

## La reforma francesa de 2016 al estatuto de la “condición resolutoria tácita”

The french reform of 2016 to the statute of “cancellation implied condition”

José Maximiliano RIVERA RESTREPO\*

**RESUMEN:** La presente investigación tiene por objeto abordar principalmente el contenido de la reforma francesa al estatuto de la llamada condición resolutoria tácita. Previamente, se analizará el fundamento, los presupuestos y efectos del derecho de opción del acreedor en Francia, tanto en los proyectos como asimismo en el actual texto del Código Civil francés, luego de la reforma de 2016.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de opción; resolución; obligación; derechos del acreedor; incumplimiento contractual.

**ABSTRACT:** The purpose of the present investigation is to deal mainly with the content of the French reform to the statute of the so-called tacit resolutive condition. Previously, it will analyze the basis, the budgets and effects of the right of option of the creditor in France, both in the projects as well as in the current text of the French Civil Code, after the reform of 2016.

**KEYWORDS:** Right option; resolution; obligation; creditor’s claim; breach of contract

---

\* Notario Público, Conservador de Bienes Raíces, de Comercio, Minas y Archivero Judicial Suplente de Tocopilla. Profesor de Derecho Civil, Universidad Gabriela Mistral (Chile). Profesor de Derecho Civil, Universidad Gabriela Mistral (Chile). Profesor de Derecho Civil, Universidad San Sebastián. Contacto: <jrivera\_lex@hotmail.com>. Fecha de recepción: 14/12/2017. Fecha de aprobación: 25/04/2018.

En una buena ordenación de las cosas públicas,  
la masa es lo que no actúa por sí misma.

*La rebelión de las masas.*

José Ortega y Gasset <sup>1</sup>

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

**E**n primer lugar, se debe indicar que, dentro del marco de reforma al Derecho europeo de las obligaciones y contratos, se incluyen los cuatro proyectos que, en Francia, se han elaborado para la modificación del Derecho de las obligaciones. Uno de los cuales (el último) se aprobó como ley y vino a reformar el *Code*. La tendencia reformista se hizo patente, a partir de la celebración del bicentenario del *Code* francés.<sup>2</sup> Estas propuestas fueron: (i) el llamado “Proyecto Catala”, elaborado por varios profesores de Derecho civil, presididos por el jurista Pierre Catala; (ii) el “Proyecto de la Chancellerie”;<sup>3</sup>(iii) El “Proyecto Terré”, cuya elaboración estuvo a cargo de una comisión presidida por François Terré, que elaboró un conjunto de observaciones al Proyecto de la Chancellerie;<sup>4</sup> y (iv) la Ordenanza N° 2016-131, de 10 de febrero de 2016, que entró en vigencia el 1° de octubre de 2016, que modificó el Código Civil francés en materia de contratos, reglas generales y prueba de las obligaciones.<sup>5</sup> Los mencionados proyectos, aunque se refieren

---

<sup>1</sup> ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas*, Madrid, Mateu Cromo, 2002, p. 158.

<sup>2</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, C., “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”. Consultado en: <[www.scielo.cl](http://www.scielo.cl), s/f>.

<sup>3</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, *op. cit.*

<sup>4</sup> Cfr. DE VINCELLES, C. A., “La resolution du contrat pour inexécution”, en TERRÉ, François (dir.), *Pour une réforme du Droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 269.

<sup>5</sup> Cfr. SAVAUX, E., “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, en ADC, LXIX (III), 2006, p. 717.

a todo el Derecho de las obligaciones, se centran precisamente en el incumplimiento contractual, por ello, es de vital importancia, hacer alusión a ellos, analizándolos con cierto nivel de detalle.<sup>6</sup> En Francia, la idea de una reforma del Derecho de las obligaciones, se apoyó en los esfuerzos a nivel europeo, con el fin de lograr una legislación comunitaria. Además, algunos países como Holanda y Alemania habían avanzado en esta materia, reformando su legislación. Principalmente la reforma alemana ha tenido un especial impacto en la doctrina francesa y española, pues, Alemania, siendo pionera en esta materia, podría imponerse al resto de los miembros de la Comunidad Europea, y erigirse como el modelo de varias legislaciones a nivel mundial.<sup>7</sup> En honor a la verdad, la idea de un Código civil europeo todavía se ve lejana, aun cuando las variadas directivas europeas intentan darle una mayor competitividad al Derecho obligacional. Es en este marco que se gestaron las propuestas de reforma del Derecho obligacional en Francia. Ante la posible pérdida de influencia del Derecho francés, (frente a los sistemas anglosajón y alemán), y la conservación de cierta identidad nacional, se justificaba un cierto hálito reformista, que infundiera una mayor dosis de modernismo al *Code*, ajustándolo a los nuevos tiempos.<sup>8</sup> Los aires reformadores fueron resistidos por la mayor parte de la doctrina francesa, pero no por el poder político.<sup>9</sup>

