

LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y Denominaciones. 3. Antecedentes Históricos. 4. Fundamentos. 5. Naturaleza Jurídica. 6. Requisitos para su procedencia. 7. Legitimación para oponerla. 8. Oportunidad para oponerla. 9. Carga de la prueba. 10. Efectos de la sentencia. 11. Casos en que la excepción no es oponible. 12. Defensa extrajudicial. 13. Comparaciones con el derecho de retención. 14. Diferencias con la compensación. 15. Prestaciones divisibles y pluralidad de partes. 16. La exceptio nom rite adimpleti contractus. 17. Carga de la prueba en la exceptio nom rite adimpleti contractus. 18. Casuística. 19. Efectos de la sentencia. 20. Renuncia del derecho de oponer la exceptio. 21. Conclusiones.

1. Introducción.

A través del presente trabajo, nos adentraremos en el estudio de uno de los tantos efectos típicos de los contratos bilaterales y onerosos: "la excepción de incumplimiento de contrato".

Se puede adelantar que dicho efecto se funda en que en los contratos bilaterales existen obligaciones recíprocas, las cuáles exigen a las partes a mantener un cierto equilibrio, que se traduce en que una de ellas no esté obligada a cumplir su obligación si la otra no lo hace.

2. Concepto y Denominaciones.

El jurista Guillermo Borda conceptúa la excepción de incumplimiento de contrato diciendo: "En los contratos de los cuales nacen obligaciones para ambas partes, una de ellas no puede demandar de la otra el cumplimiento si no hubiera cumplido sus propias obligaciones o no ofreciera cumplirlas"¹. El instituto en cuestión se encuentra consagrado expresamente en el artículo 719 del Código Civil Paraguayo, el cual preceptúa: "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes su prestación."

La doctrina le otorga varias denominaciones, entre las cuales podemos citar las siguientes: exceptio nom adimpleti contractus², excepción de contrato no cumplido, excepción de incumplimiento de contrato o excepción de toma y daca.

* **Publicado** en: Revista Jurídica La Ley Paraguaya Nro. 10, nov. 2006.

¹ BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil — Obligaciones II, 4ta. Ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Perrot, 1976, pág. 217.

² Su variante es la exceptio nom rite contractus.

3. Antecedentes Históricos.

La excepción de incumplimiento, aún siendo de origen romano³, no está escrita en los textos, no obstante, se la juzga extraída del Código, De Pactis, lib. III, tít 2, ley 21: "nisi es, quae placita sin, adimplere, paratus sit"⁴. Lo acogió luego el derecho canónico⁵, para el cual el principio de que nadie puede demandar el cumplimiento de un contrato sin haberlo cumplido por su parte, se funda en una razón de moral y en buena fe. Hoy es un principio admitido universalmente, tal es así que las fuentes de nuestro código civil fueron los artículos: 1201 del Código Argentino⁶; 1061 del Anteproyecto de De Gásperi; 1329 del Anteproyecto de Bibiloni; 827 del Proyecto Argentino de 1936; 1460 del Código Italiano; 1955 del Esbozo de Freitas; 1092 del Código Brasileño; y 1184 del Código Francés. Actualmente, también se encuentra trasegado en el artículo 990 del Anteproyecto de 1998 del Código Argentino.

4. Fundamentos.

El fundamento de la exceptio nom adimpleti contractus, en cualquiera de sus modalidades -incumplimiento total o parcial- se encuentra en la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales. Así lo ha entendido la jurisprudencia nacional, al decir: "La exceptio nom adimpleti contractual, se halla incorporada en toda relación contractual, por los principios de interrelación, interdependencia y reciprocidad de las prestaciones consagradas en el Código Civil Paraguayo así lo dispone el art 719 del C.P.P."⁷.

La existencia de reciprocidad en este tipo de contratos es un elemento clave tanto en el momento de su celebración como durante la etapa de cumplimiento⁸. Sería injusto, en efecto, que una de las partes pueda exigir el cumplimiento de las

³ "Sería injusto que una de las partes pudiese exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra sin que por su parte cumpliera las que el contrato ha puesto a su cargo? para evitar esta injusticia, la parte a quien se demanda el cumplimiento del contrato, podía hacer rechazar la demanda por medio de una excepción de dolo (exceptio doli), a la cual los comentadores han dado después el nombre de exceptio nom adimpleti contractus" (SALVAT, Raimundo; Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las Obligaciones. Contratos. Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 1946, pág. 124).

⁴ DE GASPERI, Luis; Anteproyecto del Código Civil, 1ed., Asunción, El Gráfico, 1964, pág. 310.

⁵ Particularmente los canonistas hicieron volver el factor moral, que autorizaba al contratante demandado la vía de cumplimiento para negarse a la ejecución siempre que el adversario no se allanara a su vez a cumplir la palabra, o sea la fe empeñada. Así nació el adagio según el cual no era obligatoria dicha fe para quien comenzaba por romperla: frangenti fides fides nom est servanda, que se remonta al siglo XII" (LAFAILLE, Hector; Curso de Contratos Parte General Tomo I, 1ra. Ed, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1927, pág. 259).

