito de la demanda. Siendo estos hechos obstativos la falta de diligencia del actor en la ejecución de su prestación.

5. Presupuestos

Además de los requisitos de la excepción de contrato no cumplido, que son comunes para ambas excepciones, *la exceptio non rite adimpleti contractus* debe cumplir con ciertas exigencias concretas para su correcta aplicación.

5.1. *Que el incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, dentro de las cuales destaca, entre otras, las Sentencias de 13 de mayo de 1985³¹⁴, 14 de julio de 2003³¹⁵ y 22 de julio de 2008³¹⁶, se refieren sobre este presupuesto señalando: «...el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegado cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación de los contratos, no autoricen el ejercicio de la

³¹⁴ RJ 1985\2388

³¹⁵ RJ 2003\4635

³¹⁶ RJ 2008\4617

acción resolutoria del artículo 1.124 del citado texto sustantivo y sólo permita la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio».

Interesante es a su vez analizar la Sentencia ya citada, del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008, al conocer sobre recurso de casación, que tiene por fundamento la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, basado en la infracción de doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la “*exceptio non rite adimpleti contractus*”, en relación con el artículo 1124 del Código Civil.

En efecto, el recurso se fundamenta en el incumplimiento por parte del demandante reconvencional, del cumplimiento del contrato de arrendamiento de obra, en el sentido de que la maquinaria entregada adolece de vicios o defectos; habiendo abonado el recurrente la mayor parte del precio pactado y únicamente ha rehusado el pago del resto, aproximadamente una quinta parte del precio.

El Tribunal Supremo, examinando el recurso de casación, y partiendo de la citada valoración probatoria y la conclusión fáctica de que los defectos observados en la máquina no son impeditivos del fin a que se destina; precisando los oportunos ajustes para su rendimiento óptimo, y que tales defectos de ajustes no tienen la trascendencia de un incumplimiento contractual, sino que son los propios de su puesta a punto, y sí imponen la obligación de su corrección y puesta a punto por el constructor.

Por lo tanto, el Tribunal desestima el recurso de casación, ya que entiende que el cumplimiento defectuoso no tiene la importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida que amerite el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus*; y, por ende, el efecto que ésta conlleva de detener el cumplimiento de lo reclamado por el demandante reconvenional.

De lo contrario, se vulneraría los principios de buena fe y de conservación de los contratos, debiéndose sólo permitir la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas como se ha acordado en la Sentencia impugnada; o bien mediante la consiguiente reducción del precio.

En definitiva, en el supuesto de autos, se está ante defectos no impositivos y subsanables mediante los oportunos ajustes, propios de una puesta a punto, habiéndose acordado la realización de ajustes, esto es, la reparación *in natura*; por lo que el Tribunal no accedió a la rebaja del precio, que se suele entender como un “cumplimiento por equivalencia”. Entendiendo, además, que la *exceptio non rite adimpleti contractus* sólo habilita a exigir la reparación de lo deficiente; o a realizar lo que falte; o a verse indemnizado en una prestación equivalente si no es posible su realización exacta. (STS de 5 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 8646]).

Debemos destacar, a nuestro juicio, que el Tribunal no considera la falta de puesta a punto de la maquinaria como un incumplimiento contractual; cuestión básica para ejercitar la *exceptio*, sin incumplimiento no se puede excepcionar la contraparte con el no cumplimiento de su propia

prestación. Todo esto valorándolo en relación con la finalidad perseguida por las partes, que a juicio del Tribunal se ve cumplida.

De esta sentencia citada, reiterada por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, se puede, además de desprender los requisitos de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, deducir que existen dos principios fundamentales que justifican la aplicación del instituto en estudio³¹⁷.

En caso de que el cumplimiento parcial o defectuoso no revista de una gravedad suficiente, o cuando a pesar de éste, el interés de la contraparte quede satisfecho; el demandado, en vez de ejercer la *exceptio non rite adimpleti contractus*, tendrá la opción de ejercitar otras acciones que el derecho pone a su alcance. Como la posibilidad de solicitar que la irregularidad se subsane *in natura* o que se reduzca su obligación en la cuantía que requiera la imperfección.

Ahora bien, en caso de que sí se cumpla con los requisitos para el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente; esto no impide que el demandado pueda, además, por medio del ejercicio de la correspondiente acción de cumplimiento, solicitar la reparación *in natura* o la reducción del precio en relación a la imperfección³¹⁸. Son dos cosas

³¹⁷ LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...* op. cit., pág. 272, señala: "La excepción del art. 320 está también justificada en principio cuando la otra parte no haya cumplido su prestación completamente o lo haya hecho de en forma defectuosa. Sin embargo, aquélla no prosperará cuando el rehusar la prestación infringiría la buena fe según las circunstancias, especialmente en virtud de que la parte incumplida del contrato es insignificante en relación con el todo".

³¹⁸ Creemos importante, en este punto, hacer referencia a lo establecido en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos que, en su artículo 9:401, establece el

distintas, la *exceptio* persigue paralizar el cumplimiento que se le exige por el demandante, hasta que este no cumpla con su obligación en los términos y condiciones pactadas; y la acción de cumplimiento busca obtener el fiel cumplimiento de las prestaciones establecidas en el contrato³¹⁹.

Sin embargo, como analizaremos más adelante, es de entender que para el éxito de la *exceptio*, ésta, la mayoría de las veces, se tendrá que ejercitar en conjunto con la acción de cumplimiento.

derecho de reducir el precio cuando existe un cumplimiento no conforme con lo estipulado. Los PECL lo sitúan entre los remedios, le dedican una sección independiente, con un único artículo, el 9.401, (1) según el cual la parte que acepta una oferta de cumplimiento no conforme al contrato puede reducir el precio. La reducción proporcional a la disminución de valor de la prestación al tiempo en que la misma era ofrecida, en relación con el valor que hubiese tenido en ese momento una oferta de ejecución conforme. (2) La parte con derecho a reducir el precio conforme al párrafo anterior y que ha pagado ya una suma que excede el precio reducido puede recuperar de la otra parte el exceso. (3) La parte que reduce el precio no puede obtener también indemnización de daños por reducción en el valor de la prestación, pero conserva el derecho a pedir indemnización por cualquier otro daño que haya sufrido, siempre que éstos sean indemnizables en virtud de la Sección 5 del presente capítulo.

³¹⁹ ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil...* op. cit., pág. 104, señala en este sentido: “Esta excepción (*exceptio non rite adimpleti contractus*) no impide el que ejercite la acción para pedir que la irregularidad se subsane in natura, o que se reduzca su obligación en la cuantía que requiera la imperfección. Si lo que ocurre es que lo imperfecto del cumplimiento no afecta a que deba apreciarse que globalmente lo hubo, quien lo recibió defectuoso no puede utilizar la *exceptio non rite adimpleti contractus* para no cumplir él nada, sino que sólo puede pedir que antes de hacerlo, se perfeccione el cumplimiento o se reduzca la cuantía de su prestación en valor de la imperfección, o no cumplir él enteramente, sino sólo en la proporción en que el cumplimiento del otro es completo o correcto”.

5.2. *El cumplimiento defectuoso debe ser imputable*

Otro de los presupuestos necesarios que debe reunir la *exceptio non rite adimpleti contractus*, es el de la imputabilidad del cumplimiento. Para poder poner en ejercicio la excepción de contrato no cumplido adecuadamente, debe ser necesario que dicha no adecuación a los términos establecidos en el contrato se deba a la conducta del demandante, es decir, le debe ser imputable; pues en caso contrario, éste se podría excusar alegando que no le cabe responsabilidad en aquella parte del cumplimiento que no se ajusta a las condiciones establecidas en el contrato.

En efecto, puede suceder que aquella parte de la prestación que no se ajusta a lo pactado sea consecuencia de un hecho ajeno al obligado, del cual no deba responder, y sea la consecuencia directa del cumplimiento inadecuado. Por lo tanto, es necesario que concurra un requisito especial en relación al cumplimiento defectuoso, que es la imputabilidad en aquella parte de la prestación que no se ajusta a las condiciones establecidas en el contrato.

En el cumplimiento de las prestaciones establecidas en una relación obligatoria pueden intervenir diversos factores, que pueden alterar el normal comportamiento de una de las partes que debe cumplir con las condiciones establecidas en el contrato, y que logren afectar la correcta ejecución de su prestación.

Estos factores o elementos pueden deberse tanto a la culpa, como a la negligencia del deudor al cumplir la prestación, e inclusive al dolo de sus propios actos. En tal supuesto de cumplimiento defectuoso, deberá responder de aquella parte de la obligación que no se ajusta a lo establecido en el contrato³²⁰. Pero también se puede deber a hechos ajenos a la conducta del obligado; como la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero³²¹, o la propia culpa de la persona que debía recibir la prestación de la contraparte³²².

³²⁰ Como regla general el deudor deberá responder cuando el incumplimiento se deba a su culpa, pero además, excepcionalmente, en algunas otras hipótesis en que a pesar de no ser culpable de él, así lo determine la ley o la propia obligación. En este sentido ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil...* op. cit., pág. 172.

³²¹ El Código Civil trata la inimputabilidad en su artículo 1.105, señalando: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". Por su parte, el Proyecto de "Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil", distingue entre causas de justificación (art. 7:101) y causas de exoneración de responsabilidad (art. 7:102), según se trate de una responsabilidad por culpa u objetiva. Dentro de las causas de exoneración el proyecto señala la fuerza mayor, conducta de un tercero (art. 7:102) y la culpa de la víctima (art. 8:101). Como señala DE CUEVILLAS MATOZZI, I.: *La relación de causalidad en la órbita de derecho de daños*, Valencia, 2000, págs. 186: "...se debe tener en cuenta que no cualquier hecho de un tercero es idóneo para desvirtuar el nexo de causalidad que presumiblemente existe entre la conducta del demandado y el daño: debe tratarse de un tercero extraño, por quien no se deba responder. De allí, quedan al margen de esta categoría hechos realizados por terceros por los cuales se debe responder indirectamente, es decir, los que engendran responsabilidad refleja, tales como los dependientes, hijos, aprendices, etc." En esta misma línea, se refiere YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil...* op. cit., pág. 252, "...no se comprende en esta categoría de terceros a aquellas personas que por ley revierten la responsabilidad por sus actuaciones sobre aquella en la que recae la imputación que se examina. Si los Códigos civiles revierten sobre los padres las consecuencias jurídicas de los daños ocasionados por sus hijos menores, o sobre los empresarios las que generan las conductas de sus dependientes, es porque se considera el hecho como suyo propio".

³²² El artículo 9:504 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos reglamenta las pérdidas imputables a la parte perjudicada, señalando: "Cuando el

Así también, el cumplimiento defectuoso puede deberse a la concurrencia de la culpa de la víctima, pero que no se deba enteramente a su responsabilidad. En este caso, el deudor deberá cargar con las consecuencias de su acción que han llevado a cumplir defectuosamente la prestación; es decir, él será responsable en la medida de su contribución causal. El juez deberá atenuar su responsabilidad teniendo en cuenta la real incidencia de su conducta en la producción del daño³²³.

En todas las situaciones en que no existan casos de concurrencia, se suele destruir por completo el nexo causal que debe unir el daño que proviene del incumplimiento con el actuar del deudor, operando las causas de exoneración de responsabilidad³²⁴. Por lo tanto, no debería

perjudicado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento”.

³²³ DE CUEVILLAS MATOZZI, I.: *La relación de causalidad...* op. cit., págs. 186 y 187, REGLERO CAMPOS, L, F.: “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas,” en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, Navarra, 2006, pág. 442, se refiere: “La intervención de la víctima en el hecho dañoso constituye una circunstancia relativamente frecuente. Cuando esta intervención constituye un aporte causal decisivo y, además, la operación de imputación subjetiva da como resultado un exclusivo juicio de reproche, se considera que el daño debe ser soportado exclusivamente por ella y/o por las demás personas que puedan resultar perjudicadas por el hecho dañoso. Estaríamos entonces ante la figura de la culpa exclusiva de la víctima, estudiada en el apartado anterior. Pero cuando tanto la imputación objetiva como la subjetiva se “reparte” entre la víctima y el demandado, procederse entonces a distribuir la carga del daño entre una y otra”. En esta misma línea, RODRÍGUEZ MARÍN, C.: “Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa,” *Revista de Derecho Privado*, 1992, pág. 121.

³²⁴ La interrupción del nexo causal implica que entre el hecho y el daño actúa una “causa extraña” que interfiere la relación causal. En otras palabras, el daño no puede ser atribuido al deudor, porque él (el daño) no proviene causalmente de su acción, sino que de otro hecho. En el fondo, la interrupción del nexo causal implica reconocer que no ha sido el hecho del deudor el que provocó el perjuicio, quedando, por lo mismo, este último

prosperar la *exceptio non rite adimpleti contractus* cuando el cumplimiento defectuoso no se deba a la conducta imputable del demandante; porque si bien existe un incumplimiento, no se puede entender que le sea imputable al deudor.

Por otra parte, desde un cierto punto de vista la imposibilidad sobrevenida transitoria puede ser considerada como un evento de falta de imputabilidad³²⁵. En este sentido, si el deudor se enfrenta a un evento transitorio que no es debido a su culpa, que ha acontecido con posterioridad al surgimiento de la obligación y que le impida la correcta ejecución de su prestación; llevándole, por ende, a un cumplimiento defectuoso, es lógico que deba denegarse la *exceptio non rite adimpleti contractus* que se ejercita contra él. Pues el deficiente cumplimiento de su prestación no se debe a su responsabilidad, debiendo, a nuestro juicio, quedar exonerado si el cumplimiento defectuoso no frustra el interés del acreedor.

Ahora bien, en el caso que la obligación tenga un término esencial, o en aquellos casos en que, sin tener tal carácter el término, el transcurso del tiempo provoque que la obligación no satisfaga el interés o la utilidad del acreedor, esta situación se equipararía a la imposibilidad sobrevenida definitiva; pues el interés del acreedor se vería frustrado, siendo

exonerado de responsabilidad. En este sentido, RODRÍGUEZ GREZ, P.: *Responsabilidad Contractual*, Santiago de Chile, 2003. pág. 282.

³²⁵ En nuestro Código Civil se refiere al concepto de imposibilidad sobrevenida para aplicarlos a las obligaciones de hacer en el artículo 1.184 C.C.

indiferente para él el cumplimiento o no de la prestación por parte del deudor³²⁶.

Se deberá seguir esta misma línea en el evento que la imposibilidad sobrevenida no permita llevar a cabo el cumplimiento de la obligación. En este supuesto, la imposibilidad actúa como un modo de extinción de las obligaciones³²⁷. Al no poder seguir adelante con la ejecución del contrato, carece, en este caso, de sentido el ejercicio de la *exceptio*. Por lo cual, el demandado de cumplimiento deberá, en esta situación, reconvenir solicitando la resolución del contrato.

Además, cabe destacar en este punto que no es necesario la existencia del daño para ejercitar la *exceptio non rite adimpleti contractus*, basta la sola existencia de un cumplimiento inadecuado, es decir, que la prestación del deudor no se ajuste a las condiciones establecidas en el contrato. El daño es un elemento necesario que se exige para hacer valer la responsabilidad y su correspondiente indemnización de perjuicios, cuestión que no necesariamente se persigue en materia de excepción de contrato no cumplido adecuadamente, que como sabemos, tiene como fin enervar el

³²⁶ BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión del pago...* op. cit., pág. 196, al respecto señala: "Recapitulando, de lo expuesto resulta, en primer lugar, que cabe hablar de dos tipos de imposibilidades transitorias, una primera en la cual el impedimento no frustra el interés del acreedor y otra en la que sí. En cada uno de esos casos la imposibilidad tendrá unos efectos distintos, en la segunda en concreto, los efectos serán equiparables a los que posee la imposibilidad definitiva".

³²⁷ Sobre la imposibilidad sobrevenida *vid.* ALBALADEJO GARCIA, M.: *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, vol. II. 11ª ed., Barcelona, 2002, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II.1996, Madrid.

pago de la contraprestación hasta que los defectos de la prestación hayan sido corregidos.

5.3. *El cumplimiento defectuoso no debe ser de fácil subsanación*

La dificultad de subsanación es otro de los requisitos que la jurisprudencia tiene en cuenta al momento de ponderar la admisibilidad de la excepción de incumplimiento defectuoso. Pues si lo mal realizado es fácilmente subsanable por el *excipiens*, no se justifica oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. No es defendible detener el cumplimiento del contrato por una cuestión que no incida en la economía de éste o no tenga un real significado en el contenido de la prestación.

Además, si es fácil de subsanar el defecto de la prestación, se estaría ejercitando el instituto en contra del principio de buena fe que debe imperar en toda relación contractual.

Dentro de la jurisprudencia, que establece como presupuesto la dificultad de subsanación, se encuentra, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008, que declara: «El incumplimiento parcial exige valorar más pormenorizadamente en la instancia su entidad y repercusión en la economía del contrato, ya que el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado con la

finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación [...]»³²⁸.

5.4. *El cumplimiento defectuoso debe ser de una suficiente entidad en relación con la parte ejecutada regularmente*

Este presupuesto está en consonancia con el anterior ya expuesto, pues lo que pretende la jurisprudencia con este requisito y el anterior es exigir que el cumplimiento defectuoso tenga ciertas características que hagan plausible el ejercicio de la excepción de cumplimiento defectuoso, y así evitar que se ejercite ante cualquier tipo de incumplimiento menor.

Por consiguiente, el Tribunal, deberá tener en cuenta la entidad del defecto en la prestación ejecutada, en relación a lo bien ejecutado; es decir, que no se trate de un incumplimiento menor, al compararlo con la parte de la prestación que sí se ha ejecutado conforme a lo establecido en el contrato³²⁹.

³²⁸ RJ 2008\4617, en este mismo sentido, las SSTs de 14 de julio de 2003 (RJ 2003\4635), 16 de diciembre de 2005 (RJ 2005\153) y 15 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388).

³²⁹ De esta forma lo entiende la STS de 15 de marzo de 1979 (RJ 1979\871), al señalar: "...pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado...". En este mismo sentido, las SSTs 15 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388), 14 de julio de 2003 (RJ 2003\4635), 16 de diciembre de 2005 (RJ 2005\153) y 22 de julio de 2008 (RJ 2008\4617).

De este requisito podemos concluir que la jurisprudencia en un cumplimiento defectuoso exige, al menos, que una parte de la obligación se haya cumplido según los términos del contrato. Sólo de esta forma se puede realizar la comparación en las prestaciones de la misma obligación y concluir así la existencia de la defectuosidad.

Creemos que la cuestión no es tan sencilla, pues es posible que en ciertos cumplimientos defectuosos no existan partes de la obligación que se encuentren bien cumplidas; es decir, que estén ajenas de defectuosidad y, por lo tanto, complejice el análisis comparativo para la determinación de la existencia de un cumplimiento defectuoso o parcial.

Por lo demás, creemos necesario apuntar sobre las dudas que pudiera merecer este cuarto presupuesto como tal. Pues ya el primer requisito hace referencia sobre la necesidad de que el incumplimiento sea de cierta importancia o trascendencia; con lo cual podría entenderse que ya se exige este requisito para que se configure plenamente la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

La cuestión pasa por determinar si son dos requisitos independientes entre sí, en el sentido de que ambos deben concurrir para llegar a configurar la *exceptio* en estudio; o, por el contrario, son dos formas distintas de valorar la suficiente entidad que se exige respecto del cumplimiento defectuoso.

En nuestra opinión, son dos requisitos autónomos entre sí, pues si bien la suficiente intensidad o la trascendencia es un elemento que

pertenece a ambos requisitos; luego se alejan, al exigirse, en el primero, que la trascendencia o importancia sea en relación a la finalidad perseguida; y en el segundo, que el defecto sea de suficiente entidad en relación a la parte bien ejecutada. En este sentido, no bastará que la trascendencia del defecto no cumpla sólo con la finalidad perseguida, sino que será necesario, además, que tenga la suficiente dimensión en relación con la parte ejecutada regularmente.

Por lo tanto, si el cumplimiento de una de las partes no es del todo regular, pero cumple con la finalidad perseguida por las partes, no se podría ejercitar la *exceptio* por la falta de uno sus presupuestos, aunque el defecto en el cumplimiento tenga la suficiente entidad en relación con la parte ejecutada regularmente. Es decir, deberá siempre, según nuestra opinión, concurrir ambas circunstancias; que no se cumpla la finalidad perseguida y que la parte mal ejecutada al compararla con la regularmente cumplida sea de suficiente entidad.

6. Efectos

La consecuencia o el efecto que persigue el *excipiens* al ejercitar la *exceptio* es que el cumplimiento de su prestación se paralice. Al entender, el

demandado, que su prestación se debe cumplir de forma simultánea a la del demandante³³⁰.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2012³³¹, señala que: «Debe recordarse que la excepción de incumplimiento contractual, en cualquiera de sus dos modalidades – EXCEPTIO non adimpleti contractus y EXCEPTIO non rite adimpleti contractus-, supone, simplemente, la negativa total o parcial al pago de la obligación reclamada y constituye una de las consecuencias más importantes del carácter sinalagmático de un contrato y del principio de reciprocidad de las obligaciones en ella comprendidas, pues se funda en la regla del cumplimiento simultáneo de las prestaciones recíprocas y en la idea de que cada parte pueda rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya y, a la inversa, en que ninguna de las partes puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria, sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la obligación propia. Se trata de una verdadera excepción, tanto en su sentido sustantivo –porque es un derecho o facultad para rechazar la ejecución de la prestación puesta a cargo de quien la opone-, como en su sentido procesal –porque constituye el justo fundamento de oposición a la demanda de cumplimiento, en los términos en que ésta se encuentra

³³⁰ Así lo señala, por ejemplo, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F, J.: “La regla de la simultaneidad...” op. cit., pág. 424. Al señalar: “En principio, de la variante *non rite* no se derivan consecuencias sustantivas y procesales distintas de las que determina la excepción general. En una y otra la ejecución de la prestación reclamada al demandado queda en suspenso, diferida o condicionada a la total y exacta realización simultánea por parte del actor de la prestación que correlativamente le incumbe”.

³³¹ JUR 2012/42876

planteada, de modo que es siempre un modo de defensa a favor del demandado-».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de mayo de 2000³³², señala que: «...en efecto, de la excepción de cumplimiento inadecuado o de contrato no cumplido regularmente no se derivan consecuencias procesales distintas que las que determina el incumplimiento contractual, esto es, que la ejecución de la prestación reclamada al demandado queda en suspenso, condicionada, a la realización simultánea por parte del actor de la prestación que le incumbe. La reciprocidad que ha de presidir el desarrollo de las obligaciones bilaterales y a la equidad que debe inspirar la aplicación de las normas conforme establece el artículo 3.2 del Código Civil, lleva a la adopción de soluciones correctoras, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la finalidad de restablecer el equilibrio en las prestaciones, que pasan por la reducción parcial de la prestación reclamada en medida equivalente o proporcional a la parte que al demandante resta por cumplir la suya y así en la Sentencia de 23 de diciembre de 1993, tras establecer que no había propio incumplimiento, sino incumplimiento defectuoso de la constructora, declara que la obligación de reparar sin que ello releve al dueño de la obra del cumplimiento a su vez de lo que le incumbe conforme a lo pactado».

³³² JUR 2000\264177

Finalmente, la sentencia citada, confirma la sentencia recurrida en el sentido de que condiciona la condena al demandado, a la reparación por el actor de estos defectos de ejecución.

7. Articulación de la *exceptio non rite adimpleti contractus* y la acción de cumplimiento

La *exceptio non rite* ejerce su mayor influencia en la órbita de los contratos de arrendamiento de obra; y en menor medida, en los contratos de compraventa. Esto, debido a que es en estos contratos donde el comitente o comprador sufren con mayor frecuencia un cumplimiento irregular o defectuoso de la prestación que ha recibido. Esto se colige gracias al estudio de la jurisprudencia, donde se aprecia que la *exceptio non rite adimpleti contractus* es de frecuente ejercicio en este tipo de contratos.

Ahora bien, es útil diferenciar los distintos supuestos que pueden entrar en juego cuando se ejercita la *exceptio*, pues sabemos que la excepción de incumplimiento defectuoso constituye la vertiente procesal del derecho a suspender el pago por incumplimiento, pero no conlleva en sí misma otra solicitud que fundamente al Tribunal ordenar el cumplimiento de la prestación, mediante la reparación *in natura* o a través de la reducción del precio.

En efecto, para el ejercicio de la excepción de cumplimiento defectuoso es indispensable que se demande al comitente o comprador el

cumplimiento de la obligación. Solo de esta manera el *excipens* podrá hacer ejercicio de la *exceptio*.

En cambio, para el ejercicio de la acción de cumplimiento como es obvio no hace falta ser demandado, sino que es necesario que se demande el cumplimiento defectuoso; el cual se podrá motivar en el caso de la compraventa en las normas de saneamiento por vicios ocultos³³³, o en la existencia de un *aliud pro alio*³³⁴.

En el caso del contrato de arrendamiento de obra, la acción de cumplimiento se podrá fundar en el incumplimiento del contrato por la existencia defectos en la ejecución del mismo; es decir, en las normas generales de derecho de obligaciones, siendo útil, en este caso, los artículos 1.101 y 1.124 del C.C.

Ahora bien, lo normal es que con el ejercicio de la *exceptio* se demande reconvencionalmente el cumplimiento de la prestación de la contraparte.

³³³ Las normas que regulan los vicios ocultos en la compraventa, se regulan en los artículos 1.484 y sgtes. del Código Civil. Básicamente, estas normas protegen al comprador de los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso al que se destina, o si disminuye de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no lo habría adquirido o habría dado menos precio por ella. En efecto, se permite al comprador optar entre desistir del contrato, abonándose los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio. Respecto a esta opción se refiere el artículo 1.486 del C.C.

³³⁴ En esencia, la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* consiste en la ficción de entender que el vendedor entrega una cosa distinta a la debida, no solo cuando pone en poder y disposición del comprador un bien materialmente distinto al vendido; sino también cuando la cosa que se le entrega es absolutamente inútil para el fin que se destina, por carecer las cualidades previstas en el contrato o presupuestas por las partes al tiempo de su celebración. Así lo expresa DE VERDA Y BEAMONTE, J, R.: *Saneamiento por vicios ocultos*, Valencia, 2009, pág. 313.

Pues el fin de la *exceptio non rite adimpleti contractus* es suspender el cumplimiento de la prestación de forma momentánea, hasta que el demandante cumpla con lo suyo, ya que existe la voluntad de seguir adelante con la ejecución del contrato.

Por lo tanto, no sería congruente oponer la *exceptio* sin demandar a su vez el cumplimiento; ya sea solicitando la reparación *in natura* o la reducción del precio. Creemos que de no ser así, el Tribunal tendría fundamento de poder rechazar la *exceptio*, pues si la acepta, las partes quedarían en un estado de incumplimiento; ya que la aceptación de la *exceptio non rite adimpleti contractus* sin el ejercicio de la demanda reconventional no puede conducir a liberar al *excipiens* del cumplimiento de sus prestaciones³³⁵.

En consecuencia, se opondría al fin del instituto, que persigue respetar el cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas con dicho carácter. Además, se enfrentaría a las normas de buena fe y al principio de conservación de los contratos, que deben respetarse no sólo en el momento de su celebración, sino durante toda la vida contractual hasta su completa ejecución.

³³⁵ En este sentido, se pronuncian las SSTs de 15 de marzo de 1979 (RJ 1979\871), 30 de enero de 1992 (RJ 1992\1518), 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4833) y 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\2763).

7.1. *Coordinación de la exceptio non rite adimpleti contractus y acción de cumplimiento en el contrato de compraventa*

Sabemos que en materia de compraventa, el demandado podrá ejercitar la *exceptio* y, a su vez, demandar reconvencionalmente por el cumplimiento defectuoso de la prestación del demandante.

Por consiguiente, el *excipens* tendrá que elegir entre dos caminos que el Derecho le ofrece. Es decir, demandar por vía reconvencional la defectuosidad de la prestación, basándose en la existencia de un vicio oculto; o en la existencia de un *aliud pro alio*.

Uno u otro camino tienen consecuencias distintas, pues en el caso de elegir las acciones edilicias; es decir, la acción *redhibitoria* y *quantum minoris* que regula el artículo 1.486 del C.C. Su plazo de caducidad, según el artículo 1.490 del C.C., es de sólo 6 meses desde que se recibe la cosa, con lo cual, el tiempo de protección es más reducido si lo comparamos con el ejercicio de la acción que se fundamenta en la existencia de un *aliud pro alio*. Esta acción, que se fundamenta en la inhabilidad del objeto, por no reunir las cualidades para el uso a que tenía que ser destinado, tiene un período de protección mucho más amplio. Esto debido a que la demanda que se fundamenta en la existencia de *aliud pro alio*, se basa en el

incumplimiento contractual, quedando al efecto su ejercicio bajo el plazo de prescripción señalado en el artículo 1.964³³⁶ del C.C.

Esta distinción, además, resulta importante, pues, según si ejercita las acciones edilicias o la acción de cumplimiento en virtud de la existencia de *aliud pro alio*, puede ser exitoso o no el resultado de la *exceptio*. Esto principalmente se debe a que el Tribunal Supremo aplica la distinción entre vicio y *aliud pro alio*; con el objeto, entre otras cosas, de impedir el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

En efecto, en un primer momento, El Tribunal Supremo se mostró favorable a la compatibilidad de las acciones edilicias con las de incumplimiento, permitiendo al comprador la posibilidad de optar por el ejercicio de una u otras, en el supuesto que el defecto que concurriera en la cosa entregada la hiciera totalmente inútil para el uso a que se le destinaba³³⁷.

Posteriormente, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1982³³⁸, la doctrina Jurisprudencial ha venido considerando que

³³⁶ Artículo 1.964 del Código Civil señala: “La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince”.

³³⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J, R.: *Saneamiento por vicios...* op. cit., pág. 317.

³³⁸ RJ 1982\1500. Así también las SSTs de 10 de junio de 1983 (RJ 1983\3454), 22 de octubre de 1984 (RJ 1984\4909), 15 de abril de 1987 (RJ 1987\2710), 7 de enero de 1988 (RJ 1988\117), 26 de octubre de 1990 (RJ 1990\8052), 1 de marzo de 1991 (RJ 1991\1708), 14 de mayo de 1992 (RJ 1992\4121), 7 de abril de 1993 (RJ 1993\2798), 17 de febrero de 1994 (RJ 1994\1621), 28 de febrero de 1997 (RJ 1997\1332), 1 de julio de 2002 (RJ 2002\5512), 9 de marzo de 2005 (RJ 2005\2219), 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006\6720) y 9 de julio de 2007 (RJ 2007\5433) entre otras.

sólo es posible aplicar las reglas de incumplimiento cuando la cosa entregada merezca el calificativo de *aliud pro alio*; entendiendo por tal caso en que el defecto provoque la inhabilidad del objeto, al resultar equivalente a un pleno incumplimiento, es decir, que se trate de un defecto grave. Cuando el defecto no merece el calificativo de grave, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como veremos posteriormente, niega la aplicabilidad de las reglas del incumplimiento y, por tanto, ha de continuar sometiéndose a la disciplina edilicia³³⁹.

Según BUSTOS VALDIVIA³⁴⁰: «...fundar la aplicabilidad de uno u otro estatuto jurídico de la entidad del defecto, aunque razonable desde el punto de vista de la justicia, resulta contrario a toda lógica jurídica. Pero, todavía lo es más que la entidad del defecto determine una calificación jurídica diferente. Si la entrega de una cosa con defectos es o no incumplimiento, lo será en todos los casos. A lo sumo, la gravedad del defecto podría ser determinante, si se estima que es un incumplimiento — como en nuestra opinión, de acuerdo con un buen número de autores— para conceder al comprador el extremo remedio de la resolución del contrato; pero no para poder reconocer al comprador el poder ejercitar otras facultades como es el poder suspender el pago del precio. Donde sí sería relevante, la mayor o menor gravedad del defecto es en la determinación de la cuantía suspendida».

³³⁹ BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión del pago...* op. cit., pág. 77.

³⁴⁰ BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión del pago...* op. cit., pág. 77.

Por lo tanto, en el caso de que el defecto no constituya suficiente gravedad, las reglas aplicables serán las normas de saneamiento por vicios ocultos, debiendo entrar en juego las acciones edilicias. Excluyendo, de esta manera, la posibilidad de ejercitar la *exceptio non rite adimpleti contractus*, debiéndose aplicar las normas específicas de la acción redhibitoria o la reducción del precio.

De esta forma lo entiende la jurisprudencia mayoritaria. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1987, en un caso en que los defectos consistían en humedades en el cuarto de baño cuya reparación se valoró en 120.000 pesetas, los consideró de escasa importancia; por lo que no estaba justificado el impago del precio y se resolvió el contrato instado por el vendedor, dice al respecto: «... el supuesto de autos no era posible comprenderlo en el artículo 1.502, ello aparte, de que la existencia de los defectos hechos mención por su escasa importancia cualitativa y cuantitativa no permitía generar la hipótesis de haber mediado un incumplimiento contractual de la sociedad vendedora previo al imputado a la contraparte ...»

En el procedimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1987³⁴¹, se alegó, para justificar el impago del precio, la deficiente calidad de los mármoles, madera y decoración. La Sentencia estimó, debido a que su importe ascendía a 150.000 pesetas, que los defectos eran sin importancia e insuficientes para paralizar la resolución,

³⁴¹ RJ 1987\8342

declarando que el leve incumplimiento del vendedor que entrega la cosa con pequeñas deficiencias no le convierte en incumplidor y menos cuando la compradora nunca había hecho reclamación alguna antes del proceso³⁴².

DE VERDA Y BEAMONTE³⁴³, reflexiona señalando que: «...sin embargo, no es menos cierto que la tutela que la referida doctrina jurisprudencial ofrece al comprador es incompleta, porque, al menos teóricamente, sólo le protege cuando en la cosa que se le entrega concurren defectos de tal gravedad, que la hacen absolutamente inútil para el uso que se le destina, pero no cuando presenta defectos de menor importancia, que no pueden ser subsumidos en la noción de *aliud pro alio*, ante los cuales el comprador solamente contará con las acciones edilicias, lo que puede suponer privarle de toda tutela, si, como suele ser frecuente, en el momento de la interposición de la demanda, están ya caducadas».

En efecto, entendemos que el cumplimiento defectuoso es un tipo de incumplimiento y, que en materia de compraventa, en situaciones de incumplimientos menores no debería estar sólo protegido por las acciones

³⁴² En este mismo sentido, la STS de 12 de julio de 1991 (RJ 1992\1547), que textualmente recoge: “[...] para producirse un pronunciamiento absolutorio en virtud de la citada excepción, es requisito indispensable que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que, en su caso, signifique el daño originado por el incumplimiento del demandante (vendedor), tenga la suficiente entidad como para determinar, que el otro contratante quede exonerado de su obligación de pago, al ser obvio que cualquier incumplimiento no hace presumible postular tal exoneración, habida cuenta que la conclusión contraría llevaría a la consecuencia inadmisibles de introducir un desequilibrio en las prestaciones”. Así también, la STS de 22 de octubre de 1987 (RJ 1987\7308) que señala: “[...] los defectos originarios del inmueble vendido suponían una mera ejecución defectuosa, sin entidad suficiente para determinar la suspensión del pago alegado [...]”

³⁴³ DE VERDA Y BEAMONTE, J, R.: *Saneamiento por vicios...* op. cit., pág. 314.

edilicias. Es cierto que no debería dar lugar a la solicitud de la resolución del contrato, pero si a entender que bajo el amparo de la buena fe se pueda retener la parte del precio proporcional a la cuantía estimada que tenga el defecto de la prestación ejecutada. No resulta lógico que deba entregar la totalidad del precio, cuando con posterioridad se pueda determinar que el demandante deba restituir el precio recibido, con el riesgo que posteriormente el vendedor demandante resulte insolvente. Pues, el objetivo que cumpliría aquí la *exceptio non rite adimpleti contractus* es dejar a salvo al comprador del riesgo de insolvencia del vendedor, en caso de que tenga posterior derecho a recuperar el precio o a reducirlo en función del incumplimiento³⁴⁴.

Además, se debe tener presente que la acción redhibitoria tiene un carácter rescisorio, por ende se exige para su ejercicio la existencia de un vicio oculto y grave al tiempo de su celebración³⁴⁵. Por lo cual, finalmente,

³⁴⁴ En este sentido, BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión del pago...* op. cit., pág. 82.

³⁴⁵ Al respecto, es claro SANTOS BRIZ, J.: *Derecho Civil. Teoría y práctica, tomo IV, Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, Madrid, 1973, págs. 78 y 79, al entender que la acción redhibitoria ha de incluirse entre los casos de rescisión que comprende el artículo 1.291.5º C.C., precisando el autor que tal acción rescisoria no cabe confundirla con la acción resolutoria del artículo 1.124 C.C. GONZÁLEZ POVEDA, "Comentario al art. 1.486 C.C.", en AA.VV., *Comentario del Código Civil* (dir. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), tomo VII, artículos 1.315-1.542, Barcelona, 2006, pág. 573, observa que: "Por la acción redhibitoria se faculta al comprador para desistir del contrato; dada su naturaleza rescisoria sus efectos serán los generales de esta clase de acciones, es decir, obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, con sus frutos, y el precio, con sus intereses". También lo entiende de esta manera DE VERDA Y BEAMONTE, J, R.: *Saneamiento por vicios...* op. cit., págs. 296 y sgtes. LLACER MATA CÁS, Mª, R.: *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, pág. 121, precisa al respecto que: "La acción redhibitoria, como acción rescisoria, permite la impugnación de un contrato perfeccionado y apto para producir efectos. Su destrucción retroactiva permite

cada vez que el cumplimiento defectuoso no revista de una suficiente entidad, el *excipens* sólo tendrá al alcance la acción estimatoria o *quantum minoris*; esto porque, como señalamos, la acción redhibitoria al igual que el *aliud pro alio* exige una entidad mayor en el defecto de la prestación en comparación con la acción estimatoria, reduciendo aún más las posibilidades del comprador ante el cumplimiento defectuoso del vendedor.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que siempre es posible que entren en juego otro tipo de normativas, como la que protege a los consumidores y usuarios en el Real Decreto 1/2007 del 16 de noviembre. En efecto, en el ámbito de aplicación de esta ley, el comprador puede, en virtud de los artículos 119, 120, y 121 del presente Decreto, solicitar la reparación del producto, sustitución del producto, rebaja del precio y la resolución del contrato. Por lo tanto, el consumidor o usuario en virtud de esta ley que le protege, podrá coordinar el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, solicitando la suspensión del cumplimiento de su prestación y, a su vez, demandar reconvencionalmente cualquiera de las opciones que conforme a derecho le otorgue el Real Decreto 1/2007 del 16 de noviembre, en sus artículos 119, 120 y 121³⁴⁶.

eliminar la falta de equivalencia (vicio de la causa) y restablece la situación anterior a la perfección del contrato”.

³⁴⁶ Esta ley, en su artículo 121 regula la rebaja del precio y resolución del contrato, señalando: “La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores

En caso de que el comprador pretenda exigir responsabilidades en virtud del incumplimiento contractual, tendrá todas las opciones que ofrece este camino; es decir, exigir la resolución o el cumplimiento a través de la reparación del bien, o la reducción del precio. El abanico de opciones es más amplio, pues tiene a su disposición todo el catálogo que ofrece en esta materia el incumplimiento contractual. Obviamente que para decantarse por esta opción, deberá tratarse como ya lo señalamos, de un incumplimiento grave, asimilable a un *aliud pro alio*.

No obstante lo señalado, creemos que la solicitud de reparación no debería exigir un incumplimiento de carácter grave, bastando que sea similar al tipo de incumplimiento que la jurisprudencia exige para las acciones edilicias. Pues, no tiene lógica jurídica, que ante el incumplimiento del vendedor, y pasado el plazo de 6 meses para ejercer las acciones edilicias, el comprador quede desprotegido ante un incumplimiento menor y no pueda solicitar la reparación del bien que ha adquirido; ya que no está solicitando ni la rebaja del precio ni la resolución del contrato, sino que está pidiendo que la entrega del bien cumpla las características que tenía al momento de ser adquirido.

Este razonamiento está en concordancia con las facultades que otorga el Real Decreto 1/2007 del 16 de noviembre, pues esta ley, como señalamos faculta a solicitar la reparación o sustitución a elección del usuario y

inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia”.

consumidor, y sólo en caso que no sea posible esto, le permite la rebaja del precio.

Ahora bien, parte de la doctrina entiende que el ejercicio intempestivo de la *exceptio* en la órbita del contrato de compraventa, puede dar lugar a un ejercicio que no esté acompañado de la buena fe. Se entiende que en el caso de que exista un cumplimiento defectuoso, el comprador debiera haber hecho ejercicio de las acciones correspondientes, para obtener un cumplimiento conforme al contrato; y no esperar a ser demandado por el vendedor al pago del precio debido y, recién en este momento, ejercer la *exceptio* junto a las acciones tendientes a lograr el cumplimiento idóneo de la prestación³⁴⁷.

En consecuencia, señala ORTI VALLEJO³⁴⁸, el comprador sólo estaría legitimado para oponer la excepción cuando lo que se persiguió al suspender el pago fue compeler al vendedor a que mejore el cumplimiento

³⁴⁷ En sentido similar, ESPIN CANOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento...” op. cit., pág. 570 y PERSICO, G.: *L’eccezione...* op. cit., pág. 129. Parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentra en esta misma; en este sentido, por ejemplo la Sentencia del 8 de noviembre de 1982, la cual señala textualmente: “[...] la existencia de los vicios constructivos de que se nutre la defensa del demandado-recurrente (comprador), acaso podrían haber servido de adecuado apoyo a la reclamación pertinente, pero no pueden traerse a cómputo para justificar la falta de pago de la mayor parte del precio, aplazado en los términos del contrato, máxime no habiéndose alegado los vicios, ni siquiera extrajudicialmente, hasta el momento que, ya tardíamente y por vía de respuesta al requerimiento resolutorio [...] no constando en manera alguna acreditados y ni siquiera alegados otras anteriores manifestaciones de la disconformidad del comprador”. De esta misma manera, la STS de 5 de noviembre de 1987, la que señala: “[...] no existió constancia de que el comprador hubiera mostrado su disconformidad con el estado de la vivienda adquirida hasta que en contestación al requerimiento notarial, aludió a las reclamaciones por defectos constructivos [...]” En este mismo sentido, la STS de 6 de noviembre de 1987.

³⁴⁸ ORTI VALLEJO, A.: *Los defectos de...* op. cit., pág. 198.

(repare la falta de conformidad o sustituya la cosa) y, para ello, parece que tendría que comunicar al vendedor la razón de su conducta. Lo que no vale es hacerlo en el proceso. Eso no quiere decir que el comprador que suspende el pago del precio y omite comunicar la razón de ello, no pueda luego hacer valer una vez demandado otros medios de tutela (distintos de la *exceptio*); como serían las acciones de reparación, sustitución, reducción del precio o resolutoria. Lo que ocurre es que esas actuaciones no las hará valer como *excipens*, sino como reconvinientes.

Por otra parte, cabe preguntarse en qué situación queda la *exceptio non rite adimpleti contractus* cuando se demanda reconvencionalmente mediante las acciones edilicias los vicios ocultos de la cosa entregada en la compraventa y la acción se encuentra ya prescrita por el breve plazo establecido para estas acciones. ¿El cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas debe quedar sin protección? En este sentido, ¿la exigencia de que este tipo de obligaciones prescriba a los seis meses conlleva que la *exceptio non adimpleti contractus* prescriba también en ese lapso de tiempo? ¿Deben estar relacionados el éxito de una excepción que se opone en la contestación de la demanda con las acciones que se ejercita en la demanda reconvencional?

El vendedor, por su parte, puede reclamar el precio del contrato de compraventa más allá del plazo de caducidad de seis meses establecidos para las acciones edilicias, ya que su acción de cumplimiento se encuentra sometida al plazo quincenal que señala el artículo 1.964 del C.C. Por lo tanto, es posible que el vendedor, transcurrido seis meses, proceda a

demandar la parte del precio debida por el comprador; quedando éste sin la posibilidad de reclamar a su vez el posible cumplimiento defectuoso del vendedor, salvo que se trate de un incumplimiento grave, ya que en este caso se aplica el mismo régimen de prescripción que para el vendedor.

Creemos que el principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas con dicho carácter, no debería quedar restringido en su ejercicio por el plazo de prescripción establecido para las acciones edilicias. Sobre todo cuando el comprador actúa de buena fe.

Por ello, el BGB y el Código suizo introducen un correctivo en esta materia. El Código alemán, en el párrafo 478, y el suizo en el artículo 210, 2º, vienen a establecer que las excepciones por los defectos de la cosa, subsisten más allá del transcurso del plazo marcado para el ejercicio de las acciones si el comprador formuló la denuncia del defecto, o notificó éste al vendedor.

Esto significaría que el comprador, cuando actúa defendiéndose, dispone de plazos mayores para hacer valer el defecto que por vía de ataque; siempre, claro está, que la alegación de la excepción no sea sorpresiva y de mala fe, por eso se exige que el comprador haya comunicado, en su momento, el defecto.

Ahora bien, en nuestro Derecho no existe este matiz que permita dejar en una condición de igualdad de protección al vendedor y comprador; con lo cual, el tribunal difícilmente podrá alterar el régimen de prescripción establecido para las acciones edilicias. No obstante, creemos que sí es

posible que el tribunal admita la *exceptio non rite adimpleti contractus*, aunque se encuentren prescritas las acciones que le permitan al comprador por vía reconvenicional solicitar el cumplimiento. Si bien sabemos que lo correcto es oponer la *exceptio* acompañada de una demanda reconvenicional, no sería justo que a la *exceptio* se aplique un régimen de prescripción tan breve.

Además el plazo de prescripción para esta defensa debe ser único y no variar según la acción que se ejercite en la demanda reconvenicional. Es por esto, que creemos que el tribunal debería admitir su ejercicio en función del plazo de prescripción establecido en el artículo 1.964 del C.C. Bastando, en este caso, la negativa de cumplimiento por el cumplimiento defectuoso del vendedor, sin que haga falta una demanda reconvenicional que justifique el ejercicio de la *exceptio*.

Por esto, creemos que deberá el *excipiens* acreditar de forma irrefutable que ejerce de buena fe la *exceptio*, si no ocurre así, podría entender el tribunal que lo único que busca el comprador es impedir el cobro del precio del demandante. Pues no se entendería que transcurrido un período de tiempo prolongado, el comprador nunca haya dicho algo sobre el defecto de la cosa comprada al vendedor.

CAPITULO V. CUESTIONES RELATIVAS AL EJERCICIO DE LA EXCEPTIO

1. Formas de ejercitar la excepción

La presencia de la *exceptio* en el ordenamiento jurídico es necesaria debido a que al acreedor se le permite que ejercite la acción de cumplimiento de la obligación sinalagmática sin que sea necesario su previo cumplimiento³⁴⁹. Por lo cual, la única manera de neutralizar la acción de cumplimiento, es a través de la excepción de contrato no cumplido.

En caso de exigirse por el ordenamiento jurídico la prestación del demandante, como condición previa de su acción judicial –demanda de cumplimiento-, no haría falta en principio el ejercicio de esta excepción, ya que el demandante tendría que acreditar junto con su demanda de cumplimiento que ha cumplido u ofrecido cumplir su prestación. Al no ser esto así, la *exceptio* asume una importante trascendencia, ya que es la herramienta con que cuenta el demandado para defenderse ante la demanda de cumplimiento del actor.

³⁴⁹ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 678. Al respecto señala: “La pretensión de cumplimiento no está sometida a ningún requisito de naturaleza especial y el acreedor puede ejercitarla, tras el vencimiento de la obligación, en tanto no haya prescrito, de acuerdo con las reglas generales de la prescripción”.

La excepción de contrato no cumplido puede manifestarse o ponerse en ejercicio de diferentes formas, sea de manera extrajudicial o en el ámbito de un proceso. Analizaremos las diferentes opciones que se pueden presentar.

1.1. Ejercicio extrajudicial

Es común que la excepción de contrato no cumplido sea ejercitada de forma extrajudicial, ya que antes de iniciar una demanda judicial, es de entender que se quiera agotar las vías no judiciales. En este sentido, es posible, en un primer término, que la parte que ha cumplido solicite el cumplimiento de la contraparte y ésta a su vez se defienda aduciendo que el cumplimiento del requirente no se ajusta a lo establecido (caso de la *exceptio non rite adimpleti contractus*). También puede suceder que ninguna de las partes haya dado cumplimiento a sus propias prestaciones y una de ellas le solicite su cumplimiento, escudándose la contraria en que no cumplirá hasta que no se dé cumplimiento a lo que se le debe (caso de la *exceptio non adimpleti contractus*).

La excepción por incumplimiento contractual opera, en un ámbito considerable, como una forma de justicia privada ajena a la intervención de los Tribunales de Justicia. Esto porque frente a la exigencia a ejecutar sus obligaciones, el contratante requerido puede señalar como

fundamento para su abstención el incumplimiento de la parte requirente. Esto se verifica (aún antes) de cualquier intervención judicial³⁵⁰.

1.1.1. Posibilidad de reconocer judicialmente el ejercicio extrajudicial de la *exceptio*

Si bien el juez no puede apreciar de oficio la excepción de contrato no cumplido, cabe la posibilidad de que el tribunal sí pueda reconocer, ya en sede judicial, la *exceptio* que ha sido ejercitada de forma extrajudicial.

Así, el Tribunal Supremo ha admitido en casos que tratándose de prestaciones fraccionadas o periódicas, pueda el primer obligado dejar de ejecutar las sucesivas, si no hubiese logrado la contraprestación correspondiente a las realizadas anteriormente. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988³⁵¹ admite el ejercicio extrajudicial de la *exceptio* por parte del demandante/contratista, que reclama del dueño de la obra el pago de la parte de ésta ya realizada (y se rechaza al mismo

³⁵⁰ En este sentido, en el derecho francés PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 632 señala: “La excepción de incumplimiento no exige, para poder ser alegada, ni autorización judicial, ni previo requerimiento de mora. De no ser así, se le privaría de eficacia y se desconocería el derecho a negar el cumplimiento. Tampoco supone la oferta real, ya que tal cosa solamente es necesaria para que el que alega la excepción obtenga la condena de su contrario al cumplimiento sin más condición. Ofrecer y consignar, en efecto, constituyen el cumplimiento previo, el cual ya hemos visto que el demandado no está obligado; pero éste no podrá negarse a hacer la consignación cuando el actor lo haya hecho”.

³⁵¹ RJ 1988\5556, en esta misma línea se encuentran las SSTs de 25 de octubre de 1988 (RJ 1988\7637), 3 de febrero de 1989 (RJ 1989\661), 9 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8813) y 4 de marzo de 1997 (RJ 1997\1642).

tiempo la *exceptio* opuesta por el demandado): «Al establecerla (la cláusula penal) para el supuesto de que las obras se demorasen por más de treinta días por causas imputables al contratista, circunstancia que no es la concurrente en el presente caso, pues como la sentencia recurrida afirma, al estudiar este punto “si la contratista no finalizó las obras sino ante el previo incumplimiento de su fundamental obligación de pago por parte del otro contratante”».

1.1.2. Consecuencias del ejercicio extrajudicial

Las situaciones que se pueden derivar del ejercicio extrajudicial de la excepción de contrato no cumplido son muy diversas.

a) En primer lugar, ante el ejercicio de la excepción, la parte requirente puede “obedecer” a la defensa de su contraparte y cumplir así con su prestación u ofrecerla bajo consignación. En este caso, el *excipiens* tendría que cumplir con su propia prestación. Sin embargo, puede seguir retardando su cumplimiento hasta que se le demande por vía judicial. En sede judicial, no podría ejercer la *exceptio*. Si lo hace, demostraría mala fe, pues la parte requirente ha cumplido debido al ejercicio de la *exceptio*. Con lo cual, se estaría ejercitando sólo con el fin de evitar su cumplimiento, cuestión que no busca la *exceptio* de por sí. Salvo que exista verdaderamente fundamentos o razones que hagan todavía plausible su ejercicio. En el caso de que la excepción se esté ejercitando de mala fe, sería necesario que el demandante acredite que su cumplimiento fue precedido

por la *exceptio* ejercitada de forma extrajudicial. De esta forma, aportaría al tribunal los antecedentes que demuestran que la defensa del demandado no tiene otro propósito que no cumplir con su propia prestación.

b) Otra posibilidad, que debería ser la más frecuente, es que ante el ejercicio de la excepción, la parte requirente decida demandar su cumplimiento en sede judicial, con el objetivo de conseguir que se dé cumplimiento a la prestación de su contraparte. En efecto, si la parte requerida opuso la *exceptio* de forma extrajudicial, es de entender que ante la demanda de cumplimiento la vuelva a ejercer por vía judicial. Por lo cual, si el demandante solicita el cumplimiento se debe a que no está de acuerdo con la excepción que se le opuso de forma extrajudicial, o porque a sabiendas de que no ha dado cumplimiento a su propia prestación prefiere demandar el cumplimiento, con el objetivo de que las prestaciones de las partes se cumplan ante el control del juez. De esta forma, el demandante, una vez que se le haya opuesto la *exceptio*, ofrecerá su cumplimiento o cumplirá bajo consignación, con el objetivo de asegurar de esta forma que su cumplimiento no haya sido en vano.

c) Es posible además, que ante el ejercicio extrajudicial de la excepción de contrato no cumplido, la contraparte no decida iniciar una demanda de cumplimiento; quedando ambas partes inactivas en relación al cumplimiento de sus prestaciones. Esto es posible si las partes han perdido ya interés en seguir adelante con la ejecución del contrato. En este evento, el ejercicio extrajudicial de la *exceptio* provocaría un mutuo disenso tácito, que se desprende por la actitud pasiva que asumen ambas partes.

De esta forma, ejerciendo la *exceptio non adimpleti contractus* puede derivarse una extinción de la relación contractual, cuestión que sólo quedará definitivamente consolidada con el transcurso del tiempo necesario para que opere la prescripción extintiva; ya que es posible que el estado de inactividad se altere con la demanda inesperada de una de las partes. Pudiendo, en efecto, lograr conseguir de esta forma el cumplimiento de las prestaciones establecidas en el contrato.

Ahora bien, lo lógico es que cuando las partes pierden interés en seguir adelante con el contrato celebrado, es que, de común acuerdo, dejen sin efecto el contrato a través de un acuerdo resciliatorio.

1.2. Ejercicio Judicial

La *exceptio*, como defensa, produce plenos efectos en sede judicial; es aquí donde se puede realmente detener o paralizar la demanda de cumplimiento incoada por el demandante. El carácter de ésta, en asiento judicial, puede ser variado, según como la doctrina la configure. En este sentido, la *exceptio* puede tener el carácter de excepción material dilatoria o excepción perentoria³⁵².

