BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

RESOLUCIÓN Y SINALAGMA CONTRACTUAL

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2013

ÍNDICE

Pág.

PRÓLOGO 7

ABREVIATURAS 9

CAPÍTULO PRIMERO. **LA CONFORMACIÓN PROGRESIVA DEL SINALAGMA FUNCIONAL** 11

I. DERECHO ROMANO 11

1. S*ynallagma* genético y funcional en el sistema contractual romano 11
2. Desconocimiento de una excepción general de previo incumplimiento 12
3. Inexistencia de una regla general sobre el *periculum* y las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida fortuita 15
4. La inexistencia de una facultad genérica de resolución por incumplimiento 17

A. El pacto de *lex commissoria* 17
B. La *actio redhibitoria* 18
C. El derecho de desistimiento en el arrendamiento de cosas 19
D. La *condictio* recuperatoria de los contratos innominados 19

II. EVOLUCIÓN EN LA EPOCA DEL *IUS COMMUNE* 21

1. Formación y difusión de la *exceptio non adimpleti contractus* 21
2. Recepción y corrección de las reglas romanas del *periculum* 24

Pág.

3. Los precedentes de un sistema general de resolución por incumplimiento 28

III. DEL RENACIMIENTO A LOS CÓDIGOS DE LA ILUSTRACIÓN .. 34

1. Consolidación de la excepción de incumplimiento 34
2. Los diferentes caminos en la solución del problema del *periculum* 35
3. El nacimiento de la resolución por incumplimiento 38

IV. DEL SIGLO XIX A LOS ALBORES DEL SIGLO XXI 41

1. La recepción de la *exceptio non adimpleti contractus* en los modernos Códigos 41
2. La tendencia hacia la liberación de la contraparte en caso de imposibilidad fortuita de la prestación 43
3. La extensión de la resolución por incumplimiento 45

V. LOS NACIENTES TEXTOS DEL DERECHO UNIFICADO 48

1. La «sustantivización» de la *exceptio non adimpleti contractus* 49

A. Convención de Viena 49
B. Principios Unidroit 50
C. Principios de Derecho contractual europeo 52
D. Draft Common Frame of Reference 52

2. La resolución como remedio abierto para los casos de incumplimiento fortuito 53

A. Convención de Viena 53
B. Principios Unidroit 55
C. Principios de Derecho contractual europeo 56
D. Draft Common Frame of Reference 57

3. La resolución como un modo alternativo de eficacia contractual .. 58

A. Convención de Viena 58
B. Principios Unidroit 61
C. Principios de Derecho contractual europeo 62
D. Draft Common Frame of Reference 63

CAPÍTULO SEGUNDO. **LA RECEPCIÓN ESPAÑOLA DEL SINALAGMA FUNCIONAL** 65

I. DE LA RECEPCIÓN AL SIGLO XVIII 65

1. La *exceptio non adimpleti contractus* 65
2. La recepción de las reglas romanas del *periculum* 66

Pág.

3 La inexistencia de rastros de una resolución por incumplimiento 68

II. LA EVOLUCIÓN EN LOS SIGLOS XIX Y XX 69

1. El redescubrimiento de la *exceptio non adimpleti contractus* 69
2. La incertidumbre en materia de riesgos 70
3. La importación de la resolución por incumplimiento 73

III. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN 77

1. La positivización de la *exceptio non adimpleti contractus* 77
2. La incorporación de los riesgos a la regulación del incumplimiento 78
3. La calificación de la resolución como remedio al incumplimiento ... 80

CAPÍTULO TERCERO. **LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y LA DE CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO** ... 83

I. NATURALEZA Y RÉGIMEN PROCESAL DE LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* Y DE LA *NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS* 83

1. Fundamento 83
2. Eficacia procesal de ambas excepciones 84

II. DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES Y EFICACIA DE LA *EXCEPTIO* 88

1. Distinción por sus efectos con el derecho de retención 88
2. Distinción por sus efectos con la compensación 92

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE INCUMPLIMIENTO 93

1. Tipología de contratos a los que se aplica 93
2. Aplicación a los contratos de cumplimiento simultáneo y no simultáneo 95

IV. CONSECUENCIAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO Y DE LA EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO 96

V. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO 99

1. Obligaciones recíprocas aún no cumplidas nacidas de contrato sinalagmático 99
2. Que el que invoca la excepción no esté obligado a cumplir primero 103

Pág.