⁶ La fuente directa en que se inspiró Vélez al redactar el artículo 1201, fue Freitas. (BORDA, Guillermo op. cit. pág. 218).

⁷ C.S., Sala Civil y Comercial. Asunción, diciembre 19-999. "Zierz, Adalberto Walker c/ Lautenschleiger, Osmar e Lautenschleiger, Isona Serenita -Ac. N° 700".

⁸ LORENZETTI, Ricardo; Tratado de los Contratos Parte General, 1ra. Ed, Buenos Aires, Rubinzal — Culzoni, 2004 pág. 646.

obligaciones a cargo de la otra, sin que por su parte cumpliese las que el contrato ha puesto a su cargo⁹. Según Borda: "No se puede pretender recibir si no se da. Media en esto una cuestión de buena fe y moral"¹⁰.

De lo antedicho, se desprende que cuando se analiza la fuente de ésta excepción, se debe tener en cuenta el carácter correlativo e interdependiente que tienen las convenciones sinalagmáticas. Asimismo, no se tiene que dejar de lado la importancia que posee la buena fe contractual, ya que éste principio rige en toda relación convencional.

5. Naturaleza Jurídica.

La doctrina se encuentra dividida al establecer la naturaleza jurídica de la excepción de incumplimiento de contrato. Para algunos doctrinarios es una verdadera defensa y para otros es un requisito necesario de la acción.

a) Excepción como defensa.

Según este criterio, el actor no está precisado a expresarse sobre su propia obligación, incumbiéndole al demandado articular el incumplimiento de aquél como defensa¹¹. El actor puede guardar silencio sobre su cumplimiento, mientras que el demandado debe oponer la excepción.

La opinión mayoritaria (Salvat, Lafaille, Piantoni, Gastaldi, Centenaro, entre otros) y la jurisprudencia dominante, se adhieren a esta concepción.

Colagrosso — citado por Mosset Iturraspe - concluye que la excepción figura en el repertorio de las medidas de autodefensa privada, con cierto carácter coercitivo, tendientes a salvaguardar el equilibrio contractual¹². Para Spota, la *exceptio nom adimpleti contractus* funciona como excepción dilatoria: demandado el cumplimiento, la otra parte puede oponerse al proceso de la acción, en tanto el actor no pruebe haber cumplido sus propias obligaciones.

Es una defensa sustancial, es decir prevista en el Código Civil y no en la legislación procesal, de modo que no está sujeta a la legislación adjetiva, y el juez debe resolverla en la sentencia de fondo¹³. Así lo ha entendido la jurisprudencia rosarina al establecer: "La excepción de incumplimiento contractual es una defensa

⁹ CENTURION, Francisco; Derecho Civil — De los Contratos en General, Tomo III, 2da. Ed, Asunción, Libertad, 1997, pág 62.

¹⁰ BORDA, Guillermo; op. cit. pág. 218.

¹¹ ALTERINI, Atilio; Contratos Civiles — Comerciales — de consumo, Teoría General, 1ra. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pág. 536.

¹² MOSSET ITURRASPE, Jorge; Contratos, 1ra. Reimpresión, Buenos Aires, Rubinzal — Culzoni, 2003, pág. 432.

¹³ LORENZETTI, Ricardo; op. cit. pág. 647.

de fondo, lo que significa que deberá resolverse en la sentencia, no previendo el Código ritual el corrimiento de ningún traslado luego de deducirla, por lo que no resulta operativa en la especie la norma del art. 143, CPCCN¹⁴.

En breve síntesis, esta corriente ve en la exceptio una verdadera excepción o defensa, que debe ser opuesta por el demandado, pudiendo el actor, simplemente, guardar silencio sobre su propio cumplimiento.

b) Excepción como requisito necesario de la acción.

La doctrina minoritaria - Machado, Allende, Cermesoni, entre otros - establece que la figura en estudio es un requisito necesario de la acción, no cabría demandar en tanto no promediara el propio cumplimiento, la oferta de cumplir, o la existencia de un plazo. En tal orden de ideas la demanda sería objetivamente improponible — lo cual hasta autorizaría su rechazo de oficio por el juez — si no se hubieran cumplido tales presupuestos de la acción¹⁵.

Cabe resaltar que la verdadera discusión doctrinaria se inició a raíz de la confusa redacción del artículo 1201 del Código Civil Argentino — cuyo texto es análogo al artículo 719 del C.C.P. - ya que de la interpretación literal del mismo se desprende que una parte no podrá demandar el cumplimiento de una obligación a cargo de la otra, si no probare haber cumplido su parte u ofreciere cumplirlo. A contrario sensu, se deduce que la condición o requisito para que la actora requiera el cumplimiento de una obligación, es haber probado que ella misma "cumplió" con la suya o, por lo menos, "haya ofrecido hacerlo". En síntesis, según esta interpretación, al demandar el cumplimiento de una obligación, es un requisito necesario de la acción demostrar haber cumplido antes la suya u ofrecer el propio cumplimiento.

