

## EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

*Por Esteban Cremaschi (A)*

### CONCEPTO

Podemos afirmar que la excepción de incumplimiento contractual es la facultad que tiene una de las partes de un contrato bilateral de no cumplir con su obligación hasta que la otra parte no cumpla la recíproca, o se aliene a cumplirla, salvo pacto en contrario.

El pacto en contrario puede consistir en el plazo o en la cláusula *solve et repete*.

Como veremos más adelante algún sector de la doctrina le da una extensión que supera el campo de la bilateralidad contractual y asimismo se ha sostenido que la misma no funciona en el contrato de sociedad, pese a ser bilateral.

El instituto, también conocido como *exceptio non adimpleti contractus* o como excepción de contrato no cumplido y según Mazeaud "excepción de *tomar y dar*" es receptado por el Código Civil en el art. 1301 al expresar: "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo".

Dicha norma tiene directa vinculación con el art. 510 del Código Civil y se encuentra particularizada en los arts. 1418, 1425, 1426, 1428, 1522, 1599, inc. 1, 1636 etc., del mismo cuerpo legal.

Esta consecuencia propia de la bilateralidad contractual sólo tiene el alcance de evitar temporalmente la pretensión contraria siendo según Colagrosso (*Teoria Generale Delle Obligazioni e dei Contratti* p. 407) una figura en el elenco de medidas de autodefensa privada.

Siguiendo a Massimo (doctrina General del Contrato T. II, p. 431) diremos que la misma vehicula la posibilidad de que un contratante se abstenga legítimamente de cumplir su prestación si no adviene el cumplimiento simultáneo de la prestación correlativa.

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACION COMPARADA

Si bien se discute si la excepción tiene antecedentes en el Derecho Romano, debemos reconocer que al menos algunas aplicaciones del principio fueron recep-

cionadas pudiendo darse como claro ejemplo de lo expuesto la ley 13, 8, lib. 19 Tit. 1 del Digesto, donde se ponen de relieve la reciprocidad de las obligaciones de las partes en la compra y venta, pues si el comprador no ofrece el precio puede el vendedor no entregar la cosa.

No cabe duda que la doctrina de la exceptio alcanzó total vigencia en el derecho intermedio siendo especialmente sustentada y defendida por los canonistas, que dedujeron el principio de la correlación entre las obligaciones reciprocas nacidas de una misma relación jurídica elaborando la máxima "non servandí fidem non est fides servanda".

Sin perjuicio de ello, tardó mucho tiempo la exceptio en ser texto vigente con carácter general en el fenómeno de la codificación moderna, pudiendo afirmar junto con Baadry-Lacantinerie et Baude (Des obligations Nro. 963) que el Código Civil Argentino fue el primero en hacerlo en tal carácter.

Ni el Código Civil Francés, ni el derogado Código Civil Italiano legislaron en forma expresa el instituto, pero el art. 1612 del Código Napoleón y el 1469 del antiguo Código Civil Italiano lo reconocen en la compra y venta y en base a estos textos el instituto fue extendido a todos los contratos que produzcan obligaciones reciprocas, criterio que fue sustentado en la mayoría de las legislaciones, que por diversos acontecimientos políticos y sociales siguieron a la legislación napoleónica.

Debemos destacar que dentro de la doctrina francesa fue donde más tardó en hacerse carne el instituto en examen pues la jurisprudencia de dicho país empleó dos medios que hacían casi completamente inútil el desarrollo de la teoría de la excepción de incumplimiento contractual, estos medios eran la acción resolutoria y el privilegio del vendedor.

A mitad de camino queda el Código Civil Chileno que dispone en su art. 1552: "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 allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

En la legislación Suiza, ya el Código Federal de 1881 sienta el principio en el art. 95, criterio que fue reiterado por el Código Federal de las obligaciones en su art. 82 al expresar: "Cualquiera que persiga la ejecución de un contrato bilateral debe haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia obligación a menos que tenga el beneficio de un término de acuerdo a las cláusulas o naturaleza del contrato".

