

La excepción de incumplimiento del (y contra el) contratante débil en el derecho italiano*

ALBERTO BENEDETTI**

Sumario: 1. La autonomía privada capaz de generar desequilibrio: la excepción de incumplimiento y el artículo 1462 c.c.it. 2. La autonomía privada que no puede generar desequilibrio: la excepción de incumplimiento alegada por el contratante débil. 3. La excepción de incumplimiento alegada contra el contratante débil.

Resumen

La cláusula *solve et repete* autoriza una disparidad de poderes entre las partes contratantes, porque una parte acepta no poder servirse inmediatamente de la excepción de incumplimiento: el autor analiza críticamente los límites que la jurisprudencia y la doctrina han construido alrededor del art. 1462 c.c. para posteriormente detenerse, en particular, en el caso de la cláusula *solve et repete* prevista en un contrato entre un profesional y un consumidor.

Si se quiere impedir el acceso del consumidor a la excepción de incumplimiento, la respectiva cláusula debe considerarse viciada de nulidad porque de ella derivaría un desequilibrio significativo a cargo del consumidor o usuario (literal r, inciso 2º, art. 33,

* Traducción del italiano, PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ.

** Profesor Asociado, Departamento de Derecho Privado, Internacional y Comercial "G.L.M. CASAREGI", Sección de Derecho Privado, Facultad de Derecho, *Università degli Studi di Genova*, Italia. Correo electrónico: [alberto.benedetti@unige.it]

Fecha de recepción: 20 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 24 de enero de 2011.

Código del Consumo); si, en cambio, la excepción de incumplimiento es usada contra el consumidor o usuario por parte del contratante más fuerte, el juicio de buena fe previsto por el inciso 2º del art. 1460 c.c., debe tener en cuenta la debilidad de la parte contra quien la excepción es interpuesta y la naturaleza primaria del interés del consumidor o usuario que mediante el cumplimiento de la prestación se pretende satisfacer.

Palabras clave: Buena fe, Cumplimiento, Consumidor, Incumplimiento, Equilibrio contractual, Derecho italiano, *Exceptio inadimpleti contractus*, cláusula *solve et repete*.

THE OBJECTION "INADIMPLENTI NON EST ADIMPLENDUM" AND THE WEAK PARTY IN ITALIAN LAW

Abstract

By the means of the clause *solve et repete*, the parties of a contract authorize an inequality between them, since one of them renounces the exercise of the right to withhold performance until the other has tendered performance or has performed (*exceptio inadimpleti contractus*). The Author critically analyzes the enforcement of "art. 1462 Civil Code" of the Italian Civil Code and then particularly focuses on the clause *solve et repete* within a "business to consumer" contract.

If the aim is to prevent the consumer from raising the exception, the clause shall be considered null and void, because it would imply a significant disadvantage for the consumer (art. 33, 2, r, Consumer Code). On the contrary, if the exception is to be considered as an instrument against the consumer, a decision/an interpretation oriented by the principle of good faith (art. 1460, 2, Civil Code) shall consider the weakness of the party against whom the exception is raised.

Keywords: Performance, Non-performance, Good faith, Consumers, contract balance, Italian law, Clause *solve et repete*, *Exceptio inadimpleti contractus*.

1. LA AUTONOMÍA PRIVADA CAPAZ DE GENERAR DESEQUILIBRIO: LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO Y EL ARTÍCULO 1462 C.C.IT.

Entre las pocas certezas que gravitan alrededor de la cláusula *solve et repete*, una merece ser resaltada: la cláusula puede operar cuando las partes concuerdan que el deudor no puede servirse, en forma inmediata, con base en la solicitud de incumplimiento, de las excepciones dilatorias reguladas por los artículos 1460 y 1461 c.c.it.

El artículo 1462 c.c. distingue de manera neta dos mundos: aquel de los vicios genéticos (en el cual la cláusula *solve et repete* no es admitida) y aquel de los vicios sinalagmáticos (en el cual la cláusula *solve et repete* es admitida). Se pueden plantear diferentes hipótesis sobre las razones que apoyan esta distinción.