De lo precedentemente expuesto se evidencia que la forma en la cual se redactó el citado artículo (como el de su par, el artículo 719 del Código Civil Paraguayo) no fue el más adecuado, ya que tiende a que su verdadero sentido sea altamente debatido por la doctrina. Ahora bien, no todas las legislaciones la han redactado de dicha manera, ya que existen códigos que la redactaron otorgándole — sin lugar a dudas — el carácter de medio de defensa. Por ejemplo, el artículo 320 del Código Civil Alemán reza: "el obligado por virtud de un contrato sinalagmático podrá negarse a hacer la prestación que le incumbe hasta que se haga la contraprestación". Asimismo, el artículo 1460 del Código Civil Italiano dice: "cada uno de los contratantes podrá rehusarse a cumplir su obligación si el otro no lo cumpliera".

Cabe resaltar que de la lectura del artículo 990 del Anteproyecto del Código Civil Argentino de 1998, se desprende que los proyectistas reconocen en la excepción de incumplimiento de contrato su verdadero carácter defensivo. El citado artículo dice:

¹⁴ C.Com, de Rosario, sala III, Palomares, Ricardo c/ Cabrera, Patricia L., J.A. 2002-II.

¹⁵ ALTERINI, ATILIO, op. cit. pág. 535.

"Una parte puede rehusar su cumplimiento hasta que la otra cumpla la contraprestación a su cargo, a no ser que ella misma esté obligada a cumplir anticipadamente".

6. Requisitos para su procedencia.

Las condiciones para que proceda la exceptio non adimpleti contractus son:

a) Que se trate de un contrato bilateral: debe tratarse de un contrato que origina obligaciones para ambas partes¹⁶. Debe existir un sinalagma funcional, en el cual se aprecia la mutua dependencia que media entre los efectos de las obligaciones de ambas partes, la cual influye también en el momento de su ejecución¹⁷.

b) Que la obligación del reclamante no haya sido cumplida (total o parcialmente) o que no promedie ofrecimiento suyo de cumplir: Puede oponerse la excepción a quien demanda sin haber cumplido sus propias obligaciones o no hubiese ofrecido cumplirlas. Por ende, si el demandante cumplió debidamente su prestación u ofreció hacerlo, la exceptio no procederá.

Ahora bien, puede suceder que quien pretenda demandar el cumplimiento de una obligación — sin haber cumplido la suya — tenga intenciones de satisfacer la prestación favorable al futuro accionado. En éste caso, el accionante tendrá dos posibilidades: b.1) deberá cumplir su obligación en el momento de demandar (por ejemplo, consignando la suma adeudada a las resultas del pleito); b.2) o bien tendrá que ofrecer cumplirla simultáneamente con la otra parte.

La jurisprudencia Argentina, se muestra vacilante acerca de los caracteres de este ofrecimiento; algunos fallos han interpretado que el solo hecho de la demanda implica o significa que el actor está dispuesto a cumplir, por lo cual no es necesario ni mucho menos indispensable una manifestación formal al respecto¹⁸; otros, en cambio, exigen que el ofrecimiento sea expreso, real, efectivo¹⁹, o sea que se requiere que la prestación debida por el accionante sea consignada o puesta a disposición del demandado por esta vía.

Además, cabe indicar que según el grado de incumplimiento de la obligación a

¹⁶ Según BORDA no es indispensable que se trate de un contrato perfectamente bilateral; basta que sea unilateral imperfecto o más aún, que se trate de obligaciones recíprocas de restitución como consecuencia de la anulación de un contrato. (BORDA, Guillermo; op. cit. pág. 219 y ss.).

¹⁷ ALTERINI, Atilio; op. cit. págs. 534 y ss.

¹⁸ Para BORDA, esto implicaría que la excepción sólo resultará procedente en el caso de que el actor sostenga (falsamente) haber cumplido o que, por otros motivos, se niegue a cumplir. (BORDA, Guillermo; op. cit. pág. 223).

¹⁹ Para SALVAT el ofrecimiento debe ser efectivo y si se trata de sumas de dinero que el accionante debe entregar, corresponde el depósito efectivo de las mismas a la orden judicial. (SALVAT, Raimundo; op. cit. Pág.125).

cargo del actor, nos lleva a distinguir: la excepción de incumplimiento total (exceptio nom adimpleti contractus) de la excepción de incumplimiento parcial, defectuoso o irritual (exceptio nom rite adimpleti contractus).

