

# Algunos comentarios sobre las excepciones contractuales reguladas en el Código Civil de 1984

## Some comments on the contractual exceptions regulated in the 1984 Civil Code

**MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Profesor de Derecho Civil patrimonial en la Universidad de Lima

En memoria de don Augusto Ferrero Costa,  
con incommensurable gratitud personal y profesional



### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Presupuestos generales.
- III. Excepción de contrato no cumplido.
  1. Denominación adecuada y relación con las nociones de demora y mora.
  2. Requisitos configurativos.
  3. Naturaleza jurídica y ejercicio.
  4. Vigencia.
  5. Modalidades.
- IV. Excepción de caducidad de plazo o de término.
  1. Precisiones sobre la denominación y alcances de la figura.
  2. Requisitos configurativos.
  3. Naturaleza jurídica y ejercicio.
  4. Vigencia.
- V. ¿Se requiere replantear legislativamente la excepción de contrato no cumplido?

## RESUMEN:

Los contratos son expresión del poder negocial que corresponde a la autonomía privada y constituyen una voluntaria distribución de riesgos, entre ellos, la falta de cumplimiento; conforme a ello, de materializarse dicha situación o ser probable su materialización, en el marco de los llamados contratos sinalagmáticos, la ley regula dos mecanismos de autotutela a los que se puede recurrir para evitar que se pierda el paralelismo prestacional, los que serán aplicables según el respectivo negocio sea de ejecución simultánea o de ejecución sucesiva. Corresponde analizar, en consecuencia, cuál es el contenido, alcances, requisitos, vigencia y modalidades, de ser el caso, de cada uno de estos medios de defensa en los que se pretende que la ejecución contractual se suspenda excepcionalmente hasta que el estado de cosas pueda restablecerse con normalidad. Asimismo, corresponde evaluar críticamente sobre si la regulación normativa resulta siendo insuficiente o deficiente, para determinar si se justifica efectivamente su reforma.

**Palabras clave:** Sinalagma, excepción, ejecución simultánea y sucesiva, derecho potestativo, sujeción, carga, ineficacia temporal, plazo de gracia, mora.

## ABSTRACT:

Contracts are an expression of the negotiating power that corresponds to private autonomy and constitute a voluntary distribution of risks, among them, the lack of performance; accordingly, if such situation materializes or is likely to materialize, within the framework of the so-called synallagmatic contracts, the law regulates two self-protection mechanisms that can be used to prevent the loss of the performance parallelism, which will be applicable according to whether the respective business is of simultaneous performance or of successive performance. Consequently, it is necessary to analyze the content, scope, requirements, validity and modalities, if applicable, of each of these means of defense in which it is intended that the contractual performance is exceptionally suspended until the state of affairs can be restored normally. Likewise, it is necessary to critically evaluate whether the normative regulation is insufficient or deficient, in order to determine whether its reform is justifiable.

**Keywords:** Sinalagma, exception, simultaneous and successive execution, elective right, subjection, burden, temporary ineffectiveness, grace period, default.

## I. INTRODUCCIÓN

Parece que fue ayer cuando el desaparecido profesor Jack Bigio Chrem ingresó raudo y emocionado al aula de clase. Expresó que no olvidáramos ese día, que era un día histórico, ya que entraba en vigencia el nuevo Código Civil. Era un 14 de noviembre de 1984. Lo que ciertamente pareció extraño fue la fecha elegida para que el nuevo código entrase en vigencia, siendo que, según señaló el propio profesor Bigio, ello representaba un homenaje al legislador de 1936, ya que el 14 de noviembre de dicho año entró en vigencia el derogado Código Civil. Asimismo, no era casualidad que el ministro de Justicia que suscribió la norma de promulgación del Código Civil de 1984 haya sido sobrino del que en su momento suscribió la promulgación del Código Civil de 1936. Más que un home-

naje al legislador, parecía un acto de memoria familiar. En cualquier caso, de asumirse que se estaba realmente ante un homenaje, de alguna manera resultaba contradictorio; porque la entrada en vigencia del nuevo Código Civil implicaba la derogación del código promulgado por el presidente Benavides, curioso homenaje. Han pasado prácticamente cuarenta años, dos generaciones se han sucedido mínimamente; el mundo, el país, la sociedad han cambiado en muchos aspectos, pero allí, con luces y sombras, permanece el Código Civil de 1984.

Como bien expresa el maestro De La Puente<sup>1</sup>, en el epílogo de su libro sobre Contratos Parte General, el Código Civil de 1984 es una gran obra, que corresponde a un plan integral con un armonioso conjunto de disposiciones. Empero, como cualquier obra humana, adolece

1. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en general – Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, tomo III, tercera reimpresión de la segunda edición actualizada, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2011, págs., 667 y 668.

de defectos. De manera que, atendiendo a las circunstancias, es susceptible de perfeccionarse; de allí que sea inevitable admitir que corresponderá modificarlo en su momento, atendiendo a los nuevos desarrollos. Nada permanece, todo cambia. En ese escenario, el renombrado maestro invoca que las eventuales modificaciones no sólo tengan vocación de permanencia, sino que consideren que se incorporarán a un cuerpo o unidad legislativa. Por lo que, antes de postularse de manera aislada, tengan presente el aspecto sistemático, para que la obra de otra generación mantenga unidad y coherencia.

Atendiendo a su innegable calidad y a la posibilidad de interpretarlo en función a los nuevos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, lo cual sería más conveniente que pretender periódicamente introducir modificaciones aisladas, y tratándose además de la norma más importante en el ámbito del derecho privado, espero sinceramente que pueda celebrarse, al menos, su centenario. Lo cual no significa, desde luego, que el actual código no sea susceptible de mejoras y perfeccionamientos; en la medida que estén nutridos de lo constatado sostenidamente en la realidad antes que por meros caprichos personales o académicos. A modo de referencia, la reforma del Código Civil francés no ha sido, hace escasos años, una reforma de gabinete. Dado que lo que se hizo en gran medida fue trasladar al texto legislativo; lo que ya había sido objeto de debate e, inclusive, de consenso en muchos casos, en la jurisprudencia durante muchos años. Si se pretende una modificación normativa que trascienda, la misma no debería obedecer al solo acuerdo de cinco o diez personas, sino al sentimiento social. Debido a que, en caso contrario, se le podría condenar al fracaso, pues los operadores de la ley seguirán con representaciones que no corresponderían a lo que se pretendiese innovar. La realidad, máxime en un país con tantos contrastes como el nuestro, es el *input* para la ley; con mayor razón, para aquella que busca regular la vida diaria de los sujetos de derecho.

Luego de varios años, y atendiendo a una amable invitación recibida de sus editores, tengo la oportunidad de escribir nuevamente para *ADVOCATUS*; una reconocida revista jurídica que emana del esfuerzo de sus miembros, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, entrañable casa de estudios. Espero vivamente que este trabajo sea de utilidad para quienes están interesados en el estudio del Derecho de Contratos, confiando además en su generosa tolerancia de advertir algún error o deficiencia, que contiene seguramente.

Por último, pero no por ello menos importante, después de casi treinta años de ejercicio docente en la Universidad de Lima, confío en haber honrado las generosas palabras que el profesor Augusto Ferrero, el *doctor Augusto*, a quien tuve oportunidad de asistir en el trabajo profesional y apreciar diariamente su inteligencia, rigurosidad, sensibilidad artística y manejo de una elegante ironía, tuviera a bien dedicarme y que están contenidas en una dedicatoria manuscrita en su libro *Tratado de Derecho Civil*, tomo V – Derecho de Sucesiones, volumen I, en agosto de 1995, meses antes que con hondo sentimiento dejase el entonces Estudio Ferrero Abogados para proseguir mi carrera en una entidad financiera. Esas palabras han sido un reto permanente. Hoy día, al margen de coincidencias o discrepancias que pasan a un segundo plano, no puede negarse la gran talla humana, académica y profesional del maestro Ferrero Costa.

## II. PRESUPUESTOS GENERALES

Todo contrato es un acuerdo de voluntades, pero no corresponde a cualquier acuerdo. Las declaraciones de voluntad coincidentes deben poseer contenido patrimonial, y de manera específica, deben ser de naturaleza obligacional, conforme lo sanciona expresa y puntualmente el Código Civil de 1984 en materia de objeto contractual<sup>2</sup>. Es la norma nacional que regula al objeto contractual la que es, por ejemplo, piedra fundamental para una adecuada presenta-

2. Artículo 1402 y siguientes del Código Civil de 1984. Conforme a ello, no es casual que la regulación de contratos, tanto parte general como parte especial, conste en el Libro VII del Código Civil: Fuentes de las Obligaciones.

ción del tema sobre el sistema de transferencia convencional de propiedad. Más allá que recaiga sobre bienes muebles o inmuebles, siendo que el contrato por definición no transfiere propiedad alguna, sino que por ser medio de cooperación, sólo compromete a transferir, de manera que se pueda adquirir en su momento una titularidad de carácter autosuficiente. Esto es, un verdadero poder por su oponibilidad absoluta, antes que un mero derecho, ya que este último se asocia a la relatividad contractual, siendo de eficacia restringida. Una propiedad con eficacia limitada, *inter partes*, no es simplemente propiedad, no excluye. Detrás de la noción legislativa de objeto contractual, no sólo hay razones históricas y académicas sino también prácticas<sup>3</sup>.

Como es conocido, los contratos pueden categorizarse de distintas maneras, en razón de las características que se pretenden destacar con relación a otras, todo ello para una mejor comprensión de sus alcances. Por ejemplo, los contratos pueden ser onerosos o gratuitos, de tracto único o de tracto sucesivo, de ejecución instantánea o de duración, etc. Entre dichas clasificaciones figuran los contratos unilaterales en oposición a los plurilaterales, siendo que estos últimos pueden ser, a su vez, de prestaciones autónomas o de prestaciones recíprocas. Atendiendo a que los contratos son instrumentos para el tráfico económico, la regla es que el acuerdo contractual sea plurilateral y de prestaciones recíprocas, en los que cada parte asume obligaciones interdependientes, siendo la excepción los contratos unilaterales, en los cuales una sola de las partes asume obligaciones; así como también los contratos plurilaterales de prestaciones autónomas, en los cuales al no existir interdependencia funcional, la tutela crediticia está limitada o recortada. Los contratos

de prestaciones recíprocas o sinalagmáticos responden a la filosofía: "*Cumpro porque cumples*", a un elemental y natural tema de equidad, de allí que el crédito esté ampliamente tutelado.

Tratándose de los contratos de prestaciones recíprocas, bien puede afirmarse que la ley regula cuatro remedios específicos a los que puede recurrirse en caso se presenten sendos problemas o patologías. No son los únicos remedios invocables ante la vulneración o afectación del interés crediticio, pero debe admitirse que corresponden a las situaciones más emblemáticas en el contexto sinalagmático: i) ¿Qué ocurre cuando en un contrato sinalagmático de ejecución simultánea, una prestación no es cumplida, pero el respectivo deudor exige, como acreedor, que su contraparte cumpla con la prestación correspondiente? ii) ¿Qué ocurre cuando en un contrato sinalagmático de ejecución sucesiva surge una situación no representada al momento de contratar, y que pudiese afectar la ejecución de la prestación que debe cumplirse en segundo lugar? iii) ¿Qué ocurre con la contraprestación cuando la prestación se torna imposible de ejecutar por causa ajena a las partes? iv) ¿Qué sucede cuando no se ejecuta una de las prestaciones derivadas del contrato? Así, siguiendo dicho enunciado de inquietudes causadas por ciertos inconvenientes, la ley brinda sendos remedios: i) Excepción de contrato no cumplido. ii) Excepción de caducidad de plazo o de término. iii) Resolución por imposibilidad no imputable. iv) Resolución por incumplimiento imputable.

El presente trabajo está referido, con las limitaciones del caso, a los dos primeros remedios enunciados; cuya aplicación no genera ineficacia funcional definitiva, sino temporal, atendiendo a las circunstancias, correspondiendo a medios de autotutela<sup>4</sup> al no requerir constitutivamente de

3. Nos remitimos a lo extensamente desarrollado en anterior trabajo. ORTEGA PIANA, Marco Antonio. Objeto contractual y transferencia de propiedad. En: Forseti - Revista de Derecho, publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, setiembre 2014, Nro. 2, págs. 10 a 46. <http://www.forseti.pe/revista/2014-numero-2>, y en: Estudios críticos sobre el Código Civil – Análisis crítico y actual sobre sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica, obra colectiva, Gaceta Jurídica S.A., Lima, octubre 2014, págs. 423 a 471.

4. En palabras de reconocida doctrina, la ley permite a cada contratante la posibilidad de defenderse por sí mismo

(Continúa en la siguiente página)

intervención jurisdiccional, aunque dicha intervención no pueda descartarse, de ser el caso.

## II. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Esta figura no es una novedad legislativa, siendo que ya se encontraba regulada en el artículo 1342 del Código Civil de 1936 en los términos siguientes: *“En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no ha cumplido, u ofreciese cumplirlo”*.