3. En los contratos de cumplimiento simultáneo, que el que reclama el cumplimiento no ofrezca el suyo 105
4. Conformidad de la *exceptio* con las exigencias de la buena fe objetiva 105

VI. ESPECIALIDADES DE LA *EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS* 107

VII. LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y EL PROBLEMA DEL INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE: REMISIÓN 114

CAPÍTULO CUARTO. **ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO** 115

I. CUATRO CONCEPCIONES RIVALES DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO 115

1. La concepción francesa: resolución judicial con efectos extintivos 115
2. La concepción inicial del BGB y del Derecho suizo: resolución como una forma de inexistencia contractual..... 121

A. El BGB alemán de 1900 122
B. La resolución en el Código de obligaciones suizo..... 124

3. La concepción alemana tras la reforma del BGB de 2001..... 125
4. La concepción de la resolución en el Derecho inglés 131

II. LAS DIVERSAS ALTERNATIVAS A LA HORA DE CONFIGURAR LA RESOLUCIÓN 137

III. RESOLUCIÓN JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL..... 139

1. El planteamiento del problema y la solución de nuestra jurisprudencia 139
2. El *ius variandi* del contratante facultado a resolver 143
3. Modo de ejercicio de la resolución extrajudicial..... 147
4. La necesidad de concluir la evolución: la posibilidad de oponer la resolución extrajudicial por vía de excepción 149

IV. EFICACIA EXTINTIVA O TRANSFORMADORA DEL CONTRATO. 153

1. La inadecuada conceptuación legal como condición resolutoria.... 153
2. La función de la resolución y su lugar entre los remedios al incumplimiento..... 154
3. La equivocada eficacia extintiva del contrato: compatibilidad de resolución, daños y perjuicios y cláusulas de conflicto..... 155

Pág.

4. La eficacia transformadora de la resolución 158
5. La facultad de resolver como derecho potestativo: plazo de ejercicio 159

V. EFICACIA RETROACTIVA DE LA RESOLUCIÓN 161

VI. REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO 162

1. Un vínculo contractual recíproco y exigible. La resolución en los contratos reales, los bilaterales imperfectos y los aleatorios 163
2. El incumplimiento grave por una de las partes. Remisión 169
3. Que la parte que ejercita la resolución no haya incumplido 170
4. Un falso requisito: la posibilidad de restituir 173
5. Un extraño caso de resolución sin incumplimiento: la resolución pedida por ambas partes 175
6. Y una excepción al requisito de no estar en incumplimiento quien resuelve: la resolución por incumplimientos mutuos 175

VII. FUNCIONAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO 177

1. Su relación con otras figuras afines: saneamiento por vicios, remedios de la venta de bienes de consumo, desistimiento unilateral ... 177

A. Resolución y saneamiento por vicios ocultos 177
B. Resolución y remedios en la venta de bienes de consumo 181
C. La facultad de resolver y el desistimiento unilateral de los contratos de duración indefinida 182

2. El ejercicio de la facultad resolutoria en casos de pluralidad 184
3. La resolución y la cesión del contrato o del crédito 189
4. La facultad judicial de conceder plazo al cumplimiento 189
5. El pacto resolutorio expreso 190
6. La resolución por impago del precio en la venta de inmuebles y sus especialidades en el art. 1.504 del Código Civil 193

A. Especialidades del art. 1.504 en los aspectos sustantivos 193
B. Eficacia registral del art. 1.504 200

7. La resolución de pleno derecho del art. 1.505 202
8. Otras normas sobre resolución en el Código Civil 203

CAPITULO QUINTO. **LOS INCUMPLIMIENTOS RESOLUTORIOS** .. 205

I. DIFICULTADES Y TENTATIVAS DE PRECISAR EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO 205

1. El incumplimiento resolutorio, un concepto jurídico 205

Pág.