Con el fin de presentar la actual regulación del derecho de opción en Francia, es necesario partir por aspectos de carácter general, para luego entrar de lleno en el análisis del tema principal. El artículo 1102 del *Code* define a los contratos sinalagmáticos o bilaterales, en los siguientes términos: "Chacun est libre

---

<sup>6</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, *op. cit.*

<sup>7</sup> Cfr. COLLART DUTHIEUL, F. y DELEBECQUE, P., *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 40 y ss.

<sup>8</sup> Al respecto, y con relación a la influencia del CODE en diversos ordenamientos jurídicos, ver: REVET, T. (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, Ouvrage collectif, 6, Paris, L.G.D.J., 2005, pp. 433 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, *op. cit.*

de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public".<sup>10</sup> Por su parte, el artículo 1106 del mismo cuerpo normativo,<sup>11</sup> dispone que: "Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci".<sup>12</sup> En los contratos bilaterales o sinalagmáticos<sup>13</sup> (denominación utilizada usualmente en Francia),<sup>14</sup> se crean obligaciones recíprocas<sup>15</sup> y, por tanto, cada contratante, es acreedor y deudor a la vez, surgiendo una interdependencia entre ellas.<sup>16</sup> Es decir, el criterio de

---

<sup>10</sup> Cfr. *Code civil*, consultado en: <[http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=450270](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=450270)>.

<sup>11</sup> Esta norma [el autor se refiere al primitivo art. 1102] permite a los jueces "moderar" la aplicación de la negligencia, como causal de responsabilidad. Cfr. PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSOY CALERA, M<sup>a</sup> del C., et al., *Manual de Derecho civil*. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 305.

<sup>12</sup> Cfr. *Code civil*, consultado en: <[http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=450270](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=450270)>. Al respecto, ver también: CANIN, P., *Droit civil. Les obligations*, 3<sup>e</sup> ed., Paris, Hachette Livre, 2007, pp. 55-56.

<sup>13</sup> Cfr. CANIN, *op. cit.*, p. 23.

<sup>14</sup> Sobre este punto, ver: LARROUMET, C., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, III, 5<sup>e</sup> ed., Paris, Economica, 2003, pp. 156-157.

<sup>15</sup> En este sentido, los hermanos MAZEAUD señalan lo siguiente: "Dans les contrats synallagmatiques ou bilatéraux, les obligations créées sont réciproques: chacun des contractants est, à la fois, créancier et débiteur; ces obligations ont pour cause celles de son cocontractant: chacun s'engage envers l'autre, parce que l'autre s'engage envers lui. Plus que réciproques, ces obligations sont interdépendantes: l'existence des unes est subordonnée à celle des autres. C'est le cas de nombreux et très importantes contrats: la vente, l'échange, le louage, etc." MAZEAUD H., MAZEAUD, L. y MAZEAUD, J., *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Sixième Édition par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1978, p. 81.

<sup>16</sup> Cfr. MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., MAZEAUD, L. y CHABAS, F., *Derecho civil. Obligaciones*, I, trad. de Luis Andorno, Buenos Aires, Zavalía, 1997, p. 126.

distinción entre ellos es la existencia de una “[...] réciprocité et l’interdépendance des obligations des parties au contrat [...]”<sup>17</sup> Siendo la importancia de la distinción, el hecho de que sólo en los contratos sinalagmáticos pueden operar: (i) la excepción *non adimpleti contractus* (art. 1219 *Code*);<sup>18</sup> (ii) la resolución judicial<sup>19</sup> y (iii) los riesgos.<sup>20</sup> Aun cuando, en este sentido, algunos autores señalan que, el derecho de opción también opera tratándose de los contratos unilaterales.<sup>21</sup> En este sentido, el primitivo art. 1184 del *Code* disponía que: “La condición resolutoria se sobreentenderá siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las dos partes no cumpla su obligación. En ese caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte con respecto a la cual no se hubiera cumplido la obligación, podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir la resolución con indemnización por daños y perjuicios. La resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido al demandado un plazo según las circunstancias”. Actualmente, la “condición resolutoria tácita” está regulada en el artículo 1226 del *Code*, dispone que:

---

17 Cfr. CANIN, *op. cit.*, p. 56; SAVATIER, R., *La théorie des obligations en Droit privé économique*, Quatrième ed., Paris, Dalloz, 1979, p. 175.