No hay duda que la regulación actual, contenida en el artículo 1426 del Código Civil, ha ganado en precisión: *“En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice el cumplimiento”*. Este texto corresponde prácticamente al anteproyecto de autoría del profesor Max Arias-Schreiber Pezet, el mismo que en el largo proceso de elaboración del Código Civil<sup>5</sup> sufrirá algunos cambios. Aunque los mismos finalmente no prosperaron por no ser necesarios, considerando que, en muchos ca-

sos la ley no tiene que enunciar expresamente un remedio, siendo suficiente que el operador jurídico posea criterio interpretativo y capacidad para formular concordancias.

### 1. Denominación adecuada y relación con las nociones de demora y mora

Un primer comentario por realizar sobre esta figura recae sobre su denominación, respecto de la cual pareciera no existir coincidencia: ¿Excepción de contrato no cumplido o excepción de incumplimiento? En varios textos de la literatura jurídica se emplean de manera indistinta. El asunto no es de naturaleza secundaria, sino de suma relevancia por los conceptos que están comprometidos. Debido a que, estos últimos permiten una adecuada representación de las consecuencias legales que se desprenden de la figura en cuestión.

Para intentar responder la pregunta precedente debe recurrirse al Derecho de Obligaciones. El incumplimiento obligacional significaría, en general o de manera lata que, siendo posible de ejecutarse la respectiva prestación por el deu-

---

(autotutela) contra acontecimientos generados luego de la celebración del contrato que lo perjudiquen. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, tomo II, traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pág. 431.

5. El Código Civil de 1984 se gestó prácticamente durante veinte años y en dos etapas muy diferenciadas. La primera etapa corresponde a los trabajos de la denominada “Comisión Reformadora”, creada mediante Decreto Supremo Nro. 95 del 1 de marzo de 1965 expedido durante el primer gobierno constitucional del presidente Fernando Belaúnde. A los miembros de dicha comisión se les encargó el estudio y revisión del Código Civil de 1936. Entre sus miembros más renombrados tenemos, en un primer momento, a Carlos Fernández Sessarego, José León Barandiarán, Rómulo Lanatta Güilhem, Héctor Cornejo Chávez y Max Arias-Schreiber Pezet (este último ponente de la propuesta de Contratos), siendo que de manera posterior se integran Felipe Osterling Parodi, Jorge Avendaño Valdez, Lucrecia Maisch Von Humboldt, Manuel de la Puente y Lavalle y Fernando de Trazegnies Granda, entre otros juristas. Si bien el encargo inicial fue proponer las modificaciones necesarias al Código Civil de 1936, sus miembros optaron finalmente por elaborar y proponer un texto sustitutorio, un nuevo código civil. Los trabajos de esta comisión se extenderán hasta 1981, cuando se presenta al Poder Ejecutivo (segundo gobierno constitucional del presidente Fernando Belaúnde) el respectivo proyecto (1981). La segunda y final etapa corresponde a los trabajos de la denominada “Comisión Revisora”, creada por Ley Nro. 23403, promulgada en mayo de 1982, cuyo objeto era revisar el denominado primer proyecto o proyecto elaborado por la “Comisión Reformadora”. Entre sus miembros más destacados figuraban Javier Alva Orlandini, Roberto Ramírez del Villar, César Fernández Arce y Jack Bigio Chrem. Su competencia fue complementada mediante Ley Nro. 23756, promulgada en diciembre de 1983. Los trabajos de esta comisión se extenderán hasta julio de 1984, cuando se presenta al Poder Ejecutivo el respectivo proyecto (llamado segundo proyecto, elaborado sobre la base del primer proyecto), el mismo que fue finalmente promulgado como ley de la república, Decreto Legislativo Nro. 295, el 24 de julio de 1984. Esta segunda comisión es, además, la que redactó los textos pertinentes de la denominada Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, publicados en el diario oficial El Peruano.

dor comprometido, ello no ocurre finalmente, agravándose al acreedor. El tema por evaluar será determinar: ¿qué se entiende jurídicamente por incumplimiento? La sola circunstancia por la que el deudor no ejecuta la prestación a su cargo, ¿implica incumplimiento?

Siendo que en el marco de una relación obligacional, la prestación debida está orientada a satisfacer al acreedor, mediante su cumplimiento o pago, el incumplimiento demanda —como fundamento fáctico— que la conducta del deudor haya generado una efectiva situación de agravio al interés del acreedor; resultando así legítimo que este último reaccione y opte por el mecanismo de tutela que estime más adecuado. Ahí adquieren protagonismo las reglas contenidas en los artículos 1219<sup>6</sup> y 1428<sup>7</sup> —primer párrafo— del Código Civil. De acuerdo al primero de dichos dispositivos, frente al incumplimiento, el acreedor puede escoger —atendiendo obviamente a las circunstancias y a la naturaleza misma de la prestación— la ejecución forzosa, la ejecución por tercero a cargo del deudor, la acción subrogatoria, etcétera. Dichas alternativas corresponden a un auténtico y amplio “concurso electivo”. Conforme al segundo de los señalados artículos, en un contrato sinalagmático —como regla general, aunque siempre hay alguna excepción—, el acreedor afectado por el incumplimiento puede man-

tener el vínculo y exigir que se cumpla con lo debido; o puede resolverlo, sin perjuicio de la restitución prestacional y de su reclamación por daños y perjuicios, de ser el caso.

¿Corresponderá que el acreedor invoque alguna de las figuras de tutela crediticia cuando no ha evidenciado o declarado que la ausencia de cumplimiento de su contraparte le causa perjuicio, cuando inclusive tolera esa situación irregular? Aunque en el lenguaje común se admite que falta, ausencia o carencia de cumplimiento es lo mismo que incumplimiento, en el lenguaje jurídico no es así, porque el incumplimiento presupone mora. Por lo tanto, la mora se convierte en la noción determinante para invocar incumplimiento o inexecución prestacional y, de ser el caso, para optar por el extremo remedio legal de la resolución de la relación contractual por dicha causa.

En un trabajo anterior, recurriendo a las pertinentes explicaciones de Alterini, Corna, Angelani y Vásquez<sup>8</sup>, se destacó que no existe necesaria coincidencia entre los lenguajes común, académico y legislativo; algo que a veces parecen olvidar quienes se dedican al quehacer legal. El lenguaje común es el cotidiano, asumiéndose que es comprensible para todos los miembros de una colectividad, más allá de sus respectivos estudios, oficios o profesiones<sup>9</sup>. Por

- 
6. *“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:*
    1. *Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.*
    2. *Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.*
    3. *Obtener del deudor la indemnización correspondiente.*
    4. *Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, a excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva. Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2.”*
  7. *“En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.”*
  8. ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz y Gabriela Alejandra VASQUEZ. *Teoría General de las Ineficacias*, La Ley, Buenos Aires, 2000, págs. 1-7.
  9. Valga como ejemplo el siguiente: Hace poco se ha sido testigo del conflicto generado entre determinado juga-

*(Continúa en la siguiente página)*

otro lado, el lenguaje académico es de mayor precisión; corresponde a quienes dominan determinada ciencia, disciplina o especialización. Siendo que, por su tecnicismo, no es comprensible necesariamente para todos. En particular, el lenguaje legislativo tiene alcances especiales; debería ser comprensible para todos, pero tampoco debe alejarse tanto de la rigurosidad jurídica, cuando corresponda. Un ejemplo que ilustra claramente lo señalado se encuentra en el artículo 1565<sup>10</sup> del Código Civil: ¿puede afirmarse que recibir el bien materia de una compraventa es una obligación del comprador, tal como lo enuncia la norma en cuestión?, ¿el acto de recibir no es reactivo y presupone el de entregar, siendo esto último la obligación fundamental del vendedor, que permitiría inclusive la traslación de la propiedad?, ¿un mismo acto o conducta debida pueden estimarse simultáneamente como una obligación para ambas partes contratantes por igual? Las respuestas a dichas cuestiones demandar tener presente las nociones relativas a las situaciones jurídicas subjetivas<sup>11</sup> que se estructuran en razón del interés comprometido.

En términos sencillos, se está ante una obligación o débito cuando la conducta comprometida está orientada a satisfacer exclusivamente el interés de la contraparte, del acreedor. En cambio, se está ante una carga cuando la conducta

esperada está estructurada en razón del interés propio, esto es, su observancia permite mantener una titularidad a quien está sujeto a dicha carga, o impide que se le genere una afectación. Asimismo, se está ante un deber, ante un deber de colaboración, cuando la conducta esperada interesa a ambas partes contratantes. Atendiendo a ello, el remedio o la consecuencia por la inobservancia de la conducta esperada está precisamente en función al interés afectado. De inejecutarse un débito, el acreedor puede optar por la tutela de su crédito a través de los mecanismos que permiten obtener la ejecución debida, o puede inclinarse hasta el extremo de una resolución contractual. De inobservarse una carga, se pierde la titularidad o la posibilidad de poder mantener un derecho o pretensión por parte de quien estaba precisamente sujeto a la carga. Y de faltarse a un deber de colaboración, sustentado en el principio de buena fe cooperativa, lo que corresponde es colocar en mora al acreedor, porque éste no coopera con el deudor para permitirle que cumpla, frustrando las funciones satisfactiva —orientada al acreedor— y extintiva —orientada al deudor— del pago, pudiéndose reclamar daños. Frente a las actuaciones que no corresponden a una obligación, simplemente no existe posibilidad jurídica de invocar la resolución remedial por incumplimiento<sup>12</sup>, aunque ello no impide generar la resolución bajo otro título

---

dor de fútbol que pretendía *rescindir* el contrato que tenía celebrado con cierto club deportivo de provincia, bajo el argumento que su familia había sido amenazada, por lo que bajo tales circunstancias le era imposible seguir manteniendo el vínculo contractual. No hay duda que bajo el término *rescisión* lo que estaba destacando es que se pretendía dejar sin efecto al contrato debido a una razón generada luego de la celebración del contrato; técnicamente la palabra apropiada sería *resolución*, antes que *rescisión*, pero las diferencias entre ambas nociones derivan de lo jurídico. En el lenguaje común, rescisión y resolución son lo mismo, y ello se verifica en la divulgación de las noticias del caso, y en los comentarios a las que dieron origen.

10. “El comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos. A falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.”
11. BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil, tomo I, volumen 1: Normas, sujetos y relación jurídica, primera edición en español, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pág. 437 a 449. En la misma línea de razonamiento se encuentra DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen II, sexta edición, Editorial Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2007, pág. 89 a 114.
12. BARCHI, Luciano. ¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones. En: Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, pág. 680 y ss.

lo. Como bien expresan Breccia, Bigliazzi Geri, Natoli y Busnelli<sup>13</sup>, la inobservancia de débitos y deberes —de conducta— genera finalmente la posibilidad de reclamar responsabilidad civil frente a la contraparte. En cambio, la inobservancia de cargas no genera responsabilidad civil, atendiendo a que nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo, el daño es causado por el propio titular del interés afectado.

Si bien, tratándose del artículo 1565 del Código Civil, el texto de la ley indica, literalmente, que el comprador está obligado a recibir el bien —siendo que, a su vez, conforme se desprende del artículo 1550 del mismo cuerpo normativo, el vendedor está obligado a entregar—, lo que se estaría finalmente enunciando es que el comprador debe recibir, estándose ante una actividad de colaboración de carácter absolutamente indispensable y que responde al interés de ambas partes. La vendedora, al entregar, cumple con su débito esencial, transfiere riesgos y genera la traslación misma, colocándose en aptitud de reclamar el precio. Dado que la ley presume que la ejecución prestacional de la compraventa es a la par, “mano a mano”, y para la compradora, al recibir el bien adquirido está en la posibilidad real de usarlo, configurándose inclusive como un activo patrimonial. El comprador está “obligado” a recibir, en los lenguajes común y legislativo, más no en el jurídico. Los efectos legales que se desprenden de la mora creditoria no son los mismos que los derivados de la mora deuditoria.

Atendiendo a los diversos lenguajes asociados al quehacer legal, ¿corresponde denominar a la figura bajo comentario como excepción por incumplimiento?, ¿cómo diferenciar la falta de cumplimiento del incumplimiento?

Cuando la prestación no es ejecutada conforme a lo pactado, por ejemplo, en la oportunidad convenida, siguiendo una tradición *pro debitor* que orienta al Código Civil histórico del Perú<sup>14</sup>, se entiende que el acreedor concede un período o plazo de favor, de gracia o adicional para que el deudor pueda cumplir, *sine die*. No hay duda de que el deudor incurre en demora, retardo, como innegable realidad; más no incurre en mora, en términos jurídicos. Esa graciosa concesión de mayor plazo puede darse de manera expresa o tácita.

El retardo o falta de cumplimiento oportuno de lo debido es sin duda una falta al acuerdo negocial que es vinculante, pero es una infracción tolerada, siendo innegablemente el sustento material para una ulterior mora, de ser el caso, configurándose recién con esta última la afectación al crédito. Conforme a ello, calificada doctrina<sup>15</sup> enuncia:

*“La mora es un concepto jurídico, que presupone el retardo, pero que puede incluir o no el requisito del requerimiento o intimación de parte del acreedor. El retardo es la primera manifestación del incumplimiento en las obligaciones positivas; es una species del incumplimiento, que eventualmente será apenas transitorio, o se muestra desde un principio como incumplimiento definitivo, o puede desembocar luego en él.”*

El deudor sólo estará en falta jurídica desde la oportunidad en que se encuentre en mora, poniendo fin a su eventual estado de demora o a la tolerancia creditoria a la cual se acogió, lo cual coincide frecuentemente cuando el acreedor reclama o compele al cumplimiento. A ello, corresponde la regla *dies non interpellat pro*

13. BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Op. cit., pág. 447 a 449

14. Entendemos por tal a las reglas y principios civiles que han sido recogidos en los Códigos Civiles de 1852 (Echenique), 1936 (Benavides) y 1984 (Belaúnde), más allá de palabras más o palabras menos, lo cual a su vez corresponde en gran medida a la influencia inmediata o mediata del Código Napoleón.

15. HINOSTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes, tercera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 606.

*homine*, o de mora *ex personae*. La excepción corresponde a los supuestos de mora automática, *dies interpellat pro homine*, o de mora *ex re*, en los que no se requiere de una actuación del acreedor, por haberse generado objetivamente una situación que coloca *ipso facto* al deudor en falta jurídica.

La singular importancia de la mora es que permite identificar al deudor como parte infiel, legitimando al acreedor —entendido como parte fiel— para que, ante la afectación de su interés, pueda reaccionar y recurrir a los remedios legales que estime aplicar, entre ellos, resolver.

¿Sin mora no hay incumplimiento? No es una posición uniforme y pacífica, máxime cuando la mora demanda de imputabilidad, de causa atribuible al deudor. Estándose ante la generación de un concurso electivo en cabeza del acreedor, como contratante fiel, le corresponderá a él —sólo a él— y a nadie más que él, decidir qué hacer ante la situación de mora generada, porque ya no es algo tolerado. De no haber imputación jurídica relativa a la calificación de la conducta debitoria, la misma que debe ser culposa en sentido amplio, sería suficiente el solo hecho de no ejecutar lo debido para que se asumiera el incumplimiento, pero eso podría derivar en una confusión con la imposibilidad —total y definitiva—, donde el acreedor carece de un concurso electivo, no decide.

*“(..), parte de la doctrina extranjera, principalmente la italiana y la francesa, considera que la resolución por incumplimiento opera tanto si el incumplimiento es imputable al deudor como si obedece a imposibilidad sobreviniente de la prestación.*

*En nuestro ordenamiento jurídico, tal posición es inadmisibles por estar especialmente previsto en los artículos 1431 y 1432 del Código civil que la imposibilidad de la prestación da lugar a la resolución del contrato de pleno derecho (...) quiéralo o no el contratante fiel”<sup>16</sup>.*

En nuestro Derecho Civil, el incumplimiento *strictu sensu* presupone mora que, a su vez, debe obedecer o explicarse por causa imputable al deudor. Otro tema será qué tan exigente o riguroso se puede ser para calificar a una determinada situación como de causa no imputable, o por mediar ausencia de culpa.

A manera de resumen, el incumplimiento, como específica anomalía presupone mora: sin mora no hay incumplimiento. Con tal afirmación, no se está ingresando a calificar si la orientación legislativa nacional sobre la materia es adecuada o no; como bien afirma Hinestrosa<sup>17</sup>, podría asumirse que la mora *ex re* “*agiliza y facilita el desarrollo de las relaciones crediticias y le imprime más precisión y seguridad al fenómeno mismo del incumplimiento por retardo.*”. Empero, la ley nacional ha seguido al modelo francés clásico de distinguir entre el hecho —retardo— y la posible consecuencia o estado jurídico —mora—.

Puede concluirse, entonces, que la denominación de la figura bajo estudio debería ser excepción por falta de cumplimiento o por contrato no cumplido —*exceptio non adimpleti contractus*, tomando la célebre expresión latina— antes que excepción por incumplimiento, porque en rigor, no hay propiamente incumplimiento al no haber mora.

En cualquier caso, lo significativo será tener presente las nociones enunciadas, máxime cuando en la actualidad se advierte de cierta tolerancia con el empleo laxo de las palabras, lo cual dista mucho de la rigurosidad que corresponde académicamente.

## 2. Requisitos configurativos

No hay mayor discusión que esta excepción presupone un contrato sinalagmático de ejecución simultánea o a la par, siendo que la parte que no ha cumplido, pese a ello, requiere —indebidamente— el cumplimiento de la contraprestación.

16. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., tomo II, pág. 387.

17. HINESTROSA, Fernando. Op. cit. pág. 607.

La ejecución simultánea es un tema netamente cronológico. Simultaneidad significa contemporaneidad, que algo se hace o sucede al mismo tiempo que otra. Implica que en un mismo momento deben ejecutarse tanto la prestación como la contraprestación del respectivo negocio sinalagmático; no se trata por consiguiente de una ejecución sucesiva o bajo un orden, sucesión o secuencia.

Este supuesto de ejecución simultánea corresponde a la regla general de ejecución contractual, contemplada supletoriamente por la ley. Y es que las partes que se proponen contratar poseen una natural desconfianza respecto de la respectiva contraparte, de manera que no pretende asumir mayores riesgos, lo que en materia económica se denomina “aversión al riesgo”. De no ser así, si la ejecución fuese sucesiva, correspondería haberse convenido un régimen de garantías que proteja diligentemente al interés de aquella parte que cumple en primer lugar y queda en espera que sea exigible la contraprestación que está en segundo lugar, con la correlativa posibilidad que esa confianza sea afectada porque la contraparte no cumple finalmente. Pero las garantías, máxime si provienen de terceros o son de carácter específico, representan un costo, y están sujetas a sus propios riesgos —al menos el de insolvencia, tratándose de las personales, y el de pericimimiento o deterioro, tratándose de las reales—, siendo que ello puede disuadir a contratar o encarecer la respectiva celebración. Una contratación de ejecución sucesiva y desprovista de garantías específicas, evidenciaría una superlativa confianza. Por ello, la regla legal supletoria, en razón del principio obligacional de inmediatez del pago, establece que la ejecución es a la par. Esto es, en un mismo momento, lo que en términos comunes se denomina pago contra entrega. Como ello es lo que las partes hubiesen seguramente convenido de manera expresa, por la natural aversión al riesgo, dicha regla de ejecución simultánea es la que se presume; la asunción de mayores riesgos demanda de acuerdo expreso.

Por consiguiente, de no existir simultaneidad prestacional no es posible invocar la excepción

de contrato no cumplido. En dicho caso, sea porque inejecuta la parte que debe hacerlo en primer lugar, sea porque no cumple la que se encuentra en segundo lugar, o se pone bajo duda razonable que cumplirá, el remedio legal será distinto, pero no lo será definitivamente la *exceptio non adimpleti contractus*.

Ahora bien, se deja constancia que la necesidad de simultaneidad prestacional no significa postular que se trate necesariamente de una originaria o acordada con ocasión de contratar, ya que nada impide que la contemporaneidad pueda ser sobreviniente. Así, por ejemplo, si se pactó que A debe cumplir en febrero y C debe hacer lo propio en abril, si bien no existe en ese momento un programa de ejecución simultánea sino sucesiva, podría darse el caso que A no cumpla en la oportunidad pactada y ello no derive en reacción alguna de B, quien tolera la falta de ejecución —plazo de gracia—. En dicho escenario, estando ya en el mes de abril, ambas prestaciones ya son simultáneamente exigibles, por lo que si A emplaza a B, o B requiere el pago de A; en cualquiera de dichas situaciones, la parte requerida podrá invocar la excepción de contrato no cumplido para rechazar el respectivo requerimiento, extendiéndose el plazo de gracia por igual para las dos prestaciones comprometidas.

Durante el proceso de elaboración del Código Civil, el proyecto elaborado por la denominada Comisión Reformadora de 1981 incluyó en el anteproyecto redactado por Arias-Schreiber un segundo párrafo de acuerdo a lo siguiente: “Igual derecho corresponde a la parte que deba cumplir en segundo lugar, tratándose de contratos de prestaciones recíprocas que no deban cumplirse simultáneamente”. La denominada Comisión Revisora mantuvo dicho texto en su proyecto de 1984, pero el mismo quedó finalmente descartado, de allí que el actual artículo 1426 del Código Civil carece de dicha previsión. Se trataba de una regulación adicional absolutamente innecesaria. Según hemos indicado en el ejemplo anteriormente propuesto, si A —primero que debe cumplir— no ejecuta lo debido en su oportunidad, o habiendo cumplido inclusive, no puede exigir a B —segundo que debe

cumplir— que ejecute la prestación a su cargo. No se trata que esta última parte planteé la excepción bajo comentario para neutralizar dicha exigencia, ya que su débito es simplemente inexigible por gozar del beneficio de ejecución diferida. Ahora bien, si A no cumple, a B le asiste ciertamente el derecho a requerir el pago y colocarlo en mora, dado que el respectivo débito es exigible y debe ser honrado, al margen que B goce del beneficio de cumplimiento diferido. Pero en caso que A no cumpla y no se le hubiese generado un estado de mora, con la consiguiente tolerancia de B, si se llegase a la oportunidad en que ya resulta exigible el débito de B, es manifiesto —y no se requiere que el Código Civil así lo sancione— que si A exigiese que se haga efectivo dicho débito, pero sin haber cumplido el propio, B podría invocar la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que a la respectiva fecha las dos prestaciones se encuentran a la par.

En la parte final del presente trabajo se retomará este tema.

La excepción bajo comentario no sólo demanda de un contrato sinalagmático y de ejecución simultánea sino de una actuación ilegítima. Debido a que, una de las partes contratantes, a pesar de no haber cumplido con la prestación a su cargo —que ya sería exigible—, requiere el cumplimiento de su contraparte —que también es exigible—.

Ese requerimiento denota una clara transgresión del programa contractual, porque no habiéndose cumplido con el débito propio ya exigible, el respectivo deudor exige a su contraparte que cumpla con el señalado programa; esto es, que cumpla con la contraprestación pese a no haber cumplido con la prestación a su cargo. De hecho, se está ante una agresión injustificada—jurídica, no física— porque sin haberse honrado la palabra empeñada en el contrato se pretende que la contraparte sí hon-

re la propia. Es como pretender que la obligatoriedad contractual comprometa a una parte, y no a la otra. Frente a dicha actuación ilegítima, por elemental equidad, la ley reconoce la posibilidad de hacer uso de una figura de autotutela equivalente a la legítima defensa<sup>18</sup>: la *exceptio non adimpleti contractus*, como excepción de derecho sustancial<sup>19</sup>, y no procesal.

Si se asume que lo pactado vincula a las partes según lo declarado, bien puede apreciarse que la parte que requiere —irregularmente— la ejecución que le es debida, pero sin cumplir con su propio débito prestacional, viola gravemente el principio de obligatoriedad y, además, el de alteridad o de respeto a la esfera jurídica ajena. Media una falta ética por desconocer la palabra empeñada y una falta jurídica por la violación del autorreglamento de intereses.

Por ello, la ley autoriza, siguiendo al más elemental sentido común, que la parte requerida pueda optar por rechazar directamente —autotutela— la ilegítima exigencia de pago, invocando la defensa bajo comentario, sustentada en la filosofía sinalagmática: *cumplo porque cumples*, o dicho de otro modo, *si no cumples, tampoco cumplo*.

No obstante, siendo un mecanismo de protección, un beneficio, nada impide que no se ejerza o, inclusive, que se acuerde no ejercerlo. Ello sería un pacto de naturaleza patrimonial perfectamente válido y exigible en el contexto de la contratación paritaria, en la que ambas partes despliegan su libertad contractual o de configuración en un mismo plano; siendo más bien un pacto de valor o eficacia cuestionable en el contexto de la contratación masiva, cuando es impuesto por la parte fuerte o predisponente en su propio beneficio. Esta última situación está expresamente regulada en el artículo 1398 del Código Civil, así como en el artículo 50, inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley 29571,

18. HINOSTROSA, Fernando. Op. cit., pág. 614.

19. MESSINEO, Francesco. Op. cit., pág. 433.

bajo el régimen de las denominadas cláusulas abusivas. En cualquier caso, aunque no haya mediado acuerdo sobre la materia, puede renunciarse expresa o tácitamente al ejercicio del respectivo beneficio, esto último a no oponerlo, o al atender el requerimiento.

Por último, aunque pueda resultar manifiesto, y estándose a la filosofía sinalagmática: *cumplo porque cumples*, no interesa si la falta de cumplimiento por la parte requiriente o excepcionada obedece a causa imputable o no, porque el hecho objetivo es que no ha cumplido. Ello deslegitima al requerimiento practicado, por lo que la causa puede ser tanto imputable como no imputable, siempre y cuando se mantenga la posibilidad de cumplimiento.

De no ser así, de postularse que la excepción sólo procede cuando la parte requiriente no ejecuta el débito a su cargo por causa imputable —que se presume, conforme al artículo 1329 del Código Civil—, reconociéndose que el requerimiento tendría valor de mediar causa no imputable, estaría desprotegiéndose a la parte requerida, impidiéndole que pueda articular la excepción. Ello significaría que estaría asumiendo un riesgo no deseado, el cual no impactaría finalmente en la esfera jurídica del deudor afectado, mas sí en la del acreedor. La asunción de semejante riesgo, demanda de declaración expresa.

