

Los límites a la *exceptio inadimpleti contractus*: la “buena”, la “mala” y la “fea” excepción de contrato no cumplido*

PABLO MORENO CRUZ**

Sumario: 1. La excepción de contrato no cumplido como derecho-inmunidad. 2. Por una distinción de los límites al ejercicio de la excepción de contrato no cumplido. 3. (Sigue.) La distinción, según algunos usos, entre la “buena” (pero débil), la “mala” (porque contraria a buena fe) y la “fea” (porque sin auto-defensa contractual) excepción de contrato no cumplido. 4. La “buena” (pero débil) excepción de contrato no cumplido: dos ejemplos lejanos (pero cercanos) de la Corte Constitucional colombiana. Reflexiones finales.

Resumen: Después de algunas indicaciones sobre la configuración conceptual de la *exceptio inadimpleti contractus* en términos de derecho subjetivo (y, en particular, como una *inmunidad* en sentido hohfeldiano), se distinguen tres categorías de límites a la operatividad de la *exceptio*, con base en algunos usos de la doctrina y la jurisprudencia

* Estas páginas, con modificaciones e integraciones, reproducen la conferencia dictada durante el “Seminario in memoria di Fernando Hinestrosa. Rimedi in autotutela, tecniche dell'autonomia privata ed inadempimento contrattuale”, que se llevó a cabo en el Consiglio Nazionale Forense (CNF) el día 24 de septiembre de 2012 en Roma. Un agradecimiento especial al profesor Claudio Scognamiglio por la cuidadosa organización del encuentro y por su gentil invitación. Un agradecimiento también a los amigos y colegas genoveses Alberto Maria Benedetti y Mauro Grondona por sus comentarios y sugerencias. En fin, un agradecimiento a Anamaría Castellanos y Jorge Ramírez por su colaboración.

** Docente investigador, Universidad Externado de Colombia; profesor a contrato de *Sistemi giuridici comparati*, Università degli Studi di Genova, Polo didattico di Imperia, Italia; doctor en Comparación Jurídica e Histórico-Jurídica, Università degli Studi di Ferrara, Italia. Correo electrónico: [pablo.moreno@uexternado.edu.co pablo.morenocruz@unige.it]. Fecha de recepción: 20 de febrero 2013. Fecha de aceptación: 8 de abril 2013.

italianas: la "buena" (pero débil), la "mala" (porque contraria a buena fe) y la "fea" (porque sin autodefensa contractual) excepción de contrato no cumplido. En la parte final del trabajo se identifica, esta vez en relación con el ordenamiento jurídico colombiano, el uso de la "buena" (pero débil) excepción de contrato no cumplido en algunas decisiones de la Corte Constitucional.

PALABRAS CLAVE: excepción de contrato no cumplido; *exceptio inadimpleti contractus*; *eccezione d'inadempimento*

The Limits to the Exceptio Inadimpleti Contractus: The "good", the "bad" and the "ugly" Right to Withhold Performance

ABSTRACT: The author, after some indications on the conceptual configuration of *exceptio inadimpleti contractus* in terms of subjective right and, in particular, as an immunity in Hohfeldian sense, distinguishes three categories of limits on the operation of the *exceptio* based on some uses of the Italian doctrine and jurisprudence: the "good" (but weak), the "bad" (because contrary to good faith) and the "ugly" (because of no contractual self-defense) *exceptio inadimpleti contractus*. In the last part of this work, the author identifies, this time in relation to the Colombian legal system, the use of good (but weak) *exceptio* in certain decisions of the Constitutional Court.

KEYWORDS: *Exceptio inadimpleti contractus*; right to withhold performance.

"Nuestros derechos, compañero, están donde están nuestras obligaciones".
"Cantinflas", *El barrendero* (1981)

1. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO COMO DERECHO-INMUNIDAD

Como es sabido, y dejando en el fondo el debate sobre la distinción entre correspectividad¹ e interdependencia de las prestaciones², la excepción de contrato no cumplido opera solo en contratos con prestaciones correspectivas y consiste, para decirlo en términos muy simples, en la imposibilidad del acreedor de exigir el cumplimiento por parte de su deudor, cuando dicho acreedor, estando obligado, e

¹ Uso, en el contexto del derecho contractual, el término "correspectividad" (y no "correlatividad") entre las prestaciones, para evitar confusiones, a lo largo de este escrito, con el empleo del término "correlatividad" en el contexto de la (bien diferenciada) tesis de la correlatividad lógica entre las posiciones jurídicas subjetivas elaborada por W. HOHFELD. Ver *infra*.

² Sobre la distinción ver REALMONTE, F., *Eccezione di inadempimento*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 223-225. Ver también (pero con una atención especial al remedio de la resolución) AMADIO, G., *L'ambito di applicazione: il contratto a prestazioni corrispettive*, en *Trattato del Contratto, V Rimedi* - 2, Dir. ROPPO V., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 31 ss.

independientemente de un juicio sobre su culpa³, no ha cumplido, o ha cumplido solo de manera parcial o inexacta (en este caso la excepción es nominada como *exceptio non rite adimpleti contractus*⁴) a su propia y correspondiente obligación⁵. Se habla, a este respecto, de incumplimiento legitimador, es decir, de un incumplimiento del acreedor que legitima el incumplimiento temporáneo del otro contratante⁶.

Desde un punto de vista conceptual, la excepción de contrato no cumplido puede ser calificada como un derecho subjetivo, es decir, siguiendo el esquema analítico elaborado por WESLEY N. HOHFELD en los años veinte del siglo pasado⁷, como una posición subjetiva favorable, adscrita por una norma jurídica a una cierta clase de sujetos, a la que corresponde, en términos de correlatividad lógica, una posición subjetiva desfavorable (es decir, un deber) en cabeza de otra clase de sujetos.

En particular, HOHFELD distingue cuatro diferentes posiciones subjetivas favorables, o cuatro sentidos de "derecho" (pretensión, libertad, poder, inmunidad), a

³ Para la doctrina italiana no es relevante si el incumplimiento es, o no, culpa del deudor. Es suficiente, para decirlo con GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova, 2009, p. 508, "el hecho objetivo de la falta de ejecución de la prestación". En el mismo sentido ver BIANCA, M., *Diritto civile, La responsabilità*, V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 366 ss.

⁴ Sobre la *exceptio non rite adimpleti contractus* (obviamente en el contexto del "cumplimiento inexacto o parcial") y sobre el juicio de procedencia de la misma a la luz del principio de buena fe, ver ADDIS, F., *Le eccezioni dilatorie*, en *Trattato del Contratto, V Rimedi* – 2, Dir. ROPPO, V., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 448.