De una parte, las situaciones de invalidez contractual parecen denotar una mayor gravedad (y una más marcada, si bien no total, indisponibilidad), o, de todas formas, dan origen, como ya se ha escrito¹, a argumentos tan importantes que impiden posponer su examen hasta la etapa posterior al cumplimiento. En cambio, de otra parte, los problemas de funcionamiento del sinalagma contractual pueden parecer menos graves o, en cualquier caso, funcionales a intereses casi siempre disponibles que, en cuanto tales, resultan más expuestos al poder regulador de la autonomía privada.

El artículo 1462 c.c. admite y legitima una desigualdad contractual de tipo esencialmente "normativo": se permite a los particulares establecer, mediante expresa cláusula *solve et repete*, u otra de tenor análogo, que la excepción de incumplimiento (así como la otra excepción dilatoria prevista en el artículo 1461 c.c.²) no pueda ser empleada por la parte a la que se le exige el cumplimiento, en contra de aquella que lo exige. O, mejor, que no pueda ser utilizada inmediatamente, en cuanto aquel que interpondría la excepción debe primero cumplir y sólo en un segundo momento puede hacer valer las acciones y excepciones útiles para repetir por lo pagado.

Surge así, un desequilibrio entre, por un lado, los poderes de la parte que *puede* suspender la prestación interponiendo la excepción de incumplimiento y, por el otro, los poderes de la parte que no puede valerse de similar remedio³ y que, si se le demanda al cumplimiento, debe de todas formas ejecutar su prestación.

La autonomía privada, en la óptica del código, puede legitimar esta disparidad; la disposición que lo autoriza no puede ser acusada por violación del principio constitucional de igualdad⁴.

Sin embargo, la facultad concedida a los particulares por el artículo 1462 c.c. está circundada por límites de diferente tipo: de una parte, ésta no puede explicarse, como se ha recordado ya, en relación con las excepciones derivadas de la invalidez del contrato y, de otra parte, (i) su automatismo no es absoluto y (ii) su esfera de aplicación no parece cubrir las excepciones dilatorias.

Bajo el perfil (i), la *exceptio doli* deja sin espacio a la cláusula *solve et repete*: en los contratos autónomos de garantía –cuya razón de ser se identifica precisamente en la cláusula con la que los deudores aceptan privarse de la facultad de oponer excepciones que paralicen la pretensión de crédito– se admite que el deudor pueda, de todas formas, oponer la *exceptio doli generalis*⁵ cuando, por ejemplo, el garante sufre

¹ En este sentido, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 992.

² O como otras excepciones que puedan nacer por problemas del sinalagma contractual como, por ejemplo, la excepción de extinción de la relación por efecto de la solicitud de cumplimiento: sobre el punto L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Tomo II, Bologna-Roma, 1988, p. 91.

³ Sobre la cláusula *solve et repete*, ver F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., pp. 489 ss. y E. LECCESE, *La clausola solve et repete*, Milano, 1998.

⁴ Corte const., 12 de noviembre de 1974, n. 256, en *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 1178.

⁵ Por todas, ver Cas. civ., 14 de diciembre de 2007, n. 26262. Sobre la *exceptio doli generalis* pue-

una exclusión fraudulenta o abusiva por parte del acreedor; el fundamento de esta previsión se busca generalmente en la buena fe, artículo 1375 c.c., entendida como expresión de un principio-valor inderogable y, en cuanto tal, excluido de la libre disposición de la autonomía privada⁶.

Si bien parecen claras las razones sustanciales que sustentan este límite, son evidentes también los peligros: la *exceptio doli* —incluso más que la afín, pero no idéntica, figura del abuso del derecho— no tiene límites bien establecidos (por lo que, ofrece un margen de aleatoriedad tal, que pone en riesgo la efectividad de la cláusula *solve et repete*) y, de todas formas, no parece realmente capaz de representar un remedio autónomo, ni capaz de resaltar “ninguna potencialidad que no pertenezca ya a la cláusula de buena fe y corrección”⁷. Se trata de una excepción que nace con la (bastante indefinida) función de “eticizzare”⁸, pero que corre el riesgo, más bien, de destruir la autonomía privada y su producto.

En realidad, para la protección de la buena fe, el artículo 1462 c.c. confiere al juez el poder de suspender la condena cuando concurren motivos graves, e impone, si es necesario, idónea caución: si, entonces, el deudor está impedido por la cláusula *solve et repete* para oponerse a la pretensión del otro, pero ésta es claramente un pretexto, o infundada, la protección de la corrección (y por ende, la protección contra la incorrección del acreedor deshonesto) está ya asegurada por un poder específicamente asignado al juez, precisamente en razón de los “motivos graves” verificados que, a su vez, justifican la suspensión de la condena contra el deudor [con una especie de desaplicación, si bien necesariamente judicial, de los efectos de la cláusula misma⁹].