Sobre el particular, resulta interesante la explicación que proporciona Roppo<sup>20</sup>:

*“Hay que preguntarnos si, para ser justificante, el incumplimiento de la contraparte debe serle imputable. El debate es análogo a aquel sobre la imputabilidad como presupuesto de la resolución. Sin embargo, con una diferencia, que tiene alcance más general y puede tener relevancia también para otras cuestiones: en vista de un remedio ligero como es la excepción, que se limita a suspender la obligación, sería razonable pretender requi-*

*sitos menos apremiantes de aquellos establecidos para un remedio más pesadamente destructivo, como es la resolución.”*

### 3. Naturaleza jurídica y ejercicio

Corresponde comentar sobre la naturaleza jurídica de la excepción de contrato no cumplido, por cuyo mérito la obligación de una de las partes puede ser diferida en su exigibilidad hasta que la obligación a cargo de la otra parte, que debe ejecutarse a la par, sea cumplida finalmente.

Como todo beneficio debe considerarse que es de ejercicio discrecional; pero no es menos cierto que, una vez ejercido, se afecta inevitablemente a la parte que requirió indebidamente el pago. Conforme a ello, no se está ante una carga en el sentido que, de no ejercerse, se genera un perjuicio para el deudor indebidamente requerido al cumplimiento, dado que resulta jurídicamente imposible que sea constituido en mora, menos que soporte otra consecuencia más grave. El hecho que no se oponga la excepción no legitima la inconducta de la contraparte.

Bien puede afirmarse que la naturaleza jurídica de la *exceptio non adimpleti contractus* es la de un derecho potestativo, siendo que su ejercicio —discrecional— coloca en estado de sometimiento a la contraparte que formuló indebidamente el requerimiento de pago; la que deberá soportar la inevitable suspensión de la exigibilidad de las prestaciones al asumirse la recíproca concesión de un plazo de gracia. De acuerdo con ello, la excepción bajo comentario corresponde a un mecanismo de autotutela, de allí que por su invocación se neutraliza jurídicamente el irregular requerimiento de cumplimiento.

Atendiendo a lo anterior, el ilegítimo requerimiento de cumplimiento por la parte que no cumple no permite generar un estado de mora en la parte compelida, dado que el acuerdo ne-

20. ROPPO, Vincenzo. El contrato, primera edición peruana, traducción de Nélvor Carreteros Torres, a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pág. 902.

gocial no sólo es sinalagmático sino de ejecución a la par, ergo, resultaría arbitrario que quien no cumple el contrato pueda colocar en falta a su contraparte, cuando ambas partes están bajo un mismo régimen de exigibilidad: *cumplo porque cumples*. A mayor abundamiento, se cuenta con una norma que regula expresamente este tema, el artículo 1335 del Código Civil<sup>21</sup>.

Si bien esta disposición sólo refiere a las obligaciones recíprocas —entiéndase a las provenientes de los contratos sinalagmáticos—, sin diferenciar sobre si son de ejecución simultánea o sucesiva, no debería haber mayor complicación en admitir que tratándose del caso de la simultaneidad no es posible colocar en mora a la contraparte si es que no se cumple previamente, o se garantiza dicho cumplimiento a satisfacción del respectivo acreedor. Es lo que corresponde de la manera más elemental como consecuencia de la ejecución sinalagmática simultánea, y cuyo fundamento descansa en una conducta proba que no afecte la alteridad, ni quiebre la equidad negocial. Cosa distinta ocurre en el caso de la ejecución sucesiva, ya que el deudor que debe ejecutar su prestación en primer lugar, atendiendo a que la segunda prestación está diferida en el tiempo, bien puede ser colocado en mora, resultando absurdo que la ley exigiese que, para ello, el deudor que no ha violentado el programa contractual deba renunciar al beneficio de ejecución diferida.

Más adelante, se tratará sobre este texto legislativo y el sentido de lo que sería su recta interpretación, mereciéndose destacar que las normas legales presuponen cierto supuesto o una determinada situación; de allí la especial relevancia de los métodos de interpretación para trascender de lo meramente textual.

Ahora bien, dado que la excepción de contrato no cumplido es de ejercicio discrecional, el deudor que recibe el indebido requerimiento de cumplimiento puede optar entre invocar este mecanismo de defensa —rechazando el reque-

rimiento—, o puede acatarlo y pagar. Esta última acción denota una renuncia implícita a la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus*. En doctrina, la situación generada por la renuncia a articular la excepción y generación del pago exigido se conoce como *solve et repete*, porque el deudor —pese a ser ilegítimamente requerido— paga. Siendo que, a partir de ese momento, se convierte en parte fiel en sentido positivo, encontrándose en la posibilidad de exigir legítimamente su contraprestación y, por ende, de colocar en mora a su contraparte y, de ser el caso, resolver el respectivo acuerdo contractual. Se estaría precisamente en la situación que autoriza el artículo 1335 del Código Civil.

Si bien no resulta controvertido que la excepción de contrato no cumplido pueda ser opuesta o invocada tanto extrajurisdiccional como jurisdiccionalmente, debería tenerse en cuenta al menos un par de aspectos relativos a dicho ejercicio.

Primero, su invocación debe ser reactiva, esto es, que habiéndose recibido el indebido requerimiento de pago de quien no ha cumplido con la prestación a su cargo, se responde invocando la tutela derivada de este beneficio, colocando en sujeción a la parte requirente. ¿Podría asumirse que su invocación sea proactiva y no reactiva? No, por una simple razón; por tratarse de una defensa, debe haberse configurado la respectiva agresión, evidenciada en el requerimiento ilegítimo de pago que violenta la naturaleza sinalagmática y vinculante del contrato. Además, debe estarse ante una conducta cierta y no meramente hipotética. No debe olvidarse que, vencida la oportunidad para la ejecución de lo debido, a falta de cumplimiento y de la posibilidad de colocar en mora a la parte que no hubiese observado el cumplimiento, se genera de hecho la concesión mutua de un plazo de gracia, segundo a segundo, para que se cumpla con lo debido. Conforme a ello, si la contraparte no realiza declaración alguna relativa al vencimiento del plazo y a la exigibilidad

21. “En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá.”

de lo adeudado, lo que está generando tácitamente es la ampliación del plazo para el mutuo cumplimiento, de naturaleza *ex gratia*. Ante ello, no corresponde invocar defensa alguna, porque no hay requerimiento, no hay agresión.

En consecuencia, la autotutela bajo comentario sólo corresponde ejercerse en vía de excepción o defensa, siendo que el ámbito extrajudicial es el natural; sin embargo, nada impide que se oponga de manera jurisdiccional, con mayor razón si el ilegítimo requerimiento de pago hubiese sido practicado jurisdiccionalmente.

Y segundo, sobre la base que sea invocada reactivamente la correspondiente excepción, ¿asume el excepcionante la respectiva carga probatoria? y, de ser ese el caso, ¿qué es lo que tendría que probarse? Debe tenerse presente que la regla general radica en que el demandante —el solicitante, el actor que invoca tutela y expone hechos— debe probarlos; caso contrario, corresponderá desestimar su pretensión. Aunque el ámbito natural para invocar la excepción de contrato no cumplido es el extrajudicial, esto es, de manera directa e inmediata por tratarse de una autotutela, pueda darse la situación que la parte que indebidamente requiere el cumplimiento ignore la excepción y pretenda proseguir con la respectiva exigencia en sede jurisdiccional, por más que la misma sea ilegítima. En ese escenario, corresponderá articular u oponer la correspondiente defensa en dicha sede jurisdiccional —judicial o arbitral, según sea el caso—, con la posibilidad inclusive de solicitar la concesión de una medida cautelar que permita mantener el *status quo*, en la medida que se cumplan las correspondientes exigencias procesales. Pues, de lo contrario, el acreedor que actúa ilegítimamente podría con-

tinuar con su indebido requerimiento, con graves consecuencias.

De ejercerse la *exceptio non adimpleti contractus* en sede jurisdiccional, no puede dejar de considerarse lo prescrito en los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil; conforme a los cuales, quien invoca hechos debe probarlos, siendo que, de no satisfacerse dicha carga probatoria, la demanda será infundada.

Al respecto, resulta pertinente tener presente que dicha exigencia probatoria presupone un hecho positivo, y no uno negativo<sup>22</sup>, de manera que, en el caso concreto, la excepción se fundamenta en que la parte emplazante no ha cumplido con la prestación a su cargo, pese a lo cual de manera indebida exige la contraprestación. Siendo así las cosas, la parte requerida no asume la carga probatoria de probar el hecho negativo en que se sustenta su rechazo al requerimiento —la falta de pago de la prestación—, siendo suficiente que refiera y acredite el vínculo contractual sinalagmático a la par y el haber recibido el indebido requerimiento de pago. Siendo más bien que, para contradecir la excepción, la parte requiriente, o excepcionada, deberá demostrar que la excepción que se le opone no es en rigor defensa alguna sino una articulación para evitar pagar lo que sí sería exigible, esto último porque ya habría cumplido con la prestación a su cargo —siendo que este hecho positivo deberá demostrarse—. De manera que su exigencia de cumplimiento sí resultaría legítima, generando el efecto de colocar en mora al respectivo deudor, al que sería ilegítimo excepcionante, debiéndose desestimar la respectiva excepción. De no ser así, si la parte excepcionada no puede demostrar que ya cumplió con la prestación a su cargo, la excepción debe ser amparada.

22. El llamado principio de utilidad de la prueba destaca la relevancia de la misma para fines de resolver el contencioso tratándose de los hechos invocados; empero, debe considerarse que hay hechos que no corresponden ser objeto de prueba, como es el caso de: (i) los hechos admitidos, esto es, que no han sido objeto de contradicción, (ii) los hechos notorios o de conocimiento público, (iii) los hechos que corresponden a las presunciones legales y, por último, (iv) los hechos negativos, porque sólo se prueba lo acaecido, no lo que no se produjo. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. La Actividad Probatoria en el Arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba. En: *Advocatus*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Nro. 26, Lima, 2012, págs., 206 y 207.

Bozzo<sup>23</sup> refiere, con relación a la carga probatoria relativa a esta excepción, que una cosa es probar el hecho constitutivo, que corresponde al positivo, asociándolo a la acreditación de la relación jurídica que se hace valer —en nuestro caso, el contrato y sus términos y condiciones sobre la simultaneidad de ejecución prestacional—, lo cual se encuentra bajo la competencia de la parte actora; y otra es probar el hecho impeditivo, que corresponde al negativo, asociándolo a la acreditación de aquello que no permite el desarrollo normal del hecho constitutivo, siendo que este hecho impeditivo corresponde al hecho negativo bajo la competencia del emplazado —quien, en nuestro caso, deberá evidenciar que no se ha generado falta de cumplimiento de su parte, sino por el contrario, que habiendo pagado, es legítimo que se pueda exigir el cumplimiento de la contraprestación—.

Ejercido el derecho potestativo, la parte requiriente o excepcionada, que actuó ilegítimamente, quedará sometida a la excepción directamente invocada, en la medida que —evidentemente— se cumplan los requisitos configurativos correspondientes. Dicha verificación, inclusive, se puede realizar en sede jurisdiccional si hubiese un cuestionamiento a ellos, si la parte requiriente plantease indebidamente en sede jurisdiccional la exigencia de cumplimiento, o si habiéndolo hecho extrajurisdiccionalmente, ignorase la excepción que le es opuesta y pretendiese proseguir con las acciones de cobranza que estime pertinentes, actuando como si la parte requerida estuviese en mora.

#### 4. Vigencia

Opuesta la excepción, ¿hasta cuándo se mantiene la correspondiente tutela legal? Resulta manifiesto que este medio de defensa carece de un plazo máximo de vigencia, porque al derivar de hecho en la generación de un mutuo

plazo de gracia para el cumplimiento —a la par— de lo debido, la oportunidad para la respectiva ejecución se trasladará en el tiempo sin mayor límite, literalmente, *sine die*.

Y para ello debe destacarse que la excepción bajo comentario deriva, por el solo mérito de su invocación, en una suspensión temporal de la ejecutabilidad de las prestaciones comprometidas, lo cual implica la concesión de un mayor plazo para la ejecución, salvo que, en cualquier momento, una de las partes renuncie al plazo de gracia que lo beneficia y cumpla con la prestación a su cargo —siéndole aplicable el régimen *solve et repete* comentado anteriormente—, o se llegue a un acuerdo para regular de manera distinta lo concerniente a la oportunidad de ejecución prestacional<sup>24</sup>. Como la señalada invocación deriva en una suspensión indeterminada de la exigibilidad prestacional, con la consiguiente imposibilidad de colocar en mora a la parte contraria, se entiende que no corre plazo prescriptorio alguno dado que la exigibilidad está en suspenso. En cualquier caso, debería considerarse que, si las partes hubiesen perdido interés sobreviniente y mutuo en las prestaciones comprometidas, lo que correspondería es que, sincerando el estado de cosas, vía mutuo disenso, pongan término, resuelvan, al respectivo contrato.

Atendiendo a lo señalado, dado que la excepción de contrato no cumplido conlleva una suspensión de la exigibilidad prestacional, genera una ineficacia contractual transitoria, no siendo posible reclamar perjuicios al tratarse de una situación con arreglo a derecho. La eventual posibilidad de reclamar daños quedará subordinada a la acreditación de un ejercicio irregular, carente de buena fe, de este medio de defensa.

Por último, el artículo 1426 del Código Civil dispone que la *exceptio non adimpleti contractus* mantendrá su eficacia suspensiva de la exigibilidad prestacional *sine die*, o hasta que la par-

23. BOZZO HAURI, Sebastián. Excepción de contrato no cumplido. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 205 a 207.