El Código Civil Alemán de 1900 dispone en su art. 320: "Quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectucción de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente. Si la prestación ha de realizarse para varios, puede ser negada a cada uno la parte a él correspondiente hasta la efectucción de toda la contraprestación. No se aplica la disposición del párrafo 2º, párrafo 3º".

Si ha sido cumplida parcialmente la prestación por una parte, la contraprestación no puede ser negada, siempre que la negativa, según las circunstancias, en especial a causa de la proporcional insignificancia de la parte atrasada, fuese contraria a la fidelidad y buena fe".

El Código Civil de Brasil dispone en su art. 1902: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes antes de cumplida su obligación puede exigir el cumplimiento de la que le incumbe al otro. . ."

El Código Civil del Perú dispone en su art. 1342: "En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido u ofreciere cumplirlo".

El art. 139 del Código Civil Soviético dispone: "En los contratos sinalagmáticos, cada parte tiene derecho a negar a la parte adversa la ejecución hasta tanto haya

recibido la satisfacción que se le debe en pago, a menos que la ley el contrato o la naturaleza de las relaciones jurídicas no obliguen a una de las partes a ejecutar su obligación antes que a la otra".

El Código Civil Boliviano en su art. 573 dispone: "I) En los contratos de prestaciones recíprocas cualquiera de las partes podrá negarse a cumplir su obligación si la otra no cumple o no ofrece cumplir al mismo tiempo la suya a menos que se hubiera convenido otra cosa o de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. II) La excepción de incumplimiento también podrá oponerse cuando el otro contratante ha cumplido sólo parcialmente su obligación; pero no podrá oponérsela y se deberá cumplir la prestación si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuera contrario a la buena fe".

El art. 1460 del Código Italiano de 1942 establece: "En los contratos con prestaciones recíprocas cada uno de los contratantes puede rehusar a cumplir su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya, salvo que las partes hubieran establecido o que de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. Tampoco puede rehusarse a la ejecución si, teniendo en cuenta las circunstancias el rechazo fuera contrario a la buena fe".

El Código Civil Polaco de las obligaciones (año 1934) establece en su art. 315: "Las prestaciones que se deben recíprocamente las partes en virtud de convenciones sinalagrámicas, deben ser efectuadas simultáneamente, salvo que lo contrario resulte del contrato o de la naturaleza de la obligación".

"Cualquiera de las partes puede abstenerse de cumplir su prestación mientras que la otra parte no ejecute la suya".

La consagran también el art. 374 del Código Civil Griego y el 1168 del Código Civil Venezolano.

El art. 85 inc. 2 del Código Civil de la República Democrática Alemana (del 19 de junio de 1975) establece: "Mientras el deudor este en mora el acreedor puede negarle su contraprestación".

El art. 428 del Código Civil Portugués expresa: "Si en los contratos bilaterales no hay plazos diferentes para su cumplimiento, cada uno de los contratantes tiene la facultad de rehusar su prestación hasta que el otro no efectúe la que le corresponde o no ofrezca su cumplimiento simultáneo".

Pensamos que la fuente directa del artículo 1201 del Código Civil, como la de otras tantas del mismo es el Eboço de Freitas, el que en su art. 1955 establece: "Si fueran bilaterales (art. 441) una de las partes no podrá demandar su cumplimiento sin que pruebe que por su parte los ha cumplido, o que su obligación es a plazo, o sin que se ofrezca a cumplirlos".

## FUNDAMENTO JURIDICO

Diversas teorías se han desarrollado para dar fundamento jurídico al instituto que comentamos, situación sumamente comprensible teniendo en cuenta que como lo hemos señalado *ut supra*, en muchas legislaciones dicha excepción no surge de un texto expreso de la norma positiva.

Así se la ha fundado en un precepto de equidad natural, que no necesita demostración (GIORGI), o como una consecuencia del principio de reciprocidad e interdependencia natural de las obligaciones y la buena fe (Spota, Chamorro Vanasco) también la repulsa del dolo (López de Zabala), o en la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales (Moussu Iruarape, Massatta), en

la causa (Domat, Colin et Capitani, Jossérand, Barau, Segovia) en la injusticia que derivaría de lo contrario (Salvat) es la voluntad de las partes (Messineo, Piantoni, Massaud), etc.