³⁵² Cabe destacar que la ley procesal española, a semejanza de las europeas, distingue entre las excepciones dilatorias o transitorias. Así se entiende que las dilatorias son aquellas que interrumpen el proceso, pues se suspende mientras se resuelve su existencia y efectos, y en caso de ser estimadas, producen la absolución en la instancia; y las excepciones perentorias, que se resuelve en la sentencia y que, caso de ser estimadas, hacen perecer el objeto del juicio pues producen la absolución en el fondo. Respecto a

Esta excepción debe plantearse, en la contestación de la demanda, según los términos del artículo 405 de la Ley 1/2000 de 7 de enero la cual señala: «1. En la contestación a la demanda, que se redactará en la forma prevenida para ésta en el artículo 399, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente. Si se considerare inadmisibile la acumulación de acciones, lo manifestará así, expresando las razones de la inadmisibilidad. También podrá manifestar en la contestación su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del actor, así como a parte de la única pretensión aducida. 2. En la contestación a la demanda habrá de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El Tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales. 3. También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo».

esta última excepción, ésta se puede basar en hechos extintivos, excluyentes o impeditivos. Cuando se basa la excepción en hechos impeditivos que se pueden subsanar, la excepción material es transitoria o dilatoria, ya que el demandante podrá nuevamente ejercer la acción. De esta manera, la existencia de vicio en el consentimiento es un ejemplo de un hecho impeditivo permanente, en cambio, basar la excepción en la falta de cumplimiento es transitorio, ya que basta que el demandante cumpla con su prestación para que pueda fundamentar nuevamente su acción. Sobre las excepciones materiales y procesales *vid.* TAPIA FERNÁNDEZ, I.: "Excepción", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, 1995, pág. 2965, GÓMEZ DE LIAÑO, F.: *El proceso civil*, Oviedo, 1992. pág. 106 y sgtes, LORCA NAVARRETE, A. M.: *Tratado de derecho procesal civil*, parte general, San Sebastián, 2002, pág. 466.

Sin embargo, es preciso destacar que en nuestra Jurisprudencia es posible encontrar dos Sentencias del Tribunal Supremo que niegan la posibilidad de entender la *exceptio* como una verdadera excepción³⁵³.

1.2.1. Excepción material dilatoria

TAPIA FERNÁNDEZ³⁵⁴, señala que se trata de una excepción dilatoria de Derecho material con la que se pretende que la demanda de cumplimiento del actor se desestime a causa de la situación de inejecución de la

³⁵³ Una de estas sentencias es la de 18 de abril de 1979 (RJ 1979\1406), que señala: "Considerando que aún cuando la doctrina sigue empleando en ambos casos (*exceptio non adimpleti contractus* y *exceptio non rite adimpleti contractus*) el término de "excepción", heredada de los glosadores, no se trata, en realidad de verdaderas excepciones, ni en el sentido del Derecho Material ni en el sentido del Derecho procesal, puesto que si en nuestro caso, a la pretensión dirigida al cobro del precio, apoyada por el contratista en su alegación de haber puesto a disposición del comitente el resultado de su actividad, se opone éste aduciendo que el contratista no ha cumplido su obligación de entrega o que la ha tratado de cumplir de modo parcial o defectuoso, no hacer valer propiamente un *contraderecho*, o sea un derecho contrario al contratista que le permite eludir la prestación *debida*, ni introduce en el proceso otros *hechos nuevos que impidan la producción de efectos jurídicos a los alegados por el actor*, sino que se limita a negar, pura y simplemente, los aducidos por el demandante, tipo de oposición a la pretensión denominado *negación*, que si puede ser incluido bajo el término de *excepciones* que, en sentido amplísimo, comprensivo de cualquier clase de defensas, es utilizado por los artículos 531 y 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no merece, desde luego, tal calificación cuando el término deba ser entendido en el recto y técnico sentido de la palabra". En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1979 (RJ 1979\1761). VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000, pág. 556, señala sobre la excepción procesal lo siguiente: "En sentido lato, la excepción es una oposición a la pretensión, y se la ha definido como una declaración de voluntad por la que se reclama del órgano jurisdiccional frente al actor la inadecuación de la pretensión de este. Y se da esta oposición toda vez que el sujeto pasivo de la pretensión, lejos de reconocerla, la combate". En un sentido similar se manifiesta la mayoría de la doctrina procesalista, entre otros ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, Navarra, 2009, págs. 315 y sgtes., MONTERO AROCA, J.: *El nuevo Proceso Civil*, Valencia, 2001, pág. 429.

³⁵⁴ TAPIA FERNÁNDEZ, I.: "Excepción"... op. cit., pág. 2965.

obligación que pesa sobre éste; sin que, aún siendo transitoria esta situación de inejecución, se impida que, en nuevas circunstancias, vuelva el actor a plantear la cuestión.

CRUZ MORENO³⁵⁵, señala “que si bien la regla es el efecto meramente dilatorio de la *exceptio non adimpleti contractus*, y por eso se la califica de excepción material transitoria, en alguna ocasión sus efectos son definitivos: ocurre así, en el supuesto de que se haya utilizado frente a una demanda de resolución, o cuando por versar el crédito del demandante y el del demandado sobre bienes fungibles homogéneos entre sí, la Sentencia en la que se acoge la *exceptio* tiene efectos compensatorios. Pero aquí, el efecto definitivo, no quiere decir desestimación definitiva de la demanda del cumplimiento del actor, sino al contrario, estimación: la *exceptio* en lugar de legitimar provisionalmente la inejecución de la prestación debida por el demandado, y por carecer de sentido que se prolongue esa situación de inejecución recíproca, dada la homogeneidad de las prestaciones debidas por ambas partes, produce un efecto compensatorio, de modo que los dos créditos se extinguen en la cantidad concurrente”.

Según la noción que se tiene en el ordenamiento jurídico alemán de la *exceptio non adimpleti contractus*, ésta sería una excepción material de carácter dilatoria. Según el texto literal del párrafo 320, p. I, inc. 1, una excepción, un derecho a negar su prestación hasta que el demandante no

³⁵⁵ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 82.

efectúe la contraprestación que le incumbe. El ejercicio de esta excepción no conduce a la desestimación de la demanda, sino únicamente a la condena del demandado a realizar la prestación “simultáneamente” contra recibo de la prestación³⁵⁶.

1.2.2. Excepción perentoria

Este tipo de excepción ataca el fondo de la cuestión discutida, en el sentido que se opone un derecho sustantivo susceptible de extinguir o impedir el derecho del actor.

En estricto rigor sabemos que la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* no impide de forma definitiva que el demandante pueda obtener la prestación que reclama. Siendo el efecto propio de la *exceptio*, la suspensión, en el sentido que excluye el deber de cumplir a cargo del *excipiens*, hasta tanto que su contraparte no haya cumplido su obligación. Por lo cual, difícilmente el ejercicio de la *exceptio* destruirá de forma definitiva el derecho del actor.

No obstante, gran parte de la doctrina italiana no cuestiona su carácter dilatorio ni tampoco la posibilidad del titular de este derecho autónomo, a

³⁵⁶ LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...* op. cit., págs. 268 y 269. En términos similares, se pronuncia HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho...* op. cit., pág. 103, al señalar: “El comprador reclama, por ejemplo, la entrega de la cosa. Según el Derecho procesal vigente, él, por su parte, no necesita decir nada de su contraprestación, o sea del pago del precio. Pero el demandado (vendedor) dispone del ejercicio de la *excepción de contrato no cumplido*. Le asiste en este punto el Derecho material: puede negar la prestación que le incumbe hasta que reciba la contraprestación”.

valerse del mismo, aun antes de que se haya suscitado un proceso. Sin embargo, se suele hacer hincapié en que ella debe necesariamente hacerse valer en el proceso como una excepción perentoria. Es decir, la excepción tiene, para esta parte de la doctrina, un aspecto dilatorio, pues el demandante no pierde definitivamente la acción; pero en la forma debe ser planteada como una excepción perentoria.

Esto es así, debido a que esta excepción debe plantearse en la contestación de la demanda, debiendo ser resuelta por la sentencia definitiva y no como una cuestión previa o meramente dilatoria; como podría ser la excepción de incompetencia del tribunal³⁵⁷.

En esta línea, PERSICO³⁵⁸, sostiene un extenso alegato de por qué la *exceptio non adimpleti contractus* configura una excepción sustancial, basado en que no existe norma general alguna que obligue, en un contrato con prestaciones correspectivas, a cumplir la propia obligación para poder exigir judicialmente el cumplimiento de la otra parte.

³⁵⁷ Reconocen el aspecto dilatorio del instituto, AULETTA, G.: *La risoluzione per...* op. cit., pág. 309 y 310 y GRASSO, B.: *Eccezione d' inadempimento...* op. cit., pág. 92, al señalar en este sentido: "Es apenas el caso de advertir que la explicación propuesta por nosotros, aun afirmando la incidencia del efecto sobre aquellas figuras de cualificación que, por ser consideradas usualmente como *sanciones*, podría evocar la evocación de sugerencias procesalísticas, no puede considerarse la reasunción de las antiguas orientaciones que reducían, como ya hemos tenido la ocasión de verlo, nuestro instituto a una defensa procesal. Debería en efecto, ser evidente que con nuestro razonamiento se ha entendido aclarar cómo lo que viene usualmente considerado indefectible vestimenta procesal de una situación jurídica violada, es en realidad, sobre el plano formal, el entendido de una nueva cualificación que, en cuanto tal, más allá de sus indudables reflejos procesales, no puede no ser también considerada de derecho sustancial".

³⁵⁸ PERSICO, G.: *L' eccezione...* op. cit., pág. 160 y sgte.

1.2.3. Conclusión

En definitiva podemos señalar que el Derecho procesal distingue básicamente entre las excepciones procesales o dilatorias, y las materiales o sustantivas.

Se denominan excepciones procesales, porque a diferencia de las materiales, su acogimiento exonera al juez de dictar una sentencia de fondo y sirven para denunciar la falta de presupuestos y demás requisitos que condicionan la validez del proceso. Así las excepciones procesales se caracterizan porque su existencia afecta única y exclusivamente al modo en que se ha constituido la relación procesal; nunca al supuesto de hecho que sirve de fundamento de la pretensión deducida³⁵⁹.

Dicho esto, es evidente que la *exceptio non adimpleti contractus* no persigue invalidar la relación procesal constituida en el proceso; sino que más bien busca que se determine que la pretensión del demandante presente impedimentos basados en la falta de cumplimiento de su propia pretensión. Por lo cual, el juez tendrá que entrar a conocer la cuestión de fondo para poder determinar si la excepción opuesta por el demandado tiene sustento o no.

Ahora bien, por la especial naturaleza de la *exceptio*, que tiene como fin sólo suspender el cumplimiento de la pretensión exigida al *excipiens*, una vez subsanado el hecho impeditivo (la falta de cumplimiento del

³⁵⁹ DAMIÁN MORENO, J.: *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, tomo II Valladolid, 2000, págs. 2090 y 2091.

demandante) por parte del demandante, éste podrá volver a exigir su cumplimiento. En este sentido, la *exceptio non adimpleti contractus* tiene elementos de la excepción material y a su vez es dilatoria; ya que no impide que el demandante logre obtener una sentencia definitiva a su favor.

Para efectos de su ejercicio, ésta debe ser opuesta en los escritos expositivos del pleito³⁶⁰, ni antes ni después; ya que la oportunidad para que quede trabada la discusión y pueda el juez pronunciarse sobre ella es precisamente en los escritos de contestación, réplica y dúplica.

Por último, cabe destacar que, si bien en nuestra Jurisprudencia es constante entender que la *exceptio non adimpleti contractus* es una excepción material, no se entiende siempre que ésta tenga efectos dilatorios. Existe una línea jurisprudencial que otorga a la *exceptio non adimpleti contractus* los mismos efectos que a la resolución por incumplimiento, es decir, absolver al demandado a su cumplimiento³⁶¹.

³⁶⁰ En este sentido, se pronuncia la STS de 3 de mayo de 2004 (RJ 2004\1680), al señalar: “El motivo se desestima porque no se trata de una alegación de la excepción de contrato no cumplido defectuosamente; la recurrente, en su día demandada, no contestó a la demanda, y la referida excepción ha de oponerse en los escritos expositivos del pleito. Ciertamente que a ella se refirió en el escrito resumen de pruebas en la primera instancia, pero dicho trámite procesal es obvio que no cumple la función de un escrito expositivo, ya que no está destinado a que la otra parte pueda contradecirlo y proponer pruebas, no es más que una exposición que cada parte hace de la valoración de las pruebas practicadas, en función precisamente de sus escritos expositivos”.

³⁶¹ En un sentido opuesto, se manifiestan las SSTS de 21 de marzo de 2001 (RJ 2001\4748), la cual señala: “Su efecto no es la absolución de esta última sino la paralización de la facultad de exigir hasta que la parte actora cumpla el contrato, o estar real, firme e indiscutiblemente dispuesta a cumplir [...]” Así mismo se pronuncian las

Es lo que ocurre, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1987³⁶², que señala que «...la concurrencia de condiciones esenciales incumplidas (eran) de tal importancia en la economía del contrato que su entidad es suficiente para determinar que el otro contratante queda exonerado de su obligación de pago (*exceptio non rite adimpleti contractus*)».

Así mismo la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003³⁶³, al señalar que «...los incumplimientos contractuales alegados y probados del recurrente, configuran la oposición a la resolución, como una *exceptio non rite adimpleti contractus*, cuyos efectos, en relación con la licitud de la

STS de 12 de julio de 1991 (RJ 1991\1547) y 17 de febrero de 2003 (RJ 2003\1165) que entienden que la *exceptio* suspende el cumplimiento pero no que resuelve la relación contractual.

³⁶² RJ 1987\703, en este mismo sentido, la STS de 30 de enero de 1987 (RJ 1987\366). Entendiendo esta Sentencia que: "...en el normal y esperado desarrollo de la actividad que constituía la prestación contractual de la demandante, hubo defectos esenciales que no pueden por menos que reputarse contravenciones fundamentales del tenor de la obligación, infringiendo manifiestamente el párrafo 2º del artículo 1.098 del Código Civil en términos que permiten afirmar que el contrato no tuvo, de parte del actor, cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, consistente en la diligente búsqueda de un Director General de la empresa demandada apto para, "incrementar las ventas", "iniciar operaciones de exportación", "implantar -con la penetración de mercados- las marcas" y "poner a la sociedad en un nivel de rentabilidad aceptable para el accionariado" según la literalidad de lo convenido que, por cuanto va dicho, ha de concluirse que, aun sin el rigor textualmente exigido en el contrato, quedó incumplido o, al menos dado cumplimiento de manera esencialmente inadecuada por parte del demandante, cuyo negligente proceder dejó burlado el fin negocial de la contraparte, lo que determina la ilicitud de la reclamación por él formulada en la instancia y el ajuste a derecho de la excepción de incumplimiento contractual opuesta por el recurrente al amparo del principio general de las obligaciones [...]" La Sentencia determina rechazar la demanda presentada por el actor, con lo cual, exime al demandado de cumplir con lo establecido en el contrato sin más.

³⁶³ RJ 2003\4635. En este mismo sentido, las SSTS de 27 de marzo de 1991 (RJ 1991\2451), 12 de junio de 1998 (RJ 1998\4130) y 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\2763).

suspensión provisional del pago del resto del precio, y nuevamente, con ello, de la acción resolutoria ejercitada por la contraparte, debe ponderarse tomando en consideración las circunstancias concretas del caso, pues, aunque el incumplimiento pleno (configurador de la *exceptio non adimpleti contractus*), no plantea problemas en cuanto a la valoración de sus efectos como causa legítima de resolución contractual ...»

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia provincial de la Rioja de 19 de enero de 2006³⁶⁴ señala que «...para producirse un pronunciamiento absolutorio en virtud de la citada excepción, es requisito indispensable que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que, en su caso, signifique el daño originado por el incumplimiento del demandante, tenga la suficiente entidad como para que el otro contratante quede exonerado de su obligación de pago, al ser obvio que cualquier incumplimiento no hace presumible postular tal exoneración, habida cuenta que la conclusión contraria llevaría a la consecuencia inadmisibile de introducir un desequilibrio en las prestaciones».

Como ya hemos reiterado en esta investigación, entendemos que estas sentencias que apoyan la exoneración de la obligación del demandado desvirtúan el verdadero propósito que tiene la excepción de incumplimiento contractual, que es el respeto del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas e interdependientes, llevando la

³⁶⁴ AC 2006\78

exceptio non adimpleti contractus al terreno de la resolución, debilitándola de esta forma, a tal extremo que queda en desuso³⁶⁵.

2. La carga de la prueba

2.1. *Exceptio non adimpleti contractus*

Opuesta la *exceptio non adimpleti contractus* surge la interrogante de si el demandado o *excipiens* debe acreditar la falta de cumplimiento del actor, o es éste, quien junto a su demanda de cumplimiento, debe acompañar las pruebas que acrediten su previo cumplimiento.

Sabemos que las características de las relaciones bilaterales sinalagmáticas son su especial naturaleza de cumplimiento, el cual debe ser de carácter simultáneo. Esta forma de cumplimiento es lo que nutre el instituto y concede su especial forma.

Las partes de la relación bilateral requieren, para poder exigir el cumplimiento de sus correlativas obligaciones, acreditar la válida constitución de la relación jurídica, sin que se necesite acreditar el previo cumplimiento de la prestación. Es decir, el hecho constitutivo que es

³⁶⁵ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 179. Señala: "Como hemos comprobado, el efecto que últimamente atribuye la jurisprudencia a la excepción de incumplimiento es el de la definitiva exoneración de la obligación del demandado. Ello conlleva la casi sistemática declaración de improcedencia de las excepciones que se alegan, con la salvedad de algunos supuestos en que veladamente opera en verdad una auténtica resolución por incumplimiento".

obligatorio para el actor acreditar para el ejercicio de su acción, son los antecedentes que den cuenta de la misma. El cumplimiento no es parte de dichos hechos constitutivos, en este sentido, el cumplimiento es un hecho que debe suceder luego de haberse constituido la relación jurídica, no siendo parte de la misma.

La importancia de esto radica en que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1\2000 en su artículo 217. 2 exige al “actor y demandante reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”. Es decir, lo que el legislador quiere y persigue, es que la actividad probatoria del actor se centralice en los llamados hechos constitutivos. Entendiendo por estos hechos aquellos que dan vida a la relación jurídica que se hace valer, puesto que son necesarios para que nazca el derecho que sirve de base a la acción ejercitada³⁶⁶.

Esta distribución de la carga probatoria fue recogida por primera vez por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1935³⁶⁷, la cual

³⁶⁶ GARCIA-CUERVA GARCIA, S.: “Las reglas generales del Onus Probandi” En ABEL LLUCH, X. PICO I JUNOY, J. (directores). *Objeto y carga de la prueba*, Barcelona, 2007. pág. 63.

³⁶⁷ STS de 3 de junio de 1935, (RJ 1935\ 1242), en este mismo sentido, las SSTs de 30 de junio de 1942, (RJ 1942\924) que explicita: “[...] al demandante le incumbe la prueba de los hechos específicamente constitutivos de su demanda, o sea los necesarios para justificar la acción ejercitada, mientras que el demandado ha de alegar y probar los hechos impeditivos o los extintivos, así como los que formen el supuesto de las excepciones en sentido propio [...]” Y 30 de enero de 1943 (RJ 1943\123), y posteriormente, en STS de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996\1936) de 14 de julio de 1998 (RJ 1998\8253) y STSJ de Valencia de 11 de mayo de 1998 (RJ 1998\5218) y más

estableció que «...el artículo 1.124 del Código Civil ha de ser entendido, conforme a los dictados de las más autorizadas doctrinas relativas a la carga de la prueba, en el sentido de que el actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos de derecho que reclama, pues si el demandado no se limita a negar tales hechos sino que alega otros, suficientes para impedir, extinguir o quitar fuerza al efecto jurídico reclamado en la demanda, tendrá él que probarlos, como habrá de probar también aquellos que por su naturaleza o carácter negativo no podrán ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades...»

Ante la acción de cumplimiento ejercitada por el actor en su demanda, el demandado puede optar por dos caminos: cumplir como se lo exige el demandante, otorgando la prestación debida; u oponer la excepción de contrato no cumplido. En este último caso, el *excipiens* se opone a la demanda de cumplimiento, por existir un hecho impeditivo; que consiste en la falta de cumplimiento por parte del actor, el cual es previo requisito para el cumplimiento de la prestación del *excipiens*.

Según el artículo 217.3³⁶⁸ de la LEC 1\2000, los hechos impeditivos deben ser acreditados por el demandado o el actor reconvenido; entendiendo la doctrina por hechos impeditivos aquellos hechos originarios o sincrónicos con el nacimiento de los hechos constitutivos,

recientemente destacan las SSTs de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004\1876) y 16 de diciembre de 2005 (RJ 2006\153).

³⁶⁸ “Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”.

que privan a éstos de la facultad de desarrollar su efecto normal. Esto es, impiden el nacimiento de la relación jurídica, verbigracia la ausencia de causa o la licitud de la misma en el contrato de compraventa, o los vicios del consentimiento en las relaciones contractuales³⁶⁹.

Si bien la falta de cumplimiento no se puede considerar un hecho impeditivo, como lo definen algunos de los autores, pues ésta no impide el nacimiento de la relación jurídica, la cual ha nacido y es plenamente válida. No se puede desconocer que la falta de cumplimiento del actor es un hecho que impide el ejercicio de su cumplimiento.

Por la especial naturaleza de la *exceptio*, la cual sólo suspende el ejercicio de la acción de cumplimiento, imposibilita hablar de un hecho impeditivo en relación al nacimiento de la relación jurídica; pero sí hay que clasificarlo dentro del catálogo de hechos que define el legislador. Creemos que no cabe duda que debe encasillarse dentro de los hechos impeditivos, pues la falta de cumplimiento es un hecho que permitirá luego, a la contraparte, oponerse a la demanda de cumplimiento, cuestión suficiente para entenderla dentro de este tipo de hechos.

Señalado esto, cabría al *excipiens* acreditar los hechos impeditivos como lo señala el artículo 217.3 de la LEC, no obstante, el hecho que debería acreditar el demandado es un hecho negativo, lo cual se dificulta, ya que

³⁶⁹ ABEL LLUCH, X. PICO I JUNOY, J.: *Objeto y carga de la prueba civil*, Barcelona, 2007, pág. 62, LOPEZ FRAGOZO, T.: "La carga de la prueba según el art. 217 de la Ley 1\2000. de Enjuiciamiento Civil", *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 487, de 24 de mayo 2001. pág. 4, SEOANE SPIELBERG, J. L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1\2000. Disposiciones generales y presunciones*. Navarra 2002, pág. 265.

no es posible en este caso acreditar los hechos negativos quien los alega (el incumplimiento del demandante o no estar llano a su cumplimiento); sino que deben ser probados por la contraparte a quien se le imputan, es decir, la carga de la prueba se debe invertir recayendo sobre el demandante³⁷⁰.

En efecto, según este razonamiento, es el demandante quien, ante el ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual, es quien debe acreditar el cumplimiento que señala el *excipiens* que no se ha producido³⁷¹.

³⁷⁰ Si bien se reconoce que los hechos negativos no pueden ser probados por quien los alega, no se debe considerar como una norma absoluta, pues existe jurisprudencia reiterada que señala que pueden ser probados por hechos o circunstancias positivas. En este sentido, las SSTs de 23 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4782), 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8828), 27 de junio de 2007 (RJ 2007\3785) y 20 de junio de 2007 (RJ 2007\3458), entre otras. Otro grupo de Sentencias, se refieren al respecto de la siguiente manera: “La doctrina jurisprudencial más reciente viene sosteniendo por si bien es cierta la plena vigencia de la conocida regla *incumbit probatio el qui dicit, non qui negat*, la misma no tiene un valor absoluto y axiomático, de suerte que no puede afirmarse, de forma categórica, que los hechos negativos no pueden ser probados, y en definitiva declara y sostiene que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso concreto, según la naturaleza de los hechos afirmados y negados a la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte”. En este sentido, la Audiencia Provincial de Granada de 25 de enero de 2003 (JUR 2003\109608).

³⁷¹ ESPIN CANOVAS, D.: “La excepción de incumplimiento...” op. cit., pág. 580. Llega a la misma conclusión, pero a través de distinto razonamiento, al respecto señala: “En cuanto a la prueba del incumplimiento del actor, no recae sobre el demandado, ya que el cumplimiento de su propia obligación, como hecho extintivo que es debe ser probado por el obligado, que en este caso por la reciprocidad obligatoria, es el propio actor”. Cuestión distinta opina MELICH-ORSINI, J.: *Doctrina General...* op. cit., pág. 790 y sgtes. Al señalar: “Con todo, debe hacerse hincapié en que al oponer el demandado como excusa de su propio cumplimiento el incumplimiento del actor, le corresponde plenamente a él la carga de la prueba del incumplimiento del actor; pues ese alegado incumplimiento del actor operaría como un hecho impeditivo del presupuesto de la demanda, y no corresponde al actor probar la no concurrencia de los hechos impeditivos de su demanda”.

Sin embargo, si el *excipens* quiere obtener éxito en el ejercicio de su excepción, deberá acreditar los supuestos que sirven de base a la excepción de incumplimiento contractual; siendo éstos la prueba de que entre el actor y el demandado media una relación contractual bilateral y que el demandado no está obligado a su previo cumplimiento.

Ahora bien, lo normal es que el demandante suministre dichos antecedentes en la presentación de su demanda, y no debería ser necesaria la aportación de dichos elementos probatorios por el demandado.

Por su parte, el demandante no requiere presentar junto a su demanda los antecedentes que den cuenta de su previo cumplimiento; sino que sólo deberá acompañarlos en el caso que el demandado ejercite la excepción de falta de cumplimiento contractual, pues la ley no exige para el ejercicio de la acción de cumplimiento el previo cumplimiento del demandante.

La jurisprudencia apoya esta misma línea, al señalar las diferencias entre la *exceptio non adimpleti contractus* y *exceptio non rite adimpleti contractus* sosteniendo, en este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo y Girona³⁷², que «...así mismo, existe otra diferencia, en el orden probatorio, entre los casos de inejecución o ejecución incompleta y los de realización defectuosa de la prestación, puesto que, si el demandante corre, en los primeros, con la carga de probar el cumplimiento íntegro que se le cuestiona, es al demandado, en los

³⁷² En este sentido, la SSAP de Toledo de 25 de febrero (AC 1998\3722) y Girona de 12 de julio de 1999 (AC 1999\1117).

segundos, a quien incumbe la prueba de las deficiencias o irregularidades que la prestación del actor presenta, en cuanto en ello el *excipiens* no se limita a negar el cumplimiento de la obligación contraída por el demandante, sino que introduce en el debate procesal nuevos hechos obstativos del regular y exacto cumplimiento debido por éste ».

En el Derecho alemán, desde la vigencia del párrafo 320 del Código Civil, se ha seguido la postura de permitir al demandado la decisión de alegar la excepción de incumplimiento contractual; o no hacer nada y esperar la condena al cumplimiento, en contra de la regla fundamental del contrato bilateral con carácter de cumplimiento simultáneo.

Esto se explica por razones de técnica procesal, como señala LARENZ³⁷³, quien sostiene que «...la ley admite que cada parte pueda ejercitar procesalmente su acción sin tener en cuenta la limitación que le es inherente según la concepción del contrato bilateral, en tanto que el adversario no invoque esta limitación y censure la no existencia de aquel presupuesto [...] Cuando el demandado no opone dicha excepción, entonces el juez le condenará simplemente a cumplir su prestación, aunque sea evidente que el actor por su parte no haya cumplido la suya, ni esté excepcionalmente facultado para exigir anticipadamente la de su contraparte³⁷⁴».

³⁷³ LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...* op. cit., págs. 268 y 269.

³⁷⁴ En este punto el Derecho español sigue la misma línea, pues el juez no está facultado para hacer valer de oficio el cumplimiento simultáneo de las obligaciones

Los motivos, señala LARENZ, que han inducido a los legisladores a esta reglamentación corresponden puramente al campo procesal. Temieron que si se exigiese al demandante la afirmación de que por su parte ha realizado su prestación con anterioridad, o que el demandado está obligado a cumplir primero la suya; muchas acciones habrían de ser desestimadas “a causa de una excusable inadvertencia” del demandante, basándose, la desestimación, en motivos con que el demandado “no ha querido ni podido defenderse”.

Así, en el Derecho alemán, se señala que con el ejercicio de la excepción de contrato bilateral no cumplido, el demandado no hace valer propiamente un “contraderecho”; sino únicamente la limitación de carácter jurídico material inherente desde el principio a la pretensión. Limitación que el juez, a consecuencia de la especial configuración de esta excepción, no puede considerar por sí mismo como una simple “objeción”.

Una vez que la “excepción” se ejercita, es cuestión del demandante probar la existencia de una pretensión a la prestación, a pesar de aquella limitación sustantiva. Por lo tanto, ha de probar que él ya ha cumplido la prestación o que la otra parte estaba obligada a cumplir antes. Si no consigue probar ni lo uno ni lo otro, entonces no puede pretender sino el estar facultado para exigir el efecto fundamental del contrato bilateral, es decir, que las prestaciones se realicen “simultáneamente”. Pero, a diferencia de lo que ocurre en todo caso en que se trate de “excepción”

recíprocas que conlleven dicho carácter, sino que debe ser alegado por las partes en el caso de interesarles.

propriadamente dicha, no incumbe al demandado probar que su contraderecho sea fundado; su censura precisamente tiene sólo la significación de crear la condición previa procesal para tener en cuenta la limitación inherente normalmente a la pretensión del actor. Y frente a ello, es misión del demandante demostrar que esta restricción no ha existido nunca (porque el demandado ha de cumplir su prestación antes), o que ha desaparecido (porque el actor ya ha cumplido la suya)³⁷⁵.

2.2. *Exceptio non rite adimpleti contractus*

Se debe distinguir en este punto de la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que, en esta modalidad, el *excipiens* agrega a su defensa elementos que se escapan de la esfera de obligación probatoria que le cabe al demandante. El *excipiens* ya no sólo alega que el demandante no ha cumplido; sino que señala que su cumplimiento no se ajusta a lo establecido en el vínculo jurídico, del cual emanan los derechos y obligaciones al cual las partes deben ajustarse.

Distinto es señalar que el demandante no ha cumplido con su obligación a señalar que este cumplimiento no es adecuado con lo establecido, pues agrega elementos que deben ser probados por el *excipiens*, ya que, efectuado el cumplimiento, este se reputa perfecto³⁷⁶; por lo cual

³⁷⁵ LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...* op. cit., págs. 269 y 270. HEDEMANN, J W.: *Tratado de Derecho...* op. cit., pág. 102. ENNECCERUS, L.: *Derecho de...* op. cit., pág. 168.

³⁷⁶ El supuesto, si bien con carácter general para toda clase de obligaciones, está especialmente regulado por el Código Civil alemán, según el cual "...si el acreedor ha

deberá acreditar porqué la determinada prestación del demandante no cumple con las condiciones pactadas³⁷⁷.

Ahora bien, como señala BÄHR³⁷⁸, es importante distinguir entre prestación cuantitativamente incompleta y prestación cualitativamente defectuosa. En la aceptación de una prestación de la primera clase, todavía no aparece, en sí, un reconocimiento del total cumplimiento del contrato. Y quien acepta una parte, no cae en contradicción consigo mismo cuando reclama después lo restante. Al revés, en la aceptación de cualquier prestación contractual, se muestra el reconocimiento de que esta prestación, según su estructura corresponde al contrato, y el aceptante se contradice a sí mismo, cuando después quiere hacer valer que no puede exigir lo aceptado, sino otra cosa y mejor.

Así, en la excepción *non adimpleti contractus* corresponde la carga de la prueba al actor, y en la *exceptio non rite adimpleti contractus* al demandado; deriva de esto las más de las veces: el actor, en el segundo caso, cuenta con el apoyo del reconocimiento del cumplimiento bastante, del contrato. Este reconocimiento no puede ser excluido sino por impugnación del

aceptado como pago una prestación a él ofrecida como tal pago, le incumbe la carga de la prueba si no quiere que la prestación valga como cumplimiento por ser distinta de la prestación debida o por ser incompleta". (parágrafo 363)

³⁷⁷ Así lo entiende ESPIN CANOVAS, D.: "La excepción de incumplimiento..." op. cit., pág. 580. Quien señala que: "Únicamente si aceptado el cumplimiento del actor, luego frente a la reclamación de éste, se opusieren reparos a su cumplimiento (p. ej., por defectuoso, por falta de identidad con la prestación debida, etc.), recae la prueba de dichos reparos sobre el demandado, dependiendo de su éxito y de la entidad de los defectos que resulten probados la posibilidad de que la excepción pueda producir, al menos en parte, su resultado dilatorio".

³⁷⁸ Revisado en TRAVIESAS, M.: "Obligaciones...", op. cit., pág. 339.

demandado, a quien, por esto, pasa la carga de la prueba; mientras que, en el primer caso, el demandado se mantiene en la pura esfera de la negación.

Por su parte, TRAVIESAS³⁷⁹, precisa que si se excepciona que el actor, con su prestación realizada, no ha realizado la prestación debida; es tanto como negar que exista la base de la acción, o sea el cumplimiento por el actor. Por consiguiente, también al demandante le incumbe la prueba en este caso. Sin embargo, si las circunstancias hacen que el recibo por el demandado de la prestación que ha realizado el actor, tenga la apariencia, al menos, de aceptación de la prestación, como prestación debida; entonces la carga de la prueba pesará sobre el que invoque la *exceptio non rite adimpleti contractus*. La apariencia se mostrará como realidad jurídica del cumplimiento por el demandante, y es de exclusivo interés del demandado la demostración de que la prestación, debida por el actor, no se haya efectuado.

La jurisprudencia, al respecto señala, que es el demandado a quien le incumbe la prueba de las deficiencias o irregularidades de la prestación que el actor presenta. Esto debido a que es el demandado quien introduce en el debate procesal nuevos hechos obstativos del regular y exacto cumplimiento debido por éste, que pretenden ser impeditivos o exonerados de la obligación del pago del precio³⁸⁰.

³⁷⁹ TRAVIESAS, M.: "Obligaciones...", op. cit., pág. 339.

³⁸⁰ En este sentido, la SAP de Girona de 3 de mayo de 1999 (AC 1999\1117), el Tribunal de segunda instancia resuelve un recurso de apelación interpuesto por el demandado, el cual había sido condenado al pago de cantidad de dinero derivado de la

3. Oportunidad para ejercitar la *exceptio* y su plazo de prescripción

3. 1. Oportunidad para ejercitar la *exceptio*

Sobre la oportunidad para oponer la *exceptio* podemos distinguir una de ámbito sustantivo, en el cual la *exceptio non adimpleti contractus* sólo podrá ser ejercitada durante la vigencia temporal del contrato³⁸¹; y otra de ámbito procesal, en el cual se limita el ejercicio de la *exceptio* en el escrito de contestación de la demanda o cualquier otro escrito expositivo que

celebración de un contrato de compraventa. La Audiencia Provincial de Girona admite, en parte el recurso y revoca parcialmente la resolución recurrida, en el sentido que la estimación de la demanda es sólo parcial, y la condena de los demandados se estima sólo en 581.447 ptas. Cuando la demanda solicitaba el pago de 690.533 ptas. La alegación del demandado se basa en la *exceptio non rite adimpleti contractus*, pues alega la deficiente instalación de la cocina adquirida a la vendedora. Ante lo cual, la Audiencia estima reducir la reclamación de la actora en una cantidad proporcional al defecto existente, no admitiendo así la resolución reclamada en la reconvencción, pues al no acreditarse por el demandado los defectos que éste alegaba, no se podía entender que existiese un incumplimiento que frustre el fin del contrato y por ende resolver el vínculo contractual. En efecto, la Audiencia entiende que por tratarse de un cumplimiento defectuoso, la carga de la prueba recaía sobre el demandado, incumbiéndole a él la prueba de las deficiencias o irregularidades que la prestación del actor presenta, en cuanto en ellos el demandado no se limita a negar el cumplimiento de la obligación contraída por el demandante; sino que introduce, en el debate procesal, nuevos hechos obstativos del regular y exacto cumplimiento debido por éste, que pretenden ser impositivos o exonerados de la obligación del pago del precio.

³⁸¹ La STS de 6 de julio de 1993 (RJ 1993\5797) señala, en este sentido, que: “La alegación del supuesto incumplimiento contractual por una de las partes (*exceptio non adimpleti contractus*), que sería plenamente adecuada y procedente si el objeto litigioso versara sobre la pretensión de cumplimiento de dicho contrato, deducida por la parte supuestamente incumplidora, resulta totalmente extemporánea e inoportuna, cuando el contrato ya quedo cumplido y extinguido por expiración de su vigencia temporal y lo único que pretende una de las partes es la liquidación de las cuentas pendientes entre ellas, como consecuencia del expresado cumplimiento.” En este mismo sentido, la SSTS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008\8008), 28 de mayo de 2009 (RJ 2009\4142) y 6 de abril de 2011 (RJ 2011\3147).

permita a la contraparte contradecirlo y proponer pruebas que lo impugnen.

En este sentido, por ejemplo, se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008, al desestimar el ejercicio de la *exceptio* pues entiende que «...este planteamiento es una cuestión nueva (se refiere a la alegación de la demandada en que su incumplimiento se justificaría por el incumplimiento a la vez de su demandante), y esta Sala ha venido manteniendo que las cuestiones nuevas alteran el objeto de la controversia, atentan a los principios de preclusión e igualdad de partes y producen indefensión para el litigante adverso y considerándose como tales las no aducidas por las partes en sus escritos alegatorios y las surgidas “ex novo” en este recurso, como ocurre en el planteamiento del motivo, pues esta alegación no fue realizada por el recurrente como justificativa de su incumplimiento con alegación expresa de la *exceptio*, y prueba de ello es que ningún análisis de tal comportamiento de la Sra. Victoria como justificativo del incumplimiento del Sr. Ignacio se ha realizado en ninguna de las dos instancias³⁸²».

³⁸² RJ 2008\3308, a su vez la STS de 3 de mayo 2004 (RJ 2004\1680), se refiere al respecto señalando: “[...] la recurrente, en su día demandada, no contestó a la demanda, y la referida excepción ha de oponerse en los escritos expositivos del pleito. Ciertamente que a ella se refirió en el escrito resumen de pruebas en la primera instancia, pero dicho trámite procesal es obvio que no cumple la función de un escrito expositivo, ya que no está destinado a que la contraparte pueda contradecirlo y proponer pruebas; no es más que una exposición que cada parte hace de la valoración de las pruebas practicadas, en función precisamente de sus escritos expositivos”.

3.2. Plazo de prescripción

El plazo de prescripción de la *exceptio non adimpleti contractus* y *non rite adimpleti contractus*, se sujeta al plazo general de 15 años establecido por el artículo 1.964³⁸³.

Por lo prolongado del plazo, la *exceptio* puede ser la mejor defensa para el demandado, sobre todo cuando existe la posibilidad de poder escoger entre diferentes opciones de defensa que ofrece el ordenamiento jurídico.

Es el caso, por ejemplo, cuando el vendedor demanda la resolución del contrato de compraventa de un determinado inmueble y existe una disconformidad del demandado con las características del bien entregado. Ante esta situación, el comprador, demandado por la resolución del contrato debido por la falta de entrega del precio restante, puede optar por una defensa en forma de demanda reconvenzional, basada en los vicios ocultos que tenía el inmueble entregado por el vendedor, o elegir una defensa basada en la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Ambas opciones de defensa pueden ser igual de válidas para detener la demanda de resolución del actor; sin embargo, se deberá tener presente el plazo de caducidad establecida para las acciones edilicias y la *exceptio*. Las acciones edilicias, como ya indicamos, tienen un plazo muy breve de prescripción. Como señala el artículo 1.490, las acciones que emanan de lo

³⁸³ Así, la SSTS de 25 de abril de 1973 (RJ 1973\2289), 21 de abril de 1976 (RJ 1976\1922), 20 de diciembre de 1977 (RJ 1977\4837) y 9 de marzo de 1984 (RJ 1984\4909).

dispuesto en los cinco artículos precedentes, se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida.

Ahora bien, para que se permita el ejercicio de la *exceptio*, en el caso señalado, la jurisprudencia exige que el incumplimiento del actor sea de tal envergadura que permita entender que existe una falta de entrega o entrega de cosa distinta que la establecida en el contrato; lo que se entiende cumplido cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto, y consiguiente insatisfacción total del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada³⁸⁴. Si esto no fuere así, el demandado deberá defenderse, ejercitando las acciones edilicias correspondientes, con la conocida limitación del breve período de prescripción, que ya hemos señalado en epígrafe anterior.

4. Sentencia que se pronuncia sobre la *exceptio non adimpleti contractus*

4.1. Planteamiento

Una vez analizado por el juez los hechos en que se funda la excepción de contrato no cumplido, éste debe declarar si la misma está suficientemente motivada para admitirla o no.

³⁸⁴ En este sentido, las SSTS de 23 de marzo y 26 de septiembre de 1982 (RJ 1982\1550 y RJ 1982\44922), 22 de octubre de 1984 (1984\4909) y 26 de octubre de 1987 (RJ 1987\7473) entre otras.

El momento de estudio o de análisis referido, debería realizarse al momento de dictar la sentencia que resuelva la instancia; ya que la *exceptio* se habrá expuesto en el escrito de defensa de contestación a la demanda. En efecto, las situaciones que se pueden plantear son las siguientes:

a) Que ante la pretensión de cumplimiento el demandado se defienda alegando la excepción de contrato no cumplido. En este caso, el juez sólo deberá determinar si la defensa del demandado es plausible. Es decir, determinar ante las pruebas presentadas por el actor, si realmente existe un incumplimiento como señala el *excipiens*. Si declara que la excepción es fundada, la acción de cumplimiento deberá ser desestimada. En caso contrario, el juez deberá proceder a estudiar los fundamentos de la acción de cumplimiento ejercitada, con base al examen de los hechos y el derecho aplicable al efecto, y resolver si admite la pretensión presentada por el demandante.

b) Otra posibilidad, es que el demandante, en vez de solicitar el cumplimiento, solicite la resolución por incumplimiento; ante lo cual el demandado podrá sólo oponer la *exceptio* o, además, en su demanda reconventional solicitar el cumplimiento forzoso del demandante. Como ya hemos señalado en su oportunidad, para que el juez admita la resolución, la parte que la solicita debe haber cumplido con su prestación, por lo cual, si falta este presupuesto, el juez podrá desestimarla. Además, en esta misma instancia, el *excipiens* podrá, como indicamos, solicitar el cumplimiento forzoso de la prestación del demandante. Para ello bastará,

en principio, que el demandante reconvenional acredite que las prestaciones deben cumplirse de forma simultánea.

c) Otra situación que se puede plantear, es que frente a la demanda de cumplimiento, el demandado se oponga a ella a través de la *exceptio non adimpleti contractus*; y a su vez, por medio de la demanda reconvenional, solicite la resolución de la relación contractual. Por entender que el incumplimiento del actor demandante es de tal entidad, que justifique querer poner fin al contrato, al frustrar las expectativas que tenía al momento de celebrar el negocio.

d) Por último, el *excipiens* frente a la pretensión de cumplimiento, además de ejercitar la *exceptio*, podrá en su reconvenición demandar la reducción del precio debido por la inadecuación de la prestación efectuada por el actor demandante; al entender que el defecto en el cumplimiento se puede compensar con una rebaja del precio establecido³⁸⁵.

En efecto, la sentencia deberá abarcar la decisión de todas las acciones y defensas planteadas por las partes del proceso³⁸⁶.

³⁸⁵ PERSICO, G.: *L'eccezione...* op, cit., pág. 178. Considera como "lo más frecuente" que el demandado, después de haber justificado el propio incumplimiento mediante la *exceptio*, pida reconvenionalmente el cumplimiento o bien la resolución; y lo ejemplifica con el supuesto de que la cosa entregada por el actor tenga un vicio y el demandado, luego de excepcionarse, obre con la redhibitoria o la *quantum minoris*.

³⁸⁶ SALABERRI VIDONDO, G.: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, artículo 218, dir. FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE, Madrid, 2000, pág. 255, señala lo siguiente: "Junto a la congruencia, y en íntima relación con ella, aparecerá la exigencia de exhaustividad. El juez o el Tribunal deberá resolver todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes a lo largo del litigio. En el supuesto de que las pretensiones sean varias, en la sentencia se les dará respuesta de forma separada".

4.2. Sentencia condicional

Se ha entendido, por un sector minoritario de la doctrina española³⁸⁷, y otra importante extranjera³⁸⁸, que ante el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido, el juez lo que debe hacer es condenar al *excipens*, pero condicionalmente. Esto, al entender que si las prestaciones deben ser cumplidas de forma simultánea, se debe respetar dicha forma de cumplimiento; y por ende, el *excipens* conseguiría suspender su cumplimiento hasta que el demandante haya, al menos, garantizado el cumplimiento de su propia prestación³⁸⁹.

³⁸⁷ Favorables a la condena condicional se manifiestan LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit. pág. 195 y FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.: “La regla de la simultaneidad...” op. cit., pág. 415.

³⁸⁸ ENNECCERUS, L.: *Derecho de...* op. cit., pág. 169, señala: “La sentencia tiene, pues, que pronunciar que el demandado ha de hacer su prestación al recibir la contraprestación.” HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho...* op. cit., pág. 103, señala: “En estos supuestos a la estimación de la excepción sigue una sentencia que condena al cumplimiento simultáneo. El vendedor que reclama judicialmente el precio sin que haya precedido la entrega de la cosa, vence en el pleito en el sentido de que el comprador será condenado a pagar el precio, pero a la fórmula condenatoria ha de añadirse que el demandado solamente ha de pagar al serle entregadas las mercancías”. LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...* op. cit., pág. 269, señala: “Cuando el demandado no opone dicha excepción, entonces el juez le condenará simplemente a cumplir su prestación, aunque sea evidente que el actor por su parte no haya cumplido la suya, ni éste excepcionalmente facultado para exigir anticipadamente la de su contraparte”. La situación, en nuestro Derecho no es diferente; pues la excepción, en este sentido, es la forma de proteger el principio de cumplimiento simultáneo, y el no ejercicio de la misma da a entender una renuncia del demandado a dicho principio. El Derecho francés se manifiesta a favor de la condena condicional, CASSIN, R.: *L’exception tirée...* op. cit., pág. 640, en CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 85. La posibilidad de una sentencia condicional es discutida en Italia; ver autores citados por PERSICO, G.: *L’eccezione...* op. cit., pág. 187.

³⁸⁹ Apoya esta posibilidad de condena condicional la SAP de Málaga de 12 de mayo de 2000, que condiciona el cumplimiento del deudor requerido hasta que el demandante subsane el cumplimiento defectuoso. En efecto, esta Sentencia señala que debe respetarse el cumplimiento simultáneo, por lo cual el cumplimiento del deudor queda suspendido.

La opción de una sentencia condicional sería posible si entendemos que, con el ejercicio de la *exceptio*, lo que se debe declarar por el tribunal es el cumplimiento simultáneo de las prestaciones recíprocas. De esta forma, la actuación del juez debería circunscribirse a la observancia de la naturaleza de las obligaciones que refleja el contrato. Por ende, la única forma de respetar el cumplimiento de forma simultánea, es a través de una condena condicional. Es decir, que el juez condene al *excipens* al cumplimiento de su prestación; pero, como el cumplimiento debe ser simultáneo, obligue al actor a cumplir o a garantizar su cumplimiento de forma previa.

El efecto principal asociado a la excepción por incumplimiento contractual es la suspensión de la ejecución de las obligaciones del *excipens*. Por lo tanto, la sentencia que estime la *exceptio* podrá reconocer el derecho del demandante (en el sentido de que realmente existe una prestación que se le debe); pero, a la vez, supeditará su derecho a que garantice su cumplimiento o realice la prestación por él debida (debido a que las prestaciones deben cumplirse de forma simultánea).

En este sentido, la sentencia declarará que el *excipens* debe cumplir, pero sólo una vez que el demandante garantice su cumplimiento, o en defecto cumpla con su prestación³⁹⁰.

³⁹⁰ De esta forma se entiende en el Derecho alemán, al precisar su artículo 322, que el ejercicio de esta excepción no conduce a la desestimación de la demanda, sino únicamente a la condena del demandado a realizar la prestación simultáneamente a la contraprestación del demandante.

Por lo cual, la sentencia en estos términos sólo reconocerá los derechos que le asisten a las partes. Por una parte, reconocerá que al demandante se le debe su prestación; pero a la vez declarará que el *excipiens* sólo debe cumplir una vez que el demandante cumpla o garantice su cumplimiento. Si bien el *excipiens*, ejercitando la excepción, resulta condenado a cumplir; obtiene seguridad en su cumplimiento, toda vez que deberá previamente el actor garantizar, al menos, su propio cumplimiento.

Esto, a nuestro juicio, presenta serias dudas, pues si el demandante ha solicitado la condena del demandado y la sentencia determina reconocer derechos sin condenar, (ya que no se puede entender una condena que esté sujeta a un hecho futuro e incierto, aunque dependa dicho hecho del propio actuar del demandante, pues el actor una vez que cumpla tendría que volver a reclamar su derecho) la misma caería por *extra petita*, pues no se estaría pronunciando sobre lo solicitado (que es la obligación del demandado de cumplir con su prestación), sino, declarando las características del contrato celebrado, es decir que se debe cumplir de forma simultánea, cuestión que no ha sido solicitada, pues no es necesario declarar algo que se desprende de la misma naturaleza del contrato.

En este sentido, se debe tener presente el artículo 218 de la 1/2000 de Enjuiciamiento Civil que declara en su primera parte lo siguiente: «1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o

absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate...»

De esta disposición se desprende claramente la obligatoriedad del tribunal de condenar o absolver al demandado, cuestión que no sucede con una condena condicional, pues deja en suspenso la condena al propio cumplimiento del demandante³⁹¹.

Más aún, se estaría de cierta manera condenando al propio demandante al cumplimiento de su prestación, para que de esta forma pueda obtener la obligación que exigía en su demanda. Es decir, el *excipiens* estaría obteniendo no sólo la suspensión del cumplimiento de su propia prestación, sino que además de una forma indirecta, estaría consiguiendo que el demandante cumpla o garantice el cumplimiento de su prestación, sin que lo haya solicitado en la contestación de la demanda o en su demanda reconvenzional.

4.3. Sentencia que rechaza la acción del demandante

La sentencia que admita la excepción deberá, según nuestra opinión, rechazar la demanda que pretendía el cumplimiento de la pretensión,

³⁹¹ SALABERRI VIDONDO, G.: *Comentarios a la Nueva Ley...* op. cit., pág. 255, indica al respecto lo siguiente: “la congruencia de las sentencias, que el precepto exige, se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no la sentencia otorgar más de lo que se hubiere pedido en la demanda ni menos de lo que se hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiese sido pretendida” (S.S.T.C. 20/1982, 177/1985, 191/1987, 88/1992, 172/1994, 311/1994, 111/1997, 136/1998,...)

pues el juez debería razonar y entender que no se puede condenar según lo solicitado, por tratarse de obligaciones de carácter recíprocas que deben cumplirse de forma simultánea.

Para que la acción del demandante pueda admitirse, éste debe haber cumplido previamente o demostrar ante el tribunal que garantiza su cumplimiento.

Por lo tanto, la sentencia deberá tener como dispositivo la improcedencia de la acción deducida por el actor. En este supuesto, la sentencia sólo produciría el efecto de cosa juzgada sobre los motivos que constituyeron la base necesaria de su decisión; que no es otra que la inexigibilidad por el actor del derecho reclamado mientras él mismo no haya cumplido con su obligación recíproca. Lo cual deja totalmente abierta al actor perdedor en ese juicio la posibilidad de instaurar un nuevo juicio, si él ha cumplido entre tanto o si cumpliera con posterioridad a la sentencia que desestimó la pretensión acogiendo la excepción.

Si bien el actor fundará su demanda en hechos y fundamentos parecidos al anterior juicio, agregará nuevos hechos y por ende nuevos fundamentos³⁹², los cuales recaerán precisamente en que ha cumplido ya

³⁹² Con lo cual, en este sentido, no debiera aplicarse lo señalado por el artículo 400 de la LEC 1/2000, que se refiere: "2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste". Como sabemos, el actor no podía alegar los fundamentos y hechos que plantea en el nuevo juicio, ya que no había cumplido con su prestación; hecho que le posibilita fundamentar una nueva demanda en consonancia con lo indicado por la anterior sentencia.

previamente su prestación, cuestión necesaria para exigir el cumplimiento de su prestación. Otra cosa distinta nos llevaría a la insensatez que por no haber cumplido previamente con su prestación, pierda definitivamente la posibilidad de exigirla, cuando la imposibilidad de obtenerla radicaba en un asunto de forma más que de fondo³⁹³.

5. La *exceptio* como medio de defensa ante la acción resolutoria.

5.1. Planteamiento de la cuestión

Si bien el estudio de la *exceptio* se centra en su ejercicio ante pretensiones de cumplimiento, creemos plausible detener parte de nuestro análisis en la posibilidad de ejercitar la excepción de contrato no cumplido frente a una demanda de resolución.

Sabemos que la resolución es un remedio ante el desequilibrio contractual que se genera por el incumplimiento de las obligaciones, pero además, sabemos que este desequilibrio no se produce cuando el

³⁹³ DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 695, señala: “Desde el punto de vista procesal, la excepción de incumplimiento determina la desestimación de la demanda. Sin embargo, el actor podrá iniciar una reclamación mejor fundada, tras cumplir su propia obligación, pues en este caso no puede funcionar la excepción de cosa juzgada, ya que la *causa petendi* y los hechos que fundamentan la segunda demanda son parcialmente distintos de los de la primera. Se ha señalado, también, que es viable la segunda demanda, siempre que, aun sin preexistir el cumplimiento efectivo, el demandante lleve a cabo una oferta de cumplimiento simultánea. En tal caso, la sentencia conducirá a una condena condicional del demandado, puesto que sólo tendrá que ejecutar la prestación a su cargo cuando se realice también la del demandante”.

incumplimiento es recíproco; por lo cual esto, en principio, impediría poder concluir que la resolución se pueda solicitar ante dicho evento.

Ahora bien, no resulta fácil saber si la privación de la facultad resolutoria se produce por el juego de una excepción *inadimpleti 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 requiere³⁹⁴.

En este sentido, es meritorio efectuar un análisis de la función de la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución por incumplimiento en caso de incumplimientos recíprocos de los contratantes, pues esta dificultad concierne la forma de articular la acción de cumplimiento forzado, la acción resolutoria y la indemnización de perjuicios con la excepción de contrato no cumplido.

5.2. Incumplimientos recíprocos

El estudio de la *exceptio non adimpleti contractus* se centra precisamente en el supuesto de un incumplimiento recíproco, es este supuesto el que genera el interés de nuestra investigación.

Entendemos por incumplimiento recíproco aquel que se produce cuando las partes se encuentran en un cierto grado de inactividad en torno a las prestaciones establecidas en el contrato; es decir, no se ha llevado a

³⁹⁴ En este sentido, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 721.

cabo lo pactado según los términos de lo establecido en el contrato, ya sea por existir una inactividad absoluta o por una ejecución incorrecta o defectuosa de las prestaciones.

El problema que genera este incumplimiento recíproco se presenta cuando las partes desean poner término a esta pasividad, ya sea solicitando el cumplimiento o demandando la resolución del vínculo contractual. En esta última hipótesis el problema es mayor, ya que se abre la interrogante de discernir si procede la resolución a pesar del incumplimiento recíproco, o por el contrario, debe desestimarse la acción resolutoria.

Por lo tanto, ante un incumplimiento recíproco las posibles situaciones que se pueden generar son diversas: desde que ambas partes, en el mismo proceso, ejerciten acciones o facultades resolutorias, el actor en la demanda y el demandado por vía reconvenzional; o que una de ellas demande el cumplimiento y la otra se defienda con la excepción de contrato no cumplido; o, por último, que se demande la resolución y la demandada se defienda oponiendo la *exceptio*.