2. El incumplimiento sustancial *(substantial failure to perform)* y el incumplimiento anticipado *(anticipatory breach)* del Derecho inglés 207
3. El plazo adicional (*Nachfrist*) del Derecho alemán 209

II. EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL COMO EJE DE NUESTRO ACTUAL SISTEMA 211

1. Del subjetivismo de la voluntad deliberadamente rebelde a la objetividad de la frustración 213
2. ¿Carácter principal de la obligación incumplida? El problema de las obligaciones de informar, elevar a público y otorgar el aval de la ley 57/68 216
3. La frustración del interés del acreedor, elemento determinante del incumplimiento esencial 219
4. Zonas oscuras en la jurisprudencia: cumplimiento defectuoso, retrasado y parcial 221
5. Avances jurisprudenciales: término esencial, incumplimiento intencional, incumplimiento esencial predeterminado e incumplimiento anticipado 225
6. Recapitulación y valoración 228

III. LA CONVENIENCIA DE ASUMIR UN SISTEMA BASADO EN EL BINOMIO INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO-PLAZO ADICIONAL... 229

CAPÍTULO SEXTO. **EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN** 233

I. RECAPITULACIÓN PREVIA 233

1. Eficacia transformadora y retroactiva de la resolución 233
2. Algunas precisiones conceptuales: eficacia retroactiva-prospectiva, real-obligacional, *ex nunc-ex tunc* 234
3. Necesidad de una lectura autónoma del art. 1.124 234

II. LIBERACIÓN Y RESTITUCIÓN COMO EFECTO DE LA RESOLUCIÓN. EL POSIBLE RESARCIMIENTO ADJUNTO 235

III. EL MODO DE OPERAR LA RESTITUCIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRACTO ÚNICO 237

1. Integridad, exclusión de otras finalidades y equivalencia de resultados como principios del sistema restitutorio 237
2. Restitución de prestaciones *in natura* y protección de los terceros .. 240
3. La restitución por equivalente y sus posibles excepciones. Los problemas de pérdida o deterioro 247
4. Frutos e intereses 252

Pág.

5. Gastos y mejoras 253
6. Arrendamientos y otros actos de administración 254
7. Recapitulación: efectos reales *ex nunc* y obligacionales *ex tunc*. Forma de operar y plazo de ejercicio 255

IV. EL MODO DE OPERAR LA RESOLUCIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO 257

V. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN EL CONCURSO 258

CAPÍTULO SÉPTIMO. **INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE Y RESOLUCIÓN** 261

I. TRES ENFOQUES DEL INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE EN EL DERECHO COMPARADO 261

1. La *frustration* del Common Law 261
2. La liberación de las prestaciones en el Derecho alemán 271
3. La teoría de los riesgos del Derecho francés 275

II. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE EN EL DERECHO ESPAÑOL 279

1. El silencio del Código y la generalización de la solución sinalagmática 279
2. Soluciones técnicas al problema 281
3. Ámbito de aplicación de la resolución por incumplimiento no imputable 283
4. Exclusiones a la aplicación del remedio resolutorio: compraventa, contrato de obra de carácter personal, arrendamiento de cosa 288

III. LAS DIFUSAS FRONTERAS ENTRE LA RESOLUCIÓN POR INEXIGIBILIDAD Y LA CLÁUSULA *REBUS* 289

BIBLIOGRAFÍA 291

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES UTILIZADAS 303

PRÓLOGO

Quien tenga la tal vez peculiar costumbre de leer Sentencias del Tribunal Supremo, habrá advertido con cuánta frecuencia las cuestiones referidas a la resolución de los contratos ocupan la atención de nuestra jurisprudencia. Si el incumplimiento en general constituye una de las patologías jurídicas de más complejo tratamiento, la aplicación de la resolución se torna numerosas veces un remedio aún más problemático, pues sobre ella se concentran razones y argumentos a menudo contrapuestos: desde el principio de conservación del contrato a la necesaria liberación de la parte perjudicada, y desde el favor debitoris *a la protección integral del crédito.*