La jurisprudencia Nacional también emitió opinión y así la Cámara de Apelación de Rosario (sala I) la fundó en un principio de rigurosa lógica Jurídica, en los autos "VACHERO DE WENDE FRANCISCA C/EL SALADELLO" (L.L. T. LI- pág. 482); la Cámara Nacional en lo Civil (sala C) la fundó en el nexo de interdependencia o conexión que media entre las respectivas obligaciones de los contratantes en autos "BRUNO PEDRO C/ALFORD S.A. (L. L. T. 117 pág. 762) y la Cámara Federal de Tucumán dijo que su fundamento del respecto y la observancia de la bilateralidad contractual, que implica una interdependencia, un vínculo de causalidad recíproca en los autos CARLINO HNOS. S.A. C/COLETTI RICARDO (L.L. T. 122 pág. 107).

## NATURALEZA JURÍDICA

Tradicionalmente se ha visto en el instituto en análisis una verdadera excepción que puede oponer el demandado ante la pretensión de cumplimiento por parte del actor.

Entendemos que el triunfo de la excepción no perjudica el derecho del excepcionado sino que sólo lo posterga en el tiempo por lo que debemos concluir que su naturaleza jurídica es el de una excepción dilatoria, pero habiendo sido concedida por el Código Civil debemos reputarla como excepción dilatoria de fondo.

Admitir que la naturaleza jurídica del instituto es el de una excepción dilatoria implica negar a la misma la de requisito necesario de la acción como pareciera surgir de una primera lectura del art. 1201 del Código Civil.

Siguiendo a Masnatta (Excepción de incumplimiento contractual) pág. 99 podemos decir que clásicamente se cita a Keller y Karlson como defensores de la concepción que ve en la exceptio un requisito de la acción pudiendo citarse en la doctrina nacional a Guillermo Allende (el art. 1201 del Código Civil. Requisito Necesario de la Acción y no Excepción de Incumplimiento de Contrato (L.L. T. 72 pág. 38).

El hecho de considerar a la ENAC como una excepción puede tener gran importancia si la acción de cumplimiento estuviera prescripta, pues un importante sector de la doctrina sostiene la imprescriptibilidad de las excepciones.

Entendemos que la consideración del tema —que tiene profunda importancia jurídica— escapa por su extensión a los límites que nos impusimos al comenzar este trabajo.

Sin perjuicio de ello nos parece de interés recordar que el art. 430 del Código Civil Portugués expresa: "Prescripto uno de los derechos del respectivo titular continúa gozando de la excepción de incumplimiento excepto cuando se trate de prescripción presuntiva".

El art. 312 del mismo cuerpo legal nos aclara que prescripción presuntiva es aquella que se funda en una presunción de cumplimiento.

Debemos recordar asimismo que importante sector doctrinario y jurisprudencial nacional entiende que la ENAC también puede constituir una demanda reconvenzional.

## COMPARACION CON OTRAS FIGURAS

A los fines de aclarar conceptos y circunscribir al instituto en estudio consideramos conveniente compararlo con otras figuras jurídicas que pueden presentar similitudes con la excepción de incumplimiento contractual, marcando en su consecuencia las afinidades y diferencias que pueden existir entre las mismas.

### a) *Con el derecho de retención.*

Según el art. 3939 del Código Civil el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posición de ella hasta el pago de lo que es debido por razón de la misma cosa.

El paralelo entre la figura que nos ocupa y el derecho de retención es notable y así JOSSERAND en "DERECHO CIVIL" T. I num. 42, 584, 1466, 1472/73 sostiene que la excepción no es sino una adaptación a los contratos del instituto de la retención.

Si bien hay paralelismo existen entre ambas figuras, importantes diferencias, el derecho de retención, es una garantía que se ejerce sobre cosas ajenas, mientras que la excepción en general se ejerce sobre cosa propia, el derecho de retención nace de obligaciones concretas pero supone una independencia entre ellas, independencia que no existe en el supuesto de la excepción por ser un efecto propio de la bilateralidad contractual, el derecho de retención solo se ejerce sobre cosas mientras que la excepción cualquier obligación y cuya prestación puede no recaer en cosas.