5.2.1. *Incumplimiento que genera otro incumplimiento*

En el supuesto de incumplimiento recíproco, cuando se demanda la resolución por uno de los contratantes, la cuestión no es del todo clara. El artículo 1.124 del C.C., no dice nada al respecto y, por su parte, el artículo 1.100 del C.C. contempla la regla de la compensación de la mora; en el

sentido que si ambos obligados se encuentran retrasados en el cumplimiento de sus obligaciones, las dos situaciones se neutralizan recíprocamente, paralizándose los efectos propios que genera la mora, como es, por ejemplo, el traslado de los riesgos.

Además, se debe tener en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen, para el ejercicio de la resolución, el previo cumplimiento del actor³⁹⁵. Por todo esto, en un primer análisis, se podría

³⁹⁵ CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 173, JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento...* op. cit. pág. 100. Al respecto, este autor cita importantes Sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones por parte del resolvente en materia de compraventa inmobiliaria, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: Sentencia 16 noviembre 1979 (RA 3849): "...ha de estimarse que no le sería lícito al vendedor resolver el contrato, cuando él no ha cumplido otras obligaciones que le incumbían, según constante jurisprudencia, contenida, entre otras, en las sentencias de 1 mayo de 1928, 2 de junio 1931 (RA 2066), 3 de octubre 1958 (RA 3071), 16 mayo 1959 (RA 2004), 19 mayo 1961 (RA 2324), 2 diciembre 1965, 21 de junio 1966 (RA 4483), 19 febrero 1969 (RA 960), 2 mayo 1970 (RA 2220), 13 mayo 1972 (RA 2394), etc. Declarativa de que la faculta de resolver las obligaciones contraídas, pero no quien dejo de cumplir lo estipulado, que ha de aceptar las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento"; Sentencia 7 febrero 1984 (RA 579): (la acción resolutoria del art. 1504, ha de reunir los requisitos de la general del art. 1124, entre ellos): "...el de que quien insta la resolución, haya cumplido, por su parte, las obligaciones que le incumbían, pues según la doctrina jurisprudencial, no tiene derecho a pedir la resolución, el contratante incumplidor de sus obligaciones- Sentencias 16 noviembre 1956, 21 enero y 9 de marzo 1960 (RA 1233), 19 mayo 1961 (RA 2324) y 17 junio 1969 (RA 3495)-"; Sentencia 15 octubre 1984 (RA 4867): (aplicación conjunta del art. 1124 con el 1.504): "...significándose con ello, que para que prospere la resolución contractual ex art. 1504, habrá de concurrir, fundamentalmente, o darse en el que la insta, el cumplimiento de sus obligaciones"; Sentencia 22 marzo 1985 (RA 1196): "...que la resolución sólo puede lícitamente exigirla, quien por su parte ha cumplido sus obligaciones, habida cuenta del carácter sinalagmático e interdependiente de las reciprocas así pactadas - Sentencias 1 febrero 1966 (RA 304), 28 septiembre 1965 (RA 4056), 19 febrero 1969 (RA 960), 3 junio 1970 (RA 2790), 30 junio 1981 (RA 4007)-". RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J.: *La condición resolutoria...* op. cit., pág. 170. HAZA DÍAZ, P. DE LA.: *El incumplimiento resolutorio, Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996, pág. 6. De otra parte, mientras OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral...* op. cit., pág. 77, que el cumplimiento del solicitante de la resolución no es uno

concluir que la resolución no se puede ejercitar en casos de incumplimientos recíprocos, pues no se cumpliría con los supuestos básicos que se exigen.

Sin embargo, esta doctrina viene matizada por aquellas sentencias conforme a las que puede solicitar la resolución el demandante que ha incumplido a consecuencia del incumplimiento anterior del demandado, pues “la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho de resolución y libera a la otra parte desde entonces de sus compromisos”³⁹⁶.

de sus requisitos o condiciones, sino una hipótesis de la falta de legitimación de obrar, de falta de capacidad de actuar, al hacer referencia a una cualidad jurídica del actor. Por su parte, ALVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los...* op. cit., pág. 240 cita la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumple sus obligaciones, al respecto las Sentencias de 24 de noviembre de 1908 (112 J.C. 684, 699), 12 de diciembre de 1914 (131 J.C. 878, 884), 13 de marzo de 1924 (161 J.C. 637, 643), 4 de diciembre de 1924 (164 J.C. 609, 617), 1 de mayo de 1928 (183 J.C. 551, 557), 10 de abril de 1929 (188 J.C. 897), 11 de julio de 1930 (195 J.C. 731, 768, 769-770), 2 de junio de 1931 (200 J.C. 194, 200), 25 de mayo de 1933 (209 J.C. 232, 237), 11 de junio de 1946 (R.J.A. 709), 20 de febrero de 1950 (R.J.A. 5.444), 22 de marzo de 1950 (R.J.A. 710), 3 de diciembre de 1955 (R.J.A. 3.604), 16 de noviembre de 1956 (R.J.A. 3.447), 3 de octubre de 1958 (R.J.A. 3.071), 16 de mayo de 1959 (R.J.A. 2.004), 5 de mayo de 1970 (R.J.A. 2.225), 27 de diciembre de 1971 (R.J.A. 5.444), 26 abril de 1976 (R.J.A. 1.927), 9 de julio de 1981 (R.J.A. 3.074) y 4 de mayo de 1982 (R.J.A. 2.533)

³⁹⁶ CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 173, cita al respecto las Sentencias de 9 de julio de 1904 (98. J. C. 825,827), 10 de febrero de 1925 (165 J.C. 461, 467), 1 de abril de 1925 (166 J.C. 12, 20), 22 de marzo de 1950 (R.J.A. 710), 3 de diciembre de 1955 (R.J.A. 3.604), 20 de diciembre de 1975 (R.J.A. 4.368), 26 de octubre de 1978 (R.J.A. 3.286), 11 de mayo de 1979 (R.J.A. 1.826) y 10 de noviembre de 1981 (R.J.A. 4.470). JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento...* op. cit. pág. 106. Cita jurisprudencia relativa a la resolución por incumplimiento en compraventa inmobiliaria: (son requisitos de la acción resolutoria por incumplimiento contractual): “...quinto. Que quien ejercita esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho a la resolución de su adversario y lo libera de su

CLEMENTE MEORO³⁹⁷, en este sentido señala: «...si atendemos a esta última doctrina jurisprudencial podemos llegar a la conclusión de que la correcta formulación de nuestra jurisprudencia no es la que establece como principio general el cumplimiento del acreedor demandante de la resolución, sino su no incumplimiento»³⁹⁸.

En efecto, no puede demandar la resolución del contrato quien ha incumplido, salvo que su incumplimiento se deba al anterior incumplimiento de la contraparte.

Por lo tanto, es posible señalar que, si bien es cierto que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumple sus obligaciones, queda esto excluido en el caso que el incumplimiento del deudor se deba al comportamiento incumplidor de la otra parte; que,

compromiso”; Sentencia 25 octubre 1988 (RA 5637): “...entre los requisitos que condicionan la virtualidad del mecanismo resolutorio de las obligaciones recíprocas, arbitrado por el artículo 1.124 del Código Civil, destacan, fundamentalmente, por un lado, que quien ejercite la expresada acción resolutoria no haya incumplido previamente las obligaciones que le concernían”; Sentencia 5 junio 1989 (RA 4298): “...por otra parte, no cabe tampoco negar legitimación activa para la resolución a los recurrentes, basada esencialmente en haber cumplido lo que se obligaron –Sentencias, entre otras de 17 de septiembre 1985 (RA 4276), 31 marzo y 30 junio 1986-..., de modo que la conducta del que incumple primero, es la que motiva el derecho de resolución, y libera desde entonces, al que la pide, de sus compromisos – Sentencias 10 febrero y 1 abril 1925, entre otras-”.

³⁹⁷ CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 175

³⁹⁸ En este sentido, también PINTO RUIZ, J. J.: “La condición resolutoria tácita” Apéndice a MOSCO, L.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, traducción español, Barcelona, 1962, pág. 381.

como consecuencia de dicho incumplimiento, le permite conservar este derecho y le libera desde entonces de sus obligaciones³⁹⁹.

De ahí podríamos derivar que se puede oponer la excepción de contrato no cumplido ante la demanda de resolución, cuando el que opone la *exceptio* fundamenta su incumplimiento en la conducta incumplidora de su contraparte; que obstaculizó, por ende, su propio cumplimiento⁴⁰⁰. Concurriendo tal circunstancia, podría incluso el *excipens* pedir en su demanda reconventional tanto la resolución o cumplimiento; y en ambos casos acompañarla con la solicitud de indemnización de daños y perjuicios⁴⁰¹.

³⁹⁹ Como dice la STS de 10 de abril de 1997 (RJ 1997\2877): “La jurisprudencia exige que quien ejercite la acción no haya incumplido las obligaciones, excepto si ello ocurre como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de sus compromisos, que es precisamente lo que ha ocurrido aquí, toda vez que los supuestos incumplimientos de la recurrida fueron, de un lado, actuaciones aceptadas por su oponente y después negadas y, de otro, han sido consecuencia del realizado por la recurrente al pacto principal del derecho a la exclusividad del suministrador”.

⁴⁰⁰ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit., pág. 195. Al señalar: “No es raro que la excepción se alegue frente a una demanda de resolución, con objeto de mostrar que no hubo incumplimiento imputable y que, por tanto, aquélla no procede”. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 721. CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 181.

⁴⁰¹ En este sentido, la SSTS de 10 de mayo de 1979 (RJ 1979\1764), 26 de octubre de 1987 (RJ 1987\7473), de 14 de julio de 2003 (RJ 2003\4635), de 22 de diciembre de 2007 (RJ 2007\307), esta última Sentencia señala: “...que es necesario para oponer la *exceptio non adimpleti contractus* a la demanda de cumplimiento o a la de resolución, que el incumplimiento que acusa el *excipens* de parte del demandante sea de una entidad suficiente para ser tomado en consideración como determinante de la frustración, en términos de razonabilidad, de la finalidad económica del contrato para la parte frente a la que se exige la resolución o la que se exige el cumplimiento”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002⁴⁰², se reconoce la facultad al comprador de una finca de solicitar que se cancele la condición resolutoria establecida en el contrato de compraventa, por incumplimiento del vendedor de una de sus obligaciones; que consistía en entregar la finca sin gravámenes ni cargas. Al respecto, la Sentencia señala que: «...estamos en presencia de un contrato de carácter sinalagmático, el de compraventa que entroniza plenamente el principio que configura la *exceptio non adimpleti contractus* creación jurisprudencial que encuentra su fundamento legal en los artículos 1.100 y 1.124 del Código Civil, que supone que si una de las partes pretende exigir a la otra el cumplimiento o la resolución del contrato de compraventa, podrá oponer la referida excepción».

En el caso referido, el demandante, además, solicita que el precio debido se entienda cancelado por compensación, al comprender que el gravamen al cual se encuentra sujeta la finca equivale al precio debido, solicitando, además, que se le indemnice los daños y perjuicios sufridos. El comprador, en este caso, se adelanta a la posible demanda de resolución que podía ejercer el vendedor por el incumplimiento del pago del precio, solicitando lo ya explicado.

La demanda de resolución persigue que las partes vuelvan al estado que se encontraban antes de contratar; con lo cual, una vez declarada ésta

⁴⁰² STS (RJ 2002\1031) y en esta misma línea, las SSTs de 16 de abril de 1991 (RJ 1991\2696), 30 de octubre de 1992 (RJ 1992\8184) y 5 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8966).

deberán efectuarse las restituciones de las prestaciones hechas hasta ese momento. Pero, además, la mayoría de las veces, la demanda de resolución se acompaña con una solicitud de indemnización de daños y perjuicios, que se basa en los daños ocasionados por el incumplimiento resolutorio.

En este sentido, la *exceptio* es un revulsivo frente a la ruptura del contrato que se solicita por medio de la resolución; ya que se busca impedir por medio de la *exceptio* los efectos de la resolución, que son las restituciones de las prestaciones realizadas y, a la vez, la acción de daños y perjuicios; continuando con los efectos propios del contrato celebrado, o como ya se comentó, que el demandado en la reconvención solicite a su vez la resolución del contrato, si el interés del *excipiens* fuera éste.

En cuanto a la forma de determinar cuál de los dos contratantes no cumplió, o cual incumplió primero, ha de seguirse una valoración comparativa de los incumplimientos; para decidir cuál de ellos debe considerarse prevalente para pronunciar la resolución.

Para llevar a cabo esta valoración comparativa, se han propuesto los criterios de la prioridad cronológica (el primer incumplimiento en sentido temporal es el que debe producir la resolución); criterios de causalidad (debe producir la resolución el que es causa de los demás); y criterios de proporcionalidad, de acuerdo con los cuales debe considerarse incumplimiento resolutorio aquel que incida en mayor medida sobre el

equilibrio sinalagmático o, si se prefiere decirlo así, sobre la economía del contrato⁴⁰³.

5.2.2. Incumplimiento recíproco simultáneo

¿Qué sucede en aquellos casos en que ambas partes se encuentran en inactividad, es decir, qué pasa si nadie ni siquiera ha comenzado a cumplir con su prestación y una de ellas solicita la resolución del contrato? Cabe preguntarse si ¿es razonable mantener el contrato vigente entre las partes cuando no existe una voluntad en ellas para llevarlo a cabo?, y en este sentido, valorar si es posible ejercitar la excepción de incumplimiento contractual ante la demanda de resolución.

Parte de la doctrina española manifiesta que cuando ambos litigantes resultan ser incumplidores, cabe acordar la resolución, pero en principio, sin derecho a indemnización⁴⁰⁴. El análisis que sostiene esta postura es que cuando existen dos contrapuestas demandas de resolución, mantener el contrato y la relación contractual entre las partes resulta paradójico y, finalmente, contradictorio con la voluntad de las mismas; por lo cual se

⁴⁰³ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 721. CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 179.

⁴⁰⁴ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit., pág. 201. PUIG FERRIOL, L.: *Manual de Derecho Civil, tomo II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Madrid, 1996, pág. 139. Por su parte, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 721, indica que: "...cuando existe dos contrapuestas demandas de resolución, mantener el contrato y la relación contractual entre las partes resulta paradójico y finalmente, contradictorio con la voluntad de las mismas, por lo que algún sector doctrinal ha propuesto que en tales casos se acepte la demanda de resolución por imposibilidad sobrevenida de la ejecución del contrato".

sostiene que, en tales casos, se acepte la demanda de resolución por imposibilidad sobrevenida de la ejecución del contrato⁴⁰⁵.

Creemos que la situación es diferente cuando ambas partes se encuentran en incumplimiento y una de ellas solicita la resolución del mismo. En este evento, cabe recordar que el contrato tiene fuerza de ley para sus contratantes según el artículo 1.091 del C.C., y debe perdurar, salvo que se produzca un acuerdo entre las partes que estimen lo contrario. Pero en el caso que nos detiene, la voluntad de resolver es unilateral; por lo cual, en principio, se podría sostener que la relación debería perdurar hasta que otra cosa se disponga por las partes.

Por esto es necesario, a nuestro juicio, distinguir entre demandas de resolución recíprocas y demandas de resolución de una de las partes. En este último evento, se podría sostener que el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* debería ser plenamente eficaz.

Volviendo a la situación de incumplimientos recíprocos y de demandas de resolución contrapuestas, en donde parte de la doctrina ha entendido que es el juez quien debe decretar la resolución cuando ambos

⁴⁰⁵ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 721. CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 182. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1992 (R.J.A. 5.173), ante la demandante que insta la resolución del contrato de fabricación de galletas en exclusiva con base en haberlo resuelto unilateralmente las demandadas. Éstas pidieron la absolución libre, por no haber incumplido, y la sentencia recurrida en casación declaró la resolución por haber incumplido ambos y existir doble voluntad resolutoria.

contratantes no han seguido adelante con la ejecución del contrato; se ha señalado lo siguiente⁴⁰⁶:

(i) Que se fundamenta en una concepción del proceso civil según la cual la demanda judicial es un negocio. Pero la demanda no se dirige a la otra parte, sino al juez, y no parece fácil considerarla una manifestación de voluntad idónea para formar un consentimiento contractual: la oferta y la aceptación son declaraciones recepticias, y no pueden ser dirigidas a un tercero. Los actos judiciales no suelen ser suscritos por las partes sino por el procurador *ad litem*, privado de poder *ad negotia*.

(ii) Que en el supuesto de contrapuestas demandas de resolución por incumplimiento y de recíprocas pretensiones resarcitorias, cada una de las partes renuncia al intercambio de las prestaciones previstas en la relación, pero no al lucro que se esperaba del contrato: ninguno de los contratantes quiere el íntegro restablecimiento del *statu quo* que la resolución consensual tiende a reconstruir. En consecuencia, no se puede considerar la demanda de resolución por incumplimiento una manifestación de consenso sobre la resolución⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ MANTUCCI, D.: *L' Inadempimento reciproco*, Nápoles, 1990, págs. 49 y sgte.

⁴⁰⁷ CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 183. Manifiesta que, en razón de estos argumentos, el juez no podría declarar la resolución, aunque ambas partes la hayan solicitado, si no se dan sus presupuestos; es decir, si no son ciertas las imputaciones que recíprocamente se hacen las partes. Aunque ambas la hayan demandado, lo han hecho por distintas causas y para que produzcan consecuencias diversas; si realmente han perdido el interés en el cumplimiento del contrato, siempre pueden llegar a un acuerdo resolutorio y pleitear, en su caso, sólo en cuanto a la indemnización de los daños sufridos. Y si se dan los presupuestos de la resolución, sólo respecto de una de las partes, el juez tendrá que estimar la demanda y desestimar la

La jurisprudencia, que ha conocido casos de incumplimientos recíprocos, ha llegado aún más lejos. Así, la Sentencia de 1 de febrero de 1997 (R.J.A. 671) estima que en el caso de autos hubo "...un incumplimiento recíproco que equivale a un mutuo desistimiento o apartamiento del citado contrato determinante de la resolución del vínculo preexistente sin imposición de pena alguna para cualquiera de las partes al provenir de una conducta idéntica que se neutraliza con su efecto compensador de responsabilidad". Se trataba de una compraventa en la que se pactó que el precio se pagaría simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública, y que ésta se otorgaría "no más tarde del 31 de diciembre de 1985". El 4 de marzo de 1988, el actor requirió notarialmente a la demandada para aportar a la notaría la documentación necesaria para preparar la escritura de compraventa; requerimiento al que contestó la demandada, también por conducto notarial, el 8 de noviembre, manifestando que el contrato expiró por incumplimiento, el 31 de diciembre de 1985. A continuación, el comprador demanda a la vendedora, solicitando se declare su propiedad sobre el terreno y se condene a la demandada al otorgamiento de la escritura pública. El juzgado desestima la demanda sobre la base de haber incumplido ambas partes. La audiencia, sin embargo, la revocó por considerar que ni el demandado había solicitado la resolución ni la demandada articulado su posición sobre el artículo 1.504 C.C. El Tribunal Supremo declara haber

reconvención o viceversa. Al respecto, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1991 (R.J.A. 1.518) que resuelve de esta manera.

lugar al recurso de casación, revoca la sentencia apelada y confirma por los mismos razonamientos la del Juzgado⁴⁰⁸. Es destacable precisar, que en la sentencia ya referida no solicita la resolución del contrato, sólo que el Juzgado estima que al existir un incumplimiento recíproco, existe un mutuo desistimiento que determina la resolución del contrato. En este sentido, el Juzgado, y luego el Tribunal Supremo, que confirma la Sentencia, llega a resolver la resolución contractual, aun cuando ni siquiera se trata de una demanda mutua, sino de una búsqueda de las partes por llevar a cabo la ejecución del contrato.

Volviendo a la interrogante planteada en el inicio de este epígrafe, en el sentido de si se debe mantener con vida un contrato que no es ejecutado por las partes y en que una de ellas solicita la resolución del contrato y la otra opone *la exceptio non adimpleti contractus*, ¿qué debe prevalecer, la resolución o la *exceptio*? Ya señalamos que uno de los argumentos que permiten sostener la validez del ejercicio de la *exceptio*, en este supuesto, es que, el contrato tiene fuerza de ley y que no se puede romper dicho vínculo salvo que las partes así lo acuerden. En este caso, estamos ante un incumplimiento recíproco, por lo cual no valdría ejercitar la resolución, pues sabemos que el ejercicio de esta facultad exige que el resolvente esté en cumplimiento de sus obligaciones. Pero, ¿es lógico mantener un contrato con validez en el tiempo sabiendo que las partes no tienen ánimo de cumplir? Los argumentos que se pueden sostener a favor de la

⁴⁰⁸ Sentencia Citada por CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., pág. 182.

resolución y, por ende, en contra del ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* son los siguientes:

1º Si bien es cierto que en ordenamiento jurídicos de otros países se exige la mora como previo requisito para exigir la resolución⁴⁰⁹, en nuestro Derecho no se puede argumentar que la mora sea un requisito de la resolución⁴¹⁰, pues es doctrina consolidada entender que el artículo 1.124 del C.C. faculta a exigir la resolución por el simple hecho de que el deudor no haya cumplido y no hace referencia a la constitución en mora. Además, se pueden aducir antecedentes históricos que fundamentan que la mora del deudor no es necesaria para la resolución del contrato⁴¹¹. Todo esto acompañado con el hecho de que no existe jurisprudencia del Tribunal

⁴⁰⁹ En Francia no se exige la constitución en mora del deudor para el ejercicio de la acción resolutoria. De hecho, los autores no la mencionan al analizar los requisitos de la resolución.

⁴¹⁰ En contra, BADOSA COLL, F.: *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, pág. 173, para este autor el incumplimiento al que hace referencia el artículo 1.124 ha de existir jurídicamente como tal y ello requiere que el deudor haya sido puesto en mora *solvendi* (artículo 1.100 C.C.) por el acreedor que pretende posteriormente la resolución, de manera que no es suficiente la mera situación fáctica de "no cumplimiento".

⁴¹¹ En este sentido, BENNATTI, F.: *La costituzione in mora del debitore*, Milán. 1968, pág. 58 y sgtes. Al indicar que la mora deriva del Derecho romano y la resolución tiene su origen en el Derecho común y singularmente en el Derecho consuetudinario francés. Primero fue una cláusula establecida expresamente, según la cual la inexecución de cualquiera de las obligaciones se consideraría como condición resolutoria. Más tarde la práctica jurisprudencial consideró sobreentendida esta cláusula o condición en todos los contratos sinalagmáticos. Y fue esa práctica jurisprudencial la que se recogió en los Códigos civiles y cristalizó en ellos. La autonomía de la cláusula o condición resolutoria respecto de la mora queda demostrada desde el momento en que el poder de demandar la resolución del contrato no tiene nada que ver con los principios romanos sobre la mora *debendi*.

Supremo que exija como previo requisito para resolver la constitución en mora del deudor⁴¹².

2º Se debe tener presente que no son pocas las veces en que las partes se comprometen a celebrar un determinado contrato adelantando parte de sus prestaciones; por ejemplo, adelantando la entrega de la cosa y, por otra parte, la parte del precio y prorrogando en el tiempo la celebración del contrato definitivo para una determinada fecha. En efecto, cumplida la fecha en que se debe celebrar el contrato definitivo, ninguna de las partes concurre a su celebración por causas que imposibilitan llevarlo adelante; como la pérdida de la propiedad del bien que había adelantado uno de los contratantes, o la no consecución del crédito necesario para poder completar la parte del precio que había entregado una de las partes.

En esta situación, si no se permitiese la resolución del contrato que posibilitó el anticipo de las prestaciones se presentaría un enriquecimiento sin causa a favor de la parte que obtuvo un porcentaje del precio; pues la que adelantó una determinada cantidad de dinero no tendrá el bien en propiedad, versus la contraparte que ostentará parte del precio adelantado.

En este sentido, es razonable aplicar principios fundamentales del derecho que deben regir en todo contrato como es el enriquecimiento sin causa, pues si bien ninguna de las partes está en cumplimiento para exigir la resolución no se debería permitir que una de las partes obtenga un lucro

⁴¹² DELL' AQUILA, E.: *La resolución del contrato...* op. cit., pág. 190.

injustificado, debiendo en esta situación permitirles a las partes volver al estado que se encontraban antes de contratar por medio de la resolución.

3º Debe destacarse otra circunstancia que es el hecho de no existir inconveniente jurídico alguno en que ambas partes del contrato bilateral, ante la infracción imputable a ambas, se demanden recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones que el contrato les impone, lo que procesalmente se encuentra expresamente reconocido en la demanda reconvenzional. Tanto es así, que demandadas por ambas partes del contrato bilateral, las prestaciones que recíprocamente se deben, el juez, concurriendo los requisitos legales, debería declararlas extinguidas por la compensación, hasta el monto que ambas coinciden. En este evento, se llegaría a la disolución del vínculo contractual por medio de demandas recíprocas de cumplimiento.

Como ya hemos expresado, nuestro Código Civil nada señala en casos de incumplimientos recíprocos, el artículo 1.124 del C.C. concede la acción resolutoria al perjudicado y entiende que la facultad se otorga para el caso de que uno de los obligados no cumpliera, concediendo implícitamente este derecho a resolver, a la parte que si ha cumplido con sus obligaciones.

A nuestro entender, el incumplimiento recíproco de las obligaciones impide resolver el contrato, no sólo en razón de la excepción prevista en el último párrafo del artículo 1.100, sino que invocando principalmente la falta de un elemento de la acción resolutoria, cual es la calidad de acreedor diligente del demandante que tácitamente exige el artículo 1.124 del C.C.

En este sentido, bastaría constatar el incumplimiento de sus obligaciones por el demandante para rechazar la demanda de resolución del contrato⁴¹³.

Así, tampoco se puede desconocer la especial situación en que quedan las partes frente a un incumplimiento recíproco y la falta de eficacia que tiene la acción resolutoria, sobre todo teniendo en cuenta la desfavorable situación en que puede quedar una de las partes al haber adelantado parte de su prestación, sin poder volver al estado en que se encontraba antes de contratar. Pero, en este punto, consideramos que se deben distinguir dos situaciones diversas que deberían tener consecuencias a nuestro juicio distintas:

(i) Si estamos frente a demandas de resoluciones interpuestas entre las partes, parece paradójico que el rechazo de ambas acciones resolutorias conduzca, en definitiva, a mantener a las partes ligadas por un vínculo por el cual ninguna de ellas desea continuar. En este evento, es posible

⁴¹³ STS de 9 de julio de 1993 (RJ 1993\6330), entiende que en casos de incumplimientos recíprocos se debería realizar una valoración comparativa de los dos incumplimientos, para ver cuál de ellos ha sido primero y, en consecuencia, debe producir la resolución. Sin embargo, no acreditado este extremo, ha de afirmarse que, habiendo incumplido ambas partes, sus recíprocas responsabilidades se neutralizan y ninguno, pues, puede pretender fundadamente ejercitar la condición resolutoria tácita del artículo 1.124 del C.C. En este mismo sentido, la SSTS 14 de enero de 1999 (RJ 1999\145), 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10086), 10 de enero de 1994 (RJ 1994\436) y 29 de julio de 1999 (RJ 1999\6217). En algunos de estos casos, partiendo de la inaplicabilidad del art. 1.124, el Tribunal Supremo decreta la vigencia del contrato y condena a las partes al cumplimiento de sus obligaciones, SSTS 2 de enero de 1980 (RJ 1980\77) y 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10086).

entender la resolución por una imposibilidad sobrevenida de la ejecución del contrato⁴¹⁴.

(ii) Cosa distinta creemos que sucede cuando es una de las partes quien solicita la resolución, y la contraparte se defiende oponiendo la excepción de contrato no cumplido o la falta de un requisito de la acción resolutoria que es el previo cumplimiento del demandante. Sea cual sea el fundamento en que se sostenga la defensa del demandado, consideramos que no es posible decretar la resolución del contrato, aunque ambos estén en incumplimiento recíproco; pues el contrato tiene plena vigencia entre las partes, y la única forma de poner término con el vínculo es con el cumplimiento o allanándose a cumplir.

En el evento que la continuidad del vínculo genere un despropósito en el sentido que una de las partes obtenga un beneficio por la permanencia de la relación contractual, los jueces siempre tienen la posibilidad de aplicar principios del Derecho, como el enriquecimiento sin causa o la equidad. Principios, a nuestro juicio, que deben informar todas las áreas

⁴¹⁴ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 721. Indica al respecto: "El problema se complica en los casos en que las dos partes, en el mismo proceso, ejercitan acciones o facultades resolutorias, el actor en la demanda y el demandado por vía reconvenional, si bien, como es lógico, en cada uno de los casos para imputar las consecuencias a la otra parte". En una situación como la descrita, puede procederse a un examen de los presupuestos de cada una de las acciones, admitiendo o estimando una de ellas y rechazando la otra bien o bien rechazando ambas, por falta de fundamento y dejando el contrato vigente entre las partes. Sin embargo, frente a ello se ha señalado con acierto que, cuando existen dos contrapuestas de mandas de resolución, mantener el contrato y la relación contractual entre las partes resulta paradójico y finalmente, contradictorio con la voluntad de las mismas; por lo que algún sector doctrinal ha propuesto que, en tales casos, se acepte la demanda de resolución por imposibilidad sobrevenida de la ejecución.

del Derecho y que se sobreponen sobre normas particulares o determinadas.

5.3. *Articulación de las acciones de cumplimiento, resolución e indemnización con la excepción de contrato no cumplido*

5.3.1. *La acción de cumplimiento*

La especial configuración de las obligaciones sinalagmáticas y el tratamiento que le otorga el artículo 1.100 del C.C., permite que el que no cumple, difícilmente podrá ejercitar la acción de cumplimiento con éxito, pues el demandado, podrá defenderse ejercitando la excepción de contrato no cumplido.

En efecto, quien ejercita la acción de cumplimiento debe, por su parte, haber cumplido con lo que le incumbe, salvo que nos encontremos en una relación obligatoria de cumplimiento diferido y no de cumplimiento simultáneo. En este sentido, el cumplimiento de la obligación es un requisito básico para el éxito en el ejercicio de la acción de cumplimiento, para evitar así el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido.

Se debe tener presente, como señala DIEZ-PICAZO ⁴¹⁵, que: «...la pretensión de cumplimiento no está sometida a ningún requisito de naturaleza especial y el acreedor puede ejercitarla, tras el vencimiento de

⁴¹⁵ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 678.

la obligación, en tanto no haya ésta prescrito, de acuerdo con las reglas generales de la prescripción».

Con lo cual, las obligaciones de cumplimiento simultáneo si son ya exigibles, cualquiera de las dos partes puede accionar de cumplimiento, debiendo para tener éxito en su pretensión, poner la prestación a disposición del demandado; o lo que es lo mismo, que se allane a cumplir. De esta forma, el demandado no podrá defenderse con la excepción de contrato no cumplido, salvo que la prestación se haya cumplido de forma defectuosa y el demandante ejercite la excepción de contrato no cumplido adecuadamente.

La excepción de contrato no cumplido busca precisamente impedir la eficacia del ejercicio de la acción de cumplimiento, fundado básicamente en la falta de cumplimiento del demandante. Sin embargo, para el ejercicio de la *exceptio* no hace falta ninguna formalidad especial ni tampoco la constitución en mora de la contraparte; basta abstenerse de ejecutar la prestación.

En este contexto, la *exceptio* también es un revulsivo cuando, junto a la demanda de cumplimiento, se solicita la indemnización de daños y perjuicios. Por tanto, los daños no se pueden haber cometido precisamente porque el incumplimiento del demandante neutraliza los efectos del incumplimiento del demandado, es decir, la mora purga a la mora.

Ahora bien, no se debe olvidar que la excepción de incumplimiento contractual es un impedimento transitorio, que sólo paraliza

temporalmente la ejecución del contrato. Es por esto que la sola interposición de la demanda puede revelar un cambio de criterio de una de las partes, en el sentido de cumplir derechamente o, a lo menos, de allanarse a hacerlo, voluntad que deberá demostrar durante la secuela del pleito.

5.3.2. La acción resolutoria

Sobre la acción resolutoria, ya destacamos que la cuestión no es del todo fácil, pues en casos de incumplimientos recíprocos nada señala el Código Civil en sus artículos 1.124 y 1.110. Sobre la cuestión, distinguimos dos supuestos distintos que son: el incumplimiento que genera otro incumplimiento, y el incumplimiento recíproco simultáneo.

En el primero de los supuestos, señalamos que la *exceptio* es oponible, pues el incumplimiento del *excipiens* se debía al comportamiento del actor, por lo cual no le cabía responsabilidad en su incumplimiento.

En el caso de incumplimientos recíprocos simultáneos, señalamos que la *exceptio* es oponible; sin embargo, nos detuvimos en destacar que en la acción resolutoria no cabría oponerse por la falta de un presupuesto esencial, que es el previo cumplimiento del actor.

Importante es recordar que en situaciones de incumplimiento recíproco y cuando se hallan adelantado parte de las prestaciones, y no se puedan llevar a cabo en su totalidad por cuestiones que se alejen de la voluntad de

las partes, como la no consecución del crédito para el pago de la parte restante del precio, o por la falta de dominio sobre la cosa que debía trasladarse; siempre es posible solventar la situación, resolviendo el vínculo contractual por aplicación de principios fundamentales del derecho, como el enriquecimiento sin causa o la equidad.

5.3.3. La acción indemnizatoria

El artículo 1.124 del C.C., permite al actor que solicita la resolución o el cumplimiento de la obligación, el resarcimiento de daños y el abono de intereses. Ahora bien, en relación al ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* no se justifica el ejercicio de una acción indemnizatoria, pues el *excipiens* asume una actitud defensiva, en virtud de la cual sólo se opone al cumplimiento hasta que el actor no cumpla o se allane a cumplir.

Sin embargo, en el evento que el demandado se defienda oponiendo la *exceptio* y a su vez demande reconventionalmente la resolución, éste podrá acompañar su demanda de resolución o de cumplimiento, con la respectiva acción indemnizatoria.

Debemos recordar que cuando el incumplimiento del *excipiens* se debe al incumplimiento del actor, el demandado puede demandar reconventionalmente la resolución o cumplimiento. En este sentido, es posible que se presente en un mismo proceso la excepción de

incumplimiento contractual, demanda de resolución o de cumplimiento y la acción indemnizatoria⁴¹⁶.

No obstante además, como ya se ha enunciado, la *exceptio non adimpleti contractus* es un remedio frente a la acción de indemnización, ya sea que esta acción se acompañe junto a la demanda de cumplimiento o frente a la demanda de resolución. Sabemos que la *exceptio* puede ejercitarse ante estas dos demandas y, en dicho evento, impediría que se condene a la indemnización de daños al *excipens*.

6. El ejercicio de la *exceptio* en el juicio ejecutivo y su especial situación respecto de la letra de cambio

6.1. Planteamiento

El ejercicio de la *exceptio non adimpleti* o *non rite adimpleti contractus* exige al tribunal una cierta detención en el conocimiento de la cuestión, que

⁴¹⁶ Cabe mencionar que el problema de resarcimiento de daños, en los casos de resolución de la relación obligatoria sinalagmática, ha planteado, en la doctrina, más de un debate. Se plantean dos posturas, la primera defiende el interés positivo, es decir colocar al contratante en el mismo estado que se hubiera hallado en caso de haberse celebrado el contrato. La otra posición defiende el interés negativo, es decir, colocar al contratante que resuelve en el mismo estado al que se encontraba antes de contratar y no en la situación económica y patrimonial que se tendría si el contrato hubiera sido perfectamente ejecutado. La tesis de que la indemnización reconocida por el artículo 1.124 se concreta en el interés contractual positivo es la regla generalmente admitida en la doctrina francesa, en el sector mayoritario de la doctrina italiana y también en la nuestra. Sobre esta materia, revisar a LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit., págs. 205 y sgtes. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., págs. 726 y sgtes. CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver...* op. cit., págs. 565 y sgtes., entre otros.

debería exigir un procedimiento de lato conocimiento sobre la aplicabilidad o no de la misma.

El proceso de ejecución, por su esencia, es un procedimiento que persigue llevar a cabo la obligación del deudor. En este sentido no se discute la exigibilidad ni cualquier otra característica de la obligación, pues ésta ya consta en un título que da fe de su procedencia; por lo cual, el ámbito de defensa del deudor queda limitado por ley⁴¹⁷.

Ahora bien, independiente del título ejecutivo en el cual conste la obligación del deudor, es posible que exista un incumplimiento por parte del actor ejecutante y el demandado necesite oponer como defensa la *exceptio non adimpleti contractus*. Por esto, es importante dilucidar las posibilidades con que cuenta el demandado, para poder oponer este medio de defensa en un juicio que por su naturaleza es de rápido conocimiento.

⁴¹⁷ GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales*, Madrid, 2005, pág. 159, no comparte la tesis que entiende que el juicio ejecutivo es un auténtico proceso de ejecución, que es apoyado actualmente por el legislador y por un sector de la doctrina, como De la Oliva Santos Andrés o Gutiérrez de Cabiedes Eduardo, sino que por el contrario, es de la posición en que en el juicio ejecutivo existe la posibilidad de una cognición limitada, respecto de los medios de ataque y de defensa, y, sobre todo, la ausencia de plenitud de los efectos materiales de la cosa juzgada de las Sentencias, en ellos recaídas, abonan por su consideración como proceso sumario, con independencia de la ubicación, que el legislador ha efectuado de este juicio dentro del proceso de ejecución.

6.2. Ejercicio de la exceptio en un proceso de ejecución

Con la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, del 7 de enero, el procedimiento ejecutivo distingue dos sistemas de oposición, el primero que se puede llamar clásico, pensado para la oposición frente a los títulos de ejecución en sentido estricto (los de los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 517.2 LECiv); donde las causas de oposición legalmente admisibles no permiten contradecir en absoluto el contenido de la obligación incorporada al título sino sólo su exigibilidad, y donde el incidente de oposición no alcanza a suspender el curso normal de las actuaciones ejecutivas (art. 556 LECiv).

Y el segundo, pensado para la oposición frente a los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales (los de los apartados 4º a 7º del artículo 517.2 LECIV), así como para el peculiar “auto de cuantía máxima” del artículo 517.2.8º LECiv; donde las causas de oposición, además de ciertamente abundantes, permiten al ejecutado contradecir el propio contenido de la obligación incorporada al título (lo que, en verdad, da origen a un incidente declarativo, aunque sumario), y donde el ejercicio de la oposición por parte del ejecutado hace que suspenda el curso normal de las actuaciones ejecutivas (artículos 556.3, 557 LECiv)⁴¹⁸.

En principio, cabría la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* sólo en el segundo supuesto, pues en el primero, como se

⁴¹⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *El proceso de ejecución forzosa en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 2003, pág. 243.

señala, no se permite contradecir en absoluto el contenido de la obligación incorporada al título.

Ahora bien, el artículo 557.1 LECiv es claro en precisar que ante determinados títulos ejecutivos, sólo se podrá oponer a ellos si se funda en las causas que enumera de forma taxativa; con lo cual cabría concluir que no son oponibles en esta ejecución de títulos no jurisdiccionales ni arbitrales cualesquiera defensa o excepciones que no se hallen expresadas en dicho precepto⁴¹⁹.

Sin embargo, si se analiza con atención las diferentes opciones de defensa que ofrece el artículo 557, cabría la posibilidad de encuadrar la *exceptio non adimpleti contractus* bajo la figura de oposición por pluspetición, defensa que consiste en la reclamación por el ejecutante de mayor cantidad que la realmente debida; bien por no computar los pagos parciales que hayan reducido el importe de la deuda expresada en el

⁴¹⁹ Según mantiene SENÉS MOTILLA C.: “La ejecución civil” en *Estudios de derecho judicial*, Madrid, 2005, pág. 885: “La oposición a la actividad es de carácter tasado, y por tanto, admisible únicamente respecto de los motivos legalmente establecidos [...]” Para VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia Ley 1/2000*. Madrid, 2000, pág. 769: “Las únicas causas que pueden ser alegadas son las que enumera el artículo, sin que sea posible extenderlas a otras por analogía o interpretación extensiva que de la Ley se haga”. MONTERO AROCA, J. Y FLORS MATIES J.: *El proceso de ejecución*, Valencia, 2001, pág. 629: “Las causas de oposición por motivos de fondo a la ejecución basada en los títulos de que aquí se trata, son únicamente las que con carácter taxativo enumera el artículo 557 LECiv”. FERNANDEZ-BALLESTEROS M, A. RIFÁ SOLER J, M. VALLS GOMBAU, J, F.: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo III artículos 556 al 827*. Barcelona, 2000, pág. 2707: “Se debe esto a la naturaleza sumaria que tenía con anterioridad y que mantiene el juicio ejecutivo, y a la circunstancia de que lo que se decida en la oposición a la ejecución no tiene fuerza de cosa juzgada material y puede reproducirse en un juicio declarativo posterior”.

título, bien por no tener en cuenta una condonación parcial, o una reducción de su importe por cualquier otra causa legítima⁴²⁰.

En este sentido, es posible justificar el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*; pues el *excipiens* en el proceso de ejecución, puede solicitar que se reduzca el importe de la ejecución apoyándose en el incumplimiento de la obligación que le incumbía al ejecutante.

CORDÓN MORENO⁴²¹, señala en este sentido, que: «...la Ley no concreta las causas de la pluspetición, por lo que entiendo que cualquier hecho o circunstancia que produzca como efecto una petición por cantidad superior a la debida, y no esté previsto expresamente como motivo de oposición específico, encajará en el supuesto de hecho del precepto».

En sentido opuesto, se manifiesta DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁴²², quien señala: «...debe subrayarse que la pluspetición no puede ser concebida de modo extensivo para incluir en su seno cualquier hecho que conduzca a una minoración de la deuda documentada en el título. Por esa vía, se desnaturaliza el carácter tasado de las excepciones oponibles por el deudor. Si la minoración de la deuda deriva de un hecho alegable como excepción (por ejemplo el pago o la quita), lo lógico será hacerlo al amparo de dicha excepción y no de la pluspetición. Por el mismo motivo, resulta inadmisibles que si la extinción parcial de la obligación se ha producido en

⁴²⁰ MONTERO AROCA, J. Y FLORS MATIES J.: *El proceso de...* op. cit., pág. 652.

⁴²¹ CORDÓN MORENO, F.: *El proceso de ejecución*, Navarra, 2002, pág. 168.

⁴²² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 2001, pág. 961.

virtud de un hecho que no se encuentra entre las excepciones oponibles por el deudor, pueda alegarse pluspetición. Nótese que lo contrario llevaría a admitir el absurdo de que ciertas causas de extinción de la obligación documentada en el título podrían ser alegadas si fueran parciales, pero no si fueran totales».

6.3. El ejercicio de la exceptio en un juicio cambiario

6.3.1. Situación general

El régimen jurídico procesal que otorga la LEC 2000 a los títulos cambiarios ha sido modificado respecto a la anterior LEC 1881. En el sentido que ha pasado a un régimen de ejecución⁴²³, con particularidades según el título sea o no jurisdiccional o arbitral. Además, no ofrece a los títulos cambiarios el nuevo proceso de ejecución para títulos no judiciales, sino que ha sido diseñado un procedimiento especial y específico: el juicio cambiario, que ofrece una protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la ley especial sobre estos instrumentos del tráfico jurídico⁴²⁴.

⁴²³ MONTERO AROCA, J.: “Derecho Jurisdiccional”, coord. Juan Montero Aroca, Vol. II. *Proceso civil*, Valencia, 2010, pág. 820, indica que: “...en la LEC de 2000 desaparece el juicio ejecutivo porque se vuelve al sistema de la unidad de la ejecución, lo que quiere decir que todos los títulos que se consideran ejecutivos dan lugar a una única ejecución, que es común a los títulos judiciales y a los no judiciales”.

⁴²⁴ Vid. Exposición de motivos de la LEC 2000 (párrafo XIX).

Así, el juicio cambiario es un procedimiento nuevo (distinto del juicio ejecutivo) específico y exclusivo para los títulos cambiarios, cuyo alcance contornos y características requerían un estudio *ex novo*. Además, se debe destacar que los motivos de oposición que se ofrecen al deudor (art. 824.2 LEC) son los recogidos en la norma sustantiva (art. 67 LCCH), que permite oponer las excepciones basadas en las relaciones personales, abriendo así las puertas a los problemas del negocio causal. Otro importante detalle que se debe tener en cuenta sobre el juicio cambiario, es el efecto de la sentencia; ya que se invierte el efecto de ésta cuando resuelve la oposición, en el sentido de que sí producirá efectos de cosa juzgada en todas las cuestiones que hubieran podido alegarse (art. 827.3 LEC)⁴²⁵.

6.3.2. Admisibilidad de la exceptio

6.3.2.1. Situación legal

La Ley cambiaria y del cheque 19/1985, de 16 de julio señala, en su artículo 67, párrafo primero: «...el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor».

⁴²⁵ ESTEBAN MONASTERIO, I.: “Alcance de la excepción de incumplimiento del negocio causal en el juicio cambiario” *Actualidad Civil*, número 3, 2012, pág. 272.

A su vez, el artículo 824-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que: «...la oposición se hará en forma de demanda. El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la Ley cambiaria y del cheque».

En virtud de estos preceptos, es posible entender la real posibilidad de oponer la *exceptio* en un juicio ejecutivo de este tipo, pues las leyes referidas no realizan ninguna limitación al respecto, dejando al arbitrio del deudor cambiario la oponibilidad de cualquiera de las excepciones basadas en sus relaciones personales.

En este sentido, la *exceptio* es una defensa basada precisamente en las relaciones personales del deudor y acreedor. Al oponer la excepción de incumplimiento contractual, lo que discute el deudor es la falta de cumplimiento del acreedor cambiario, cuestión que cabe precisamente dentro del ámbito permitido por la ley.

Como señala PEITEADO⁴²⁶: «...hay que tener presente que los títulos cambiarios no tienen que estar necesariamente intervenidos en su origen por ningún fedatario público, de modo que la certeza que ofrecen respecto de la deuda que documentan no es suficientemente firme como aparejar a ellos ejecución directa. Sin embargo, la importancia en el tráfico económico

⁴²⁶ PEITEADO PILAR, M.: “La exceptio non rite adimpleti contractus en la oposición al juicio cambiario” (Comentario a la Sentencia 518/2003, de 24 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife), *Revista de derecho bancario y bursátil*, año 23, número 95, 2004, pág. 238.

del crédito que se articula a través de estos títulos reclama para ellos una protección rápida y eficaz. A esta necesidad pretende dar respuesta el juicio cambiario, pero sin olvidar tampoco la adecuada tutela de los derechos de quien ve amenazado su patrimonio sobre la base de título que no puede estimarse del todo seguro».

Pero, a su vez, el artículo 827-3 de Ley de Enjuiciamiento civil señala que: «...la sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente».

Esta última norma en cuestión es, entre otras razones, la que permite que se genere un debate jurisprudencial en torno a la posibilidad de hacer valer la *exceptio non rite adimpleti contractus*, pues sirve de fundamento para sostener que el juicio cambiario sigue siendo un juicio sumario; ya que la propia Ley establece que no producirá cosa juzgada sobre aquellas cuestiones que se deben plantear en el juicio correspondiente.

6.3.2.2. Situación doctrinal

El debate, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se centra en dilucidar la actual naturaleza del juicio cambiario tras la LCCh, pues aclarado esto se podrá entender la posibilidad o no de plantear la *exceptio non rite adimpleti contractus* en este tipo de juicio.

En la doctrina nacional, la opinión mayoritaria es la de apoyar la posibilidad de oponer en el juicio cambiario tanto la excepción *non adimpleti contractus* como la *non rite adimpleti contractus*; pues se entiende que el legislador ha ampliado de forma extraordinaria la posibilidad de oposición del demandado en este juicio, y con ello el campo de conocimiento del juez.

Siendo así, se convierte al juicio cambiario en un proceso declarativo que pierde alguna de las características fundamentales del proceso sumario: en concreto, prácticamente pierde la característica de ser un proceso en el que la parte demandada tiene limitadas sus posibilidades de defensa⁴²⁷.

Como afirma PAZ-ARES⁴²⁸: «...la limitación de excepciones cambiarias es, en rigor una mera ilusión óptica; que no existe limitación de excepciones, sino libre alegación de aquellas excepciones que afectan a la concreta pretensión –ex contrato o ex apariencia- que en cada caso se deduzca. De manera que asumida esta premisa puede decirse que el problema de la limitación de excepciones se disuelve en la nada».

Existe un grupo de autores que entiende que inclusive es posible comprender el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus* bajo la figura de la falta de provisión de fondos, sin necesidad de apoyarse en el

⁴²⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: “Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades”, *En la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 2000, págs. 49 y 50.

⁴²⁸ PAZ-ARES, J.C.: “Las excepciones cambiarias”, en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1992, pág. 264.

artículo 67 L.C.Ch; pues sostienen que la obligación del librador de hacer provisión de fondos no es cambiaria, sino civil y por ello, en aplicación de lo prescrito en el artículo 1.157 del C.C., según el cual no puede entenderse cumplida una obligación sino cuando completamente se hubiera hecho la prestación, y en el artículo 1.169 del Código Civil, que señala no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación en que consista la obligación del librador nacida del contrato causal. Así señalan, la entrega de una parte, de la parte de la provisión no constituye auténtica provisión y por ello podría, el librador, excepcionar de forma válida contra el librador⁴²⁹.

Por su parte, SÁNCHEZ CALERO⁴³⁰ apoya la posibilidad de oponer la excepción, situando el fundamento de esta posibilidad en el deseo de modular, por razones de justicia, el poder jurídico que se concede por el ordenamiento al titular de la letra en cuanto acreedor cambiario; ya que a la relación puramente cambiaria entre las partes se une otra relación jurídica que debe producir los efectos queridos por ellas.

En este sentido, expone este autor que: «...cuando el tenedor inmediato es quien reclama el pago de la letra, el deudor podrá alegar que el crédito basado en la relación fundamental o subyacente no ha nacido o que se ha extinguido [...] o simplemente, como ocurre con frecuencia, que por parte

⁴²⁹ LÓPEZ LÓPEZ, E.: "la falta de provisión de fondos como excepción causal en el juicio ejecutivo (La letra a favor)" *Actualidad Civil*, 1993, pág. 465. En esta misma línea, PAZ-ARES, J.C.: "Las excepciones..." op. cit., pág. 264. VICENT CHULIA, F.: *Compendio gráfico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1986, pág. 599.

⁴³⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: "Las excepciones cambiarias", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1988, págs. 27 y 29.

del tenedor como contratante vinculado con el deudor cambiario por una relación subyacente de carácter bilateral (por ejemplo una compraventa) se ha incumplido la obligación, o se ha cumplido de forma muy defectuosa. En tales casos, el deudor cambiario podrá alegar la excepción personal, basada en el contrato causal de la falta de cumplimiento del contrato (*exceptio non adimpleti contractus*) o cumplimiento defectuoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*)».

BONET NAVARRO⁴³¹, no opone reparos a la admisión de la excepción de cumplimiento defectuoso, pero considerándola un supuesto de pluspetición, al afirmar que: «...no defendemos que un cumplimiento defectuoso o parcial sea motivo para excluir el ejercicio de la acción cambiaria en su totalidad. Pero si creemos que lo sea en parte [...] Es decir, aunque no se trate de alegar la falta de provisión de fondos, nada obsta para que pueda alegar los hechos relativos a la relación causal para oponer de manifiesto una pluspetición, con la que, aun reconociendo tácitamente el crédito que no exceda del plus indebido y, sin cuestionar de ese modo la existencia parcial de la deuda, se reduzca la misma cantidad verdaderamente satisfecha».

Otro sector doctrinal se muestra partidario de admitir la excepción de cumplimiento parcial en el juicio ejecutivo, únicamente en los casos en que ese incumplimiento parcial se pueda reconducir al incumplimiento total y se trate de hechos de claridad palmaria. Los supuestos en que esto no

⁴³¹ BONET NAVARRO, J.: *El juicio ejecutivo cambiario*, Granada, 1997, pág. 378.

sucedan, excederían del ámbito del juicio ejecutivo y deberían ser abordados en el juicio declarativo correspondiente⁴³².

Por su parte, SOTO VÁZQUEZ y SOTO FERNÁNDEZ⁴³³ se preguntan sobre si el incumplimiento de la obligación del librador, que integraría la provisión de fondos al librado, ha de ser total para que pueda prosperar la oposición; y responden que, en principio, la respuesta ha de ser afirmativa, de manera que el simple incumplimiento parcial o defectuoso no implicaría defecto de provisión. No obstante, luego matizan esta afirmación señalando que la conclusión a la que llegan se debe muchas veces a la sumariedad de los trámites que comporta el juicio ejecutivo en los que la excepción se plantea. Agregando que, existiendo la posibilidad de que el defecto de provisión de fondos como excepción puede oponerse en el curso de un juicio cambiario declarativo; desaparece, o se atenúa en gran manera el razonamiento que desestima la excepción de falta de provisión basada en un incumplimiento parcial, por el simple motivo de que el juicio ejecutivo no es el terreno propio en el que deban dilucidarse

⁴³² En este sentido, SERRANO MASIP, M.: *El juicio ejecutivo cambiario*, Barcelona, 1997, págs. 340 y 341. Señala: "...el incumplimiento contractual que se haga valer debe ser pleno o esencial, pues en el juicio ejecutivo cambiario no prosperará la alegación de falta de provisión de fondos si ésta se basa en un incumplimiento regular, defectuoso o tardío (*exceptio no rite adimpleti contractus*) [...] La naturaleza sumaria del juicio ejecutivo no admite que puedan analizarse en su seno, de forma exhaustiva, aquellos hechos que requieren una prueba compleja, como es el cumplimiento de perfección dudosa y que generan obligaciones de derecho –este incumplimiento no da lugar, en todo caso, a la resolución del contrato- art. 1124 del C.C. Tales hechos deben ser examinados con la plenitud de conocimiento propia del juicio declarativo ordinario". De la misma opinión es LÓPEZ LÓPEZ, E.: "La falta de provisión de..." op. cit., pág. 467.

⁴³³ SOTO VÁZQUEZ, R. Y SOTO FERNÁNDEZ, C.: *Manual de oposición cambiaria*, Granada, 1996, pág. 621 y sgtes.

con toda amplitud estas cuestiones. Luego señala que, la causa de que no se pueda conocer en un juicio ejecutivo, no se debe al periodo de prueba relativamente breve que se presenta en este juicio, recordando que en muchos juicios declarativos el período de prueba no resulta mucho más generoso; preguntándose, finalmente, si esa remisión al juicio declarativo cambiario no será la manifestación de un criterio favorable a la supervivencia de la limitación de excepciones en el juicio ejecutivo que, carece prácticamente de razón de ser en la actualidad.