⁵ Sobre la importancia de no sobredimensionar la distinción terminológica entre "corresponsividad" e "interdependencia" sino, más bien, tomar en consideración, en el caso concreto, el "cuadro de la economía del contrato", para efectos de la determinación de la viabilidad de la excepción de contrato no cumplido en lo relacionado con la identificación de contratos con obligaciones correspondientes, ver recientemente BENEDETTI, A. M., *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 30. Como testimonio de este enfoque, la jurisprudencia italiana (ver *Cass.*, 11 de marzo de 1981, n. 1389) ha reconocido desde hace décadas la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido ante el incumplimiento de la contraparte de una obligación derivada de un contrato diferente celebrado entre las mismos contratantes, pero que ellos consideraron como interdependiente de aquel donde se pactó la obligación que quien formula la excepción no está dispuesto a cumplir (sobre el punto ver BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, cit., pp. 362-363). Del mismo modo, se argumenta la extensión de la operatividad de la excepción ante el incumplimiento de obligaciones contractuales accesorias derivadas, por ejemplo, de la interpretación de la cláusula "buena fe". Sobre este último punto ver ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., pp. 428 ss., quien analiza este enfoque como el resultado de un esfuerzo por justificar la prosperidad de la excepción ante la manifestación clara (con actos o hechos) por parte del deudor (destinatario de la excepción) de su futuro incumplimiento de la prestación. En contra, con respecto a este último aspecto, BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 57 quien, ante la no actualidad del incumplimiento legitimador, pero ante el riesgo (incluso muy probable) de que el mismo se verifique, considera que debe hacerse uso de la excepción suspensiva prevista por el artículo 1461 *codice civile*.

⁶ Sobre la caracterización del incumplimiento legitimado y del incumplimiento legitimador ver BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 49-57, 68-63.

⁷ HOHFELD, W., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven, 1923 (trad. italiana, *Concetti giuridici fondamentali*, M. LOSANO (ED.), Einaudi, Torino, 1960).

cada una de las cuales corresponde, en virtud de la tesis de la correlatividad lógica entre derechos y deberes, una posición subjetiva desfavorable, o un sentido de "deber" correlativo (respectivamente: deber en sentido estricto, no derecho o no pretensión, sujeción, incompetencia o no poder)⁸.

De los cuatro sentidos o significados de "derecho subjetivo" individualizados por HOHFELD (pretensión, libertad, poder, inmunidad) a nuestro parecer la excepción de contrato no cumplido puede configurarse como una *inmunidad*, es decir, como una situación de no sujeción al poder de otro sujeto, quien, a su vez, es *incompetente*, en términos hohfeldianos, para modificar la situación jurídica de su deudor: no puede, en efecto, imponerle el cumplimiento de su prestación. El deudor (-acreedor), a su vez, pudiendo hacer valer esta excepción prevista por el ordenamiento, resultará inmune al reclamo del acreedor (-deudor), en cuanto este último no tendrá el poder de exigirle el cumplimiento, al menos hasta que no proceda a cumplir con la propia obligación a su cargo⁹.

En sentido figurado, aquel que se encuentra en las condiciones de interponer la excepción de contrato no cumplido es titular de un derecho subjetivo (cuyo núcleo es una inmunidad, como ya se precisó) que puede ser entendido como un escudo de protección temporáneo frente a las pretensiones elevadas por su (incumplido) acreedor¹⁰.

Salvo que se prevea legislativa o jurisprudencialmente de forma diferente, como, por ejemplo, en el caso colombiano, donde se prescribe (en cuanto expresamente no prohibida) la obligatoriedad de su reconocimiento de oficio por parte del juez¹¹ (condición, por cierto, aceptada también por alguna jurisprudencia italiana¹²), dicha inmunidad (que es el núcleo del derecho subjetivo)

⁸ Sobre el esquema hohfeldiano ver, p. ej., CELANO B., *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, en *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 1-58; KRAMER M.H., *Rights without Trimmings*, en *A Debate over Rights*, KRAMER, M.H., SIMMONDS, N.E., STEINER, H., (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 7-111.

⁹ HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 42.

¹⁰ Para el deudor la *exceptio non adimpleti contractus* como "paradigma de autotutela preventiva, legítima defensa en derecho privado", ver HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 565.

¹¹ Art. 306 CPC col. (art. 282 nuevo CGP col.).

¹² En este sentido ver, p. ej., *Cass.*, 5 agosto 2002, n. 11728; *Cass.*, 29 septiembre 2009, n. 20870. Contrario, p. ej., GRASSO, B., *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, p. 94 ss., y ROPPO, V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 924: "La excepción del art. 1460 es excepción de parte: el juez interpelado con una demanda de cumplimiento o de resolución no puede rechazarla señalando de oficio que el actor es, a su vez, incumplido". También en contra, e indicando que el reconocimiento de oficio de la excepción de contrato no cumplido realizado por la jurisprudencia (como, p. ej., en el ámbito de controversias derivadas de contratos profesionales: ver *Cass.*, 23 abril 2002, n. 5928 o *Cass.*, 27 Julio 2007, n. 16658) no está justificado (tampoco) con base en un (equivocado) reconocimiento de calidad de principio a la máxima latina *inadimplenti non est adimplendum*: ver BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 44 ss.

está acompañada también (entre muchas otras, como todo derecho subjetivo¹³) por una posición normativa de ventaja correspondiente a una *libertad* (es decir, un *privilegio*) de cumplir¹⁴, o no, su prestación, sin importar que su deudor (-acreedor destinatario de la inmunidad) no tenga el poder de exigir dicho cumplimiento.

En otros términos, el acreedor tiene, en principio, la libertad de renunciar al ejercicio de la excepción de contrato no cumplido, mientras sobre todos los demás sujetos pesa un *no derecho* (una *no pretensión*) de limitar dicha libertad¹⁵.

Se trata de una libertad de renunciar a la excepción que, no obstante, puede ser limitada. Así, (incluso) la previsión normativa de un derecho-libertad de renunciar *a priori* al ejercicio de la excepción de contrato no cumplido mediante una cláusula contractual *solve et repete* –como, p. ej., aquella prevista por el art. 1462 *codice civile*¹⁶–, encuentra, actualmente, (no solo) por disposición legislativa, un límite claro en el ordenamiento jurídico italiano¹⁷ (y, también, p. ej., en el colombiano¹⁸). En efecto, y no obstante la discusiones sobre la justificación, o no, de la cláusula *solve et repete* (discusión ya hace tiempo zanjada por el juez constitucional italiano¹⁹), existe un

¹³ Estoy haciendo referencia a la distinción entre posiciones subjetivas atómicas y posiciones subjetivas moleculares (o, micro-derechos subjetivos y macro-derechos subjetivos): los derechos subjetivos, en realidad, constituyen un agregado de varias posiciones normativas que, sin embargo, no se encuentran al mismo nivel sino que, más bien, algunas resultan ser “axiológicamente prioritarias”: PINO, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 83-86. Para el uso específico del término “micro-derecho”, con referencia al esquema hohfeldiano, ver WELLMAN, C., *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997 pp. 3-16, 74-84; BARBERIS M., *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, en *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 10-11: “En la segunda acepción, ‘derechos’ significa situaciones favorables complejas, o macro-derechos: situaciones complejas respecto a situaciones simples, micro-derechos, que se unen para formarlos. Todos los derechos, sean jurídicos, sean morales, son, en realidad, macro-derechos, agregados de micro-derechos hohfeldianos: diferentes combinaciones, racimos o ‘paquetes’ (*clusters*, *packages*) de libertades, pretensiones, inmunidades, poderes”.