### b) *Con la excepción de caducidad.*

La excepción de caducidad es el derecho que tiene una de las partes de no cumplir su prestación aunque la de la otra parte esté sujeta a un término, cuando existe de parte de la misma un estado de insolvencia.

La excepción de caducidad surge de lo preceptuado por los arts. 572 y 573 del Código Civil en consonancia con el art. 2002 del mismo cuerpo y se particulariza para la compra y venta en el art. 1419, sin tener nuestro derecho una norma general como el art. 576 del Código Civil Boliviano.

La excepción de incumplimiento en principio funciona cuando quién exige el cumplimiento no tiene plazo pendiente para el pago, lo que no ocurre con el supuesto de caducidad de término, que si lo hay pero ha caducado, en la excepción quién la opone nada debe probar mientras que en supuesto de caducidad será menester acreditar la insolvencia que se invoca y el acreedor podría exigir el cumplimiento afianzando la ejecución de su futura obligación.

### c) *Con la compensación.*

Una de las formas de extinción de las obligaciones es la compensación la que se encuentra delimitada por el art. 818 del Código Civil al disponer: La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y de otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas hasta donde alcanzan la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a existir.

Entre la compensación y la excepción existe cierto paralelismo pues en ambos institutos las partes son deudoras y acreedoras recíprocamente y por esta circunstancia

parece oportuna su comparación sobre todo teniendo en cuenta que de conformidad a lo expuesto por PLANIOL-RIPERT (Derecho Civil T. 6 Nº 439) que la compensación sobre todo la judicial suplió en cierto modo la excepción.

Sin perjuicio de este cierto paralelismo las diferencias entre ambas son nítidas pues la excepción solo dilata el cumplimiento mientras que la compensación extingue las obligaciones hasta la concurrencia de la menor.

#### d) *Con el Pacto Comisorio.*

Para quienes consideramos el "contrato con prestaciones recíprocas" del art. 1204 del Código Civil como sinónimo del contrato bilateral las semejanzas entre el pacto comisorio y la excepción se dan en la circunstancia de ser ambas consecuencias propias de la bilateralidad contractual y por exigir las mismas un incumplimiento pero las diferencias son nítidas en cuanto a sus efectos, el pacto tiende a resolver el contrato mientras que la excepción no pretende extinguir el vínculo contractual sino simplemente paralizar sus efectos hasta tanto la otra parte cumpla u ofrezca cumplir su obligación.

### CONDICIONES DE APLICACION

Entendemos como condiciones de aplicación de la excepción de incumplimiento contractual a las siguientes: a) que exista demanda por cumplimiento de un contrato bilateral; b) inexistencia de pacto en contrario y c) incumplimiento por parte del actor.

De conformidad a lo normado por el art. 1201 del Código Civil debe tratarse de una demanda por cumplimiento de un contrato bilateral. Es decir debe demandarse el cumplimiento de una obligación principal nacida dentro de un contrato que haga surgir obligaciones recíprocas a tenor del art. 1138 del Código citado.

Por lo expuesto surge asimismo la inaplicabilidad de la excepción en los supuestos de bilateralidad imperfecta.

Parte de la doctrina entiende que la exceptio sería aplicable también en otras situaciones donde exista reciprocidad obligacional no nacida de un contrato bilateral como podría ser las restituciones mutuas en caso de anulación de un acto.

Pensamos que atento el texto expreso del art. 1201 del Código Civil no se podrá invocar en tales supuestos la excepción pues la misma se refiere a la demanda por cumplimiento.

Afirmar esto no implica sostener la inaplicabilidad a dichas situaciones de los principios que se especifican en la exceptio, pues en tales supuestos entendemos que no existirá mora de conformidad a lo normado por el art. 510 del Código Civil.