A la par que la frecuencia en el tratamiento de la cuestión, otro de los aspectos más destacados de esa jurisprudencia es su misma evolución, poco perceptible quizá en un corto espacio temporal, pero claramente apreciable desde una perspectiva más amplia: si a comienzos del siglo pasado la resolución se consideraba un recurso extraordinario basado en un incumplimiento voluntario y productor de graves consecuencias, hoy la figura ha adquirido carta de naturaleza en nuestro sistema, y extiende su aplicación mucho más allá del ámbito que inicialmente le venía atribuido.

Ni la constante atención de la jurisprudencia, ni sus mencionados desarrollos han pasado desapercibidos a nuestra doctrina y puede decirse que, de un tiempo a esta parte —y en contraposición a una época anterior de cierto desinterés por la figura—, nuestros autores han dedicado una reiterada atención a la materia, sirviendo en muchos casos de guía y orientación al propio Tribunal Supremo. Estudios generales como los de Álvarez Vigaray o Clemente Meoro, y análisis más de detalle como los de Monfort Ferrero o San Miguel Pradera, por no citar la reiterada atención dedicada a la figura por Díez-Picazo y Fernando Pantaleón, han hecho, junto a otros muchos, que la resolución sea hoy concebida como una institución clave de nuestro Derecho contractual, y una de las piedras angulares de su sistema de resolución de conflictos.

Pese a ello, considero que aún queda espacio —y, como bien puede entenderse, seguirá siempre quedando— para un nuevo estudio de la figura. No sólo por los apuntados desarrollos jurisprudenciales, sino por la conveniencia de abordar la resolución en una perspectiva propia: en sus fundamentos históricos, y sus desarrollos actuales, pero, más aún, en el contexto del principio que sirve de fundamento a la figura, el de sinalagma contractual, la mutua interdependencia de las obligaciones en el contrato. En ese sentido, el título del libro pretende responder a su propia concepción. Y a la vez, esa concepción exigía rebasar los límites de la resolución por incumplimiento, para abordar el tratamiento de otras dos cuestiones íntimamente ligadas con la resolución y el sinalagma: la exceptio non adimpleti contractus *y la suerte de la obligación de un contratante en caso de incumplimiento no imputable de la otra parte.*

En este intento de explicación de mis propios presupuestos metodológicos, tal vez pueda ser interesante referir una conversación mantenida hace años con un amigo alemán, que realizaba entonces su trabajo de habilitación en Derecho civil en una Universidad de su país. Preguntado por mi por la diferencia entre un trabajo de doctorado —la tesis—, y un trabajo de habilitación —el extenso estudio allí exigido para dedicarse a la docencia—, y si la variación entre uno y otro, como yo pensaba, se refería sólo a su extensión, me dio una explicación de mayor calado: «no, la diferencia es más bien conceptual, independientemente, al menos a priori*, del número de páginas de que consten; el trabajo de doctorado es un trabajo nuclear, referido a un aspecto puntual de una institución; el trabajo de habilitación, en cambio, supone un estudio en cierto modo transversal, en el que se analiza desde una perspectiva general un principio jurídico que recorre varias instituciones: por su propia concepción, un trabajo de habilitación debe contener en germen varias tesis doctorales». Pues bien, salvando todas las diferencias y evitando cualquier comparación, reconozco que esa conversación y ese punto de vista me ha venido a la cabeza de modo recurrente a medida que realizaba este libro, pues su aproximación a la resolución y a las otras instituciones que en él se tratan se produce de forma transversal, siendo el criterio del sinalagma funcional el que pretende dar unidad a todas sus páginas.*