Se contempla, en la excepción de incumplimiento total, el caso de quien demanda no obstante no haber satisfecho en absoluto la prestación a su cargo, o no haber cumplido la obligación principal²⁰. En cambio, ha sido creada la excepción de incumplimiento parcial para el caso en que el demandante cumplió con su prestación, pero lo hizo en forma parcial o defectuosa. Sobre éste tipo de excepción profundizaremos posteriormente.

c) Que la obligación a cargo del reclamante sea exigible, es decir, que no esté sometida a plazo ni a condición suspensiva: si, en efecto, el que demanda gozara en el momento de trabarse la litis de un plazo no vencido para cumplir sus obligaciones, no hay incumplimiento de su parte, y, por lo tanto, la exceptio es improcedente²¹. Así, por ejemplo, si el comprador de un automóvil paga la mitad del precio al momento de haber llegado al consentimiento, y cuenta con el plazo de un año, a partir de la entrega del vehículo, para pagar el saldo del precio, puede demandar la entrega del rodado, sin necesidad de pagar el saldo, es decir, en éste caso no procederá la excepción.

Coincidentemente, Mosset Iturraspe menciona, como requisito para que proceda la exceptio, que las obligaciones del actor y demandado sean de cumplimiento simultáneo. Dicha vertiente se encuentra acogida por la jurisprudencia argentina que señala que para plantear con éxito la excepción de incumplimiento las obligaciones deber ser simultáneas²².

d) Que no pueda imputarse incumplimiento al excepcionante: la excepción no puede ser alegada cuando quien la opone ha motivado el incumplimiento de la otra parte, o ha faltado él mismo a sus obligaciones. Si el demandado no ha prestado al actor la colaboración necesaria para posibilitarle el cumplimiento de la obligación a su cargo, o no ejecuta por su culpa las obligaciones que le competen, incurriendo en mora, no puede invocar la excepción de incumplimiento²³.

e) Que la exceptio haya sido hecha valer de buena fe²⁴: este principio nos dice que

²⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge; Pág. 436.

²¹ BORDA,Guillermo; op. cit. pág. 220.

²² CNCiv, Sala J, 1996/12/17 - Finbian, A y otros C. Klein, Cristian (LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.; Colección Jurisprudencial, Contratos Civiles y Comerciales, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002, pág. 205 y ss).

²³ MOSSET ITURRASPE, Jorge; op. cit. pág. 437.

²⁴ ZANA -citado por Juan Carlos Rezzónico- dice que: "tratándose del cumplimiento contractual, el contenido de la buena fe puede requerir un análisis que vaya más allá de la verificación del tenor económico, debiendo valorarse, por lo menos, dos elementos: la naturaleza de la prestación y el comportamiento de las partes, de manera de estar en condiciones de arribar a una apreciación en conjunto. (REZZONICO, Juan Carlos; Principios

no puede oponerse la exceptio en base a un incumplimiento poco importante²⁵.

El mismo se encuentra plasmado en la última parte del artículo 719 del Código Civil, el cual reza: "Si un contratante ha efectuado prestaciones parciales puede negarse la contraprestación, a menos que, según las circunstancias, deba juzgarse que es contrario a la buena fe resistir la entrega, por la escasa importancia de la parte adeudada"²⁶.

La doctrina y la jurisprudencia establece que el incumplimiento debe asumir gravedad de la prestación, pero es imposible sentar, al respecto, reglas fijas de interpretación para determinar esa gravedad, es por ello que el principio de la buena fe, los usos y costumbres, y las reglas morales deben pautar el ejercicio regular de los derechos, y a su vez orientar a los magistrados a decidir en los casos que les son planteados.

7. Legitimación para oponerla.

Está legitimado para oponer la excepción la parte a quien se le reclama el cumplimiento de una obligación.

8. Oportunidad para oponerla.

Para la mayoría de los doctrinarios la excepción en cuestión sólo se puede oponer al contestar la demanda. No siendo una excepción dilatoria de carácter procesal²⁷, la excepción de incumplimiento puede oponerse como una defensa de fondo.

Según Borda, la exceptio también se puede oponer durante el trámite del juicio (como un hecho nuevo), al decir: "Puede ocurrir, sin embargo, que el actor gozara de plazo en el momento de trabarse la litis (razón por la cual el demandado no pudo oponerla) y que el plazo venciera durante el trámite del juicio. En tal supuesto, es indudable que el demandado puede oponer la exceptio fundada en el hecho nuevo, en las oportunidades procesales establecidas para éstos"²⁸.

Fundamentales de los Contratos, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 473.

²⁵ BORDA, Guillermo; ob. cit. pág. 223.

²⁶ FRANCISCO CENTURION nos da un ejemplo de comportamiento de buena fe diciendo: "compro la casa de Pedro por la suma de Gs. 10.000.000. y en sucesivas entregas en carácter de pago, le he entregado 9.500.000. Pedro podrá negarse a hacerme tradición de la casa hasta que cancele el importe, si tiene fundadas razones de que si me hace la tradición en esa situación corre el riesgo de que lo defraude; sin embargo, si soy un buen pagador, y no existen razones que hagan pensar que he de defraudarle al vendedor, éste no podrá rehusarse a la entrega. (CENTURION, Francisco; op. cit. pág. 64).

