

Segunda parte

Discursos de los académicos en sesiones solemnies: miembros honorarios, ascenso a miembros de número e ingreso como miembros correspondientes



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2025

LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO COMO DESPRENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA, FUNDAMENTO
CONSTITUCIONAL Y EL TRATAMIENTO QUE LE HA
DISPENSADO LA JURISPRUDENCIA NACIONAL*

Jesús Vall de Rutén Ruiz**
Académico correspondiente

Resumen: Este estudio examina la excepción de contrato no cumplido como mecanismo de defensa en los contratos sinalagmáticos, desde una perspectiva histórica, doctrinal y jurisprudencial. Partiendo de su ausencia en el derecho romano clásico y su consolidación en el derecho canónico y la doctrina medieval, se analiza su progresiva integración en los ordenamientos civiles modernos, a pesar de su escasa consagración normativa. El trabajo se centra en el caso colombiano, subrayando las implicaciones del artículo 1609 del Código Civil y la evolución jurisprudencial que ha oscilado entre su aceptación, limitación e incluso negación, planteando la necesidad de una interpretación constitucional conforme al principio de buena fe como fundamento esencial de esta figura.

Palabras clave: *Exceptio non adimpleti contractus* (Excepción de contrato no cumplido); Principio de la buena fe; Interpretación conforme.

* Trabajo presentado para su ingreso como Académico correspondiente capítulo Barranquilla de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en sesión del 8 de mayo de 2025.

** Socio de la firma Vall De Rutén & Jubiz Abogados; exmagistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; árbitro de los Centros de Arbitrajes de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Lista A, Medellín, Barranquilla, Cartagena y Santa Marta. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con especializaciones en Derecho Laboral y Ciencias Socioeconómicas, estudios superiores en Derecho Comercial y Seguros de la misma universidad. Especialización en Resolución y Manejo de Conflictos y maestría en Derecho, con énfasis en Investigación de la Universidad del Norte. Contacto: jvallderuten@vjlegal.co

THE EXCEPTION OF NON-PERFORMANCE OF CONTRACT
AS AN OUTCOME OF THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH
ITS HISTORICAL EVOLUTION, CONSTITUTIONAL BASIS
AND THE TREATMENT GIVEN TO IT BY NATIONAL JURISPRUDENCE

Abstract: This study explores the defense of *exceptio non adimleti contractus* in bilateral contracts, from a historical, doctrinal, and jurisprudential perspective. It traces its absence in classical Roman law, its doctrinal emergence through canon law, and its eventual incorporation into modern civil systems despite limited statutory recognition. The analysis focuses on the Colombian legal framework, emphasizing the implications of Article 1609 of the Civil Code and the judiciary's evolving stance, which has ranged from recognition to restriction and even denial. The paper argues for a constitutionally compliant interpretation grounded in the overarching principle of good faith as the core foundation of the defense.

Keywords: *Exceptio non adimleti contractus*; Principle of Good Faith; Conforming Interpretation.

Introducción

Tal como se hace evidente en el desenvolvimiento histórico de la figura, la excepción de contrato no cumplido se ha consolidado al margen de su reconocimiento directo por las normas que han integrado los distintos ordenamientos como un desprendimiento natural del sentido de justicia de los estudiosos del derecho, que no han concebido como completa la regulación de las relaciones negociales, sin la existencia de una institución que permita conservar, luego de su celebración, el sentido de equilibrio con el cual son concebidos los contratos. Al unísono, los doctrinantes y tras ellos la jurisprudencia, la han concebido y hecho operar de forma relativamente homogénea, a pesar de las naturales disparidades normativas de los distintos ordenamientos particulares.

Con el propósito de ilustrar los perfiles armónicos con los cuales ha sido desarrollada por la doctrina, y a fin de intentar ilustrar sus ricas posibilidades de introducir respuestas de justicia en las relaciones contractuales, el presente trabajo aborda las distintas consecuencias que derivan de su aplicación, en un intento por destacar la importancia de que siga siendo reconocida con los lineamientos que le son propios.

Al estudiar el caso colombiano, se advierte sin embargo que, si bien el artículo 1609 del Código Civil permite entenderla como implícita en su pre-

ceptiva, la evolución de la jurisprudencia ha mostrado fuertes oscilaciones en cuanto a la forma de reconocerla, al punto de que en algunas etapas de su desarrollo la ha restringido de forma importante en su operación o incluso privado de sus efectos, por razones que parecen no resultar consonantes con su destacada etiología axiológica. En este contexto, se plantea una inquietud central: ¿puede el ordenamiento jurídico colombiano, que consagra la buena fe como principio constitucional, despojar de efectos prácticos a una institución que dimana de forma directa de dicho principio?

La presente investigación se propone resaltar el papel de la excepción de incumplimiento como instrumento de justicia contractual, poniendo de relieve no solo sus requisitos sustanciales y procesales, sino también sus modalidades, efectos, sus diferencias con otras instituciones afines –como la compensación– e incluso, su eventual función preventiva.

La excepción de contrato no cumplido no es un simple tecnicismo ni un artificio procesal; es una expresión viva del principio de justicia en el campo de las relaciones negociales, y como tal, exige un tratamiento interpretativo consonante con los principios y valores constitucionales que rigen el derecho privado contemporáneo.

Antecedentes históricos – El surgimiento de la figura

Según reconoce la doctrina, ningún texto concreto del derecho romano enuncia la regla que consagra la figura de la excepción de contrato no cumplido, ni contiene el nombre con el que luego la denominaron los comentaristas, esto es, *exceptio non adimpleti contractus*.

Como lo anota Claro Solar, ello obedeció a que todas las formas contractuales inicialmente conocidas por el derecho romano, como es el caso de los contratos *verbis* o los contratos *litteris*, eran solemnes y además unilaterales, esto es, generaban obligaciones exclusivamente para una de las partes. Es obvio que en tal contexto no cabe imaginar la figura, habida cuenta de la ausencia de una obligación correlativa surgida del mismo contrato, pues “*la negativa a ejecutar el compromiso por el demandado fundada en la inejecución de un compromiso recíproco, no podía concebirse, sino después de la aparición progresiva de los contratos sinalagmáticos consensuales y de buena fe*”,¹ como fue el caso de la venta, el arrendamiento o la sociedad.

¹ Luis CLARO SOLAR. “Explicaciones de derecho civil chileno y comparado”, en *De las obligaciones*, I (Santiago: Editorial Jurídica), 771.

Si bien en los contratos sinalagmático ambas partes se obligan, “*dudas serias se han suscitado cuando se ha querido saber cuándo y hasta qué punto los romanos han reconocido entre estas mismas obligaciones un vínculo de dependencia funcional*”.² En principio, pues para los romanos, las obligaciones recíprocas debían tratarse como independientes, “*y si lo han gradualmente enmendado, jamás lo han abandonado del todo*”.

Sin embargo de lo anotado, los romanos tuvieron una conciencia clara de la necesidad de colocar las partes del contrato en situación de equilibrio para asegurar el respeto a la buena fe –y para tal efecto, consagraron distintos instrumentos que apuntaban en tal sentido–; no obstante lo cual, no se advierte que existiera una teoría elaborada que permitiera rechazar por vía general la ejecución del acreedor ante el incumplimiento de una obligación que corriera a cargo suyo.

Posteriormente, “*la considerable influencia de los principios enunciados por los Papas y comentados por los canonistas se manifestó en el derecho civil por la creación de una fórmula general que los adaptaba a la excepción de inejecución*”.³ Fue Bartolo de Sassoferato quien por primera vez enunció la regla, a través de una expresión que hizo carrera y fue traducida luego al alemán, al francés y al italiano, y que terminó constituyendo la formulación clásica sobre la institución.