El número de personas a las que debiera dar las gracias por su ayuda en la redacción de este trabajo es demasiado extenso. De atender a razones de estricta justicia, debiera proceder a una amplia relación —con el consiguiente peligro, basado en mi propia experiencia, de inducir a la omisión de su lectura—. En consecuencia, me permitiré concentrar mi agradecimiento en tres nombres, con los que me encuentro en entrañable deuda: mi maestro, Luis Arechederra, y los profesores Ana Cañizares y José María Miquel, que desde hace años me han adoptado con una generosidad tal vez digna de mejor causa. Sin su estímulo, ejemplo y consejo, este libro nunca habría visto la luz.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONFORMACIÓN PROGRESIVA DEL SINALAGMA FUNCIONAL

I. DERECHO ROMANO

1. *Synallagma* genético y funcional en el sistema contractual romano

Desde Bechmann, se habla de sinalagma genético y funcional para referirse, respectivamente, a los aspectos que podríamos llamar estático y dinámico de la relación de interdependencia de las prestaciones que caracteriza a los contratos[1]. Así, el sinalagma genético se refiere al hecho de que, en los contratos consensuales, el nacimiento de la obligación de cada parte depende del recíproco nacimiento de la otra. Por sinalagma funcional, en cambio, se entiende el hecho de que la prestación de cada parte depende, en su ejecución, del recíproco cumplimiento de la otra. Manifestaciones de ese sinalagma funcional serían, típicamente, la excepción concedida a cada contra-

---

[1] BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht,* I, Erlangen, 1876 (reimpr. Darmstadt, 1965), pp. 540 ss. Es claro que, cuando hablo de sinalagma genético y funcional referido a los contratos, estoy excluyendo la donación, que no entraña en ningún caso la bilateralidad y reciprocidad de prestaciones en que radica el sinalagma, sino sólo una bilateralidad de partes en el negocio. Por otra parte, para los juristas romanos, la donación no podía ser considerada un contrato, sino sólo la causa de un desplazamiento patrimonial (*vid.* D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2004, § 330; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1971, p. 602). La palabra griega «synallagma» sólo aparece en los textos latinos del *Corpus Iuris Civilis* en dos ocasiones, ambas referidas a los contratos con prestaciones recíprocas (Ulp. D. 50, 16, 19 y Ulp. D. 2, 14, 7, 2, que recogen las opiniones de Labeón y Aristón): sobre su origen y significado, recientemente, y condensando aportaciones anteriores, CANNATA, «Labeone, Aristone e il sinallagma», *Iura, Revista internazionale di Diritto Romano e Antico*, 58 (2010), pp. 33 ss. Sobre el concepto contractual romano *vid.* PARICIO, *Contrato — la formación de un concepto*, Pamplona, 2008, en partícular pp. 26 ss.

tante en caso de falta de cumplimiento de la contraprestación (la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, y la con ella relacionada *exceptio non rite adimpleti contractus*), el hecho de que la imposibilidad sobrevenida fortuita de cumplir para una parte determine el perecimiento de la obligación de la otra y la institución de la resolución de los contratos por incumplimiento.

De los dos elementos en que tradicionalmente se desdobla el sinalagma, puede aceptarse que el principio de sinalagma genético estaba presente en los contratos consensuales romanos, al menos desde la época clásica: ello determinaba precisamente una serie de consecuencias, tales como que la inexistencia de la cosa comprada, o su pertenencia ya al comprador, o el hecho de ser *res extra commercium*, o quedar el precio absolutamente indeterminado, produjese la nulidad del entero contrato y no sólo de la prestación afectada por el problema[2].

En cambio, de modo general, debe desecharse la existencia del llamado sinalagma funcional en el Derecho romano, dado que la única manifestación que se encuentra en los textos del *Corpus Iuris Civilis*, la posibilidad de excepcionar frente a la acción de una parte el hecho de que el propio demandante no hubiese cumplido, es de formación muy tardía y aparece referida exclusivamente al contrato de compraventa (*infra* II, 2); más allá de esto, ni existía una regla que determinase que la imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación de una parte determinase la desaparición de la otra obligación (*infra* II, 3), ni que permitiese desligarse del contrato en caso de incumplimiento del otro contratante (*infra* II, 4).