24. BOZZO HAURI, Sebastián. Op. cit., pág. 334.

te a la cual se opone, cumpla con lo debido, lo cual, según ya ha sido señalado, permitirá desencadenar las consecuencias del régimen *solve et repete*, o garantice su ejecución. Tratándose en particular de esto último, bajo la rectoría del principio de buena fe probidad, se sobrentiende que el ofrecimiento debe ser de una garantía adecuada en términos de razonabilidad, de manera que el rechazo al ofrecimiento debería estar debidamente justificado, de no ser así, la excepción perdería valor y efectos. Si bien una garantía no puede ser impuesta unilateralmente, máxime cuando entraña una modificación al programa contractual tal como se acordó y una afectación —por más que sea positiva— a la esfera jurídico patrimonial de la contraparte, lo cierto es que un rechazo injustificado sería abusivo y evidenciaría que la invocación y ejercicio de la excepción no sería acorde con la buena fe, principio rector en materia contractual.

## 5. Modalidades

Si bien la *exceptio non adimpleti contractus* es susceptible de ser opuesta cuando la contraparte requiere indebidamente la satisfacción de su crédito pese a no haber cumplido con la prestación a su cargo, con su débito; empero, atendiendo a que las situaciones de inconducta obligacional no se limitan a ello, corresponde plantear cómo actuar cuando la contraparte ha cumplido defectuosa, tardía o parcialmente.

El denominado cumplimiento defectuoso conlleva a que, en los hechos, el pago realizado carezca de utilidad, al no haberse cumplido plenamente con la identidad de la prestación comprometida, con el compromiso asumido, sea bajo determinadas condiciones o, conforme a lo declarado en el contrato o, en su defecto, a la usanza comercial. En un escenario de ejecución a la par, de advertirse un ofrecimiento de pago defectuoso, el mismo no debería ser aceptado, pudiéndose además invocar la excepción en los términos planteados. Se mantiene, por consiguiente, lo señalado anteriormente sobre la carga probatoria para el ejercicio de la excepción. Empero, si el cumplimiento defectuoso ya hubiese ocurrido y se compele a la ejecución de la contraprestación, la parte

excepcionante asumiría la carga de demostrar que el pretendido cumplimiento no correspondió a lo esperado, que es defectuoso y, conforme a ello, que no procede que sea colocada en estado de mora, siendo procedente la excepción invocada, en lo que corresponda.

El cumplimiento tardío es un concepto que se asocia necesariamente con la mora en la cual debe encontrarse el deudor, porque de lo contrario habría simple demora o retardo, siendo que el pago que se pudiese realizar no será jurídicamente tardío al mediar una ampliación de gracia del plazo para el pago, por más que sí lo sea en sentido temporal. El tema radica en que en un escenario de ejecución simultánea, el artículo 1335 del Código Civil impide que la parte que no hubiese cumplido con su propia prestación pueda colocar en mora a su contraparte.

Si no hay mora, no hay incumplimiento, de manera particular, no hay cumplimiento tardío. Para colocar en mora a la contraparte, el respectivo deudor debería haber cumplido previamente, pero inclusive en ese caso carecerá de toda utilidad la excepción, porque ya no hay propiamente suspensión de la exigibilidad prestacional, estándose ante el régimen de *solve et repete*.

El tema reposa más bien en el supuesto de cumplimiento parcial, y ante dicho hecho sería posible plantear dos enfoques opuestos. De un lado, al haberse aceptado un pago parcial que no estaba previsto al momento de contratar —téngase presente el principio de indivisibilidad del pago, en aplicación supletoria—, atendiendo al principio subsidiario de integridad, el pago total no se habría verificado aun, por lo que en rigor el acreedor de la respectiva prestación no habría quedado satisfecho ni extinguida la correspondiente obligación; en consecuencia, si se le compele al pago de la contraprestación, podría invocarse la excepción por el íntegro de la misma.

De otro lado, el segundo enfoque es que, en el escenario anterior, la excepción sólo debería ser planteada respecto del pago pendiente. En otras palabras, si la prestación de la parte requi-

riente es ejecutada parcialmente, y éste exige que se le pague simultáneamente el íntegro de la contraprestación, el deudor de la misma podría oponer la excepción tratándose de la parte pendiente de ejecución, debiéndose pagar por lo ya ejecutado, proporcionalmente. A esto último se denomina *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Merece destacarse que, en la última situación referida, el principio de buena fe probidad adquiere especial protagonismo, porque si finalmente se acuerda la posibilidad de pago parcial de una de las prestaciones correspondientes, sin haberse celebrado acuerdo alguno sobre el pago de la contraprestación que debe ejecutarse a la par, resultaría abusivo suspender el pago de dicha contraprestación por el íntegro, resultando más razonable generar también su pago parcial, ejerciéndose la excepción por lo que se encontrase pendiente de cumplimiento, hasta el límite de la concurrencia. De estarse ante un negocio que contiene una operación económica de relevancia, no hay duda que de acordarse sobrevinientemente un régimen de pagos parciales para una de las prestaciones a la par, dicho acuerdo comprenderá seguramente la definición del régimen aplicable a la contraprestación.

#### IV. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE PLAZO O DE TÉRMINO

Al igual que en el caso anterior, este instrumento de autotutela tampoco es una novedad legislativa en nuestro medio, siendo que su antecedente inmediato estuvo regulado en el artículo 1343 del Código Civil de 1936 conforme a lo siguiente: *“Si después de concluido un contrato bilateral sobreviniese a una de las partes disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación en primer lugar, rehusar la ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o de garantía bastante”*.

El artículo 1427 del Código Civil enuncia la regla siguiente:

*“Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento”*.

Respecto al texto legislativo anterior hay precisiones que mejoran definitivamente los alcances de la norma, ganándose en claridad, la corteza de todo legislador.

#### 1. Precisiones sobre la denominación y alcances de la figura

En el lenguaje común se suele dar el mismo significado a las palabras plazo y término, empleándose indistintamente una por otra; empero, desde la perspectiva del lenguaje académico, del lenguaje jurídico, no son sinónimos. Recurriendo a autorizada doctrina<sup>25</sup>, la noción de plazo conlleva una extensión temporal, con una oportunidad de inicio y otra de finalización, sea determinada o no, computable por períodos; así, el plazo —determinado— puede ser, por ejemplo, de 7 días, 5 semanas, 3 meses o 1 año. Tratándose de un negocio cuya naturaleza sea de duración, como es el caso del arrendamiento o del suministro, cuando el plazo no está prefijado, igual opera como uno indeterminado. Cosa distinta ocurre con la noción de término que corresponde a un momento en el tiempo, a una mera indicación de fecha; conforme a ello, las partes pueden diferir una ejecución o pago hacia una fecha en particular, por ejemplo, 26 de agosto de 2028. Estándose ante un plazo, debe considerarse la aplicación supletoria<sup>26</sup> de las reglas de cómputo contenidas en el artículo 183 del Código Civil, debiéndose destacar una en

25. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Librería Studium, Lima, 1986, págs. 244 a 249.

26. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto Jurídico, volumen 1, sexta edición. Jurista Editores, Lima, 2018, pág. 883.

especial, conforme a la cual, sobre la base de que el plazo venciera en día inhábil, el mismo se extiende al primer día hábil siguiente, regla ajena al término, atendiendo a la perentoriedad del mismo, siendo irrelevante que la fecha corresponda a día hábil o inhábil.

Ha sido señalado precedentemente que la regla en materia de contratación sinalagmática es que sea de ejecución simultánea, en un mismo momento, “mano a mano”. Empero puede acordarse, en razón de los intereses comprometidos, que una prestación se ejecute en primer lugar, y de manera posterior se ejecute la contraprestación, la cual estará sujeta a cierto plazo o término, significando una operación de carácter crediticio en el sentido que se asume, que se cree, que en el tiempo de cumplirá esa segunda prestación que ha sido diferida. Sin embargo, esa confianza puede ser endeble, o ponerse en entredicho, por lo que se asume que el respectivo acreedor cuenta implícitamente con una garantía genérica, sobre cualquier bien que conforma el activo patrimonial del deudor, o inclusive con una específica, mediante la afectación de un bien en particular. Las garantías no eliminan el riesgo de falta de cumplimiento, dado que no puede evitarse que por cualesquiera causas el deudor de la prestación diferida no ejecute en su momento lo prometido, pero al menos lo reduce, ya que se asume que el deudor intentará honrar su compromiso para evitar lo que puede resultar como una traumática ejecución de garantía.

Conforme a lo anterior, frente a la falta de cumplimiento en el escenario de ejecución sucesiva, no corresponde aplicar la excepción de contrato no cumplido dado que no se está ante un contrato con ejecución a la par, sino identificar el remedio más apropiado atendiendo a las circunstancias.

El primer escenario a evaluar es que existiendo un orden temporal de ejecución, sea plazo o término, la parte que debe cumplir en primer lugar no lo haga, lo cual generará la lógica pregunta sobre si el acreedor de dicha obligación, deudor de una contraprestación que debe

cumplirse en segundo lugar y que aún no es exigible, dispone de alguna herramienta para tutelar su interés que ha sido afectado. Y el segundo escenario a evaluar radica cuando se genera la posibilidad, o probabilidad, que la parte llamada a cumplir en segundo lugar (que goza del beneficio de ejecución diferida) no lo haga finalmente; en consecuencia, el acreedor de dicha obligación, que se desempeña actualmente como deudor de la prestación que ya sería exigible por una cuestión de orden temporal, se formulará el cuestionamiento sobre si dispone de alguna herramienta legal para tutelar su interés, evitando que la prestación a su cargo sea efectivamente exigible, ya que no sería justo, bajo la filosofía sinalagmática, que cumpla con el peligro que finalmente no se le pague. La denominada excepción por caducidad de plazo o de término —respecto de la segunda prestación por ejecutar— corresponde a esta última situación.

## 2. Requisitos configurativos

Al igual que en el caso de la *exceptio non adimpleti contractus*, no hay mayor discusión que esta excepción presupone un contrato plurilateral sinalagmático, pero en esta oportunidad de ejecución sucesiva —ya no simultánea—, en el que surge de manera sobreviniente a su concertación un riesgo no representable, ni representado, que afecta la posibilidad que la parte que está en segundo lugar vaya a ejecutar lo debido, de manera que corresponde que la parte que debería cumplir su débito en primer lugar pueda articular alguna defensa, dado que resultaría cuestionable u ofendería al equilibrio contractual que dicha parte deba realizar el sacrificio patrimonial tal como se comprometió con la incertidumbre sobre si hará finalmente lo propio la parte que está en segundo lugar, atendiendo a las circunstancias.

Por lo tanto, la excepción de caducidad de plazo o de término se configura bajo la premisa que la parte que debe cumplir de manera diferida, en segundo lugar, está sujeta a un riesgo que afecta su actuación y que no habría sido dimensionado al contratar, por corresponder a una situación que se genera luego de la con-

clusión contractual<sup>27</sup>. La señalada excepción es ajena cuando la parte que debe cumplir en primer lugar no llega a cumplir finalmente, inejecuta su prestación; esa patología tiene su propio remedio.

Aunque la ley no lo indique expresamente, para fines de esta figura hay todo un tema de previsibilidad comprometido, relativo al riesgo que se genera de manera sobreviniente, debiéndose estar a la regla conforme a la cual el Derecho debe desincentivar los comportamientos negligentes, en los que no se adoptan medidas, aunque sea paliativas ante una probable contingencia.

Como bien es sabido y aceptado, todo contrato como acuerdo negocial de intercambio económico contiene una distribución de riesgos. Desde el momento en que las partes convienen en que habrá un régimen de ejecución prestacional sucesiva, es manifiesto que ya se representan y asumen riesgos, en particular tratándose de la parte que debe cumplir en primer lugar, pero que es acreedora de la que debe cumplir en segundo lugar, la que tiene la posibilidad de negociar, acordar y obtener una garantía, sea personal o real, que de alguna manera neutralice dicho riesgo. Empero, bien puede darse la situación que el crédito relativo a la prestación que debe ejecutarse en segundo lugar sea quirografario, desprovisto de garantías específicas, lo cual puede tener múltiples y muy distintas explicaciones.

Conforme a ello, si el riesgo actualmente representable es uno sobreviniente a la celebración, resulta legítimo que el Derecho autorice cierta actuación en el acreedor que, en su momento, no se lo representó ni podía representárselo, no habiéndose incurrido en negligencia alguna, dado que no se puede neutralizar eficientemente un riesgo desconocido en su naturaleza, magnitud o incidencia con ocasión de contratar. En ese escenario, de generarse ese riesgo sobreviniente que incrementa gravemente el riesgo de incumplimiento, en términos de razo-

nabilidad, la parte que debe cumplir en primer lugar puede invocar, u oponer, este medio de defensa, suspendiendo su cumplimiento hasta que la parte contraria al menos ofrezca garantía que cumplirá en su debida oportunidad, por equidad.