Si bien Bartolo de Sassoferato fue mesurado en lo que respecta a los desarrollos de la figura, sus discípulos intentaron construir una teoría más completa que fue referida al ámbito de los contratos sinalagmáticos:

Los comentadores de la edad media han encontrado en los textos del derecho romano los materiales necesarios a la elaboración de una teoría de la excepción de inejecución. Pero es el derecho canónico el que ha vivificado las ideas maestras de la igualdad entre los contratantes y de buena fe con todos sus corolarios: el respeto a la palabra dada, la ejecución simultánea de las obligaciones.⁴

Los postglosadores trascendieron un sistema de soluciones puntuales para extractar de las mismas, reglas o principios generales. La regla en que se

² CLARO SOLAR. “*Explicaciones de derecho civil...*”, 771.

³ Ibídem, 778.

⁴ Ibídem, 778.

concreta la excepción de contrato no cumplido aparece ya reconocida en el siglo XIII por el Parlamento de París.

La referida figura se asentó en los países de derecho escrito del sur de Francia como una creación jurisprudencial, de forma que “la obra de los postglosadores encontró en los fallos de los tribunales su consagración definitiva. La exceptio non adimpleti contractus apareció en la jurisprudencia como una verdadera defensa opuesta a personas que obraban prematuramente, pero válidamente”.⁵

Es de destacar que hasta el siglo XV los autores impusieron al demandante la carga de la prueba, de forma que le bastaba al demandado interponer la excepción para que el demandante tuviera a su cargo probar el cumplimiento propio. Esta postura se basó en un entendimiento deficiente del concepto según el cual todas las negaciones estarían exentas de prueba, siendo la inejecución del demandante –aducida por el demandado–, supuestamente una verdadera negación.⁶

El reconocimiento de la figura se oscureció en Francia por el retorno al derecho romano basado en sus textos originales, que, como se señaló, no reconocían la existencia de la excepción. Sin embargo, la creación de otros instrumentos de protección contractual –como es el caso de la resolución por inejecución, la retención, y la compensación–, hicieron menos necesaria su existencia.

A pesar del poco conocimiento que tuvo en el antiguo derecho francés la excepción de contrato no cumplido, esta no fue expresamente rechazada por la ley, ni desapareció el principio fundamental que subyace a la misma. Habida cuenta de la proscripción a la distinción entre contratos de derecho estricto y contratos de buena fe, los autores considerados precursores del derecho civil hicieron reaparecer la figura en sus distintos tratados.

⁵ Ibídem. 780.

⁶ Como señala Guillermo BORDA: “*La antigua doctrina procesalista distinguía entre los hechos positivos y los negativos, afirmando que al actor le incumbe el cargo de la prueba cuando invoca hechos positivos; en cambio, si son negativos, él debe limitarse a invocarlos, corriendo por cuenta del adversario la prueba en contrario. Esto explicaría por qué al actor que sostiene que no se le ha pagado le basta con hacer esta afirmación de un hecho negativo para trasladar el adversario la carga de la prueba. La idea no ha resistido el análisis.*” *Manual de obligaciones*, 8^a ed. (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1994), 86.

Domat, por ejemplo, señaló:

En todas las convenciones el compromiso del uno siendo el fundamento del compromiso del otro, el primer efecto de la convención es que cada uno de los contratantes puede obligar al otro a ejecutar su compromiso ejecutando el suyo por su parte, según que uno y otro se hallan obligados por la convención, sea que la ejecución deba hacerse de una y otra parte al mismo tiempo, como si se conviene en una venta que el precio debe ser pagado al tiempo de la entrega; o que la ejecución debe preceder de la parte del uno o de la parte del otro.⁷

Por su lado, Pothier, manifestó: “*En todos los contratos y cuasicontratos que son sinalagmáticos, una de las partes no tiene derecho de demandar a la otra que cumpla su obligación si no está pronto ella misma a cumplir la suya*”.⁸

El Código Civil francés como tal no la mencionó, y solo predicó sus efectos de forma particular respecto de la compraventa⁹ y de otros contratos específicos –al igual que lo hizo el derecho romano–. Sin embargo, de todas formas, la doctrina a lo largo del siglo XIX la trató en apartes aislados, por ejemplo, al comentar aquellos artículos que desarrollaban sus consecuencias, y así reconoció la imposibilidad de imponer a una de las partes del contrato la realización de pago, si el que demanda el cumplimiento no ha ejecutado el débito que corre a su cargo. Al respecto, Claro Solar señala:

El estudio serio de esta excepción y hasta su nombre, consignado en una expresión latina que no se encuentra en las compilaciones de Justinianus, ni en las obras de Cujanius, *exceptio non adimpleti contractus*, no ha venido a figurar en Francia sino a partir del momento en que han sido conocidos y vulgarizado los tratados de los pandectistas alemanes y los trabajos preparatorios del código civil proseguidos en Alemania durante los últimos 20 años del siglo XIX. Toca a Saleilles el mérito de esta vulgarización. Fue como un descubrimiento: los autores de cursos y de tratado de derecho civil, publicados después de esta época, no han dejado de llamar la atención sobre los textos del nuevo código civil alemán concernientes a la

⁷ CLARO SOLAR. “Explicaciones de derecho civil...”, 783.

⁸ Ibídem, 784.

⁹ Dice el artículo 1612 del Código Civil francés: “*El vendedor no es obligado a entregar la cosa, si el comprador no paga el precio y siempre que el vendedor no le haya concedido el plazo para el pago.*”

excepción de inejecución; y de preguntarse si existía también en el código de Napoleón. Huc, Baudry-Lacatinéry y Barde, Planiol y demás autores se han esforzado en relacionar la *exceptio non adimpleti contractus* con los principios tradicionales del derecho francés, remontándose a Pothier y al derecho romano.¹⁰

De conformidad con lo anotado puede concluirse que el principio de la ejecución simultánea de las obligaciones fue reconocido por el derecho civil francés moderno, al igual que la excepción de inejecución contractual, de donde fue tomada por los ordenamientos jurídicos que siguieron su inspiración.

La legislación española, al igual que el Código de Napoleón, no la consagró expresamente, no obstante, lo cual fue reconocida por la jurisprudencia y la doctrina a partir de distintos preceptos que recogen sus efectos por un proceso de abstracción, que considera como fundamentos de la figura: –en palabras del Tribunal Supremo español– *“los principios contractuales de respeto a la palabra dada y a la buena fe”*.¹¹

En el mismo sentido y también con referencia a la legislación española, Díez Picazo anota:

Nuestro código, siguiendo el modelo francés, 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. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no han encontrado especiales dificultades para generalizar la idea, considerándola implicada en el sistema.

[...]

La doctrina posterior ha consolidado, de manera general, la idea de la excepción de incumplimiento contractual en nuestro derecho positivo y la misma idea aparece consagrada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.¹²

El ordenamiento jurídico nacional, al igual que el Código Civil francés, no recoge de forma directa ni la denominación ni la regulación de la

¹⁰ CLARO SOLAR. “Explicaciones de derecho civil...”, 785.

¹¹ STS de 17 de marzo de 1991, citada por Luis Díez Picazo en “Fundamentos del derecho civil patrimonial” II, *Las relaciones obligatorias*, 6a ed. (Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 1993), 804.

¹² DÍEZ PICAZO, “Fundamentos del derecho civil...”, 803 y 804.

excepción de contrato no cumplido, no obstante, lo cual acoge sus efectos al predicarlos estableciendo de forma directa una norma exceptiva a la regulación de la Constitución en mora, al igual que al regular los contratos de compraventa y permuta.