2. Desconocimiento de una excepción general de previo incumplimiento

El momento a partir del cual existe en Derecho romano una interdependencia de las prestaciones contractuales es objeto de un vivo debate. Es

---

[2] Sobre nulidad de la compraventa por inexistencia originaria de la cosa comprada, Pomp. D. 18, 1, 8 pr. y Paul. D. 18, 1, 15 pr.; nulidad por pertenecer ya al comprador la cosa comprada en Pomp. D. 18, 1, 16 pr. y Ulp. D. 50, 17, 45 pr.; nulidad por ser la cosa vendida *extra commercium*, Mod. D. 18, 1, 62, 1; nulidad por falta absoluta de determinación del precio Gai. D. 18, 1, 35, 1 y Ulp. D. 50, 17, 16. Sobre estos y otros textos alusivos a la existencia de sinalagma genético en el Derecho romano clásico, BENÖHR, *Das sogennante Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburgo, 1965, pp. 63 ss.; también KASER, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1971, pp. 529 s. Crítico con el concepto de sinalagma genético, en cuanto que a su juicio la explicación de todas estas soluciones del Derecho romano no debe verse tanto en la interdependencia de las prestaciones —en la relación jurídica—, cuanto en un problema del mismo contrato o acto jurídico al que le falla un requisito de existencia, FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Padeborn, 1990, pp. 99 ss., 107. Con todo, como se ve allí mismo (p. 101), su postura crítica con el concepto de sinalagma genético no pone en duda que la imposibilidad originaria de una prestación provocase en Derecho romano clásico la nulidad del entero contrato.

comúnmente aceptado que en los inicios de la etapa clásica las acciones del comprador y vendedor eran independientes la una de la otra, de forma que cada contratante podía exigir el cumplimiento de la prestación correspectiva sin anticipar u ofrecer el cumplimiento de la suya propia[3]. Sin embargo, es menos clara la evolución que se produjo a partir de entonces. Parte de la doctrina tiende a aceptar que el principio de interdependencia de las prestaciones —según el cual, y de modo general, sólo puede exigir una obligación quien se ha anticipado a cumplir la suya u ofrece su cumplimiento— se desarrolló ya en la misma época clásica, y alegan en su apoyo una serie de testimonios[4]. En cambio, otro grupo de autores, tras detenido análisis de las fuentes, niegan que pueda hablarse de modo general de un principio de interdependencia de las prestaciones, si no es en la misma época de la compilación justinianea, y en el limitado ámbito de la compraventa[5]. Así, a juicio de Wolfgang Ernst, no existía en el periodo clásico una excepción del comprador frente al vendedor referida al hecho de que este último no hubiese entregado aún la cosa vendida: la llamada *«exceptio mercis non traditae»* se refería en esa jurisprudencia clásica a un supuesto particular, el caso de que la venta hubiese sido llevada a cabo por un subastador y éste reclamase al comprador la entrega del precio sin que el vendedor hubiese entregado la cosa[6]. Por su parte, los textos que conceden al vendedor una excepción o un derecho de retención por el hecho de que el comprador no haya pagado el precio, tampoco son susceptibles de generalización pues se refieren a casos particulares en que el vendedor puede requerir de especial protección, ya sea porque le vendió a un menor o un esclavo y éstos sólo responden con su peculio, ya porque el comprador falleció y le sucedieron

---

[3] Así se deduce del texto de Varro, *de re rustica*, 2. 2. 5-6; también Labeo D. 18, 1, 78, 2, aunque el texto puede explicarse también como una especificidad de la compraventa en que, a consecuencia del fallecimiento del comprador, se produce una subrogación de varios herederos en la posición del comprador. Sobre estos textos y la inexistencia de interdependencia de las acciones en los comienzos de la época clásica, BENÖHR, *Das sogennante Synallagma…,* pp. 20-27; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, p. 801, nota 133; ERNST, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages*, Berlín, 2000, p. 25; HKK/*Pennitz*, § 320-322, marg. 7.