De esta forma, la norma busca salvaguardar el poder concedido a la autonomía privada, garantizando, sin embargo, que dicho poder sea ejercido sin que el sujeto activo de la cláusula pueda, en perjuicio del deudor, abusar: de modo que, pareciera haberse logrado (legislativamente) un buen balance entre los intereses y los valores en juego, puesto que si las partes han acordado una cláusula *solve et repete*, significa que el deudor (que voluntariamente se ha) privado de la defensa ofrecida por las excepciones dilatorias, ha aceptado el riesgo y, desde un principio, ha sabido que no puede valerse de excepciones que paralicen o suspendan la pretensión crediticia. Conceder a la *exceptio doli* un tratamiento privilegiado, separado de las modalidades

de verse C. MARSEGLIA, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 561 ss. (donde puede obtenerse información sobre los usos jurisprudenciales de esta excepción).

⁶ Sobre el punto, por todos, ver AND. D'ANGELO, *La buona fede*, en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por M. Bessone, XIII, Torino, 2004, part. pp. 233 ss.

⁷ Como escribe AND. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 67.

⁸ Sobre el punto, ver A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, en *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 219.

⁹ Parece expresarse en este sentido (remitiendo al juez, con fundamento en el inciso 2° del artículo 1462 c.c., la valoración del carácter fraudulento o doloso del comportamiento del sujeto activo de la cláusula) L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 104.

previstas por el inciso segundo del artículo 1462 c.c., significa, esencialmente, traicionar el sentido de la norma del código y dar paso a valoraciones de orden casi moral (y demasiado *rugiadose*, usando un adjetivo referido por autorizada doctrina a ciertos usos excesivamente "densos" de la buena fe contractual¹⁰) que penalizan fuertemente la autonomía privada y sus (legítimas) elecciones.

La erosión del artículo 1462 c.c. continúa bajo el perfil *sub (ii)*. La jurisprudencia ha excluido del área de aplicación de la cláusula *solve et repete* una parte importante de la excepción de incumplimiento: se ha negado, por ejemplo, que la cláusula pueda impedir la alegación de la excepción cuando el incumplimiento de la contraparte sea absoluto¹¹, teniendo entonces el efecto de paralizar exclusivamente la *exceptio non rite adimpleti contractus*. El tratamiento diferencial entre las dos formas como puede manifestarse el incumplimiento contractual no parece encontrar justificaciones convincentes: o las mismas partes han limitado la operatividad de la cláusula, o, por el contrario, la misma debe poder operar globalmente, impidiendo al deudor-demandado alegar la excepción de incumplimiento o, en cualquier caso, sin exclusiones.

Todos los intentos por reducir, o encarcelar, el poder conferido a las partes por el artículo 1462 c.c. están afectados irremediablemente por un prejuicio frente a una cláusula que a muchos les parece que penaliza demasiado a una parte, frente a la otra, porque a menudo se ve en ésta una "renuncia" a la tutela ofrecida al deudor por las excepciones dilatorias. En realidad, la cláusula no produce renunciaciones, sino regula, cronológicamente, el ejercicio de dichas excepciones, el cual normalmente se posterga: en efecto, las partes afirman que se privilegia la rápida actuación de la pretensión contractual del acreedor, y su correlativo interés, respecto a la regular (o "justa") protección de la correspondiente pretensión propia del sinalagma contractual garantizada, en primera medida, precisamente por las excepciones dilatorias.

Ahora bien, si, como se decía, la "regulación" del acceso a las excepciones dilatorias es fruto de una elección de partes iguales, *nulla quaestio*; pero si, en cambio, el contrato fue celebrado entre partes económica y jurídicamente desiguales, la cláusula *solve et repete* puede parecer como (y efectivamente ser) el fruto de una im-

¹⁰ Se trata de P.G. MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, en And. D'Angelo -P.G. Monateri- A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, pp. 57 ss.