6.3.2.3. Situación jurisprudencial

La jurisprudencia no es del todo unánime, aunque en un primer momento, existió una línea más consolidada que admitió la posibilidad de ejercitar la *exceptio non adimpleti contractus*, y rechazaba el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Dentro de este grupo de sentencias, se encuentra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de mayo de 2009 ⁴³⁴, que sintetiza la problemática señalando: «B) Por otra parte, en criterio que, al igual que el anterior, fue compartido con otras muchas Audiencias bajo la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1), esta Sala vino declarando reiteradamente que la naturaleza sumaria del juicio ejecutivo impedía subsumir en el párrafo primero del art. 67 LCCh la llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*, puesto que por mucha que sea la extensión que

⁴³⁴AC 2009\1080.

pueda darse a la pretendida generalidad de dicho precepto ha de mantenerse también el obligado respeto a la previsión legal de un juicio ordinario (art. 1479 LEC (RCL 2000, 34, 962 Y RCL 2001, 1892), y es allí donde tienen más adecuado acomodo las cuestiones atinentes al irregular cumplimiento de los negocios jurídicos subyacentes al libramiento de los efectos cambiarios, en especial si conllevan el debate sobre complejos extremos de hecho (sentencias de 12 de mayo de 1997, 12 de enero de 1998 y 1 de octubre de 1999, entre muchísimas otras). C) Y este criterio se ha mantenido igualmente en numerosas sentencias de la Sala a propósito del juicio cambiario de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, destacando la de 13 de septiembre de 2002; que define el juicio cambiario como un proceso sumario, declarativo y de cognición limitada, afirma que su régimen no ofrece un cambio sustancial frente al anterior, siendo por lo tanto trasladable la doctrina sobre motivos y causas de oposición cambiaria elaborada a propósito del procedimiento ejecutivo cambiario; y cita como muestra definitiva de ello la previsión contenida en el art. 827-3 LEC y 67 LCCh, si al juicio cambiario puede seguir un juicio ordinario donde habrán de plantearse las cuestiones que no pudieron ser alegadas y discutidas en el cambiario, es precisamente porque en éste hay una limitación a la oponibilidad de excepciones, limitación que forzosamente ha de venir discriminada en función de la sumariedad del procedimiento y de la complejidad de la materia sobre las que aquéllas versen. D) Por más restrictivas que sean las consecuencias de cuanto ha quedado expuesto, no han impedido a la Sala admitir la oponibilidad del incumplimiento total del contrato subyacente en supuestos

verdaderamente excepcionales, exigiendo que dicho incumplimiento sea radical y absoluto y que resulte acreditado de manera evidente, manifiesta e indiscutible por las pruebas practicadas; por entender que el rigor formal que deriva de la anterior doctrina ha de decaer ante tales evidencias so pena de hacer prevalecer la formalidad del título sobre los principios procesales esenciales de justicia definidos por el art. 11 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), y en este sentido pueden citarse junto con la sentencia mencionada en el recurso de 11 de febrero de 1991 (que en realidad se refería a una letra de cambio) supuestos mucho más recientes como los contemplados por las sentencias de 6 y 12 de marzo de 2008. E) Pero los presupuestos a lo que se refiere el anterior apartado no se cumplen en absoluto en el presente caso, toda vez que según se desprende inmediatamente de las alegaciones de la oposición y de la contestación, lo que la parte demandada trata de plantear por esta vía es en realidad la *exceptio non rite adimpleti contractus*, reprochando a la demandante el insuficiente cumplimiento del contrato de ejecución de obra que suscribieron el 6 de agosto de 2004, entrañando dicha cuestión a su vez la discusión sobre si es legítima o no la resolución del contrato declarada por la parte ejecutante y sobre la liquidación de cuentas procedente en virtud de las misma, dando lugar a complejas cuestiones de hecho y de Derecho que exceden del marco sumario del presente juicio y que no pueden obstar al cumplimiento de la obligación asumida con mucha anterioridad a la resolución del contrato mediante la firma de los pagarés, sin perjuicio de su adecuado planteamiento en el correspondiente juicio ordinario».

La doctrina jurisprudencial, que niega el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente y apoya la posibilidad de hacer valer la excepción de incumplimiento contractual en el juicio cambiario; pone como exigencia que el incumplimiento sea total, esencial, patente y categórico⁴³⁵.

Se entiende, en este sentido, que la *exceptio non adimpleti contractus* no implica la graduación o determinación exacta de la prestación no cumplida; por lo cual es posible su ejercicio en un juicio de naturaleza sumaria. No así la *exceptio non rite adimpleti contractus*, esto porque se entiende que la naturaleza del juicio cambiario impide discutir, en este tipo de procedimiento, las características y alcances del incumplimiento que se alega⁴³⁶.

La línea jurisprudencial opuesta señala que sí es posible conocer la *exceptio non adimpleti contractus* en cualquiera de sus modalidades. Pues entiende que el artículo 67 de la Ley Cambiaria permite la articulación de cualquier excepción basada en las relaciones personales que el deudor mantenga con el tenedor de la letra, admitiendo así no sólo la excepción de incumplimiento contractual del contrato, sino también la de

⁴³⁵ SAP de Madrid de 14 de febrero de 2006 (AC 2006\326).

⁴³⁶ SSAP de Burgos de 26 de enero de 2000 (AC 2000\470), de Zamora de 11 de mayo de 2000 (AC 2000\1496), de Sevilla de 4 de abril de 2000 (AC 2000\2008), de Almería de 24 de enero de 2000 (AC 2000\2777), de Barcelona de 9 de enero de 2001 (AC 2001\43), de Murcia de 15 de abril del 2002 (AC 2002\1392), de la Rioja de 20 de Marzo de 2002 (AC 2002\941), de Palencia de 16 de junio de 2003 (AC 2003\2327), de Zaragoza de 28 de marzo de 2003 (AC 2003\476), de Castellón de 11 de mayo de 2004 (AC 2004\966), de Ávila de 8 de enero de 2003 (PROV 2003\83123), de Murcia de 4 de marzo de 2005 (AC 2005\638), entre otras.

cumplimiento parcial o defectuoso; pues la norma legal no establece limitación alguna y resulta especialmente aplicable en los casos en que el coste de la reparación de lo mal hecho supere el principal de la cambial objeto de la ejecución⁴³⁷.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 11 de octubre de 2005⁴³⁸ expone los principales motivos que apoyan esta postura, señalando que: «...fuera del estrecho marco contencioso que entraña un juicio cambiario que es el que nos ocupa, pues es evidente que si el objeto del mismo se amplía a todas estas cuestiones de indudable minuciosidad y complejidad, claramente quedaría desvirtuado en la naturaleza y finalidad que le es propia y justificar su autónoma existencia procesal. La inferencia de la naturaleza sumaria del juicio cambiario se obtiene, concretamente de la última que se acaba de transcribir, de la inercia de la tradición, y en otras, del tenor literal del art. 827.3 LECiv, con el que “La sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente”; y en esta línea Sentencia AP Asturias de 9 de octubre de 2002⁴³⁹, que argumenta: “La doctrina que esta Sala viene manteniendo, es opuesta a la admisibilidad de la *exceptio no rite*; entre otras en la sentencia citada de 5 May. 1999, sin que

⁴³⁷ En este sentido, las SSAP de Asturias de 24 Enero (AC 2000 \216), de Salamanca de 6 de noviembre de 2003 (AC 2003\1792), de Huesca de 6 de marzo de 2003 (PROV 2003\117357), de Badajoz de 21 de noviembre de 2002 (PROV 2003\72487), de Islas Baleares de 8 de febrero de 2005 (AC 2005\726), entre otras.

⁴³⁸ AC 2005\2014.

⁴³⁹ PROV 2003, 10297.

la variación legislativa, operada por la nueva LECiv represente una significativa alteración de este criterio, toda vez que la dicción del artículo 827-3º, no altera el régimen preexistente, sino que, recogiendo el sentir jurisprudencial, lo positiviza reconociendo el valor de cosa juzgada, pese al carácter en principio sumario del juicio, de aquellas excepciones que pudieron ser alegadas y debatidas en su seno, mientras que el resto-como la que nos ocupa-, puede ser analizada y debatida en el procedimiento correspondiente, que es el declarativo". Pero siendo efectivamente éste el tenor literal del art. 827-3 LECiv, el mismo ha de ser puesto en relación con el art. 67 LCCh (RCL 1985, 1776, 2483), y ha de ser así precisamente porque el art. 842-2 LECiv dispone que "El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las causas o motivos de oposición previstos en el art. 67 de Ley Cambiaria y del Cheque". Será por tanto éste último precepto el que defina el marco de la oposición; y el dicho art. 67 LCCh señala: "El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicios del deudor. El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes: 1ª La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma. 2ª La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley. 3ª La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado. Frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán

admisibles las excepciones enunciadas en este artículo". Párrafo final éste redactado por el número 1 de la Disposición Final 10ª L1/2000 de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962, y RCL 2001, 1892), de Enjuiciamiento Civil. De forma que no existe otro límite ni cauce procesal especial para la articulación de causas de oposición que la regulación sustantiva contenida en el transcrito art. 67 L.C.Ch (RCL 1985, 1776, 2483), por expresa remisión del citado 824.2 L.E.Civ. Y este art. 67 admite un sistema mixto de excepciones o causas de oposición a la acción cambiaria, de manera que cuando el título se ventila entre las partes intervinientes en el contrato causal las excepciones a oponer no tiene límite, en el sentido de que pueden deducirse las propiamente cambiarias y las derivadas de las relaciones personales entre ambos, y sólo es de ver la literalidad del párrafo primero del tan citado art. 67 L.C.Ch., claro en sus términos y sin que por ello genere duda ninguna. Otra cosa es que el título funcione como documento abstracto, esto es, entre personas ajenas al contrato o relación causal subyacente, supuesto este en que resulta operativa la limitación de excepciones o causas de oposición, nuevamente porque así se obtiene del tan citado art. 67, ahora en su párrafo segundo. Dicho lo anterior y viniendo al supuesto que se plantea, la pretensión cambiaria que con los cheques aportados se ejercita- como se dijo, documentan el resto del precio pendiente de pago-, se deduce entre los intervinientes en el contrato subyacente del que deriva la emisión de aquellos títulos, y es el deudor cambiario el que con su demanda de oposición articula la excepción de incumplimiento defectuoso –non rite adimpleti contractus-,

lo que, terminado, puede hacer, de conformidad con el párrafo primero del art. 67 L.C.Ch, al que expresamente se remite el art. 824. L.E.Civ».

A diferencia del debate que se presenta entre los autores, donde la opinión mayoritaria es permitir la *exceptio non rite adimpleti contractus* en el juicio cambiario, en la jurisprudencia es al revés, pues la mayoría de las Sentencias de las Audiencias Provinciales están por entender que sólo es posible conocer la *exceptio non adimpleti contractus*, y no así la *non rite adimpleti contractus*.

Ahora bien, a pesar de ello existe un grupo no menor de sentencias que está por conceder la posibilidad, como ya se ha mostrado, en la exposición de una de ellas. Debiendo tener además presente, que existen otros pequeños grupos que matizan la cuestión con otras tendencias, y que puede sistematizarse de la siguiente manera:

a) Resoluciones que admiten la posibilidad de oponer la excepción de cumplimiento defectuoso en el juicio ejecutivo, pero sólo en los casos en que la irregularidad en el cumplimiento afecta a la esencia de la cosa; la cual, por tanto, deviene inservible para su fin natural. Entre éstas y, a título de ejemplo, conviene resaltar las siguientes:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 3 de febrero de 1995⁴⁴⁰, según la cual, el cauce del artículo 67 de la Ley Cambiaria es el adecuado para dilucidar la excepción de cumplimiento defectuoso, pero

⁴⁴⁰ AC 1995\275.

sólo si los vicios son notorios, graves y de gran importancia, de tal forma que hagan prácticamente inservible la cosa para su uso normal.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 19 de junio de 1997⁴⁴¹, dispone que cuando la relación procesal se establece entre librador y librado-aceptante, aunque el primero haya hecho entrega al segundo de la cosa y con ello cumplida su obligación de entrega; si ese cumplimiento es notoriamente defectuoso, por adolecer de varios defectos que hacen prácticamente inservible la cosa para su fin natural, podrá ser alegado y discutido en el procedimiento ejecutivo.

b) En conexión con el apartado anterior, hay resoluciones que exigen para la prosperabilidad de la excepción, que el montante cuantitativo del daño originado por el incumplimiento de la obligación que pesaba sobre el librador, sea equiparable, o exceda de la cuantía o importe de la letra impagada.

Son representativas de esta concepción las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 1992⁴⁴², que requiere, para hacer nacer la excepción, un incumplimiento parcial o defectuoso que haya originado un daño montante económico “tenga la suficiente trascendencia para determinar que el otro contratante quede exonerado de la obligación de pago”. Y la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de 9 de febrero

⁴⁴¹ SAP (AC 1997\1426). También, en este sentido, se pronuncian las SSAP de las Palmas de 28 de marzo de 1996 (AC 1996\795) y de Madrid de 3 de abril de 1996 (AC 1996\796).

⁴⁴² AC 1992\330.

de 1993⁴⁴³, para la que, en general, la *exceptio non rite* queda fuera del marco del juicio ejecutivo, pero con una excepción “cuando atendidas las circunstancias y por tratarse de una sola letra o la última de ellas, la cuantía o valor de lo dejado de hacer o de lo mal hecho exceden del nominal mismo de la cambial que quedaría carente de provisión”.

c) Por otra parte, existen sentencias favorables a la admisión de la *exceptio non rite adimpleti contractus* en el juicio ejecutivo, pero para la que la misma debe ser alegada a través del cauce de la plus petición, y no de la falta de provisión de fondos. Entre ellas es significativa la sentencia que se muestra a continuación:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 19 de marzo de 1993⁴⁴⁴, que dispone: «...a través de los mecanismos establecidos en el art. 67.1 de Ley Cambiaria puede solventarse, no sólo si existió un total incumplimiento, sino también aquel otro parcial o defectuoso, éste último a través de la excepción de la plus petición. Ya que, desde la entrada en vigor de la citada Ley, “el juicio ejecutivo deja de ser escuetamente ejecutivo, para integrar un juicio especial derivado de la letra de cambio con connotaciones propiamente declarativas”».

⁴⁴³ AC 1993\156.

⁴⁴⁴ AC 1993\378. También, en este sentido, la SAP de Oviedo de 30 de abril de 1992 (AC 1992\546) y la SAP de Jaén de 28 de abril de 1994 (AC 1994\696).

6.3.2.4. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo, a través de dos Sentencias relativamente recientes, se ha decantado por la doctrina a favor de que en el juicio cambiario puedan oponerse al pago de las cantidades consignadas en los títulos cambiarios, todas las excepciones personales susceptibles de ser opuestas, al amparo del artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque, sin limitación alguna por razón del procedimiento; incluyendo las derivadas del defectuoso cumplimiento del contrato determinante de la declaración cambiaria incorporada al título cambiario.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011⁴⁴⁵, declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y haber lugar al de casación interpuesto, casa y anula la Sentencia dictada el 13-11-2006 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria y declara que, en el juicio cambiario, pueden oponerse al pago de las cantidades consignadas en los títulos cambiarios todas las excepciones personales susceptibles de ser opuestas al amparo del artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque, sin limitación alguna por razón del procedimiento; incluyendo las derivadas del defectuoso cumplimiento del contrato determinante de la declaración cambiaria incorporada al título cambiario. Acordando devolver las actuaciones al tribunal de apelación, para que se dicte nueva sentencia en la que, con plenitud de cognición, se pronuncie sobre si la libradora del pagaré adeuda a la tomadora todo o

⁴⁴⁵ RJ 2011/1801, y en este mismo sentido, la STS de 23 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1782).

parte del principal consignado, teniendo en cuenta lo ya pagado por razón de la obra cuya ejecución dio lugar al libramiento del pagaré.

En efecto, la situación de hecho trataba sobre el encargo realizado por SUPERMERCADOS CABRERA S.L. a CONSTRUCCIONES COTROCAN S.L, la ejecución de un edificio de viviendas, locales y garajes en villa de San Mateo. En el contrato se estipulaba que los pagos del importe de la obra se efectuarían mediante el abono de certificaciones mensuales presentadas por el contratista, relativas a la obra ejecutada en el transcurso del mes anterior. Así, el demandante alegaba el incumplimiento del pago de la certificación de obra número 16 y 17, por el cual SUPERMERCADOS CABRERA S.L. libró a favor de CONSTRUCCIONES COTROCAN S.L, el pagaré número 1.130.999-4 serie A1, por importe de 118.892, 21 euros, con vencimiento el día 31 de marzo de 2003. Interponiendo, de esta forma, demanda en juicio cambiario en que se solicitaba que ésta fuese admitida y se requiriera de pago al deudor por la cantidad de 118.892,21 euros de principal, más 5.000 euros calculados como intereses y costas, solicitando además, que se ordenara el inmediato embargo preventivo de sus bienes si no fuera atendido el requerimiento de pago. El demandado fundamenta su contestación, entre otros motivos, en el incumplimiento del contrato causal, solicitando que se declare compensada la cantidad que se reclama por la demandante en este juicio con las que ella adeuda a la demandada, hasta donde resulten coincidentes, y reservándose expresamente las acciones que pudieran incumbir, para reclamar las cantidades no compensadas en este juicio.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda de oposición formulada por la representación procesal de la empresa de supermercados, ordenando seguir adelante el despacho de ejecución. Se interpone recurso de apelación por la parte demandada, siendo estimado el recurso por el tribunal de alzada de forma parcial, revocando solo aquella parte referida a las costas, que no son de imponer a ninguna de las partes, confirmando, en todo lo demás, la sentencia apelada. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, SUPERMERCADOS CABRERA S.L. interpuso dos recursos: Recurso extraordinario por infracción procesal con base en la inadecuación del trámite previsto en el artículo 819 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la efectividad de un pagaré con clausula “no a la orden”; y el segundo y, que es de interés de nuestro estudio, Recurso de casación con base en la infracción de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

Sobre este último recurso, la Sala expone: “...Este panorama cambia radicalmente con la Ley Cambiaria y del Cheque, que:

- 1) Se aparta del clásico sistema causalista, deja de entender la letra de cambio como un instrumento de ejecución de un contrato subyacente, y suprime todas las referencias a la provisión de fondos, salvo la referida a su cesión contenida en el artículo 69 de la propia Ley; y
- 2) En el artículo 67 dispone que: “...el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra, las excepciones basadas en sus relaciones personales con él”

Lógica consecuencia de lo expuesto fue que la Sentencia de 17 de abril de 2006 (RJ 2006, 4696), reiterando la de 20 de noviembre de 2003 (RJ 2003,8083), afirmase que: "...frente al ejercicio de la acción cambiaria, según establece el artículo 67, regula un régimen único de excepciones, oponibles tanto en el juicio ejecutivo como en el ordinario cuyo enunciado se hace genéricamente, y no en la forma detallada y rígida en que lo recogía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881".

Agregando, a continuación, la misma sala que: "Este régimen, deviene aplicable al pagaré de conformidad con lo previsto en el artículo 96 a cuyo tenor "serán aplicables al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes: (...) a las acciones por falta de pago (arts. 49 a 60 y 62 a 68)", lo que comprende la posibilidad de oponerse al pago tanto con base en el incumplimiento total de contrato que sirvió de causa extrema a la declaración cambiaria, como en el incumplimiento parcial; y en su caso, el pago de lo debido como consecuencia de la liquidación de las relaciones, y claro está, el exceso de reclamación".

Señalando, más adelante, que: "Las dificultades de coordinación en este extremo entre la Ley Cambiaria con la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente se han disipado al disponer el artículo 824.2 (...) "el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la Ley cambiaria y del cheque". Y en el 826 que "presentado por el deudor escrito de oposición, se dará traslado de él al acreedor con citación para la vista

conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 440 para los juicios verbales”, de tal forma que la oposición del deudor da paso a un juicio declarativo y de cognición plena, en el que no existe límite procesal a las causas de oposición, sino exclusivamente sustantivas, por lo que no caben diferentes causas de oposición a la acción cambiaria por razón del proceso en el que se tramite, lo que completa el artículo 827.3 a cuyo tenor “la sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieran ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente”, y si bien se cuestiona cuáles son las cuestiones restantes, no es dudoso que no lo son las excepciones previstas en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y de Cheque, ya que éstas, como se ha visto, pueden ser alegadas en el juicio especial cambiario. En definitiva, del tenor literal del precepto surge que la alegación de hechos pertenecientes a la relación causal subyacente es admisible de forma completa y total cuando se superpone en el litigio las condiciones de acreedor y obligado cambiarios por un lado, y acreedor y deudor extracambiarios por otro, o, dicho de otra forma, inter partes las excepciones extracambiarías son oponibles sin limitación alguna, quebrando en tales supuestos la exorbitancia del derecho cambiario, suprimiendo el *“inutilis circuitus”* que resultaría condenar primero al pago a quien no debe pagar, que, para reembolsarse frente a quien cobró indebidamente, se vería abocado a acudir a un segundo proceso para obtener en él la declaración de la inutilidad de todo lo actuado en el primero.”

Por último, la sentencia termina indicando que: "...no es dudoso que, como apuntala sentencia recurrida, en aquellos supuestos en los que la relación subyacente haya dado lugar al libramiento de diversos instrumentos cambiarios, y el acreedor haya iniciado o pueda iniciar diferentes juicios cambiarios, el conocimiento de excepciones causales opuestas en uno de ellos puede crear un precedente que podría proyectarse más allá de la cosa juzgada, pero:

- 1) La cognición sin limitación de excepciones queda acotada al examen de si el obligado cambiario debe o no la cantidad que se reclama, sin que quepa extenderla a cuestiones ajenas a la eficacia del título cambiario; por lo que el objeto del juicio cambiario queda limitado en este caso a examinar, si el valor de lo dejado de hacer o de lo mal hecho, teniendo en cuenta lo ya pagado, permite oponerse al pago total o parcial del crédito aparentemente existente e incorporado al título cambiario.
- 2) Idéntico problema se plantearía en el caso de que la reclamación fraccionada se tramitase por otro cauce procesal.
- 3) En dichos supuestos, el ordenamiento reacciona mediante la acumulación de autos, la prejudicialidad civil o la *Litis pendencia*, pero no autoriza a inaplicar lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque."

6.3.2.5. Conclusiones

Como se puede apreciar, el tema en cuestión no es del todo sereno, pues existe una diversidad de interpretaciones tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial. No obstante, la normativa vigente parece tener una línea muy clara, que no debiera generar discusión al respecto, con lo cual cabe concluir que la jurisprudencia y autores que se oponen al ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, no están de acuerdo con la intención del legislador de dotar al juicio cambiario de una especial naturaleza, que se aleja del conocimiento sumario, y su naturaleza ejecutoria que normalmente tenía.

Más allá de inclinarnos a favor de una posición u otra, creemos más importante destacar que la opinión mayoritaria en la jurisprudencia, hasta el pronunciamiento de las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2010 y de 18 de enero de 2011, era la de no permitir la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Con el pronunciamiento de estas dos últimas sentencias del Tribunal Supremo se puede entender la existencia de jurisprudencia (ex art. 17 CC), en el sentido de permitir y legitimar todas las excepciones personales previstas en la legislación sustantiva, sin limitación alguna, incluyendo expresamente la del cumplimiento defectuoso del contrato causal. En coherencia, y con fundamento en esta última doctrina jurisprudencial, es posible afirmar que el juicio cambiario

tiene naturaleza declarativa y es plenario, produciendo efectos de cosa juzgada⁴⁴⁶.

Respecto al cauce procesal para el planteamiento de la excepción, creemos que es suficiente la invocación del artículo 67 de L.C.Ch como motivo de oposición de cualquier excepción personal que se tenga contra el tomador; ya que este artículo aumenta el número de defensas oponibles separándose del régimen de *numerus clausus* contenido en la LECiv, de tal manera que ya no es preciso acudir a ninguna de las excepciones tasadas en ella para articular cualquier motivo de oposición dimanante del contrato causal subyacente⁴⁴⁷.

7. El ejercicio de la *exceptio* en la declaración de concurso de acreedores

7.1. Planteamiento

Declarado el concurso, es normal que el deudor (concurrido) pueda tener relaciones jurídicas pendientes con terceros, es decir, principalmente contratos pendientes de ejecución por una de las partes o ambas a la vez. Por lo tanto, se plantea el problema de determinar cuál es el efecto que genera la declaración de concurso sobre los contratos, pues según las

⁴⁴⁶ ESTEBAN MONASTERIO, I.: “Alcance de la excepción de incumplimiento del negocio causal en el juicio cambiario” op. cit., pág. 277.

⁴⁴⁷ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I. Y MEDINA COLUNGA, C.: “La *exceptio non rite adimpleti contractus* en el juicio ejecutivo cambiario”, TSJyAP, V, 1999, págs. 143 y sgtes.

consecuencias que se deriven de la declaración de concurso, será posible conocer la suerte que pasarán a tener los contratos celebrados entre las partes.

En este sentido, la Ley Concursal 22/2003⁴⁴⁸, en su artículo 61.2⁴⁴⁹ establece dos reglas que, en principio, pueden parecer contradictorias. La primera, parte de la base que la declaración de concurso no produce por sí sola, en principio, ningún efecto sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Es decir, no afecta a la vigencia de

⁴⁴⁸ La referencia final, del párrafo segundo, del art. 61 Ley Concursal a la resolución de los contratos de arrendamiento financiero ha sido introducida por la Ley 28/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio.

⁴⁴⁹ El artículo 61 de la Ley Concursal 22/2003, señala: "1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración de concurso una de las partes hubiere cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.

2. La declaración de concurso, por si sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaren conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites de incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización".

3. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes".

los contratos, e inclusive esta regla se completa con la que declara que se tiene por no puestas las cláusulas contractuales de resolución o extinción del contrato en caso de declaración de concurso, aunque se permite la aplicación de normas legales que dispongan la extinción o expresamente faculten a las partes para pactarla o para denunciar el contrato (artículo 61.3)⁴⁵⁰.

Pero a la vez, en su apartado segundo, otorga ciertas prerrogativas al juez, (y en algunos casos, a las propias partes contratantes y a la administración concursal) unas facultades que vienen alterar el régimen común: declarar la resolución del contrato cuando lo exija el interés del concurso (artículo 61.2-II); y enervar la resolución y acordar el cumplimiento del negocio ante el ejercicio de la facultad de resolución por incumplimiento, cuando así lo demande el interés del concurso⁴⁵¹ (artículo 62.3)⁴⁵².

⁴⁵⁰ Los jueces de lo mercantil y las audiencias, especialmente en el ámbito de los contratos bancarios, han mantenido la ineficacia de las cláusulas contractuales que habilitan al banco a resolver el contrato por la declaración de concurso del cliente. Así, en relación con el contrato de crédito de descuento, SAP Barcelona (15ª), 18-2-2008. Rojo, A, Beltrán, E.: *Legislación y Jurisprudencia Concursales*, Madrid, 2008, págs. 123 y 126. El AJM 3 Barcelona, de 2-5-2006, en *Legislación y Jurisprudencia Concursales*, cit., pág. 122, reconoce que la declaración de concurso puede suponer para el tráfico económico una pérdida de confianza en el concursado, pérdida de confianza que no puede quedar sujeta a la voluntad de la entidad financiera de cesar o resolver de facto los contratos bancarios o de financiación de cualquier índole que pudiera tener el concursado. Luego, si hay cumplimiento normal por parte del concursado, no sólo no cabe resolver, sino que el contrato por mandato del artículo 61.2 sigue vigente.

⁴⁵¹ ¿Qué debemos entender por “interés del concurso”? Gómez Mendoza, M.: “Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en “Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)”, AA.VV dirigidos por Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ledesma, C., Alonso Ureba A., y Alcover Garau G., Tomo I, Madrid,

Es decir, por el interés del concurso se podrá primero; declarar por el juez la resolución del contrato sin que exista incumplimiento, y segundo; ante el incumplimiento del concursado se podrá enervar la acción resolutoria del contratante *in bonis*, obligándole a éste a seguir adelante con la ejecución del negocio. Pero además, es posible, declarado el concurso, la rehabilitación de ciertos contratos, con la condición de que no

2004, pág. 2812, sitúa tal interés del concurso en la necesidad de conservar y, en su caso, de potenciar, durante el procedimiento, el valor de los bienes del deudor en beneficio de los acreedores implicados, lo que significa también desprenderse de los bienes y contratos gravosos. AZNAR GINER, E.: *La resolución del contrato en interés del concurso*, Valencia, 2010 pág. 21, indica que, en su opinión: "...el interés del concurso serán todos aquellos actos o negocios tendentes al normal desenvolvimiento del proceso y mejor cumplimiento de su finalidad, consistente en la satisfacción de los acreedores". Por su parte, BLASCO GASCÓ, F.: *Declaración en concurso y contratos*, Valencia, 2009, pág. 39, expone lo siguiente: "Aunque la Exposición de Motivos manifiesta acertadamente que la finalidad del concurso no es el saneamiento de la empresa, sino la satisfacción de los acreedores, no es menos cierto que el procedimiento concursal está actualmente orientado a la conservación de la actividad económica del concursado; incluso en la fase de liquidación, se tiende a mantener unidas las unidades productivas de la empresa mediante su enajenación conjunta. Efectivamente, la apuesta del legislador es por el convenio y no por la liquidación, es decir, la apuesta es por la subsistencia de la actividad económica y no por levantar acta de defunción de la misma...". Para ver más sobre el interés del concurso, Vid. Serra Rodríguez, A.: "El «interés del concurso» en la Ley 22/2003, de 11 de julio, concursal", en *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per anzioni*, pág. 445 y sgte. Nápoles, 2011.

⁴⁵²Sobre el principio de que la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos, ETXARANDIO HERRERA, E, J.: *Manual de Derecho Concursal*, Madrid, 2009, pág. 469, nos indica que el mencionado principio se bifurca en una importante distinción: "a) La regla propia, para los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte, cuando se precisa las prestaciones del primero a cargo de la masa (art. 61.2.pfo. 1º LCO), en la lógica de que la masa del concurso recibe un contravalor coetáneo. b) La impropia, pues conforme al artículo 61.1 LCO, indica que en caso de cumplimiento de una de las partes de contrato con obligaciones recíprocas, acreedor o concursado, el crédito o la deuda del concursado se incorporará a la masa activa o pasiva. De este modo, el acreedor *in bonis* que ha cumplido totalmente su prestación, supuesto que el concursado no haya cumplido la suya, se encuentra deprimido, puesto que su crédito será concursal, tanto al vencido antes de la declaración del concurso como el vencido con ulterioridad, puesto que la norma no distingue.

se hubiese iniciado los actos de ejecución de la resolución o de los efectos del vencimiento anticipado por impago, pueden ser rehabilitados, según la Ley Concursal, en beneficio del concurso (artículos 68 a 70 de LC).

Como indica MORENO SANCHEZ-MORALEDA ⁴⁵³ : “Ciertos contratos realizados por el deudor han podido quedar resueltos o considerarse vencidos antes de la declaración de concurso a causa de incumplimientos del deudor, explicables por las dificultades financieras y patrimoniales previas a una posible insolvencia que finalmente, desembocaron en una declaración de concurso. Tales contratos estaban ya resueltos o considerados vencidos en el momento en que se declara el concurso, pero tal situación, por privar al deudor de ciertos bienes o por aumentar sus dificultades financieras, pueden impedir la continuación de la actividad del deudor y obstaculizar una solución adecuada del concurso”. Por ello, los artículos 68, 69 y 70 de la Ley Concursal⁴⁵⁴ permiten que algunos contratos, bajo la condición de que no se hubiese iniciado los actos de ejecución de la resolución o de los efectos del vencimiento anticipado por impago, puedan ser rehabilitados en beneficio del concurso.

⁴⁵³ MORENO SANCHEZ-MORALEDA, A.: *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Valencia, 2010, págs. 29 y 30.

⁴⁵⁴ El artículo 68 de la Ley Concursal, se refiere a la posibilidad de rehabilitar los contratos de préstamos y demás de crédito que hayan vencido anticipadamente en los tres meses anteriores a la declaración de concurso por impago de las cuotas de amortización o intereses. A su vez, el artículo 69 de la misma Ley indica que se podrán también rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles e inmuebles con precio aplazado cuya resolución se haya producido tres meses antes a la declaración de concurso. Lo mismo indica el artículo 70 de la LC, para los contratos de arrendamientos urbanos.

7.2. *Efectos de la declaración de concurso en los contratos con obligaciones recíprocas*

Para poder determinar la posibilidad de ejercitar la *exceptio* en materia concursal, creemos necesario de forma previa precisar cuáles son las consecuencias que se pueden generar en los contratos con obligaciones recíprocas una vez declarado el concurso de acreedores. Teniendo presente que las normas que regulan dichos efectos están dadas por los artículos 61 a 63 de la Ley Concursal:

- a) La declaración en concurso de una de las partes, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes total o parcialmente de cumplimiento por las partes (artículo 61.2). Así entonces, como señala BLASCO GASCÓ⁴⁵⁵: "...el principio, por tanto, es el de vigencia y conservación de los contratos. Por ello, la norma tiende a garantizar la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, frenar el pasivo y acomodar el proceso concursal a los fines de la ejecución colectiva".
- b) Por la declaración de concurso no se priva de la facultad resolutoria a las partes de un contrato con obligaciones recíprocas. En consecuencia, si se produce un posterior incumplimiento por alguna de las partes, se podrá ejercitar la acción resolutoria para poner fin al contrato. Por lo tanto, si ambas partes se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones, de modo que la

⁴⁵⁵ BLASCO GASCÓ, F.: *Declaración en concurso...* op.cit., pág. 11.

parte *in bonis*, como analizaremos a continuación, puede ejercitar a su favor la *exceptio non adimpleti contractus*, no podrá solicitar la resolución del contrato mientras el concursado no haya incumplido su obligación una vez llegado el vencimiento⁴⁵⁶.

- c) Por el interés del concurso puede, el concursado, o la administración concursal, solicitar la resolución del contrato, aunque no haya habido incumplimiento por ninguna de las partes.
- d) Se podrá, además, mantener en vigor del contrato incumplido por el concursado, si, ante la acción de resolución ejercitada por el contratante *in bonis*, el juez acuerda el cumplimiento del contrato.
- e) Las cláusulas de resolución o de extinción del contrato por la mera declaración en concurso de cualquiera de las partes se tiene por no puestas, pero no se impide la aplicación de normas legales que dispongan la extinción del contrato, o que faculten expresamente a las partes para pactarla o para denunciar el contrato.
- f) Respecto de los contratos con prestaciones recíprocas parcialmente cumplidas la Ley concursal en el artículo 61.1 dispone que el crédito a la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según

⁴⁵⁶ En este sentido, MARTÍNEZ ROSADO, J.: “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (Arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003), de 9 de julio concursal” en Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, AA.VV, Tomo III, Madrid, 2004, pág. 2969. Así la SAP de A Coruña de 28 de julio de 2011 (AC 2011/2123), admite la acción resolutoria ejercitada por la compradora de una vivienda, al entender tanto el juez de primera instancia de lo mercantil, como la Audiencia Provincial, que el incumplimiento de la promotora es posterior a la declaración de concurso, por ende es plausible declarar la resolución del contrato.

proceda, en la masa activa o pasiva del concurso, y el artículo 61.2, para los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, establece a cargo de la masa las prestaciones a que esté obligado el concursado con arreglo al contrato.

Por lo tanto, como indica BLASCO GASCÓ⁴⁵⁷, la declaración de una de las partes del contrato en concurso no afecta a la vigencia del mismo ni, en principio, al régimen jurídico propio de las obligaciones sinalagmáticas, sino en cuanto dispone expresamente la Ley Concursal⁴⁵⁸.

Ahora bien, sólo es posible que se sigan estas consecuencias o efectos cuando se cumplan ciertos presupuestos o requisitos como:

- i) La declaración de concurso.
- ii) La perfección de un contrato antes de la declaración de concurso.

⁴⁵⁷ BLASCO GASCÓ, F.: *Declaración en concurso...* op. cit., pág. 13. SÁNCHEZ PAREDES, M, L.: "Los contratos bilaterales pendientes en el concurso", ADCo, núm. 18, 2009, pág. 426, indica al respecto: "La regla de mantenimiento de los contratos tras el concurso parece acorde con un procedimiento que establece la necesidad de conservación de la masa activa y de continuidad de la empresa (arts. 43 y 44 LC), que manifiesta su preferencia por la solución convenida –como medio para lograr la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado (EX. M. ep. VI)– y por la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios integradas en la masa (EX. M. ep. VII). Así lo han entendido los Jueces de lo Mercantil, al considerar que el mantenimiento de los contratos es fundamental para la continuidad del ejercicio de la actividad empresarial, de ahí que se impida que la mera declaración de concurso permita a la otra parte contratante lograr la resolución del contrato, obviando el principio de vigencia y conservación de los contratos (art. 61. 3 LC)"

⁴⁵⁸ Así por ejemplo la SAP de A Coruña de 28 de julio de 2011 (AC 2011/2122).

- iii) Un contrato de cumplimiento exigible a la declaración de concurso.
- iv) Un contrato con obligaciones recíprocas.
- v) Un contrato con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes.

Si no se cumplen estos presupuestos, no se podrá seguir las consecuencias antes indicadas, ya que para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal es básico que estemos ante los requisitos anteriormente señalados.

7.3. *Admisibilidad de la exceptio non adimpleti contractus una vez declarado el concurso.*

Si el artículo 61 de la Ley Concursal establece que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, no debiera, por lo tanto, alterar tampoco los remedios sinalagmáticos que pone el Derecho al servicio de las partes para mantener dicha vigencia⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ HERNÁNDEZ MARTÍ, J.: “Efectos de la declaración del concurso: efectos sobre los contratos”, *Concurso e insolvencia punible*, págs. 264 y 265, Valencia, 2004, VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Art. 61, Madrid, 2003, pág. 546. NAVARRO CASTRO, M.: *Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008, págs. 103 y 104, advierte que La Ley Concursal viene a dejar muy claro que la declaración del concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (artículo 61.2); despejando cualquier duda al respecto sobre que la declaración de concurso no genera de por sí la resolución del contrato. Eso no significa que la situación que se puede crear tras la declaración del concurso no pueda

Debiéndose eso sí, tener en cuenta, las medidas que se adopten o los efectos que puedan surgir como consecuencia de actuaciones en el seno del procedimiento concursal, sí pueden influir en la vigencia del contrato, hasta el punto de ser una causa de extinción del mismo.

Así, puede afectar a estos contratos la solución que se adopte respecto del cierre de la empresa del concursado. También podrá afectar al cumplimiento del contrato la sentencia de calificación del concurso como culpable, que inhabilite al deudor para el ejercicio de la actividad. Así sucederá, por ejemplo, cuando se trate de un contrato celebrado en atención a las cualidades personales o técnicas de la persona del concursado. Al quedar inhabilitado, no podrá cumplir el contrato y al ser *intuitu personae*, tampoco podrá hacerlo la administración concursal⁴⁶⁰.

Por todo esto, se puede señalar, que el principio que establece la Ley Concursal en el sentido que la declaración de concurso no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de

afectar a ciertos contratos. En el derecho anterior ya admitían la oponibilidad de la *exceptio* en la quiebra: SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil, II*, Madrid, 2002, pág. 445, VICENTE Y GELLA, A.: *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Zaragoza, 1960, pág. 713, BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.: *La deuda de la masa*, Bolonia, 1986, pág. 156 y 157, FINES RATÓN, J.M.: *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992, págs. 59 y sgtes. Para TRUJILLO DIEZ, I.J.: *Los efectos del concurso sobre el contrato de cuentas corrientes*, Navarra, 2003, págs. 77 y 78: "...pues bien, en España, pese al conflicto que pueda existir entre las facultades de autotutela del acreedor *in bonis* y la *par conditio creditorum*, está generalmente admitida la oponibilidad a la quiebra de la *exceptio inadempti contractus*, con fundamento en el artículo 1475 C.C, que, aunque se refiere sólo a la compraventa a plazos, resulta extensible a toda suerte de contratos bilaterales en los que ninguna de las partes haya cumplido aún sus obligaciones cuando se descubre la insolvencia de uno de los contratantes".

⁴⁶⁰ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: "Vigencia de los contratos..." op. cit., págs. 1143 y 1144.

cumplimiento, se refiere precisamente a que la declaración de concurso en sí misma no afecta a los contratos de este tipo. No obstante, sí se pueden adoptar medidas, en el seno del procedimiento concursal, que afecten algunos contratos como ya hemos indicado⁴⁶¹.

Ahora bien, esta excepción sólo podrá alegarse en los casos de contratos bilaterales pendientes de ejecución, total o parcialmente, por “ambas” partes contratantes, excluido queda, por tanto, el artículo 61.1. L.C. Pues este artículo, en el apartado primero, establece que: «...si una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito a la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso».

Por lo tanto, si la parte *in bonis* que ha celebrado un contrato con el concursado, y este último ya ha cumplido íntegramente, pierde sentido para el tercero ejercitar la *exceptio*, pues si la hace valer no tendrá

⁴⁶¹ Los juzgados acogen estos razonamientos en algunas resoluciones que contemplan la extinción del contrato en “interés del concurso” (art. 61.2-2º LC). En la Sentencia del Juzgado de lo mercantil de Alicante, 19 de junio de 2008, ADCo, nº 13 (2008-1), pág. 443, se dice: “... es evidente que conviene al interés superior del concurso poner fin a una relación contractual por la que se obtiene el uso temporal de una maquinaria que actualmente no está destinada a la actividad empresarial, que ha cesado”. En palabras de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (auto de 22-11-2006, Legislación y jurisprudencia Concursales, cit., pág. 122), “...la vigencia de los contratos no se ve afectada por la declaración de concurso, sin perjuicio que a prevalencia del interés del concurso se concrete, por la administración concursal o por el mismo concursado, según los casos, en la resolución del contrato por incumplimiento posteriores, en la resolución de los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento de deudas anteriores a la declaración, en una solicitud de resolución contractual o en una solicitud de mantenimiento del contrato resoluble”.

fundamento ante el correcto cumplimiento del concursado. Y, por el contrario, si el contratante *in bonis* que celebró el contrato con el concursado ya ha cumplido íntegramente con su prestación, sólo le queda esperar a través del procedimiento concursal el cobro de su contraprestación⁴⁶².

Por otra parte, diferenciar si el contrato ha sido cumplido por el contratante *in bonis* de forma parcial o total tiene una trascendencia sustancial, pues en un caso el crédito del contratante *in bonis* cumplidor es un crédito concursal; y en el otro, el crédito de la parte *in bonis* se convierte en un gasto prededucible. De manera que la posición de la parte *in bonis* frente al concurso es mejor si no ha cumplido totalmente su prestación (art. 61.2 LC) que si la ha cumplido (art. 61.1 LC). Por ello será fundamental determinar si los contratos que ligan a la parte *in bonis* y a la parte concursada están pendientes de cumplimiento por ambas o sólo por una de ellas⁴⁶³. Por tanto, a la parte *in bonis*, en supuestos dudosos, le interesará defender que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes⁴⁶⁴.

⁴⁶² En este sentido, FINEZ RATÓN, J. M.: “De los efectos sobre los contratos”, en *Tratado Práctico Concursal, tomo II, Efectos de la Declaración de Concurso* dir. PEDRO PRENDES CARRIL, NAVARRA, 2009, pág. 625.

⁴⁶³ SÁNCHEZ PAREDES, M. L.: “Los contratos bilaterales pendientes en el concurso”, op. cit., pág. 427.

⁴⁶⁴ MONSERRAT VALERO, A.: “Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales”, ADCo, 2008, núm. 12, pág. 73, señala sobre los contratos pendientes de cumplimiento, lo siguiente: “Cuando una de las partes ha cumplido sus obligaciones principales, pero ha incumplido las accesorias se plantea si, supuesto que la otra parte no ha cumplido íntegramente su obligación, se puede decir que estamos ante un contrato todavía pendiente de ejecución por ambas partes (art. 61.2). Si estamos ante el

Así lo entiende, además, la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao de 1 de septiembre de 2005⁴⁶⁵, que conociendo incidente concursal de resolución de contrato de compraventa interpuesto por el contratante *in bonis* en contra de la concursada, por considerar que entregada la mercancía no fue satisfecho el precio. Al respecto, el demandante mantiene que los arts. 61.2 y 62.1 de la L.C., le autorizan a resolver el contrato que había suscrito con la concursada, porque ha cumplido por su parte con lo que le incumbe, y no ha hecho otro tanto la parte demandada, considerando entonces aplicable el art. 1124 del C.C., lo que a su juicio justifica que hayan de reintegrarse el objeto del contrato suscrito. La sentencia al respecto señala: «...Sin embargo la Ley Concursal ha establecido un régimen específico, que es además sustento del propio proceso concursal, que no autoriza a una pretensión semejante. El art. 61 al disciplinar la “vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, establece en su apartado primero que, en los casos en que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviera pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas, el crédito o la

incumplimiento de una obligación meramente accesorio la respuesta ha de ser negativa. Por ejemplo, si el vendedor hubiera entregado la cosa vendida y no hubiera pagado los gastos de escritura, que tiene pendientes frente al comprador, que los ha adelantado, y éste no hubiera pagado el precio, el régimen aplicable es el del 61.1 y no el del 61.2, pues para aplicar éste las obligaciones de ambas partes pendientes de cumplimiento han de ser recíprocas. Si existen prestaciones accesorias recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pero una de ellas ha cumplido íntegramente la obligación principal sin que la otra haya cumplido la correspondiente, la falta de cumplimiento de las obligaciones accesorias no puede atraer todo el contrato al régimen del artículo 61.2. Parece más lógico que suceda lo contrario, que el cumplimiento de la obligación principal por una de las partes atraiga la falta de cumplimiento de la obligación accesorio a su régimen, el del 61.1.”

⁴⁶⁵ AC 2005/1563.

deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso. Esto sucede precisamente en este supuesto, en el que el contratante *in bonis* ha satisfecho en su totalidad la prestación, y ante el incumplimiento de la concursada, intentó antes de la declaración de concurso hacer efectivo el precio, que era la contraprestación, acudiendo al juzgado de 1º instancia de Cistierna a tratar de hacer eficaz los títulos cambiarios que se le habían entregado para pago. Al aplicar esta regla el efecto que se produce es que el demandante se convierte en un acreedor más de los que integran la masa pasiva del concurso, y tendrá el mismo trato que los demás sin perjuicio de la calificación concursal de su crédito».

La excepción de contrato no cumplido podrá ser ejercida por ambas partes en el caso de que exista incumplimiento o un incumplimiento defectuoso por una de las partes, y se exija por la otra su cumplimiento⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: “Comentario de la Ley...” op. cit., págs. 1143 y 1144, se refiere al cumplimiento y la posibilidad de ejercitar la *exceptio non rite adimpleti contractus*, al señalar: “Además de válido, el cumplimiento tiene que ser regular y exacto (artículo 1.157 C.C.) Si una de las partes ha realizado la prestación al tiempo de la declaración de concurso, pero no se ha ajustado al programa de prestación establecido en el contrato, habrá realizado una prestación inexacta o defectuosa, el interés del acreedor no habrá sido satisfecho y no quedará liberada. Estarán pendientes de ejecución entonces —si no se han cumplido antes de la apertura concurso y así lo exige el acreedor— las obligaciones surgidas como consecuencia de la realización de dicha prestación defectuosa y que se dirigen a su corrección (deberes de reparación o de sustitución); amén en su caso, de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados cuando los defectos sean imputables al deudor”. Señalando, a continuación: “...en efecto, las obligaciones a que queda sometido el contratante que ha realizado la prestación defectuosa son recíprocas de las de la otra parte (que todavía no ha cumplido las establecidas a su cargo), pues no son sino una prolongación de la obligación de realizar la prestación correctamente, que tratan de remediar la ruptura del sinalagma que supone la realización de una prestación

De esta forma, por ejemplo, en la ejecución de un contrato de obra por parte del contratista *in bonis*, y la falta de ejecución total acordada en el contrato, el concursado podrá valerse de los mecanismos de protección frente a dicha prestación defectuosa: excepción de contrato no cumplido regularmente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) ante la pretensión de pago por parte del contratista.

Opuesta la *exceptio*, el deudor (concurado) podrá optar por solicitar, en su demanda reconvenzional, la reducción del precio en proporción a la parte de la obra no realizada o mal ejecutada, o solicitar la correcta ejecución de la obra.

Por su parte, el deudor que es demandado por la administración concursal podrá, con el objetivo de mantener el equilibrio patrimonial de las partes en el contrato bilateral, oponerse a su cumplimiento si existe a su vez un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso del concursado. La *exceptio*, en este sentido, es la mejor garantía ante el riesgo de inejecución de la contraparte; riesgo, además, que está totalmente justificado en el caso de apertura de un procedimiento concursal⁴⁶⁷.

Teniendo en cuenta que, la declaración de concurso no afecta en principio a la vigencia de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, y que las prestaciones a que esté obligado el concursado se

defectuosa. Es por ello, que el contratante que todavía no ha cumplido puede oponer la excepción de contrato cumplido defectuosamente frente al contratante que ha realizado la prestación defectuosa y que reclama el cumplimiento a la otra y en tanto los defectos no hayan sido corregidos”.

⁴⁶⁷ FINEZ RATÓN, J. M.: *Los efectos...* op. cit., pág. 95.

realizarán con cargo a la masa⁴⁶⁸; la parte *in bonis* tendría que aguardar a la satisfacción concursal de su crédito reconocido en el procedimiento en curso, si el órgano de administración le exigiera el cumplimiento íntegro de la prestación pactada.

Para evitar esto, y teniendo en cuenta que aunque el crédito que ostente el contratante *in bonis* sea contra la masa, no tiene del todo seguro su cobro; ya que si no existen bienes suficientes en el concurso o existen otros créditos con privilegios especiales, podrá ver amenazado parte o la totalidad del pago de su crédito⁴⁶⁹. Por esto, es vital reconocer plenos efectos a la *exceptio non adimpleti contractus*, pues además no afecta en nada el sistema de realización colectiva de los derechos de crédito que el procedimiento concursal impone.

⁴⁶⁸ ZAFRA JIMÉNEZ, A.: “Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Art. 61, coord. ALBERTO PALOMAR OLMEDA, MADRID, 2003, pág. 577; MAIRATA LAVIÑA, J.: “Los efectos del concurso en la Ley Concursal”, en *Derecho Concursal*, dir. GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. Y PULGAR EZQUERRA, J.A. Madrid, 2003, pág.312.

⁴⁶⁹ La SAP de León de 27 de abril de 2011 (AC 2011/1310), se refiere sobre la característica de los créditos contra la masa, señalando: «...La característica básica de estos créditos es que son prededucibles y se abonan “antes de proceder al abono de los créditos concursales” (art. 154.1 LC). Así pues, es importante destacar que en principio, su pago no queda afectado por el concurso, pues han de satisfacerse “de forma inmediata” a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso aunque hay limitaciones importantes de este principio general, pues “no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o trascurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido ninguno de estos actos”, lo que supone que la satisfacción no es tan inmediata y por otra parte el nº 3 del art. 154 LC prevé que las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán sobre los bienes y derechos no afectos al pago de los créditos con privilegio especial y si el importe de esos bienes y derechos resulta insuficiente, “lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos” ».

La *exceptio* se limita a proteger a la parte *in bonis* de las reclamaciones que el órgano de administración del concurso pueda dirigirle cuando éste, a su vez, no se encuentre en disposición de satisfacer lo adeudado. Su pretensión de obtener la prestación acordada queda, entonces, paralizada hasta que no garantice la satisfacción, en los términos pactados, del interés de su contraparte.

Ahora bien, la declaración de concurso no constituye una declaración de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor concursado. Si no se produce el cumplimiento de la prestación se deberá constatar el incumplimiento que da lugar a las consecuencias que admite nuestro Código Civil, es decir, se podrá exigir a que se atienda lo pactado o resolver el contrato; y, en ambos casos, reclamar los daños y perjuicios que procedan. En tal caso, como se ha dicho, sería titular de un crédito contra la masa, no concursal.

Por lo tanto, mientras no se produzca un incumplimiento por parte del concursado, la parte *in bonis* no es acreedora del concurso; lo podrá ser, en el futuro, si la deudora concursada no cumple su obligación contractual.

Ahora bien, si la parte *in bonis*, en esta situación, se ve demandada por el concursado por impago del precio, se podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus* o la de riesgo de incumplimiento.

Fundamenta, además, el ejercicio de la *exceptio* en caso de declaración de concurso de uno de los contratantes, el hecho de que no esté expresamente excluida esta posibilidad. Pero, además, en base a la regla

de, quien puede lo más puede lo menos, si es posible el ejercicio de la resolución, con mayor razón se podrá ejercitar la excepción de contrato no cumplido⁴⁷⁰.

Así, como hemos ya indicado las facultades de las partes de solicitar la resolución del contrato, no se ve afectado por el auto de declaración de concurso (artículo 62.1 LC). Es decir, en caso de incumplimiento posterior (o anterior), la parte que ha cumplido pueda solicitar la resolución del contrato; aunque la declaración de concurso implique poner fin a las acciones individuales y acumular todas ellas en el procedimiento concursal.

Sobre esto último, se debe tener presente que, la acción de resolución ejercitada por un incumplimiento anterior a la declaración de concurso, genera un crédito con cargo a la masa, es decir, un crédito concursal. No así el incumplimiento que se produce una vez declarado el concurso, pues en este caso, el crédito es contra la masa⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ En este sentido, GARCÍA VICENTE, J, R.: “De los efectos sobre los contratos” en *Comentarios de la Ley Concursal*, Art. 61 coord. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Artículos 1 a 115, Madrid, 2004, pág. 696, al señalar: “Si el contratante *in bonis* puede ejercer la resolución por incumplimiento (remedio liberatorio) y el concursado puede ostentar además un derecho de retención, de naturaleza igualmente suspensiva (configurado como un derecho de separación, art. 80. 1 LC), no hay razón para negarles la posibilidad de rehusar la reclamación del cumplimiento cuando exista riesgo de perder la contraprestación).

⁴⁷¹ Así, entre otras, las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 24 de febrero de 2006 (AC 2006/139), núm. 1 de Oviedo de 3 de febrero de 2006 (JUR 2006/68797) y de 13 de marzo de 2006 (ADCo, núm. 9, 2006, págs. 347-349)

7.4. Limitación de la exceptio ante la resolución del contrato declarada por el juez

Como hemos indicado, el juez frente a la solicitud del concursado, en caso de intervención o de la administración concursal, en caso de suspensión, podrá declarar resuelto el contrato sin que exista incumplimiento, en el interés del concurso⁴⁷².

Conocemos la posibilidad que asiste a una de las partes del contrato a oponerse a la resolución mediante el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido; pues sabemos que, para pedir la resolución, es necesario que exista al menos el incumplimiento de una de las partes del contrato. Por lo tanto, el *excipiens* podría detener la acción resolutoria ejercida por aquella parte que no ha dado cumplimiento con su prestación.

La Ley Concursal en su artículo 61.2 viene a constituir una verdadera excepción al principio antes señalado; y por lo mismo, viene también a constituir una excepción para el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido frente a la acción resolutoria. Ya que, en este caso, no podrá alegar la excepción de contrato no cumplido, pues el juez conociendo que el concursado no ha dado cumplimiento a su prestación podrá declarar resuelto el contrato en interés del concurso.

Cabe precisar, como ya señalamos, que no es el juez quien, de oficio, declara la resolución del contrato, si no que la legitimación para solicitarla

⁴⁷² Respecto que entiende la doctrina sobre el interés del concurso *vid.* AZNAR GINER, E.: *La resolución del contrato en interés...* op. cit., pág. 19.

al juez corresponde, según los artículos 22, 26 y 40 de la L.C., al concursado si éste conserva las facultades de administración y disposición de su patrimonio; o a la administración concursal si el deudor-concursado tiene suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio.

Además, es interesante precisar que, tanto el concursado como la administración concursal, están obligados a solicitar la resolución del contrato si así lo demuestra el interés del concurso. Por ende, no se trata de una facultad, que les permita elegir entre el cumplimiento o la resolución.