18 El art. 1219 del *Code* señala que: “Une partie peut refuser d’exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l’autre n’exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave”.

19 Cfr. SAVATIER, *op. cit.*, pp. 177 y 178.

20 Cfr. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, pp. 128-129. Ver también: CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 361-362. En este mismo sentido, ver también: BIHR, P., *Droit civil general*, Paris, Dalloz, 2008, p. 204; MILLET, F., *La notion de risque et ses fonctions en Droit privé*, Préface A. Benabent et A Lyon-Caen, Clermont, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2001, pp. 20 y ss.; SAVATIER, *op. cit.*, pp. 177 y 178; VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, Tome Premier, Introduction Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 129.

21 Cfr. CANIN, *op. cit.*, p. 83.

Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.<sup>22</sup>

Por último, hay que decir que en Francia,<sup>23</sup> al igual que en Bélgica,<sup>24</sup> se consagró a la doctrina moderna que habla de “derecho de opción”, noción que reemplazó a la denominación “condición resolutoria tácita”.

## II. FUNDAMENTO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA TÁCITA EN EL DERECHO FRANCÉS

En este punto, me centraré exclusivamente en algunos postulados expresados por la doctrina francesa respecto del fundamento del derecho de opción. Existe, para los clásicos, una voluntad presunta de las partes, en el sentido de que cuando se obligan dos partes recíprocamente, cada contratante presta un consentimiento condicional para formar el acto jurídico, pues, se obliga porque la contraparte a su vez también se obliga. Es así, como se gesta la *exceptio non adimpletis contractus* y el derecho de resolución por incumplimiento contractual. En este sentido, las normas del Código

---

<sup>22</sup> Ver. POUMARÈDE, M., *Cours Droit des obligations*, Paris, Montchrestien, 2011, p. 335; SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, México, Porrúa, 1979, p. 17.

<sup>23</sup> Cfr. LÉGIER, G., *Droit civil. Les obligations*, 19<sup>e</sup> ed., Paris, Dalloz, 2008, p. 101.

<sup>24</sup> Cfr. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 878.

civil francés que se refieren a la *exceptio non adimplenti contractus*, son: los artículos 1219 y 1220,<sup>25</sup> en el título precisamente referido a la “*L’exception d’inexécution*”; 1612 y 1653 (a propósito del contrato de compraventa);<sup>26</sup> 1749 (en torno al arrendamiento)<sup>27</sup> y 1948, (con relación al contrato de depósito).<sup>28</sup> Los mismos autores reconocen un abuso de la voluntad presunta o implícita de las partes, porque, no es cierto suponer que cuando los contratantes que celebran el negocio, piensen en que la contraparte no cumplirá con sus deberes, pues de ser así, lo normal es que no celebren el acto jurídico.<sup>29</sup>

Además, como se vio, en Francia se le concedía al juez la facultad para fijarle un plazo al contratante incumplidor para que cumpla su deber (primitivo art. 1184, inciso 3°, segunda parte), es decir, la mal llamada condición resolutoria tácita nunca ha opera-

<sup>25</sup> El art. 1220 del CODE dispone que: “Une partie peut suspendre l’exécution de son obligation dès lors qu’il est manifeste que son cocontractant ne s’exécutera pas à l’échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais”.

<sup>26</sup> El art. 1612 del CODE dispone que: “Le vendeur n’est pas tenu de délivrer la chose, si l’acheteur n’en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement”. Por su parte, el art. 1653 del CODE señala que: “Si l’acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d’être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu’à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n’aime celui-ci donner caution, ou à moins qu’il n’ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l’acheteur paiera”.