¹¹ Se ha descartado que la limitación convencional de la oportunidad para formular la excepción de incumplimiento pueda valer para el así llamado incumplimiento absoluto; puede valer, en cambio, sólo para la contestación de la calidad del incumplimiento (llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*): Cas. civ., 16 julio de 1994, n. 6697. Contrarios a esta opinión C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, en partic. p. 1261 s. e L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., pp. 97-98; duda de la validez de la cláusula *solve et repete* cuando se refiere al incumplimiento absoluto And. D'ANGELO, *Art. 1469-bis, comma 3, n. 16*, en E. CESÀRO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1996, pp. 256-257; está de acuerdo, en cambio, A. DALMARTELLO, "Solve et repete" (*Patto o clausola del*), en *Noviss. Dig. It.*, XVII, en partic. p. 853.

posición del acreedor-parte sobre el deudor parte-débil. En este caso, sin embargo, la desigualdad generada por la cláusula no es un efecto fisiológico de la misma, en cuanto ínsito en un poder que la ley confiere a los particulares, sino una (patológica) imposición que una parte (débil) sufre por parte de la otra (fuerte), que se traduce en un "significativo desequilibrio" que desencadena una reacción agresiva (y protectora) por parte del ordenamiento¹².

2. LA AUTONOMÍA PRIVADA QUE NO PUEDE GENERAR DESEQUILIBRIO: LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ALEGADA POR EL CONTRATANTE DÉBIL

Como instrumento de auto-defensa contractual¹³, la excepción de incumplimiento puede presentar dos caras: de una parte, se manifiesta como un instrumento particularmente eficaz para la tutela de los intereses de las así llamadas partes débiles de las relaciones contractuales, en cuanto veloz, poco costoso y capaz de salvaguardar, tanto la existencia del contrato, como, y sobre todo, su plena y puntal ejecución; pero de otra parte, y por las mismas razones, si es usada por la parte fuerte, es capaz de perjudicar de manera excesiva y desproporcionada el interés del consumidor/usuario para servirse de manera continua de las prestaciones objeto del contrato.

El literal r) del inciso 2º del artículo 33 del Código del Consumo restringe fuertemente la posibilidad, para las partes, de excluir o limitar la interposición de excepciones de incumplimiento por parte del consumidor, buscando con ello reducir el ámbito de aplicación de una cláusula que, si bien generalmente es consentida por el artículo 1462 c.c., en los contratos asimétricos¹⁴ produce, en perjuicio del consumidor, un significativo desequilibrio de tipo normativo, impidiéndole, o

¹² Ya en el Código Civil, si la cláusula *solve et repete* es insertada en condiciones generales del contrato predispuestas por uno de los contratantes, ésta se considera expresamente como onerosa y debe estar sujeta a la específica aprobación por escrito por parte del adherente (inciso 2º art. 1341 c.c.).

¹³ Sobre la excepción de incumplimiento, en sus perfiles generales, puede verse: F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, en el *Trattato del contratto*, dirigido por V. ROPPO, Milano, 2006, v, pp. 413 ss.; P.VECCHI, *L'eccezione d'inadempimento*, en MAZZAMUTO (ed.), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, pp. 378 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, en *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 331 ss.; F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, en *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 222; B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973; ID., *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Napoli, 1993; A. DAL MARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, en *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, pp. 354 ss.; C.M. BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, en AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, Padova, 1992, p. 528.

¹⁴ Sobre el debate entre "contrato asimétrico" y "tercer contrato", y los relativos promotores, pueden verse, entre otros: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, en V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, IIº, Torino, 2005, pp. 23 ss.; G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, en G. GITTI – G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, pp. 9 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, en *Riv. dir. civ.*, 2008, I, pp. 515 ss.

haciéndole demasiado difícil, el acceso a un instrumento, tan rápido y veloz, para la tutela de sus intereses contractuales.

La norma, que seguramente alude a la cláusula *solve et repete*, no ha sido objeto de gran atención por parte de los intérpretes, tal vez porque parece una simple reformulación de lo ya previsto por el literal t), del inciso 2º del artículo 33 del mismo código¹⁵, que prescribe una presunción de abusividad de las cláusulas que disponen, a cargo del consumidor, limitaciones a la facultad de interponer excepciones en un sentido más amplio¹⁶.

En efecto, una norma es especificación de la otra y el literal r) del inciso 2º del artículo 33 no hace otra cosa que limitar una situación de hecho muy frecuente en la práctica comercial: imponer al consumidor cláusulas, a menudo contenidas en las condiciones generales del contrato, con las que se quiere impedir, o dificultar, el acceso de la parte débil a la *exceptio inadimpleti contractus*.