²⁷ Cabe recordar que las excepciones dilatorias previstas en nuestro Código Procesal Civil se oponen como de previo y especial pronunciamiento. Es decir, deben sustanciarse y resolverse antes de que prosiga el trámite del proceso principal.

²⁸ BORDA, Guillermo; op. cit. pág. 225.

Sin perjuicio de lo antedicho, nada impide que la excepción sea introducida por vía reconvenzional, o sea que el demandado no sólo puede defenderse, sino que también puede reconvenir, pretendiendo que el actor haga efectiva su prestación incumplida.

9. Carga de la prueba.

El artículo 719 del Código Civil Paraguayo dispone: "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes la prestación".

Para Alterini incumbe al demandado plantear el incumplimiento del actor, como defensa de fondo. Ésta defensa implica sostener la falta de acción del demandante. Ahora bien, corresponde al actor comprobar que ha cumplido, ofrecido cumplir o que lo beneficia un plazo.

Ordinariamente, quien opone una excepción debe probarla; pero en este caso, la ley ha invertido el cargo de la prueba, haciéndolo pesar sobre quien demanda el cumplimiento; es una solución tradicional, fundada en que es más simple la prueba positiva del cumplimiento que la negativa de la falta del mismo. En otras palabras: el demandado se limita a oponer la excepción; si el actor pretende que ésta es infundada, debe probarlo²⁹.

10. Efectos de la sentencia.

La sentencia puede:

- 10.1. Rechazar la exceptio haciendo lugar a la demanda; o
- 10.2. Hacer lugar a la exceptio. En este caso hay dos opciones:

a) Rechazar la demanda, con el efecto de cosa juzgada formal, porque el actor podrá iniciarlo nuevamente una vez que cumpla. Ha de notarse que en la excepción así prevista, su efecto es impedir provisoriamente el éxito del otro contratante. La demanda planteada no puede ser definitivamente rechazada³⁰, o sea que no causará estado, porque tan pronto como el actor excepcionado se avenga al cumplimiento previo de su parte podrá intentarla de nuevo.

b) Admitir la demanda, condicionando su ejecución al previo cumplimiento de la

²⁹ BORDA, Guillermo; ob. cit. pág. 224.

³⁰ "Dicha sentencia no tiene, en consecuencia, valor de cosa juzgada sustancial" (S.C.J.B.A., L.L. 81-343 y J.A. 1956-II-147).

obligación que le incumbe al actor³¹. Parte de la jurisprudencia Argentina así lo decidió al decir: "El ejercicio de la excepción del incumplimiento no conduce a la desestimación de la demanda, sino únicamente a la condena del demandado, previo pago de la prestación pendiente a cargo del contendor"³².

Mosset Iturraspe, con respecto a la opción a) dice: "La primera de las soluciones es tradicional entre nosotros, recomendada por la doctrina y receptada por los tribunales cuando el instituto juega como una verdadera excepción dilatoria"; en relación a la opción b) opina: "resulta algo novedosa, puesto que importa un nuevo tipo de sentencia condicional o de futuro, sin perjuicio de reconocer que se satisface la simultaneidad del cumplimiento a la vez que se logra una importante economía procesal"³³.

11. Casos en que la excepción no es oponible.

La excepción de contrato no cumplido no puede ser opuesta a la acción por reparación de daños y perjuicios fundada en el incumplimiento; ni tampoco en el caso en que se reclama la resolución del contrato y no su cumplimiento³⁴.

12. Defensa extrajudicial.

Esta defensa puede ser planteada tanto judicial como extrajudicialmente. En este último caso es frecuente que, ante al reclamo de una de las partes, la otra responda mediante una carta diciendo que suspende el cumplimiento hasta tanto no cumpla el reclamante³⁵. Vale decir, puede oponerla el destinatario de un reclamo extrajudicial de pago, así como quien impugne por esa razón el ejercicio de la facultad resolutoria por la contraparte³⁶.

13. Comparaciones con el derecho de retención.

Debe distinguirse la exceptio del derecho de retención, con el cual tiene marcadas analogías. En efecto, el derecho de retención no es sino una aplicación de la idea de que nadie puede exigir de la parte contraria el cumplimiento de sus obligaciones sin cumplir las propias; pero aunque el fundamento es común, pueden señalarse entre ambas instituciones algunas diferencias importantes: a) la exceptio puede alegarse en todo supuesto de obligaciones recíprocas, cualquiera sea su naturaleza; el derecho de retención no puede ejercitarse más que con relación a la cosa del otro; b)

³¹ LORENZETTI, Ricardo; op. cit. pág. 648.

³² Cám. Nac. Civ. sala C.E. D. 18-160; L.L. 122-144 y J.A.1966-III-409.

³³ MOSSSET ITURRASPE, Jorge; op. cit. pág. 438.

³⁴ BELLUSCIO — ZANNONI; Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado. Tomo V, 3ra. Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 954.