<sup>27</sup> Por su parte, el artículo 1749 del *Code civil*, con relación al contrato de arrendamiento, dispone que: “Les locataires ne peuvent être expulsés qu’ils ne soient payés par le bailleur ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués”.

<sup>28</sup> El artículo 1749 del *Code civil* dispone que: “Le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu’à l’entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt”. Ver PIZARRO WILSON, C., *La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno*, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri. Consultado en: <[www.fundacionfueyo.udp.cl/s/f](http://www.fundacionfueyo.udp.cl/s/f)>, p. 2.

<sup>29</sup> Al respecto, ver CARBONNIER, J., *Droit civil. 4. Les obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1956, pp. 338-396.

*doipso iure*.<sup>30</sup> Con la reforma de 2016 el plazo puede ser establecido por el contratante cumplidor, quien, al notificar la resolución al incumplidor puede otorgarle un término de gracia para que éste cumpla con su obligación. El actual art. 1226 inciso 1° dispone que: “Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable”.

Capitant intenta explicar la facultad resolutoria tácita, a través de la noción de causa; así, la causa, elemento indispensable para el nacimiento de la relación jurídica, continua siendo necesaria en la etapa de ejecución de la misma, de tal forma que, cuando una obligación recíproca no es ejecutada, la otra queda sin causa y por ello, el negocio jurídico no se puede mantener con vida.<sup>31</sup> Para esta doctrina, en los contratos recíprocos, la noción de causa refleja la estrecha relación de dependencia que existe entre las obligaciones sinalagmáticas, ya que, si una de ellas es incumplida, entonces la otra carece de base y no puede subsistir.<sup>32</sup> La explicación anterior supone una ampliación de la noción de causa, pues, este elemento debe estar presente durante toda la vida del contrato, para ello se elaboraron los conceptos de sinalagma genético y sinalagma funcional.<sup>33</sup> Modernamente, y antes de la reforma de 2016, se discutía si la condición resolutoria tácita también se aplicaba a los contratos unilaterales. En este sentido, se señalaba que existen algunas normas del *Code*, que aplican la facultad resolutoria también a los contratos unilaterales, así, en la prenda (artículo 2082, inci-

---

<sup>30</sup> Cfr. GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho civil común y foral. II Obligaciones y contratos*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 77.

<sup>31</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 77-78.

<sup>32</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 78.

<sup>33</sup> Cfr. GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos)*, trad. de la Redacción General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una Introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Madrid, Reus, 1977, p. 215.

so 1º del *Code*).<sup>34</sup> En este sentido, la jurisprudencia ha aplicado el primitivo artículo 1184 del *Code* a los negocios unilaterales en comento,<sup>35</sup> de manera reiterada,<sup>36</sup> de lo que podría concluirse que ha de aplicarse en todo contrato unilateral. En contra de la anterior tesis, se decía que estas normas únicamente le otorgan un derecho de opción al acreedor, pero ello no significa que sean compatibles con la solución otorgada por el primitivo artículo 1184 del *Code*.<sup>37</sup> Actualmente, el art. 1226 no exige que se trate de un contrato sinalagmático para aplicar el derecho de opción, por ello, concluimos que el derecho de opción también tiene aplicación en los contratos unilaterales.

### III. PRESUPUESTOS Y EFECTOS DEL DERECHO DE OPCIÓN EN FRANCIA

Con relación a los requisitos para que opere la facultad resolutoria tácita, en Francia se ha dicho que es necesario: (i) Que se incumpla con alguna obligación contractual. Una de los contratantes no ha cumplido con sus obligaciones, mientras que la contraria cumplió o se encuentra llana a hacerlo; (ii) que se trate de un incumplimiento grave,<sup>38</sup> y (iii) que exista notificación de parte del contratante cumplidor a su contraparte o una sentencia judicial que la declare.

---

<sup>34</sup> Cfr. DELEBECQUE, P. y PANSIER, F.-J., *Droit des obligations*, Paris, Librairie de la Cour de cassation, Litec, 1997, p. 163.

<sup>35</sup> Esta disposición fue reemplazada por el art. 1226, con la Reforma de 2016.

<sup>36</sup> Cfr. TERRÉ, F.; SIMLER, P. y LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 9ª éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 635.

<sup>37</sup> Cfr. TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *op. cit.*, p. 635.