La ruptura respecto al derecho general de los contratos no es indiferente cuando se reflexiona sobre el hecho que, cuando el deudor es un consumidor, la parte fuerte no puede imponerle una cláusula *solve et repete*, salvo que ésta haya sido efectivamente objeto de una negociación celebrada con la aceptación espontánea por parte del consumidor de la cláusula articulada por el profesionalista.

En consecuencia, para el consumidor, el riesgo de enfrentarse con la barrera de los límites prescritos por el art. 1462 c.c. es inexistente: la ley protege su interés de recurrir a la excepción de incumplimiento en todas sus formas, sin que puedan oponérsele eventuales limitaciones contenidas, por ejemplo, en las condiciones generales del contrato predispuestas por el profesionalista o en otras cláusulas suscritas por el consumidor en el acto de celebración del contrato que, en sustancia, representen renunciaciones del consumidor al uso de la excepción de incumplimiento¹⁷ (o de la excepción suspensiva regulada por el artículo 1461 c.c.).

Se trata de una protección que limita, tanto la autonomía privada, como, en relación con ciertos aspectos, la pública. En efecto, cuando el usuario accede al servicio estipulando un contrato con prestaciones correspondientes que lo vinculan al gestor (dinero en cambio de servicios), ni siquiera el legislador puede impedir al usuario el empleo de la excepción de incumplimiento (así como tampoco de los

¹⁵ Por todos, ver F. PADOVINI, *art. 1469-bis, 3º comma, n. 16*, en G. ALPA – S. PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 402 ss.

¹⁶ Sobre el intento por identificar un campo de aplicación diferente para cada una de las dos disposiciones [eccezioni giudiziali, art. 33, 2º comma, lett. t); eccezioni stragiudiziali, art. 33, 2º comma, lett. r)], puede verse D. POLETTI, *art. 1469-bis, 3º comma, n. 16*, en C.M. BIANCA – F.D. BUSNELLI, *Commentario al Capo XIV Bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, pp. 418 ss.

¹⁷ Como por ejemplo, la cláusula que imponga al consumidor cumplir primero cuando la misma se explique sólo como un intento para imponer la renuncia al uso de la *exceptio inadimpleti contractus*: sobre el punto, de nuevo, D. POLETTI, *art. 1469-bis, 3º comma, n. 16*, cit., pp. 430-431.

otros remedios contractuales) frente a la prestación de un servicio de baja calidad. Así, bajo esta línea, se consideró como viciada por irracionalidad una norma de ley que obligaba al usuario a pagar por un servicio inexistente [específicamente, una suma de dinero por el mantenimiento de los depuradores de las aguas negras cuando (y también si) estos depuradores no existían]: la irracionalidad nace precisamente del desacoplamiento (del desencuentro), gracias a una norma de rango legislativo, de la consignación de una (cuota de la) tarifa, por un lado, y de la contraprestación correspondiente, por el otro. En estos términos, la norma tendría el efecto de impedir "(...) irrazonablemente al usuario la posibilidad de tutelarse por eventuales incumplimientos de la contraparte mediante los instrumentos civilistas ordinarios previstos por los contratos con prestaciones correspectivas (como, por ejemplo, la acción de incumplimiento, la *exceptio inadimpleti contractus*, la acción de resolución por incumplimiento)"¹⁸.

El legislador no puede, si de por medio hay usuarios de servicios estipulados contractualmente, hacer *de albo nigro*: si se puede identificar la existencia de una relación contractual caracterizada por una correspectividad entre las prestaciones, el usuario debe poder usar todas las armas que el ordenamiento prescribe para la defensa de sus intereses (debiéndose, además, defender ante un juez ordinario, y no frente al juez especial tributario)¹⁹ y ni siquiera el mismo legislador puede impedirlo.

Es así como la excepción de incumplimiento—desde la perspectiva de las partes débiles— se convierte en un instrumento de defensa indisponible, precisamente porque puede evitar lentitud, costos y mediaciones jurisdiccionales. Se trata de una excepción a la que el consumidor no puede válidamente renunciar bajo ninguna circunstancia; pero su ejercicio, incluso cuando la parte débil es la que hace uso de la excepción, está sujeto al juicio general de buena fe previsto por el artículo 1460 c.c.