Así, AZNAR GINER⁴⁷³, quien comparte la opinión de MARTÍNEZ FLOREZ⁴⁷⁴, afirma que: "...la razón de que la ley se refiera a la resolución en interés del concurso en términos de facultad y no de obligación se debe, seguramente, por un lado, a que con semejante medida trata de excepcionar la regla establecida inmediatamente antes de que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Y, de otro, a que la presentación de dicha solicitud no es un acto que haya de

⁴⁷³ AZNAR GINER, E.: *La resolución del contrato en interés...* op. cit., pág. 33.

⁴⁷⁴ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: "Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas", en "Comentario de la Ley de Concursal", Artículo 61, dir. Á. ROJO Y E. BELTRÁN. Madrid, 2004, págs. 1.149 y 1.150. Así también, MONSERRAT VALERO, A.: "Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales", op. cit., pág. 90 y ROCA I TRÍAS, E.: "Eficacia e ineficacia de los contratos en el concurso del deudor", en *Aspectos civiles de derecho concursal*, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2009, pág. 45.

realizarse necesariamente, sino sólo cuando sea conveniente para los intereses del concurso”.

La no solicitud de la resolución en interés de concurso trae, además, ciertas consecuencias para los administradores concursales. Así, a la administración concursal se le podrá exigir la responsabilidad oportuna, al amparo del artículo 36 de la LC⁴⁷⁵, y para el concursado en caso de que éste mantenga las facultades de administración, cabe la posibilidad de cambio de su situación en el concurso, de intervención o suspensión de facultades; así como la calificación de su concurso como culpable, en la medida en que la falta de resolución suponga una agravación del estado de insolvencia. (Art. 164.1 L.C.)⁴⁷⁶.

7.4.1. Resolución acordada por las partes

Ante la solicitud de resolución de la administración concursal o del concursado (según haya *suspensión* o intervención, cfr. art. 40 L.C.), el secretario judicial citará a comparecencia ante el juez a la concursada, a la administración concursal y al contratante *in bonis*; y de existir acuerdo entre ellos, en punto a la extinción del contrato y a los efectos de éste, el juez dictará un auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo

⁴⁷⁵ El artículo 36.1 de la Ley Concursal señala: “Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán, frente al deudor y frente a los acreedores, de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.”

⁴⁷⁶ AZNAR GINER, E.: *La resolución del contrato en interés...* op. cit., pág. 34.

acordado por las partes. En caso de producirse la resolución por acuerdo de las partes, lo que verdaderamente existe es una verdadera transacción judicial⁴⁷⁷, con lo cual ésta ya no sería un verdadero supuesto que limitaría el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido; ya que es el propio acreedor que ha concurrido con su voluntad legitimando la resolución del contrato.

Como señala ESTRUCH ESTRUCH⁴⁷⁸: "...en realidad, lo que hace el juez es homologar el acuerdo de resolución alcanzado en la comparecencia por las partes". Agregando, a continuación: "aunque la Ley señala que el secretario judicial deberá citar a una comparecencia a las partes y, a la vista del resultado de la misma, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato, lo cierto es que, en principio, el juez queda vinculado por la decisión de las partes, de tal manera que si éstas quieren resolver el

⁴⁷⁷ CLEMENTE MEORO, M. E.: "Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio", ADCo, núm. 10, 2007-1, pág. 210; BLASCO GASCÓ, F.: *Declaración en concurso...* op. cit., pág. 50 y 53; AZNAR GINER, E.: *La resolución del contrato en interés...* op. cit., pág.41. Como señala GARCÍA VICENTE, J. R.: "Seguros de caución o avales por cantidades percibidas a cuenta y concurso del promotor" en GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), *Crisis Inmobiliaria y Derecho concursal*, Pamplona, 2009, pág. 195, normalmente la administración concursal o la concursada solicitará la resolución del contrato en "aquellos casos en los que el coste del incumplimiento actual sea menor que el beneficio esperado con un contrato de reemplazo". Por su parte, FUENTES DEVESA, R.: "Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso", RDCP, núm. 10, 2009, pág. 199, entiende que se deberá solicitar la resolución voluntaria del contrato cuando: "...resulte económicamente perjudicial el mantenimiento del vínculo contractual desde la óptica del concurso, al ser el coste de cumplimiento superior al valor de lo que se obtenga del mismo o hayan devenido innecesarios o excesivos para la actividad económica del concursado, ya por haber cesado ya por haberse reestructurado, o dificulten una solución convenida o liquidación adecuada".

⁴⁷⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J.: *El comprador de vivienda ante el concurso del promotor*, Valencia, 2011, pág. 37.

contrato y llegan a un acuerdo sobre sus efectos, tendrá que dictar un auto en este sentido a menos que exista fraude de ley o de tercero, o dicho acuerdo contraríe el orden público (arts. 6 y 1809 y ss. C.C).”

7.4.2. Resolución decidida por el juez

En caso que las partes no se puedan poner de acuerdo en la resolución del contrato, o bien en los efectos de la misma; ya sea en la propia comparecencia que tiene prevista la Ley Concursal o antes de la misma, es el juez quien deberá resolver sobre dicha resolución o sobre sus efectos, a través del incidente concursal acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

Es esta la verdadera limitación al ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que al decidir el juez en el incidente la resolución del contrato, ya no podrá el contratante *in bonis* oponerse a la resolución por la falta de cumplimiento de las obligaciones del concursado. Es una situación excepcional que se justifica, como ya hemos indicado, por el interés del concurso. El *excipiens* ya no podrá seguir adelante con la ejecución del contrato estando obligado a obedecer lo resuelto por el juez.

7.5. Limitación de la exceptio non adimpleti contractus en el supuesto del artículo 62.3 L.C.

Como indicamos, además el juez, en el interés del concurso, puede determinar seguir adelante con la ejecución del contrato, pese a que el concursado haya incumplido y el contratante *in bonis* haya ejercitado la acción resolutoria para poner fin a la relación contractual. En este evento, las prestaciones debidas serán con cargo a la masa⁴⁷⁹.

En efecto, si la parte *in bonis* se encuentra privada, por decisión judicial, de su facultad resolutoria ante el incumplimiento del concursado, con razón también no se le permitirá enervar la solicitud de cumplimiento del contrato por parte de la autoridad judicial.

En este sentido, la *exceptio* queda cercenada en su uso, quedando la parte *in bonis* a merced de lo que determine el juez en el interés del concurso. Si se concluye que el contrato debe llevarse a cabo y cumplirse pese al incumplimiento previo del concursado, la parte *in bonis* deberá

⁴⁷⁹ SÁNCHEZ PAREDES, M, L.: “Los contratos bilaterales pendientes en el concurso”, op. cit., pág. 450, al respecto indica: “La norma establece que aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Así, aunque concurra un incumplimiento contractual grave y esencial, capaz de frustrar el fin del negocio, y ya proceda la iniciativa resolutoria de la parte *in bonis* o del concursado –o administración concursal, en su caso-, el juez podrá enervar dicha acción si estima que al interés del concurso conviene la continuación del contrato”.

esperar que se cumpla la prestación que se le adeude con cargo a la masa⁴⁸⁰.

El interés del concurso se justifica, en el objetivo de la administración concursal de mantener la actividad empresarial y, por ende, los mínimos de producción que permitan la viabilidad del negocio, si es éste el fin marcado por la administración concursal.

Así, se puede ver además, en algunas resoluciones judiciales⁴⁸¹, en cuyas fundamentaciones suele asomar el “interés del concurso” para justificar el mantenimiento de un contrato, a pesar del incumplimiento de las obligaciones del concursado, cuando se considera necesario o conveniente para la continuación de la actividad empresarial.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de octubre de 2010⁴⁸², que conociendo un recurso de apelación interpuesto por la demandante, que solicitaba ante el juez de primera instancia la resolución del contrato al promotor por el incumplimiento en

⁴⁸⁰ Al respecto, GARCÍA VICENTE, J, R.: “El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en el interés del concurso”, ADCo, núm. 13, 2008, pág. 353, señala: “Por último, en virtud del artículo 62.3, el contratante *in bonis* soporta el sacrificio de un contrato en vigor, pero sin gozar de sus facultades defensivas respecto a los incumplimientos anteriores, puesto que, según el Derecho común de contratos, hubiera podido oponer la excepción de contrato no cumplido para suspender el cumplimiento ulterior. No tendría buen sentido admitir la excepción de incumplimiento cuando se ha negado la facultad de resolver e impuesto el mantenimiento del contrato”.

⁴⁸¹ En tal sentido, para un contrato de tracto sucesivo, como es el de suministro de energía eléctrica, cuyo mantenimiento se considera imprescindible para la continuación de la actividad empresarial, la Sentencia JM Córdoba de 8 de julio de 2005 (AC 2005\1705) y Murcia de 26 de abril de 2005.

⁴⁸² JUR 2011/43231.

la entrega de la vivienda en el plazo pactado. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia desestima la demanda por ser de interés del concurso el mantenimiento del contrato, dada la práctica finalización de la vivienda. La Audiencia Provincial de Valencia, conociendo el recurso de apelación, mantiene lo resuelto por el juez de primera instancia indicando entre otras cosas lo siguiente: “Resulta indudable que cuando se presenta la demanda existe causa de resolución del contrato, al haber traspasado el límite temporal pactado, incluida la prórroga concedida para resolver el contrato más de nueve meses; con lo que sólo el interés del concurso dispuesto legalmente puede enervar tal resolución y al caso entendemos que la razón fáctica dada por el juzgador, expuesta en el precedente fundamento, es de ratificar por este Tribunal, como ya ha hecho en otros supuestos semejantes al presente, y respecto a la misma promoción inmobiliaria y con iguales circunstancias fácticas (Rollo 241/2010 sentencia de 7-7-2010), y es que el estado avanzado de construcción cuando se interpone la demanda aconsejan dada su inmediata finalización el mantenimiento del contrato, pues resulta apreciable el interés del concurso porque si el contrato es de venta de bienes inmuebles (viviendas), actividad propia del objeto social de la entidad vendedora (concurrada) y de la que se nutre sus activos con los que debe satisfacerse la masa pasiva del concurso, resulta de concluir que el interés del concurso ante esa tesitura no es la resolución del contrato de compraventa sino su mantenimiento, procediendo la confirmación de la decisión del Juzgado de lo Mercantil”.

Por otro lado, parece que si el contrato continúa por decisión judicial, el acreedor *in bonis* conserva la facultad resolutoria que se ejercerá si se ven nuevamente incumplidas las prestaciones a cargo de la masa⁴⁸³. Por lo mismo, el contratante *in bonis* podrá también ejercitar la excepción de contrato no cumplido, en caso que no se ejecuten las prestaciones establecidas en el contrato que se ha decidido mantener.

7.6. Oposición de la exceptio por riesgo de incumplimiento

Como ya se ha estudiado, se deduce de algunas disposiciones del Código Civil, como el artículo 1.467 y 1.502, la posibilidad de ejercitar la excepción por riesgo de incumplimiento. Es decir, el *excipiens* puede negarse a cumplir su propia prestación respecto de aquellas obligaciones recíprocas de vencimiento sucesivo, por el temor fundado de que su contraparte no llegue a cumplir su propia prestación.

Pues bien, la declaración de concurso es un supuesto específico que podría justificar el no cumplimiento, ya que como sabemos, en caso de que proceda a su cumplimiento, su contraprestación (crédito) estará a cargo de la masa pasiva del procedimiento concursal; dejando en suspenso la

⁴⁸³ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: “Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en “Comentario de la Ley de Concursal”, Artículo 61, op. cit., pág. 1169. Así también MONSERRAT VALERO, A.: “Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales”, op. cit., pág. 117.

obtención de dicho crédito según la clase de crédito y a la existencia suficiente de bienes del cual se permita obtener su pago⁴⁸⁴.

Otros autores⁴⁸⁵ sostienen que no se puede mantener, de forma tan tajante, que la declaración de concurso sea una causa para poder entender que exista riesgo de incumplimiento. Debiéndose tener en cuenta la situación de la masa concursal, en el sentido de que existan fundados elementos para temer que vaya a existir insuficientes activos para hacer frente a las deudas con cargo a la masa; y, en particular, a las prestaciones que se le deban al contratante no concursado. Sólo en este caso sería posible negarse a seguir cumpliendo.

Se debe, además, tener presente, que la parte que celebró el contrato con el concursado con fecha anterior a la declaración del concurso, no es propiamente acreedor concursal sino hasta que se incumpla por el concursado una de las prestaciones establecidas en el contrato. Sí aún no se ha incumplido las obligaciones que establece el contrato por el concursado, no deberían tener el carácter de acreedor concursal; salvo que se demuestre que el cumplimiento del concursado es imposible de

⁴⁸⁴ GARCÍA VICENTE, J, R.: "De los efectos sobre..." op. cit., pág. 695, al respecto señala: "La simple declaración de concurso configura el riesgo de incumplimiento y si bien no cabe convencionalmente se establezca como causa de resolución (art. 61.3 L.C.) sí puede ser suficiente para justificar la excepción, remedio suspensivo (puramente temporal) que no impide el cumplimiento o resolución posterior, sino que se trata de prevenir un perjuicio eventual". DIEZ SOTO, C, M.: *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Madrid, 2006, pág. 65.

⁴⁸⁵ NAVARRO CASTRO, M.: *Los créditos contra la masa...* op. cit., pág. 122 y 123; BONARDELL LENZANO, R.: *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, Valencia, 2006, pág. 63.

ejecutar. Por lo tanto, es perfectamente posible que las obligaciones que impone el contrato al concursado, se puedan ir cumpliendo con cargo a la masa.

Es por esto que, en realidad, mientras el deudor concursado vaya cumpliendo sus obligaciones con cargo a la masa, como exige el artículo 61.2 L.C., el acreedor no tiene ningún derecho de crédito que reclamarle al concursado, ni contingente ni actual, ni ha visto vulnerada ninguna posición jurídica por el concurso⁴⁸⁶.

En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao de 21 de septiembre de 2009⁴⁸⁷, que resuelve la impugnación de la lista de acreedores formulada por los compradores de una vivienda que debía entregarse 42 meses después de la firma del contrato de compraventa (que fue en 2008), debido a que la administración concursal no los había incluido en dicha lista. Frente a esta reclamación, la sentencia entiende que, en el momento de la fecha de la declaración del concurso, los compradores no son acreedores de la concursada, pues el contrato se encuentra pendiente de cumplimiento por ambas partes y debe aplicarse al mismo lo dispuesto en el art. 61.2 L.C.

En efecto, la sentencia señala: “La pretensión de los acreedores es que su crédito es concursal. Sin embargo, admiten que se trata de un contrato

⁴⁸⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J.: *El comprador de vivienda ante el concurso del promotor*, Valencia, 2011, pág. 32.

⁴⁸⁷ (AC 2009/2026). En este mismo sentido, se pronuncian la SJM núm. 1 de Bilbao de la misma fecha, 21 de septiembre de 2009 (AC 2009/2028) y SJM núm. 1 de A Coruña de 12 de Marzo de 2010 (JUR 2010/261764)

con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Es decir, el supuesto regulado en el art. 61.2 L.C., que ha previsto que no se vean afectados por la simple declaración de concurso, coherente con la previsión del art. 44 que dispone la continuidad de la actividad empresarial.

Un contrato de compraventa como los aportados por la administración concursal con su contestación no pueden situarse en la previsión del art. 61.1 L.C., porque ninguna de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones. Ni el comprador ha satisfecho la totalidad del precio, ni el vendedor ha entregado aún la vivienda. Por el contrario, hay obligaciones recíprocas pendientes, pago del precio y entrega de la vivienda, en el momento que se declaró el concurso.

Esto supone, al menos mientras no se acuerde el cese de la actividad, que el comprador debe seguir atendiendo el precio en los plazos previstos, y el vendedor tendrá que continuar la edificación, con cargo a la masa, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, situación que la doctrina ha definido como “contrato de la masa”.

Como dice la administración concursal, no hay crédito alguno, porque nada se adeuda, hasta que llegue el término convenido, a los compradores. No obstante, habrá que matizar que es preciso que la concursada continúe, en cumplimiento de su contrato, la promoción inmobiliaria que ha comprometido en el Municipio Cántabro de Colindres. Si después de declarado el concurso no lo hiciera (los incumplimientos anteriores en contratos de tracto sucesivo, cualidad que

no es propia de la compraventa), los compradores quedarían habilitados para instar la resolución de los contratos por incumplimiento, conforme al art. 62.1 L.C., convirtiéndose efectivamente en acreedores, pero a la restitución de las cantidades que procedan e indemnización de daños y perjuicios, conforme a los arts. 1124 y 1504 del Código Civil, crédito a la restitución que el art. 84.2.6º L.C. considera contra la masa.”

Posteriormente, la sentencia concluye, respecto a la situación de los compradores, indicando: “Como consecuencia de todo lo dicho hasta aquí hay que concluir que los demandantes no son acreedores del concurso, al menos en estos momentos. Lo serán en el futuro, si la deudora concursada no cumple su obligación contractual, la entrega de los inmuebles objeto de los distintos contratos de compraventa en las fechas convenidas. Pero la declaración de concurso no constituye una declaración de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor concursado.

Los riesgos que anuncia la demanda son conjurados por la regulación de la Ley Concursal y el Código Civil, en materia de obligaciones y contratos. Si los compradores se ven demandados por el concursado por impago del precio, podrá oponer las correspondientes excepciones de contrato no cumplido, no debidamente cumplido y, en una situación concursal como la presente, de riesgo de incumplimiento. Atendiendo al régimen general de las obligaciones del Código Civil, no hay razón para temer que el deudor concursado no cumpla y sin embargo pretenda exigir que lo hagan los compradores.”

Por esto, la excepción por riesgo de incumplimiento en materia de derecho concursal, será más fácil de ser admitida, cuando el *excipiens* ya tenga la calidad de acreedor concursal. Es decir, que existan prestaciones vencidas que puedan exigir a la administración concursal. Sólo en este caso se justificaría que el deudor *in bonis* se oponga al cumplimiento de sus obligaciones, ya que al encontrarse vencidas las prestaciones del concursado, existe un riesgo real de que si cumple el deudor *in bonis* con su obligación no reciba nada a cambio. Hasta que no se llegue a este punto, no parece lógico que el deudor *in bonis* se oponga al cumplimiento; y tendrá éxito o no la excepción por riesgo de incumplimiento, según las circunstancias que se demuestre en que se encuentre el concursado en relación a la posibilidad o no de cumplir con las prestaciones que aún debe.

7.7. *Ejercicio de la excepción de contrato no cumplido por parte del comprador, si el promotor concursado le exige el cumplimiento de su obligación sin haber garantizado la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente.*

El artículo 1 de la ley 57/1968. De 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de las viviendas de renta libre, dispone:

“Las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de

temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entrega de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

1ª. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6% de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado por Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido...⁴⁸⁸

Por su parte, el artículo 2.c) de la Ley 57/1968, establece:

“...En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio.”

Entendiendo que la obligación principal del promotor inmobiliario, en un contrato de compraventa, es la entrega de la vivienda, la obligación establecida por la Ley 57/1968 de garantizar las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores sería de carácter accesorio.

⁴⁸⁸ Tras la reforma producida en la Ley 57/1968 por la Disposición adicional 1ª c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, los intereses cuyo pago se garantiza ya no consisten en el 6% anual, sino en el interés legal del dinero desde el momento de la entrega de las cantidades anticipadas, hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

En este sentido, se puede discutir si el comprador podrá ejercitar la excepción del contrato no cumplido en el caso del que el promotor hubiera incumplido dicha obligación; ya que existe doctrina jurisprudencial abundante que entiende que es preciso que exista un incumplimiento verdadero y propio, grave y esencial, es decir, equiparándolo a las exigencias del incumplimiento resolutorio⁴⁸⁹.

Ahora bien, según lo planteado ya en los presupuestos de la *exceptio non adimpleti contractus*⁴⁹⁰, para el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido es necesaria la existencia de un incumplimiento propio y verdadero; en el sentido de que no se hayan realizado al menos algunas de las prestaciones del contrato, sin que sea necesario la existencia de un incumplimiento que frustre la finalidad del contrato, requisito propio como ya se expuso, para la acción resolutoria.

Por lo tanto, el comprador estaría en su legítimo derecho a suspender los pagos mientras el promotor concursado no le otorgue las garantías establecidas en la ley 57/1968, ejerciendo sus derechos conforme a las exigencias de la buena fe y dentro de los límites normales del ejercicio de los mismos.

⁴⁸⁹ En este sentido, las SSTs 11 de octubre de 1982 (RJ 1982\551), 7 de marzo de 1983 (RJ 1983\1426), 4 de octubre de 1983 (RJ 1983\5227), 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\7916), 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4831) y 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7916), entre otras.

⁴⁹⁰ *Vid* págs. 133 y sgtes.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de diciembre de 2009⁴⁹¹ representa la visión expuesta. El supuesto de hecho trata sobre la demanda interpuesta por la promotora concursada en contra de los compradores, exigiendo el cumplimiento de la obligación de pagar las cuotas vencidas del precio de la compraventa, y de los que fueran venciendo con posterioridad a la demanda, más los intereses legales.

Los compradores se defienden alegando el incumplimiento previo del contrato por la promotora concursada, al no cumplir con la entrega de la copia del contrato de aval que garantizara las cantidades entregadas a cuenta, según lo establecía el propio contrato.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que medió incumplimiento previo de la concursada al no entregar los avales. La sentencia de apelación confirmó la de instancia, señalando lo siguiente:

“Partiendo pues de la apreciación de que Grupo Crisbegsa, SL incurrió en incumplimiento, el alegato que efectúa en su escrito de recurso de que la contraparte no entregó cantidad alguna pierde consistencia, al ser constante la jurisprudencia que declara (SSTS de 29 de abril de 1994, 17 de noviembre de 1995, 9 de mayo de 1996, 30 de octubre de 1996, 11 de noviembre de 1996 y 23 de julio de 2002, entre otras) que, habida cuenta del carácter sinalagmático e interdependiente de las obligaciones recíprocas, únicamente puede reclamar su cumplimiento, quien por su

⁴⁹¹ (JUR 2010/150613).

parte ha cumplido las suyas, de ahí que para poder invocar el art. 1124 del Código Civil, por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sea requisito ineludible que la contratante que lo alega haya observado previamente las suyas, salvo que su falta de cumplimiento sea efecto o consecuencia anterior del otro (SSTS de 29 de febrero de 1988, 21 de octubre de 1989, 13 de marzo de 1990, 21 de febrero de 1991, 18 de marzo de 1991, 22 de mayo de 1991, 9 de mayo de 1994, 27 de diciembre de 1995, y 26 de noviembre de 2001, entre otras muchas), lo que aquí no ocurrió pues la inobservancia de la actora fue anterior a la desatención de pago del efecto con vencimiento el 3 de octubre de 2008. Finalmente, es irrelevante que en el curso del procedimiento, esto es, el 18 de junio de 2009, se haya emitido el certificado final de obra (f.138), al ser reiterada la jurisprudencia que declara (SSTS de 28 de septiembre de 1989, 17 de marzo de 1997 y 12 de junio de 2000, entre otras) que la *perpetuatio iurisdictionis*, como uno de los efectos más trascendentes de la Litis pendencia, implica que en los presupuestos de actuación de los Tribunales son ineficaces las modificaciones que se originen con posterioridad durante la Litis (...) En consonancia con dicha doctrina jurisprudencial, resulta evidente que al tiempo de formularse la demanda, la misma no podía prosperar al mediar un incumplimiento previo, lo que nada impide que vigente como está el contrato, pueda reclamarse su efectividad en cuanto a incumplimiento posteriores y distintos a los que aquí se han enjuiciado, lo que acarrea el rechazo del segundo motivo por el que se denunciaba la vulneración de los arts. 61 y 62 de la Ley Concursal, ya que

ello no ha tenido lugar, procediendo, por lo expuesto, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia”.

Por su parte, ESTRUCH ESTRUCH,⁴⁹² argumenta la posibilidad de ejercitar la excepción de contrato no cumplido sosteniendo: “En cualquier caso, aun cuando se entendiera que el incumplimiento por el promotor de la obligación de garantizar las cantidades anticipadas no facultara al comprador para resolver el contrato, el incumplimiento por la promotora concursada de su obligación legal de garantizar las cantidades entregadas a cuenta por los compradores (antes o después de la fecha de declaración del concurso) supondrá el derecho de éstos de suspender los pagos que vayan venciendo con posterioridad a tal incumplimiento, por aplicación de la excepción de contrato incumplido (*exceptio non adimpleti contractus*)”.

Tampoco se puede desestimar del todo que el incumplimiento del promotor no tenga la característica de grave, pues sería entendible considerarlo de esta forma al ser una obligación establecida por ley. Si se establece expresamente por el legislador una obligación que tiene como fin resguardar de forma especial el patrimonio del comprador, será porque lo considera importante, y si es así, su incumplimiento podría ser estimado por el juez como grave. En este caso, no se trata de una obligación establecida por las partes; sino que existe el imperativo legal de las partes, de establecerla en el contrato y de cumplirla.

⁴⁹² ESTRUCH ESTRUCH, J.: *El comprador de vivienda ante el concurso...* op. cit., pág. 104.

Existen algunas Sentencias que entienden que la falta de aseguramiento de las cantidades anticipadas sí autoriza al comprador para resolver el contrato, pues lo configuran como un incumplimiento grave de una obligación esencial que afecta a la economía del contrato; y, en consecuencia, han resuelto el contrato por el único motivo de no otorgarse las garantías legales de las cantidades anticipadas por el comprador⁴⁹³.

En definitiva, como advierte ESTRUCH ESTRUCH⁴⁹⁴, sobre la posibilidad de resolver el contrato de compraventa ante el incumplimiento por la promotora de la obligación de garantizar las cantidades pagadas por los compradores anticipadamente, la jurisprudencia no es uniforme; pudiéndose distinguir hasta tres líneas jurisprudenciales bien diferenciadas:

⁴⁹³ SAP de las Islas Baleares de 29 de abril de 2010 (JUR 2010/215894). La sentencia de apelación confirma la de primera instancia que estima la demanda de resolución señalando: "Tampoco se comparte la opinión de la recurrente en el sentido de que la falta de prestación de las garantías y afianzamiento en tiempo y forma, cual ha quedado resuelto precedentemente, suponga sólo el incumplimiento de una obligación secundaria y accesoria a las esenciales de los contratos de compraventa y que, por lo tanto, por ello no se puede dar lugar a la resolución, que precisa una voluntad contumaz y deliberadamente rebelde al cumplimiento o a la frustración definitiva de la base del negocio.

También, en este punto, se coincide con la sentencia combatida. No se trata de averiguar, únicamente, si la obligación incumplida es sólo principal o accesoria por imposición legal, sino que –además– es contractual, lo que añade poco al debate jurídico, salvo el matiz de que las partes le dieron una relevancia especial en sus relaciones mercantiles, elevándola por el acuerdo de voluntades a cláusula convencional pactada y rectora del contrato, en demostración de la importancia primordial que se le daba." En esta misma línea, la SAP de Valencia de 6 de octubre de 2009 (JUR 2010/4792)

⁴⁹⁴ Sobre las distintas líneas jurisprudenciales *Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J.: *El comprador de vivienda ante el concurso...* op. cit., págs. 89 y sgtes.

La primera, que entiende que no es posible poder ejercitar la acción resolutoria cuando no se garantizan por el promotor las cantidades entregadas por el comprador. El segundo grupo de sentencias que entiende que si es posible por el comprador ejercer la acción resolutoria. Y, por último, una tercera línea que entiende que la falta de otorgamiento por el promotor de las garantías establecidas en la Ley 57/1968 constituye un incumplimiento resolutorio; aunque lo cierto es que esta afirmación la han realizado *obiter dictum* y, realmente, las sentencias no han accedido a la resolución por la falta de otorgamiento de las garantías, sino por otros incumplimientos, en especial, por la falta de entrega de la vivienda con la licencia de ocupación o cédula de habitabilidad en el plazo previsto en el contrato, o la evidente imposibilidad de cumplir en el plazo con la entrega prevista contractualmente.

7.8. Conclusiones

La Ley no contiene mención alguna sobre la utilización por el contratante *in bonis* de las excepciones de contrato no cumplido, defectuosamente cumplido o de riesgo de incumplimiento. Sobre las dos primeras creemos que no se encuentra razón para creer que no sea posible su uso, sobre todo teniendo en cuenta que la propia Ley Concursal, en el artículo 61, señala que la declaración de concurso no afectará a la vigencia

de los contratos con obligaciones recíprocas⁴⁹⁵. Sobre la última, si bien existe en la doctrina diferentes criterios para su admisión, entendemos que su uso encuentra fundamento en nuestro ordenamiento jurídico. (Artículos 1.129 y 1.467 del C.C.) Por lo cual creemos que es el juez quien deberá estimar fundada o no la excepción por riesgo de incumplimiento, según la situación en que se encuentre la masa concursal y las verdaderas posibilidades de poder obtener posteriormente el cumplimiento. Si existe el mínimo riesgo, no hay razones para pensar que no se pueda poner en ejercicio.

Si un contrato con obligaciones recíprocas no es aún cumplido por ninguna de las partes, y teniendo en cuenta que la administración concursal o el concursado, según el caso, están en la posición según las facultades que le otorga la Ley Concursal en el artículo 61.2, de poder solicitar la resolución del contrato al juez sin que se produzca ni siquiera el incumplimiento del contratante *in bonis*; es de justicia y equidad, conceder la excepción a la parte que se le exige el cumplimiento.

Además, en nada se perjudica a la masa concursal, toda vez que ambas prestaciones se encuentran pendientes de cumplimiento. Por lo cual, es justificable que si al concursado se le permite poder obtener la resolución del contrato con las consecuencias que ésta conlleva; también se debería

⁴⁹⁵ MARTÍNEZ ROSADO, J.: “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)” en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. III, Madrid, 2005, pág. 2969.

permitir proteger el equilibrio contractual de la relación jurídica entre el concursado y el contratante *in bonis* a través de la *exceptio*.

8. Ejercicio de la *exceptio* en el ámbito de la contratación administrativa

8.1. Planteamiento

La contratación en Derecho administrativo, a diferencia del Derecho privado, destaca por el interés público que presenta y que le debe servir dichos contratos a la Administración⁴⁹⁶.

Este interés produce que las relaciones entre privados y la Administración estén sujetas a una cierta desigualdad, debido a la prerrogativa de la Administración de poder variar las condiciones del contrato durante su ejecución⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Así lo destaca el Tribunal Constitucional en auto 604/1987, de 20 de mayo. Por ejemplo, el artículo 202 referente a la modificaciones del contrato de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, referente a la contratación en el sector público, señala que: “Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”.

⁴⁹⁷ ASÍ MORENO, J, A Y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de contratos del sector público*, Madrid, 2008, pág. 639, al indicar: “La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas en los contratos Administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos

Así, se conocen en materia de contratación pública las cláusulas exorbitantes; privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria; *ius variandi*; extensión del contenido contractual a terceros, etc. Todas estas prerrogativas están prohibidas en materia de Derecho privado y otorgan, en materia de contratación pública, una cierta inequidad al momento de ejecutar el contrato⁴⁹⁸.

Así por ejemplo, encontramos una manifestación del *ius variandi* en el Título V del Libro I, artículos 92 bis y siguientes, y artículo 202, de la LCSP, constituyendo una de las prerrogativas de la Administración, que le permite modificar los elementos del contrato administrativo, una vez perfeccionado, por razones de interés público sin que, en ningún caso,

civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex iter partes*)

⁴⁹⁸ En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La resolución del contrato administrativo de obra*, Madrid, 1996, pág. 111, al explicar: "Dicho esto, sin embargo, inmediatamente hay que matizar el alcance de tal principio en el ámbito administrativo, toda vez que, como se sabe, administración y contratista no se encuentran en una posición simétrica, sino que aquélla goza de una serie de prerrogativas que desequilibran a favor la posición de las partes, lo que incluso hace dudar a parte de la doctrina acerca de si los contratos administrativos son realmente verdaderos contratos tal cual son concebidos desde un punto de vista civil. En cualquier caso, las peculiaridades de los contratos administrativos (fundamentalmente los privilegios o prerrogativas que se reconocen a la Administración) tiene su fundamento en el interés público que pretende alcanzarse a través de tales contratos, lo que exige poner en manos de la Administración, garante de dicho interés, determinados poderes exorbitantes". Sobre estas prerrogativas que goza la administración, FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J, M.: *Contratación pública*, Tom. II, Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, 2008, pág. 784, indica: "...i) estas prerrogativas son unas potestades atribuidas por ley en aras del interés público; ii) no pueden derogarse o modificarse por acuerdo de las partes del contrato; iii) solamente las podrá ejercer la Administración si se dan los supuestos establecidos durante la ejecución del contrato; iv) la Administración deberá motivar su decisión; y v) si el ejercicio de una prerrogativa lesiona derechos del contratista, se deberá mantener el equilibrio económico del contrato y/o indemnizarle por los daños y perjuicios que efectivamente haya sufrido."

puedan afectar a las condiciones esenciales del contrato, todo lo cual deberá justificarse debidamente en el expediente.

Asimismo, para evitar un uso inadecuado del *ius variandi*, el artículo 92 bis indica que sólo podrán modificarse los contratos cuando así se haya previsto en los pliegos, o en el anuncio de licitación, o en los casos y con los límites establecidos, en el artículo 92 quáter.

Además, entre otras prerrogativas, la Administración, según el artículo 203 de la LCSP, le reconoce la de acordar la suspensión del contrato mediante acuerdo motivado que deberá formalizarse en un acta, en la que se consignaran las circunstancias concurrentes y la situación de hecho en que se encuentra la ejecución de aquél, cuyo documento habrá de servir como base para la liquidación del contrato. No obstante, hay que advertir que, para acordar la suspensión, deben existir razones de interés público y causas imprevistas o sobrevenidas⁴⁹⁹.

Ahora bien, en todo caso, el contrato administrativo responde al esquema del contrato privado y respeta su “economía institucional”, de modo que ejercer sus prerrogativas, por parte de la Administración, tiene que ir acompañado de la inmediata puesta en funcionamiento de algunas de las diversas técnicas de mantenimiento del equilibrio contractual previstas en la legislación⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ ESCRIBANA MORALES, F. J.: *La Contratación del Sector Público, especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, Madrid, 2011, pág. 1114.

⁵⁰⁰ SAINZ MORENO, F.: “La exceptio non adimpleti contractus en la contratación administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, enero/marzo 1978, pág. 13.

En efecto, debido al interés público que prevalece en favor de la Administración en materia de contratación, el privado está sujeto a reglas más estrictas que las que rigen en la contratación privada; hasta el punto que, según el derecho vigente, el incumplimiento de sus obligaciones no se sanciona de igual modo que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración.

Así, mientras que en el Derecho Privado cualquiera de las partes contratantes puede instar la resolución ante el incumplimiento de la otra, siempre y cuando ella haya cumplido sus obligaciones⁵⁰¹, en el Derecho Administrativo, la situación es muy distinta, en la medida que el contratista no puede exigir la resolución del contrato salvo por las causas expresamente establecidas en el artículo 206⁵⁰² de la Ley 30/2007 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁵⁰³.

⁵⁰¹ En este sentido, se manifiestan, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1994 (RJ 1994 \ 3891), 3 de julio de 1997 (RJ 1997 \ 5479), 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999 \ 8858), 23 de julio de 2002 (RJ 2002 \ 6935), entre otras.

⁵⁰² La ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público, en su artículo 206 señala: "Son causas de resolución del contrato: a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 202.3. b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, y el incumplimiento del plazo señalado en la letra d del apartado 2 del artículo 96. e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazos superior al establecido en el apartado 6 del artículo 200, o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8. f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato. g) Las establecidas expresamente en el contrato. h) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley".

⁵⁰³ En este sentido, BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Valladolid, 2007, pág. 34. GARCÍA DE

Si no concurren dichas causas, no podrá solicitar la resolución, cabiendo sólo la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que el incumplimiento de la Administración le haya originado.

El contratista, obviamente, no tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias perniciosas para él derivadas del incumplimiento contractual de la Administración; puesto que una cosa es que, como regla general, no tenga el derecho a resolver el contrato en tales casos, y otra bien distinta, que no deba ser compensado como consecuencia de haber desconocido la Administración lo pactado⁵⁰⁴.

ENTERRÍA, E.: *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, 1999, pág. 746. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo parte general*, Madrid, 2005, pág. 602. Ha de tenerse en cuenta además que, como afirma la STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006\2899), la jurisprudencia ha venido interpretando la normativa sobre contratación administrativa "...con un carácter restrictivo en lo que se refiere a la facultad resolutoria del administrado frente a la Administración, dada la finalidad de servicio a la comunidad que tiene la prestación en que el contrato consiste" por lo que "no todo incumplimiento puede generar la resolución contractual, sino que ello debe completarse en cada caso, atendidas las circunstancias de toda índole que concurren para dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una conducta deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista, y en qué casos se trata de meros retrasos".

La legislación anterior a la Ley 30/2007 era mucho más dura para el contratista, en el sentido que se establecía por el artículo 41 del Pliego de Condiciones para la Contratación de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto de 13 de marzo de 1903 que: "...en ningún caso podrá el contratista, alegando retraso en los pagos, suspender los trabajos ni reducirlos a menor escala que la que proporcionalmente corresponda con arreglo al plazo en que deben terminarse". Desde esa fecha hasta ahora, la normativa ha sido flexibilizada a favor del contratista, pudiendo actualmente, en ciertos casos, solicitar la resolución y oponer exitosamente la *exceptio non adimpleti contractus*.

⁵⁰⁴ En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La resolución del contrato...op. cit.*, pág. 116. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986 (RJ 1986\2688), señala que lo que caracteriza a los contratos administrativos es que el incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato obligará a la

En suma, en el contrato administrativo no existe una perfecta reciprocidad de obligaciones, esto lo demuestra el hecho de que no se integra completamente el artículo 1.124 del Código Civil, sino que restringe su aplicación a determinados casos preestablecidos en la ley; por lo que no cabe asimilar a la Administración con los particulares sometidos, cuando contratan, al Derecho común con perfecta igualdad de derechos y obligaciones.

8.2. Ejercicio de la exceptio

Como sabemos, en Derecho privado, en las obligaciones recíprocas en las que las prestaciones de las partes se encuentran interrelacionadas, prevalece, a falta de regulación legal o contractual, el principio de cumplimiento simultáneo.

Permitiendo a una de las partes oponerse al cumplimiento que le pueda exigir su contraparte, en el caso de que ésta no haya cumplido con su obligación.

Estas consideraciones, de carácter general, permiten extender su aplicación al ámbito de la contratación pública, al ser el Derecho privado de aplicación; en cuanto a los efectos y extinción de los contratos de

Administración, con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista, pero éste no tiene el derecho genérico a la resolución más que en los casos expresamente previstos por la ley.

naturaleza privada, celebrados por el sector público y, como supletorio para los contratos de carácter administrativos (arts. 19 y 20 de la LCSP).⁵⁰⁵

8.2.1. Ejercicio de la exceptio por parte de la Administración

La Administración, como sujeto de derecho y parte de un contrato, se puede ver obligada a proteger los intereses que representa, que como es lógico, pertenecen por lo general, a toda la comunidad.

De esta forma, se puede desprender de forma tácita en determinados preceptos de la LCSP, como el artículo 196, en el cual la Administración tiene la facultad de oponer la falta de ejecución del contrato o ejecución defectuosa, frente a la reclamación de pago efectuada por el contratista.

Concretamente, el artículo 196 de la LCSP, en su número 7, permite a la Administración resolver el contrato o imponer las penalidades establecidas cuando el contratista no hubiere cumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato. De esta manera, si le es posible resolver el contrato ante el incumplimiento, se deduce que quien puede lo más puede lo menos; en este caso, en oponerse al cumplimiento de la prestación ante el supuesto caso de que el contratista reclame el pago sin haber éste cumplido previamente.

⁵⁰⁵ ESCRIBANA MORALES, F. J.: *La Contratación del Sector Público, especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, op. cit., págs. 1097 y sgtes.

No sólo del artículo 196 de la LCSP se puede deducir la posibilidad de ejercitar la excepción de contrato no cumplido, sino que también de otros preceptos, como el artículo 206, al establecer las causas específicas de resolución. En efecto, bajo el mismo criterio antes indicado, si la ley permite el ejercicio de resolver el contrato, con mayor razón permitirá poder mantenerlo, en virtud del principio de conservación de los contratos y que éstos se celebran para cumplirse y no para resolverse.

8.2.2. Ejercicio de la exceptio por parte del contratista

Los apartados 5 y 6 del artículo 200 de la LCSP distingue entre el retraso superior a cuatro meses, en cuyo caso, el contratista podrá proceder a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley⁵⁰⁶; y la demora de la Administración superior a ocho meses, que da derecho al contratista, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ellos se le originen.

⁵⁰⁶ Según FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J, M.: *Contratación pública*, op cit., 843, “Este preaviso por el empresario a la Administración obligatoriamente no debe realizarlo una vez que haya transcurrido aquel plazo de cuatro meses, pues en caso contrario estaríamos ampliando un mes a estos cuatro meses, lo que falsearía este último plazo. Por tanto, una vez transcurrido el plazo de tres meses, contados desde la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten a prestación objeto del contrato, el contratista puede comunicar a la Administración su decisión de ejercer el derecho a la suspensión del cumplimiento del contrato, teniendo esa comunicación el concepto de aquel preaviso”.

Este derecho a suspender la ejecución del contrato es una manifestación de la excepción del contrato no cumplido, que es ejercitada por el contratista ante el incumplimiento de la Administración, del pago del precio establecido en el contrato.

El incumplimiento del pago del precio se considera como el incumplimiento de una obligación recíproca, y dependiente de la del contratista que es la ejecución de la obra. El pago del precio es la principal obligación de la Administración⁵⁰⁷, por ende, es lógico que el contratista detenga su cumplimiento. Evitando así el riesgo que en el caso de ejecutar la totalidad de la obra, la Administración no pueda satisfacer el pago acordado en el contrato en los términos establecidos.

9. Ejercicio de la excepción de contrato no cumplido en el contrato de arrendamiento de obra según la jurisprudencia.

9.1. Planteamiento

Importante es según nuestra mirada, realizar un estudio de cómo se ha llevado a cabo, hasta ahora, el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido en uno de los contratos que mayor aplicación tiene, y cómo, en definitiva, la jurisprudencia entiende que debe ser ejercitada. Al final, no

⁵⁰⁷ Como apunta VICENTE IGLESIAS, J. L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público*, Madrid, 2008, pág. 464, al señalar: “El pago del precio es el principal derecho que tiene el contratista frente a la Administración, y es quizá una de las obligaciones más incumplidas -o más concretamente, cumplidas con retraso- por parte de ésta”.

podemos desconocer la importancia que tiene para efectos prácticos conocer la verdadera situación en que se encuentra la figura desde la óptica de los tribunales.

Por la especial característica de este contrato, cuyas obligaciones son de resultado⁵⁰⁸ y no de medios, es frecuente que el dueño de la obra ante la defectuosa ejecución de la misma paralice el pago del precio debido, fundamentando su actuación en que lo acometido no cumple con las exigencias establecidas en el contrato.

Esta defensa asumida por quien contrató dicho arrendamiento, se fundamenta por la naturaleza consensual, onerosa y bilateral, conformado por obligaciones de carácter sinalagmático, de manera que la prestación de una de las partes tiene su causa en la contraprestación de la otra.

⁵⁰⁸ El contrato de arrendamiento de obra no se trata del encargo de unos trabajos o de una actuación, sin exigencia de un resultado final. Al contratista se le encomienda o bien un resultado constructivo (una vivienda, una edificación, etc.), o bien una obra de rehabilitación (reparación de fachadas, rehabilitación de edificación, etc.). Pero ambas actuaciones, o todas ellas, pretenden la satisfacción de un encargo del comitente. Un resultado concreto y conocido de antemano (la vivienda según proyecto, el aparcamiento o la rehabilitación de la fachada de la finca etc.), pero un resultado, al fin y al cabo. La jurisprudencia se ha encargado de determinar que, en los casos de relaciones entre comitentes y contratistas, debe calificarse la relación como de arrendamiento de obra de resultado. Así por ejemplo, la STS de 20 de noviembre de 2001 (RJ 1997\389), admite que el resultado debe ser obligatorio para el contratista por cuanto el contrato obligó a entregar una planta industrial “llave en mano”, lo que supone una completa edificación y acabados para su uso industrial, lo que no ocurrió en el supuesto enjuiciado. Por su parte, la SAP de Barcelona de 18 de mayo de 1999 (JUR 1999\1265) se fundamenta precisamente en la calificación de arrendamiento de obra de resultado para condenar al contratista a la perfecta ejecución del trabajo encargado, denegando la tesis del contratista, en el sentido de calificar el encargo como ciertos trabajos que no llevaban a un determinado resultado.

En consecuencia, conforme al artículo 1.124 del C.C., y el último inciso del artículo 1.100 del C.C., ninguna de las partes incurre en mora si la otra no cumple o no se allana a cumplir lo que debidamente le incumbe, por lo que si quien incumple exige a la otra parte su obligación, ésta podrá oponer la excepción de incumplimiento de contrato o de cumplimiento defectuoso del contrato.

Estando además facultado para solicitar la indemnización de daños y perjuicios según el tenor del artículo 1.101 del C.C.⁵⁰⁹ En efecto, el dueño de la obra goza de medios que le posibilitan detener la entrega del precio debido hasta que el ejecutante cumpla con la realización, según los términos establecidos en el contrato.

Ahora bien, deberá acreditar el incumplimiento en el cual sostiene su defensa, teniendo que cumplir, en este sentido, con los requisitos que la jurisprudencia establece tanto para la excepción de contrato no cumplido y defectuosamente cumplido⁵¹⁰.

Es preciso advertir que se debe distinguir entre el deficiente cumplimiento del contrato de arrendamiento obra y la situación de vicios ruinógenos aparecidos dentro del plazo de garantía establecido en el artículo 1.591 del C.C. Pues la *exceptio non adimpleti contractus* o *rite adimpleti contractus* sólo procede cuando existe un incumplimiento del

⁵⁰⁹ En este sentido, ORTEGA DOMENECH, J.; *El contrato de obra en la jurisprudencia*, Madrid, 2007, pág. 97.

⁵¹⁰ La falta de acreditación de incumplimiento contractual en la realización de la obra por quien lo alegue, supone la inaplicabilidad de cualquiera de las dos excepciones. En este sentido, la SAP de Cáceres de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006 \ 132362).

contrato, y no corresponde su ejercicio cuando el contrato se ha terminado de ejecutar y se ha aceptado por el dueño de la obra⁵¹¹; pues en este caso, queda sin fundamento la excepción en estudio, debiendo el dueño de la obra acudir a otros medios de defensa que proporciona el ordenamiento jurídico.

9.2. *Exceptio non adimpleti contractus*

9.2.1. *Contenido*

En el ámbito del contrato de arrendamiento de obra, la *exceptio non adimpleti contractus* se configura o es válida cuando el contratista no cumple con lo establecido en el contrato, en el sentido que la obra entregada no reúne las condiciones pactadas, debiendo estas condiciones alejarse por completo de la finalidad perseguida y del resultado esperado por el dueño de la obra, según los términos de lo contratado⁵¹².

Interesante es, al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1996⁵¹³, al afirmar que: «...aunque el Código Civil español (artículo 1.588) no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entrega no reúne las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales

⁵¹¹ Importancia de la recepción de la obra como manera de impedir el ejercicio exitoso de la *exceptio*.

⁵¹² El esquema del estudio jurisprudencial que se sigue, corresponde al expuesto por ORTEGA DOMENECH, J.; *El contrato de obra en la jurisprudencia*, Madrid, 2007.

⁵¹³ RJ 1996 \ 4831

sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tiene derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin pago de cantidad suplementaria alguna o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin».

Ante el incumplimiento del contratista el dueño de la obra puede asumir diferentes actitudes: como la solicitud de la reducción del precio por las imperfecciones cometidas, la reparación de los vicios existentes en la ejecución de la obra, la nueva realización de lo acometido o la resolución del contrato. En todas estas opciones, el dueño de la obra puede ejercitar la excepción de contrato no cumplido; debiendo, ante la demanda de cumplimiento opuesta por el contratista, defenderse oponiendo la *exceptio* y a la vez demandar reconventionalmente, solicitando ya sea la reducción del precio, nueva realización, reparación o la resolución del contrato.

En definitiva, la excepción de contrato no cumplido exige un determinado incumplimiento para que se admita su procedencia, siendo parte de su contenido el esencial incumplimiento del demandante. Entendiendo por esencial incumplimiento, cuando existe una imposibilidad absoluta de reparar o esencial inadecuación al fin; porque si no fuera así nos encontraríamos ante un contrato defectuosamente cumplido, el cual se aleja en determinados aspectos a lo perseguido por el

contrato. En este último caso, lo que procede es la excepción de contrato no cumplido adecuadamente.

Cuando nos enfrentamos a un incumplimiento esencial del contrato de obra, lo normal es que el dueño de la misma no persiga una reducción del precio o la reparación de la misma, sino lo que busca es la realización de la obra que no se ha ejecutado. Esto es lógico, debido a que el incumplimiento es importante y se aleja de lo convenido, sea porque el resultado es considerablemente distinto al establecido, o porque no se ha llevado a cabo parte de la obra.

Cabe precisar que cuando se hace referencia a un esencial incumplimiento del contratista de la obra, no debe entenderse o equipararse al incumplimiento de carácter resolutorio; pues este incumplimiento se caracteriza por hacer perder a quien ejercita la acción resolutoria de querer seguir adelante con la ejecución del contrato.

El tipo de incumplimiento que exige la *exceptio non adimpleti contractus*, si bien debe ser importante desde el punto de vista de su entidad, no debe impedir seguir adelante con la consecución del contrato, pues el fin de esta figura como ya muchas veces hemos reiterado, es obtener el cumplimiento simultáneo de las prestaciones de una obligación sinalagmática.

9.2.2. Procedencia

Además de los requisitos que son comunes para el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*, se debe tener especial atención en los siguientes:

9.2.2.1. Incumplimiento real y efectivo

Como estamos frente al ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual y no de cumplimiento defectuoso, el dueño de la obra debe basar su excepción en el incumplimiento real y efectivo de la otra parte; no bastando el cumplimiento defectuoso de la obligación. El Tribunal Supremo así lo ha entendido, en sus Sentencias de 21 de marzo de 1994⁵¹⁴ y 22 de octubre de 1997⁵¹⁵. La Audiencia Provincial de Baleares, en su Sentencia de 26 de enero de 1995⁵¹⁶, señala al respecto lo siguiente: «...el carácter generalizado de los defectos (en puertas interiores y exteriores, ventanas “gravens”), que en algunos casos las deficiencias no pueden arreglarse sino que deben sustituirse piezas enteras (puertas o ventanas a las que se han hecho añadidos) y que, en cualquier caso, los vicios son de difícil solución... »

⁵¹⁴ RJ 1994\2560

⁵¹⁵ RJ 1997\7410

⁵¹⁶ AC 1995\103

Por lo que, la excepción tenía entidad suficiente para enervar la acción ejercida por el contratista, exigiendo el pago de la parte del precio que faltaba por abonar⁵¹⁷.

No bastan tampoco simples imperfecciones constructivas, cuya adecuada subsanación sirve para el debido cumplimiento de lo pactado, como indica la STS del 30 de enero de 1992⁵¹⁸, en la que el juzgador impone de inmediato al constructor dicha subsanación.

En este sentido, debemos hablar de incumplimientos de cierta entidad que impidan cumplir la finalidad del contrato, así es reiterada la jurisprudencia al señalar que: «...si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo cual realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria y sólo permitan la vía

⁵¹⁷ En este mismo sentido, las SSAP de Granada de 25 de mayo de 2002 (JUR 2002\178815), la cual señala: "...con la ejecución de la obra y maquinaria utilizada, en modo alguno, se había logrado, ni cercanamente, el resultado pretendido por el comitente y que fue debidamente pactado". De Valencia de 4 de octubre de 2005 (AC 2005\2175), de Girona de 9 de enero de 2006 (JUR 2006\93486), de Girona de 13 de febrero de 2006 (AC 2006\426), de Murcia de 18 de abril de 2006 (JUR 2006\159302).

⁵¹⁸ RJ 1992\1518

reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio⁵¹⁹.»

9.2.2.2. Entrega de cosa diversa

Debe tratarse de un pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto, y consiguiente insatisfacción del comitente al resultar la obra impropia para el fin que se buscaba⁵²⁰.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 2 de febrero de 2001⁵²¹, establece en su fallo, que la reparación de la obra significa un desembolso económico mayor que ejecutarla bien desde el principio, indicando que la ejecución de la obra constituye un verdadero y absoluto incumplimiento que impide a la contratista reclamar su pago⁵²².

⁵¹⁹ En este sentido, las SSTs de 21 de noviembre de 1971 (RJ 1971\4974), 17 de enero de 1975 (RJ 1975\18), 15 de marzo de 1979 (RJ 1979\871) y 3 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388), entre muchas otras.

⁵²⁰ Así se pronuncian las SSTs de 20 de noviembre de 1977 (RJ 1977\4837), 23 de marzo de 1982 (RJ 1982\1500), 23 de febrero y 17 de noviembre de 1995.

⁵²¹ JUR 2001\133897

⁵²² En este mismo sentido, las SSAP de Burgos de 13 de junio de 2002 (JUR 2002\225061), Murcia de 4 de noviembre de 2002 y 25 de noviembre de 2003 (JUR 2003\71241 y JUR 2004\100099), Cuenca de 16 de abril de 2003 (JUR 2003\159711), Navarra de 11 de junio de 2004 (JUR 2004\198016), Málaga de 14 de diciembre de 2004 (JUR 2004\147224), Cantabria de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005\92231), entre otras.

9.2.2.3. *No seguir las indicaciones del dueño de la obra*

Así, la Sentencia de la Audiencia provincial de Alicante de 8 de noviembre de 2001⁵²³, al señalar que: «Si el proyecto al que debía sujetarse la ejecución de obra por la contratista no es el redactado por Don Juan M. P., se refuerza aún con mayor vigor la eficacia de la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* porque el incumplimiento contractual que se imputa no sólo queda reducido a los defectos constructivos que se pone de manifiesto en el acta notarial de presencia de fecha 15 de abril de 1998 y al retraso en la entrega de la obra, sino que también se extiende a que la ejecución de la obra no se sujetó a las indicaciones de la propietaria de la obra cuando entregó a la mercantil contratista cuatro planos elaborados por un técnico italiano».

El caso expuesto es algo excesivo, en el sentido que se ejecuta una obra sin seguir el proyecto entregado por el propietario de la obra, lo cual frustra la finalidad del contrato conduciendo a un incumplimiento real y efectivo evidente del contrato. Ahora bien, el caso expuesto nos sirve de ayuda para entender que, para que proceda el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* es necesario que el contratista no cumpla con las órdenes del comitente; lo cual siempre debería estar plasmado en el contrato, para poder analizar de forma objetiva si se cumple o no este alejamiento en las órdenes dadas.

⁵²³ JUR 2001 \47831

9.2.3. Prueba del incumplimiento

Debiendo centrarse la actividad probatoria en dos puntos:

a) Que la otra parte ha incumplido la obligación asumida en el contrato⁵²⁴. Así, por ejemplo, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de diciembre de 2002⁵²⁵, al entender que se ha probado que el contratista abandonó la obra dejando partidas por ejecutar, admitiendo con éxito el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*.

b) Que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso es sustancial. En este sentido tenemos, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de diciembre de 2002⁵²⁶ el caso del reportaje fotográfico de una boda, el cual resultaba “absolutamente inaceptable e impropio de un profesional de la fotografía”, estableciéndose por las diferentes pruebas presentadas en el proceso que: “...la obra realizada no adolece de meros incumplimientos accesorios, sino que la deficiente calidad de la misma contemplada en su conjunto, evidencia la frustración del fin del contrato, anulando las legítimas expectativas de la parte contratante perjudicada”; estimando plenamente aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*, dado que “los defectos en el cumplimiento son de tal calidad y entidad, que afecta a la esencia de lo pactado impidiendo el fin normal del contrato”.