¹⁴ Sin embargo, es importante precisar que los usos de la doctrina y la jurisprudencia italiana muestran que, en ciertos casos, no se excluye (y, en otros, de hecho, se impone) que el titular de la inmunidad cumpla parcialmente su obligación y formule solo una excepción de contrato no cumplido parcial ante el incumplimiento inexacto por parte del destinatario de la excepción. Ver, a favor, BIANCA M., *Eccezione d’inadempimento e buona fede*, en *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Cedam, Padova, 1992, p. 530 ss.

¹⁵ HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, cit., pp. 19 ss.

¹⁶ “La cláusula con que se establece que una de las partes no puede interponer excepciones con el fin de evitar o retardar la prestación debida, no tiene efecto para las excepciones de nulidad, de anulabilidad y de rescisión del contrato. De todas formas, en los casos en que la cláusula sea eficaz, el juez, si reconoce que existen graves motivos, puede suspender la condena, imponiendo, si es necesario, una caución”.

¹⁷ Art. 33, num. 2, ordinal r) (y, en sentido más amplio, el ord. t) *codice del consumo*.

¹⁸ (Con una sanción más penalizadora) ver numeral 8 del artículo 43 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011): “Son ineficaces del pleno de derecho las cláusulas que [...] 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero...”.

¹⁹ *Cort. Cost.*, 12 de noviembre de 1974, n. 256.

acuerdo en presumirla abusiva cuando es pactada a cargo de un consumidor en un contrato (entonces asimétrico²⁰) con un profesional²¹.

2. POR UNA DISTINCIÓN DE LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

En términos generales, las interpretaciones dadas por los actores jurídicos (se alude, en particular, a la doctrina y la jurisprudencia italianas) coinciden tendencialmente en circunscribir la "razón de ser" de la excepción de contrato no cumplido a la exigencia de auto-tutela²² o, para usar la expresión de Benedetti, de "autodefensa"²³ del sinalagma contractual. En el escenario jurídico italiano, la excepción de contrato no cumplido es entendida, entonces, como un instrumento o mecanismo cuya razón, cuya justificación, consiste en garantizar la conservación del contrato en beneficio del cumplimiento de las recíprocas obligaciones, según cuanto establecido por las partes. En otros términos, la excepción de contrato no cumplido estaría dirigida a garantizar que, incluso ante el momentáneo y patológico escenario de incumplimiento, las cosas sigan su propio curso en el marco normativo establecido por las partes y por el ordenamiento jurídico²⁴.

²⁰ Sobre la noción de contrato asimétrico ver, en ROPPO V., *Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo*, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 20, enero-junio 2011, pp. 177-223.

²¹ Sobre el punto ver BENEDETTI, A.M., *La excepción de incumplimiento del (y contra el) contratante débil en el derecho italiano*, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 20, enero-junio 2011, pp. 264 ss.

²² Por ejemplo BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buna fede*, cit. p. 518, caracteriza la excepción como "un remedio provisional que no extingue el contrato sino que, por el contrario, deja abierto el cumplimiento. En efecto, esta es un instrumento de autotutela mediante el cual uno de los contratantes suspende la ejecución del contrato permitiendo a la otra parte regularizar la propia posición". En el mismo sentido, BIGLIAZZI GERI, L., *Eccezione di inadempimento*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1991, p. 332, caracteriza la excepción como un "instrumento de (auto)tutela conservadora". Precisamente la autonomía de la excepción de contrato no cumplido respecto de la resolución contractual ha sido identificada en que la primera (y no la segunda) tiene una vocación (auto)protectora del contrato (sobre los efectos de la resolución ver DELLACASA, M., *Gli effetti della risoluzione*, en *Trattato del contratto, V Rimedi - 2*, Dir. ROPPO, V., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 369 ss.); se trata, en pocas palabras, de un "instrumento dado a la parte para estimular el cumplimiento de la contraparte": ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 924.

²³ BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., *passim*, en especial p. 23, donde precisa que "la autodefensa consiste en un incumplimiento legítimo, que la parte fiel activa para reaccionar al incumplimiento ilegítimo del otro, con el objetivo [...] de reconstruir el equilibrio negocial, actuando el sinalagma y salvando el contrato de una posible crisis irreversible".

²⁴ BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, cit., p. 332 precisa que "la temporánea inexigibilidad de la prestación, que deriva [de la interposición de la excepción de contrato no cumplido], constituye, entonces, el medio para conservar el equilibrio entre las posiciones sustanciales (de derecho y de obligación) constituidas por ambas partes". Enfoque que sin duda se ubica en el marco de lo que se entiende como excepciones dilatorias: a diferencia de la resolución "que tiende a destruir la relación contractual", las excepciones

En tal modo, si el juez decide que la excepción de contrato no cumplido alegada por un deudor no responde a las razón de tutela o, mejor, de autodefensa del contrato, es decir, si el juez decide que se trata de una "fea" (porque sin autodefensa contractual) excepción de contrato no cumplido, el ejercicio de la inmunidad no estaría justificado y, entonces, no podría operar: se hace referencia, por ejemplo, a los casos en que el incumplimiento legitimador²⁵ y/o el legitimado²⁶ es irreversible y, entonces, en ambos casos, el incumplimiento del titular de la inmunidad dejaría de ser temporáneo para convertirse en definitivo (abriendo, eso sí, el espacio a otros escenarios remediales diferentes).

Ahora bien, este derecho-inmunidad, cuyo ejercicio por parte del contratante resulta, a su vez, funcional a la garantía del cumplimiento de la prestación contractual a su favor²⁷, encuentra –además del caso de la identificación de una "fea"

dilatorias "buscan reforzarla garantizando la obligación insegura": SACCO, R. y DE NOVA, G., *Il contratto*, II, UTET, Torino, 2004, p. 675.

²⁵ La doctrina italiana reconoce casi de forma unánime la relevancia del carácter temporal del incumplimiento legitimador y, en esta línea, ha caracterizado la excepción, distinguiéndola de la resolución (sobre el incumplimiento resolutorio ver AMADIO, G., *L'inadempimento risolutivo: la definitività*, en *Trattato del Contratto*, V *Rimedi* – 2, dir. ROPPO, V., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 83 ss.) y, en general, de cualquier otro remedio que quiera poner fin a la relación contractual o que conste su terminación. En efecto, ROPPO, V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 919 ss., habla de la excepción de contrato no cumplido como de un remedio suspensivo, al tiempo que SACCO, R. y DE NOVA, G., *Il contratto*, cit., p. 678, la identifican como un derecho de "auto-exonerarse (temporalmente) de la obligación de cumplir". En el mismo sentido, precisa BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 58 que "cuando el incumplimiento es definitivo e irremediable (y, entonces, cuando la relación contractual se agotó) la excepción prevista por el art. 1460 c.c. no debería poderse utilizar: si el incumplimiento es irreversible, entonces, el remedio a disposición del acreedor insatisfecho –a mayor razón cuando quiera liberarse de la obligación de cumplir la contraprestación– es (o debería ser) la resolución por incumplimiento, acompañada, eventualmente, por la demanda de resarcimiento del daño (inciso 1º del art. 1453 c.c.)". Sin embargo, bajo este entendido, y tal vez con cierta dosis de contradicción, pero favoreciendo las consecuencias prácticas, dada la procedibilidad de la excepción sin la necesaria intervención del juez, ROPPO considera que eventualmente la excepción podría proceder también como respuesta a un incumplimiento legitimador definitivo e irreversible (es decir no temporal): "¿Pero si [el titular del incumplimiento legitimado] no tiene nada que recuperar y no quiere resarcimiento, por qué gravarlo con una iniciativa judicial [que pretenda la declaratoria de resolución] simplemente para que se declare en la sentencia que no debe nada a la contraparte? No hay motivo para negarle el uso de la excepción en vía extrajudicial": ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 922.