<sup>38</sup> Es interesante este elemento, pues, se trata de exigir que el incumplimiento tenga una cierta magnitud, ya que no siempre puede ser total. Se excluyen, por tanto, los incumplimientos parciales que sean insignificantes. Cfr. LÉGIER, *op. cit.*, p. 102.

En cuanto a la nueva regulación del derecho de opción, la Reforma de 2016 estableció dos cuestiones importantes: (i) el art. 1226 habla de incumplimiento “grave”, aun cuando la jurisprudencia ya se refería a éste; y (ii) se consagra en la ley la resolución unilateral o extrajudicial, institución que también se había acogido jurisprudencialmente en Francia.

En cuanto a este último punto, es decir, en cuanto a cómo opera el derecho de opción en Francia, se ha señalado que éste, a diferencia de la condición resolutoria ordinaria y verdadera, no obra de derecho (*ipso iure*), sino que requiere de un pronunciamiento judicial que lo declare (*ope exceptionis*) o notificación al deudor incumplidor (resolución unilateral).<sup>39</sup> En este sentido, el art. 1224 dispone que: “La résolution résulte soit de l’application d’une clause résolutoire soit, en cas d’inexécution suffisamment grave, d’une notification du créancier au débiteur ou d’une décision de justice”.

La resolución del contrato supone un incumplimiento de la obligación por parte del deudor.<sup>40</sup> Éste incumplimiento puede ser total o parcial. En el primer caso, resulta más fácil para el juez determinar la procedencia de la acción resolutoria; en cambio, cuando se trata de un incumplimiento parcial, es fundamental determinar si éste resulta grave, para proceder a declarar la resolución del contrato.<sup>41</sup> Así lo entendieron en Francia los tribunales, *v. gr.*, la sentencia de la *Cour de Cassation*, de 12 de febrero de 2014 (Caso *Cour de Cassation, Civile, Chambre civile 3, 12 février 2014, 12-28.902, publié au Bulletin*), dispone que: “[...] 5°. *Que l’inexécution de certaines des obligations résultant d’un contrats synallagmatique n’est de nature à justifier sa résolution que si elle présente une gravité suffisante [...]*”.<sup>42</sup> Este criterio fue acogido por la reforma de 2016.

<sup>39</sup> Ver *Ibidem*, p. 101.

<sup>40</sup> Vid. DELEBECQUE y PANSIER, *op. cit.*, pp. 162-163.

<sup>41</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 164.

<sup>42</sup> Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 12 de febrero de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, Chambre civile 3, 12 février 2014, 12-28.902, publié au Bulletin*). En este mismo sentido, Sentencia de la Corte de Casación

Además, la doctrina gala prescinde de la imputabilidad del incumplimiento, en el sentido de que no exige culpa o dolo por parte del contratante incumplidor, para que sea procedente la acción resolutoria, es decir, en otras palabras, la resolución también es procedente cuando estamos frente a una fuerza mayor.<sup>43</sup>

El tribunal, conforme a las circunstancias, podía concederle al contratante incumplidor, un término o plazo, a fin de que éste cumpla su obligación (primitivo art. 1184), facultad que con la reforma de 2016 queda entregada al contratante cumplidor. Este plazo se justifica, toda vez que el juez tiene competencia para determinar la importancia del retraso o del incumplimiento, ya que la resolución se puede solicitar aun cuando el incumplimiento no sea culpable o doloso,<sup>44</sup> salvo algunos casos de excepción, en que opera *ipso iure*.<sup>45</sup>

La resolución por incumplimiento exige como presupuesto básico, que el contratante que hace uso de la opción, solicitando la resolución del contrato no se encuentre en situación de incum-

---

francesa, de 25 de marzo de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 25 mars 2014, 12-29.534, publié au Bulletin*); Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 27 de noviembre de 2013, (Caso *Cour de Cassation, chambre sociale, 27 novembre 2013, 12-26.376, publié au Bulletin*); Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 30 de octubre de 2013, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre civile 3, 30 octobre 2013, 12-22.310, publié au Bulletin*); Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 10 de julio de 2012, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 10 juillet 2012, 11-20.060, publi*) y la Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 29 de junio de 2010, (Caso *Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 29 juin 2010, 09-11.841*). Cfr. <www.vlex.com>. Con relación a la gravedad del incumplimiento, los franceses MAZEAUD y MAZEAUD, señalan que: "*Toute inexécution, quelle que soit son importance, n'entraîne pas nécessairement résolution: le juge dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier le degré de gravité de l'inexécution susceptible d'entraîner la résolution. Il appréciera si ce mode de réparation excède ou non le dommage*". MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., MAZEAUD, L., *op. cit.*, p. 1108.