Y entonces, también cuando la excepción es alegada por el consumidor, puede abrirse un juicio de proporcionalidad entre los incumplimientos que se confrontan (aquel legitimador—frente al cual se invoca la excepción— y aquel legitimado, que es autorizado por la excepción) con el objetivo de verificar, haciendo uso de esquemas y términos propios del derecho penal, que la defensa (el incumplimiento legitimado) sea proporcional al ataque (el incumplimiento legitimador): el resultado puede

¹⁸ Corte const., 11.10.2008, n. 335, en *Danno e resp.*, 2009, p. 479, con nota de A.M. BENEDETTI, *La restituzione agli utenti delle tariffe indebitamente corrisposte: una nuova tappa verso la privatizzazione dei rapporti di utenza?* [decisión sucesivamente confirmada por la Corte Const., 11 de febrero de 2010, n. 39].

¹⁹ En otras ocasiones, en cambio, la misma Consulta ha afirmado que no encuentra en el desembolso del usuario un correspectivo contractual, sino un tributo sujeto a las reglas sustanciales y jurisprudenciales propias de la relación tributaria: Corte Const., 24 de julio de 2009, n. 238 (en relación con las tarifas de higiene ambiental).

ser también desfavorable para el consumidor y favorable para el profesional cuando el juez verifique un uso incorrecto de la excepción (y sustancialmente, un abuso).

Un juicio que, si bien confronta los incumplimientos, parte de una indagación que no puede dejar de tener en cuenta (adicionalmente) la relación económica y de valor entre las prestaciones objeto del contrato, y que, en términos generales, debe tener en cuenta todas las "circunstancias" del caso concreto que resulten útiles para calibrar de la mejor manera posible el juicio de proporcionalidad, en el cual se resuelve, en sustancia, el llamado a la buena fe del inciso 2º del artículo 1460 c.c.

En la relación consumidor/profesional, el juicio de buena fe representa, en gran medida, la única contestación posible que la parte fuerte puede hacer contra la excepción alegada por la parte débil [en cuanto la parte fuerte no está legitimada para fijar eventuales limitaciones convencionales que, como ya se precisó, caen bajo la guillotina del literal r) del inciso 2º del artículo 33 del Código del Consumo].

No hay duda que, como se ha señalado, el juicio de buena fe tiene que ver con la importancia del incumplimiento que justifica la excepción²⁰: el consumidor, ya se precisó, es el sujeto de este juicio, que ciertamente puede ser conducido según los parámetros que la jurisprudencia desde hace un tiempo ha identificado²¹, pero con una particularidad más: que la especificidad subjetiva de quien interpone la excepción no puede ser ignorada, en cuanto es fuente de una debilidad legislativamente protegida (o presumida) que debe ser considerada en el juicio de proporcionalidad entre los incumplimientos que se confrontan. En efecto, no resulta escandaloso reconocer que entre las "circunstancias" prescritas por el artículo 1460 c.c. como fundamento del juicio de buena fe debe tenerse en cuenta también la calidad subjetiva del contratante que interpone la excepción y su correlativa debilidad, con el fin de calibrar mejor la importancia y la gravedad del incumplimiento contra el cual la excepción fue interpuesta.

3. LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ALEGADA CONTRA EL CONTRATANTE DÉBIL

La segunda cara de la excepción de incumplimiento se percibe si, y cuando, este instrumento es usado contra la parte débil: en este caso, el juicio de buena fe, del que ya fueron resaltadas sus características fundamentales, debe ser nuevamente llevado a cabo teniendo en cuenta la debilidad de la parte contra quien se alega la excepción y, en términos más generales, teniendo en cuenta el desequilibrio que caracteriza la relación contractual; también para considerar de forma adecuada

²⁰ La buena fe citada en el artículo 1460 c.c. se refiere indirectamente a la importancia del incumplimiento: la opinión es de M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 159.

²¹ O también, de la función económico-social del contrato mismo: Cas., 16.5.2005, n. 10185, en *Obbligazioni e Contr.*, 2006, p. 231.

el plano de los efectos que la suspensión de la prestación puede causar sobre los intereses contractuales protegidos de la parte débil (y a veces, incluso sobre sus derechos fundamentales, cuando el contrato estaba dirigido a su protección y satisfacción).