²⁶ Posiblemente no será temporáneo y, entonces, no podrá proceder la excepción de contrato no cumplido cuando el titular de la inmunidad la hace efectiva para justificar el incumplimiento de una obligación negativa (que, entonces, podría implicar un incumplimiento legitimado definitivo). Con esta posición BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 69, y ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 923.

²⁷ En este sentido y usando la terminología que GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, Giapichelli, Torino, 2001, p. 44, emplea con referencia al derecho subjetivo de acción, se podría afirmar que la excepción de contrato no cumplido es, junto con otros, un (meta) derecho subjetivo funcional a la garantía de un (macro)derecho subjetivo (que, en términos simples, corresponde a la prestación contractual a favor del titular de la inmunidad).

excepción de contrato no cumplido— otros límites contingentes cuyo contenido específico puede ser determinado por el juez, (1) llamado (p. ej., en el ordenamiento jurídico italiano) a adscribir significado a la locución "buena fe" (art. 1460 inc. 2º *codice civile*)²⁸, o bien (2) llamado (por considerarlo adecuado o necesario) a determinar jerarquías entre específicos derechos subjetivos del destinatario de la inmunidad y los derechos subjetivos de quien la formula.

De un lado, en el caso de la interpretación de la cláusula general de la buena fe —caracterizada, como todas las cláusulas generales, por un alto de grado de indeterminación lingüística²⁹: ambigua en sus términos y vaga en sus significados³⁰— y, entonces, (según los usos) en el caso de la adscripción de contenido a los deberes de lealtad y corrección, se trata de límites a la excepción de contrato no cumplido que se concretizan (siempre en atención al caso concreto, no obstante los esfuerzos por crear modelos generales³¹) en la restricción a su ejercicio teniendo en cuenta, por ejemplo, el valor, la relevancia (gravedad)³² y la razón

²⁸ "En los contratos con prestaciones correspectivas, cada uno de los contratantes puede rehusarse a cumplir su obligación, si el otro no cumple o no ofrece cumplir contemporáneamente la propia, salvo que términos diferentes para el cumplimiento hayan sido establecidos por las partes o resulte de la naturaleza del contrato. / Sin embargo, no puede rehusarse la ejecución si, en atención a las circunstancias, ello es contrario a la buena fe".

²⁹ Sobre la indeterminación lingüística de (y los desacuerdos entre los juristas sobre) las cláusulas generales ver VELLUZZI, V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, y, con un enfoque crítico, pero en la misma línea en relación con la indeterminación, ver CHIASSONI, P.L., *Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica*, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 21, julio-diciembre de 2011, pp. 89-106. En relación específica con la cláusula general de buena fe, con una propuesta dirigida a entender el deber de buena fe (art. 1366 c. *civile*) como la obligación de interpretar las declaraciones contractuales con base en el principio de cooperación según la teoría de Paul Grice, ver POGGI, F., *La buona fede e il principio di cooperazione. Una proposta interpretativa*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2012, pp. 241-268.

³⁰ Indeterminación que se potencia cuando los posibles significados de la cláusula de buena fe se adscriben, también, con base en la interpretación de otras cláusulas generales como, por ejemplo, la de razonabilidad. Para una lectura doctrinal reciente que trata de conciliar estas dos cláusulas en el marco del derecho privado europeo (pero que, al mismo tiempo, deja en evidencia el problema de indeterminación) ver NAVARRETTA, E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, en *Europa e diritto privato*, 4, 2012, pp. 953-980.

³¹ Por ejemplo, BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, cit., p. 522, considera que, en relación con el principio de buena fe, el acto de rehusarse a cumplir es abusivo cuando "a) el incumplimiento [del deudor destinatario de la excepción] consiste en una inexactitud irremediable de la prestación; b) la excepción implica para el deudor consecuencias excesivamente onerosas; c) el incumplimiento es de leve entidad y la excepción implica la extinción de la obligación de quien la interpone; d) la excepción perjudica un derecho fundamental de la persona".

³² En el ordenamiento italiano —en concordancia con la distinción ya enunciada entre la vocación destructiva de la resolución y, en cambio, aquella conservadora de la *exceptio*— la doctrina (y también la jurisprudencia: p. ej., *Cass.*, 6 julio 2009, n. 15796) ha precisado que la relevancia del incumplimiento no debe cumplir con las exigencias requeridas para la resolución del contrato según lo previsto por el artículo 1455 *codice civile*. Con este enfoque los actores jurídicos confirman aquella *ratio* que han identificado en la excepción

(en consideración también del caso concreto³³) del incumplimiento legitimado en relación con el incumplimiento legitimador. Así, por ejemplo, se considera por parte del juez (italiano) que la formulación de la excepción de contrato no cumplido es contraria a buena fe cuando la excepción se formula como consecuencia de un incumplimiento irrelevante en el contexto de la relación sinalagmática³⁴, o cuando se interpone con el propósito de que la contraparte se encuentre en la imposibilidad de cumplir con la propia prestación.

En este contexto, y dependiendo del significado atribuido a la cláusula general de la buena fe al momento de su interpretación, la limitación al ejercicio de la excepción, previo acto de comparación entre incumplimiento legitimado e incumplimiento legitimador, es justificada en cuanto la misma es catalogada por el juez, por decirlo así, como una "mala" excepción de contrato no cumplido, cuya improcedencia implica para el deudor (al menos³⁵) la limitación al ejercicio de la inmunidad y, entonces, la obligación de cumplir con la obligación a su cargo.

Por otro lado, en ciertos casos, cuando, en general, el juez establece una jerarquía entre específicos derechos subjetivos del destinatario de la inmunidad y los derechos subjetivos de quien la interpone, aunque se trata, igualmente, de límites que se concretizan como resultado de una argumentación judicial, el juez identifica situaciones jurídicas de ventaja (p. ej., derechos fundamentales) de los

de contrato no cumplido y que la distancia de la resolución en el marco de los remedios contractuales. El incumplimiento legitimador podrá ser, incluso, de leve entidad, con el riesgo, eso sí, de que el titular del incumplimiento legitimado sea censurado al momento de interponer la excepción, más aún (como recuerda BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 56, haciendo referencia a decisiones jurisprudenciales) si se prueba que la excepción fue formulada con el objetivo de esconder el propio incumplimiento. En la doctrina italiana, sobre la entidad del incumplimiento (particularmente sobre el principio de 'la no poca importancia' del incumplimiento y su eventual aplicación por parte del juez también en el caso de la cláusula resolutoria expresa) en relación con el remedio de la resolución contractual, ver GRONDONA, M., *Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual y cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada*, en *Revista de Derecho Privado*, 20, enero-junio de 2011, pp. 271 ss. Ver también, recientemente, SARTORI, F., *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, ESI, Napoli, 2012, pp. 128 ss.