[4] BENÖHR, *Das sogennante Synallagma…,* pp. 27 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, p. 530; TALAMANCA, «Vendita (diritto romano)», *ED*, XLVI, Varese, 1993, pp. 303, pp. 374 s.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 801, nota 133.

[5] ERNST, *Die Einrede*…, pp. 18 ss.; CERAMI, «Risoluzione (diritto romano)», *ED*, XL, Varese, 1989, p. 1289 nota 60.; ARANGIO-RUIZ, *La compraventita in diritto romano*, Nápoles, 1954, pp. 214 ss., a cuyo juicio en la época clásica sólo se puede hablar de una tendencia hacia la interdependencia de las prestaciones, pero no de un principio absoluto.

[6] ERNST, *Die Einrede*…, pp. 18 ss. Los dos textos que aparecen en el Digesto sobre la *«exceptio mercis non traditae»* (Paul. D. 44, 4, 5, 4 y Iul. D. 19, 1, 25) son hoy comúnmente reconocidos como interpolados, y en ambos, en su redacción originaria, la venta era llevada por un subastador *(argentarius),* que se hacía prometer del comprador el pago del precio, que este subastador ya había anticipado en parte al vendedor. En este caso particular, tenía sentido dar al comprador, frente a la acción del subastador, una excepción de *«mercis non traditae»,* ya que se trataba de una relación triangular, y por tanto el comprador no podía oponer en su defensa la compensación —fruto del principio de *condemnatio pecuniaria*—, como podía hacer en la compraventa ordinaria.

una pluralidad de herederos, frente a los que se quiere ahorrar al vendedor una pluralidad de procesos exigiendo el precio[7].

La falta de esta interdependencia general de las obligaciones en Derecho romano clásico venía en buena parte suplida, hasta el punto de hacerla casi superflua, por la posibilidad que ofrecía el procedimiento formulario clásico, con su régimen de condena pecuniaria, de oponer frente a la otra parte el instituto de la compensación. Caso de que comprador o vendedor exigiesen el cumplimiento de la contraprestación sin cumplir a su vez la suya, el demandado tenía siempre abierta la posibilidad de oponer la compensación de deudas nacidas del mismo contrato (*ex pari causa*), de modo que el demandante que, sin haber cumplido su prestación, exigía la suya, se encontraba en el peligro de que la compensación de deudas le privase de todo derecho. Esa posibilidad de compensar actuaba así como un estímulo al cumplimiento previo a la demanda[8].

Por ello, no resulta extraño que, al superarse el sistema de *condemnatio pecuniaria*, y abrirse paso el régimen de condena *in natura*, fuesen surgiendo, ya en el Derecho postclásico, los primeros textos que hacen mención, si bien para un limitado número de casos, a la necesidad de haber realizado la prestación o llevar a cabo su ofrecimiento, antes de poder obtener la condena de la otra parte a la contraprestación (C. 4, 49, 8 del año 293; C. 8, 44, 24 del año 294)[9]. Proceso que consolidaron los compiladores justinianeos que, al inclinarse por el sistema de ejecución *in natura* (Inst. 4, 6, 32), sintieron la necesidad de generalizar a todo el régimen de la compraventa el principio de interdependencia de las prestaciones, generalizando la *exceptio mercis non traditae* a favor de cualquier comprador que era demandado por el vendedor cuando éste aún no había cumplido, y concediendo al vendedor un derecho de retención cuando el comprador exigía la entrega sin haber pagado el precio[10].

---

[7] ERNST, *Die Einrede*…, pp. 24 ss.