La piedra angular de la regulación de la figura en nuestro Código Civil es el artículo 1609, equivalente al 1552 del Código chileno, qué señala: “*en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro contratante no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*”

El reconocimiento y regulación legislativa directa solo vino a darse en códigos más modernos como el Código Civil alemán (BGB) de 1896, y en los códigos suizo (ZGB) de 1907 e italiano de 1942.

El desarrollo histórico de la figura –que permite observar su reconocimiento a pesar de no estar consagrada expresamente y de forma unitaria en las normas de los primeros ordenamientos– y los dictados de la doctrina permiten concluir, sin vacilación, que la excepción de inejecución contractual es un corolario insalvable del acogimiento de la equidad y del principio de la buena fe. A este respecto ha señalado Claro Solar:

El principio primario sobre el cual reposa la exceptio non adimpleti contractus es, sin duda, la equidad. Pugnaría evidentemente con ella que uno de los contratantes pudiera exigir las ventajas que el contrato está llamado a otorgarle repudiando, sin embargo, las cargas que como compensación para la otra parte le impone. Es preciso reconocer al contratante perseguido el derecho de poner coto a las maniobras de su adversario rehusándole el cumplimiento de la obligación a su cargo, mientras la contraprestación correlativa no le haya sido suministrada u ofrecida.

La excepción non adimpleti contractus es, pues, *hoy un medio de defensa de buena fe* que el que se haya obligado en virtud de la relación sinalagmática, sin estar él precisado a ejecutar primero el contrato, puede hacer valer para rehusar la prestación debida hasta el cumplimiento de la contraprestación que incumbe a la otra parte.¹³

En el mismo sentido se pronuncia Jorge Giorgi, cuando señala:

Ningún texto legal la autoriza en el derecho moderno, pero se admite generalmente en obsequio a la equidad.

¹³ CLARO SOLAR. “Explicaciones de derecho civil...”, 787 y 788.

En efecto, la equidad no permite que alguien pretenda la ejecución de un contrato mientras se niega a cumplirlo por su parte; Y como es indudable por el artículo 1165 del código civil el derecho de pedir la resolución de un contrato bilateral no ejecutado, así en este derecho queda virtualmente comprendida la facultad de no prestarse a la ejecución en favor de la parte que no cumpla.¹⁴

Con singular maestría René Abeliuk señala:

Además, es indudable el fundamento de equidad de la institución, pues no es justo que una de las partes se vea obligada a cumplir su obligación, y a perseguir por otro juicio el cumplimiento de la suya. En tal sentido ya decíamos que la excepción de contrato no cumplido entraña en un principio de carácter más general en el derecho: hoy no puede exigirse lo que no se está dispuesto a dar. La buena fe debe presidir el derecho, y evidentemente no la tiene el acreedor en esa circunstancia.¹⁵

También subyace en el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de la excepción de contrato no cumplido, elevada por su universalidad a principio general del derecho, de cierta manera, un homenaje al derecho a la igualdad. Como anota Renato Scognamiglio, el ordenamiento jurídico “no solamente toma en consideración la posición del contratante que pretende obtener la resolución (o el cumplimiento), pues debe tutelar al propio tiempo al otro contratante, que puede oponer la excepción de incumplimiento o de cumplimiento inexacto”.¹⁶

En una visión si se quiere más formal y próxima, también la doctrina ha encontrado como fundamento de la figura de la excepción de incumplimiento contractual la causa de la obligación. En este sentido, Messineo señala:

... el fundamento de la excepción puede también encontrarse en este caso en la causa de la obligación. Cuando la prestación quedase incumplida (aunque sea temporariamente), también la contraprestación puede legítimamente no cumplirse. La excepción de incumplimiento atribuye,

¹⁴ Jorge GIORGI. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, IX (Madrid: Editorial Reus, 1947), 129 y 130.

¹⁵ René ABELIUK MANASEVICH. *Las obligaciones*, II, 4^a ed. actualizada (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996), 841.

¹⁶ Renato SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 364.

pues, un poder nacido ex lege de abstenerse provisoriamente de cumplir, qué obra a modo de reconvención: “no cumple porque tú no cumples”.¹⁷

La referida postura ha sido posteriormente rechazada por la doctrina, aduciendo que la causa resulta relevante al tiempo de celebrarse el contrato y que constituye una condición para la validez del acto y no respecto de su cumplimiento. Operativamente lo pretendido a través de la remisión a la noción de la causa se suple con éxito, considerando la interdependencia de las obligaciones propia de los contratos sinalagmáticos.¹⁸

Las particularidades de la institución

Caracterización

Como lo ha señalado Diez Picazo, en “*el sistema de defensa del acreedor lesionado por la mora, el cumplimiento definitivo de la obligación presenta algunas especialidades cuando la relación, en la que la lesión de crédito se produce, tiene carácter sinalagmático*”.¹⁹

Dos son los instrumentos con que cuenta el acreedor lesionado por el incumplimiento en el ámbito de una relación sinalagmática: en primer lugar, le es dado ejercer la opción que la brinda nuestro artículo 1546 del CC, que le permite pedir el cumplimiento del contrato o su resolución –en ambos casos, con indemnización de perjuicios–.²⁰ De otra parte, si el acreedor no ha cumplido aún la obligación correlativa a la incumplida por su deudor, bien puede abstenerse este de cumplir la suya de forma temporal, mientras el deudor correlativo que intenta ejecutar el débito a su vez no cumpla la que le corresponde o se allane a cumplirla en la forma y el tiempo debidos.

Este último precepto:

Hace jurídicamente imposible o ineficaz el requerimiento si el acreedor, que es al mismo tiempo deudor del requerido no ha cumplido su obligación, o

¹⁷ Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, II (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1953), 433.

¹⁸ ABELIUK MANASEVICH. *Las obligaciones...*, 841.

¹⁹ DÍEZ PICAZO, “Fundamentos del derecho civil...”, 803.

²⁰ “Artículo 1546. CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA. *En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.*”

no se allana a cumplirla en la forma y tiempo debidos. No puede, pues, ese acreedor exigir que la otra parte ejecute a su favor la prestación estipulada, cuando a su vez ese acreedor ha debido o debe solucionar una prestación recíproca a que él se hallaba obligado a favor del demandado; éste puede paralizar o hacer ineficaz su acción excepcionándose con la inejecución por el demandante de la prestación recíproca.²¹

La doctrina atribuye a la excepción de contrato no cumplido o a la de cumplimiento deficiente, como nota distintiva, su esencial temporalidad.

Que sea temporal significa que, “desde el punto de vista sustantivo, hoy la excepción no destruye ni extingue el derecho reclamado por el actor y solo impone una dilación en el cumplimiento, que queda subordinado a la simultaneidad con la prestación de la parte demandante, de manera que neutraliza temporalmente el derecho del actor pero no lo extingue”.²²

La referida temporalidad produce, en el plano procesal, al acogerse la defensa propuesta por el demandado, los mismos efectos que son propios de la excepción de petición antes de tiempo, pues, si producida la sentencia desestimatoria que genera el acogimiento de la excepción el acreedor demandante cumple con posterioridad o incluso si efectúa una oferta formal de pago, le es dado entablar una nueva demanda.

Señala Jorge Giorgi a este respecto que “*el actor, aun en el curso del juicio, puede rechazar la excepción, poniéndose en regla, ofreciendo el cumplimiento*”²³; con referencia a lo cual ha manifestado Díez Picazo que, en esta última hipótesis, esto es en caso de formularse oferta formal de pago: “*la sentencia conducirá a una condena condicional del demandado, puesto que solo tendrá que ejecutar la prestación a su cargo cuando se realice también la del demandante*”.²⁴

Parece claro que la temporalidad es un desprendimiento necesario de una nota distintiva de los contratos con prestaciones recíprocas, en los cuales es connatural la exigencia de cumplimiento simultáneo, de forma que “*cada parte, a falta de simultaneidad, tiene derecho a deferir provisoriamente la prestación*”²⁵.