³³ BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 53, con base también en decisiones jurisprudenciales (Cass. 11 abril 2006, n. 8425), considera que se debe tomar en cuenta, por ejemplo, "las razones reales de incumplimiento de la otra parte, eventual tolerancia del incumplimiento [legitimador] [...] tiempo en el cual la excepción es formulada respecto a la ejecución del contrato" para determinar si la excepción se formula en sintonía con la buena fe. Ver también BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, cit., p. 345.

³⁴ En este evento la jurisprudencia y la doctrina italiana hacen referencia a términos como "razonabilidad" y "proporcionalidad", pero (casi) siempre bajo la óptica de la *irrelevancia* del incumplimiento legitimado y no, en cambio, exclusivamente bajo la óptica de las consecuencias de la potencial prosperidad de la excepción.

³⁵ Decimos "al menos" porque, como precisa BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 50, "la excepción no libera a la parte que la interpone de las consecuencias propias de un normal incumplimiento (y la otra parte puede pedir el resarcimiento por los daños, la resolución del contrato, puede servirse, a su vez, de la *exceptio*, etc.)".

que es titular el deudor (-acreedor) potencialmente destinatario de la excepción; derechos a los que el juez – *independientemente* de la entidad del incumplimiento legitimador³⁶– atribuye un peso más relevante que justifica, en su sentir, una restricción al ejercicio de la inmunidad en cabeza del (entonces, ahora) deudor incumplido que pretende (porque así fue pactado) el previo cumplimiento de la prestación a su favor.

La limitación al ejercicio de la excepción se manifiesta, de este modo, por medio de un razonamiento que excluye la justificación de la excepción de contrato no cumplido mediante un análisis que pareciera prescindir de un juicio sobre la conformidad, o no, del acto procesal (de interposición de la excepción de contrato no cumplido) con los deberes de lealtad y corrección y, en cambio, parece, más, un acto judicial que opera al nivel de la ejecución de políticas públicas encaminadas a garantizar la justiciabilidad, verbigracia, de derechos (fundamentales) sociales³⁷ –(macro)derechos subjetivos conformados por varias posiciones normativas hohfeldianas, cuyo núcleo es una *pretensión* correlativa a, al menos, *un deber en sentido estricto*³⁸ a cargo, p. ej. (pero no solo), del Estado–. Un acto que, más allá de lo declamado por el operador, desborda (o, al menos, modifica) el esquema de razonamiento tradicional sobre el análisis de la procedencia (o no) de la excepción de contrato no cumplido, es decir, el acto (complejo) de comparación entre el incumplimiento legitimado y el incumplimiento legitimador a la

³⁶ Como se verá más adelante (ver *infra* n. 4), este aspecto resulta de fundamental importancia para efectos de la distinción de la "buena" (pero débil) excepción de contrato no cumplido con la "mala" (porque contraria a buena fe) excepción de contrato no cumplido. En efecto, aunque la doctrina y la jurisprudencia tienden a subordinar este acto de jerarquización al "universo" (considerado como) más amplio del significado atribuido a "buena fe", y lo hacen, especialmente, mediante un razonamiento de comparación entre la entidad del incumplimiento legitimado y aquel legitimador (en el ámbito de la protección del equilibrio contractual), lo cierto es que, en el caso que aquí interesa distinguir, subsiste (al menos) una diferencia importante, y es, precisamente, que en el razonamiento del juez, en cambio, es irrelevante la entidad del incumplimiento legitimador que, así, puede ser verdaderamente grave (y, entonces, en los casos "típicos", idóneo para consolidar un incumplimiento legitimado). En otros términos, en el caso que acá interesa, sea cual sea el incumplimiento del destinatario de la excepción, este, según el juez, no genera un incumplimiento legitimado porque el mismo afectaría la tutela de situaciones de ventaja consideradas como más relevantes.

³⁷ Sobre la garantía de las necesidades básicas primarias como propiedad material definitoria de "derechos humanos" a la luz de la concepción de la persona según el Estado social, ver BERNAL, P., *La metafísica de los derechos humanos*, en *Revista del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 25, diciembre de 2010, pp. 132 ss.

³⁸ Sobre el contenido de *pretensión* como posición hohfeldiana y, entonces, del correlativo deber (positivo) ver, recientemente, PINO, G., *Diritti soggettivi*, en *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, PINO, G., SCHIAVELLO, A., VILLA, V. (eds.), Giappichelli, Torino, 2013, pp. 238-240. Para un debate, ya clásico, entre L. FERRAJOLI y R. GUASTINI, sobre la correlatividad lógica (no solo) en relación con los derechos sociales, ver *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, VITALE, E. (ed.), Laterza, Roma, 2007.

luz de los deberes de lealtad y corrección y/o a la luz de la *ratio* de auto-tutela de la relación sinalagmática.

3. (SIGUE.) LA DISTINCIÓN, SEGÚN ALGUNOS USOS, ENTRE LA "BUENA" (PERO DÉBIL), LA "MALA" (PORQUE CONTRARIA A BUENA FE) Y LA "FEA" (PORQUE SIN AUTODEFENSA CONTRACTUAL) EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO³⁹

De este modo, el conjunto de los límites a la excepción de contrato no cumplido no se reduce a los casos acá denominados de "mala" excepción de contrato no cumplido, es decir, a los casos en que su ejercicio es considerado como contrario a la buena fe; sino que va más allá de los casos en que el juez considera que la intención de quien formula la excepción no responde a exigencias de conservación del contrato, esto es, a los casos que se podrían identificar como de "fea" (porque sin autodefensa) excepción de contrato no cumplido.

En efecto, como ya se indicó, al lado de los límites que se configuran como consecuencia del ejercicio de una "mala" excepción de contrato no cumplido y de una "fea" excepción de contrato no cumplido, los actores jurídicos tienden a identificar (aunque no a distinguir con claridad) un tercer tipo de límites que operan en ciertos casos en que el discurso argumentativo de los jueces elabora una jerarquía entre el patrimonio de derechos subjetivos del destinatario de la excepción y los derechos subjetivos que derivan del contrato a favor del titular de la *exceptio inadimpleti contractus*. Este tercer tipo de límites lo identificaremos como "la 'buena' (pero débil) excepción de contrato no cumplido".