<sup>43</sup> Cfr.: MÉLIN, F., *Droit des obligations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, pp. 134-135.

<sup>44</sup> Cfr. GIORGI, *op. cit.*, p. 218.

<sup>45</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 218-221.

plimiento.<sup>46</sup> Es claro, según la legislación francesa (art. 1226), que el derecho de opción constituye una facultad para el contratante cumplidor,<sup>47</sup> pudiendo solicitar el cumplimiento forzado,<sup>48</sup> *in obligatione*, notificándole al deudor, o la resolución del contrato a su propio riesgo, *in faculiate petitiones*.<sup>49</sup> Una vez declarada la resolución, el negocio resuelto se considera no haber sido celebrado.<sup>50</sup> En cuanto a la constitución en mora del contratante incumplidor,<sup>51</sup> como requisito básico de la acción resolutoria, se ha dicho que, al igual que el derecho de opción, requiere de una notificación o de una demanda judicial para operar. Éstas tienen la virtud de intimar al contratante negligente a cumplir, constituyéndolo en mora.<sup>52</sup> En este sentido, se agrega que es necesario que el deudor esté constituido en mora para que el contratante cumplidor pueda solicitar la resolución y una indemnización por daños y perjuicios.<sup>53</sup> Y una vez declarada la resolución del contrato, éste se entenderá no haber existido jamás, retrotrayéndose los efectos de la resolución al mismo instante anterior a la celebración del acto jurídico resuelto.<sup>54</sup> Asimismo, es interesante remarcar que en Francia, se estableció la ruptura unilateral del contrato, que había sido consagrada jurisprudencialmente, antes de la reforma de 2016.<sup>55</sup> Al

---

<sup>46</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 223.

<sup>47</sup> Ver MALAURIE, P.; AYNÈS, L. y STOFFEL-MUNCK, P., *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, p. 424.

<sup>48</sup> Ver HESS-FALLON, B. y SIMON, A.-M., *Droit civil*, 6<sup>o</sup> ed., Paris, Dalloz, pp. 330 y ss.; SÉRIAUX, A., *Manuel de Droit des obligations*, Paris, Press Universitaires de France, 2006, pp. 74 y ss.

<sup>49</sup> Cfr. GIORGI, *op. cit.*, pp. 223-224.

<sup>50</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Málaga, Marcial Pons, 2013, p. 117.

<sup>51</sup> Cfr. DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, pról. de José Luis de los Mozos, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1981, pp. 176-177.

<sup>52</sup> Cfr. GIORGI, *op. cit.*, pp. 225-226.

<sup>53</sup> Ver MÉLIN, *op. cit.*, p. 135.

<sup>54</sup> Cfr. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *op. cit.*, p. 20.

<sup>55</sup> Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986, p. 43.

igual que la legislación belga, en Francia, se fue consagrando de forma discreta, la resolución unilateral del contrato, hasta terminar siendo acogida expresamente por el art. 1226 del *Code*.<sup>56</sup>

#### IV. UNA MENCIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Con relación al principio de fuerza obligatoria de ley de los contratos entre las partes,<sup>57</sup> puedo indicar que éste, tanto en el Derecho continental como en el anglosajón, se erigió en el siglo XIX como uno de los principios más relevantes en materia contractual.<sup>58</sup> En Francia, la doctrina más moderna libera a la judicialidad como carácter esencial de la resolución por incumplimiento,<sup>59</sup> doctrina que, como se vio fue establecida en el art. 1226. Antes de la reforma de 2016, la doctrina francesa se apoyaba en textos como los Principios UNIDROIT, que contemplan la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato por incumplimiento.<sup>60</sup>

De existir la resolución extrajudicial, el control judicial de la misma (ante la eventual reclamación efectuada por el deudor incumplidor), se produce *ex post*, dejando de tener carácter preventivo (resolución judicial), posibilitándole al acreedor decidir el carácter de la resolución, asumiendo éste el riesgo que pudiera significar una u otra.<sup>61</sup> Frente al posible abuso por parte del acreedor cumplidor, de la facultad resolutoria extrajudicial, se deben

---

<sup>56</sup> Ver DELEBECQUE y PANSIER, *op. cit.*, p. 109; MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., MAZEAUD, L., *op. cit.*, p. 1109.