³⁵ LORENZETTI, Ricardo; op. cit. pág. 648.

³⁶ ALTERINI, Atilio; op. cit. pág. 537.

la exceptio sólo requiere que existan obligaciones recíprocas incumplidas; el derecho de retención exige que el crédito se haya originado en relación con la cosa retenida³⁷.

Ahora bien, si por efecto de la exceptio, el excepcionante retiene una cosa que pertenece al demandado, se aplican los principios propios del derecho de retención: el excepcionante debe cuidar la cosa con diligencia; es responsable de toda pérdida o deterioro debido a su culpa o negligencia; no hace suyos los frutos, sino que debe rendir cuenta de ellos. Si se trata de frutos perecederos, podrá venderlos y descontar de ellos los gastos necesarios y útiles que hubiera hecho³⁸.

14. Diferencias con la compensación.

La exceptio nom adimpleti contractus tiene el efecto de rechazar la pretensión de cumplimiento, pero no afecta el derecho sustancial del actor. La compensación en cambio, extingue las obligaciones recíprocas hasta el alcance de la menor.

15. Prestaciones divisibles y pluralidad de partes.

La segunda parte del artículo 719 del Código Civil Paraguayo, inspirado en el mismo principio que sustenta la primera, nos plantea una variante al establecer: ". Cuando ésta -la prestación- deba hacerse a varias personas, puede rehusarse la entrega de la parte que le corresponda hasta que se haya recibido la contraprestación íntegra". Esta variante es tomada del Art. 320 del Código Alemán, dice el anteproyetista, y, de acuerdo con él se proyecta que, aunque se trate de prestaciones divisibles y haya pluralidad de personas, puede exigirse el cumplimiento total del contrato en los términos en que fue constituido³⁹. El Art. 990 del Anteproyecto del Código Civil Argentino de 1998, en su última parte contiene una redacción similar: "Si en una parte hay varios interesados, el pago de la cuota correspondiente a cada uno de ellos puede ser rehusado en tanto la contraprestación no sea realizada íntegramente".

En síntesis, cuando la prestación debe hacerse a favor de varias personas, el que es exigido puede negarse a hacerlo hasta que haya recibido la contraprestación íntegra. Ej. Carlos y Julio compran la casa de Pablo asumiendo pagar el precio por partes iguales y por separado; cuando éste es demandado a la entrega, puede rehusarse toda vez que ambos compradores no hayan pagado la totalidad del precio.

16. La exceptio nom rite adimpleti contractus.

³⁷ BORDA, Guillermo; ob. cit. pág. 219.

³⁸ BORDA, Guillermo; op. cit. pág. 225.

³⁹ CENTURION, Francisco; ob. cit. pág. 63.

En Alemania, donde se desarrolló mucho la *exceptio nom adimpleti contractus*, al aplicar el derecho romano hasta nuestros días, se inventó otra complementaria de la anterior, aunque en realidad estaba implícitamente comprendida en ella: la *exceptio nom rite adimpleti contractus*, que procedía cuando no se había cumplido el contrato de manera completa⁴⁰.

El tercer párrafo del artículo 719 del Código Civil Paraguayo — a diferencia del Código de Vélez que regla expresamente éste tipo de excepción en materia de compraventa, pero no lo regula en forma genérica - contempla la *exceptio nom rite adimpleti contractus*, al decir: "Si un contratante ha efectuado prestaciones parciales puede negarse la contraprestación, a menos que, según las circunstancias, deba juzgarse que es contrario a la buena fe resistir la entrega, por la escasa importancia de la parte adeudada"⁴¹.

La *exceptio non rite* o de cumplimiento mal efectuado es oponible a la parte que requiere el cumplimiento de una obligación, habiendo cumplido la suya, pero en forma parcial o defectuosa, o sea, procede en los casos en que el deudor no entrega exactamente lo que debía.

Ahora bien, surge de la normativa que no cualquier incumplimiento habilita a oponer la *exceptio non rite adimpleti contractus*, sino que el mismo debe ser importante. En otras palabras no basta con que el incumplimiento sea insignificante⁴² o que recaiga sobre obligaciones accesorias⁴³, ya que de otra manera el ejercicio de la acción sería abusivo y contrario a la buena fe.

La Corte Suprema de Justicia así lo entendió al decir que: "No obstante, no procede en este caso la *exceptio nom adimpleti contractus*, pues falta una de las condiciones de la misma: la gravedad del incumplimiento del actor. Para el éxito de la excepción se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irroque al excepcionante un perjuicio digno de tener en cuenta. Si el incumplimiento es parcial y el consiguiente perjuicio no es grave y determinante, el excepcionante obra de mala fe e incurre en inadmisibles el abuso de las vías procesales"⁴⁴.

⁴⁰ LAFAILLE, Héctor; Curso de Contratos — Parte General, Tomo 1, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1927, pág. 260.

⁴¹ La última parte del artículo 719 es una reproducción casi literal del artículo 320 del Código Alemán.