El fenómeno resulta particularmente significativo cuando la parte que sufre la excepción de incumplimiento tiene la calidad de usuario de un servicio prestado de forma privada [como por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones] o según los parámetros y las condiciones propias de los servicios públicos, por parte de sujetos que, también, en todo, o en parte, privados, están expuestos, de diferente forma, al control de un ente público en el ámbito de su propia competencia frente al servicio prestado²².

En el caso de suspensión del servicio prestado al usuario —especialmente si es funcional a la satisfacción de necesidades esenciales de la vida— la naturaleza primaria del bien jurídico que el servicio tiende a satisfacer sugiere una aplicación, al menos, cauta de este remedio o, en ciertos casos, puede aconsejar su total inoperatividad.

Es fácil constatar que, en estos casos, la suspensión del servicio puede causar al usuario un perjuicio desproporcionado frente a la razón que la justifica: el servicio puede ser necesario para procurar al usuario bienes primarios, o para satisfacer intereses constitucionalmente protegidos, sean de naturaleza económica, o no [salud y asistencia social, agua, gas, electricidad, telecomunicaciones, etc.]. Y una suspensión del servicio puede comprometer o perjudicar estos bienes y estos derechos, al punto tal que cabe dudar si estos efectos se justifican por la pura necesidad de salvaguardar la correspectividad propia del sinalagma contractual.

Un contexto que impone, entonces, un uso controlado de la *exceptio inadimpleti contractus* alegada por la parte fuerte frente a la débil; un uso que, sin excesivo esfuerzo, puede ser de nuevo fundamentado en la "buena fe" expresamente mencionada por el inciso 2° del artículo 1460 c.c.: en estas particulares situaciones la buena fe constituye un límite en cuanto, si el servicio ofrecido al usuario satisface una necesidad esencial de la persona, o es funcional al ejercicio de su derecho constitucional, la suspensión puede ser dispuesta sólo como *extrema ratio*; es decir, sólo cuando cualquier otro remedio sea infructuoso, y el incumplimiento (grave y prolongado) por parte del usuario persiste [siempre y cuando no se trate de un incumplimiento irreversible puesto que, en ese caso, la excepción de incumplimiento ya no será

²² Usuarios y consumidores tienen igual acceso a los remedios previstos por el Código del Consumo: en tal sentido, Cas. civ., ord. 2 de abril de 2009, n. 8093, en *Danno e resp.*, 2010, 1, p. 56 con nota di A.M. BENEDETTI – F. BARTOLINI, *Utente vs. Servizio sanitario: il "no" della Cassazione al foro del consumatore*. Sobre los usuarios de los servicios públicos, ver A.M. BENEDETTI, *Utenti e servizi pubblici locali nel codice del consumo: belle proclamazioni e poca effettività?*, en *Pol. dir.*, 2007, p. 463 ss. y G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, pp. 161 ss.

viable, sino que se deberán activar los necesarios remedios destructivos del contrato, con posterioridad a los cuales, entre otras cosas, el usuario ciertamente sufrirá las consecuencias de su incumplimiento, pero también tendrá la libertad de dirigirse a otros prestadores de servicios].

Si, además, la prestación contractual produce sus efectos directamente en la persona del deudor y/o en su integridad física o su derecho a la salud –como, por ejemplo, en los contratos de hospitalización en estructuras privadas– la suspensión de la prestación –total o parcial– no puede ser activada cuando esta suspensión se traduce en una lesión, o sólo en un peligro, a la integridad de quien la sufre; valor, la integridad, al que el ordenamiento no le resta que otorgar una protección evidentemente más fuerte de aquella que reconoce al interés del acreedor en la plena actuación de la correspectividad de las prestaciones contractuales. Esto sin perjuicio de que, una vez cese la situación de peligro que impone la salvaguardia de la persona del deudor incumplido, el acreedor tenga nuevamente acceso a las excepciones dilatorias.

Finalmente, la buena fe constituye un límite en un sentido ulterior y original: las modalidades con las cuales el remedio puede ser activado. Cuando se trate, como ya se ha dicho, de servicios relativos a bienes o derechos esenciales y fundamentales, la suspensión del servicio se debe efectuar de tal manera que al usuario se le permita reducir las consecuencias dañosas que derivan de la interrupción del servicio [por ejemplo, la exigencia de un preaviso congruo antes de la suspensión, durante el cual el usuario tiene aún la posibilidad de regular la propia situación; evitar recurrir a la suspensión total, prefiriendo la parcial etc.], porque, de lo contrario, el recurso a la *exceptio* no puede considerarse conforme a la buena fe [y, en consecuencia, el comportamiento del acreedor que ejerce la excepción merecerá, en este caso, un tratamiento acorde con los dictámenes de un incumplimiento normal]²³.