[8] ERNST, *Die Einrede*..., pp. 42 ss., 52. También APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, París, 1895, p. 64. Sin embargo, este autor pone la *compensatio* en relación con la moderna facultad de resolver los contratos por incumplimiento, cuando parece más acertado, ya que sólo actúa cuando ambas prestaciones están pendientes, ponerla simplemente en relación con la *exceptio non adimpleti contractus.*

[9] En este sentido, ERNST, *Die Einrede*..., pp. 62 ss. Sobre la generalización de la condena *in natura en* la época postclásica, y su consolidación en la Compilación de Justiniano, KASER, *Das römisches Privatrecht*, II, Munich, 1975, pp. 343 s.; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1996, 609 ss. Sobre la influencia del principio de *condemnatio pecuniaria* tuvo en la configuración de la compraventa en el Derecho romano clásico y en algunas de sus particularidades, PENNITZ, *Der «Enteignungsfall» im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Viena, 1991, pp. 249 ss.

[10] Para la *exceptio mercis non traditae*, Paul. D. 44, 4, 5, 4 y Iul. D. 19, 1, 25. Para el derecho de retención del vendedor en caso de falta de pago del comprador, Ulp. D. 21, 1, 31, 8; Ulp. D. 19, 1, 13, 8; Scaev. D. 18, 4, 22. Por su parte, una constitución de Justiniano del año 529-530, recogida en C. 7, 45, 14, concede al juez la facultad de condenar tanto al demandante como al

En consecuencia, parece lo más acertado concluir que el Derecho romano experimentó a lo largo de su historia una evolución tendente a instaurar un sistema de interdependencia de las prestaciones en la compraventa. Pero de ahí no cabe deducir la existencia general de la que luego se llamó *exceptio non adimpleti contractus*. Debe tenerse en cuenta que a lo más que llegaron los compiladores justinianeos es a conceder al comprador y al vendedor unos remedios jurídicos, en forma de excepción y derecho de retención, para el caso de que la contraparte demande una prestación sin haberse adelantado a cumplir. Más allá de eso, sólo está la constitución de Justiniano del año 529-530 (C. 7, 45, 14) que permite al juez condenar a ambos contratantes cuando uno demande del otro el cumplimiento sin haber a su vez cumplido. Pero fuera de este caso, que no concede una *exceptio*, sino una doble *condemnatio*, y que podía conducir por tanto a dos ejecuciones separadas, una previa a la otra, no hay ningún testimonio que extienda más allá de la compraventa la regla de la interdependencia de las prestaciones[11].

3. Inexistencia de una regla general sobre el *periculum* y las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida fortuita

La cuestión relativa a las consecuencias que, para la obligación de una parte, provoca la imposibilidad sobrevenida de la prestación de la otra (la comúnmente llamada «cuestión del *periculum* o de los riesgos»), no recibió en Derecho romano una respuesta unitaria, sino que su régimen dependía del de la concreta relación jurídica de la que se tratase (compraventa, arrendamiento, sociedad, gestión de negocios ajenos)[12]. Centrándonos en los contratos consensuales y sinalagmáticos, y en concreto en la compraventa y en el arrendamiento de cosa, llama la atención la existencia de dos reglas de distribución del riesgo contrapuestas: mientras que para la compraventa regía la regla *«periculum est emptoris»,* según la cual el comprador había de pagar el precio pese a no recibir el bien, en el arrendamiento de cosas regía la regla «periculum est locatoris», de forma que el arrendador no podía exigir la renta en caso de perecimiento del bien arrendado.

---

demandado a cumplir su prestación en el caso de que el primero interponga la acción sin haber cumplido su prestación.

[11] ERNST, *Die Einrede*…, p. 51. BENÖHR, que intenta extender el principio de interrelación de las prestaciones más allá de la compraventa, y en particular al arrendamiento, tiene que reconocer que no hay ningún testimonio de las fuentes en que apoyar esa interrelación (BENÖHR, *Das sogenannten Synallagma*…, p. 100).

[12] Subrayan la inexistencia de una regla general en materia de riesgos, entre otros, SARGENTI, «Rischio (diritto romano)», *ED*, XL, 1989, Varese, p. 1126; ZIMMERMANN, «Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter — condicio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts», *AcP*, 193 (1993), p. 143; también HKK/SCHERMAIER, § 326, marg. 3.