¿Por qué "buena"?, y, ¿débil respecto a qué cosa? "Buena" porque, en este caso, el rechazo al cumplimiento no es necesariamente valorable como contrario a buena fe ni tampoco como carente de auto-tutela; débil porque, no obstante lo anterior, otros derechos subjetivos de los que resulta titular el potencial destinatario de la excepción hacen irrelevante la magnitud del incumplimiento legitimador y, al mismo tiempo, entonces, deslegitiman cualquier incumplimiento que el titular de la inmunidad pudiese alegar como incumplimiento legitimado.

En otras palabras, algunos usos de los operadores jurídicos permiten identificar (al menos) tres categorías de límites a la excepción de contrato no cumplido.

En primer lugar, la categoría codificada por el legislador italiano en el inciso 2.º del artículo 1460 del *codice civile*, que hemos calificado en términos de "mala" excepción de contrato no cumplido, derivada de la violación de (lo que se considere que sean) los deberes de lealtad y corrección. En segundo lugar, la categoría de la "fea" (porque sin "autodefensa") excepción de contrato no cumplido, en la que se

³⁹ Con el empleo de los términos "buena", "mala" y "fea" no buscamos formular un juicio de valor propio sobre los diferentes límites a la excepción de contrato no cumplido. Los empleamos, más bien, para representar la forma como los actores jurídicos juzgan, con diferentes matices, las excepciones de incumplimiento cuando las consideran improcedente en casos concretos.

ubican todos aquellos casos en que, a pesar de no poder alegarse la interposición de la excepción como violatoria de (lo que se considere que sea) la buena fe, el ejercicio de la excepción no resulta acompañado por la pretensión de conservación del contrato. En tercer lugar, la categoría de la "buena" (pero débil) excepción de contrato no cumplido, cuando (descartados o superados los análisis sobre la "mala" y la "fea" excepción de contrato no cumplido) el juez considera que las consecuencias de su ejercicio implican el menoscabo de derechos subjetivos del sujeto potencialmente destinatario de la excepción.

Claro, se trata de tres categorías de límites distinguibles en el plano analítico, pero que no se excluyen entre ellos y, de hecho, muchas veces tienden (por ser necesario, por ser conveniente, por ser inevitable, por ser sugestivo) a confundirse en la práctica.

En efecto, la tendencia en los usos de los actores jurídicos es aquella de identificar o, tal vez, combinar estas tres manifestaciones de límites al ejercicio de la excepción de contrato no cumplido, abrazándolas todas, de una forma u otra, bajo el manto de un significado extensivo adscrito a la cláusula general de buena fe (tal vez por ser la violación del significado a esta adscrito el único límite expresamente prescrito por el art. 1640 *codice civile*)⁴⁰. Aquí no adoptaremos una posición sobre (la bondad o maldad de) las argumentaciones aducidas por parte de la doctrina y de los jueces para considerar que siempre que se verifica una limitación al ejercicio de la excepción, la razón de dicho límite está en la identificación de un actuar contrario a buena fe; discusión de índole exquisitamente valorativa (al nivel de las justificaciones externas de la respectiva decisión judicial) que involucra específicas concepciones de la justicia contractual y, entonces, involucra la función

⁴⁰ Con este enfoque —que consideramos diluye una distinción que, en cambio, es relevante y que aquí hemos tratado de referir mediante la distinción entre la "mala" y la "buena" (pero débil) excepción de contrato no cumplido—, verbigracia, BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, cit., p. 530, quien considera contrario a buena fe el incumplimiento de quien alega la inmunidad si el mismo comporta el menoscabo de la integridad física o moral de la persona, como por ejemplo en el caso en el que la prosperidad de la excepción conduciría a la suspensión del servicio de agua potable o a la prestación de medicinas urgentes. El autor considera que, en este caso, la improcedencia de la excepción por violación del deber de buena fe se consolida en cuanto el incumplimiento legitimado es *desproporcionado* frente al daño que generaría. "[E]l interés a la integridad física o moral de la persona es, en efecto, de rango superior a aquel del interés económico, y la tutela del derecho del acreedor no puede, entonces, llegar a sacrificar tal interés". Con el mismo enfoque BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 69, quien considera, en las mismas circunstancias, y dentro del marco de la excepción de contrato no cumplido formulada contra el usuario de servicios públicos esenciales, que la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido generaría un perjuicio *desproporcionado* en cuanto "el servicio puede ser necesario para procurar al usuario bienes primarios, o para satisfacer intereses constitucionalmente protegidos"; en estas situaciones "la buena fe limita porque si el servicio ofrecido a la contraparte satisface una necesidad esencial de la persona o es funcional al ejercicio de un derecho constitucional, la suspensión puede ser realizada sólo como *extrema ratio*, en los casos en que cualquier otro posible 'remedio' resultó infructuoso y el incumplimiento (grave y prolongado) del usuario permanece".

adsrita al contrato como gestor, o no, de un equilibrio entre las prestaciones y como garante, o no, de la justiciabilidad de derechos subjetivos (p. ej., derechos fundamentales) mediante la ejecución de políticas públicas⁴¹.

Lo cierto es que, más allá de la nomenclatura que se adopte para significar estas tres formas de límites a la excepción de contrato no cumplido, el razonamiento judicial (a la luz, no de lo que los actores jurídicos dicen que hacen sino, más bien, de lo que *realmente* hacen) presenta diferencias que conviene tener bien presentes, al menos, con el fin de identificar: (1) cuándo sí, y cuándo no (en este último caso se trataría de la "buena", pero débil, excepción de contrato no cumplido), el límite al ejercicio de la *exceptio inadimpleti contractus* es justificado por el juez exclusivamente con base en la actuación, en el comportamiento del titular de la inmunidad y con base en la entidad del incumplimiento legitimador; (2) cuándo no, y cuándo sí (en este último caso se trataría de la "buena", pero débil, excepción de contrato no cumplido), el límite al ejercicio de la *exceptio inadimpleti contractus* adoptado por el juez tiene la consecuencia de modificar, en la etapa de ejecución del contrato, el orden en el cumplimiento de las prestaciones e, incluso, tiene la consecuencia (al menos parcialmente) de turbar la correspectividad entre las mismas, apuntando a una elección que "tolera" (al menos en ese momento, e independientemente de la importancia) el incumplimiento del destinatario de la excepción, al tiempo que impone (continuar con) el cumplimiento al titular de la inmunidad⁴².

4. LA "BUENA" (PERO DÉBIL) EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO: DOS EJEMPLOS LEJANOS (PERO CERCANOS) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Sin excluir otros escenarios jurisdiccionales⁴³, alguna jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, particularmente en sede de revisión de sentencias

⁴¹ Dentro de la inmensa bibliografía al respecto, ver, p. ej., D'ANGELO, AND., *La buona fede*, en *Trattato di Diritto Privato*, vol. XIII, *Il contratto in generale*, t. IV, dir. BESSONE, M., Giappichelli, Torino, 2004; D'ANGELO, AND., MONATERI, P.G., SOMMA A., *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Giappichelli, Torino, 2005; BARCELLONA, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006; SCOGNAMIGLIO, C., *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, en *Anuario del contratto 2010*, dir. D'ANGELO, AND. y ROPPO, V., Giappichelli, Torino, 2010.