⁵²⁴ SSAP de Las Palmas de 7 de febrero de 2000 (AC 2000\3680), Barcelona de 24 de enero de 2001 (JUR 2001\115265) y Badajoz de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003\62110).

⁵²⁵ JUR 2003\140285

⁵²⁶ JUR 2003\619796. En este mismo sentido, la SAP de Madrid de 8 de febrero de 2010 (AC 2010\463), señalando que: “Lo que hay que probar es la frustración del contrato impidiendo siquiera parcialmente alcanzar su finalidad”.

9.2.4. Improcedencia

La *exceptio non adimpleti contractus* no resulta especialmente aplicable en los siguientes casos:

a) Cuando existe un incumplimiento previo por parte de quien la alega. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988⁵²⁷ al señalar: «...según ya se ha dicho en el fundamento anterior, de quienes primeramente incidieron en el incumplimiento contractual fueron los demandados, algunos de ellos aquí recurrentes, al dejar de pagar, a sus vencimientos respectivos y conforme a lo que se había obligado en el contrato de 10 de agosto de 1984 [...] tal originario incumplimiento por parte de los demandados, algunos de ellos aquí recurrentes, impide que, tratando de ampararse en el posterior, y por ellos provocado, incumplimiento de la contratista en cuanto a las obras que quedaban por ejecutar y aduciendo una aquí inadmisibles “EXCEPTIO non adimpleti contractus”, puedan quedar liberados del pago de la cantidad que señala la sentencia recurrida y que corresponde a parte del precio de la obra ya ejecutada y recibida, por lo que en modo alguno puede estimarse que dicha sentencia haya incidido en violación de los artículos 1588 y 1124 del Código Civil, que los recurrentes citan como infringidos, lo que ha de comportar el decaimiento de los dos referidos motivos».

⁵²⁷ RJ 1988\5556. En esta misma línea también, la STS de 5 de julio de 1999 (RJ 1999\4980).

Tampoco es procedente la excepción de incumplimiento contractual, cuando ambas partes resultan ser incumplidoras de sus propias obligaciones, así lo indica la Sentencia de 24 de diciembre de 1982⁵²⁸.

b) Cuando el incumplimiento no ostenta la trascendencia, virtualidad y entidad necesarias para que el comitente viniera autorizado a dejar de abonar el precio. Así lo señala entre otras la SSAP de Valencia de 27 de noviembre de 2002 y 27 de junio de 2005⁵²⁹, Madrid de 2 de abril de 2004⁵³⁰, Cáceres de 16 de mayo y 28 de noviembre de 2005⁵³¹, Salamanca de 20 de mayo de 2005⁵³² y Málaga de 6 de septiembre de 2005⁵³³.

c) Es improcedente cuando el incumplimiento no es total, sino parcial. Las Sentencias de nuestros Tribunales son unánimes en entender que para el éxito de la *exceptio non adimpleti contractus* es preciso que se base en un incumplimiento real y efectivo de la otra parte, que frustre la finalidad del contrato, no bastando el cumplimiento defectuoso de la obligación⁵³⁴. Por su parte, la Sentencia de 25 de noviembre de 1992⁵³⁵ señala que: «...el incumplimiento que produce la resolución contractual o en la que ha de basarse la excepción “*non adimpleti contractus*” exige un verdadero y

⁵²⁸ RJ 1982\7981

⁵²⁹ JUR 2003\42968 y JUR 2005\276861

⁵³⁰ JUR 2004\248164

⁵³¹ JUR 2005\200474 y AC 2006\95

⁵³² JUR 2005\1622838

⁵³³ JUR 2006\37828.

⁵³⁴ En esta línea, las SSTs de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388), 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2560), 22 de octubre de 1997 (RJ 1997\7410). Además las SSTs de (RJ 1971\4974), (RJ 1975\18), (RJ 1979 871 Y 3236), entre otras.

⁵³⁵ RJ 1992\9588

propio incumplimiento de alguna obligación principal derivado del contrato, sin que pueda una y otra apoyarse en incumplimiento defectuoso... »

El éxito del ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual precisa un incumplimiento total, pues de otra manera el incumplimiento es defectuoso y, por lo tanto, procedería el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente.

La *exceptio non adimpleti contractus* se configura en el contrato de arrendamiento de obra, cuando el contratista no ha hecho entrega o no pone la obra a disposición del comitente, así lo señala por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010⁵³⁶, al indicar que: «...el arrendamiento de obra descrito en el artículo 1.544 del Código Civil es un contrato bilateral originador de obligaciones recíprocas, en el que el crédito del contratista no se dirige escuetamente a la “prestación” de pago del precio por parte del comitente, sino a una “contraprestación” esto es, a la prestación del cobro del precio a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada; dicho comitente puede rehusar el pago del precio o que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición “EXCEPTIO non adimpleti contractus”, como si el contratista solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega “non rite adimpleti contractus” salvo, claro es; que haya aceptado la prestación como cumplimiento o que

⁵³⁶ JUR 2010\390363

su oposición al pago sea contraria a la buena fe (artículos 7, párrafo uno, y 1.258 del Código Civil, sentencias del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 1976⁵³⁷, 15 de marzo de 1979⁵³⁸) así se faculta al comitente para oponer la “*EXCEPTIO non rite adimpleti contractus*”, pudiendo paralizar el pago si el contratista solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de modo defectuoso su obligación de entrega (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1994) hasta que se rectifiquen de modo pertinente los defectos que presentaba (o alternativamente el derecho a reducir el precio para resarcirse de tales imperfecciones)».

d) No puede proceder la excepción de incumplimiento contractual cuando no se acredita la falta de utilidad o eficiencia de lo realizado. Quien opone la *exceptio* debe acreditar que la obra ejecutada por el contratista no responde a la utilidad y eficiencia esperada. Es importante, sobre todo en tipo de trabajos en que la finalidad del contrato se evalúa precisamente en relación si se cumple o no con la utilidad esperada por el comitente.

Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre de 2005⁵³⁹, en relación con la implementación de un proyecto informático que controlaba el acceso y presencia del personal y visitas en las instalaciones del comitente.

⁵³⁷ RJ1976\1811

⁵³⁸ RJ 1979\871

⁵³⁹ JUR 2006\56131. En este mismo sentido, la SAP de 8 de julio de 2005 (JUR 2005\207080) en relación con unos supuestos defectos en vivienda.

e) Es improcedente si no se frustra la finalidad perseguida por el contrato. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 13 de enero de 2003⁵⁴⁰, al señalar: «Por lo tanto, si la obra del demandado fue y es útil para el actor, no puede apreciarse la “EXCEPTIO de non adimpleti contractus”, es decir, no puede afirmarse la inutilidad de la obra y un incumplimiento total por parte del demandado, por lo que la demanda como tal debe rechazarse, pues dirigida la misma a acreditar la inhabilidad de la obra y un incumplimiento total por parte del demandado, sin embargo se aprecia la utilidad del mismo. Por ello, no sería posible estimar íntegramente la demanda haciendo devolver al demandado la totalidad de lo que percibió de demandante, pues si éste se aprovechó de lo que aportó el demandado en trabajo y materiales, hacerle retornar todo lo percibido sería tanto como permitir un claro aprovechamiento del actor, quien se quedaría al mismo tiempo con el dinero y con el trabajo y productos empleados, lo que no es admisible, ni racional, ni jurídicamente, pues supondría un enriquecimiento sin causa totalmente inadmisibles».

Es doctrina jurisprudencial ampliamente reconocida que, para el éxito de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, es necesario que los defectos de la obra sean de cierta importancia o trascendencia en relación a la finalidad perseguida. Aún más tratándose de la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando esta excepción no se funda ya en un defectuoso incumplimiento, sino en el pleno incumplimiento del deudor.

⁵⁴⁰ JUR 2003\75422

En este sentido, recogemos lo señalado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de febrero de 2003⁵⁴¹, que señala: «...atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, conflicto de intereses que la doctrina resuelve aplicando las normas específicas de la acción redhibitoria o de la reducción del precio [...] que la obra fue entregada al comitente quien continuó la edificación de las referidas viviendas, lo que evidencia que los defectos existentes en la ejecutada por la actora recurrida no la hacían impropia para su destino, por lo que, como señala la citada doctrina jurisprudencial, la subsanación de tales defectos habría de hacerse por la vía reparatoria, bien por la reparación “in natura” de tales desperfectos o por la reducción del precio, ninguna de cuyas formas reparatorias ha sido ejercitada por la recurrente mediante la oportuna demanda reconvenzional, limitándose a manifestar en su contestación a la demanda que no pretende “compensar” las facturas con el supuesto coste de las obras a realizar por OBRYTEX sino que por ésta se le dé final en su totalidad y de conformidad con el contrato de obra... »

f) No consigue acreditarse el incumplimiento del contratista. En este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de

⁵⁴¹ JUR 2003\116737

septiembre de 2005⁵⁴², de Ávila de 20 de julio de 1998⁵⁴³, de Palencia de 21 de junio de 1999⁵⁴⁴, de Segovia de 6 de febrero de 2001⁵⁴⁵, de Barcelona de 2 de marzo de 2001⁵⁴⁶, de Cáceres de 15 de marzo de 2001⁵⁴⁷, de Baleares de 30 de marzo de 2001⁵⁴⁸, de Valencia de 19 de febrero de 2002⁵⁴⁹, de Burgos de 17 de junio de 2002⁵⁵⁰, de La Coruña de 7 de noviembre de 2002⁵⁵¹, de Murcia de 30 de septiembre de 2003⁵⁵², de Granada de 26 de enero de 2004⁵⁵³, de Asturias de 20 de enero de 2005⁵⁵⁴, de Alicante de 1 de junio de 2005⁵⁵⁵, entre otras.

g) Cuando no se denuncian los defectos de la obra ejecutada en el acta de recepción provisional de obra, ni en el plazo pactado para ello.

En el contrato de obra existen actuaciones que permiten, de alguna forma, delimitar ciertas responsabilidades: el acta de recepción de obra es una de ellas; en el sentido que al aceptar el dueño de la obra el trabajo realizado en el acta de recepción, el contratista puede acreditar que ha dado cumplimiento al contrato de arrendamiento de obra. Con lo cual, el

⁵⁴² JUR 2005\262878

⁵⁴³ AC 1998\6318

⁵⁴⁴ AC 1999\6096

⁵⁴⁵ JUR 2001\123735

⁵⁴⁶ JUR 2001\149804

⁵⁴⁷ JUR 2001\140578

⁵⁴⁸ JUR 2001\209067

⁵⁴⁹ JUR 2002\115942

⁵⁵⁰ JUR 2002\225404

⁵⁵¹ JUR 2003\63066

⁵⁵² JUR 2003\251528

⁵⁵³ JUR 2004\101578

⁵⁵⁴ JUR 2005\92667

⁵⁵⁵ JUR 2005\199998

comitente no podría dejar de pagar el precio debido por un supuesto incumplimiento del contratista.

En el caso de que surja algún desperfecto en la ejecución de la obra, el dueño de ella tiene acceso a determinadas acciones que le protegen, como la acción por vicios ocultos.

En el caso de que en la recepción provisional o definitiva de la obra se deje constancia de ciertas imperfecciones o incumplimientos, no siempre significará que existe un incumplimiento que justifique el ejercicio de la *exceptio non adimpleti o non rite adimpleti contractus*; pues dichos defectos pueden ser de aquellos que el tribunal entiende que no se frustra la finalidad del contrato y, por ende, de baja entidad que no justifique el ejercicio de la *exceptio*.

En este sentido, se refiere la Sentencia de Girona de 5 de febrero de 2002⁵⁵⁶, al indicar que: «...el acta de recepción provisional es el documento en donde se plasma que la propiedad acepta y recibe la obra provisionalmente, suponiendo este momento una declaración de idoneidad de lo recibido. En el caso en el que nos ocupa, además, tal como se establecía en el propio contrato, era el momento en que comenzaba a computarse el período de garantía, y esto lo que ocurrió, sin que la correcta recepción y la declaración de idoneidad que en tal acta se recogía pudiera ser mermada en absoluto, tal como se ha puesto de manifiesto, por la existencia de pequeños puntos pendientes, que en

⁵⁵⁶ JUR 2002\124420

ningún momento obstaban la corrección y perfecto funcionamiento de la obra».

9.2.5. Efectos

Ejercitada la excepción de incumplimiento, ésta da derecho a retener el precio debido al contratista. No obstante, con la sola retención de la prestación debida no siempre se subsanan los derechos del comitente.

Como sabemos, el *excipiens* deberá solicitar al tribunal, por medio de la demanda reconvenzional, que se condene al contratista a la reparación de lo cometido o a la nueva realización conforme al proyecto, e inclusive a que se le indemnice.

9.2.5.1. Reducción del precio

Uno de los efectos más comunes que siguen al ejercicio de la *exceptio* es la reducción del precio. El Tribunal zanja muchas veces la cuestión permitiendo que el dueño de la obra retenga el precio debido, descontándolo del precio final estipulado para la ejecución de la obra.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1991⁵⁵⁷, señala que para admitir el ejercicio de la *exemptio* está condicionado a que «...el

⁵⁵⁷ RJ 1991\2451. En este mismo sentido, la STS de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388).

defecto o defectos de la obra sea de cierta trascendencia o importancia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación de los contratos no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124 del C.C., y sólo permitan la vía reparatoria o la reducción del precio».

Sobre revisión del precio se pronuncia, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 30 de mayo de 2003⁵⁵⁸, sobre equipo de aire acondicionado que no enfría suficientemente, produciendo un ruido excesivo y sin que el aire circule por todas las dependencias de la vivienda, lo que da lugar a una reducción del precio en una cuarta parte. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de octubre de 2002⁵⁵⁹, por reducción de los defectos reconocidos de pequeña entidad. Y Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de diciembre de 2000⁵⁶⁰, entre otras.

La *exceptio*, como ya hemos señalado anteriormente, tiene como finalidad detener el cumplimiento del demandado con el objetivo que el

⁵⁵⁸ JUR 2003\233824

⁵⁵⁹ JUR 2002\274261

⁵⁶⁰ JUR 2001\96517

cumplimiento sea de forma simultánea y así respetar la interdependencia de las obligaciones recíprocas.

Por esto, la sola interposición de la excepción de incumplimiento no es suficiente para obtener la reducción del precio por la defectuosa ejecución de la obra; siendo necesario interponer la demanda reconvencional, que solicite la condena del contratista en este sentido. En caso que el tribunal, ante el ejercicio de la *exceptio*, condene a la reducción del precio sin que se haya solicitado, puede caer la sentencia por *extra petita*.

Sin embargo, es frecuente en la jurisprudencia, que se deniegue el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* y se proceda por el tribunal de oficio en la sentencia a reducir el precio de la obra. Creemos que esto se debe, principalmente, a que primero el demandado ejercita la *exceptio* buscando que se exonere del cumplimiento de su obligación, debiendo el tribunal sopesar si el incumplimiento del contratista es suficiente para eximir del cumplimiento al dueño de la obra.

Así, por ejemplo, la Sentencia de 15 de marzo de 1979⁵⁶¹, al señalar que: «...a pesar de que en el escrito de contestación de la demanda dicha comunidad objeta el cumplimiento defectuoso parcial reprochable al contratista, se abstuvo de formular pretensión reconvencional alguna, y por lo tanto no solicitó el resarcimiento por la vía de la reparación específica ni la reducción de la cantidad debida, sino que se limitó a

⁵⁶¹ RJ 1979\871. En este mismo sentido, las SSTs de 30 de enero de 1992 (RJ 1992\1518), de 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4833), de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\2763).

solicitar la íntegra desestimación de la demanda, actitud no ajustada a la buena fe, que ha de informar la interdependencia de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos o con obligaciones recíprocas».

Y segundo, es que debido a la consecuencia generada por la denegación de la *exceptio*, como consecuencia de no acompañarse ésta con la solicitud de reducción del precio, el tribunal en diversas ocasiones procede, de oficio, a rebajar el precio adeudado por el comitente, logrando así una solución más justa a la vista del sentenciador.

En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1997⁵⁶², al señalar: «...se ha expuesto anteriormente la doctrina y jurisprudencia de la *exceptio non adimpleti contractus*. Aplicándola al caso concreto de autos, como hace este motivo de casación, se ha acreditado -como expone la sentencia de instancia- la ejecución por la sociedad constructora (contratista en el contrato, demandante en el proceso y parte recurrida en casación) de la obra objeto del contrato; también se ha acreditado una serie de deficiencias y defectos, lo que supone un cumplimiento defectuoso de la obligación de ejecutar la obra, pero no supone su incumplimiento, que permita la aplicación de esta *exceptio*. Por ello, no se aprecia infracción alguna de los artículos que cita del Código Civil ya que éstos no prevén que una parte pueda basarse en el cumplimiento defectuoso de la otra, para incumplir su obligación; estimar la argumentación de este motivo, que pretende justificar el

⁵⁶² RJ 1997\7410. En este mismo sentido, la STS de 11 de marzo de 1993 (RJ 1993\1790).

incumplimiento de la obligación de pago del precio en el contrato de obra en los defectos de ésta, sería tanto como permitir el impago en todo caso que la obra no haya resultado perfecta. La solución que da la sentencia de instancia es la correcta: debe la parte demandada pagar el precio y de éste debe descontarse el valor de las reparaciones hechas y por hacer que se han acreditado».

9.2.5.2. Reparación

Otro tanto de Sentencias, se inclinan por ordenar al contratista la reparación de los defectos acometidos en la ejecución de la obra.

En este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de julio de 2000⁵⁶³, de Cáceres de 28 de marzo de 2001⁵⁶⁴ y Álava de 18 de octubre de 2001⁵⁶⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1996⁵⁶⁶, con cita de la Sentencia de 27 de enero de 1992⁵⁶⁷, contempla la posibilidad de reparación señalando: «Aunque el Código Civil (artículo 1.588) no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúne las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre

⁵⁶³ JUR 2000\287738

⁵⁶⁴ JUR 2001\141403

⁵⁶⁵ JUR 2002\217243

⁵⁶⁶ RJ 1996\4833

⁵⁶⁷ RJ 1992\265

obligaciones y contratos, incluidos el de compraventa, que tiene derecho a que se subsane por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin».

9.2.5.3. Indemnización

Otros de los efectos que la jurisprudencia ha contemplado es el derecho de ser indemnizado, así lo entiende la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de octubre de 2004⁵⁶⁸, la cual admite la *exceptio non rite adimpleti contractus*, ejercida por la demandada, otorgándole un derecho a indemnización, por los defectos existentes en la implementación de un programa informático, debiendo esta indemnización compensarse con el dinero adeudado a la actora.

⁵⁶⁸ JUR 2004\298232

9.3. *Exceptio non rite adimpleti contractus*

9.3.1. *Contenido*

El incumplimiento inadecuado, como el incumplimiento parcial, son los supuestos que permiten el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1979⁵⁶⁹, señala de esta forma: «...que el arrendamiento de obra descrito en el art. 1.544 del C. Civ. es un contrato bilateral originador de obligaciones recíprocas, en el que el crédito de contratista no se dirige escuetamente a la prestación de pago del precio por parte del comitente, sino a una contraprestación, estos es, a la prestación del cobro del precio a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada, por lo cual dicho comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no la pone a su disposición (“*EXCEPTIO non adimpleti contractus*”), como si el contratista solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (“*EXCEPTIO non rite adimpleti contractus*”), salvo, claro es, que haya aceptado la prestación como cumplimiento o que su oposición al pago sea contraria a la buena fe... »

Por lo cual la excepción de incumplimiento inadecuado se contempla precisamente cuando existe un cumplimiento, a diferencia de la excepción de incumplimiento contractual, en que no hay entrega de la obra y ni

⁵⁶⁹ RJ 1979\1406

siquiera puesta a disposición del comitente. Debiendo eso sí, existir una falta de rigor en el cumplimiento, ya sea porque no se ajusta a lo convenido o porque se ha efectuado parte de él; permitiendo, bajo el amparo de la buena fe, rechazarlo reteniendo el precio convenido.

9.3.2. *Procedencia*

Según la Jurisprudencia la excepción exige para poder ser aplicados los siguientes requisitos:

9.3.2.1. *Manifiesta intención de incumplir*

Así lo han entendido las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1987⁵⁷⁰, 22 de noviembre de 1995⁵⁷¹, 25 de enero de 2001⁵⁷², 23 de mayo de 2002⁵⁷³, 20 de junio de 2002⁵⁷⁴ y 25 de marzo de 2004⁵⁷⁵.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de julio de 2004⁵⁷⁶, se refiere al respecto señalando: «De modo que el compelido podrá neutralizar la reclamación, hasta que el orden de cumplimientos,

⁵⁷⁰ RJ 1987\1512

⁵⁷¹ RJ 1995\8432

⁵⁷² RJ 2001\525

⁵⁷³ RJ 2002\7158

⁵⁷⁴ RJ 2002\5256

⁵⁷⁵ RJ 2004\1713

⁵⁷⁶ JUR 2005\9548. En este mismo sentido, las SSAP de Tarragona de 10 de octubre de 2002 (JUR 2003\10384), de Lugo de 28 de abril de 2003 (JUR 2003\200610) y La Rioja de 28 de junio de 2005 (JUR 2005\175539).

simultáneos o sucesivo, se respete, para lo que dispone de las excepciones *non adimpleti* y *non rite adimpleti contractus*. Así mismo, la reiterada actuación inadecuada de la actora constituye un supuesto de manifiesta voluntad de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que vertebra el requisito básico de apreciación de la excepción referida, como manifiesta el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 23 de mayo de 2002 (RJ 2002\6423), y de 25 de marzo de 2004 (RJ 2004\1713)».

9.3.2.2. Suficiente entidad del daño originado

Hace falta, para la exoneración del cumplimiento del *excipens*, que el daño originado por el incumplimiento tenga la suficiente entidad; pues el incumplimiento defectuoso, al existir un principio de cumplimiento por parte del contratista, obliga a efectuar una evaluación del tipo de incumplimiento. Sólo siendo posible su exoneración del pago del precio cuando el defectuoso cumplimiento tenga una entidad suficiente.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1989⁵⁷⁷, que declara inaplicable la excepción por cuanto resulta intrascendente “la falta de acabado que tampoco se ha concretado, en su entidad, ni en el coste de los trabajos complementarios precisos para producirlos”.

⁵⁷⁷ RJ 1989\3049

La Sentencia de 24 de octubre de 1986⁵⁷⁸ señala: «Al ser cierto, por demás, que no puede dudarse, dado el componente de las alegaciones de índole fáctico y jurídico que sirven de fundamento a la contestación a la demanda, que la referida excepción fue esgrimida, aunque con la exclusiva finalidad de obtener un pronunciamiento absolutorio de las prestaciones postuladas en el súplico de la demanda, la realidad es que para producirse tal pronunciamiento sin ninguna condicionalidad, o sea vedando por operancia de la cosa juzgada material la posibilidad al contratante incumplidor de cualquier ulterior reclamación, se requiere que el montante cuantitativo que, en su caso, signifique el daño originado por el incumplimiento, tenga la suficiente entidad como para determinar que el otro contratante quede exonerado de su obligación de pago, al ser obvio que cualquier incumplimiento no hace permisible postular tal exoneración, habida cuenta que conclusión contraria llevaría a la consecuencia inadmisibles de introducir en la sistemática del mutuo equilibrio en las prestaciones de carácter recíproco, que preside nuestro ordenamiento jurídico, un portillo que permitiría a uno de los contratantes liberarse de las que le competen cualquiera que sea el alcance o entidad pecuniaria de las que hayan dejado de satisfacerle y de aquí que el artículo 1.124 del Código Civil conceda al contratante que efectuó la prestación de lo que incumbía la facultad de pedir, frente al que no le hizo el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de

⁵⁷⁸ (RJ 1986\5954). La SAP de León, de 20 de diciembre de 2005 (JUR 2005\67942) entiende que existe un determinado incumplimiento consistente en la defectuosa colocación de las puertas, con lo cual admite el ejercicio de la *exceptio* reduciendo el precio en 500 €.

daños y abono de intereses en ambos casos, pero en manera alguna sí optó por el cumplimiento pretender que el incumplimiento de su contraparte le libere, sin más, de la prestación que le incumbía siendo posible la misma».

9.3.2.3. Falta de ejecución de la totalidad de la obra

La no ejecución total de la obra equivale a la entrega parcial, con lo cual cabría bajo el supuesto de cumplimiento defectuoso. De esta manera, lo entienden las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de diciembre de 2000⁵⁷⁹, de 20 de febrero de 2001⁵⁸⁰ y 19 de junio de 2002⁵⁸¹, de Asturias de 3 de noviembre de 2003⁵⁸², de Murcia de 17 de septiembre de 2004⁵⁸³, de Valencia de 19 de octubre de 2004⁵⁸⁴, de Cáceres de 15 de diciembre de 2004⁵⁸⁵ y Burgos de 31 de mayo de 2005⁵⁸⁶.

9.3.2.4. Retraso importante en la realización de la obra

En ciertas ocasiones, el cumplimiento de la prestación fuera del plazo pactado puede dar origen a un cumplimiento defectuoso, pues el término

⁵⁷⁹ JUR 2001 \ 93602

⁵⁸⁰ JUR 2001 \ 137637

⁵⁸¹ JUR 2002 \ 33517

⁵⁸² JUR 2003 \ 277415

⁵⁸³ JUR 2004 \ 274307

⁵⁸⁴ JUR 2004 \ 8141

⁵⁸⁵ JUR 2005 \ 1421

⁵⁸⁶ JUR 2005 \ 277155

establecido, muchas veces, es esencial en la contratación y puede conducir a una frustración del contrato.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de abril de 2003⁵⁸⁷ así lo entiende, al señalar que: «...debe concluirse que la entidad demandada no está obligada a satisfacer la cantidad reclamada en la demandada y que se corresponde al resto del precio del contrato de obra concertado con la demandante, al haber quedado acreditado que la obra que debía realizar la demandante consistente en la creación de una “WEB” con la finalidad de que la demandada pudiera comercializar sus productos en una fecha determinada, no se concluyó en la fecha pactada, adoleciendo de graves defectos que la hacían inservible para la finalidad para la que fue contratada, y así se desprende del informe pericial emitido por el perito D. Jesús Ángel, única prueba pericial practicada en el presente proceso, en cuyo informe (folio 98 de los autos), luego ratificado en el acto del juicio, se hace constatar que la página “WEB” no se encontraba terminada [...]. En consecuencia, debe estimarse que la empresa demandante incumplió su obligación de ejecutar la obra con las cualidades y en el tiempo pactado, cuya fecha de cumplimiento era esencial en el presente caso, ya que la realización de la misma con posterioridad a dicha fecha de mediados de febrero de 2001 disminuía gravemente el valor y utilidad de la obra prevista en el contrato, y ello es lo que llevó al juzgador de instancia a entender que la parte actora no había cumplido con su obligación de entrega de la obra pactada, por lo

⁵⁸⁷ JUR 2003\218375

que debe concluirse que ante el incumplimiento grave por parte de la actora de su obligación principal, el demandado está facultado para rehusar el pago del resto del precio que se le exige, debiendo, en consecuencia, por las razones expuestas, rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia».

En esta misma línea, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de julio de 2005⁵⁸⁸, de Madrid de 1 de abril de 2004⁵⁸⁹ y de Cádiz de 5 de mayo de 2004⁵⁹⁰.

9.3.3. *Improcedencia*

Es reiterada y unánime la jurisprudencia en señalar que, la *exceptio non rite adimpleti contractus* no podrá ser alegada, cuando lo mal realizado u omitido en esta prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado; por lo que será necesario acudir a otras figuras como la acción redhibitoria o de la reducción del precio, y en general de la contraprestación, o acudiendo a otras soluciones que ofrece el derecho comparado. Así lo han señalado, entre otras, las

⁵⁸⁸ JUR 2005\220895

⁵⁸⁹ JUR 2004\248257

⁵⁹⁰ JUR 2004\194239

Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1979⁵⁹¹, 13 de mayo de 1985⁵⁹², 12 de junio de 1987⁵⁹³ y 27 de marzo de 1991⁵⁹⁴.

9.3.3.1. Existencia de mala fe

La *exceptio non rite* debe ejercerse de buena fe, es decir, el *excipiens* no se debe beneficiar con el ejercicio de la *exceptio*, debiendo oponerse cuando existan verdaderos fundamentos para ello.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1976⁵⁹⁵, al prevenir: “La alegación de cualquiera de esas excepciones puede rechazarse cuando sea opuesta a las reglas de la buena fe”, como sucede “cuando sólo se está atrasado en un pequeño resto del contracrédito del actor, o cuando el cumplimiento puede ser mejorado o subsanado de otra manera”. Añade, además, que resulta contrario a la buena fe “facultar al demandado comitente para retener el cumplimiento del resto total de su prestación cuando con una pequeña parte del mismo puede ser resarcido de las imperfecciones de la obra, en cuantía a determinar por el Juzgador de Instancia”.

Si bien es unánime la jurisprudencia en entender la necesidad de la buena fe en el ejercicio de la *exceptio*, son escasas las sentencias que

⁵⁹¹ RJ 1979\871

⁵⁹² RJ 1985\2388

⁵⁹³ RJ 1987\4295

⁵⁹⁴ RJ 1991\2451

⁵⁹⁵ RJ 1976\1811 y RJ 1979\871

deniegan la excepción de incumplimiento por este motivo, desestimándola por otro tipo de causas, sin detenerse en la ausencia de la buena fe⁵⁹⁶.

9.3.3.2. Defectos de pequeña entidad

Amparar la *exceptio* en defectos de pequeña entidad que no signifiquen un verdadero cumplimiento defectuoso, significa dotar a la excepción de incumplimiento de un campo de aplicación que escapa del verdadero alcance que pretende este remedio.

En este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 22 de enero de 1998, La Rioja de 8 de marzo de 1999, Lleida de 1 de julio de 1999, Cantabria de 1 de diciembre de 2000, Tarragona de 30 de enero de 2001, Navarra de 12 de febrero de 2001, Orense de 30 de enero y 14 de noviembre de 2001, Ciudad Real de 8 de septiembre de 2003, Badajoz de 7 de octubre de 2004 y de Huelva de 14 de julio de 2005.

⁵⁹⁶ Así, por ejemplo, la STS de 5 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8996), en que se trataba de que el demandado comprador de un local opuso la excepción de incumplimiento, frente a la demanda de resolución del vendedor; basándose en que el local que había recibido y cuyo precio no había satisfecho, era de superficie menor a la acordada y había además perdido diaphanidad, a causa de una nueva ubicación del cajón de escaleras. Claro es que aquí resultaba, en todo caso, contrario a la buena fe la actitud del comprador, que habiendo recibido ya el local, se negaba al pago del todo del precio.

9.3.3.3. Defectos ya reparados

La *exceptio* no tiene fundamento cuando los defectos alegados por el *excipiens* ya han sido reparados. De esta manera, lo entiende la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 21 de noviembre de 2002⁵⁹⁷. Es de toda lógica entender que la *exceptio* no tiene sentido si ya se ha cumplido con lo establecido en el contrato, debiendo el *excipiens* abonar las sumas adeudadas. En el caso que dicha demora en la ejecución de la obra hubiera causado un perjuicio, deberá demandar reconvencionalmente dichas cantidades.

9.3.3.4. Falta de acreditación

Siempre es carga del *excipiens*, en este caso dueño de la obra, probar la existencia del cumplimiento defectuoso que fundamenta la excepción. Así, en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 10 de enero de 2003⁵⁹⁸, no quedaba acreditado de la prueba practicada que los muebles realizados y entregados por la entidad demandada fueran diferentes a los que fueron encargados, según el boceto de los referidos muebles. En el mismo, “aparece con claridad la curvatura posterior de la estantería y la de la mesa del ordenador sin que pueda afirmarse que las dimensiones del sinfonier, la cama y la del teclado, estándar la de este último a falta de pacto expreso, discrepen en su

⁵⁹⁷ JUR 2003\42815

⁵⁹⁸ JUR 2003\127654

conjunto de las ordenadas por el actor, pues es lógico que los cajones sean más pequeños que el mueble en su conjunto y sin que no obstante, estas variaciones, si existieran, fueran causa de resolución contractual". Además, resulta obvio que "no se acordó expresamente la elaboración de los muebles con madera maciza de castaño como revela de manera inequívoca el precio pactado de modo que no existe tampoco base para afirmar que los cajones sean débiles por cuanto su resistencia, además, no se ha probado". Tampoco "se acordó nada sobre ruedas de la cama, se desconoce por qué se afirma que la pintura ha sido mal aplicada, etc.", y por ello no cabía "acordar la corrección de los defectos o la nueva realización sin cantidad suplementaria alguna".

En esta misma línea, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria de 22 de noviembre de 2000⁵⁹⁹, Cádiz de 29 de diciembre de 2000⁶⁰⁰ y de 13 de diciembre de 2004⁶⁰¹, Sevilla de 2 de marzo de 2001⁶⁰², Valladolid de 13 de marzo de 2001⁶⁰³, Barcelona de 14 de febrero de 2001⁶⁰⁴ y 12 de febrero de 2002⁶⁰⁵, Valencia de 27 de julio de 2002⁶⁰⁶, 8 de julio⁶⁰⁷ y 30 de septiembre de 2005⁶⁰⁸, Lleida de 22 de enero⁶⁰⁹ y 12 de noviembre de

⁵⁹⁹ JUR 2001 \ 84609

⁶⁰⁰ (JUR 2001 \ 85618

⁶⁰¹ JUR 2005 \ 147285

⁶⁰² JUR 2001 \ 233240

⁶⁰³ JUR 2001 \ 140392

⁶⁰⁴ JUR 2001 \ 136488

⁶⁰⁵ JUR 2002 \ 114346

⁶⁰⁶ JUR 2002 \ 253900

⁶⁰⁷ JUR 2005 \ 276000

⁶⁰⁸ JUR 2005 \ 278675

⁶⁰⁹ JUR 2002 \ 76017

2002⁶¹⁰, Huesca de 21 de marzo de 2003⁶¹¹, Murcia de 21 de abril de 2004⁶¹² y 10 de junio de 2005⁶¹³, Baleares de 24 de mayo de 2004⁶¹⁴ y 19 de mayo de 2005⁶¹⁵, Madrid de 28 de junio de 2004⁶¹⁶, 21 de septiembre⁶¹⁷ y 25 de octubre de 2005⁶¹⁸, Girona de 4 de mayo⁶¹⁹ y 8 de junio de 2005⁶²⁰ y Santa Cruz de Tenerife de 3⁶²¹ y 31 de octubre de 2005⁶²².

9.3.3.5. Defectos no imputables al contratista

Si se acredita que los defectos en la ejecución de la obra no corresponden al contratista, la excepción de cumplimiento defectuoso no tiene sustento. Así lo entiende la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Palmas de 21 de octubre de 2002⁶²³, al entender que los defectos en la reparación de la maquinaria se deben al alza de la tensión eléctrica, cuestión ajena a las obligaciones contractuales asumidas por el contratista.

⁶¹⁰ JUR 2003\14751

⁶¹¹ JUR 2003\117718

⁶¹² JUR 2004\151339

⁶¹³ JUR 2005\161929

⁶¹⁴ JUR 2004\206400

⁶¹⁵ JUR 2005\132103

⁶¹⁶ JUR 2004\235235

⁶¹⁷ JUR 2005\252888

⁶¹⁸ JUR 2005\251802

⁶¹⁹ JUR 2005\171027

⁶²⁰ JUR 2005\181622

⁶²¹ JUR 2005\171027

⁶²² JUR 2002\72051

⁶²³ JUR 2003\80671

9.3.3.6. Recepción satisfactoria

La recepción de la obra viene a constituir una manifestación de voluntad del dueño de la obra, por medio de la cual manifiesta su conformidad con lo ejecutado. En efecto, entendiendo que el dueño de la obra recibe lo ejecutado por el contratista, no puede alegar posteriormente un cumplimiento defectuoso cuando queda manifestado en la recepción de la obra que cumple con lo establecido en el contrato⁶²⁴. En caso de aparecer con posterioridad defectos que no existían al momento de la recepción, el dueño de la obra tiene a su disposición acciones que el ordenamiento jurídico proporciona para dicho evento⁶²⁵.

9.3.4. Efectos

El principal efecto de la *exceptio* es detener el cumplimiento demandado, hasta que no se asegure el cumplimiento recíproco. Es éste, y no otro, el principal efecto de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

No obstante, la jurisprudencia, en algunas ocasiones, entiende que se debe aminorar el precio debido por los defectos que se irrogan a la obra ejecutada, sin la necesidad de retener el precio adeudado⁶²⁶.

⁶²⁴ Así lo entiende la SAP de La Coruña de 30 de noviembre del 2000 (JUR 2001\93281).

⁶²⁵ Hablamos de la acción redhibitoria y *quantis minoris*.

⁶²⁶ En este sentido, la SAP de Asturias de 3 de abril de 2001 (JUR 2001\209346). Así señala: "Y es que si por la doctrina jurisprudencial se tiene dicho que solo aquél

Lo normal sería que ordene suspender el pago hasta que no se reparen los defectos existentes en la obra. Esta es la verdadera esencia de la *exceptio*, permitir el cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas.

Sin embargo, como se señalaba en algunas ocasiones, la jurisprudencia, ante el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, ordena que se rebaje el precio en proporción a los defectos que se originan a causa de la ejecución de la obra. Este debería ser un efecto propio de la solicitud planteada en la demanda reconvenzional, que solicita la rebaja del precio y no un efecto de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente.

En otras ocasiones, si existe la necesidad de llevar a cabo una serie de labores para deshacer lo mal hecho y dejar la obra en las condiciones pactadas, quedando una parte del precio por pagar; se ordena que se abone la misma al ejecutor de la obra, si hubiera lugar a ello, tras la realización de la reparación citada. Lo indica de esta manera la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2004⁶²⁷, al señalar:

incumplimiento de tal grado que haga inhábil el objeto para el fin que se destina o defraude las expectativas de los contratantes es válido para oponerse al pago del precio de la obra ejecutada mientras que en caso de afectar a aspectos o elementos accesorios ni le es dado al comitente retener el precio de la obra y sí y solo, en su caso, minorar el debido de la cuantía de los defectos advertidos o interesar la reposición de estos llano es que debe concluirse con el juzgador que debe ser estimada la demanda [...]” Recientemente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de diciembre de 2010 (RJ 2010\281), se pronuncia en este sentido, al entender que ante el ejercicio de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, lo que procede es la reducción del precio.

⁶²⁷ JUR 2004\225788). En este mismo sentido, las SSAP de La Rioja de 8 de octubre de 1999 (AC 1999\8069), Pontevedra de 9 de abril de 2001 (JUR 2001\209917), Tarragona de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005\103583), entre otras.

«...Y, según la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1125\1996 (Sala de lo Civil), de 21 de diciembre. El carácter sinalagmático de la compraventa exige que las prestaciones de comprador y vendedor deben de realizarse con perfecta simultaneidad e identidad de tiempo y lugar, y como sucede en este litigio, al no haber cumplido la recurrente, en su condición de instaladora y vendedora, con sus obligaciones, puede el comprador retener el precio aplazado, al subordinarlo a aquel deber de la contraparte, en aras del necesario equilibrio y neutralidad contractual, que al no dejar en correcto funcionamiento el sistema instalado, atenta a la reciprocidad y equiparación de las posiciones contractuales de los interesados en la relación negocial, pues, también con su conducta contractual, suficientemente probada como incumplidora, vino a frustrar en parte el fin del negocio, conforme declara la doctrina de esta Sala [...] Así pues, la solución que da la sentencia de instancia es correcta, y ha sido debidamente justificada; pues, debe la parte demandada pagar el precio del material adquirido para mejorar su funcionamiento, siempre que se haya reparado el sistema, para evitar sucesivos desembolsos, por lo que, el motivo debe ser desestimado».

En otras oportunidades, la jurisprudencia aplica la compensación judicial de deudas, dando lugar a la compensación entre la cantidad reclamada por el actor y el importe de reparación de los defectos constructivos imputables al mismo⁶²⁸.

⁶²⁸ SAP de Lleida de 9 de febrero de 2000 (AC 2000\183).

Por último, se ha llegado a señalar que la obra no se entiende entregada hasta que los defectos sean reparados⁶²⁹.

9.3.5. *Coordinación de la exceptio non rite adimpleti contractus y acción de cumplimiento en el contrato de arrendamiento de obra*

Sabemos que, para el éxito de la *exceptio*, lo ideal es ejercitar la acción de cumplimiento a través de la demanda reconvenional. A diferencia de la compraventa, en el contrato de arrendamiento de obra el comitente podrá demandar al contratista sólo a través de la acción de cumplimiento; sin que, en principio, existan otras acciones que faciliten el cumplimiento idóneo de la prestación⁶³⁰.

Al entender que el ejercicio de la *exceptio* persigue seguir adelante con el contrato celebrado, parece lógico que, en la demanda reconvenional, se ejercite la acción de cumplimiento solicitando ya sea el cumplimiento *in*

⁶²⁹ SAP de Vizcaya de 25 de noviembre de 2003 (JUR 2004\36696).

⁶³⁰ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha decretado inaplicable las normas del saneamiento por vicios ocultos del artículo 1.484 C.C., a los casos del artículo 1.591 C.C., aplicable a los supuestos de defectos en la construcción, pues sus imperfecciones constituyen no simples vicios ocultos, cuya acción de saneamiento se extingue a los seis meses, sino defectos edificativos tipificables en dicho artículo 1.591 y no impiden que integren situación de incumplimiento contractual. En este sentido, las SSTs de 12 de febrero de 1985 (RJ 1985\546), 20 de junio de 1986 (RJ 1986\3786), 17 de mayo, 25 de noviembre y 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988\4312, 8713, y 9436), 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9186), 10 de octubre de 1994 (RJ 1994\7474), y 29 de noviembre de 1999 (1999\91399), entre otras. Diferente es la situación en el contrato de compraventa de un inmueble, pues aquí el comprador tiene un abanico más amplio, al poder ejercitar las acciones de saneamiento por los vicios ocultos de la cosa vendida, la acción resolutoria de la compraventa del artículo 1.504 y la genérica del artículo 1.124, en relación con el artículo 1.101 C.C.

natura o solicitando la reducción del precio, en proporción a la parte de la prestación mal realizada.

Ahora bien, también es posible que solicite junto a la demanda reconvenzional, la indemnización por los daños y perjuicios que le pueda haber ocasionado el cumplimiento defectuoso⁶³¹.

Tampoco se puede desconocer, que frente a la demanda del contratista del precio debido por el comitente, éste ejercite la *exceptio* y a su vez demande reconvenzionalmente la resolución del contrato. Esto puede ser posible en aquellos supuestos en que el incumplimiento del contratista conlleve la imposibilidad de obtener el resultado que las partes tenían en cuenta al momento de la celebración del negocio. Con lo cual no tiene sentido ya para el *excipiens* seguir adelante con la ejecución ante la pérdida de la finalidad perseguida; y, por ende, no le convenga seguir adelante

⁶³¹ FISAC DE RON, M^a, P.: *El cumplimiento del Contrato de obra: Recepción*, Barcelona, 2001, pág. 111 y sgtes., señala que la responsabilidad del contratista ante una obra defectuosa se puede hacer valer a través de las siguientes formas: “1. ° Acción reparatoria. Siendo posible en este caso solicitar la rebaja o disminución del precio o la realización de las correcciones precisas. 2. ° Negación del pago. Por medio de la *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus*, en tal evento la finalidad que persigue la *exceptio non rite adimpleti contractus*, según la Jurisprudencia, es meramente reparatoria, bien sea a través de la realización de las operaciones correctoras precisas o a través de la reducción del precio. 3. ° La indemnización de daños y perjuicios”. Según nos señala esta autora, para poder solicitar la indemnización de perjuicios, la Jurisprudencia acude al concepto de morosidad, justificado en la realización imperfecta de la obra, estimando aplicable las consecuencias que determina el artículo 1.101 del C.C. La STS de 25 de febrero de 1983 (RJ 1983\1076) señala, en este sentido, lo siguiente: “Si el arrendatario ejecutó una obra que no servía para el fin a que estaba destinada, mal puede entenderse que con ello cumpliera su obligación de entrega de la misma dentro del plazo fijado, por lo que, indudablemente, ha incurrido en morosidad originadora de la obligación de indemnizar y es aplicable el art. 1.101 C.C.”

con la ejecución del mismo. En este sentido, la *exceptio* sólo tendría el fin de detener la acción de cumplimiento ejercitada por el contratista.

No obstante, esta facultad resolutoria, como sabemos, sólo es posible cuando el incumplimiento es grave; con lo cual la *exceptio* a ejercitar no sería la de incumplimiento inadecuado, sino la de contrato no cumplido. Tampoco es indispensable el ejercicio de la *exceptio* para el éxito de la acción resolutoria, pues si la solicita en la demanda reconvenzional, bastaría para detener la demanda de cumplimiento y eximirse del pago exigido por el contratista demandante.

Si bien, nada obsta a que se pueda ejercita la *exceptio*, como ya hemos señalado, nos parece innecesaria si no se pretende obtener el cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas.

CAPÍTULO VI. EFECTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

1. Efectos de la excepción

La alegación de la *exceptio non adimpleti contractus* se encamina a quedar liberada, por parte del *excipiens*, del cumplimiento de la prestación reclamada en ese momento; no de modo definitivo, sino hasta que el reclamante cumpla con su parte. Este es el fin perseguido al ejercitarse la excepción de contrato no cumplido y, por consiguiente, su efecto principal es suspender el cumplimiento de la prestación que se le exige. No obstante, existen otros efectos secundarios o derivados que se generan a raíz del efecto principal.

Con el objeto de un mejor entendimiento de la materia, analizaremos por separado el efecto principal y secundarios como la extensión de los mismos.

1.1. Efecto principal de la excepción

Como ya hemos enunciado, el efecto directo a que tiende la alegación de la *exceptio* es la suspensión provisional del cumplimiento de su obligación por parte del *excipiens*⁶³². De esta forma, el demandado impide

⁶³² ESPÍN CANOVAS, D.: "La excepción de incumplimiento..." op. cit., pág. 571.

que la contraparte pueda procurar por la fuerza la satisfacción del crédito por cualquier vía, directa o indirecta, *in natura* o por equivalente, sin cumplir a su vez u ofrecer simultáneamente la ejecución de lo que debe⁶³³.

Desde el punto de vista sustantivo, la excepción no destruye ni extingue el derecho reclamado por el actor y sólo impone una dilación en el cumplimiento; que queda subordinado a su simultaneidad con la prestación de la parte del demandante, de manera que neutraliza temporalmente el derecho del actor, pero no lo extingue⁶³⁴.

Por lo tanto, esta neutralización tiene importantes consecuencias prácticas que benefician al *excipiens*. En este sentido, si la prestación que debe el demandado consiste en la entrega de un bien podrá legítimamente negar dicha entrega, mientras perdure la situación de inejecución de la contraprestación⁶³⁵. De la misma forma, si se trata de una obligación de hacer, tampoco podrá el acreedor, apelando a lo dispuesto en el artículo

⁶³³ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 90.

⁶³⁴ En este sentido, los siguientes autores: DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 695. FERNANDEZ URZAINZQUI, J. F.: "La regla de la simultaneidad..." op. cit., pág. 415. OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral...* op. cit., pág. 37. MASNATTA, H.: *Excepción de incumplimiento contractual*, Buenos Aires, 1967, pág. 87. ESPÍN CANOVAS, D.: "La excepción de incumplimiento..." op. cit., pág. 571. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit. pág. 195. CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 90.

⁶³⁵ PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 633. En este punto señalan: "Cuando la deuda del que se excepciona consiste en una cosa corporal, la excepción surte iguales efectos que la prenda o la anticresis, aun cuando no permite, como estas últimas, proceder a la venta de ella y cobrar sobre el precio con derecho preferente". Señalando a continuación: "El ejercicio de la excepción priva al actor del disfrute de la cosa y de percibir los frutos; pero, el que la alega no puede, sin más, disfrutar a su vez de la cosa, ni beneficiarse con sus frutos, teniendo que rendir cuenta de los que vaya produciendo".

1.098 del C.C.⁶³⁶, y las normas procesales concurrentes, procurarse una prestación equivalente a costa del deudor. En el evento de que la obligación de dar del *excipiens* recayera sobre bienes fungibles, específicamente sobre dinero, tampoco podrá extinguirse por compensación con otro crédito no sinalagmático que tuviese la contraparte frente a él. Esto último es razonable, ya que si no puede ser obligado al pago, menos aún podría serlo a la compensación⁶³⁷.

No obstante, existe un grupo de sentencias que entienden que el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* sí puede producir un efecto absolutorio, en el sentido de que no suspende el cumplimiento de la prestación, sino que lo libera de su cumplimiento, señalando que: «...es requisito indispensable que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que, en su caso, signifique el daño originado por el incumplimiento del demandante, tenga la suficiente entidad como para determinar que el otro contratante quede exonerado de su obligación de pago, al ser obvio, que cualquier incumplimiento no hace presumible postular tal exoneración, habida cuenta que la conclusión contraria

⁶³⁶ Artículo 1.098. Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.

⁶³⁷ En este sentido, PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., págs. 633 y sgtes. CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 90.

llevaría a la consecuencia inadmisibile de introducir un desequilibrio en las prestaciones⁶³⁸».

Así, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2003⁶³⁹, que debe, en el contexto de la celebración de un contrato de distribución en exclusiva, conocer sobre una demanda de resolución en contra de la distribuidora por sendos incumplimientos de ésta. El distribuidor se defiende, entre otros argumentos, con la figura de la *exceptio non adimpleti contractus*, por entender que su propio incumplimiento se debía a la falta de cumplimiento de prestaciones establecidas en el contrato por parte del proveedor. El Tribunal, en efecto, rechaza la *exceptio*, pero sólo por entender que para producirse un efecto absolutorio, es necesario que exista una prueba que conduzca a la certeza que el monto cuantitativo que signifique el daño originado por el incumplimiento del demandante tenga la suficiente entidad para exonerar a su vez al *excipens* de su obligación de pago. En efecto, el Tribunal reconoce en la *exceptio* un efecto absolutorio, pero lo deniega por entender que para que esto se produzca, el *excipens* debe probar, de forma veraz, la suficiente entidad del incumplimiento del demandante.

Consideramos que la aplicación de la *exceptio* por este grupo de sentencias es equivocado, ya que la solicitud de exoneración de la prestación debe ser solicitada como acción; es decir, debiendo pedir la

⁶³⁸ En este sentido, las SSTs de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388), 24 de octubre de 1986 (RJ 1986\5954), 20 de mayo de 1989 (RJ 1989\3679) y 12 de julio de 1991 (RJ 1991\1547).

⁶³⁹ RJ 2003\1165

resolución del contrato y, por ende, debe ser ejercitado necesariamente por medio de la demanda reconvenzional.

La *exceptio* es un medio de defensa, que persigue o busca paralizar el cumplimiento de la obligación del demandado, hasta que el demandante cumpla con su parte. Por lo cual, habrá que estar a lo solicitado en la demanda reconvenzional, y si esto último no se ha producido, se podría caer en una eventual incongruencia en la sentencia, fallando con *extrapetita*⁶⁴⁰.

Ejemplo de esto último es la Sentencia de 15 de marzo de 1979⁶⁴¹, que confirma la Sentencia de la Audiencia, en donde se estimaba la demanda

⁶⁴⁰ La STS de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\2763), señala: “Como señala la doctrina jurisprudencial, la subsanación de tales defectos habría de hacerse por la vía reparatoria, bien por la reparación “*in natura*” de tales desperfectos, o por la reducción del precio, ninguna de cuyas formas ha sido ejercitada por la recurrente mediante la oportuna demanda reconvenzional, limitándose a manifestar en su contestación a la demanda que no pretende “*compensar*” las facturas con el supuesto coste de las obras a realizar por Obrytex sino que por éste se le dé finalidad y de conformidad con el contrato de obra; por ello cabe aplicar al presente caso lo dicho por la sentencia de 15 de marzo de 1979 (RJ 1979, 871), en relación con el litigio en ella resuelto, al manifestar que a pesar de que en el escrito de contestación a la demanda dicha comunidad objeta el cumplimiento parcial defectuoso reprochable al contratista se abstuvo de formular pretensión reconvenzional alguna, y por tanto no se solicitó al resarcimiento por la vía de la reparación específica ni la reducción de la cantidad debida, sino que se limitó a solicitar la íntegra desestimación de la demanda.

La doctrina jurisprudencial expuesta lleva a la estimación de los motivos cuarto y quinto cuenta que la sociedad Cooperativa demandada se limitó en su contestación a la demanda a pedir la desestimación de la demanda; no ejercitó acción reconvenzional solicitando la reparación de los defectos apreciados en la instalación o una rebaja proporcional del precio. En todo caso, la estimación de la excepción de contrato no cumplido no puede conducir al pronunciamiento hecho en la sentencia recurrida de liberar al deudor de pagar la parte del precio”. En este mismo sentido, la SSTS de 30 de enero de 1992 (RJ 1992\1518) y 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4833).

⁶⁴¹ RJ 1979\871

de cumplimiento interpuesta por un contratista que había cumplido de modo imperfecto; considerándose improcedente la alegación de la *exceptio* de incumplimiento por parte del demandado, pero procediendo también aquí a una reducción del precio que debía. En este caso, si se alude expresamente a que debía de haberse interpuesto la demanda reconvenzional, si se pretendía la reparación *in natura* (o dice, la reducción del precio, que no obstante operó la Sentencia de la Audiencia, confirmada por ésta).

Pero además, es preciso señalar, que la *exceptio* es sólo una sanción del principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones sinalagmáticas, y cuando se invoca sólo se pretende preservar el equilibrio contractual; pero si erróneamente (a nuestro juicio) se entiende que la estimación de la misma conduce a la definitiva absolución del demandado, no debe extrañar que normalmente se entienda que su alegación es improcedente.

En el caso de exigirse los mismos requisitos requeridos para que opere la resolución por incumplimiento, igualándola en sus presupuestos y eficacia; la excepción de incumplimiento queda desdibujada y sin campo propio de aplicación⁶⁴².

Ahora bien, como señala DÍEZ-PICAZO, desde el punto de vista procesal, la excepción de incumplimiento determina la desestimación de la demanda. Sin embargo, el actor podrá iniciar una reclamación mejor fundada, tras cumplir su propia obligación, pues en este caso, no puede

⁶⁴² En este sentido, CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 169.

funcionar la excepción de cosa juzgada; ya que la *causa petendi* y los hechos que fundamentan la segunda demanda, son parcialmente distintos de los de la primera.

Cabe destacar, que son cosas distintas la solicitud de exoneración del pago del precio o el cumplimiento de cualquier otra prestación por parte del demandado, y la solicitud de la desestimación de la demanda fundada en la excepción de contrato no cumplido.

En el primer caso, de acogerse la sentencia, ésta exime de la prestación al demandado, impidiendo al demandante volver a reclamar el cumplimiento de la prestación. En el segundo caso, la demanda se rechaza por la falta de un presupuesto legal propio de las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo (que es el previo cumplimiento); por lo cual una vez cumplida la obligación u ofrecida ésta de forma seria, se podrá volver a demandar su cumplimiento.

