

Nº 176
AÑO LII
JUL. - DIC.
1984

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION
FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES

EL ONUS PROBANDI EN LA EXCEPCION DEL CONTRATO INCUMPLIDO

EMILIO RIOSECO ENRÍQUEZ
Ex Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. La excepción del contrato incumplido, que atribuye el artículo 1552 del Código Civil, en cuya virtud: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos", ha originado desde antiguo el problema de distribuir la carga de la prueba entre acreedor y deudor, para determinar qué supuestos de la acción y de la excepción corresponde demostrar a cada uno de éstos y cuándo deben hacerlo.

2. Básicamente la dificultad ha consistido en que siendo la "excepción non adimpleti contractus" una vía del derecho material o civil, fundada en la conexión de las obligaciones que nacen para cada parte en el contrato bilateral y que, por eso mismo, se impone la no exigibilidad de una de esas obligaciones (prestación del deudor) mientras no haya cumplimiento o principio de cumplimiento de la otra (contraprestación del acreedor), el problema de la carga de la prueba—que incide en un ámbito procesal: el juicio— se ha tratado de resolver enmarcándolo dentro del mismo esquema civil, esto es, del concepto de exigibilidad de la obligación que reclama el acreedor y demandante.

Desde este ángulo, ha podido concluirse que el acreedor-demandante debe acreditar además de la existencia del contrato que invoca, el contenido de la contraprestación que le incumbe y, además, el hecho de haberle dado cumplimiento o de allanarse a cumplirla. Sólo así sería exigible la correlativa obligación del deudor y demandado.

Todo lo anterior en el entendido que las obligaciones recíprocas son de ejecución simultánea ("dando y dando") o que el contrato imponga al acreedor el cumplimiento adelantado de su obligación, porque si no son simultáneas sino que previa la del deudor o si el cumplimiento adelantado corresponde a este último, entonces no tendría el acreedor el onus probandi de su contraprestación ni de haberla cumplido, estando privado el deudor de la excepción del artículo 1552.

En resumen, podríamos decir que de acuerdo con esta doctrina, incumbe al acreedor probar el contenido de su contraprestación y su cumplimiento en la forma señalada, porque serían fundamentos de su acción, y de lo contrario el

deudor opondría la excepción del contrato incumplido por inexigibilidad de su obligación¹.

3. La jurisprudencia ha seguido un criterio variable, pero, en diversos fallos se ha inclinado por la solución doctrinal antedicha.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que "no estando probado que el demandante, al iniciar la demanda, haya cumplido las obligaciones por él contraídas en el contrato bilateral procede acoger la excepción del artículo 1552². Y en los juicios ejecutivos se ha fallado que "el título carece de ejecutividad si no consta en él que el ejecutante haya cumplido por su parte las obligaciones que en el mismo título se le imponen, ello por aplicación del artículo 1552 y porque en tal caso las obligaciones del deudor no son actualmente exigibles"³.

4. Semejante posición doctrinaria y jurisprudencial resulta de aplicar un principio rector del onus probandi que, en nuestro concepto, se basa en una equivocada apreciación jurídica acerca de la carga de la prueba, ya que la vincula no a los elementos constitutivos de la acción, sino al efecto de la excepción "non adimpleti contractus" cual es la exigibilidad o inexigibilidad de la obligación del deudor, elevando tal exigibilidad y su requisito a la condición de fundamento de la acción del acreedor y por ende su prueba con cargo al demandante. Si fracasa en esta prueba, prosperará la excepción del contrato incumplido opuesta por el deudor demandado, sin que tenga este último ninguna carga probatoria.

5. Tan inexacta apreciación sobre el onus probandi tiene dos aspectos que conviene considerar: a) En relación con la exigibilidad y la mora en estas obligaciones y b) En relación con el principio rector del onus probandi.

a) Tocante al primer aspecto, hay que señalar que la excepción tiene por objeto impedir la mora del deudor en virtud de existir también mora de parte del acreedor (recíproca purga de moras), de suerte que, aunque la norma del artículo 1552 se extienda en el hecho a la inexigibilidad de las obligaciones, ello técnicamente por faltar el elemento causa, en relación con el peso de la prueba la cuestión debe situarse en el ámbito de la mora y no de la exigibilidad de las obligaciones. No es necesario abundar sobre las diferencias entre ambas.