⁴² Ver n. 4.

⁴³ Uno de los eventos en que se podría identificar el límite a la excepción de contrato no cumplido en cuanto "buena" (pero débil) es cuando el juez considera que la excepción es improcedente porque, en ese específico caso, la consecuencia del ejercicio de la excepción afectaría una serie de situaciones de ventaja identificadas (y abrazadas) mediante el empleo de locuciones como "interés general" y/o "interés público" que son consideradas, en ese momento histórico específico y bajo específicas visiones ético-normativas, como más relevantes y jerárquicamente superiores. Se alude, por ejemplo, al caso clásico que operaba en el contexto de la contratación estatal, cuando el juez consideraba que el privado no estaba legitimado para alegar el incumplimiento de la contraparte (Estado) como excepción que legitimase su propio incumplimiento, aun cuando la excepción frente al

de tutela, ha hecho uso del tercer tipo de límites a la excepción de contrato no cumplido, y lo ha hecho, por cierto, sin mencionar la *exceptio* y sin afrontar directamente el fenómeno⁴⁴. En efecto, en dichos pronunciamientos, ante el supuesto de hecho propio de la excepciones de contrato no cumplido, la Corte ha limitado el ejercicio de este derecho-inmunidad, porque, en el caso concreto, la legitimación del incumplimiento generaría, o de ella podría derivar, una lesión de derechos fundamentales de la persona destinataria de la excepción.

requerimiento del Estado resultase (al menos con una visión restrictiva) conforme a buena fe (es decir, no era considerada como una "mala" excepción del contrato no cumplido) y aun cuando su justificación respondiera a una pretensión protectora del contrato (es decir, no era una "fea" excepción de contrato no cumplido). Sobre este ejemplo específico, con particular atención al ordenamiento jurídico colombiano, ver BENAVIDES, J.L., *El contrato estatal. Entre el derecho público y derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 341-345, quien muestra cómo, con posterioridad a la Ley 80 de 1993, el for-mante jurisprudencial colombiano acepta la procedencia de la *exceptio*, si bien de manera poco armónica y en consideración del caso concreto.

⁴⁴ No se está afirmando que la Corte Constitucional no haya abordado expresamente el estudio de la *exceptio inadimpleti contractus* (art. 1609 C.C.) en otras decisiones. De hecho, se ha ocupado del argumento de forma directa, tanto en sede de revisión de sentencias de acción de tutela como en sede de acción de inconstitucionalidad. En estas decisiones, por ejemplo, (1) la Corte ha limitado el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido cuando el titular del derecho-inmunidad formula la excepción, aunque con anterioridad, y en varias ocasiones, se ha allanado a la mora del destinatario de la excepción imputable a su empleador (situación que en el escenario italiano bien podría adecuarse a una "mala" excepción de contrato no cumplido: ver nota 33), siempre y cuando este último actúe de buena fe (en su acepción constitucional: art. 83). En concreto, esta situación se ha presentado, por ejemplo, ante la mora en el pago de la seguridad social por parte del empleador que tiene consecuencias sobre la prestación del servicio de salud a favor del trabajador o trabajadora (p. ej., sentencia T-059/07, M.P.: Alejandro Martínez Caballero) o sobre el reconocimiento del pago de la licencia de maternidad a favor de la trabajadora (p. ej., sentencias T-765/00, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; T-1463/00, M.P.: Fabio Morón Díaz; T-513/01, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett). (2) En otro escenario, y tal vez obviando las distinciones entre la *exceptio* y los remedios que buscan o declaran la terminación de un contrato, la Corte ha considerado la excepción de contrato no cumplido como un principio que fundamenta (entre muchos otros) la legitimidad constitucional de la norma que dispone la terminación automática de un contrato de seguros ante el incumplimiento en el pago de la prima de la póliza, o de los certificados y anexos que en razón de ella se expidan (sentencia C-269/99, M.P.: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano). En fin, y solo para nombrar otro ejemplo, (3) (no obstante los fallos de los que nos ocuparemos a continuación, que fijan límites a la *exceptio*, en la forma de "buena", pero débil, excepción de contrato no cumplido) la Corte considera la *exceptio* como un principio de "lógica incontestable", y lo conecta directamente con una función destructiva del contrato (es decir, entiende el remedio con una vocación lejana a la auto-tutela del sinalagma: "[e]n este escenario le es preceptivo por parte del juez [sic], en actuación de criterios de equidad y equilibrio negocial, aplicar la excepción de *contrato no cumplido* y declarar, en uso de la función jurisdiccional de que está investido, el final de la relación contractual por mutuo disenso") y, entonces, como instrumento idóneo para justificar la terminación del contrato ante el muto incumplimiento; posición seguramente distante de aquella italiana aquí presentada (ver n. 2) que caracteriza la *exceptio* como un instrumento de auto-tutela del acuerdo, claramente diferenciado del remedio de la resolución (sentencia T-537/09, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto).

De este modo, ha decidido en relación con la excepción de contrato no cumplido (tácitamente) invocada en el marco de contratos que tienen por objeto el suministro de servicios públicos domiciliarios esenciales (como el agua) o bien la prestación de servicios públicos suministrados por entes privados (como, p. ej., en el caso de los establecimientos escolares para menores de edad). En estos eventos, la Corte ha identificado una serie de derechos de la persona destinataria de la excepción (a los que por correlatividad lógica corresponden deberes que, en parte, la misma Corte ha adscrito en cabeza del titular de la *exceptio*) a los cuales ha atribuido una relevancia prevalente en términos jerárquicos, en el caso concreto, respecto al derecho-inmunidad en cabeza del titular de la excepción de contrato no cumplido y los derechos a su favor que derivan del contrato.

Se trata de decisiones en las que las razones (la justificación) de la satisfacción de la pretensión económica alegada por el titular de la excepción de contrato no cumplido ceden el paso respecto a las razones (la justificación) de la garantía de derechos fundamentales del sujeto (contraparte) que, si bien ha incumplido (y dicho incumplimiento en un escenario hipotético podría ser considerado como legitimador) se dirige al juez, por vía de acción de tutela, para solicitar que su contraparte continúe la prestación del servicio.

Así, un establecimiento escolar privado que no ha recibido el pago de las mensualidades por parte de los padres de un menor, no puede rehusarse a acogerlo en el plantel educativo alegando la excepción de contrato no cumplido (ni puede, tampoco, rehusarse a cumplir con otras de las obligaciones derivadas del contrato, como la entrega de certificados) en cuanto, según la Corte, las consecuencias derivadas de la interrupción del servicio de educación son más graves (para el menor) que las consecuencias derivadas de la falta de pago de las mensualidades (para el colegio)⁴⁵. Esto, obviamente, sin perjuicio de las acciones necesarias para la recuperación de las sumas debidas.