Sin embargo, si dicho riesgo resulta ser uno existente o, al menos, razonablemente representable al momento de la celebración o perfeccionamiento conclusivo del correspondiente contrato, y el respectivo acreedor —que es el deudor que debe, a su vez, cumplir en primer lugar— no adoptó oportunamente alguna previsión para reducir o neutralizar la respectiva contingencia, carecerá de la tutela jurídica que se desprende de la excepción bajo estudio, dado que habría incurrido en negligencia, la misma que no debe ser premiada, sino más bien desincentivada, por lo que no habrá justificación para suspender la ejecución de lo que debe cumplirse en primer lugar, conforme a lo pactado. No habrá posibilidad de invocar un cambio de circunstancias para postular la procedencia de esta excepción.

De acuerdo a lo anterior, no basta destacar que la ejecución prestacional sinalagmática sea sucesiva, sino que, de manera objetiva, verificable en términos de razonabilidad, se debe estar ante un riesgo sobreviniente a la celebración contractual que afecte a la obligación a ejecutarse en segundo lugar. Así, surgido el señalado riesgo, siempre bajo la filosofía, *cumplo, porque cumples —o cumplirás—*, la misma que debería entenderse como *si no cumplirás, no cumplo*, la parte deudora de la prestación que debería ejecutarse en primer lugar quedará legitimada para invocar la correspondiente excepción, en vía de acción o de excepción, conforme se desarrollará, excusándose temporalmente de dicha ejecución, salvo que se le otorgue garantía suficiente.

La concepción tradicional ha sido identificar a la insolvencia como el riesgo sobrevinientemente generado. Resulta pertinente destacar que el

27. MESSINEO, Francesco. Op. cit., pág. 440.

Código Civil de 1936, que regulaba esta excepción en su artículo 1343, legitimaba su ejercicio en la medida que hubiese ocurrido una disminución del patrimonio de la parte que debía cumplir en segundo lugar. El Código Civil italiano de 1942, regula a la excepción bajo comentario bajo la misma orientación en su artículo 1461 — “Cualquiera de los contratantes puede suspender la ejecución de la prestación debida por él si las condiciones particulares del otro han devenido tales que ponen en peligro evidente la realización de la contraprestación, salvo que se haya otorgado una garantía idónea.” —, empero, muy calificada doctrina<sup>28</sup> ha entendido que se requiere de una lectura interpretativa extensiva, dado que las llamadas “condiciones particulares” no deben identificarse necesariamente con aspectos financieros o con la insolvencia misma, por más que ésta sea el riesgo sobreviniente más frecuente, no siendo el único. Por ello, el legislador nacional de 1984, al enunciar la excepción la vincula a la generación de cualquier riesgo sobreviniente<sup>29</sup> que comprometa, razonablemente, enmarcado en el principio rector de buena fe, la posibilidad de cumplimiento de la prestación que deba ejecutarse en segundo lugar, por estar sujeta a plazo o término bajo ciertas condiciones de confianza que se habrían perdido.

De no ser así, la parte que aceptó ejecutar en primer lugar su compromiso prestacional asumiría un riesgo no representado ni representable con ocasión de contratar, afectándose la confianza que derivó en la formación del negocio y en la asunción de riesgos representables en el marco de la buena fe. En buena cuenta, se estaría imponiendo que la indicada parte asuma un riesgo sobre el cual no recayó su consentimiento; se le estaría “condenando” a pagar una prestación correspondiente pese a la incertidumbre sobre si, en su momento obtendrá la contraprestación sobre la que es acreedor. Por una razón de economía contractual, para evitar el gravoso régimen del *solvo et repete*, la ley franquea a dicha parte el mecanismo de auto-

tutela bajo comentario. Téngase presente, en cualquier caso, que los riesgos deben ser asumidos expresamente.

Por último, una precisión. Atendiendo a la filosofía sinalagmática adaptada a las circunstancias temporales, *cumplo, porque cumplirás*, de manera que, *si no cumplirás, no cumplo*, debe tenerse presente que el riesgo sobreviniente puede resultar o representar una situación tanto imputable como no imputable a la parte llamada a cumplir en segundo lugar, porque en la funcionalidad de las prestaciones correspondientes hay un equilibrio de intereses que no debe ser alterado por cualesquiera razones, con mayor razón, —pero no por única razón— por las llamadas causas imputables.

### 3. Naturaleza jurídica y ejercicio

Representando la excepción de caducidad de plazo o de término un remedio o beneficio legal de autotutela, si bien es de ejercicio discrecional, no es menos cierto que una vez ejercido, conforme a ley, se afecta inevitablemente la esfera jurídica de la parte sujeta al riesgo sobreviniente. De no haber ejercicio regular, la *exceptio* es inocua. En consecuencia, bien puede estimarse que la naturaleza jurídica de esta *exceptio* corresponde a un derecho potestativo, siendo que su ejercicio por la parte invocante —que debería cumplir en primer lugar— coloca en estado de sujeción a su contraparte —la que debería cumplir en segundo lugar—, suspendiéndose la exigibilidad de la correspondiente prestación por generarse un período de gracia, suspensión acotada en el tiempo, conforme se destacará más adelante.

Ahora bien, atendiendo a las circunstancias que justifican la invocación de este remedio, su ejercicio puede ser tanto por acción o proactivo, o por excepción, esto es, reactivo. Allí se aprecia una notable diferencia con la *exceptio non adimpleti contractus*.

28. ROPPO, Vincenzo. Op. cit., págs. 905 y 906.

29. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., tomo II, pág. 356.

En el primer caso, es el deudor que debería cumplir en primer lugar el que toma la iniciativa y, ante el riesgo sobreviniente que afectaría a la ejecución prestacional de su contraparte —con el consiguiente perjuicio para él—, por natural equidad, plantea la excepción para suspender la exigibilidad de la indicada deuda a su cargo, hasta que la contraparte le ofrezca, al menos, una garantía que permita neutralizar el respectivo riesgo. Mediando la señalada suspensión no correspondería que se le constituya en mora, dado que, en los hechos, si la contraparte no ofrece garantía alguna, o no paga —renunciando con ello al beneficio del pago diferido—, estaría tolerando la falta de pago mediante la concesión tácita de un plazo de gracia. Resulta manifiesto que, en el caso enunciado, el ejercicio de la excepción en vía de acción será extrajurisdiccional, aunque nada impide que pueda ser también jurisdiccional, cuyo primer paso sería, por elemental diligencia, solicitar la concesión de una medida cautelar por la que se paralice cuando eventual intento de cobranza por la contraparte, manteniéndose el *status quo*. El problema radica en que este ejercicio de la excepción corresponde, en rigor, a una mera pretensión, a lo que estima o considera la parte excepcionante.

En el segundo caso, el acreedor de la prestación que debe ser ejecutada de manera diferida al estar sujeta a plazo o término, que muy probablemente no se haya representado o dimensionado el riesgo sobreviniente que lo estaría afectando, o lo obvie sencillamente por descalificar la pretensión del excepcionante, atendiendo a la oportunidad de ejecución derivada del correspondiente contrato que se desprende de la literalidad de lo declarado, exige el pago a la parte que debe ejecutar su prestación en primer lugar, quien reacciona invocando reactivamente la excepción, negando por consiguiente una efectiva exigibilidad de dicha deuda y la posibilidad de ser colocado en mora. En este segundo escenario, la excepción puede invocarse extrajurisdiccionalmente; empero, hay

buenas razones para postular la conveniencia de su invocación jurisdiccional. De un lado, porque ya existe un requerimiento de cobranza —el cual colocaría aparentemente en mora a quien se plantea la posibilidad de invocar la excepción, salvo que se estuviese ante algún supuesto de mora automática—, de manera que nada garantiza que el acreedor excepcionado vaya a respetar la suspensión derivada de la señalada invocación, quien desconociendo su estado de sujeción podría proseguir ejerciendo los derechos que la ley le franquea como acreedor. Y de otro lado, porque si el requerimiento de pago se realizó jurisdiccionalmente, lo que corresponde sería contradecirlo también en sede jurisdiccional invocando la excepción de caducidad de plazo o de término, siendo que será altamente probable que se solicite la concesión de una medida cautelar no innovativa que paralice, suspenda, las acciones de cobranza, conforme a la regulación procesal correspondiente.

Pero, sea interpuesta en vía de acción o de excepción, la parte excepcionante soporta, tratándose de este medio de defensa, la correspondiente carga probatoria. Recuérdese que, tratándose de la *exceptio non adimpleti contractus*, la parte excepcionante debe acreditar que mantiene una relación contractual de ejecución paritaria y que soporta un requerimiento indebido de cumplimiento por parte de quien, debiendo ejecutar su propio débito en forma simultánea, no lo hace, de manera que traslada la carga probatoria de la excepción misma al excepcionado, por tratarse de la alegación de un hecho negativo. En el presente caso, no se invoca un hecho negativo sino positivo, la irrupción de una circunstancia sobreviniente, de un riesgo o peligro que, a juicio del excepcionante, desequilibra el programa de ejecución prestacional sucesiva del contrato. Conforme a ello, corresponde que el excepcionante pruebe<sup>30</sup> la circunstancia, el riesgo o el peligro que justifica la *exceptio*, la misma que no era conocida o conocida al momento de contratar.

30. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., pág. 363.

Bien puede afirmarse que, en atención a sus requisitos configurativos, resulta más compleja la invocación de esta excepción que tratándose de la *exceptio non adimpleti contractus*, de manera que el acceso a la autotutela es más riguroso, lo cual se explique probablemente por la circunstancia que en el contrato correspondiente se asumieron riesgos, se convino un orden de ejecución, por lo que deben mediar muy buenas razones para admitir que se generó una alteración de dichos riesgos y para dejar de lado dicho régimen.

Según fue señalado precedentemente, al hacer referencia a los antecedentes legislativos inmediatos del artículo 1427 del Código Civil, el riesgo que sustenta a esta excepción no puede quedar limitado a un tema de insolvencia o menoscabo patrimonial que pudiese soportar la parte llamada a cumplir en segundo lugar, dado que la prestación comprometida no es necesariamente de dar, o de dar pecuniario, sino que debe considerarse de manera amplia la variedad de situaciones que se pudiesen generar, de tal forma que el riesgo en cuestión corresponde a cualquier circunstancia que ponga en entredicho que la parte que goza del beneficio de la ejecución diferida cumplirá efectivamente, llámense riesgos organizativos, riesgos políticos o de cualquier otra naturaleza. Esa fue la voluntad del legislador nacional al cambiar los alcances de la regla respecto al tenor del Código Civil de 1936, acogiendo las críticas doctrinarias pertinentes. Empero, debe advertirse que, bajo cualquiera de tales riesgos, el respectivo deudor no pierde el derecho al pago diferido, al no incurrir en alguna de las situaciones reguladas supletoriamente en el artículo 181 del Código Civil sobre pérdida del plazo que se presume en beneficio del respectivo deudor, interesando en particular la primera causal, que es la insolvencia sobreviniente. Una cosa es un riesgo de insolvencia, entendido como una probabilidad razonable de insolvencia, y otra cosa, muy distinta, es que el respectivo deudor sea insolvente, como hecho cierto. Ante lo primero, el acreedor que podría verse afectado, puede, si así lo estima, invocar como defensa la excepción de caducidad de plazo o de término; frente a lo segundo, lo que corresponde, sería

exigir el pago inmediato, al haberse perdido el beneficio de ejecución diferida, con todas las implicancias legales que se desprendan de ello.

Ese riesgo sobreviniente señalado anteriormente debe ser uno que no era conocido o conocible por el excepcionante. Resulta manifiesto que, en este caso, se está ante circunstancias o hechos negativos —no conocer—, con la consiguiente inversión de la carga probatoria; en consecuencia, para fines de contradecir la invocación de la *exceptio*, corresponderá que la parte excepcionada pruebe que no se ha generado —luego de celebrado el contrato— riesgo relevante alguno porque la situación en la que se encuentra es la misma existente al contratar o, que habiéndose generado, corresponde a una situación que era representable al momento de contratar y, en tal virtud, tolerada, aceptada por quien estaría actualmente invocado irregularmente este medio de defensa.

Pero, no es suficiente probar que se ha generado un riesgo de manera sobreviniente a la celebración del contrato, sino que debe también probarse que se trata de un riesgo razonable, con consecuencias graves de llegar a materializarse o de no superarse. El contenido del riesgo deberá ser calificado de la manera más objetiva posible, evitándose juicios de valor que sean netamente subjetivos. Debe mediar la duda razonable que, atendiendo a las nuevas circunstancias, se incrementa la posibilidad de un incumplimiento no representado con ocasión de contratar, afectando con ello el interés del respectivo acreedor, lo cual justifica que éste suspenda la ejecución prestacional a su cargo, que debería darse en primer lugar, salvo que, al menos, se le ofrezca una garantía satisfactoria.

Como bien se ha afirmado en alguna oportunidad, siempre hay y habrá dudas y dudas; esta *exceptio* demanda de una duda sustentada, fundamentada, razonable; si bien el futuro es incierto por naturaleza, hay situaciones que permiten estimar que es muy probable que se pueda presentar determinada consecuencia. Por ello, como se trata de un tema de apreciaciones, en primera instancia, y de ulterior sustentación objetiva —por las circunstancias

en sí mismas—, el ámbito natural para que se califique si se ha generado realmente el riesgo invocado es sometiéndose al juicio de un tercero, y no al de las propias partes condicionadas o influenciadas por sus intereses inmediatos, de allí que el escenario natural de calificación sea en sede jurisdiccional.