²¹ CLARO SOLAR. “Explicaciones de derecho civil...”, 786.

²² DÍEZ PICAZO, “Fundamentos del derecho civil...”, 806.

²³ GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, 130.

²⁴ DÍEZ PICAZO, “Fundamentos del derecho civil...”, 807.

²⁵ MESSINEO, *Doctrina general del contrato...*, 433.

Modalidades

La institución jurídica a la cual venimos haciendo referencia se desdobra en dos figuras análogas, que tienen surgimiento, bien cuando el acreedor que intenta ejecutar el crédito del cual es titular a su vez ha incumplido de manera total la obligación a su cargo, o bien cuando el incumplimiento de la obligación correlativa que corre a su cargo se da solo en parte.

La primera situación descrita da origen a la excepción propiamente denominada “*exceptio non adimpleti contractus*” y la hipótesis de cumplimiento inadecuado en términos de cantidad, calidad, manera o tiempo²⁶, da lugar a la “*exceptio non rite adimpleti contractus*”.

En lo que hace a los perfiles de esta segunda modalidad, se ha considerado que

... cuando el demandante solo 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. La mencionada excepción comprende también los casos en que se encuentra a cargo del demandante una garantía de correcto funcionamiento o de niveles de producción. Por ejemplo, hoy el demandante ha vendido una máquina y ha asegurado su correcto funcionamiento y la posibilidad de alcanzar unos determinados niveles de rendimiento.²⁷

Como se verá en su momento la distinción es útil, toda vez que respecto de la segunda de las modalidades referidas cobra especial utilidad el principio de la buena fe, pues, solo con apoyo en el mismo, puede darse pleno sentido a la determinación de los casos en los cuales procede su aplicación y a la intensidad de la reacción permitida.

Requisitos

Son requisitos que habilitan la interposición de la excepción los siguientes:

- a. La existencia de una relación sinalgmática, siempre que el incumplimiento recíproco, como señala Messineo “*concierna a la materia del contrato de que se trate*”.²⁸

²⁶ DÍEZ PICAZO, “Fundamentos del derecho civil...”, 804.

²⁷ Ibídem, 805.

²⁸ MESSINEO, *Doctrina general del contrato...*, 435.

El hecho de que ambas obligaciones incumplidas broten del mismo contrato ha sido entendido por la jurisprudencia chilena, en el sentido de que no basta que las mismas surjan de un mismo acuerdo de voluntades, por ejemplo, si en un mismo documento se hacen constar dos o más contratos de tipología diferente, aunque relacionados. Se ha señalado respecto de este requisito:

Lo que sí es indiscutible es que la obligación debe emanar del mismo contrato; el problema se llevó a los tribunales en relación a una figura que es muy corriente: la promesa de venta con contrato de arriendo, entre la entrega de la cosa prometida vender y la celebración del contrato definitivo, y viceversa, arriendo con promesa de venta. Aunque ligados, en la especie hay dos contratos, aun cuando se otorguen en un mismo instrumento, y por ello se rechazó la negativa del prometiente vendedor de otorgar la escritura definitiva de compraventa por no pago de las rentas de arrendamiento pactadas por parte del prometiente comprador arrendatario.²⁹

Es posible, sin embargo, que la referida solución resulte excesiva cuando, según la arquitectura de la relación, las obligaciones surgidas de tipos contractuales diferentes –pero convenidos en un mismo acto y relacionadas por el interés de las partes–, se expliquen recíprocamente en su sentido económico. Nuevamente a este respecto, el principio de la buena fe ha de ser el criterio rector por consultar a fin de inspirar la respuesta del ordenamiento.

- b. Es necesario igualmente que tanto el deudor al cual se exige la ejecución de la obligación a su cargo como el acreedor que la demanda no hubieren dado cumplimiento a los respectivos débitos que hubieren contraído, o, al menos, que este último no hubiere siquiera allanado a cumplir en la forma y tiempo debidos, como establece nuestro artículo 1609 del Código Civil. Entiende la doctrina que el allanamiento es más que la mera manifestación de una disposición a actuar, pues se hace necesario que quien ofrece el pago dé muestras concretas e inequívocas de su posibilidad efectiva de satisfacer la prestación debida.

La doctrina chilena³⁰ ha dado perfiles precisos a la exigencia recurriendo a la preceptiva del artículo 1872 inciso 2º, equivalente a nuestro artículo

²⁹ ABELIUK MANASEVICH. *Las obligaciones...*, 844.

³⁰ ABELIUK MANASEVICH. *Las obligaciones...*, 844.

1929³¹, que permite al comprador amenazado por un tercero en la posesión de la cosa adquirida, o que advierta que la misma se encuentra en riesgo por una acción real no revelada por el vendedor al celebrarse el contrato, efectuar el depósito judicial de la suma debida, hasta tanto el vendedor libere la posesión de la amenaza u otorgue caución que asegure las consecuencias de la referida acción.

Así, dependiendo de cuál sea la prestación cuya satisfacción se anuncia, el acreedor que pretende el pago de la obligación correlativa ha de efectuar los actos materiales que denoten que su allanamiento trasciende los contornos de una vacía declaración de voluntad, para dar prueba inequívoca de que al recibir el pago pretendido no resultará defraudado quien cumple en atención al allanamiento. Como es natural, la suficiencia del ofrecimiento y las seguridades que produce serán, en cada caso, materia de evaluación judicial, lo cual le impone al operador de justicia el deber de tomar los recaudos orientados a que su decisión no permita la defraudación de la confianza del demandado.

c. Que el deudor al cual se exige la ejecución de la obligación a su cargo no se encuentre obligado por virtud del contrato, de la ley o de la naturaleza de las cosas a cumplir primero su obligación, o, lo que es lo mismo, que la obligación del acreedor resulta exigible. Este requisito no consta de forma directa en el texto del artículo 1609, pero se desprende de su sentido general, pues el precepto supone que ambos contratantes se encuentren en igualdad de condiciones.

Por lo tanto, se puede prevalecer de la excepción todo aquel que se hubiere obligado a cumplir de forma simultánea con su cocontratante o con posterioridad a este, pero no quien hubiere asumido el deber de pagar primero.³²

³¹ “Con todo, si el comprador fuere turbado en la posesión de la cosa, o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, podrá depositar el precio con autoridad de la justicia, y durará el depósito hasta que el vendedor haga cesar la turbación o afiance las resultas del juicio.”

³² Como lo señala CLARO SOLAR: “Si las partes han manifestado expresamente su voluntad de anticipar la ejecución de una de las prestaciones, dando una de las partes crédito a la otra o prestándole fe, la aplicación de la regla no puede suscitar dificultades; pero las partes pueden guardar silencio sobre la ejecución de las obligaciones recíprocas, y en tal caso, como cada uno de los contratantes no tiene por qué conceder crédito al otro, ni procurarle las ventajas de su prestación sin tener la contraprestación inmediata, la igualdad y la buena fe que deben existir

d. En el ejercicio de buena fe:

Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos no puede resistirse a ejecutar su prestación fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, si no en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíproca necesaria en la ejecución de los contratos.