<sup>57</sup> Cfr. MALAURIE, P. y AYNÈS, L., *Cours de Droit civil. Obligations*, 9<sup>e</sup> ed., Paris, Cujas, 1998, p. 347.

<sup>58</sup> Cfr. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 152-153.

<sup>59</sup> Cfr. BÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 10<sup>e</sup> ed., Paris, Montchrestien, 2005, p. 269; PIZARRO WILSON, *op. cit.*, p. 13.

<sup>60</sup> Cfr. BÉNABENT, *op. cit.*, pp. 269-270.

<sup>61</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, *op. cit.*, p. 14.

establecieron rigurosos requisitos para que opere la misma.<sup>62</sup> En este mismo sentido, la Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 25 de marzo de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 25 mars 2014, 12-29.534, publié au Bulletin*), antes citada,<sup>63</sup> se ha centrado en el requisito de la gravedad del incumplimiento, pues, se pretende evitar que un incumplimiento mínimo signifique la declaración de resolución del contrato. Pero, ¿acaso esto no es válido para ambos tipos de resolución? o, ¿es privativo de la resolución judicial? Pareciera que no, pues, la gravedad del incumplimiento justifica toda clase de resolución contractual, sea judicial o extrajudicial.<sup>64</sup> La gravedad del incumplimiento, debe valorarse conforme a si es posible la mantención del acto jurídico. Así lo ha entendido la jurisprudencia francesa, en una sentencia de 28 de octubre de 2003, la Corte de Casación reconoció la posibilidad de resolución unilateral, cuando la gravedad de la conducta infractora de uno de los contratantes, justifique que la contraria ponga fin de manera unilateral al contrato, por su cuenta y riesgo, con prescindencia del carácter definido o indefinido del contrato.<sup>65</sup> Antes, la jurisprudencia gala había acep-

---

<sup>62</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, *op. cit.*, p. 14.

<sup>63</sup> Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 25 de marzo de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 25 mars 2014, 12-29.534, publié au Bulletin*). Cfr.: <www.vlex.com>. Al respecto, ver también: Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 20 de noviembre de 2013, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre sociale, 20 novembre 2013, 12-30.100, publi*); Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 15 de marzo de 2011, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 15 mars 2011, 09-71.934, publi*); Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 19 de junio de 2012, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 19 juin 2012, 11-13.176, publié au Bulletin*); Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 18 de noviembre de 2009, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre sociale, 18 novembre 2009, 08-19.419*); Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 21 de junio de 2004, (Caso *Cour de Cassation, chambre sociale, 21 juin 2004, 02-43.793*); y la Sentencia de la *Cour d'appel de Limoges*, de 28 de junio de 2013, (Caso *Cour d'appel de Limoges, 28 juin 2013, 12-00825*). Cfr. <www.vlex.com>.

<sup>64</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, p. 119.

<sup>65</sup> Cfr. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 900.

tado la resolución unilateral del contrato, por estado de necesidad y en casos urgentes.<sup>66</sup> En 1998 había fallado con otro criterio, bastando para la resolución judicial que el incumplimiento tenga la gravedad suficiente que justifique la resolución del contrato. La jurisprudencia reconoció que se estaba violando el principio de fuerza obligatoria de los contratos, pero estimó que era una infracción tolerable, y, además, presentaba efectos positivos que ayudaban a descongestionar la labor judicial.<sup>67</sup> Por otra parte, el control *a posteriori* que puede realizar el juez, no sería otra cosa que la aplicación de la teoría del abuso del derecho. El acreedor puede declarar unilateralmente la resolución del contrato, cuando no exista un incumplimiento grave de parte del deudor, sino estaría realizando un ejercicio abusivo de su derecho de crédito. Es aquí, donde nuevamente aparece la buena fe<sup>68</sup> como justificante, esta vez, de la teoría del abuso del derecho, pues, el juez deberá rechazar la pretensión resolutoria, cuando aparezca claramente establecido que el incumplimiento no reviste el carácter de gravedad suficiente, ya que, en este caso, no se lesionan los intereses del acreedor cumplidor.<sup>69</sup> Además de la gravedad del incumplimiento, para que sea procedente la resolución unilateral del contrato, se necesita que el acreedor cumpla el procedimiento de la misma, ello significa que el acreedor deberá notificar su decisión al deudor, debiendo probar el acreedor haber efectuado dicho aviso, en caso que el juez proceda a revisar la resolución.<sup>70</sup> En la notificación, el contratante cumplidor puede concederle un plazo al deudor, para que éste cumpla su obligación. Este lapso sirve para confirmar el carácter de gravedad del incumplimiento.<sup>71</sup> Como cuarto presupuesto de ejercicio de la resolución unilateral, se encuentra la necesidad de motivar la declaración unilateral de resolución