Y es que, conforme ya ha sido señalado, si se plantea —por más que esté plenamente justificada— extrajurisdiccionalmente la excepción de caducidad de plazo o de término, resultaría muy probable que la parte que debe ejecutar en segundo lugar la prestación a su cargo, no la acepte, ignorándola o rechazándola, iniciando o prosiguiendo con los actos propios de exigencia de la prestación a cargo del excepcionante, la misma que debería cumplirse en primer lugar según lo declarado en su oportunidad. Es más, podría darse la situación que, con la honestidad intelectual del caso, de buena fe, se estime que no se ha generado cambio alguno de circunstancias que justifique la *exceptio* que ha sido invocada. Es claro que, en dicho caso, de no aceptarse el medio de defensa, tendría que invocarse la excepción en sede jurisdiccional, siendo que corresponderá al juez o al árbitro, según sea el caso, calificar si el riesgo sobreviniente invocado es tal o no, es relevante o razonable, o no.

Según ya ha sido expresado, si se concluyese que el riesgo invocado no es uno sobreviniente a la asunción obligacional, o no fuese relevante o razonable, la excepción que hubiese sido invocada se desplomaría, de manera que nada impide que el acreedor de la prestación que debe cumplirse en primer lugar —que es también deudor de la prestación que está en segundo lugar— inicie o prosiga con las acciones que correspondan para hacer efectivos sus derechos, estándose al orden de ejecución prestacional declarado con ocasión de contratar.

De ser legítima la excepción opuesta, enmarcada en la buena fe probidad, la ley permite que la parte excepcionada pueda neutralizarla ofreciendo una garantía que respalde su cumplimiento que estaría en entredicho. No se trata evidentemente de ofrecer una garantía y punto,

sino que más allá que sea personal o real, dicha garantía sea razonablemente aceptable y, en consecuencia, que el riesgo de afectación patrimonial por falta de cumplimiento de la parte que está en segundo lugar quede, de hecho, sin efecto. Así, deberá considerarse que frente a una garantía personal es mejor, en general, contar con una garantía real; y dentro de las garantías reales, es mejor, también en general, una de naturaleza inmobiliaria que una mobiliaria, una de carácter registral que una posesoria. Empero, por ejemplo, si la parte excepcionada ofrece a la excepcionante una hipoteca sobre un inmueble ya hipotecado por sumas considerables respecto al valor del bien, o respecto de un inmueble con dificultades para su ulterior realización, resulta manifiesto que ello permite sustentar un rechazo del ofrecimiento y mantener el *status quo* derivado de la excepción interpuesta. Sin embargo, si la parte excepcionada ofrece a la excepcionante una carta fianza, que si bien es una garantía personal es emitida nada menos que por una institución financiera con el carácter de garantía autónoma que asegura su celeridad cobranza, que es prácticamente como si fuese una garantía dineraria, en el improbable caso que el excepcionante rechace dicha garantía no se apreciaría, al menos *prima facie*, una razón sólida o sustentable para ello, de manera que de concluirse que dicho rechazo es abusivo, carente de buena fe, injustificado, la consecuencia jurídica debería ser que la excepción quede sin valor ni efecto, al no estarse ejerciendo regularmente. Si bien una garantía demanda de aceptación por el acreedor para afectar su esfera jurídica, una negativa de aceptación caprichosa o arbitraria no debe ser tolerada. No se trata de asumir, que ante el rechazo injustificado se tenga por constituida la garantía, sino que la excepción pierde efectos.

Por último, al igual que en el caso de la *exceptio non adimpleti contractus*, siendo la *exceptio* bajo comentario un mecanismo de protección o autotutela, pese a que pudiese cumplirse con sus requisitos configurativos, nada impide que no se ejerza o, de manera específica, que se acuerde una renuncia a ejercerlo, lo cual será un pacto válido y exigible en el contexto de la contratación paritaria, pero cuestionable en el

contexto de la denominada contratación masiva si fuese impuesto por la parte predisponente en su beneficio, conforme a lo regulado en el artículo 1398 del Código Civil, y en el artículo 50, inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley N.º. 29571, bajo el régimen de las denominadas cláusulas abusivas.

#### 4. Vigencia

Invocada u opuesta regularmente la excepción, la misma conlleva que la prestación a cargo del excepcionante sea inexigible por el excepcionado, de manera que no se le puede imputar incumplimiento, mora, atendiendo a dicha suspensión. Frente a ello, la inquietud natural es ¿hasta cuándo? En esta materia se aprecia otra notable diferencia con la *exceptio non adimpleti contractus*. Esta última, genera una mutua suspensión de exigibilidad *ad infinitum*, siendo que las partes se conceden un plazo de gracia sin límite temporal. Situación muy distinta ocurre con la excepción bajo comentario.

Dado que en el presente caso hay un programa contractual de ejecución sucesiva de prestaciones, la excepción bajo comentario sólo se extenderá hasta el momento u oportunidad en que sea exigible la prestación que debía ejecutarse en segundo lugar. En ese instante, se aprecia ya en los hechos una simultaneidad prestacional, de manera que la suspensión de exigibilidad que ya no se limita a la prestación que debía ejecutarse en primer lugar, que ahora es mutua, por igual para ambas partes contratantes, se extenderá bajo el régimen de la *exceptio non adimpleti contractus, sine die*. Bien puede afirmarse que se produce una conversión de la excepción, porque cesa como una de caducidad de plazo o de término, adquiriendo de pleno derecho la naturaleza de contrato no cumplido.

La importancia práctica de lo anterior se aprecia, por ejemplo, en la situación siguiente: Si A debe cumplir en primer lugar, en enero, y B debe hacerlo en segundo lugar, en julio, nada impide que conforme a lo pactado B exija a A, en su oportunidad, que cumpla con la presta-

ción a su cargo, con las consecuencias legales que de ello se deriven —mora y resolución—. Empero, A tiene la posibilidad de invocar la *exceptio* bajo comentario si es que de manera posterior a la celebración del contrato se hubiese generado un riesgo sobreviniente que pudiese poner en entredicho la ejecución contractual a cargo de B, suspendiendo la exigibilidad de su prestación, bajo su responsabilidad —esto es, que se trate de un legítimo ejercicio del mecanismo de autotutela—. A pesar de ello, negando expresa o tácitamente al riesgo sobreviniente, B puede colocar en mora a A, e inclusive ejercer el derecho potestativo o la pretensión resolutoria que correspondiese, generándose el respectivo contencioso. Pero queda claro que, de no haber realizado contradicción alguna a la excepción, o de no haber colocado en mora o resuelto de manera oportuna, B ya no podrá hacerlo a partir de julio. Para ello tendría que haber cumplido con la prestación a su cargo, dado que a partir de julio se está, de hecho, ante una simultaneidad prestacional. A partir de julio, la excepción de caducidad de plazo o de término se convierte en una de contrato no cumplido.

#### V. ¿SE REQUIERE REPLANTEAR LEGISLATIVAMENTE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO?

Para fines de responder la cuestión planteada, merecen considerarse previamente algunas ideas. La primera de ellas, es el peligro que genera caer en el textualismo, siendo que los operadores jurídicos deberían ser contextualistas antes que textualistas. El Código Civil no es un libro de Derecho, no es una obra científica, sino una expresión legislativa que demanda de obvia lectura y de interpretación, teniendo en consideración lo que se representó el legislador, pero también asociándolo a las exigencias negociales contemporáneas. Los operadores jurídicos deben recusar de la creencia que todas las respuestas a situaciones concretas deben encontrarse en el texto del Código Civil porque, de no ser así, ante su deficiencia, se cae simplistamente en la tentación de procederse a las reformas o modificaciones que se estimen. El Código Civil es una hoja de ruta, no un mapa con detalles milimétricos.

cos. Ya se ha destacado que el lenguaje legislativo es uno singular, no correspondiendo tomarlo literalmente como uno científico o académico. La segunda de dichas ideas es que la aplicación del Derecho demanda fundamentalmente de sentido común; la ley debe ser interpretada no para concluir en un absurdo, sino para que al aplicarla se pueda brindar una solución razonable a un problema concreto de la realidad. Ese sentido común exige implícitamente de imaginación, de creatividad, de la capacidad de trascender de la literalidad de la ley, teniendo en consideración su *ratio legis*. Parafraseando cierto pensamiento que figura en la primera edición del libro sobre responsabilidad civil extracontractual del profesor Fernando de Trazegnies, en la vida todo se puede excusar, menos la falta de imaginación, la pereza intelectual. Y la tercera idea a estimar es que el Derecho no es una ciencia dogmática, no hay necesariamente respuestas en blanco y negro, por lo que siempre caben interpretaciones, siendo que la escala de grises evidencia la preparación y creatividad de los operadores jurídicos, con la salvedad que tales interpretaciones no pueden ir más allá de ciertos parámetros o ideas comúnmente aceptadas. Retomando lo expresado por DE TRAZEGNIES<sup>31</sup> en su prólogo a la primera edición del libro Para leer el Código Civil:

*“Un Código no es algo estático. No es obra del legislador de la misma forma como un cuadro no es la obra de un pintor, que queda ya ahí, fijado para siempre; la ley conlleva un dinamismo interno y evoluciona en su aplicación. (...) En ese sentido, la ley es insoslayable pero, por otra parte, no establece todo sino que determina solamente los límites que no se pueden traspasar y las grandes orientaciones que es preciso seguir: todo lo demás está por hacerse. Por ese motivo, la ley se transforma continuamente en su aplicación, se desarrolla en la jurisprudencia y en la doctrina. (...).*

*El Código Civil es, entonces, un material maleable, plástico, que ha sido puesto a dispo-*

*sición de jueces, abogados y del público en general. Con ese material, cada uno intenta hacer su propia escultura, con las limitaciones impuestas por el material mismo. No se puede dejar la ley de lado, pero a través de las interpretaciones y concordancias que con ella se hagan, es posible construir -dentro de los límites de la propia ley- soluciones jurídicas diferentes que varían en función de las convicciones y necesidades de quienes la usan. El Código es un objeto de uso, es un instrumento conceptual de carácter normativo que nos ha sido entregado para que construyamos una vida social que nos permita realizarnos mejor. Aprendamos; pues, a manejar creativamente tal instrumento.”*

Atendiendo al tema de este trabajo, se ha sostenido en nuestro medio que la regulación contenida en los artículos 1426 y 1427 del Código Civil relativa a los contratos sinalagmáticos es insuficiente porque, de un lado, regula lo relativo a la falta de cumplimiento de una de las prestaciones de ejecución simultánea, y de otro lado, regula la posibilidad de falta de cumplimiento de la prestación que debe ejecutarse en segundo lugar en un negocio de ejecución sucesiva; empero, no habría sido prevista la situación, en este último escenario de ejecución sucesiva, que el deudor que debe cumplir en primer lugar, no solo no ejecute lo debido, sino que además exija a su contraparte que cumpla con la prestación diferida.

Conforme a ello, atendiendo a lo sancionado en el artículo 1335 del Código Civil, aplicándolo por su solo texto, se ha afirmado que el acreedor de esa prestación que no se habría cumplido en primer lugar, poco o nada podría hacer, que estaría de hecho desprotegido, porque para colocar en mora al respectivo deudor tendría que renunciar al beneficio de la ejecución diferida o sujeta a plazo o término, y pagar la prestación a su cargo, dado que la mora sólo resultaría legítima si proviene del acreedor que sea parte fiel, esto es, que haya cumplido con la prestación a

31. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Prólogo para el libro Para leer el Código Civil, tercera edición corregida, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, págs. 16 y 17.

su cargo. Y como esa exigencia se aprecia como absurda, se propone la derogación del referido artículo 1335 del Código Civil y la modificación del artículo 1426 del mismo, en el sentido que la simultaneidad no sea un tema temporal sino también uno jurídico, con alcances distintos, de “no simultaneidad”. Haciéndose analogía con el régimen de la prenda que regulaba en su momento el Código Civil, garantía mobiliaria que requería necesariamente de la entrega del bien afectado para configurarse como gravamen, ya que el respectivo contrato sólo obligaba a entregar, dicha entrega podía ser tanto física como “jurídica”, la primera era la entrega real que derivaba en publicidad posesoria, mientras que la segunda, llamada “entrega jurídica” era una “no entrega”, entrañaba legalmente una ausencia de entrega, siendo que la publicidad ya no era posesoria sino constitutivamente registral. En ese orden de ideas, para fines de la *exceptio non adimpleti contractus* se propone cosa semejante. Una simultaneidad temporal —cierta, ejecución a la par, “mano a mano” — y otra “jurídica” — que no correspondía en realidad a simultaneidad alguna, dado que estaba prevista para la ejecución sucesiva—.

Por lo tanto, si la parte que no hubiese cumplido en primer lugar requiriese en su momento la ejecución de la prestación a ejecutarse en segundo lugar, el deudor de ésta podría defenderse invocando la excepción de contrato no cumplido, generándose a partir de ello la respectiva concesión de un mutuo plazo de gracia. Y, en cualquier caso, siguiendo esa propuesta que incluía que se derogase el artículo 1335 del Código Civil, nada impediría que, de así estimarlo, la parte que tuviese que cumplir en segundo lugar, sin necesidad de incurrir en el régimen *solve et repete*, pudiese colocar en mora a la parte que debía cumplir en primer lugar, con la posibilidad de resolver, como remedio extremo.