Sí el principio de que deriva la excepción de inejecución reposa en la buena fe y en la lealtad con que deben cumplirse los contratos, debe estar de acuerdo con ella. El código no contiene disposición especial que lo diga con referencia a esta excepción, cuyo nombre tampoco figura en su texto; pero no puede vacilarse en deducir de la regla general expresada en el artículo 1546 (1603 de nuestro CC) las consecuencias que de tales reglas se desprenden cuando se trata de prohibir, como cuando se trata de permitir, la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus*.³³

Sobre el fundamento de la figura se pronuncia don Fernando Vélez, quien señala:

Justa es la disposición del artículo 1609, desde que la buena fe que es la base de todos los contratos (art 1603), requiere que una parte no pueda ser obligada a cumplir su obligación sino cuando la otra no cumpla la suya o no se allana a cumplirla. No sería equitativo que quien no cumple, pudiera

entre ellos exigen que, perfeccionada la convención, ambas partes se coloquen en situación de satisfacer inmediatamente sus compromisos, ejecutando simultáneamente sus prestaciones recíprocas.

Sin embargo, por su naturaleza ciertas relaciones jurídicas excluyen manifiestamente la ejecución simultánea: son las que imponen a una de las partes una prestación, cuyo cumplimiento es sucesivo o continuo, mientras que la prestación de la otra puede ejecutarse en un solo momento. Así en el arrendamiento de cosas, el arrendador se obliga a suministrar al arrendatario un goce continuo, mientras que el arrendatario le paga la renta en dinero en determinados períodos. Por pequeños que sean los intervalos fijados entre dos pagos de renta, hay necesariamente desigualdad entre los dos contratantes, pues uno de ellos tendrá que efectuar su prestación sin recibir al mismo tiempo el pago de la prestación de la otra parte. Lo mismo ocurrirá en todos los contratos que imponen la prestación de un servicio, de una abstención o de un trabajo, en cambio de una remuneración en dinero o de una dación de ejecución instantánea: el arrendamiento de servicios, el transporte, el mandato, el depósito, por ejemplo, excluyen por su naturaleza la ejecución simultánea en un momento de tiempo.

En todos estos contratos una persona está forzada a ejecutar primero su prestación y en ellos, por lo mismo, es el contratante obligado a una prestación susceptible de ejecución instantánea, el que puede invocar la excepción non adimpleti contractus. CLARO SOLAR, “Explicaciones de derecho civil...”, 789 y 790.

³³ CLARO SOLAR. “Explicaciones de derecho civil...”, 790.

exigir que el otro contratante le cumpla lo pactado. En este caso desde que una de las partes ejecuta su obligación comienza la mora para la otra.³⁴

La primera de las consecuencias de este requisito se presenta respecto de la excepción *non rite adimpleti contractus*, pues se ha entendido que esta solo procede a consecuencia de que el cumplimiento inexacto resulte significativo.

Un ejemplo concreto que se sigue del reconocimiento de la buena fe como un requisito habilitante del ejercicio de la excepción de inejecución contractual, viene recogido en el inciso 2º del artículo 1460 del Código Civil italiano de 1942, en el cual se dispuso que “*no se puede rehusar la ejecución de la prestación si, teniendo en cuenta las circunstancias, el rechazo aparece contrario a la buena fe*”³⁵; proposición que debe también entenderse incluida en la regulación de la figura en Colombia, dado que es un innegable desprendimiento directo de una preceptiva constitucional.

En el entendimiento de Messineo, no es dable oponer la excepción de incumplimiento, cuando este “*resulte de leve entidad y en el que dicho incumplimiento se debiese a una causa no imputable a la contraparte*”.³⁶ Señala por su parte Abeliuk que, si el incumplimiento no imputable a la contraparte se torna definitivo, la obligación del acreedor se extingue por la imposibilidad sobreviniente, caso en el cual procede recurrir a la teoría del riesgo y no propiamente a la excepción de incumplimiento.³⁷

La prueba del incumplimiento

Tal como ha sido señalado, en un principio se entendió que correspondía al acreedor que exige de su cocontratante el pago de la obligación a cargo de este probar que ha cumplido la obligación correlativa que a su vez corre a su cargo, sobre la base de entender que el demandado que opone la excepción de incumplimiento contractual se encuentra relevado de la

³⁴ Fernando VÉLEZ. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, VI, 2^a ed. (Medellín: Imprenta París América,), 223.

³⁵ “*Tuttavia non puo' rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto e' contrario alla buona fede.*”

³⁶ MESSINEO. *Doctrina general del contrato...*, 436.

³⁷ ABELIUK MANASEVICH. *Las obligaciones...*, 845.

prueba del incumplimiento, por tratarse de una negación que como tal está exenta de prueba.

Como es sabido, el paso del tiempo permitió superar ese entendimiento simplista, de forma que es el carácter indefinido de la proposición³⁸ y no su formulación positiva o negativa lo que determina el relevo de la carga de la prueba. Así, como quiera que la manifestación del incumplimiento no adquiere carácter indefinido, corresponderá al demandado que excepciona probarlo.

Naturalmente, el caso del demandado, que a su vez es acreedor de una obligación dineraria y que alega en su defensa que el actor no ha cumplido el débito a su cargo, difiere de la situación de quien alega que el demandante no ha construido el edificio que se obligó a levantar. En el primer caso es claro que el demandado se encuentra relevado de probar el incumplimiento, pues la satisfacción de lo debido bien pudo presentarse de un considerable número de formas y en cualquier momento del lapso corrido desde que la obligación se hizo exigible, y, en el segundo, basta con acreditar que en la localización exacta donde la construcción debió levantarse no se encuentra la misma.

El problema sin embargo no es sencillo, dada la contraposición de dos normas vigentes. De conformidad con el artículo 167 del CGP, que regula la carga de la prueba, se desprendería que quien propone la excepción de incumplimiento contractual, es quien debe probar el fundamento fáctico de su contra pretensión, salvo que el incumplimiento que alega constituya una proposición indefinida. No obstante ello, a su vez, el artículo 1757 del Código Civil, cuyo inciso 1º continúa vigente, dispone que “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*”, de forma que al demandado le bastaría con probar la existencia de la obligación correlativa que dice incumplida, y será al demandante a quien corresponda probar el propio cumplimiento, que nunca tiene carácter indefinido.

Dado que al demandante no le corresponde anticipar en la demanda las excepciones que serán aducidas por el demandado en oposición a lo pretendido, parecería lo más armónico deferir la solución del asunto a la norma general sobre carga de la prueba, de forma que sea en principio el

³⁸ Señala a este respecto el inciso final del artículo 167 del CGP que “*los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.*”

demandado quien deba establecer los hechos que permitan la aplicación de las reglas que invoca, salvo que el referido incumplimiento tenga en la práctica contornos indefinidos, esto es, dificultad relevante de ubicación espacio temporal, caso en el cual será el demandante quien soporte la carga de probar su propio cumplimiento.

Atribuir *in radice* al demandante el deber procesal de probar su propio cumplimiento, puede conducir a los extremos de convertir la prueba o constancia del propio cumplimiento, incluso en presupuesto del título de ejecución sometiendo de hecho las obligaciones correlativas surgidas de los contratos sinalagmáticos a las exigencias que la ley procesal establece para las obligaciones condicionales en el artículo 427 del CGP³⁹, lo cual definitivamente luce excesivo.

Señala a este respecto Abeliuk:

Lo que resulta francamente injustificable es que se haya llegado a decir que el ejecutante, al iniciar su ejecución, debe probar que ha cumplido su obligación, o llevando las cosas a su máximo extremo, que el cumplimiento debe constar en el título mismo; en el mejor de los casos podría considerarse que el propio cumplimiento es un presupuesto de la indemnización de perjuicios, porque sin él no hay mora de la contraparte, pero no de la ejecución forzada.⁴⁰

Inequívoca es la situación de la carga de la prueba respecto de la excepción de cumplimiento defectuoso, pues no se discute que, en caso de proponerse la misma, es el demandado que excepciona quien debe acreditar en el proceso dicho incumplimiento. Scognamiglio señala a este respecto que “*la excepción de cumplimiento inexacto, está sometida en términos generales*

³⁹ “Artículo 427. EJECUCIÓN POR OBLIGACIÓN DE NO HACER Y POR OBLIGACIÓN CONDICIONAL

Cuando se pida ejecución por perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de no hacer, o la destrucción de lo hecho, a la demanda deberá acompañarse el documento privado que provenga del deudor, el documento público, la inspección o la confesión judicial extraprocesal, o la sentencia que pruebe la contravención.