⁴² Doctrina y jurisprudencia afirman que "el incumplimiento debe asumir gravedad", pero es imposible sentar, al respecto, reglas fijas de interpretación para determinar esa gravedad. (MOSSET ITURRASPE, Jorge; op. Cit. pág. 436.)

⁴³ BELLUSCIO y ZANNONI dicen: "el requisito de que sea grave el incumplimiento que se imputa a la contraria también se exige en el caso de la excepción *nom rite*. Debe referirse a la obligación principal y no a un vicio ya subsanado ni a obligaciones meramente accesorias" (BELLUSCIO y ZANNONI; op. cit. pág. 956).

⁴⁴ C.S.J. Sala Civil y Comercial. Asunción, abril 8-998. Diana Paniagua y otro c. Antonius Vogt y Ana María Meyer

Cabe resaltar, que la importancia del incumplimiento debe ser determinado en forma prudente por el juez, y queda a su criterio considerar la verdadera amplitud de lo no cumplido. El juzgador será quien dirá si los defectos o vicios que tuviere la cosa entregada o la prestación realizada tienen o no entidad suficiente para que proceda o no la excepción de cumplimiento mal efectuado.

En el caso de la *exceptio nom rite adimpleti contractus*, la estructura de funcionamiento es la misma que hemos explicado. El presupuesto inicial a probar es diferente, ya que no se trata de que el actor no cumplió, sino que cumplió defectuosamente. Se trata de demostrar que no hubo integridad o identidad del pago⁴⁵.

17. Carga de la prueba en la *exceptio nom rite adimpleti contractus*.

Quien opone este tipo de excepción debe probar el mal cumplimiento de la otra parte⁴⁶. Por hipótesis necesaria, el reclamante ya ha realizado la prestación a su cargo, tachada de inadecuada por el excepcionante, y por lo tanto es a éste a quien le incumbe demostrar ese mal cumplimiento como presupuesto de hecho de su defensa⁴⁷.

18. Casuística.

Se ha hecho lugar a esta excepción en un caso en que el comprador había descubierto en la cosa recibida vicios ocultos, autorizándolo a retener el precio. Lo mismo cuando no se realizaron dentro de los plazos pactados los pagos a cuenta convenidos en el contrato.

Por no cumplir con el requisito de gravedad, se rechazó la excepción opuesta por no haber entregado el arquitecto los planos al propietario, porque aquella obligación era accesoria a la principal de entregar la casa concluida, la cual había quedado sin efecto por rescisión.

Se ha decidido que los pequeños defectos o deficiencias que presente un edificio, no autorizan al dueño de la obra a oponer la *exceptio*, negándose a pagar el precio pactado, siendo su derecho limitado a retener una cantidad suficiente para reparar

de Vogt-; Ac. y Sent. N° 73.

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo; op. cit. pág. 649.

⁴⁶ La prueba de la excepción de incumplimiento parcial incumbe al oponente (CNCiv, sala E, L.L. 119-216), porque la recepción de la prestación — que se sostiene es incompleta — hace presumir que fue realizada conforme a lo pactado (C 1ª CCom. De la Plata, sala II, L.L. 29-114). Pero el comprador no tiene derecho a rehusar el pago del precio si ya recibió la cosa (Cciv. 1ª, L.L. 23-409; CNCiv, sala A, L.L. 140-69, sala C, L.L. 1976-D-178), a menos que hubiera formulado reservas al recibirla (CCCom de Cap. J.A. 32-268).

⁴⁷ ALTERINI, Atilio; op. cit. pág. 538.

dichas deficiencias.

También se rechazó la excepción *nom rite* por considerar que se trababa de obligaciones accesorias en los casos en que se solicitó el pago de impuestos que gravaban la transferencia de la cosa vendida. En otro caso, se consideró que no eran accesorios, porque pasaron a integrar el precio pero se llegó a igual solución sosteniendo que no se trababa de un cumplimiento significativo⁴⁸.

19. Efectos de la sentencia.

Para algunos doctrinarios, la sentencia no tendrá la opción de dar un plazo para que cumpla, y sólo podrá rechazar la demanda, con efectos de la cosa juzgada formal, ya que en otro proceso podrá ventilarse nuevamente la cuestión si se cumple íntegra y puntualmente⁴⁹. Sin embargo, otros juristas alegan que se puede admitir la demanda, condicionándose la ejecución de la misma al previo cumplimiento de la obligación correspondiente al actor.

En caso de que sea viable la excepción, el derecho del actor no es negado, el mismo queda subsistente, pero se le opone otro derecho que lo torna total o parcialmente ineficaz. De allí su carácter de excepción en sentido estricto.

Cuando la *exceptio nom rite adimpleti contractus* es opuesta por el demandado y desestimada por falta de gravedad de la deuda, corresponde condenar al accionado al cumplimiento de su prestación, con deducción del valor que importe "la parte adeudada" e incumplida. Es lo que se ha decidido frente a las imperfecciones de detalle de la construcción de un edificio⁵⁰.