Otros de los efectos que se puede generar con el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*, y que se puede apreciar con cierta frecuencia en la jurisprudencia, es la condena parcial en contra del *excipiens*. En concreto, ante el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*, el tribunal desestima la aplicación de la *exceptio* ante incumplimientos de poco monto o de baja entidad; optando por una salida intermedia, otorgando al demandado la posibilidad de reducir el pago del precio ante el incumplimiento del demandante.

En definitiva, lo que hace el Tribunal es desestimar la excepción de contrato no cumplido, condenando al demandado, pero de forma parcial; ya que se acepta que cumpla con una parte del precio debido, compensando la parte de la prestación incumplida por el demandante, con la parte del precio que deja de pagar el demandado.

Se debe tener en cuenta, que el principio de la buena fe debería inhibir al *excipiens* de oponerse al cumplimiento de forma total, cuando sea suficiente protección la negativa de cumplimiento parcial⁶⁴³.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1997⁶⁴⁴, señala: «...que se ha expuesto anteriormente la doctrina y jurisprudencia de la *exceptio non adimpleti contractus*. Aplicándola al caso concreto de autos, como hace este motivo de casación, se ha acreditado –como expone la sentencia de instancia- la ejecución por la sociedad constructora (contratista en el contrato, demandante en el proceso y parte recurrida en

⁶⁴³ En este sentido, PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 634.

⁶⁴⁴ RJ 1997\7410. Fundamentando esta aplicación de la excepción de contrato no cumplido, se expresa la STS de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388), al señalar: "...si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo cual realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio". En este mismo sentido, SSTS de 21 de noviembre de 1971 (RJ 1971\4974), 17 de enero de 1975 (RJ 1975\18), 13 de marzo y 3 de octubre de 1979 (RJ 1979\871 y RJ 1979\3236), 30 de enero de 1992 (RJ 1992\1518), entre otras.

casación) de la obra objeto del contrato; también se ha acreditado una serie de deficiencias y defectos, lo que supone un cumplimiento defectuoso de la obligación de ejecutar la obra, pero no supone su incumplimiento, que permita la aplicación de esta “*exceptio*”. Por ello, no se aprecia infracción alguna de los artículos que cita el Código Civil ya que éstos no prevén que una parte pueda basarse en el cumplimiento defectuoso de la otra, para incumplir su obligación; estimar la argumentación de este motivo, que pretende justificar el incumplimiento de la obligación de pago del precio en el contrato de obra en los defectos de ésta, sería tanto como permitir el impago en todo caso que la obra no haya resultado perfecta». La solución que da la Sentencia de instancia es la correcta: «...debe la parte demandada pagar el precio y de éste debe descontarse el valor de las reparaciones hechas y por hacer que se han acreditado».

Al igual que en el Derecho alemán⁶⁴⁵, se ha entendido, por otra parte, de la jurisprudencia, que el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* puede generar una condena condicional, en el sentido de condicionar el cumplimiento del deudor requerido hasta que el demandante subsane el cumplimiento defectuoso.

⁶⁴⁵ El parágrafo 322 del BGB señala: “Si una parte interpone acción para reclamar la prestación a ella debida a consecuencia de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho correspondiente a la otra parte de negar la prestación hasta la efectuación de la contraprestación sólo produce el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada al cumplimiento simultáneo”. MELÓN INFANTE, C.: *Código Civil alemán (BGB)/ traducción directa del alemán al castellano, acompañadas de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*. Barcelona, 1955.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de mayo del 2000⁶⁴⁶, señala: «La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda interpuesta por Multiservicios de la construcción González Martín S.L., condenando al demandado al pago de la cantidad de 486.348, pesetas, una vez que el actor repare los defectos de ejecución de obra reseñados en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, y ello en base al fundamento de derecho tercero in fine, donde se recoge que “el contratista, en virtud de la *exceptio non adimpleti contractus* alega lo contrario, no puede exigir el pago del resto del precio de la obra hasta que no subsane los vicios acreditados”. En efecto, de la excepción de cumplimiento inadecuado o de contrato no cumplido regularmente no se derivan consecuencias procesales distintas que las que determina el incumplimiento contractual, esto es, que la ejecución de la prestación reclamada al demandado queda en suspenso, condicionada a la realización simultánea por parte del actor de la prestación que le incumbe. La reciprocidad, que ha de presidir el desarrollo de las obligaciones bilaterales, y la equidad, que debe inspirar la aplicación de las normas conforme establece el artículo 3.2 del Código Civil, lleva a la adopción de soluciones correctoras, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la finalidad de restablecer el equilibrio en las prestaciones, que pasan por la reducción parcial de la prestación reclamada en medida equivalente o proporcional a la parte que al demandante resta por cumplir la suya y así, en la Sentencia de 23 de diciembre de 1993, tras establecer

⁶⁴⁶ JUR 2000\264117

que no había propio incumplimiento, sino cumplimiento defectuoso de la constructora, declara que la obligación de reparar sin que ello releve al dueño de la obra del cumplimiento a su vez de lo que le incumbe conforme a lo pactado. Por ello, constatada en la instancia a través de la prueba de reconocimiento judicial y documental, la existencia de los defectos de ejecución que se consigna en el fundamento de derecho primero, y que el perito Sr. A.B. también constata en el informe pericial practicado en esta alzada, debe confirmarse el pronunciamiento de la sentencia recurrida que condiciona la condena del demandado a la reparación por el actor de estos defectos de ejecución».

En el fondo, esta sentencia lo que determina para las partes del juicio es una condena de cumplimiento simultáneo, ya que sólo deberá cumplir el demandado una vez que el actor resuelva los defectos de ejecución de la obra ejecutada.

Es interesante entender los efectos que se siguen de la aplicación de la *exceptio* por esta sentencia, ya que ante el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*, el tribunal no rechaza la acción del actor, sino que determina en la propia sentencia que el demandante subsane los defectos de su prestación; lo cual evita el inicio de un segundo juicio en que el demandante deba solicitar el cumplimiento de la contraprestación⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ Favorables a la condena condicional, se manifiestan LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit., pág. 195 y FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.: “La regla de la simultaneidad...” op. cit., pág. 415. En el derecho francés, se manifiesta a favor de la condena condicional CASSIN, R.: *L’exceptión tirée...* op. cit., pág. 640. Revisado en CRUZ

1.2. Efectos secundarios de la excepción

El efecto propio de neutralización que genera el ejercicio de la excepción produce, como señala ESPÍN,⁶⁴⁸ un periodo intermedio de quiescencia, que genera una serie de efectos secundarios.

1.2.1. Sobre los riesgos por pérdida fortuita

Para poder determinar cuáles son estos efectos secundarios, es preciso calificar la situación en que quedan las partes luego del ejercicio de la excepción de contrato no cumplido. Claro es, según nuestro parecer, que quien ejercita la *exceptio* no se encuentra en un estado de incumplimiento y, por ende, no incurre en mora⁶⁴⁹. Esto debido a que, en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe⁶⁵⁰.

En efecto, no produciéndose la mora, el deudor mantiene el mismo estado que tenía antes del ejercicio de la *exceptio*, por lo cual queda sujeto a una asignación de responsabilidad normal, no debiendo responder por el

MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 85. La posibilidad de una sentencia condicional es discutida en Italia; ver autores citados por PERSICO, G.: *L'eccezione...* op. cit., pág. 187.

⁶⁴⁸ ESPÍN CANOVAS, D.: "La excepción de incumplimiento..." op. cit., pág. 572.

⁶⁴⁹ PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 634. Señala: "En cuanto a los intereses moratorios, no caben en esta materia ya que se trata de una parte deudora en una obligación que ha de cumplirse "dando y dando"; pero, si el disfrute de la cosa hubiese continuado como el día de celebrarse el contrato (en el arrendamiento de cosas, por ejemplo), adeudará el precio".

⁶⁵⁰ Artículo 1.100 del Código Civil.

perecimiento debido a caso fortuito, como lo señala el artículo 1.096 del C.C., sobre la custodia del bien se debe mantener el mismo grado de responsabilidad y de diligencia, lo cual supondrá que deba compensársele los gastos que realice en dicha conservación; y para garantía de dicho crédito contará, además, con un derecho de retención⁶⁵¹.

PERSICO, en el Derecho italiano⁶⁵² entiende que, con el ejercicio de la *exceptio*, se produce una disminución de la normal responsabilidad debitoria. Esto, básicamente porque, en el Derecho italiano, la obligación de custodia perdura hasta el vencimiento del término; se trata de una obligación asumida voluntariamente, por lo que se impone la normal diligencia media del buen padre de familia. En cambio, la obligación de custodiar posterior a la oposición de la *exceptio*, surge por el contrario autónomamente de la nueva situación producida a causa del incumplimiento de la contraparte, deduciendo de aquí que la responsabilidad por la custodia debe ser valorada con menor rigor, como en el caso del depósito gratuito.

Sobre esto último, seguimos el criterio de ESPÍN⁶⁵³, que no comparte lo anteriormente expuesto por creer que se basa en un equívoco, ya que la prolongación de la obligación de custodia, asumida voluntariamente en el contrato, se atribuye al incumplimiento de la parte a quien se opone la excepción; y si bien es cierto que no ha cumplido, esa situación de

⁶⁵¹ Artículos 1.779 y 1.780 del Código Civil.

⁶⁵² En este sentido, PERSICO, G.: *L' eccezione...* op. cit., pág. 195.

⁶⁵³ ESPÍN CANOVAS, D.: "La excepción de incumplimiento..." op. cit., pág. 573.

incumplimiento es común al *excipens*, puesto que se le reclama su cumplimiento. Además, agrega que no habiendo efectuado su cumplimiento el *excipens*, no cabe hablar de incumplimiento por la otra parte, conforme a la regla fundamental de cumplimiento simultáneo. Nos parece que, siendo la misma situación de no cumplimiento para ambas partes, se deba disminuir la responsabilidad de una de ellas, el *excipens*, salvo que se afirmase igual debilitación para ambas.

1.2.2. Respecto a los frutos

En caso de que los bienes produzcan frutos, es de entender que el *excipens* los perciba y los retenga junto con el bien que los produjo, para entregarlos posteriormente junto al bien. Sólo es posible venderlos en caso que los frutos fueran perecederos y se pudieran perder en el período de espera de cumplimiento. En dicho evento, es decir, de lo que se obtenga de dicha venta, no se podrá imputar a la satisfacción de su propio crédito o de los intereses que el mismo produzca⁶⁵⁴.

1.2.3. Respecto a la mora

Cabe mencionar, que existe la posibilidad de poder evitar este período de quietud que se puede generar con el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido. Esto es posible si el *excipens*, junto con el ejercicio de

⁶⁵⁴ PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 634.

la *exceptio*, pone en mora al demandante; de esta forma, la situación de equilibrio antes descrita “queda rota” y se deja en una situación más gravosa que le constreñirá a cumplir.

La forma de poner en mora a la contraparte en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, es a través del cumplimiento de la propia obligación, así lo señala expresamente el artículo 1.100, parte final, del C.C. “Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”⁶⁵⁵. Ahora bien, no tiene sentido oponer la

⁶⁵⁵ No obstante, la cuestión no es del todo pacífica, ya que se discute en doctrina la forma correcta de constituir en mora en las obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo. ALBALADEJO, M.: “La mora en las obligaciones recíprocas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Enero-Febrero, 1968, pág. 10 y sgte. “Es de la teoría que el artículo 1.100 del C.C. requiere, además del presupuesto general de la interpelación del acreedor, que éste haya cumplido previamente su obligación, lo que resulta justificado por la propia naturaleza sinalagmática de la relación obligatoria que une a las partes contratantes. Si se introduce esta especial regla en el ordenamiento, es para evitar que la parte que tampoco ha cumplido lo que le es respectivo, pueda situar injustificadamente a la otra parte en esa situación de responsabilidad agravada que significa la constitución en mora. Si efectivamente se tratase de una excepción a la regla de la constitución en mora mediante intimación, vendría situada sistemática y numeradamente con los demás supuestos de mora automática, es decir, sería el número tercero del segundo párrafo del precepto y no se hubiera redactado aparte. Además, agrega que aplicando fielmente el criterio de que basta el cumplimiento de la otra parte para entender incurso en mora al deudor, se llegaría a la insólita conclusión de que estaría en mora incluso el deudor que aun no habiendo cumplido su prestación, ignora que cumplió el otro”. CRISTÓBAL MONTES, A.: *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, pág. 34. Señala al respecto que: “...la necesidad de requerimiento en las obligaciones unilaterales viene dada, porque en este tipo de obligaciones, por definición, el débito sólo funciona en un sentido y parece natural y obligado que la constitución en mora del único deudor precise del requerimiento de pago por parte del único acreedor, ya que éste será el mecanismo idóneo por cuyo través puede mostrar que está interesado y desea el cumplimiento actual de la obligación. Por el contrario, las obligaciones recíprocas vienen caracterizadas por la circunstancia de que ambos sujetos son recíprocamente acreedores y deudores, de tal forma que se produce entre ellos un equilibrio, un estado de mutuo condicionamiento que neutraliza sus prerrogativas y torna “estáticas” las facultades de actuación que en otro supuesto aparecerían expeditas. Una de las peculiaridades de este tipo de

exceptio y cumplir a su vez con la prestación que se le demanda; por lo cual, al menos sería necesario ofrecer el cumplimiento o cumplir⁶⁵⁶, pero que dicho cumplimiento, en el caso de ser posible, se debería realizar en manos del tribunal. De esta forma, se aseguraría obtener el cumplimiento de su contraparte.

1.2.4. Respecto a la interrupción de la prescripción

Otro de los efectos secundarios, que ha sido afirmado por algún sector de la doctrina, es el de la interrupción de la prescripción del derecho de

obligaciones es precisamente que el efecto de la mora se produce automáticamente y si, precisamente, ninguno de los obligados puede caer en mora sin previo cumplimiento del otro, el paso lógico subsiguiente viene dado por el hecho de que, realizado éste, se produzca de inmediato la verificación de aquélla". Por su parte, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 643. Distingue en las obligaciones recíprocas de carácter simultáneo el caso en que una de las partes haya cumplido su obligación y el caso en que ninguna de las partes haya cumplido en el momento pactado. En el primer caso, señala este autor: "...el contratante cumplidor tiene derecho a considerar en mora al no cumplidor de manera automática, sin perjuicio de que, como es lógico prefiera ejercitar la excepción de cumplimiento contractual. Si cumple, tiene derecho a considerar en mora al otro. En el segundo caso en cambio, cualquiera de las dos partes puede constituirá la otra en mora, pero en este caso es precisa la interpelación y, además, que el interpelante al mismo tiempo ponga la prestación a su cargo a disposición de la otra parte o, lo que es lo mismo, que se allane a cumplir". DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora y la responsabilidad...* op. cit., págs. 576. Esta autora está de acuerdo en parte con la posición de DIEZ -PICAZO, sobre el primer supuesto señala: "...sin embargo, en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, si ninguna de ambas partes ha cumplido lo que le incumbe no es posible la constitución en mora de la otra, la letra de la ley en este caso es clara: ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir lo que le incumbe".

⁶⁵⁶ El artículo 1.100 del C.C. señala, en su parte final: "En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro".

crédito que tiene contra quien se opondrá, ya que en virtud de la *exceptio* se impide al reclamante ejercitar su derecho; por ende, la causa de la interrupción anunciada en el aforismo *contra non valentem agere non currit praescriptio*, sería aplicada⁶⁵⁷.

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

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

⁶⁵⁷ CASSIN, R.: *L' exceptión tirée...* op. cit., pág. 640. Revisado en ESPÍN CANOVAS, D.: "La excepción de incumplimiento..." op. cit., pág. 576. Y BIGLIAZZI GERI, L.: *Risoluzione per inadempimento, en comentario del Codice Civile Scialoja7Branca*, Libro IV (*Delle Obbligazioni*), tomo II, artículos 1.460-1.462 Bolonia- Roma, pág. 48. Revisado en CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 92.

Rigen, pues, las normas generales sobre principio de la prescripción en estas obligaciones derivadas del contrato bilateral⁶⁵⁸.

1.2.5. Conclusión

Las partes, en definitiva, mantienen el mismo estado en que se encontraban antes del ejercicio de la *exceptio*, esto es así ya que si ninguno de los contratantes cumple en el momento previsto para ello su respectiva obligación; esto significa que ninguno de ellos está legitimado para hacer uso de los remedios que el ordenamiento pone a su alcance, para defender su derecho de crédito, ya que no ha habido lesión (ningún patrimonio sufre daño).

En definitiva, y si esto que se señala es cierto, hay que afirmar que ninguno podrá resolver, pretender el cumplimiento, ser indemnizado, y lo más importante en este punto, no podrá trasladar los riesgos al otro contratante. En consecuencia, ambos estarán retrasados en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pero el retraso, al no ser jurídicamente relevante, no originará consecuencia alguna⁶⁵⁹.

Entonces, todas aquellas cuestiones que se generen en este período de quietud o de aquiescencia, debe resolverse entendiendo el principio de

⁶⁵⁸ ESPÍN CANOVAS, D.: "La excepción de incumplimiento..." op. cit., pág. 576.

⁶⁵⁹ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora y la responsabilidad...* op. cit., págs. 504 y sgtes.

equilibrio que debe mantenerse en los contratos bilaterales con obligaciones de cumplimiento simultáneo.

Una manifestación de este equilibrio es la compensación de la mora, que se extrae del artículo 1.100, parte final, del C.C. En efecto, mientras ninguno de los obligados simultáneamente al cumplimiento cumpla lo que le incumbe, no se puede generar responsabilidad; ya que nadie está puesto en una situación de cumplimiento y de incumplimiento, es decir, ambos son deudores y acreedores al mismo tiempo. Para que exista responsabilidad contractual, debe existir un solo *solvens* y un único *accipens*.

En el Derecho alemán, este período de aquiescencia no se produce debido a la fórmula legal que emplea el Código en su parágrafo 322 ap. I., este dispone que: «...si una parte interpone acción para reclamar la prestación a ella debida a consecuencia de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho correspondiente a la otra parte de negar la prestación hasta la efectuación de la contraprestación sólo produce el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada al cumplimiento simultáneo».

Pues bien, el ejercicio de esta excepción, en el Derecho alemán no conduce a la desestimación de la demanda, sino únicamente a la condena del demandado a realizar la prestación “simultáneamente”, contra recibo de la contraprestación⁶⁶⁰.

⁶⁶⁰ En nuestra Jurisprudencia, encontramos la STS de 27 de mayo de 2005 (RJ 2005\6081), que condena a ambas partes a ejecutar sus prestaciones, toda vez que se

Cuando el demandado no opone dicha excepción en el Derecho alemán, entonces el juez le condenará simplemente a cumplir su prestación, aunque sea evidente que el actor, por su parte, no haya cumplido la suya, sí está excepcionalmente facultado para exigir anticipadamente la de su contraparte. Los motivos que han inducido a los legisladores a esta reglamentación corresponden puramente al campo procesal. Temieron que si se exigiese al demandante la afirmación de que por su parte ha realizado su prestación con anterioridad, o de que el demandado está obligado a cumplir primero la suya, muchas acciones habrían de ser desestimadas “a causa de una excusable inadvertencia” del demandante; basándose, la desestimación, en motivos con los que el demandado “no ha querido ni podido defenderse”⁶⁶¹.

encontraban en un incumplimiento recíproco. Se expresa en los siguientes términos: “Cabe oponer las excepciones referidas en el enunciado cuando ha habido por parte del reclamante un incumplimiento previo, o incumplimiento defectuoso, que provoca o condiciona el del reclamado, con lo que éste puede posponer su cumplimiento hasta que aquél cumpla o esté dispuesto a cumplir lo que le incumbe, pero ello no es aplicable a situaciones como a la de autos, en las que resulte incólume en casación la apreciación fáctica de la resolución recurrida de que se ha producido un incumplimiento por ambos contratantes, por lo que es correcta la resolución recurrida, que, estimando en lo procedente la demanda principal y reconventional, decide la situación conflictiva existente condenando a ambos hermanos a hacer efectivas las respectivas prestaciones pendientes, cuya solución jurídica es plenamente conforme a los artículos enunciados, y singularmente a los artículos 7.1 y 1.256 del C.C.”

⁶⁶¹ LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...* op. cit., pág. 269. HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho...* op. cit., pág. 103.

2. Extensión de los efectos de la excepción de contrato no cumplido

Lo normal es que los efectos de la *exceptio non adimpleti contractus* alcance a las partes de la relación sinalagmática, ya que son éstas las interesadas en mantener el equilibrio propio de las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo. Entendiendo, además, que los contratos, en principio, sólo involucran u obligan a las partes que han concurrido a su celebración; el incumplimiento que se produce en una determinada relación contractual, no debería ser oponible a terceros que no han asistido con su voluntad a ese negocio jurídico⁶⁶². Pues el alcance de los efectos del contrato sólo debe llegar a las partes que han intervenido en él, sin que pueda llegar a afectar a terceros. (cfr. art. 1.257 C.C.)

El efecto relativo de los contratos consiste en restringir su efecto obligatorio sólo a aquellos sujetos de derecho que concurren con su

⁶⁶² En este sentido, ALMAGRO NOSETE, J.: “Comentario al...” op. cit., págs. 582 y sgtes. Al señalar: “Las relaciones jurídicas obligacionales producen sus efectos “inter partes”. Así ocurre con el contrato como fuente de las obligaciones: su eficacia, llamada por ello “relativa”, se limita a las partes contratantes y, se extiende, por regla general exclusivamente a sus herederos de conformidad con los artículos 659 y 670 del Código Civil...” Agregando luego: “Los terceros son ajenos al contrato y, por ello, a sus efectos. El contrato para los terceros es “*res inter alios acta*”, que no puede no beneficiarlos, ni perjudicarlos.

Sin embargo, esta concepción que supone la consideración aislada del contrato y, que, sin duda, tiene la virtud de definir el núcleo esencial de la obligatoriedad contractual, no debe soslayar que la existencia y vigencia del contrato se produce en unas realidades sociales de entrelazadas y múltiples relaciones jurídicas y, por ello, que “la sombra del contrato” (por emplear una metáfora) se proyecta, también, sobre aquéllas y sobre los terceros [...]” Señalando que: “Distingue, en consecuencia, la doctrina entre la que llaman *eficacia directa del contrato*, que afecta exclusivamente a los contratantes y sus herederos, y *eficacia indirecta del contrato* o referente a los efectos del contrato que condicionan a los terceros, de tal manera, que, en ocasiones, justifican su legitimación para intervenir en las vicisitudes de un contrato ajeno”.

voluntad a celebrar el contrato, con lo cual no se beneficie ni perjudique a terceros que no participen en su formación⁶⁶³.

En efecto, según este principio, la excepción de incumplimiento contractual no podría oponerse a terceros ajenos a la relación contractual donde se produce el incumplimiento. No obstante, pueden existir una serie de situaciones, que se pueden generar durante la vida del crédito sinalagmático, que alcance en sus efectos a terceros, y que hace interesante su estudio en el ámbito de la *exceptio*⁶⁶⁴.

2.1. Cesión de crédito

La cesión del crédito es un negocio jurídico celebrado por el acreedor cedente con otra persona, cesionario, con la finalidad de producir la transmisión de la titularidad del crédito entre uno y otro. Es una transmisión del crédito, que se realiza por actos *inter vivos*, y que cumple

⁶⁶³ El artículo 1.165 del Code, recoge el efecto relativo de los contratos, al señalar: “Les conventions n`ont d`effet qu`entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l`article 1.121”. En nuestro derecho el art. 1,257 del C.C., señala: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”.

⁶⁶⁴ PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho...* op. cit., pág. 634. Plantean que: “La excepción produce plenamente sus efectos protectores sólo cuando la negativa de cumplimiento pueda oponerse a todo el mundo. Si está obligado a cumplir frente a los terceros, el excepcionado pierde todo su poder contra el deudor y, en caso de insolvencia de éste, quedará reducido a percibir un dividendo”.

una función económica de circulación de los créditos, dentro del tráfico o del comercio jurídico⁶⁶⁵.

La cesión de crédito es unos de los típicos casos, de intervención de un tercero, que es ajeno a la relación jurídica original. Esta cesión se puede realizar de diferentes formas; y, es por esta razón, que se puede discutir la clase de excepciones oponibles por el deudor cedido al cesionario del crédito.

Respecto a qué excepciones puede oponer el deudor frente a la demanda del cesionario del crédito, nada dice expresamente el Código Civil, abordando únicamente de forma parcial la cuestión, al reglamentar la compensación, en el artículo 1.198⁶⁶⁶ del C.C.

Existe unanimidad en entender que las excepciones que derivan de la relación obligatoria con un carácter objetivo, pueden ser opuestas al cesionario. Tales son las excepciones de inexistencia o nulidad del negocio constitutivo de la obligación, prescripción de la deuda, falta de

⁶⁶⁵ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 804.

⁶⁶⁶ Este artículo señala: "El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin consentimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión".

vencimiento de la misma, pago o, en general, extinción de la obligación anterior a la cesión⁶⁶⁷.

Como señala DÍEZ-PICAZO⁶⁶⁸, el problema se plantea respecto de lo que cabe llamar “excepciones derivadas de la relación personal del deudor cedido con el cedente”. Se encuentra, en este caso, la excepción derivada de la anulabilidad del negocio constitutivo de la obligación y las excepciones dimanantes de desenvolvimiento o desarrollo de la subyacente relación entre cedente y deudor cedido (v. gr., *exceptio non adimpleti contractus*, cuando, por ejemplo, el vendedor ha cedido el crédito por el precio antes de entregar la mercancía). Por lo cual, en caso de que exista un eventual incumplimiento del cedente en relación al deudor de la relación jurídica base, éste podrá oponer al cesionario la *exceptio non adimpleti contractus*. El cesionario, frente a tal eventualidad, no puede dolerse de que a consecuencia de un incumplimiento, a él no imputable (en cuanto proveniente del cedente), sea privado de una prestación que le es debida.

En efecto, hay que considerar, en primer lugar, que el cesionario en el acto en que adquirió el crédito por la prestación contractual de base, conocía perfectamente, o debía conocer, que dicho crédito estaba subordinado al presupuesto del cumplimiento por parte del cedente de la prestación contractual base, a que se había obligado; en segundo lugar, es

⁶⁶⁷ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit., pág. 220; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 822; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La Cesión de Créditos en el Derecho Civil Español*, Granada, 1988, pág. 286.

⁶⁶⁸ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...* op. cit., pág. 823.

preciso poner de relieve también, que el incumplimiento del cedente frente al cedido, si autoriza a éste último para negarse a realizar su prestación al cesionario, determina a cargo del cedente, la obligación de resarcir al cesionario el daño sufrido⁶⁶⁹.

Ahora bien, señalábamos anteriormente, que era importante distinguir la forma en que se efectuó la cesión del crédito. Esto, porque la *exceptio non adimpleti contractus* sólo podrá ser opuesta por el deudor cedido al cesionario, si el acto que las originó se hubo verificado antes de la cesión del crédito. Si, por el contrario, el hecho que legitima oponer la *exceptio* ha surgido después de la cesión del crédito, se impone distinguir en la solución.

En efecto, ésta será distinta según, si el hecho constitutivo de la excepción se ha verificado antes o después de obtenido el conocimiento del acto de cesión por parte del cedido. Si la excepción ha surgido antes del conocimiento de la cesión, es oponible al cesionario; no lo será, si el cedido tenía ya conocimiento de la transferencia del crédito. Esta duplicidad de soluciones se impone, ante la necesidad de evitar que cedente y deudor se concierten en perjuicio del cesionario⁶⁷⁰.

Si seguimos la posición de la doctrina mayoritaria, la excepción de contrato no cumplido alcanzaría, en sus efectos, al cesionario del crédito siempre y sólo cuando el deudor no haya consentido en la cesión del

⁶⁶⁹ PULEO, S.: *La cessione del Contratto*, Milano, 1939, pág. 42.

⁶⁷⁰ NAVARRO PÉREZ, J.L.: *La Cesión de Créditos...* op. cit., pág. 288.

crédito⁶⁷¹. Entendiendo que hay consentimiento cuando existe una expresa aceptación de la misma o, en el caso de ser notificado, o puesto en conocimiento, no plantea oposición alguna, o no hace expresa reserva de sus excepciones, dentro de un plazo razonable⁶⁷².

⁶⁷¹ Hay que poner de relieve, en este punto, que la cesión de crédito no requiere para su validez el consentimiento ni el conocimiento del deudor. Salvo cuando se trata de la cesión de un crédito hipotecario, el conocimiento del deudor es exigido por el artículo 149 LH. La única ventaja para el cesionario de que el deudor preste su consentimiento de forma expresa o tácita, es que sólo podrá oponer las excepciones que derivan de la relación obligatoria con un carácter objetivo y o aquellas excepciones derivadas de la relación personal del deudor cedido con el cedente. Otra ventaja de que el deudor esté informado acerca de la cesión, es que el pago solo es válido en manos del cesionario y no ya del cedente. El artículo 1.527 del C.C., señala en este sentido: "...el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación". De la misma forma, en el Derecho alemán, se sostiene en su parágrafo 407 la posibilidad de pagar al cedente cuando el deudor no está informado sobre la cesión. También en el derecho alemán el deudor conserva todas las excepciones que puede hacer valer frente al nuevo acreedor, por ejemplo, el aplazamiento convenido con el cedente o la excepción de prescripción. HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho...* op. cit., pág. 208. LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...* op. cit., pág. 460 y sgtes.

⁶⁷² En un sentido similar, se refiere LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit. pág. 220, al señalar: "Por la misma razón, el deudor que no ha consentido la cesión expresamente podrá oponer al nuevo acreedor las mismas excepciones tachas que al acreedor cedente. Tanto las inherentes a la relación obligatoria o a su causa de originación (anulabilidad del contrato, prescripción, simulación), cuanto las relativas a la situación del primer acreedor, siempre que sean previas al consentimiento de la cesión, y que no sean personalísimas. Esto último se deduce, por analogía con la ratio del art. 1528 y con el art. 1.198, que se estudia al tratar de la compensación". MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *Código Europeo de Contratos*, dirigido por CARLOS VATTIER, Madrid, 2003, pág. 505.

2.2. Contrato a favor de terceros

El contrato a favor de terceros es un instituto que ha logrado su mayor esplendor con el seguro de vida⁶⁷³. La característica principal de este contrato, es que las partes que lo celebran, estipulante y promitente se obligan en beneficio de un tercero, que adquiere derechos sin concurrir a su celebración⁶⁷⁴. Este tercero, a diferencia de la figura de la estipulación a favor de terceros, no es un mero destinatario de la prestación; sino que se convierte en receptor del derecho de crédito y como tal, pasa a tener una posición dominante, en el sentido de que podrá hacer uso de todos los derechos y excepciones que tuviese a su alcance.

⁶⁷³ El Derecho Civil español regula, en el artículo 1.257 del C.C., la estipulación a favor de tercero, cuestión distinta al contrato a favor de terceros, que no goza de reconocimiento legal. De esta forma, LÓPEZ RICHART, J.: *Los contratos a favor de terceros*, Madrid, 2001, pág. 161, nos indica: "Se ha entendido que la estipulación a favor de tercero no es un contrato sino una cláusula, una previsión contractual cuya finalidad consiste precisamente en desviar hacia un tercero la prestación del promitente, atribuyendo a aquél el derecho a exigir directamente su cumplimiento. En cambio, el contrato a favor de tercero es un contrato que va dirigido a que una de las partes resulte directamente obligada frente a una tercera persona. El tercero ya no es aquí un mero destinatario de la prestación, sino que se convierte en receptor del derecho de crédito y por tanto en sujeto activo de la relación obligatoria nacida del contrato. El concepto de beneficio adquiere, de esta forma, en el contrato a favor de tercero una significación bien precisa: no se trata de una ventaja económica cualquiera o una mera expectativa sino de la atribución de un derecho de crédito frente al promitente, lo que le faculta para exigir directamente al obligado el cumplimiento de la prestación". LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit. pág. 520. En cambio, la figura del contrato a favor de tercero aparece ampliamente admitida en la tradición de los ordenamientos del denominado *Civil Law*. DIEZ-PICAZO, L. ROCA TRIAS, E. MORALES, A.M.: *Los principios del derecho europeo de contratos*, op. cit., pág. 286.

⁶⁷⁴ ALMAGRO NOSETE, J.: "Comentario al..." op. cit., pág. 585. Destaca que el párrafo segundo, del artículo 1.257 que se comenta, otorga al tercero acción para exigir el cumplimiento de las estipulaciones a su favor siempre que haya hecho saber su aceptación al obligado antes de la revocación de aquélla.

Sobre el promitente, éste podrá hacer uso de los medios de defensa que tengan su origen en las relaciones personales del promitente con el tercero; en el contrato celebrado con el estipulante, en las relaciones personales ajenas al contrato que el promitente pudiera tener con este último, o en la relación de valuta que une al estipulante con el propio beneficiario⁶⁷⁵.

Por su parte, el parágrafo 334 BGB, señala que el promitente puede oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato. El Código Civil italiano precisa al respecto, en el artículo 1.413 que: «...el promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato del que el tercero deriva su derecho, pero no aquellas fundadas en otras relaciones entre el promitente y el estipulante».

El promitente puede perfectamente servirse frente al tercero beneficiario de las excepciones nacidas de la relación entre él y el estipulante, por la sencilla razón de que, el derecho del tercero, deriva directamente de la relación del estipulante y promitente y, por tanto, depende de ella de una manera absoluta e inevitable. Por lo cual, podrá el promitente oponer al tercero la excepción de contrato no cumplido por el estipulante⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ LÓPEZ RICHART, J.: *Los contratos a...* op. cit., pág. 363.

⁶⁷⁶ En este sentido CANO DE MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.: *El contrato a favor de tercero*, Mataró, 2005, pág. 122; CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non...* op. cit., pág. 94; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de...* op. cit., pág. 530, al respecto señala: "A la reclamación del beneficiario puede oponer el promitente –si otra cosa no se deduce del contrato– las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación, y las personales que tenga frente aquél. Es discutible si le corresponden también todas las que le asisten contra el estipulante, pues de él procede el derecho del beneficiario, que no adquiere ninguna

Ahora bien, se debe precisar que se puede valer el promitente de las excepciones derivadas del contrato a favor de terceros y no aquellas ajenas a este contrato, que pudieran tener estipulante y promitente.

2.3. Asunción de deuda liberatoria

La asunción de deuda es una de las figuras jurídicas representativas en que la intervención de un tercero constituye el eje principal de la cuestión. A la vez, es una de las cuestiones relativas a la teoría general de las obligaciones en las que existe una importante polémica doctrinal⁶⁷⁷.

En términos generales, podemos señalar que por asunción de deuda se entiende, como un efecto o resultado jurídico que deriva de un acuerdo de voluntades en virtud del cual un tercero (el llamado asumente o asumiente), se obliga a cumplir una deuda que habitualmente ya existe y que ha nacido de una relación jurídica previa⁶⁷⁸.

Se debate en doctrina la posibilidad de que el asumente pueda invocar la *exceptio non adimpleti contractus* que el primitivo obligado disfrutaba frente al acreedor. La cuestión no es pacífica, básicamente porque se

suerte de abstracción al nacer en cabeza de éste. Mas la doctrina suele restringir la transferencia –en relación con el beneficiario– de las excepciones oponibles por el promitente al estipulante, a las derivadas del concreto contrato a favor de tercero (la excepción de contrato no cumplido, en particular), negando la oponibilidad de cualquiera otras, y en particular la compensación del crédito del beneficiario con una deuda del estipulante frente al promitente”.

⁶⁷⁷ ADAME MARTÍNEZ, M. A.: *Asunción de deuda en derecho civil*, Granada, 1996, pág. 53.

⁶⁷⁸ GÁLVEZ CRIADO, A.: *La asunción de deuda en el derecho civil*, Valencia, 2007, pág. 22.

discute sobre el verdadero alcance que tendría la asunción de deuda entre el deudor y asumente.

En este sentido, se señala que para poder ceder las excepciones propias de la relación obligatoria sinalagmática, se debe ceder la posición que se ostenta en la misma, cuestión que no sucede en la asunción de deuda y que sí sucede, por ejemplo, en la cesión de contrato⁶⁷⁹.

⁶⁷⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1990, en CCJC nº 24, 1990, pág. 1191. Referida a un caso calificado por el tribunal como *asunción de deuda*, y, aparte de una cuestión de prescripción, se plantea una reconvencción que parece envolver el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*. Los antecedentes fácticos son los siguientes: Una señora concretó con “Osborne y Cía” el suministro de tres mil cajas de brandy “magno”, con su promoción correspondiente; la compañía entregó la tercera parte del pedido en 1976. En 1978, el marido de la contratante suscribió un documento en el que asumía el pago de dichas mil cajas que aún no habían sido pagadas, emitiendo una serie de letras de cambio a tal finalidad; no habiéndose pagado lo debido, la compañía interpuso demanda contra el matrimonio, a lo que éstos excepcionan prescripción al amparo del art. 1.967,4 y reconviniendo solicitando que la compañía entregara las dos mil cajas restantes, es decir, ejercitaban la *exceptio non adimpleti contractus* ex art. 1.124; dicha demanda fue desestimada por la primera instancia, aplicando el art. 950 C. Comercio; apelada, la audiencia condeno al marido al pago reputando que la deuda no había prescrito al tratarse de una compraventa civil (art. 1964 C.C). Se absolvió a la esposa reputándose liberada. Expresándose la autora en los siguientes términos: “La alegación de excepciones, a mi entender, es posible cuando se ha producido un cambio en la posición deudora de la relación obligatoria, siempre que ésta sea una de la excepciones objetivas o reales o deriven del propio negocio de asunción de deuda (la falta de causa, por ejemplo). En cambio no cabe que el nuevo deudor oponga la *exceptio non adimpleti contractus*, puesto que si se trata sólo de asunción de deuda no ostenta (ni tiene) la condición de acreedor, para ello sería preciso que se hubiera producido, además, una cesión de crédito, contrapartida de dicha deuda y, con ello, la de la total posición contractual. Es decir, una asunción de deuda pura afecta, cuando dicha deuda deriva de una relación obligatoria sinalagmática, sólo a una de la obligaciones y no a la otra”. Por lo tanto, no es posible valerse de la *exceptio non adimpleti contractus* cuando no existe cesión de la posición contractual. Más aún, cuando queda claro que el nuevo deudor sólo asume la deuda, pues sólo se compromete a pagar sólo la parte correspondiente a las mil cajas suministradas y no al total de la deuda, con lo cual se deduce que no existió una real cesión de la posición contractual.

Según HEDEMANN ⁶⁸⁰, las excepciones derivadas de la relación obligatoria, se transmiten también al nuevo deudor, por ejemplo, incluso la excepción de contrato no cumplido; aunque no le incumba en absoluto la contraprestación todavía no cumplida. A ser posible, el nuevo deudor, en virtud de su relación interna con el antiguo, está obligado a alegar la excepción, para garantizar de esta forma la contraprestación a favor del antiguo deudor.

Por su parte, ADAME MARTÍNEZ⁶⁸¹, entiende que no es posible que el asumente pueda oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, básicamente por un problema de legitimación, al entender que es necesario tener la condición de acreedor para ejercitar dicha defensa; no aceptando los argumentos a favor, que se basan en el criterio del interés ni en el desarrollo de la idea de sucesión.

2.4. *Exceptio non adimpleti contractus en contratos vinculados*⁶⁸²

Con la finalidad de conceder a la parte más débil de la relación contractual de una tutela jurídica suficiente, que le permita mantener un determinado equilibrio en el negocio celebrado, el legislador en el artículo

⁶⁸⁰ HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho civil...* op. cit., págs. 211 y 212. En esta misma línea, GÁLVEZ CRIADO, A.: *La asunción de deuda en...* op. cit., pág. 209.

⁶⁸¹ ADAME MARTÍNEZ, M. A.: *Asunción de deuda en...* op. cit., pág. 458.

⁶⁸² LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, pág. 273, define la conexión contractual como: "Cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que eso puede ser jurídicamente relevante".

29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio⁶⁸³, permite que en un contrato de crédito de financiación vinculado a un contrato de consumo, se pueda suspender los pagos establecidos, debido al incumplimiento del vendedor o prestador de servicios en un contrato de compraventa o de servicio, como consecuencia de un acuerdo marco entre el que financia y el que suministra el bien o el servicio. Aparece una estructura triangular, por cuanto intervienen, fundamentalmente, tres sujetos. Así, se encuentra un sujeto que financia la adquisición de bienes o la prestación de servicios a favor de otro sujeto, el cual a tal efecto, celebra un contrato con el transmitente del bien o el que presta el servicio, siendo con frecuencia el que concede el crédito un agente del transmitente del bien o servicio⁶⁸⁴.

⁶⁸³ Previamente, se regulaba por el art. 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo. Explica los motivos del legislador, NAVAS NAVARRO, S.: “Notas sobre la financiación por tercero y el crédito al consumo”. La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo en su artículo 15, de acuerdo con la Directiva de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (artículo 11), permite que el consumidor, bajo una serie de requisitos, ejercite frente al financiador los derechos que tuviera frente al proveedor. La finalidad de la norma es, pues, que el consumidor que debe solicitar un crédito para adquirir un bien o para que se le preste un servicio no se encuentre en peores condiciones que aquel que no recurre a dicho medio de financiación. De esta forma, el financiador asume el riesgo del incumplimiento, no sólo del consumidor, sino también del proveedor. De todos modos, hay que tener en cuenta que entre éste y aquél existe una colaboración, en la que el proveedor puede verse remunerado si consigue consumidores que financien su contrato de consumo con ese financiador en concreto. Está, pues el financiador en mejor disposición de forzar un correcto cumplimiento por parte del proveedor.

⁶⁸⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J.: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Navarra, 2000, pág. 275. Señala: “El hecho de que el consumidor disponga de este derecho, que procesalmente se articula a través de la excepción de incumplimiento del vendedor, constituye una necesidad irrenunciable si se quiere que la protección del consumidor no sea inferior a la del normal comprador a plazos. Creo que este punto no suscita controversia alguna, y que en consecuencia el consumidor debe disfrutar de la

El artículo 29 LCC no enumera los derechos que el consumidor puede utilizar contra el prestamista, puesto que se limita a establecer que aquél puede ejercitar contra éste los mismos derechos (“esos mismos derechos”) que tiene frente al proveedor. La averiguación de cuáles son estos derechos debe seguir el siguiente procedimiento:

En primer lugar, hay que determinar qué derechos tiene el consumidor contra el proveedor incumplidor. En segundo lugar, procede analizar cuáles de estos derechos, que el consumidor ostenta contra el proveedor, pueden ser ejercitados contra el prestamista.

Respecto a nuestro estudio y, en términos generales, podemos afirmar que el consumidor que adquiere un bien a plazos puede ejercitar el derecho a suspender el pago de los plazos hasta que el vendedor no cumpla adecuadamente, derecho que se ejercerá como sabemos a través de la *exceptio non adimpleti contractus*. Pero, además, le asistirán al consumidor la pretensión de cumplimiento, la reparación o sustitución por otro en el caso de que el bien de consumo no sea conforme a lo

posibilidad de interrumpir el pago”. La SAP de Alicante de 18 de marzo de 2003 (JUR 2003\136917), afirma que en la LCC se regulan: “...los denominados contratos vinculados, que permiten al consumidor, en determinados supuestos, poder oponer a quien le ha concedido un crédito para el consumo aquellas excepciones derivadas del contrato suscrito con el empresario con quien ha contratado la operación financiada u operación principal”. En parecidos términos, se expresa la SAP de Barcelona de 10 de abril de 2003 (JUR 2003\254002): “tendrá el deudor o comprador la posibilidad de oponer al prestamista las mismas excepciones que habría podido oponer al vendedor”. La SAP de Madrid de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007\53916), establece que la Ley 7/1995 “permite al consumidor, en determinados supuestos, poder oponer a quien se ha concedido un crédito para el consumo aquellas excepciones derivada del contrato suscrito con el empresario con quien ha contratado la operación financiada”.

pactado o tenga vicios o defectos; el derecho a obtener una rebaja en el precio, la acción resolutoria y, por último, la acción de indemnización de daños y perjuicios⁶⁸⁵.

Sobre la posibilidad de suspender el pago basado en la excepción de incumplimiento del vendedor, técnicamente no puede denominarse como excepción de incumplimiento contractual, pues la genuina excepción de incumplimiento sólo puede oponerse cuando quien reclama el cumplimiento ha incumplido, cosa que no sucede en el caso que se analiza.

Por eso, la excepción que opone el consumidor al financiador debe denominarse más concretamente “excepción de incumplimiento del vendedor”⁶⁸⁶. O, como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de marzo de 2004⁶⁸⁷, “la excepción de no haber prestado el proveedor el servicio a que se había obligado”.

⁶⁸⁵ Todas estas acciones se regulan en el capítulo II del título V, referente a las “garantías y servicios de postventa” en el Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

⁶⁸⁶ En este sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio Jurisprudencial*. Navarra, 2010, pág. 205. Señala, además, que en la práctica, es este derecho que con mayor frecuencia utilizan los consumidores ex artículo 15. De hecho, casi todas las sentencias dictadas tienen su origen en demandas de cumplimiento ejercitadas por el prestamista contra el consumidor, a las que éste opone su derecho a suspender el pago con fundamento en el artículo 15 LCC.

⁶⁸⁷ JUR 2004\249634, La presente Sentencia conoce sobre la vinculación entre un contrato de consumo y un préstamo para su financiación y la posibilidad de oponer frente a la acción de devolución del préstamo, la excepción de incumplimiento de la prestación de servicio en el contrato de consumo. En efecto, los antecedentes fácticos son los siguientes: En base a un contrato de préstamo concertado el día 8 de octubre de 1999,

el prestamista (Banco Santander Central Hispano s.a.), mediante demanda presentada el día 31 de enero de 2001, ejercita, contra el prestatario (don Rosendo), la acción de devolución del capital prestado y de cobro de los intereses remuneratorios y moratorios así como de la comisión pactada, reclamando lo adeudado al día 10 de octubre de 2000, que asciende a 316.602 pesetas (artículos 1.740, 1.753, 1.754, 1.755, 1.258, 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil). El interés de demora pactado es el 22%. El día 7 de octubre de 1999 se concierta un contrato de arrendamiento de servicio entre don Rosendo, como arrendatario que se obliga a pagar el precio, y la persona jurídica denominada Quick Center S.L. como arrendador que se obliga a prestar un servicio de enseñanza de inglés al hijo del arrendatario don Fidel de 23 años de edad. Para pagar el precio del contrato de arrendamiento de servicio, el arrendatario (don Rosendo) concierta, como prestatario, el contrato de préstamo, el día 8 de octubre de 1999, con el Banco Santander Central Hispano s.a., quien, como prestamista entrega la suma prestada no al prestatario-arrendatario sino directamente al arrendador (Quick Center S.L.). Para la resolución del conflicto, se tiene presente por el Tribunal de alzada el artículo 15 de la Ley 7/1995 de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, reproduce las garantías explícitas del artículo 11 de la Directiva 87/102 CEE, del Consejo de 22 de diciembre de 1986 (“1. Los Estados miembros garantizarán que la existencia de un contrato de crédito no afecte en modo alguno los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes y servicios adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro. 2. Siempre que: a) para comprar bienes y obtener servicios, el consumidor concierte un contrato de crédito con una persona distinta al proveedor de dichos bienes o servicios; y b) entre el prestamista y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor para la adquisición de bienes o servicios suministrados por este último; y c) el consumidor a que se refiere la letra a) obtenga el crédito en aplicación del acuerdo previo mencionado; y d) los bienes o servicios objeto del contrato de crédito no sean suministrados o lo sean parcialmente, o no sean conformes al contrato de suministro; y e) el consumidor haya reclamado contra el proveedor pero no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho, el consumidor tendrá derecho a dirigirse contra el prestamista [...] y, en el párrafo décimo, de la Exposición de motivos de la ley, refiriéndose a los contratos celebrados por los consumidores en la que se establezca su vinculación a la obtención de un crédito de financiación, se dice que “la protección a los consumidores se refiere también a la ejecución de los contratos permitiendo que el consumidor pueda oponer excepciones derivadas del contrato que ha celebrado no solo frente al otro empresario contratante sino frente al empresario que hubiera estado vinculado con él para financiar el contrato mediante la concesión de un crédito al consumidor”. En base al artículo 15, frente al ejercicio por el prestamista de la acción de devolución del préstamo concedido, puede el consumidor –prestatario– demandado oponer la excepción de no haber prestado, el proveedor, el servicio a que se había obligado o haberlo hecho de manera defectuosa. En el presente caso, se alega por el demandado, y puede darse por acreditado, que, en el contrato de arrendamiento de servicio, el arrendador se obliga a impartir clases

particulares de inglés de 50 minutos de duración con periodicidad semanal en un horario de 9 a 21 horas, careciendo el arrendador de profesores de inglés que impartieran la clase a esa hora, razón por la cual jamás llegó a prestar el servicio a que se había comprometido. Pero, para que el consumidor pueda oponer al prestamista el incumplimiento obligacional del proveedor del servicio, es imprescindible la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos reseñados en el número 1 del artículo 15, siendo el último de ellos, identificado con la letra “e”: “Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho”. Y resultó palmario y patente que, en el presente caso, no se ha cumplido este requisito. En efecto, no consta en los autos reclamación alguna (judicial o extrajudicial) que don Rosendo, como consumidor, hubiera hecho a Quick Center S.L., como proveedor de servicio. La referencia legal a “por cualquier medio acreditado en derecho”, parece excluir la reclamación verbal. En cualquier caso no ha quedado probada la reclamación verbal, si es que se puede tener por alegada. En virtud de esto último, el Tribunal entiende desestimar la excepción de incumplimiento de la prestación de servicio establecido en el contrato de consumo.

3. Cese de los efectos de la *exceptio non adimpleti contractus*

3.1. Extinción del crédito que le sirve de fundamento

Los motivos que pueden permitir la extinción de la *exceptio* pueden ser de diferente índole, el más común o frecuente será cuando la prestación del demandante ya ha sido cumplida conforme a lo estipulado y, por ende, la *exceptio* queda vacía en su fundamento. En efecto, cualquier modo de extinción del contracrédito, acarrea necesariamente la de la excepción de incumplimiento.

3.2. Extinción propia de la excepción

Otro de los modos en que la *exceptio* puede quedar extinguida o dejar de producir sus efectos, es cuando, pierde sus condiciones de oponibilidad. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando el deudor demandado cumple⁶⁸⁸, en este caso su deuda queda extinguida y, con ella la excepción; o cuando hay una oferta de cumplimiento por parte de quien a su vez lo reclama.

Existen, también, muchas otras formas de que la *exceptio* pierda su eficacia como tal, esto puede suceder en el caso de que exista un nuevo pacto entre las partes donde dejen sin efecto el cumplimiento simultáneo

⁶⁸⁸ Por cumplimiento se entiende el pago efectivo de la deuda, pero además cualquier otro modo de extinción de la deuda como dación en pago, compensación, remisión, confusión, novación etc.

de sus respectivas obligaciones. Puede suceder lo mismo cuando, cualquiera de las partes de una obligación sinalagmática y de cumplimiento simultáneo renuncie a la *exceptio*, de forma expresa o tácitamente.

Se puede perder la *exceptio non adimpleti contractus* por un mal ejercicio de la misma, esto sucede cuando no se cumple con uno de los requisitos para su ejercicio. De esta forma, si el *excipiens* ejercita la excepción de mala fe puede provocar la ilegitimidad de su negativa al cumplimiento. Mala fe que se entenderá por contraposición a la buena fe que se exige para el ejercicio de la *exceptio*: así, si la inicial invocación de la *exceptio non adimpleti contractus* pudo ser conforme a las exigencias de la misma, puede dejar de serlo. Lo que ocurría, por ejemplo, cuando el demandado ha recibido una prestación imperfecta, y en virtud de la *exceptio* retiene toda la contraprestación, pero no pide la resolución, ni opta por la disminución de la contraprestación o por la reparación *in natura* si fuere el caso⁶⁸⁹

⁶⁸⁹ CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non adimpleti...* op. cit., pág. 100.

CONCLUSIONES

I. La excepción de contrato no cumplido en nuestro Código Civil no contiene una fórmula que la reconozca expresamente. Sin embargo, se puede desprender de los artículos 1.124 y 1.100 del C.C., que tratan sobre la resolución y compensación de la mora, respectivamente. Además, entre otras normas, como el artículo 1.308, 1.466 y 1.467 del C.C., que establecen algunas aplicaciones concretas de la figura.

Esta excepción ha sido desarrollada en nuestro Derecho, debido a que la doctrina y jurisprudencia, reconocen que las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas están regidas por el principio del cumplimiento simultáneo.

En efecto, debido a la consagración de este principio de cumplimiento simultáneo, se puede justificar que el deudor demandado pueda defenderse negando su cumplimiento, hasta que el demandante no cumpla con su prestación.

II. La *exceptio non adimpleti contractus* es, en este sentido, un remedio de carácter defensivo que se concede al deudor de una obligación recíproca, para que pueda negarse legítimamente a la ejecución de la prestación por él debida; en tanto no se cumpla u ofrezca cumplir la prestación que se le debe.

III. El origen histórico de la *exceptio* se debe, en parte, al Derecho Romano, que si bien, no desarrolló la figura como tal, construyó las bases al entender que las obligaciones recíprocas deben cumplirse de forma simultánea. La teoría de la *exceptio* se debe al trabajo desarrollado mucho después, en la Edad Media, en el siglo XIII, por los postglosadores, que se sirvieron de las reglas enunciadas en el Digesto, para construir la teoría de la *exceptio non adimpleti contractus*.

IV. El sólo ejercicio de la *exceptio* no es suficiente para obtener el cumplimiento simultáneo de la correspectiva obligación, ya que ésta sólo impide que se condene al demandado al cumplimiento. En efecto, para lograr el cumplimiento de la contraparte, y en este sentido llevar a cabo el cumplimiento simultáneo, será necesario que, a su vez, el *excipiens* solicite en la demanda reconvenicional, la prestación de su contraria.

Además, la solicitud de cumplimiento en la demanda reconvenicional, es una muestra de buena fe del *excipiens*, que con su solicitud, demuestra ante el tribunal que el fin del ejercicio de la *exceptio* es obtener el cumplimiento de la contraparte; y no detener su cumplimiento para eximirse finalmente de cumplir con su prestación.

V. La *exceptio*, a diferencia de la resolución, es un remedio que persigue la conservación del contrato, otorgando seguridad a las partes; ya que pretende mantener el equilibrio de la relación obligacional, a través del respeto del principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas.

La excepción también tiene como función ser una verdadera garantía del cumplimiento de la obligación, toda vez que, el demandado, puede suspender la ejecución de su prestación hasta que el actor no cumpla o no se allane a cumplir.

VI. La excepción de contrato no cumplido exige, para su ejercicio, un verdadero y real incumplimiento de, al menos, algunas de las prestaciones del contrato. Sin que signifique, necesariamente, que sea de carácter resolutorio, ni tampoco sea de aquellos que frustren la finalidad del contrato. La gravedad del incumplimiento no debe ser equiparable para el que se exige a la acción resolutoria. Esto es así, debido a que las finalidades de una y otra son completamente distintas, mientras la resolución busca poner fin al contrato, la *exceptio* está encaminada a que se cumplan las prestaciones de forma simultánea. Por esto, las características de uno u otro incumplimiento no deberían ser iguales.