De la misma manera deberá acreditarse el cumplimiento de la condición suspensiva cuando la obligación estuviere sometida a ella.”

⁴⁰ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones...*, 845.

a la misma disciplina. Sin embargo, el excepcionante, por cuanto admite el cumplimiento, asume la carga de la prueba de la defectuosidad”.^{41/ 42}

Efectos

Como efectos de la interposición de las excepciones fundadas en el incumplimiento total o en el cumplimiento defectuoso, la doctrina⁴³ ha listado las siguientes:

- i. Quien interpone la excepción puede rehusar de forma legítima y con carácter transitorio el cumplimiento de la prestación a su cargo, mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir en el forma y tiempo debidos, toda vez que ninguno de los contratantes se encuentra en mora;
- ii. Además, se pone a salvo de las consecuencias del incumplimiento, esto es, de la exigencia de cumplimiento forzado, de la solicitud de resolución del contrato, de la compensación con obligaciones distintas de la que para el demandante surge del mismo contrato, y de la causación y pago de intereses de mora. A este respecto se ha señalado que “*judicialmente, el deudor podrá oponerla a una demanda de cumplimiento forzado, de indemnización de perjuicios, o de resolución*”:⁴⁴
- iii. De otra parte, la excepción cumple el papel de servir de instrumento de presión para compelir al demandante a cumplir la obligación a su cargo, en todos aquellos casos en los cuales el actor se encuentra realmente interesado en la prestación que constituye objeto del crédito del cual es titular;
- iv. En los contratos de trato sucesivo o de ejecución diferida, la excepción resulta oponible por todo el tiempo en el cual quien excepciona no hubiere cumplido la obligación a su cargo. No obstante lo anotado, una vez cumple la obligación a su cargo el sujeto de la relación contra quien se opone la excepción se hace nuevamente exigible la obligación a cargo del

⁴¹ SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato...*, 365.

⁴² En el mismo sentido se pronuncia Francesco Messineo, quien anota que “*De ahí la distinta distribución de la carga de la prueba respecto de la figura de la excepción de incumplimiento examinada más arriba: esta vez no es el actor quien debe probar su cumplimiento (pues este ha sido admitido por el demandado); sino que al demandado incumbe la carga de probar la disconformidad entre el cumplimiento y las modalidades de la obligación nacida para el actor del contrato.*” MESSINEO, *Doctrina general del contrato...*, 438 y 439.

⁴³ Véase al respecto a MESSINEO, *Doctrina general del contrato...*, 434 y 435.

⁴⁴ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones...*, 841.

excepcionante, ante lo cual este deberá pagar todas las prestaciones que hubiere rehusado en virtud de la excepción;

- v. La excepción es oponible a quien quiera que obre usando los derechos del titular de la obligación correlativa nacida del contrato sinalagmático, como es el caso del heredero o del diputado para el cobro, de la sociedad a la cual se hubiere aportado el crédito, y finalmente del cesionario del crédito o de la posición contractual. De igual forma, como señala Messineo “*la excepción es oponible al tercero en el contrato a favor de tercero cuando el estipulante en favor de este sea incumpliente.*”⁴⁵

Renuncia previa de la excepción

Discute la doctrina sobre la existencia de la posibilidad de pactar la renuncia a interponer la excepción de contrato no cumplido o de cumplimiento defectuoso dentro del contrato sinalagmático que sirve de fuente a las obligaciones correlativas.

Dicho pacto, calificado como cláusula *solve et repete*, aparece reconocido en el artículo 1462 del Código italiano de 1942⁴⁶, a consecuencia del cual uno cualquiera de los contratantes se coloca en situación de privilegio en lo que hace al cumplimiento de la prestación que corre a su cargo. “*Según esta cláusula, la parte vinculada a ella está en la obligación de ejecutar su prestación de todos modos, y solo después de ello podrá reclamar la restitución de cuanto haya realizado indebidamente por el incumplimiento ajeno o por la ineficacia del contrato.*”⁴⁷

René Abeliuk se aparta de considerar como lícita la referida posibilidad en los ordenamientos que, como el nuestro, no la consagran expresamente. Al efecto manifiesta:

Se han hecho muy frecuentes, especialmente en materia de arriendos, cláusulas que limitan la facultad hoy para demandar o excepcionarse ante su arrendador. El código italiano contempla en su art. 1462 la posibilidad,

⁴⁵ MESSINEO, *Doctrina general del contrato...*, 435.

⁴⁶ Artículo 1462. *Clausola limitativa della proponibilità 'di eccezioni.*

La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non puo' opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullita', di annullabilita' e di rescissione del contratto.

Nei casi in cui la clausola e' efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, puo' tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione.”

⁴⁷ SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato...*, 366.

hoy con ciertas limitaciones, de que se convenga que una de las partes no puede excepcionarse a fin de evitar o retardar la prestación debida. Messineo habla de una verdadera cláusula de *solve et repete* (...), por la semejanza con la misma en el derecho tributario. El deudor primero paga, y en el juicio correspondiente podrá reclamar el cumplimiento de lo que a él se le debe.

Entre nosotros, hoy a falta de una disposición como el Art. 1462 del código italiano, nos parece que en principio deben rechazarse todas las convenciones alteradoras de los derechos de las partes para accionar y excepcionar en el proceso. No está envuelto su mero interés particular, sino la organización del proceso mismo; están involucrados factores de orden público y hasta de derecho público.⁴⁸

Para sustentar su postura, cita el autor el artículo 1462 del Código Civil chileno, equivalente de nuestro artículo 1519.⁴⁹

La excepción de incumplimiento preventiva

Si bien nuestro ordenamiento no prevé con carácter general la posibilidad de proponer la excepción de incumplimiento frente al demandante, cuyo débito correlativo no resulta aún exigible, pero cuya fortuna se ha quebrantado al punto de hacer razonablemente incierta la posterior recuperación de lo debido, es de destacar que, al interior de la regulación del contrato de compraventa, concretamente en el inciso final del artículo 1882 del Código Civil⁵⁰, se autoriza al vendedor a rehusar la entrega de la cosa, hasta tanto le sea pagado o asegurado el pago del precio, en caso

⁴⁸ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones...*, 847.

⁴⁹ “Artículo 1519. *OBJETO ILÍCITO*. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.”

⁵⁰ “Artículo 1882. *TIEMPO DE ENTREGA Y RETARDO*. El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él.

Si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo.

Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago.

de que después del contrato hubiere menguado de manera importante la fortuna del comprador.

Si bien Claro Solar califica la alternativa de comportamiento consagrada en dicha norma como un caso de derecho de retención, Abeliuk la encuentra más compatible con la naturaleza de la excepción de contrato no cumplido, solo que en una modalidad preventiva. Sin embargo, este último autor descarta la posibilidad de extender por analogía la aplicación de la figura de la excepción de incumplimiento preventiva al considerar que la norma que la consagra tiene carácter exceptivo.

No obstante, tomando en consideración que en la normatividad nacional la excepción de contrato no cumplido no se encuentra consagrada de manera directa, como sí lo está el principio de derecho del cual dimana, no luce concluyente el argumento del carácter exceptivo del inciso final del artículo 1882 –referido al contrato de compraventa–, pues la regla que excluye parcialmente en su aplicación no se trata de la exigencia general de buena fe sino del propio inciso primero del mismo canon, que ordena efectuar la entrega de la cosa vendida *“inmediatamente después del contrato, o en la época prefijada en él”*.