Se trata de una singular e interesante planteamiento sobre el cual cabe preguntarse si corresponde implementarlo o no; cabe también cuestionarse sobre si el Código Civil ya contiene un remedio frente a la señalada patología, en un negocio de ejecución sucesiva, en el cual no se

cumpliese con la obligación exigible en primer lugar, con la preocupación sobre si el respectivo acreedor —quien es a su vez deudor de la prestación a ejecutarse en segundo lugar— se encuentra desprotegido o no. Bien puede considerarse que, en rigor, no existe la deficiencia normativa denunciada, menos que corresponda realizar una derogación legislativa para, finalmente, modificar la tipología de la *exceptio non adimpleti contractus*. Se trata simplemente de aplicar rectamente, de un lado, la noción de parte fiel, y de otro lado, de interpretar adecuadamente el artículo 1335 del Código Civil.

Como bien es sabido, un mismo concepto en Derecho puede ser definido tanto en sentido positivo como en sentido negativo. Así, por ejemplo, la regla formativa sobre la consensualidad contractual, enunciada en términos positivos, significa un régimen de libertad de forma para el consentimiento, en el que las partes pueden expresarse de la manera como estimen más conveniente a su interés; mientras que, en términos negativos, significa ausencia de exigencia legal de solemnidad —entendida como la que regula las formas *ad solemnitatem* y no las *ad probationem*—. De la misma manera, la noción de “parte fiel” de un contrato puede ser enunciada tanto positiva como negativamente. Lo primero corresponde a la parte que ya cumplió con la obligación a su cargo, sea porque era exigible, sea porque renunció al beneficio al plazo o término y pagó anticipadamente; en consecuencia, en un escenario de ejecución prestacional simultánea, dicha parte puede exigir el cumplimiento de su contraparte, colocándola en mora, situación que permite activar otros remedios negociales; empero, en un escenario de ejecución sucesiva como el que se destaca, en caso no cumpliera la parte que debe hacerlo en primer lugar, la que se encuentra en segundo lugar estaría atada de manos, porque no habiendo pagado aún, no sería parte fiel y, por consiguiente, no podría reaccionar ante la falta de cumplimiento de su contraparte, no pudiéndola colocar en mora, menos podría resolver por incumplimiento. Y lo segundo, lectura negativa de la noción de “parte fiel”, corresponde a la parte que no ha incurrido en falta de cumplimiento, menos en

incumplimiento, porque su débito no es aún exigible, al estar diferido por causa de plazo, término, condición, etc. en tal virtud, en el escenario de ejecución sucesiva antes señalado, la parte que debe cumplir en segundo lugar, y que goza actualmente del beneficio del plazo o del término, sí sería parte fiel y, consecuentemente, podría ejercer las actuaciones que correspondiesen frente a quien sí es ciertamente parte infiel, en particular, mora y resolución por incumplimiento.

Conforme a ello, tratándose de un contrato sinalagmático de ejecución sucesiva, queda claro que tornándose en exigible la obligación que debe ser ejecutada en primer lugar en el tiempo, su acreedor es parte fiel en sentido negativo, porque a dicha fecha no mantiene adeudo exigible alguno, de manera que puede colocar en mora a la parte que debería haber cumplido en primer lugar e, inclusive podría resolver el contrato. No puede afirmarse, en ese orden de ideas, que sea una parte desprotegida o descuidada por el Derecho. Téngase presente que, conforme ya ha sido señalado en el presente trabajo, en el escenario que la parte que debe cumplir en primer lugar, estimando que un riesgo sobreviniente pone en entredicho que en su momento cumpla la parte que está en segundo lugar, puede invocar la excepción de caducidad de plazo o de término; sin embargo, la parte que está en segundo lugar podría ignorar o rechazar dicha excepción por estimar que carece de legitimidad, iniciando o prosiguiendo las acciones legales correspondientes, situación que justificaría que el instrumento de autotutela no sólo deba ser invocado jurisdiccionalmente, sino que inclusive en dicha sede se solicite

una medida cautelar no innovativa, porque de lo contrario la parte que está en segundo lugar, que no está en falta, que no es parte infiel, podría hacer uso de todos los medios que la ley le franquea para tutelar su crédito.

Asimismo, conviene tener presente que, en el extremo escenario de una resolución contractual por incumplimiento se admite que pueden generarse hasta tres efectos jurídicos distintos: resarcitorio, liberatorio y reparatorio<sup>32</sup>. Dado que la procedencia de la resolución por incumplimiento requiere de legitimidad, uno de cuyos aspectos es la condición de parte fiel por quien la invoca, el efecto liberatorio es precisamente que dicha parte, ante la afectación a su interés, al resolver se representa que queda liberado de pagar el débito a su cargo, porque si éste se mantuviese pendiente, resultaría absurdo y más que oneroso que, no obstante de haber resuelto, igual tuviese que ejecutar lo que corresponda para luego recuperarlo en vía *solve et repete*, ya que los efectos resarcitorio y de devolución son, por definición, contingentes. En síntesis, si bien el Derecho otorga una serie de beneficios a la parte fiel del contrato, ello no quiere decir que sea la parte que ya cumplió con su débito, ello dependerá de la dinámica prestacional en el tiempo en cada contrato.

Se aprecia, en atención a lo expuesto, la relevancia de la lectura negativa de la noción de parte fiel, entendida como la parte que no está en falta, porque su débito no le resulta exigible atendiendo a las circunstancias del caso concreto, siendo impertinente el artículo 1335 del Código Civil<sup>33</sup>, cuyo supuesto de hecho es distinto. De obviarse dicha lectura se estaría postulado,

32. FORNO, Hugo. Resolución por incumplimiento, en: Temas de Derecho Contractual, primera edición, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1987, págs. 85 a 98. ROPPO, Vincenzo. Op. cit., págs. 866 a 870.

33. Debe destacarse que el artículo 1335 del Código Civil de 1984 tiene entre sus antecedentes al artículo 1100 del Código Civil español, siendo prácticamente una reproducción. Al respecto, resulta pertinente remitirnos a las palabras autorizadas de DÍEZ-PICAZO, Luis (Op. cit., pág. 644), quien expresa lo siguiente tratándose de la mora en obligaciones recíprocas no simultáneas: *“La cuestión adquiere aquí una complejidad mayor. En rigor, el párrafo final del art. 1.100 no es aplicable de una manera a este supuesto y el problema tiene que ser resuelto partiendo de los principios generales del sistema y, en especial, de los que gobiernan las obligaciones sinalagmáticas. Para comprender mejor el problema, es posible distinguir dos hipótesis, según que la incidencia de la mora se plantee frente al incumplimiento de la obligación primeramente vencida o frente al incumplimiento de la obligación recíproca de vencimiento posterior.*

(Continúa en la siguiente página)

equivocadamente, que aquella parte que está en segundo lugar en la secuencia de ejecución prestacional, debería cumplir, renunciar al plazo o término que lo beneficia para recién así poder colocar en mora a su contraparte, con lo cual justo pagaría por pecador. En cualquier caso, resulta conveniente precisar que aquel que debe cumplir en segundo lugar será parte fiel hasta que sea exigible la prestación a su cargo, porque vencido dicho plazo o término, ya se encuentra en falta, estándose en el escenario regulado en el artículo 1426 del Código Civil.

Y tratándose del artículo 1335 del Código Civil, bien puede recurrirse a diferentes métodos interpretativos para esclarecer sus alcances, dado que, no puede negarse, su redacción es poco feliz desde el enfoque textualista.

Dicho artículo establece que, tratándose de obligaciones de prestaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, siendo que no puede ser colocado en mora si es que el otro obligado no hubiese cumplido su obligación, u ofreciese garantía de ello. Si se tiene presente que, en materia de contratación sinalagmática, por el tema de la aversión al riesgo que ya se ha referido precedentemente, la respectiva concertación es una de riesgo cero, de ejecución a la par o simultánea, la misma que se presume, resulta manifiesto que la regla bajo comentario posee plena racionalidad y sentido en ese escenario. En buena cuenta, la noción de parte fiel es una de lectura positiva; si se pretende colocar en mora, en falta, a la contraparte, ya se debe haber cumplido u ofrecido garantía; de lo contrario, de ser exigibles ambas obligaciones, ninguna de las partes puede colocar en falta a su contraparte, generándose demora, plazo de gracia, más no mora.

Empero, como explica DíEZ-PICAZO en la referencia anteriormente reproducida, en un escenario sinalagmático de ejecución sucesiva, la señalada disposición debe releerse de acuerdo a las circunstancias. Conforme a ello, si quien no cumplió es la parte que debía hacerlo en primer lugar, nada impide que la contraparte, que es parte fiel en sentido negativo porque no se encuentra en falta, puede colocar en mora a quien ya actúa inobservando lo pactado, violentando la obligatoriedad contractual. Y si quien no cumplió es la parte que debía hacerlo en segundo lugar, su contraparte, en la medida que sea parte fiel en sentido positivo en ese momento, porque ya cumplió con aquello que le era exigible, puede evidentemente colocar en mora.

Atendiendo a lo expuesto, se propone considerar tres situaciones de ejecución prestacional.

Primera. Contrato sinalagmático de ejecución simultánea entre A y B. Si A no ha cumplido, no puede exigir que B lo haga, se expone a que se le oponga una excepción de contrato no cumplido; no es posible colocar en mora a B ni a A, salvo que cualquiera de las partes se someta al régimen *solve et repete*. Ninguna de las partes califica como parte fiel, es aplicable el artículo 1335 del Código Civil, se genera la concesión recíproca de un plazo de gracia.

Segunda. Contrato sinalagmático de ejecución sucesiva entre A, quien debe cumplir en primer lugar, y B, que debe hacerlo en segundo lugar. Si A no cumple, se expone a que B, como parte fiel en sentido negativo, pueda exigirle el cumplimiento, colocándolo en mora y abriendo la posibilidad de una resolución por incumplimiento. No es aplicable el artículo 1335 del

---

*La primera de las hipótesis planteada se centra en el incumplimiento del primer obligado. (...). Cuando el primer obligado no ha cumplido en el momento temporal señalado para ello, el otro contratante, sin necesidad de cumplir su propia obligación si la prestación a su cargo no ha vencido todavía, puede constituir en mora al primer obligado. En este caso, la constitución en mora requiere la denuncia o la interpelación. (...)*”. Lo destacado es nuestro. En la misma orientación de razonamiento se encuentra, en nuestro medio, DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel (Op. cit., pág. 385), quien sostiene que aquél que debe cumplir una deuda exigible en forma diferida, en segundo lugar, puede colocar en mora y resolver el contrato en caso que el deudor que tiene deuda exigible en primer lugar, no cumpla con la propia. Y es que aquél que tiene deuda exigible a futuro, no se encuentra actualmente en situación de incumplimiento, no es parte infiel.

Código Civil. En la misma situación contractual, si A no cumple, carece de legitimidad para exigir a B que cumpla, ni de manera actual porque goza del beneficio de ejecución diferida, ni en su momento, porque de hacerlo se expone a que se le oponga una excepción de contrato no cumplido, dado que en ese momento existe simultaneidad prestacional.

Tercera. Contrato sinalagmático de ejecución sucesiva entre A, quien debe cumplir en primer lugar, y B, que debe hacerlo en segundo lugar. Si existe razonablemente la posibilidad que B no cumpla en su oportunidad, por estar sujeto a un riesgo relevante y sobreviniente a la conclusión contractual, A puede invocar, tanto proactiva como reactivamente, una excepción de caducidad de plazo o de término, suspendiendo la ejecución prestacional a su cargo, hasta que al menos A le garantice que cumplirá en su oportunidad. No aplica el artículo 1335 del Código Civil. La excepción de caducidad de plazo o de término se convierte automáticamente en una de contrato no cumplido cuando la prestación de B, que ya debería ser ejecutada no lo es, al existir en ese momento, de hecho, simultaneidad prestacional.

Conforme se aprecia, no resulta sustentable

sostener que el Código Civil presenta un vacío en la regulación de las excepciones, dejando sin medios de autotutela, en un negocio de prestaciones correspectivas sucesivas, a la parte que debe cumplir en segundo lugar cuando su contraparte no lo ha hecho, considerándose que ese vacío debería subsanarse, de un lado, vía adecuación normativa, modificando, ampliando, el supuesto de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, y de otro lado, derogando cierto texto normativo. Como explica DE LA PUENTE, "... si se reclama la prestación que debe cumplirse en segundo lugar antes del vencimiento de ésta, el deudor no necesita oponer la excepción de incumplimiento, sino simplemente invocar que aún no está obligado a cumplir"; en consecuencia, no se necesita de reforma legislativa, menos estimar irrealmente que lo sucesivo es simultáneo jurídicamente, no cronológica o temporalmente. Y tratándose de los alcances del artículo 1335 del Código Civil, el mismo sólo tiene sentido de mediar simultaneidad prestacional, como explica DIEZ-PICAZO<sup>34</sup> y destaca DE LA PUENTE<sup>35</sup>, por lo que no corresponde aplicarlo de manera indiscriminada, sino con la lógica que se deriva de las circunstancias.

Lima, 16 de mayo de 2024

---

34. DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., págs. 643 y 644.

35. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., págs. 342 y 343.