Si bien la jurisprudencia, muchas veces, exige un incumplimiento resolutorio como presupuesto para su ejercicio, esto se debe, principalmente, a que el *excipiens* ejercita la excepción con la intención de eximir su propio cumplimiento. Entendiendo, en este caso los tribunales, que si se admitiera la excepción, tal exoneración conllevaría una desigualdad en las prestaciones de las partes.

VII. En nuestro Derecho no se reconoce, en una norma expresa, el derecho a suspender la ejecución del contrato por riesgo de incumplimiento, como sí se reconoce en los principios de Derecho Contractual Europeo (*article 9:201*). Que permite al deudor suspender la

ejecución de la prestación ante el riesgo de incumplimiento, sin especificar cuál es el tipo de incumplimiento que se puede llegar a producir. No obstante, por medio del artículo 1.129 del C.C., que establece la pérdida para el deudor del derecho a utilizar el plazo, viene de alguna forma a proteger o asegurar los intereses del deudor que ve posible no obtener la prestación de su contraparte. Al vencer el plazo, la obligación pasa a ser de carácter simultáneo, con lo cual podrá exigir de inmediato la prestación que se le adeuda, y de esta forma, minimizar los riesgos de incumplimiento que se percibían por parte del acreedor.

Además del artículo 1.129 del C.C., se encuentra normas similares como los artículos 1.467 y 1.502 del C.C., que vienen a reforzar lo señalado por el artículo 1.129 en materia de compraventa. En función de este conjunto de normas, es posible configurar la excepción de inejecución por riesgo de incumplimiento.

VIII. La aplicación de la *exceptio* no sólo se circunscribe en el ámbito de las relaciones contractuales de carácter recíproco, sino que también es posible que tenga aplicación en aquellas obligaciones recíprocas no contractuales. Como las que nacen en virtud de la declaración judicial por nulidad del contrato, o cuando se decreta por el juez la rescisión del contrato; en que se obliga a las partes a efectuar las restituciones de las prestaciones de ambas, de forma recíproca.

IX. La doctrina distingue dos tipos de excepciones: la genuina excepción de incumplimiento contractual, que se produce frente a una omisión total de la ejecución de la prestación por parte de quien reclama el

cumplimiento de la contraprestación; y la excepción de contrato no cumplido adecuadamente, que es ejercitada cuando no se ha dado fiel cumplimiento a lo estipulado por las partes, existiendo un cumplimiento irregular o inoportuno.

X. La excepción de contrato no cumplido adecuadamente no procede para aquellas prestaciones de carácter *intuitus personae*, pues en este tipo de obligaciones, la consideración de la persona que debe realizar la prestación es fundamental; con lo cual no puede mirarse la prestación otorgada por una tercera persona distinta como un verdadero cumplimiento. Por lo tanto, no estaríamos ante un cumplimiento defectuoso, sino más bien ante un incumplimiento total de la prestación debida; debiéndose, por ende, ejercitar la excepción de contrato no cumplido.

XI. En las obligaciones de medio o de actividad, el cumplimiento defectuoso no se pondera solo analizando si el acreedor obtuvo el resultado esperado o no. Debiéndose tener en cuenta además la diligencia empleada por el deudor en la ejecución de la prestación. El éxito o no de la excepción, estará sujeta a si el deudor ha mantenido la diligencia y pericia debida que le exigía el cumplimiento de su obligación. Independientemente de si éste ha conseguido o no el resultado esperado por su acreedor. En efecto, para el éxito de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente, el *exicipens* deberá acreditar que el incumplimiento del deudor se debe a la falta de la diligencia exigida en la ejecución de su actividad. Debiendo, por ende, existir falta del resultado

esperado y ausencia de la diligencia exigida, para la obtención del resultado que se esperaba.

XII. La excepción de contrato no cumplido tiene el carácter de ser una excepción material dilatoria. Esto porque se debe ejercer en la contestación de la demanda, al igual que las excepciones que atacan el fondo de la cuestión discutida, y no tiene por objetivo oponerse al supuesto de hecho que sirve de fundamento a la pretensión deducida. El juez, para poder resolver esta excepción, deberá conocer el fondo del litigio; ya que deberá valorar si la pretensión del demandante presenta impedimentos basados en la falta de cumplimiento de su propia pretensión. Obligándole a resolver en la sentencia que pone fin a la instancia. Pero a la vez, si el juez acepta la *exceptio*, esto no impedirá que una vez subsanados los hechos que impidieron tener éxito a la demanda del actor, éste vuelva a poner en ejercicio su acción de cumplimiento en contra del deudor.

XIII. La carga de la prueba de la excepción de contrato no cumplido deberá recaer sobre el propio demandante. Debiéndose tener presente que el demandante, para interponer su acción de cumplimiento, le basta acreditar los antecedentes o hechos constitutivos que den cuenta de la prestación que le debe el deudor. Ahora bien, si el deudor se defiende con el ejercicio de la *exceptio*, no podrá éste acreditar el hecho impeditivo que obsta al demandante a exigir su cumplimiento. Pues el hecho impeditivo, en este caso, consiste en un hecho negativo, que es la falta de cumplimiento del demandante. Al recaer la prueba sobre hechos negativos, la carga de ésta se invierte, debiendo volver sobre el

demandante. Debiendo éste acreditar que ha cumplido con su prestación, o que se encuentra llano a cumplir.

XIV. El plazo de prescripción de la *exceptio non adimpleti contractus* y *non rite adimpleti contractus* se debe sujetar al plazo general de 15 años establecido por el artículo 1.964 del C.C.

XV. Sobre la sentencia que se pronuncia a favor de la excepción de contrato no cumplido, hemos entendido que, a su vez, debe rechazar la acción del demandante, sea ésta la de cumplimiento o de resolución del contrato. Pues tanto para la acción de cumplimiento y de resolución, se exige el previo cumplimiento del demandante. La sentencia sólo producirá efecto de cosa juzgada sobre los motivos que constituyeron la base necesaria de su decisión, que no es otra cosa que la inexigibilidad, por el actor, del derecho reclamado mientras él mismo no haya cumplido con su obligación recíproca. Existiendo la posibilidad, para el actor, de volver a iniciar un nuevo juicio si cumple con su prestación.

XVI. La oposición de la excepción de contrato no cumplido en un juicio ejecutivo está limitado sólo para aquellos casos en que se puede discutir el contenido de la obligación incorporada al título, y donde el ejercicio de la oposición por parte del ejecutado hace que suspenda el curso normal de las actuaciones ejecutivas. Entiendo que esto sucede, en aquellos títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales, es decir, los de los apartados 4º a 7º del artículo 517.2 LECiv. Así como el particular caso de “auto de cuantía máxima” del artículo 517.2.8º LECiv.

XVIII. En relación a la posibilidad de oponer la *exceptio* en un juicio cambiario, creemos que el legislador ha ampliado, de forma extraordinaria, la posibilidad de oposición del demandado en este juicio, y con ello el campo de conocimiento del juez. Toda vez que, el artículo 67 de la Ley Cambiaria permite la articulación de cualquier excepción basada en las relaciones personales que el deudor mantenga con el tenedor de la letra. Por esto, es entendible la posibilidad de oponer la *exceptio*, pues el juicio cambiario se ha transformado a un juicio declarativo, perdiendo así su antigua característica de juicio sumario.

XIX. El efecto principal de la excepción de contrato no cumplido es obtener la suspensión provisional del cumplimiento de su obligación. Impidiendo, de esta forma, que el demandante pueda procurar la satisfacción su crédito.

XX. La excepción no debiera producir un efecto absolutorio, liberando al *excipiens* de su cumplimiento. Siempre la exoneración de cumplimiento deberá ser solicitada por el demandado, por medio de la demanda reconventional, pidiéndola a través de la acción resolutoria.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional

STC en auto 604/1987, de 20 de mayo de 1987

Sentencias del Tribunal Supremo

STS de 9 de julio de 1904 (98. J. C. 825,827)

STS de 24 de noviembre de 1908 (112 J.C. 684, 699)

STS de 12 de diciembre de 1914 (131 J.C. 878, 884)

STS de 13 de marzo de 1924 (161 J.C. 637, 643)

STS de 4 de diciembre de 1924 (164 J.C. 609, 617)

STS de 10 de febrero de 1925 (165 J.C. 461, 467)

STS de 1 de abril de 1925 (166 J.C. 12, 20)

STS de 1 de mayo de 1928 (183 J.C. 551, 557)

STS de 10 de abril de 1929 (188 J.C. 897)

STS de 11 de julio de 1930 (195 J.C. 731, 768, 769-770)

STS de 2 de junio de 1931 (200 J.C. 194, 200)

STS de 2 de junio 1931 (RA 2066)

STS de 25 de mayo de 1933 (209 J.C. 232, 237)

STS de 3 de junio de 1935 (RJ 1935\ 1242)

STS de 5 de julio de 1941 (RJ 1941\899)

STS de 30 de junio de 1942 (RJ 1942\924)

STS de 30 de enero de 1943 (RJ 1943\123)

STS de 28 de enero de 1944 (RJ 1944\223)

STS de 11 de junio de 1946 (R.J.A. 709)

STS de 20 de febrero de 1950 (R.J.A. 5.444)

STS de 22 de marzo de 1950 (R.J.A. 710)

STS de 8 de julio de 1954 (RJ 1954\2027)

STS de 3 de diciembre de 1955 (R.J.A. 3.604)

STS de 16 de noviembre de 1956 (R.J.A. 3.447)

STS de 3 de octubre de 1958 (RA 3071)

STS de 16 de mayo de 1959 (RA 2004)

STS de 9 de marzo de 1960 (RA 1233)

STS de 2 de enero de 1961 (RJ 1961\880)

STS de 19 de mayo 1961 (RA 2324)

STS de 28 de septiembre de 1965 (RJ 1965\4056)

STS de 2 de diciembre de 1965

STS de 1 de febrero de 1966 (RA 304)

STS de 21 de junio de 1966 (RA 4483)

STS de 25 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 4769)

STS de 19 de febrero de 1969 (RA 960)

STS de 17 de junio de 1969 (RA 3495)

STS de 2 de mayo de 1970 (RA 2220)

STS de 5 de mayo de 1970 (R.J.A. 2.225)

STS de 3 junio de 1970 (RA 2790)

STS de 21 de noviembre de 1971 (RJ 1971\4974)

STS de 27 de diciembre de 1971 (R.J.A. 5.444)

STS de 31 de diciembre de 1971 (RJ 1971\5440)

STS de 13 de mayo de 1972 (RA 2394)

STS de 25 de abril de 1973 (RJ 1973\2289)

STS de 21 de octubre de 1974 (RJ 1974\3897)

STS de 16 de enero de 1975 (RJ 1975\1087)

STS de 17 de enero de 1975 (RJ 1975\18)

STS de 20 de diciembre de 1975 (R.J.A. 4.368)

STS de 20 de marzo de 1976 (RJ 1976\1385)

STS de 15 de marzo de 1976 (RJ 1976\871)

STS de 9 de abril de 1976 (RJ 1976\1711)

STS de 17 de abril de 1976 (RJ1976\1811)

STS de 21 de abril de 1976 (RJ 1976\1922)

STS de 26 de abril de 1976 (R.J.A. 1.927)

STS de 20 de noviembre de 1977 (RJ 1977\4837)

STS de 20 de diciembre de 1977 (RJ 1977\4837)

STS de 7 de febrero de 1978 (RJ 1978\950)

STS de 26 de octubre de 1978 (R.J.A. 3.286)

STS de 13 de marzo de 1979 (RJ 1979\871)

STS de 15 de marzo de 1979 (RJ 1979\871)

STS de 14 de abril de 1979 (RJ 1979\1545)

STS de 18 de abril de 1979 (RJ 1979\1406)

STS de 7 de mayo de 1979 (RJ 1979\1761)

STS de 10 de mayo de 1979 (RJ 1979\1764)

STS de 11 de mayo de 1979 (R.J.A. 1.826)

STS de 3 de octubre de 1979 (RJ 1979\3236)

STS de 16 de noviembre de 1979 (RA 3849)

STS de 2 de enero de 1980 (RJ 1980\77)

STS de 2 de abril de 1981 (RJ 1981, 1476)

STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981, 1531)

STS de 30 de junio de 1981 (RA 4007)

STS de 9 de julio de 1981 (R.J.A. 3.074)

STS de 10 de noviembre de 1981 (R.J.A. 4.470)

STS de 23 de marzo de 1982 (RJ 1982\1500)

STS de 4 de mayo de 1982 (RJ 1982\2553)

STS de 26 de septiembre de 1982 (RJ 1982\44922)

STS de 11 de octubre de 1982 (RJ 1982\551)

STS de 24 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7981)

STS de 25 de febrero de 1983 (RJ 1983\1076)

STS de 7 de marzo de 1983 (RJ 1983\1426)

STS de 10 de junio de 1983 (RJ 1983\3454)

STS de 4 de octubre de 1983 (RJ 1983\5227)

STS de 7 de febrero de 1984 (RA 579)

STS de 9 de marzo de 1984(RJ 1984\4909)

STS de 15 de octubre de 1984 (RA 4867)

STS de 22 de octubre de 1984 (RJ 1984\4909)

STS de 12 de febrero de 1985 (RJ 1985\546)

STS de 22 de marzo de 1985 (RA 1196)

STS de 3 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388)

STS de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388)

STS de 15 de mayo de 1985 (RJ 1985\2388)

STS de 25 de junio de 1985(RJ 1985\3314)

STS de 17 de septiembre de 1985 (RA\4276)

STS de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985\4963)

STS de 28 de mayo de 1986 (RJ 1986\2688)

STS de 20 de junio de 1986 (RJ 1986\3786)

STS de 23 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4782)

STS de 24 de octubre de 1986 (RJ 1986\5954)

STS de 24 de octubre de 1986 (RJ 1986\5959)

STS de 30 de enero de 1987 (RJ 1987\366)

STS de 10 de febrero de 1987 (RJ 1987\703)

STS de 17 de marzo de 1987 (RJ 1987\1512)

STS de 15 de abril de 1987 (RJ 1987\2710)

STS de 21 de abril de 1987 (RJ 1987, 2720)

STS de 12 de junio de 1987 (RJ 1987\4295)

STS de 22 de octubre de 1987 (RJ 1987\7308)

STS de 26 de octubre de 1987 (RJ 1987\7473)

STS de 5 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8335)

STS de 6 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8342)

STS de 7 de enero de 1988 (RJ 1988\117)

STS de 17 de mayo de 1988 (RJ 1988\4312)

STS de 4 de julio de 1988 (RJ 1988\5556)

STS de 25 de octubre de 1988 (RJ 1988\7637)

STS de 25 de octubre de 1988 (RA 5637)

STS de 25 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8713)

STS de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9436)

STS de 3 de febrero de 1989 (RJ 1989\661)

STS de 13 de abril de 1989 (RJ 1989\3049)

STS de 10 de mayo de 1989 (RJ 1989\3679)

STS de 16 de mayo de 1989 (RJ 1989\3766)

STS de 20 de mayo de 1989 (RJ 1989\3679)

STS de 5 junio de 1989 (RA 4298)

STS de 4 de julio de 1988 (RJ 1988\5556)

STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8828)

STS de 23 de enero de 1990 (RJ 1990 \18)

STS de 26 de octubre de 1990 (RJ 1990\8052)

STS de 20 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8262)

STS de 27 de diciembre de 1990 (RJ 1990\1037)

STS de 10 de enero de 1991 (RJ 1991\295)

STS de 21 de febrero de 1991 (R.J.A. 1.518)

STS de 1 de marzo de 1991 (RJ 1991\1708)

STS de 27 de marzo de 1991 (RJ 1991\2451)

STS de 16 de abril de 1991 (RJ 1991\2696)

STS de 9 de julio de 1991 (RJ 1991\5336)

STS de 9 de julio de 1991 (RJ 1991\5337)

STS de 12 de julio de 1991 (RJ 1992\1547)

STS de 27 de enero de 1992 (RJ 1992\265)

STS de 30 de enero de 1992 (RJ 1992\1518)

STS de 27 de marzo de 1992 (RJ 1992\2451)

STS de 13 de abril de 1992 (RJ 1992\3100)

STS de 14 de mayo de 1992 (RJ 1992\4121)

STS de 8 de junio de 1992 (R.J.A. 5.173)

STS de 30 de octubre de 1992 (RJ 1992\8184)

STS de 25 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9588)

STS de 3 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9997)

STS de 1 de marzo de 1993 (RJ 1993\2030)

STS de 9 de marzo de 1993 (RJ 1993\230)

STS de 11 de marzo de 1993 (RJ 1993\1790)

STS de 7 de abril de 1993 (RJ 1993\2798)

STS de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993\3466)

STS de 6 de julio de 1993 (RJ 1993\5797)

STS de 9 de julio de 1993 (RJ 1993\6330)

STS de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8916)

STS de 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9186)

STS de 4 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9834)

STS de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10086)

STS de 10 de enero de 1994 (RJ 1994\436)

STS de 17 de febrero de 1994 (RJ 1994\1621)

STS de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2560)

STS de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\7916)

STS de 9 de mayo de 1994 (RJ 1994\3891)

STS de 3 de junio de 1994 (1994\4576)

STS de 17 de junio de 1994. (RJ 1994\4932)

STS de 11 de julio de 1994 (RJ 1994, 6385)

STS de 13 de julio de 1994 (RJ 1994, 6392)

STS de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994\7474)

STS de 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8482)

STS de 18 de noviembre de 1994 (RJ 1994\9322)

STS de 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8537)

STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995\744)

STS de 17 de mayo de 1995 (RJ 1995\3925)

STS de 19 de junio de 1995 (RJ 1995\5321)

STS de 3 de julio de 1995 (RJ 1995\5425)

STS de 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8432)

STS de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996\1936)

STS de 21 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2230)

STS de 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4831)

STS de 8 de junio de 1996 (RJ 1996\4833)

STS de 29 de octubre de 1996 (RJ 1996\7483)

STS de 9 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8813)

STS de 1 de febrero de 1997 (R.J.A. 671)

STS de 28 de febrero de 1997 (RJ 1997\1332)

STS de 4 de marzo de 1997 (RJ 1997\1642)

STS de 10 de abril de 1997 (RJ 1997\2877)

STS de 3 de julio de 1997 (RJ 1997\ 5479)

STS de 22 de octubre 1997 (RJ 1997\7410)

STS de 5 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8996)

STS de 30 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9669)

STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\874)

STS de 24 de febrero de 1998 (RJ 1998\991)

STS de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998\1706)

STS de 12 de junio de 1998 (RJ 1998\4130)

STS de 9 de julio de 1998 (RJ 1998, 6115)

STS de 14 de julio de 1998 (RJ 1998\8253)

STS de 14 de enero de 1999 (RJ 1999\145)

STS de 5 de julio de 1999 (RJ 1999\4980)

STS de 29 de julio de 1999 (RJ 1999\6217)

STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8858)

STS de 29 de noviembre de 1999 (1999\91399)

STS de 25 de enero de 2001 (RJ 2001\525)

STS de 21 de marzo de 2001 (RJ 2001\4748)

STS de 20 de noviembre de 2001 (RJ 1997\389)

STS de 23 de mayo de 2002 (RJ 2002\7158)

STS de 20 de junio de 2002 (RJ 2002\5256)

STS de 1 de julio de 2002 (RJ 2002\5512)

STS de 23 de julio de 2002 (RJ 2002\6935)

STS de 11 de diciembre de 2002 (RJ 2002\1031)

STS de 17 de diciembre de 2002 (RJ 2002\1259)

STS de 17 de febrero de 2003 (RJ 2003\1165)

STS de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\2763)

STS de 14 de julio de 2003 (RJ 2003\4635)

STS de 25 de marzo de 2004 (RJ 2004\1713)

STS de 16 de abril de 2004 (RJ 2004\3261)

STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2082)

STS de 3 de mayo de 2004 (RJ 2004\1680)

STS de 14 de junio de 2004 (RJ 2004\3837)

STS de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7916)

STS de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2004\1876)

STS de 9 de marzo de 2005 (RJ 2005\2219)

STS de 27 de mayo de 2005 (RJ 2005\6081)

STS de 7 de octubre de 2005 (RJ 2005\8573)

STS de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2005\153)

STS de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2005\156)

STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006\2899)

STS de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006\6720)

STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\384)

STS de 5 de junio de 2007 (RJ 2007\3425)

STS de 20 de junio de 2007 (RJ 2007\3458)

STS de 27 de junio de 2007 (RJ 2007\3785)

STS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007\5433)

STS de 9 de octubre de 2007 (RJ 2007\7403)

STS de 5 de noviembre de 2007(RJ 2007\8646)

STS de 22 de diciembre de 2007 (RJ 2007\307)

STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\3308)

STS de 22 de julio de 2008 (RJ 2008\4617)

STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008\8008)

STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009\1946)

STS de 28 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3049)

STS de 28 de mayo de 2009 (RJ 2009\4142)

STS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009\6475)

STS de 12 de diciembre de 2009 (JUR 2009\1946)

STS de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010\2538)

STS de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010\7309)

STS de 1 de octubre de 2010 (JUR 2010\390363)

STS de 11 de diciembre de 2010 (RJ 2010\281)

STS de 11 de marzo de 2011(RJ 2011\3320)

STS de 4 de abril de 2011 (RJ 2011\3141)

STS de 6 de abril de 2011 (RJ 2011\3147)

STS de 27 de diciembre de 2011 (JUR 2012\42876)

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia STSJ

STSJ de Valencia de 11 de mayo de 1998 (RJ 1998\5218)

Sentencias de la Audiencia Provisional SAP

SAP de Madrid de 24 de marzo de 1992 (AC 1992\330)

SAP de Oviedo de 30 de abril de 1992 (AC 1992\546)

SAP de Madrid de 9 de febrero de 1993 (AC 1993\156)

SAP de Oviedo de 19 de marzo de 1993 (AC 1993\378)

SAP de Jaén de 28 de abril de 1994 (AC 1994\696)

SAP de Baleares de 26 de enero de 1995 (AC 1995\103)

SAP de Navarra de 3 de febrero de 1995 (AC 1995\275)

SAP de Las Palmas de 28 de marzo de 1996 (AC 1996\795)

SAP de Madrid de 3 de abril de 1996 (AC 1996\796)

SAP de Jaén de 19 de junio de 1997 (AC 1997\1426)

SAP de Toledo de 25 de febrero de 1998 (AC 1998\3722)

SAP de Ávila de 20 de julio de 1998 (AC 1998\6318)

SAP de Girona de 30 de marzo de 1999 (AC 1999\1117)

SAP de Barcelona de 18 de mayo de 1999 (JUR 1999\1265)

SAP de Palencia de 21 de junio de 1999 (AC 1999\6096)

SAP de La Rioja de 8 de octubre de 1999 (AC 1999\8069)

SAP de Almería de 24 de enero de 2000 (AC 2000\2777)

SAP de Asturias de 24 Enero de 2000 (AC 2000 \216)

SAP de Burgos de 26 de enero de 2000 (AC 2000\470)

SAP de Las Palmas de 7 de febrero de 2000 (AC 2000\3680)

SAP de Lleida de 9 de febrero de 2000 (AC 2000\183)

SAP de Sevilla de 4 de abril de 2000 (AC 2000\2008)

SAP de Zamora de 11 de mayo de 2000 (AC 2000\1496)

SAP de Málaga de 12 de mayo de 2000 (JUR 2000\264177)

SAP de Tarragona de 20 de julio de 2000 (JUR 2000\287738)

SAP de Cantabria de 22 de noviembre de 2000 (JUR 2001\84609)

SAP de La Coruña de 30 de noviembre del 2000 (JUR 2001\93281).

SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2000 (JUR 2001\93602)

SAP de Cádiz de 29 de diciembre de 2000 (JUR 2001\85618)

SAP de Segovia de 30 de diciembre de 2000 (JUR 2001\96517)

SAP de Barcelona de 9 de enero de 2001 (AC 2001 \ 43)

SAP de Barcelona de 24 de enero de 2001 (JUR 2001 \ 115265)

SAP de Cádiz de 2 de febrero de 2001 (JUR 2001 \ 133897)

SAP de Segovia de 6 de febrero de 2001 (JUR 2001 \ 123735)

SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2001 (JUR 2001 \ 136488)

SAP de Valencia de 20 de febrero de 2001 (JUR 2001 \ 137637)

SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2001 (JUR 2001 \ 149804)

SAP de Sevilla de 2 de marzo de 2001 (JUR 2001 \ 233240)

SAP de Valladolid de 13 de marzo de 2001 (JUR 2001 \ 140392)

SAP de Cáceres de 15 de marzo de 2001 (JUR 2001 \ 140578)

SAP de Cáceres de 28 de marzo de 2001 (JUR 2001 \ 141403)

SAP de Baleares de 30 de marzo de 2001 (JUR 2001 \ 209067)

SAP de Asturias de 3 de abril de 2001 (JUR 2001 \ 209346)

SAP de Pontevedra de 9 de abril de 2001 (JUR 2001 \ 209917)

SAP de Álava de 18 de octubre de 2001 (JUR 2002 \ 217243)

SAP de Alicante de 8 de noviembre de 2001 (JUR 2001 \ 47831)

SAP de Lleida de 22 de enero de 2002 (JUR 2002 \ 76017)

SAP de Girona de 5 de febrero de 2002 (JUR 2002\124420)

SAP de Barcelona 12 de febrero de 2002 (JUR 2002\114346)

SAP de Valencia de 19 de febrero de 2002 (JUR 2002\115942)

SAP de La Rioja de 20 de marzo de 2002 (AC 2002\941)

SAP de Murcia de 15 de abril del 2002 (AC 2002\1392)

SAP de Granada de 25 de mayo de 2002 (JUR 2002\178815)

SAP de Burgos de 13 de junio de 2002 (JUR 2002\225061)

SAP de Burgos de 17de junio de 2002 (JUR 2002\225404)

SAP de Valencia de 19 de junio de 2002 (JUR 2002\33517)

SAP de Valencia de 8 de julio de 2002 (JUR 2005\276000)

SAP de Valencia de 27 de julio de 2002 (JUR 2002\253900)

SAP de Asturias de 9 de octubre de 2002 (PROV 2003, 10297)

SAP de Tarragona de 10 de octubre de 2002 (JUR 2003\10384)

SAP de Zaragoza de 15 de octubre de 2002 (JUR 2002\274261)

SAP de La Palmas de 21 de octubre de 2002 (JUR 2003\80671)

SAP de Murcia de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003\71241)

SAP de La Coruña de 7 de noviembre de 2002 (JUR 2003\63066)

SAP de Lleida 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003\14751)

SAP de Cantabria de 21 de noviembre de 2002 (JUR 2003\42815)

SAP de Badajoz de 21 de noviembre de 2002 (PROV 2003\72487)

SAP de Valencia de 27 de noviembre de 2002 (JUR 2003\42968)

SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2002 (JUR 2003\619796)

SAP de Málaga de 26 de diciembre de 2002 (JUR 2003\140285)

SAP de Ávila de 8 de enero de 2003 (PROV 2003\83123)

SAP de La Coruña de 10 de enero de 2003 (JUR 2003\127654)

SAP de Burgos de 13 de enero de 2003 (JUR 2003\75422)

SAP de Granada de 25 de enero de 2003 (JUR 2003\109608)

SAP de Badajoz de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003\62110).

SAP de Vizcaya de 20 de febrero de 2003(JUR 2003\116737)

SAP de Huesca de 6 de marzo de 2003 (PROV 2003\117357)

SAP de Alicante de 18 de marzo de 2003 (JUR 2003\136917)

SAP de Huesca de 21 de marzo de 2003 (JUR 2003\117718)

SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 2003 (AC 2003\476)

SAP de Barcelona de 10 de abril de 2003 (JUR 2003\254002)

SAP de Cuenca de 16 de abril de 2003 (JUR 2003\159711)

SAP de Valencia de 23 de abril de 2003 (JUR 2003\218375)

SAP de Lugo de 28 de abril de 2003 (JUR 2003\200610)

SAP de León de 30 de mayo de 2003 (JUR 2003\233824)

SAP de Palencia de 16 de junio de 2003 (AC 2003\2327)

SAP de Murcia de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2003\251528)

SAP de Asturias de 3 de noviembre de 2003 (JUR 2003\277415)

SAP de Salamanca de 6 de noviembre de 2003 (AC 2003\1792)

SAP de Alicante de 13 de noviembre de 2003 (JUR 2003\18854)

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de noviembre de 2003 (AC
2003\2003518)

SAP de Murcia de 25 de noviembre de 2003 (JUR 2004\100099)

SAP de Vizcaya de 25 de noviembre de 2003 (JUR 2004\36696).

SAP de Granada de 26 de enero de 2004 (JUR 2004\101578)

SAP de Madrid de 2 de marzo de 2004 (JUR 2004\249634)

SAP de Madrid de 1 de abril de 2004 (JUR 2004\248257)

SAP de Madrid de 2 de abril de 2004 (JUR 2004\248164)

SAP de Murcia de 21 de abril de 2004 (JUR 2004\151339)

SAP de Cádiz de 5 de mayo de 2004 (JUR 2004\194239)

SAP de Castellón de 11 de mayo de 2004 (AC 2004\966)

SAP de Baleares de 24 de mayo de 2004 (JUR 2004\206400)

SAP de Madrid de 25 de mayo de 2004 (JUR 2004\259001)

SAP de Navarra de 11 de junio de 2004 (JUR 2004\198016)

SAP de Madrid de 28 de junio de 2004 (JUR 2004\235235)

SAP de Madrid de 9 de julio de 2004 (JUR 2004\225788)

SAP de Valencia de 29 de julio de 2004 (JUR 2005\9548)

SAP de Murcia de 17 de septiembre de 2004 (JUR 2004\274307)

SAP de Madrid de 21 de septiembre de 2004 (JUR 2005\252888)

SAP de Madrid de 14 de octubre de 2004 (JUR 2004\298232)

SAP de Valencia de 19 de octubre de 2004 (JUR 2004\8141)

SAP de Cádiz de 13 de diciembre de 2004 (JUR 2005\147285)

SAP de Málaga de 14 de diciembre de 2004 (JUR 2004\147224)

SAP de Cáceres de 15 de diciembre de 2004 (JUR 2005\1421)

SAP de Asturias de 20 de enero de 2005 (JUR 2005\92667)

SAP de Cantabria de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005\92231)

SAP de Islas Baleares de 8 de febrero de 2005 (AC 2005\726)

SAP de Murcia de 4 de marzo de 2005 (AC 2005\638)

SAP de Tarragona de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005\103583)

SAP de Girona de 4 de mayo de 2005 (JUR 2005\171027)

SAP de Cáceres de 16 de mayo de 2005 (JUR 2005\200474)

SAP de Baleares de 19 de mayo de 2005 (JUR 2005\132103)

SAP de Salamanca de 20 de mayo de 2005 (JUR 2005\1622838)

SAP de Burgos de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005\277155)

SAP de Alicante de 1 de junio de 2005 (JUR 2005\199998)

SAP de Girona de 8 de junio de 2005 (JUR 2005\181622)

SAP de Murcia de 10 de junio de 2005 (JUR 2005\161929)

SAP de Valencia 27 de junio de 2005 (JUR 2005\276861)

SAP de La Rioja de 28 de junio de 2005 (JUR 2005\175539)

SAP de Madrid de 8 de julio de 2005 (JUR 2005\207080)

SAP de Cantabria de 13 de julio de 2005 (JUR 2005\220895)

SAP de Málaga de 6 de septiembre de 2005 (JUR 2006\37828)

SAP de Navarra de 20 de septiembre de 2005 (JUR 2005\262878)

SAP de Valencia 30 de septiembre de 2005 (JUR 2005\278675)

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de octubre de 2005 (JUR 2005\171027)

SAP de Valencia de 4 de octubre de 2005 (AC 2005\2175)

SAP de Ciudad Real de 11 de octubre de 2005 (AC 2005\2014)

SAP de Madrid de 25 de octubre de 2005 (JUR 2005\251802)

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de octubre de 2005 (JUR 2002\72051)

SAP de Cáceres de 28 de noviembre de 2005 (AC 2006\95)

SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2005 (JUR 2006\56131)

SAP de León de 20 de diciembre de 2005 (JUR 2005\67942)

SAP de Girona de 9 de enero de 2006 (JUR 2006\93486)

SAP de La Rioja de 19 de enero de 2006 (AC 2006\78)

SAP de Girona de 13 de febrero de 2006 (AC 2006\426)

SAP de Madrid de 14 de febrero de 2006 (AC 2006\326)

SAP de Cáceres de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006\132362)

SAP de Murcia de 18 de abril de 2006 (JUR 2006\159302)

SAP de Madrid de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007\53916)

SAP de Alicante de 13 de mayo de 2009 (AC 2009\1080)

SAP de Valencia de 6 de octubre de 2009 (JUR 2010\4792)

SAP de Valencia de 17 de diciembre de 2009 (JUR 2009\150613)

SAP de Madrid de 8 de febrero de 2010 (AC 2010\463)

SAP de Islas Baleares de 29 de abril de 2010 (JUR 2010\215894)

SAP de Valencia de 13 de octubre de 2010 (JUR 2010\43231)

SAP de León de 27 de abril de 2011 (AC 2011\1310)

SAP de A Coruña de 28 de julio de 2011 (AC 2011\2122)

SAP de A Coruña de 28 de julio de 2011 (AC 2011\2123)

Sentencias del Juzgado Mercantil SJM

SJM de Murcia de 26 de abril de 2005 (AC 2005\2303)

SJM de Córdoba de 8 de julio de 2005 (AC 2005\1705)

SJM núm. 1 de Bilbao de 1 de septiembre de 2005 (AC 2005\1563)

SJM núm. 1 de Oviedo de 3 de febrero de 2006 (JUR 2006\68797)

SJM núm. 1 de Bilbao de 24 de febrero de 2006 (AC 2006\139)

SJM núm. 1 de Bilbao de 21 de septiembre de 2009 (AC 2009\2026)

SJM núm. 1 de Bilbao de 21 de septiembre de 2009 (AC 2009\2028)

SJM de A Coruña de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010261764)

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X. PICO I JUNOY, J.: *Objeto y carga de la prueba civil*, Barcelona, 2007.
- ADAME MARTÍNEZ, M. A.: *Asunción de deuda en derecho civil*, Granada, 1996.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.:
- *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, vol. II. Barcelona, 2002.
 - «La mora en las obligaciones recíprocas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Enero-Febrero, 1968, págs. 9 y sgtes.
- ALMAGRO NOSETE, J.:
- «Comentarios a los arts. 1.008 al 1.314», *Comentario del Código Civil*, Tomo XI, Libro IV, Barcelona, 2000, págs. 728 y sgtes.
 - «Comentario al art. 1257» *Comentario del Código Civil*, Libro IV, Barcelona, 2006, págs. 582 y sgtes.
- ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1947.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I. Y MEDINA COLUNGA, C.: *La exceptio non rite adimpleti contractus en el juicio ejecutivo cambiario*, TSJyAP, V, 1999.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 2003.
- ANDREU MARTÍNEZ, B.: «Incumplimiento anticipado: Regulación de los principios de derecho contractual europeo y soluciones a la vista del código civil español» en ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO Y VAQUER ALOY, A. (Coord.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Valencia, 2003, págs. 333 y sgtes.
- ARANGIO-RUIZ, V.: *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1986.
- ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, A.: *Derecho Romano II*, Madrid, 1979.
- ARMENTA DEU, T.: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2004.
- ASUA GÓNZALEZ, C. I.: «Responsabilidad civil médica» en FERNANDO REGLERO CAMPOS, L. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2006. Págs. 1.153 y sgtes.

- AULETTA, G.: *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.
- AZNAR GINER, E.: *La resolución del contrato en interés del concurso*, Valencia, 2010.
- BADANES GASSET, R.: *El contrato de compraventa*, Tomo I, Barcelona, 1995.
- BADOSA COLL, F.: *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Valladolid, 2007.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M.: *La deuda de la masa*, Bolonia, 1986
- BENNATTI, F.: *La costituzione in mora del debitore*, Milán. 1968.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, Navarra, 2001.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos y Quiebra*, Madrid, 2002.
- BETANCOURT, F.: *Derecho romano clásico*, Sevilla, 2001.
- BIGLIAZZI GERI, L.: *Risoluzione per inadempimento, en comentario del Codice Civile Scialoja7Branca, Libro IV (Delle Obbligazioni), Tomo II, arts. 1.460-1.462* Bolonia- Roma.
- BLASCO GASCÓ, F.: *Declaración en concurso y contratos*, Valencia, 2009.
- BONARDELL LENZANO, R.: *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, Valencia, 2006.
- BONET NAVARRO, J.: *El juicio ejecutivo cambiario*, Granada, 1997.
- BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión del pago del precio en la compraventa*, Valencia, 1999.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

- CALVO CARAVACA, A, L.: «Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador», en DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L, (Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, 1998, págs. 560 y sgtes.
- CANO DE MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.: *El contrato a favor de tercero*, Mataró, 2005.
- CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones*, traducción y notas de TARRAGATO y CONTRERAS, Madrid, 1927.
- CAPRILE BIERMANN, B.: «La excepción de contrato no cumplido: algunos problemas y, en especial, su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes», *En congreso Internacional "Modernización del Derecho de las obligaciones en Europa y Latinoamérica"*, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 26 y 27 de agosto de 2008, págs. 80 y sgtes. En prensa.
- CARRESI, F.: «Il contratto», en el *Trattato di diritto Civile e Commerciale de Cicu-Messineo*, Milano, 1987, Vol. II.
- CASSIN, R.: *De la exception tirée de l' inexécution dans les rapports*, París, 1914.
- CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, Madrid, 1992.
- CLEMENTE MEORO, M, E.:
- *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.
 - *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991.
 - «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *ADCo*, núm. 10, 2007-1, págs. 203 y sgtes.
- COLIN Y CAPITANT.: *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la última edición francesa por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo III, Madrid, 1924.
- CORDÓN MORENO, F.: *El proceso de ejecución*, Navarra, 2002.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.:
- *Derecho Procesal Civil, Parte general*, AA.VV., Madrid, 2001.
 - «Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades», *En la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 2000, págs. 49 y sgtes.

- CRISTÓBAL MONTES, A.: *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984.
- CRUZ MORENO, M.: *La exceptio non adimpleti contractus*, Valencia, 2004.
- DAMIÁN MORENO, J.: *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Tomo II, Valladolid, 2000.
- DAZA MARTINEZ, J. Y RODRIGUEZ ENNES, L.: *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1997.
- DE COSSIO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1991.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, I.: *La relación de causalidad en la órbita de derecho de daños*, Valencia, 2000.
- DE LOS MOZOS, J, L.: «La equidad en el Derecho Civil español». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Julio-agosto, 1972, págs. 31 y sgtes.
- DELL' AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981.
- DEMOLOMBE, J. C.: *Cours de Code Napoleon*, Paris, 1877.
- DE PAGE, H.: *Traité élémentaire de droit civil belge*, Vol. III, Bruxelles, 1990.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Saneamiento por vicios ocultos*, Valencia, 2009.
- D'ORS, A.: *Derecho privado Romano*, Pamplona, 1989, pág. 540.
- D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*, T. I Constituciones preliminares y Libros 1-19, Pamplona, 1968.
- DIEZ-PICAZO, L.:
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II. 5ª ed., Madrid, 1996.
 - «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 383 y sgtes.

DÍEZ-PICAZO, L. ROCA TRIAS, E. MORALES, A.M.: *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

DÍEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I.:

- *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 2001.
- *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996.

DÍEZ SOTO, M.:

- «9 de julio de 1991. Compraventa de inmuebles. Obligación de otorgar escritura pública de venta. Exceptio non adimpleti contractus. Cláusula penal», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 26, 1991, págs. 681 y sgtes.
- *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Madrid, 2006.

DUSI, B.: *Instituzione di Diritto Civile*, vol. II. Turín, 1929.

EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código Civil Alemán Comentado*, Madrid, 1998.

ESCRIHUELA MORALES, F.: *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, Madrid, 2011.

ESTEBAN MONASTERIO, I.: «Alcance de la excepción de incumplimiento del negocio causal en el juicio cambiario», *Actualidad Civil*, febrero de 2012 número 3, págs. 272 y sgtes.

ESTRTRUCH ESTRUCH, J.: *El comprador de vivienda ante el concurso del promotor*, Pamplona, 2011.

ESPÍN CÁNOVAS, D.:

- «La excepción de incumplimiento contractual», *ADC*, julio-septiembre 1964, págs. 543 y sgtes.
- *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. III. Obligaciones y Contratos, Madrid, 1983.

ENNECCERUS, L., LEHAMANN: *Tratado de derecho civil de Enneccerus/Kipp/Wolf*, Tomo II, Vol. 2º Derecho de obligaciones, traducción 35ª edición alemana, con estudios de adaptación y comparación de Pérez González y Alguer, 2ª edición, Barcelona, 1954.

- ETXARANDIO HERRERA, E. J.: *Manual de Derecho Concursal*, Madrid, 2009.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: «Cumplimiento y extinción del contrato», AA.VV., DERECHO PRIVADO EUROPEO (Coords.), Madrid, 2003, págs. 509 y sgtes.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación pública*, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS M, A. RIFÁ SOLER J, M. VALLS GOMBAU, J, F.: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, T. III artículos 556 al 827*. Barcelona, 2000.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. PARICIO J.: *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: «La exceptio non adimpleti contractus», *Estudios de Deusto*, 1995, págs. 71 y sgtes.
- FERNÁNDEZ URZAINZQUI, J. F.: «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», *R.C.D.I.*, 1997, págs. 403 y sgtes.
- FINEZ RATÓN, J. M.:
- «De los efectos sobre los contratos», en *Tratado Práctico Concursal*, Tomo II, *Efectos de la Declaración de Concurso*, 2009, págs. 625 y sgtes.
 - *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992.
- FISAC DE RON, M^a, P.: *El cumplimiento del Contrato de obra: Recepción*, Barcelona, 2001.
- FUENTES DEVESA, R.: “Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso”, *RDCP*, núm. 10, 2009, págs. 195 y sgtes.
- GÁLVEZ CRIADO, A.: *La asunción de deuda en el derecho civil*, Valencia, 2007.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *El proceso de ejecución forzosa en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 2003.
- GARCÍA AMIGO, M.: «Lecciones de Derecho Civil II», *Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1995.

- GARCÍA-CUERVA GARCÍA, S.: «Las reglas generales del Onus Probandi», en ABELLUCH, X. PICO I JUNOY, J (Directores), *Objeto y carga de la prueba*, Barcelona, 2007, pág 354 y sgtes.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, 1999.
- GARCÍA GARRIDO, M. J.:
- *Derecho Privado Romano I. Instituciones*, Madrid, 1979.
 - *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones*. Madrid, 2006.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La resolución del contrato administrativo de obra*, Madrid, 1996.
- GARCÍA VICENTE, J, R.:
- «De los efectos sobre los contratos» en *Comentarios de la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Vol. I, Artículos 1 a 115, Madrid, 2004, págs. 125 y sgtes.
 - «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en el interés del concurso», ADCo, núm. 13, 2008, págs. 349 y sgtes.
 - «Seguros de caución o avales por cantidades percibidas a cuenta y concurso del promotor» en GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), *Crisis Inmobiliaria y Derecho concursal*, Pamplona, 2009, pág. 195.
- GAUDEMET, E.: *Teoría general de las obligaciones*, Traducción y notas de Derecho mexicano por PABLO MACEDO, México, 1984.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: «Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1990», en CCJC nº 24, 1990, págs. 1191 y sgtes.
- GHESTIN-BILLAU: *Traité de Droit Civil. Les obligations. Les effets du contrat*, Librairie de Droit et jurisprudence, Paris, 1992.
- GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales*, Madrid, 2005.
- GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el derecho romano*, Vol. II, Madrid, 1928.
- GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Barcelona, 2005.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F.: *El proceso civil*, Oviedo, 1992.

GÓMEZ MENDOZA, M.: «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en “Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)”, AA.VV dirigidos por Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ledesma, C., Alonso Ureba A., y Alcover Garau G., Tomo I, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ POVEDA, P.:

- *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.) Tomo XII, Libro IV, de las obligaciones y contratos, arts. 1.135 al 1.789. Barcelona, 2000, págs. 1.128 y sgtes.
- «Comentario al art. 1486 CC», en AA.VV., SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.) *Comentario del Código Civil*, T. 7º, arts. 1315-1542, Barcelona, 2006, págs. 2121 y sgtes.

GORLA, G.: *Del rischio e del pericolo delle obbligazioni*, Padua, 1934.

GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano*, T. II. Santiago de Chile, 2001.

GLÜK, F.: *Commetario alle Pandette*, Libro XIX, traducido y anotado por GREGO, U., Milán, 1891.

GRASSO, B.: *Eccezione d` inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973.

HAZA DÍAZ, P. DE LA.: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996.

HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho Civil*, Vol. III, traducción de SANTOS BRIZ, J., Madrid, 1958.

HERNÁNDEZ-TEJERO, F.: *Las Instituciones de Justiniano*, Granada, 1998.

HERNÁNDEZ MARTÍ, J.: «Efectos de la declaración del concurso: efectos sobre los contratos», *Concurso e insolvencia punible*, Valencia, 2004, págs. 204 y sgtes.

JORDANO FRAGA, F.:

- *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992.
- «Obligaciones de medios y resultados», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 1991, págs. 5 y sgtes.

KASER, M.: *Derecho romano privado*, Reus, 1968.

- JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano*, trad. Prieto Castro, Barcelona, 1937.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Madrid, 1999.
- LAMARCA MARQUÉS, A.: *Código Civil Alemán y Ley de introducción al Código Civil*, Madrid, 2008.
- LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, Tomo I, versión española y notas de SANTOS BRIZ, J., Madrid, 1958.
- LARROUMET, C.: «Compraventa Internacional de Mercaderías», *Comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá, 2003, págs. 455 y sgtes.
- LOBATO GÓMEZ, J. M.: «Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1992, págs. 651 y sgtes.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.:
 - *La nulidad de los contratos*, Valencia, 2009.
 - *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995.
- LÓPEZ FRAGOZO, T.: «La carga de la prueba según el art. 217 de la Ley 1\2000 de Enjuiciamiento Civil», *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 487, de 24 de mayo 2001. págs. 4 y sgtes.
- LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994.
- LÓPEZ LÓPEZ, E.: «La falta de provisión de fondos como excepción causal en el juicio ejecutivo (La letra a favor)», *Actualidad Civil*, 1993, págs. 465 y sgtes.
- LÓPEZ RICHART, J.: *Los contratos a favor de terceros*, Madrid, 2001.
- LORCA NAVARRETE, A. M.: *Tratado de derecho procesal civil*, San Sebastián, 2002.
- LLACER MATA CÁS, M^a R.: *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992.
- MADRID PARRA, A.: «Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional», Navarra, 2003, págs. 290 y sgtes.

MAIRATA LAVIÑA, J.: «Los efectos del concurso en la Ley Concursal», en *Derecho Concursal*, R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA y J.A PULGAR EZQUERRA (dir.), Madrid, 2003, págs. 312 y sgtes.

MANTUCCI, D.: *L' Inadempimento reciproco*, Nápoles, 1990.

MARÍN LÓPEZ, M. J.:

- *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Navarra, 2000.
- *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio Jurisprudencial*. Navarra, 2010.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «Cumplimiento defectuoso de la prestación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1976, págs. 1.335 y sgtes.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A.:

- «Comentario de la Ley de Concursal», Artículo 61, Á. ROJO Y E. BELTRÁN (dir.), Madrid, 2004, págs. 1143 y sgtes.
- «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en “Comentario de la Ley Concursal”, Artículo 61, dir. Á. Rojo y E. Beltrán. Madrid, 2004, págs. 1.140 y sgtes.

MARTÍNEZ ROSADO, J.: «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)» en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, Madrid, 2005, págs. 2969 y sgtes.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *Código Europeo de Contratos*, dirigido por VATTIER, C., Madrid, 2003.

MARTY, G., RAYNAUD, P.: *Droit Civil, Les obligatons*, I, Paris, 1988.

MASNATTA, H.: *Excepción de incumplimiento contractual*, Buenos Aires, 1967.

MESSINEO, F.:

- *Doctrina General del Contrato*, Vol. II, Buenos Aires, 1952.
- *Manual de derecho civil y comercial*, Tomo IV, Buenos Aires, 1955.

MELICH-ORSINI, J.: *Doctrina General del Contrato*, Caracas, 1997.

- MELÓN INFANTE, C.: *Código civil alemán (BGB)/ traducción directa del alemán al castellano, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*. Barcelona, 1955.
- MORENO MOLINA, J. A. Y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva ley de contratos del sector público*, Madrid, 2008.
- MONSERRAT VALERO, A.: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», ADCo, 2008 núm. 12, págs. 71 y sgtes.
- MONTERO AROCA, J.:
- *El nuevo Proceso Civil*, Valencia, 2001.
 - «Derecho Jurisdiccional» en *Proceso Civil*, Vol. II, Coord. Juan Montero Aroca, Valencia, 2010, págs. 820 y sgtes.
- MONTERO AROCA, J. Y FLORS MATÍES J.: *El proceso de ejecución*, Valencia, 2001.
- MONTES PENADES, V. L.:
- «De las obligaciones puras y condicionales», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., Tomo XV, vol. 2º, Madrid 1990, págs. 456 y sgtes.
 - «Comentarios al artículo 1.124 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., Tomo XV, vol. 1º, Madrid, 1989, págs. 986 y sgtes.
- NAVARRO CASTRO, M.: *Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008.
- NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La Cesión de Créditos en el Derecho Civil Español*, Granada, 1988.
- OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral: Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, Pamplona.
- ORTÍ VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, 2002, Granada.
- ORTEGA DOMÉNECH, J.: *El contrato de obra en la jurisprudencia*, Madrid, 2007.
- ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, Navarra, 2009.

- OSSORIO Y MORALES, J.: «Notas para una teoría general del contrato», *Revista de Derecho Privado*, 1965, págs. 1.098 y sgtes.
- PAZ-ARES, J.C.: “Las excepciones cambiarias”, en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1992, págs. 264 y sgtes.
- PEITEADO PILAR, M.: «La exceptio non rite adimpleti contractus en la oposición al juicio cambiario (Comentario a la Sentencia 518/2003, de 24 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife)», *Revista de derecho bancario y bursátil*, año 23, N° 95, 2004, págs. 235y sgtes.
- PERSICO, G.: *L’eccezione d’inadempimento*, Milano, 1955.
- PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducido por FERRÁNDEZ GONZÁLEZ, J. México, 2002.
- PLANIOL, M. Y RIPERT, J.: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Las obligaciones, Tomo VI, traducción al español de DÍAZ CRUZ, M., La Habana, 1940.
- PILLEBOUT, J. F.: «Recherches sur l’ exception d’inexécution», *Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, París, 1971, N° 4.
- PINTO RUIZ, J. J.:
- *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Barcelona, 1949.
 - «La condición resolutoria tácita» Apéndice a MOSCO, L.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Barcelona, 1962, págs. 375 y sgtes.
- POTHIER, *Euvres de Pothier*, anotadas por BUGNET, M., T. 5, París, 1847.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, I, Derecho general de las obligaciones, Barcelona, 1988.
- PUIG FERRIOL, L.: *Manual de Derecho Civil*, Tomo II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato, Madrid, 1996.
- PULEO, S.: *La cessione del Contratto*, Milano, 1939.
- REGLERO CAMPOS, L, F.: «El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de

- culpas», en FERNANDO REGLERO CAMPOS, L. (coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2006, págs. 339 y sgtes.
- RIVERO GONZÁLEZ, M.: *Tratado Básico de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2009.
- ROCA SASTRE, R. M^a: *Derecho hipotecario*, Tomo II, Barcelona, 1948.
- ROCA I TRÍAS, E.: “Eficacia e ineficacia de los contratos en el concurso del deudor”, en *Aspectos civiles de derecho concursal*, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2009, págs. 45 y sgtes.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J.: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ GREZ, P.: *Responsabilidad Contractual*, Santiago de Chile, 2003.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C.: «Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa», *Revista de Derecho Privado*, 1992, págs. 113 y sgtes.
- SAINZ MORENO, F.: «La exceptio non adimpleti contractus en la contratación administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, enero/marzo 1978, págs. 13 y sgtes.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: «Las excepciones cambiarias», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1988, págs. 7 y sgtes.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo parte general*, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ PAREDES, M. L.: “Los contratos bilaterales pendiente en el concurso”, *ADCo* núm. 18, 2009, págs. 423 y sgtes.
- SALABERRI VIDONDO, G.: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, artículo 218, LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir.), Madrid, 2000.
- SANTOS BRIZ, J.:
- «Comentario del Código Civil», SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.) Libro IV de las obligaciones y contratos, títulos I a III, Barcelona, 2006, págs. 266 y sgtes.
 - *Tratado de Derecho Civil*, Derecho de Obligaciones. Los contratos en particular, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.) Vol. IV, Barcelona, 2003.

- *Derecho Civil. Teoría y práctica*, Tomo IV, Derecho de obligaciones. Los contratos en particular, Madrid, 1973.
- SEOANE SPIELBERG, J. L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1\2000. Disposiciones generales y presunciones*, Navarra, 2002.
- SENÉS MOTILLA C.: «La ejecución civil» en *Estudios de derecho judicial*, Madrid, 2005.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.:
- *La responsabilidad civil del abogado*, Navarra, 2000.
 - “El «interés del concurso» En la Ley 22/2003, de 11 de julio, concursal”, en *La dialettica degli interessi disciplina delle società per azioni*, Napoles 2011, págs. 445 y sgtes.
- SERRANO MASIP, M.: *El juicio ejecutivo cambiario*, Barcelona, 1997.
- SOTO VÁSQUEZ RODOLFO. Y SOTO FERNÁNDEZ, C.: *Manual de oposición cambiaria*, Granada, 1996.
- SCHULZ, FRITZ.: *Derecho Romano Clásico*, Trad. de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I.: «Excepción», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. II, Madrid, 1995, págs. 2964 y sgtes.
- TRAVIESAS, M.: «Obligaciones Recíprocas», *Revista de Derecho Privado*, 1929, págs. 19 y sgtes.
- TRUJILLO DIEZ, I.J.: *Los efectos del concurso sobre el contrato de cuentas corrientes*, Navarra, 2003.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980.
- VALIÑO, E.: *Instituciones de derecho privado romano*, Valencia, 1976.
- VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C.:
- *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000.

- *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia Ley 1/2000*. Madrid, 2000.
- *Comentarios a la Ley Concursal, Art. 61*, Madrid, 2003.

VERDERA SERVER, R.: «Atipicidad contractual y remedios sinalagmáticos: La exceptio non adimpleti contractus. Comentario a la Sentencia del TS de 17 de febrero 1998», *Revista de Derecho Patrimonial*, número I, 1998, págs. 193 y sgtes.

VICENT CHULIA, F.: *Compendio gráfico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1986.

VICENTE IGLESIAS, J. L.: *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contrato del sector público*, Madrid, 2008.

VICENTE Y GELLA, A.: *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Zaragoza, 1960.

VOLTERRA, E.: *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1986.

WINDSCHEID, B.: *Diritto dele Pandette*, traducción de FADDA, C. Y BENZA, P., Vol. II, Turín, 1930.

YZQUIERDO TOLSADA, M.:

- *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989.
- *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. I, Madrid, 1993.

ZAFRA JIMÉNEZ, A.: «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en *Comentarios a la Legislación Concursal, Art. 61*, PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), Madrid, 2003, pág. 577 y sgtes.

ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 2000.