Es posible que, más que como aplicación analógica del citado inciso final, la posibilidad de plantear la excepción de incumplimiento contractual con carácter preventivo constituye un desprendimiento directo del *dictum* constitucional que consagra el artículo 83 superior.⁵¹ Naturalmente, correspondería al deudor o demandado que excepciona la carga de probar con suficiencia el deterioro patrimonial de quien le exige el cumplimiento de su obligación.

Diferencia con la compensación

No obstante tratarse la excepción de incumplimiento contractual y la compensación legal de deudas de figuras jurídicas análogas, dada la concurrencia de obligaciones recíprocamente incumplidas, la doctrina ha identificado claras diferencias entre estas. Concretamente al respecto se han señalado las siguientes:

⁵¹ “Artículo 83. *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*”

- a. Mientras la compensación opera como un verdadero modo de extinción de las obligaciones que evita un doble pago satisfaciendo ambos créditos; la excepción de incumplimiento contractual, dado su carácter esencialmente temporal, solo tiene el efecto de suspender la exigibilidad de las obligaciones sin extinguirlas;
- b. Mientras en la compensación las obligaciones extinguidas hasta concurrencia de la menor tienen causas distintas y deben ser ambas deudas dinerarias líquidas, esto es de igual naturaleza, en la *exceptio non adimpleti contractus*, las obligaciones surgen del mismo contrato sinalagmático y suelen ser de naturaleza distinta;
- c. La compensación no puede ser opuesta en caso de encontrarse el acreedor que exige el pago de su crédito en situación de quiebra o en general envuelto en una ejecución universal, dada la prohibición de compensar en perjuicio de terceros, tal como lo señala el artículo 1720 del Código Civil⁵², lo cual no aplica cuando se trata de la excepción de contrato no cumplido.

Señala a este respecto Abeliuk que la excepción de incumplimiento

... puede significar un verdadero privilegio para el que se asila en ella: al abstenerse de cumplir su obligación, no tiene necesidad de concurrir a la quiebra para cobrar lo que no le deben, con el riesgo consiguiente de no conseguirlo. Opera en tal sentido en la misma forma que la condición resolutoria tácita.⁵³

Evolución de la jurisprudencia nacional

Dada la relación funcional que la ata con la condición resolutoria tácita la norma sobre la cual en nuestro país se edifica la figura de la excepción de incumplimiento contractual, esto es, el artículo 1609 del CC, ha estado sometida a los efectos de los diferentes entendimientos que la jurisprudencia ha dispensado al artículo 1546 de la misma codificación.

- i. La postura inicial de la jurisprudencia consistió en permitir ejercer la acción resolutoria solo al contratante cumplido. En tal sentido dispuso una sentencia, de 7 de diciembre de 1897 (G.J. años XIII,

⁵² Artículo 1720. *PROHIBICIÓN DE COMPENSAR EN PERJUICIO DE TERCEROS*. La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero.

Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después del embargo.

⁵³ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones...*, 846 y 847.

n.º 625, p. 200). El contratante incumplido quedaba sometido a la excepción de contrato no cumplido (art. 1609 CC) y no tenía acción resolutoria.

En el entendido de la referida sentencia, el artículo 1546 CC debe interpretarse en armonía con el 1609 del mismo código, el cual prescribe que “... *en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos*”.

En consecuencia, “*la resolución de los contratos bilaterales, por la falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sólo puede pedirla el contratante que pruebe esa falta de cumplimiento, y que él ha cumplido o se ha allanado a cumplir sus obligaciones*”.

La estricta aplicación de esta interpretación condujo a situaciones de indefinición jurídica, en los casos en que ambos contratantes son incumplidos, pues ninguno de ellos tendría acción para lograr la extinción del vínculo jurídico.

- ii. Una primera reacción frente a la inmovilidad contractual que producía el incumplimiento recíproco fue recurrir a la figura del mutuo disenso tácito (SC, 23 sep. 1974, G.J. CXLVIII, *n.º 2378 a 2389*, p. 246, y SC, 20 sep. 1978, G.J. CLVIII *n.º 2399*).

La sentencia de 1974 planteó la figura del mutuo disenso tácito, en el sentido de que el recíproco incumplimiento es equivalente a la decisión de extinguir el vínculo jurídico negocial por su abandono. Al efecto señaló:

... la voluntad de las partes no sólo es susceptible de manifestarse a través de declaración expresa, sino también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer... preciso [es] darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso.

La sentencia de 1978 precisó que, además de la mutua desatención de los débitos convencionales, debe quedar fuera de duda la intención de destratarse.

- III. La segunda reacción estuvo plasmada en sentencia de 29 de noviembre de 1978 –que por la vía de acentuar la relación entre los artículos 1546 y 1609 del CC – resolvió:

- Permitir al contratante cumplido ejercer las acciones de cumplimiento y resolución; y
- Predicar que en caso de incumplimiento recíproco los contratantes solo tienen la acción resolutoria, y les está vedado ejercer la acción de cumplimiento.

Señaló la sentencia:

... en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquélla tiene tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria, mas si ninguna de las partes cumplió ni se allana a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar la resolución del contrato.

Como sustento, se diferenció el incumplimiento de la indemnización de perjuicios, a fin de acotar la aplicación del artículo 1609 a esta última, sin afectar la procedencia de la acción resolutoria.

iv. La sentencia del 7 de diciembre de 1982 (MP Jorge Salcedo Segura ordinario de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar. G.J. t. CLXV, págs. 345 a 347), permitió al contratante incumplido pedir cumplimiento o resolución, pero sin indemnización de perjuicios, predicando un marcado distanciamiento de los efectos de los arts. 1546 y 1609. Señaló la sentencia:

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. *Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios.* Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, como ha ocurrido con el demandado en este proceso.

Corolario de lo anterior es que hay lugar a dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales, a saber: a) cuando uno solo incumple y el otro sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos

contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal.

- v. Luego, la Corte, en múltiples sentencias (SC-6906, 3 jun. 2014, rad. 2001-00307-01; SC, 28 feb. 2012, rad. 2007-00131-01; SC, 7 mar. 2000, exp. n.º 5319), volvió a lo que podríamos denominar “tesis tradicional ampliada”, que
 - ... exige para pedir tanto el cumplimiento como la resolución el cumplimiento o el allanamiento a cumplir por parte del actor.
 - ... admite el mutuo disenso cuando del incumplimiento recíproco puede deducirse la voluntad inequívoca de destratar.
- vi. Finalmente, en 2019 la Sentencia SC-1662 de 5 de julio (MP Álvaro Fernando García) señala que la hipótesis del art. 1546 solo prevé el caso de incumplimiento unilateral, para permitir al contratante cumplido las acciones alternativas allí previstas, con indemnización de perjuicios:
 - Por la vía de la aplicación analógica, retoma la tesis de 1982 en cuanto permite, en caso de mutuo incumplimiento, que ambos contratantes pidan cumplimiento o resolución, pero sin perjuicios (ni pena);
 - Como la previsión que desata la aplicación analógica es el incumplimiento recíproco, descarta la procedencia de la excepción de contrato no cumplido; y
 - Permite solicitar el desistimiento tácito, si del mutuo incumplimiento se desprende la voluntad inequívoca de deshacer el contrato.

En orden de lo expuesto, es necesario puntualizar que cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes, la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas la excepción de contrato no cumplido.