Es evidente, entonces, que en este punto la carga probatoria del acreedor está referida a demostrar que el deudor se encuentra en mora por haberse cumplido cualquiera de las condiciones de hecho del artículo 1551 del Código Civil que la configuran y no está referida a probar que el demandante "no se encuentra en mora", puesto que la mora del acreedor es fundamento necesario de la excepción del deudor (artículo 1552) y por lo mismo su prueba de cargo de este último.

b) En cuanto al principio rector del onus probandi aplicable a esta situación, no es posible prescindir aquí del que se acepta en la doctrina desde hace ya bastante tiempo⁴; y que nuestra jurisprudencia ha acogido de manera uniforme y

¹A. Von Tuhr, "Tratado de las Obligaciones". Madrid, 1934, t. 2, pág. 56.

Messineo, "Doctrina General del Contrato". B. Aires, 1952, t. 2, pág. 435.

Luis Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", t. 11, N° 1270, pág. 769.

²Rev. t. 19, sec. 1ª, pág. 359, t. 30, sec. 2ª, pág. 1.

³Rev. t. 21, sec. 1ª, pág. 859, t. 37, sec. 1ª, pág. 18 y t. 48, sec. 1ª, pág. 116.

⁴José Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal y Civil", Madrid 1922, t. 2, pág. 276. Hugo Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", B. Aires, 1942, t. 2, pág. 192. E.J. Couture, "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". B. Aires, 1981, pág. 240.

concluyente⁵, es decir, que procede determinar la carga de la prueba en base a la naturaleza de los hechos cuya significación jurídica es sustentar la acción del actor y la excepción del deudor demandado o las alegaciones de uno y otro, aunque no sean en sentido estricto acciones o excepciones. Es el principio rector del onus probandi del artículo 1698 del Código Civil, aplicado a la relación procesal en que las partes se encuentran con motivo del cumplimiento o incumplimiento del contrato.

Por consiguiente, tratándose de un contrato bilateral, lo primero que hay que señalar es que la conexidad de las obligaciones —prestación del deudor y contraprestación del acreedor— no se comunica a las acciones que uno y otro tienen para hacer efectivos sus respectivos créditos. Son acciones independientes.

De ello se sigue que tanto el derecho del acreedor, formulado por vía de acción, como el derecho del deudor, ejercitado a través de demanda reconvenzional o por vía de excepción (*non adimpleti contractus*), se sustentan en elementos de hecho que son constitutivos específicos en los dos primeros casos e impositivos en el último, hechos cuya prueba corresponde a quien los invoca en su propio interés⁶.

Esta es la razón por qué la carga probatoria del acreedor, en su primera fase, está referida al contenido del contrato que invoca contra el deudor (prestación) y a las circunstancias de hecho que configuran la mora de este último, pero no le incumbe conforme al artículo 1698 del Código Civil probar hechos impositivos ni extintivos de ninguna de las obligaciones que origina el contrato, o sea, relativos al cumplimiento o incumplimiento de su obligación ni de la del deudor, ya que tales hechos no sustentan su acción en esta etapa de la relación procesal.

Distinta es la situación en la etapa siguiente, cuando el deudor haya opuesto la excepción del artículo 1552 y en base a ésta haya probado —porque también puede ocurrir que malogre su prueba— el hecho impositivo que sustenta su excepción: el incumplimiento por parte del acreedor de la contraprestación que tiene o la negativa de este último a cumplir. Sólo entonces surge para el acreedor la carga probatoria opuesta, que consiste en el hecho extintivo: haber cumplido por su parte la contraprestación o estar dispuesto a cumplirla.

De este modo y en etapas sucesivas, el onus probandi se distribuye equitativamente entre ambas partes, con vista al interés que tiene cada una en los hechos que alega y a las situaciones que van quedando establecidas por una relación de continuidad probatoria, de manera que la parte que no acredita determinados hechos consolida de inmediato la prueba de los hechos formulada anteriormente por la contraria. En definitiva es el juez quien, en la sentencia y a través de la valoración de las probanzas aportadas, establece los hechos del juicio y determina si la parte gravada con la carga probatoria cubrió o no esta necesidad que le impone la ley (artículo 1698 del Código Civil), con la consecuencia que deriva de aplicar o no el artículo 1552.