20. Renuncia del derecho de oponer la exceptio.

Se puede renunciar al derecho de ampararse en el incumplimiento de la otra parte, por no afectar la cuestión de orden público, ya que la disposición del artículo es meramente supletoria. La renuncia puede ser hecha en el momento de celebrar el contrato, o con posterioridad, y tanto expresa como tácitamente. Una forma de renuncia tácita puede darse, por ejemplo, en el caso en que no se oponga la *exceptio* en la etapa procesal oportuna, ya que no se la puede aplicar de oficio⁵¹.

21. Conclusiones

En este trabajo se pretendió sostener que:

⁴⁸ BELLUSCIO — ZANNONI; op. cit. pág. 956.

⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo; op. cit. pág. 649.

⁵⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge; op. cit. pág. 436.

⁵¹ BELLUSCIO y ZANNONI; op. cit. pág. 955.

- El fundamento de la exceptio non adimpleti contractus se encuentra en la interrelación, interdependencia y reciprocidad de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales;

- Es una defensa sustancial, es decir prevista en el Código Civil y no en la legislación procesal, de modo que no está sujeta a la legislación adjetiva, y el juez debe resolverla en la sentencia de fondo;

- Son requisitos para oponerla: a) que se trate de un contrato bilateral; b) que el que demanda haya dejado de cumplir total o parcialmente sus obligaciones o que no haya ofrecido cumplirlo; c) que la obligación a cargo del reclamante sea exigible, es decir, que no esté sometida a plazo inicial ni a condición suspensiva; d) que no pueda imputarse incumplimiento al excepcionante; y e) que la exceptio haya sido hecha valer de buena fe;

- La excepción de incumplimiento puede oponerse como una defensa de fondo, al contestar la demanda o durante el trámite del juicio. Este caso se da cuando el actor gozara de un plazo en el momento de trabarse la litis y dicho plazo venciera con posterioridad al plazo establecido para contestar la demanda;

- En la exceptio non adimpleti contractus, en contraposición a las demás excepciones, es el demandante quien tiene la carga de la prueba, mientras que el excepcionante sólo se debe limitar a oponer la excepción;

- La exceptio non adimpleti contractus funciona como excepción dilatoria, el excepcionante — demandado el cumplimiento — puede oponerse al proceso de la acción, en tanto el actor no pruebe haber cumplido sus propias obligaciones;

- La sentencia puede: a) rechazar la exceptio haciendo lugar a la demanda, o b) hacer lugar a la exceptio. En este caso hay dos opciones: b.1) rechazar la demanda, con el efecto de cosa juzgado formal, porque el actor podrá iniciarlo nuevamente una vez que cumpla o, b.2) admitir la demanda, condicionando su ejecución al previo cumplimiento de la obligación que le incumbe al actor;

- Cuando la prestación deba hacerse a varias personas, el excepcionante puede rehusarse la entrega de la parte que le corresponda hasta que se haya recibido la contraprestación íntegra;

- La exceptio non rite adimpleti contractus es oponible a la parte que requiere el cumplimiento de una obligación, habiendo cumplido la suya, pero en forma parcial o defectuosa;

- En la excepción de incumplimiento parcial o defectuoso, quien la opone debe probar el mal cumplimiento de la otra parte.

Bibliografía

- ANTEPROYECTO DEL CODIGO CIVIL ARGENTINO. AÑO 1998.
- ALTERINI, Atilio; Contratos Civiles — Comerciales — de consumo, Teoría General, 1ra. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.
- BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil — Obligaciones II, 4ta. Ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Perrot, 1976.
- BELLUSCIO ; ZANNONI; Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado. Tomo V, 3ra. Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- CENTURION, Francisco; Derecho Civil ; De los Contratos en General, Tomo III, 2da. Ed, Asunción, Libertad, 1997.
- CODIGO CIVIL PARAGUAYO; Ley 1835/85.
- CODIGO CIVIL ARGENTINO.
- DE GASPERI, Luis; Anteproyecto del Código Civil, 1ed., Asunción, El Gráfico, 1964
- LAFAILLE, Hector; Curso de Contratos Parte General Tomo I, 1ra. Ed, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1927.
- LA LEY Revista Jurídica Paraguaya Tomo 1998, Asunción, La ley, 1998.
- LA LEY - Revista Jurídica Paraguaya Tomo 2000, Asunción, La ley, 2000.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.; Colección Jurisprudencial, Contratos Civiles y Comerciales, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002, pág. 205 y ss).
- LORENZETTI, Ricardo; Tratado de los Contratos Parte General, 1ra. Ed, Buenos Aires, Rubinzal — Culzoni, 2004.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge; Contratos, 1ra. Reimpresión, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2003.
- REZZONICO, Juan Carlos; Principios Fundamentales de los Contratos, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- SALVAT, Raimundo; Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las Obligaciones. Contratos. Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 1946.