4.2. En la hipótesis del incumplimiento recíproco de dichas convenciones, por ser esa una situación no regulada expresamente por la ley, se impone hacer aplicación analógica

del referido precepto y de los demás que se ocupan de los casos de incumplimiento contractual, para, con tal base, deducir, que está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem.

La especial naturaleza de las advertidas acciones, en tanto que ellas se fundan en el recíproco incumplimiento de la convención, descarta toda posibilidad de éxito para la excepción de contrato no cumplido, pues, se reitera, en tal supuesto, el actor siempre se habrá sustraído de atender sus deberes negociales.

Esta última sentencia hizo, de hecho, inaplicable en nuestro país la excepción de incumplimiento contractual, pues, a pesar de que la prevé como posible “*cuando el incumplimiento del contrato sinalagmático provenga de una sola de las partes*”, la misma proposición que expresa la particular hipótesis a la cual se refiere, deja sin piso en el terreno práctico la posibilidad de proponer la excepción. Si el supuesto al cual se remite el primer planteamiento de la sentencia es que solo el demandante cumplido tiene la opción de pedir el cumplimiento o la resolución, la vocación de viabilidad del medio exceptivo queda frustrada por principio.

De otra parte, según se postuló de manera expresa en la sentencia, la hipótesis de mutuo incumplimiento descarta de plano la aplicación de la excepción que es objeto de nuestro estudio.

La pregunta que plantea el presente estudio es si una institución cuyas raíces se hunden de forma directa y evidente en el postulado de la buena fe –hecho demostrado por la historia y por la doctrina–, que ha sido erigido en Colombia en precepto constitucional, puede, sin detrimento de la integridad del ordenamiento, ser dejada de lado, en virtud de una interpretación meramente gramatical del artículo 1546 del CC.

Parecería que corresponde más bien efectuar una interpretación conforme a los dictados de la Constitución Política, como lo tiene ya sentado por vía general la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sobre la interpretación conforme, se ha señalado, por ejemplo, en Sentencia C-273 de 1999:

Según el principio de interpretación conforme, la totalidad de los preceptos jurídicos deben ser interpretados de manera tal que su sentido se avenga a las disposiciones constitucionales. La interpretación de una norma que contrarie éste principio es simplemente intolerable en un régimen que parte de la supremacía formal y material de la Constitución (C.P. art. 4).

La excepción de contrato no cumplido es una figura diseñada a la medida de la naturaleza humana. No es para nada justo que quien no ha cumplido las obligaciones a su cargo, ni hubiere manifestado con respaldo objetivo su disposición a cumplir o que incluso se encuentre en imposibilidad de cumplir, pueda exigir de su contraparte contractual el cumplimiento de la obligación que correlativamente asumió, para introducir un desequilibrio en una relación que fue concebida como equilibrada.

El fantasma de la inmovilidad que ha empujado a nuestro órgano de cierre a recortar o dejar de lado, en varias ocasiones, las posibilidades y función natural de la excepción de contrato no cumplido, no debería conducir por vía general a privarla de efectos, cuando encarna un elevado valor de justicia y desarrolla como pocas figuras el principio de la buena fe.

Antes de adoptar esa postura, tal vez valga la pena recuperar su prístino significado, e incluso acentuar sus efectos. Esto podría lograrse abriendo paso a su interposición preventiva de manera general, tal como lo prevé el artículo 71 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, incorporada en nuestro ordenamiento mediante la Ley 518 de 1999.⁵⁴

⁵⁴ Artículo 71.

“1. Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de las obligaciones a causa de:

a) Un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o
b) Su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

2. El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas.

Conclusiones

La evolución histórica que condujo a la consolidación de la figura que se denominó excepción de contrato no cumplido, a pesar de no haber sido consagrada expresamente en los primeros ordenamientos normativos, junto con las manifestaciones coincidentes de los doctrinantes, permiten tener por establecido que esta ha sido reconocida como un desprendimiento directo del principio de buena fe.

La excepción de contrato no cumplido, junto con la opción que brinda nuestro artículo 1546 del CC, son los instrumentos básicos de protección con que cuenta el acreedor lesionado con el incumplimiento dentro de una relación sinalagmática.

En los desarrollos particulares de la institución, el principio de la buena fe está llamado a llenar de sentido la aplicación práctica de la misma en distintas situaciones cuya definición puede resultar problemática, como es el caso de la determinación de los eventos en los cuales resulta razonable proponerla cuando solo se presenta un incumplimiento parcial por parte del demandante. La existencia de buena fe por parte del deudor demandado ha sido entendida incluso como una condición básica y general de procedencia de la excepción de contrato no cumplido.

Conforme a la doctrina los requisitos que habilitan la procedencia de la excepción son los siguientes:

- La existencia de una relación sinalagmática.
- Que tanto el deudor al cual se exige la ejecución de la obligación a su cargo, como el acreedor que la demanda no hubieren dado cumplimiento a los respectivos débitos que hubieren contraído, o, al menos, que este último no se hubiere siquiera allanado a cumplir en la forma y tiempo debidos.
- Que el deudor al cual se exige la ejecución de la obligación a su cargo no se encuentre obligado por virtud del contrato, de la ley o de la naturaleza de las cosas a cumplir primero su obligación, y
- Su ejercicio de buena fe.

Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

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

Habida consideración de que la excepción de contrato no cumplido tiene una insalvable relación funcional con la condición resolutoria tácita, el tratamiento que la jurisprudencia nacional le ha dispensado al artículo 1609 del Código Civil a lo largo del tiempo ha estado sometido a los efectos de los cambiantes entendimientos que la jurisprudencia nacional ha dispensado al artículo 1546 de la misma codificación, en desarrollo de los cuales se ha llegado incluso a privar de efectos prácticos a la excepción de contrato no cumplido.

El planteamiento fundamental de la investigación postula que una institución que hunde sus raíces de forma directa y evidente en el postulado de la buena fe –demostrado por la historia y por la doctrina–, y que ha sido erigido en Colombia en precepto constitucional, puede, sin detrimento de la integridad del ordenamiento, ser dejada de lado, en virtud de una interpretación meramente gramatical del artículo 1546 del CC. A fin de remediar este tipo de posturas se propone la necesidad de efectuar una interpretación conforme a los dictados de la Constitución Política que reconozca a la excepción de contrato no cumplido su fundamento superior.

Bibliografía

Doctrina

ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones*, II. 4^a ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

BORDA, Guillermo. *Manual de obligaciones*, 8^a ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1994.

CLARO SOLAR, Luis. “Explicaciones de derecho civil chileno y comparado”. *De las obligaciones*, I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

DÍEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, II, *Las relaciones obligatorias*, 6^a ed. Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 1993.

GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. IX. Madrid: Editorial Reus, 1947.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*, II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1953.

VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, V, 2^a ed. Medellín: Imprenta París América.

Normas

Congreso de la República de Colombia. Ley 518 de 29 de julio de 1999, “Por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, realizada en Viena, el 11 de abril de 1980. *Diario oficial* 43.654.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia:

Sentencia C-273 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

Sentencia del 7 de diciembre de 1897, *Gaceta Judicial*, años XIII, n.º 625, 200.

Sentencia del 23 de septiembre de 1974, *Gaceta Judicial* CXLVIII, n.º 2378 a 2389, 246.

Sentencia del 20 de septiembre de 1978, *Gaceta Judicial* CLVIII n.º 2399.

Sentencia del 7 de diciembre de 1982 *Gaceta Judicial* CLXV, 345 a 347.

Sentencia del 7 marzo de 2000, Exp. 5319.

Sentencia del 28 de febrero de 2012, rad. 2007-00131-01.

Sentencia SC-6906 de 3 de junio de 2014, rad. 2001-00307-01.

Sentencia SC-1662 del 5 de julio de 2019, MP Álvaro F. García Restrepo.