Claro, estos pronunciamientos de la Corte –que buscan, a su modo, garantizar la justiciabilidad de derechos fundamentales– han contribuido, obviamente como efecto no intencional, a alimentar un comportamiento cultural, no generalizado, que la Corte ha denominado como “la cultura del no-pago”. Al punto que la propia Corte tuvo la necesidad de redimensionar el límite de la operatividad de la excepción de contrato no cumplido, subordinando el campo de inoperatividad al cumplimiento de dos condiciones: en primer lugar, la prueba de la imposibilidad sobrevenida a cumplir (pérdida imprevista del trabajo, enfermedad grave, etc.) y, en segundo lugar, la prueba de comportamientos concluyentes del deudor que indiquen su voluntad de cumplir en el futuro⁴⁶.

⁴⁵ Sentencias SU-624/99, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; T-616/11, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁶ Ver, en relación con la modulación del límite a la excepción de incumplimiento (como consecuencia de la “cultura del no pago”), sentencias SU-624/99, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; T-459/09, M.P.: Humberto Sierra Porto.

En relación con el suministro hídrico, los pronunciamientos de la Corte no son muy diferentes. En efecto, esta considera que (aunque, al menos *prima facie*, a todos debe ser garantizado el mínimo necesario para la garantía de una subsistencia digna) siempre y cuando se garantice el debido proceso del usuario es posible suspender el servicio público domiciliario⁴⁷.

Sin embargo, la posibilidad de suspender el servicio conoce algunos límites establecidos expresamente por la misma Corte. En términos generales, no es posible alegar la excepción de contrato no cumplido, al menos no de forma absoluta, incluso cuando el usuario se sirve del servicio de forma ilegal⁴⁸, cuando ello implique el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos de especial protección⁴⁹. En concreto, no podrá ser suspendido el servicio, sino solo modulado y reducido hasta el suministro del mínimo vital necesario⁵⁰, si, en primer lugar, el beneficiario prueba que en el lugar donde sería suspendido el suministro de agua (o, en general, el servicio público domiciliario esencial) habita un sujeto merecedor de especial protección; en segundo lugar, que la suspensión del servicio puede ocasionar a tal sujeto la violación de un derecho constitucional; en tercer lugar, que la falta de pago del correspondiente del servicio se deba a razones involuntarias, insuperables e incontrolables. Se aclara, de todas formas, que en el caso de personas que se encuentren en grave pobreza, los últimos dos requisitos se presumen si se logra probar el primero⁵¹.

REFLEXIONES FINALES

Como resulta de los pronunciamientos apenas ilustrados, la Corte Constitucional colombiana, aunque no menciona la *exceptio*, de hecho, la limita. Y para hacerlo no resulta relevante el monto del incumplimiento potencialmente legitimador, así como tampoco el comportamiento, el actuar del titular de la inmunidad al momento de interponer la *exceptio*⁵². En el acto de la identificación del límite a la

⁴⁷ El acto de suspensión debe ser debidamente notificado, indicando el motivo y precisando cuáles, ante quién y dentro de qué términos pueden ser interpuestos los recursos. Sobre el punto, y para las referencias a los fallos de tutela, ver sentencia C-150/03, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁸ Sentencia T-793/12, M.P.: María Victoria Calle Correa.

⁴⁹ Sentencia T-616/11, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Además, está excluida la suspensión del servicio cuando afecte gravemente la vida de toda una comunidad o un establecimiento de especial protección constitucional.

⁵⁰ Si con posterioridad a acuerdos de pago, y previa garantía del debido proceso, el sujeto de especial protección no cumple con su correspondiente obligación, solo podrá ser reducido el suministro de agua garantizándole, al menos, cincuenta litros diarios por persona: sentencia T-740/11, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵¹ Sentencia T-717/10, M.P.: María Victoria Calle Correa.

⁵² Claro, excluyendo la eventualidad en que el prestador del servicio actúe contrario al deber de buena fe y, entonces, el ejercicio de la inmunidad configure una "mala" excepción de contrato no cumplido.

excepción de contrato no cumplido, el eventual comportamiento del titular de la *exceptio* conforme a los deberes de lealtad y corrección, así como su pretensión de conservar la relación sinalagmática, no excluye la posibilidad de limitarla: que no se trate de una "mala" o una "fea" excepción de contrato no cumplido resulta irrelevante.

En efecto, catalogar como "buena", pero débil, excepción de contrato no cumplido el reclamo del deudor titular de la inmunidad encuentra su justificación en un razonamiento que desborda tanto el análisis exclusivo de los incumplimientos (legitimador-legitimado) como el análisis de la modalidad como la excepción fue alegada. Más bien, la decisión de imponer un límite a la inmunidad se concentra, especialmente, en el atribución, por parte del juez, de una prioridad axiológica a la justiciabilidad de específicos derechos subjetivos del destinatario de la inmunidad que se verían afectados como consecuencia de la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido, particularmente, como consecuencia de la tolerancia temporal del incumplimiento del acreedor (-deudor) hasta cuando el destinatario de la excepción deje de ser un deudor incumplido.

Y este límite a la *exceptio*, que no afecta, al menos no necesariamente, la conservación del acuerdo, se concretiza, incluso, en un temporal menoscabo de la correspectividad propia del contrato (no porque se invierta el orden en el cumplimiento de las prestaciones a cargo de los co-contratantes, sino) porque, de hecho, y en el caso concreto, al menos parcialmente, el juez considera que se encuentra en la necesidad justificada de "tolerar" (o, incluso, legitimar) temporalmente el incumplimiento de la contra-prestación en la fase de ejecución; "tolerancia" poco compatible con lo que se entiende (en los usos) como un contrato con prestaciones correspectivas; pero, al mismo tiempo, "tolerancia" posiblemente compatible con la justiciabilidad de derechos subjetivos (fundamentales) objeto de tutela.

Pues bien, y finalmente, en este escenario se configura, sin duda, un reto para la práctica judicial, en cuanto el juez –llamado a reconocer (incluso, en el caso colombiano, de oficio) todas las excepciones de fondo alegadas (y, en el caso colombiano, salvo algunas excepciones, también aquellas no alegadas) a favor de la parte demandada–, al momento de determinar la improcedencia de la *exceptio inadimpleti contractus*, deberá tomar en consideración nuevos factores de juicio, sin que sea suficiente la "simple" identificación de un deudor que pretende, contrario a buena fe y/o sin la pretensión de auto-defensa contractual, el previo cumplimiento de una prestación a su favor, cuando él mismo, estando obligado, no ha cumplido, o ha cumplido solo de manera parcial o inexacta, su propia y correspectiva obligación.

En efecto, aun cuando el juez no identifique una "mala" o una "fea" excepción de contrato no cumplido, pareciera que –no obstante el "riesgo" de alimentar la "cultura del no pago" y el "riesgo" de afectar o turbar la naturaleza correspectiva de las prestaciones– deberá, en determinados casos, tomar en consideración las

consecuencias de la prosperidad de la inmunidad y limitarla (al menos parcialmente) cuando la misma pueda ocasionar, o esté ocasionando, una vulneración de derechos subjetivos fundamentales del destinatario de la *exceptio*. Un juez que, además, pareciera también destinatario del deber de configurar los mecanismos adecuados para revertir (al menos en parte) los eventuales "daños colaterales" de su decisión.