De lo expuesto también se desprende la inaplicabilidad del instituto en los casos de los contratos unilaterales onerosos, volvemos a repetir que el campo de aplicación de la excepción de incumplimiento contractual se circunscribe a la bilateralidad contractual, entendiendo a la misma de conformidad a lo normado por el art. 1138 de el Código Civil.

Corresponde aclarar que consideramos aplicable la exceptio a todo contrato bilateral y siendo el de sociedad de esta especie y considerando, de acuerdo a la actual corriente jurisprudencial que los socios están facultados a exigir a sus asociados el cumplimiento de los aportes, sino desean resolver o excluir, pensamos que en el mismo la exceptio debe funcionar pese a la importante corriente doctrinaria que niega tal

efecto, como Puig Brutau ("Fundamento de Derecho Civil T 2 Vol. 2 p. 405) y Borda (Contratos T11 p. 207) pudiendo citar a favor de nuestra tesis a Enneccerus Lehmann (T. 2, 173 III) y Piantoni (Contratos Civiles 2da. edición, pág. 182 N°11).

Debemos también precisar que consideramos al instituto en análisis como una verdadera excepción dilatoria sustancial por lo que la misma debe ser oportunamente opuesta por el demandado no siendo la misma a nuestro entender un requisito accesorio de la acción, pese que así se pudiera entender en una interpretación excesivamente literal de la norma, al respecto remitimos a lo expuesto ut supra sobre la naturaleza jurídica de la ENAC.

No debe existir pacto en contrario y sostenemos que tal supuesto se da cuando existe plazo para el cumplimiento o se ha establecido la cláusula *et repetit*.

El primer supuesto surge expresamente del art. 1201 y podría ceder en caso de insolvencia pero ya saldríamos del campo propio de la ENAC para caer en la órbita de la excepción de caducidad.

El segundo supuesto del pacto en contrario –*solve et repetit*– no tiene expresa consagración legislativa como ocurre en el Código Italiano (art. 1462) pero entendemos que por el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197) aquí debe ser admitido.

Según Colagrosso, se podrían considerar excluidas también los efectos de la excepción cuando existe la cláusula "pago contra documento".

Por último para que proceda la excepción quién demanda el cumplimiento no debe haber cumplido la obligación a su cargo.

Dicho incumplimiento puede ser total o parcial y en este último supuesto se da el caso de la *exceptio non rite adimpleti contractus* sobre cuyo alcance nos remitimos a lo expuesto infra.

Pero el cumplimiento debe ser grave pues de lo contrario se afectaría el principio de la buena fe contractual establecido en forma genérica en el art. 1198 del Código Civil y podría llegar a ser la oposición de la excepción una conducta abusiva y caer dentro del campo del art. 1701 del mismo Código.

El incumplimiento puede ser paliado cuando al accionar el actor ofrece cumplir; al respecto existe una corriente doctrinaria y jurisprudencial que entiende que por solo hecho de demandar se esta ofreciendo cumplir; entendemos que aceptar esa interpretación es negar directamente el instituto y pensamos que el ofrecimiento de cumplir debe ser expreso y real sin llegar a ser necesaria la consignación de la prestación debida.

## PLURALIDAD SUBJETIVA

Puede ocurrir que una o ambas partes del contrato bilateral se encuentren integradas por varios individuos y puede darse también que una o ambas de las obligaciones recíprocas sean divisibles o indivisibles, lo cual puede generar problemas en la interpretación de la procedencia o improcedencia de la excepción.

Siguiendo las directivas de la legislación alemana Babiloni en su art. 48 proyecta: "Cuando el pago deba hacerse a varias personas puede rehusarse la entrega de la parte que les corresponda hasta que se haya recibido la prestación íntegra". En la nota que les acompaña hasta que se haya recibido la prestación íntegra". En la nota que acompaña: "... se proyecta que, aunque se trate de prestaciones divisibles y haya pluralidad de personas, puede exigirse el cumplimiento total del contrato en los términos en que fue constituido".