Si el contrato puede ser calificado en el tipo de "suministro", puede encontrar aplicación el artículo 1565 c.c., que configura una hipótesis especial de excepción de incumplimiento: el suministrador que quiera suspender la ejecución debe dar un preaviso congruo en caso de incumplimiento de baja entidad; por incumplimientos más graves, de todas formas, es necesario igualmente el juicio de buena fe, siendo aplicables también en este caso las consideraciones poco antes formuladas relativas a la tutela frente al impacto sobre el usuario como consecuencia de la suspensión del bien-servicio prestado.

Si se aceptaran las lecturas que asignan a la buena fe un, talvez, inapropiado papel como parámetro para un juicio de validez de las cláusulas contractuales²⁴, una

²³ Según C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 350, es ilegítimo el ejercicio de la excepción de incumplimiento cuando "el rechazo del acreedor de ejecutar la propia prestación puede perjudicar a la persona del deudor o a terceros".

²⁴ Sobre el punto, ver las críticas de And. D'ANGELO, *La buona fede*, cit, pp. 249-255.

cláusula contractual que permitiera al prestador del servicio un excesivo recurso a la facultad de suspenderlo, podría estar viciada de nulidad; también porque sería potencialmente generadora de un significativo desequilibrio normativo a cargo del usuario, contrario, sin duda, a la buena fe [inciso 1° del artículo 33 del Código del Consumo].

Por el contrario, el razonamiento opuesto no es procedente, porque el consumidor-usuario, como ya se precisó en el párrafo precedente, debe poder ejercitar la excepción de incumplimiento sin sufrir excesivas restricciones impuestas por las eventuales condiciones generales del contrato, o por singulares cláusulas negociales, que puedan resultar viciadas de nulidad según lo prescrito por el literal r) del inciso 2° del artículo 33 de Código del Consumo²⁵.

Una buena fe, entonces, que garantiza una doble protección al consumidor/usuario, en su condición de contratante que ejerce la excepción y de contratante que la sufre²⁶.

²⁵ El legislador, en cambio, puede en cierto sentido, limitar el recurso del usuario a la excepción de incumplimiento sin incurrir en vicios de inconstitucionalidad, como sucede cuando se impone una sanción administrativa al usuario de la autopista que “de cualquier manera actúe con el fin de eludir, en todo, o en parte, el pago del peaje” (inciso 17, art. 176, Código de Tránsito): así, Cas., 16 de octubre de 2009, n.º 22053, en *Anuario del contrato*, 2009, p. 210 (que incluso considera irrelevante la cuestión en cuanto referida a sanciones administrativas, y no a contratos). En realidad, la norma no parece que efectivamente distinga el comportamiento del usuario que dolosamente rehúsa pagar el peaje –objeto de sanción administrativa– de aquel que rehúsa pagar porque objeta el incumplimiento por parte del prestador del servicio (objeción que no puede serle impedida, considerada la naturaleza contractual de la relación de uso de la autopista: además, el legislador no puede excluir al usuario de servicios públicos contractualmente disciplinados del uso de los remedios contractuales, como parece indicar la ya mencionada Corte const., 11 de octubre de 2008, n.º 335, cit.).

²⁶ Un enfoque en el que también se inspiran ciertas reglamentaciones de la Autoridad Independiente, que buscan regular y limitar la suspensión del servicio en caso de incumplimiento del usuario en ciertos sectores regulados. Dos ejemplos: el Acto n.º 200/99 de la Autoridad para la energía y gas, cuyo artículo 8 disciplina la modalidad y los tiempos de suspensión del suministro al usuario, prescribiendo como obligatoria la preventiva contestación del incumplimiento, y el Acto n.º 664/06/CONS, anexo A, de la Autoridad para la garantía en las comunicaciones, cuyo artículo 4 disciplina el modo y los tiempos de la suspensión del servicio en caso de retardo (o falta) de pago por parte de los usuarios.