6. Resulta de lo anterior que la tesis sostenida en los párrafos 2º, 3º y 4º precedentes se aparta de la doctrina generalmente aceptada sobre aplicación del principio rector del onus probandi.

Es así porque aquella tesis grava al acreedor-actor, en primera fase, no sólo con la prueba del contrato que invoca y de su contenido, sino además con la

⁵Rev. t. 62, sec. 1º, pág. 379, t. 51, sec. 1º, pág. 176, t. 44, sec. 1º, pág. 450 y t. 39, sec. 2º, pág. 41.

⁶Leo Rosenberg, "La carga de la prueba", B. Aires, 1956, N° 23, pág. 287.

prueba de su contraprestación y del cumplimiento de la misma, hechos estos dos últimos que no son elementos constitutivos de la acción y por lo mismo no conforman su carga probatoria.

7. También se registran sentencias, incluso de casación, que no siguen la tesis impugnada y que, por el contrario, resuelven acoger o no la excepción del artículo 1552 sin gravar al acreedor con la prueba previa del cumplimiento de su contraprestación. Es decir, han reconocido la distribución del onus probandi de acuerdo a los principios generalmente aceptados y llegado a concluir que está gravado el deudor con la carga probatoria del hecho impeditivo en que funda su excepción del contrato incumplido⁷.

8. Cabe mencionar especialmente la sentencia de casación de fecha 7 de julio de 1952 (Rev. t. 49, sec. 1ª, pág. 271) según la cual "si el demandado de incumplimiento del contrato afirma, por vía de excepción, que no lo ha hecho porque el actor a su vez tampoco ha cumplido, importa el ejercicio de un derecho que el ejecutado hace valer y tal afirmación en que la excepción se funda debió ser acreditada por el demandado que la alegó".

En otros términos, no tiene el acreedor la carga probatoria del cumplimiento de su contraprestación, sino que primero el deudor que opone la excepción del artículo 1552 debe probar el hecho o hechos impeditivos en que funda su excepción (incumplimiento del acreedor o no disposición a cumplir).

Los profesores Somarriva y Domínguez Benavente, comentando recientemente este fallo, expresan: "Desde el momento que el ejecutante hace valer en apoyo de la acción un contrato bilateral reconoce que sobre él pesa una obligación, la que debe haber cumplido o estar dispuesto a cumplir. Opuesta por el ejecutado la excepción del contrato incumplido la carga de la prueba queda en el ejecutante. Es éste el que rompe la marcha en el procedimiento y su interés debe llevarlo a probar los hechos que sean el fundamento de la demanda, que delineen y fijen claramente su derecho y acción en juicio. Mientras él no los acredite, no nacerá el interés de la prueba del ejecutado. Pero si en el contrato una de las partes ha tenido que adelantar su prestación, ello determinará la suerte del peso o carga de la prueba"⁸.

No compartimos este planteamiento. Es la misma tesis que hemos impugnado en los párrafos precedentes, vale decir, que ve en la exigibilidad de la obligación del deudor un fundamento o elemento constitutivo de la acción del acreedor, en circunstancias que ya hemos señalado que, en el presente caso, la exigibilidad anotada no es un elemento constitutivo de la acción sino un efecto que se produce al no operar la excepción del artículo 1552. Pero, opuesta tal excepción, tiene el deudor la carga probatoria del hecho impeditivo (incumplimiento de la contraprestación por el acreedor) y sólo entonces, en fase posterior, debe probar el acreedor el hecho extintivo de que ha cumplido o está dispuesto a cumplir su contraprestación.

Adherimos, pues, a la doctrina sentada en el fallo de casación de fecha 7 de julio de 1952, que sin duda significará una jurisprudencia destinada a uniformarse en tan importante materia.

⁷Rev. t. 14, sec. 1ª, pág. 153. T. 26, sec. 1ª, pág. 350. T. 27, sec. 1ª, pág. 331. T. 28, sec. 1ª, pág. 139. T. 45, sec. 1ª, pág. 307.

⁸Manuel Somarriva U., "Las obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia". Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic. 1984, sentencia N° 62, pág. 46.