En este efecto propio de la bilateralidad contractual pensamos que si las obligaciones a cargo de ambas partes caen dentro del campo de las obligaciones divisibles (arts. 667, 669 o 672 del Código Civil) el demandado no podría oponer la excepción si el actor cumplió su parte de la obligación salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario, pues los principios que surgen de las normas citadas nos enseñan que los créditos y las deudas se dividen en tantas partes cuantos acreedores y deudores tenga la relación obligatoria de tal modo que pueden considerarse a esas partes como si fueran obligaciones independientes entre sí (art. 674 y 691 del Código citado).

Por el contrario si la obligación del actor fuera indivisible este debe cumplirla en su totalidad y de lo contrario puede ser excepcionado. Igualmente si solo la obligación del accionado fuer indivisible y la del actor divisible y este hubiera cumplido solo su parte podría el demandado oponer la excepción.

## CARGA DE LA PRUEBA

Se afirma que en el caso de la Excepción de Incumplimiento Contractual existe una inversión en la carga de la prueba y ello es así pues de acuerdo a las reglas generales del *onus probandi* todo el que alega un hecho debe probarlo, mientras que en la ENAC el demandado al oponerla alega el incumplimiento por parte del actor e incumbe a este último acreditar haber cumplido o que su obligación es a plazo.

Esta inversión de la carga de la prueba surge de lo nomado en forma expresa por el art. 1301 del Código Civil al exigir al actor acreditar los extremos del cumplimiento.

Diverso criterio debemos seguir en el caso del Excepción de incumplimiento parcial pero el tema lo desarrollaremos infra al tratar el instituto.

Respecto a la excepción y al proceso siguiendo a Facchini ("Dei contratti in generale", cap. III N° 5), podemos afirmar que tres supuestos distintos pudieron considerarse: a) Que no sea preciso que el accionado invoque ni pruebe la excepción, b) Que sea necesario que el demandado invoque la excepción pero no que pruebe el incumplimiento del actor y c) Por último que corra a cargo del demandado la invocación y de la excepción y la prueba del incumplimiento.

El primer sistema implicaría considerar a la ENAC no una excepción sino un requisito de la acción y el tercer sistema choca contra el texto expreso de nuestra ley positiva por lo cual se confirma lo sostenido *ut supra*.

## EFFECTOS

Como lo expresamos al considerar la naturaleza jurídica del instituto sostenemos que la misma es la de una excepción dilatoria de fondo y en su consecuencia debemos considerar que el acogimiento favorable de la excepción debe conducir al rechazo de la demanda sin perjudicar el derecho del actor pues le bastará llenar los recaudos legales para poder volver a accionar.

Debemos aclarar que algún sector de la doctrina y jurisprudencia nacionales entienden que no sería necesario rechazar la acción sino que se podría dictar sentencia ordenando el cumplimiento de la obligación del excepcionante bajo condición de cumplimiento de la obligación del actor.

## EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL

Entendemos que quien cumple mal en definitiva no cumple y por lo tanto si quien cumplió parcialmente pretendiere el cumplimiento total de las obligaciones del otro contratante este podría oponer la excepción de incumplimiento parcial también conocida como *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Si bien la misma no ha recibido consagración expresa legislativa con carácter general en nuestro derecho positivo la misma fue recepcionada en diversas normas específicas. Así en el art. 1426 del Código Civil al disponer: "El comprador puede rehusar el pago del precio, si el vendedor quisiere entregar la cosa vendida sin sus dependencias o accesorios, o cosas de especie o calidad diversa de la del contrato; o si quisiere entregar la cantidad de cosas vendidas por partes, y no por junto como se hubiese contratado.

En similar sentido y con relación a la locación de cosas pueden citarse los arts. 1521, 1522 y 1525 del Código Civil.

La falta de una norma de carácter general no impide la recepción en todo contrato bilateral de la excepción de incumplimiento parcial pero en este caso debe extremarse el cuidado de no acoger en derecho una conducta abusiva por tanto el incumplimiento parcial debe ser serio y grave.

Entendemos que en supuesto de la excepción de incumplimiento parcial la carga de la prueba del incumplimiento corresponde al demandado excepcionalmente pues este deberá acreditar el deficiente cumplimiento por parte del actor porque de la oposición de la misma excepción surge el reconocimiento del cumplimiento.