---

<sup>66</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 904.

<sup>67</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, *op. cit.*, pp. 14-17.

<sup>68</sup> Cfr. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 168.

<sup>69</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, *op. cit.*, p. 17.

<sup>70</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 17-18.

<sup>71</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 18.

del contrato.<sup>72</sup> Reunidos estos elementos, es procedente la declaración unilateral de resolución por incumplimiento, pudiendo el acreedor hacer valer esta facultad. La resolución extrajudicial le permitiría al acreedor evitar los daños y perjuicios, que pudiera ocasionarle recurrir a un procedimiento judicial, para resolver el contrato.<sup>73</sup> En el persistir el incumplimiento luego de ser notificado el deudor, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato.<sup>74</sup> Por último, una vez declarada la resolución del contrato, ésta opera retroactivamente,<sup>75</sup> borrando *ex tunc* los efectos del negocio.<sup>76</sup> En este sentido, la doctrina francesa ha postulado en forma reiterada que la resolución opera en forma retroactiva, es decir, el contrato se considera no haberse celebrado jamás (efectos *ad initio*), salvo que se trate de un contrato de ejecución sucesiva. En éstos, la resolución (*résolution*) adquiere el nombre de *résiliation* (resciliación), produciendo sus efectos para el futuro.<sup>77</sup> Con todo, la resolución unilateral, como apunta la doctrina, envuelve ciertos inconvenientes, principalmente en lo que se refiere a su armonización con el plazo de gracia o cortesía. En efecto, el acreedor requerirá de pago al deudor, una vez cumplido el plazo que tiene el deudor para cumplirla, y quizás, le fije un término de gracia para que éste cumpla, advirtiéndole que procederá a resolver el contrato si no cumple su obligación. La doctrina ha juzgado conveniente generalizar esta hipótesis para los casos en que el incumplimiento tenga el carácter de leve o estemos frente a un cumplimiento defectuoso, ya que, en estos casos, el acreedor no tiene la certeza de que ganará el juicio de resolución del contrato.<sup>78</sup> En la doctrina francesa, se ha dicho que una vez decretada la resolución del contrato, ésta opera con efecto retroactivo, es decir, el negocio se

---

<sup>72</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 18.

<sup>73</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 18.

<sup>74</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 18-19; DE VINCELLES, *op. cit.*, pp. 270-271.

<sup>75</sup> Cfr. DELEBECQUE y PANSIER, *op. cit.*, p. 164; MÉLIN, *op. cit.*, p. 135

<sup>76</sup> Cfr. GIORGI, *op. cit.*, p. 228.

<sup>77</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, *op. cit.*, p. 116.

<sup>78</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, t. VI, pp. 8239-8240. Arts. 1043 a 1264,

tiene por no celebrado, por ello, las obligaciones que hubieren nacido, pero que no se hayan cumplido, se extinguen; mas, las obligaciones nacidas y cumplidas, generan un derecho de repetición a favor del contratante que hubiera entregado o dado la cosa a la contraria. Tradicionalmente, esta retroactividad se fundamentaba en la voluntad presunta de los contratantes. Sin embargo, en la actualidad se dice que se funda en la salvaguarda de los intereses del contratante cumplidor. Además, la doctrina ha planteado que en los contratos de tracto sucesivo, como en el contrato de sociedad o el arrendamiento, la resolución no opera *ex tunc*, sino que *ex nunc*, esto es, no tiene efecto retroactivo, dándosele la denominación de terminación,<sup>79</sup> precisamente para distinguirla de la resolución (con efecto retroactivo). Cierta parte de la doctrina postula que la carencia de retroactividad en la terminación,<sup>80</sup> obedece a la naturaleza misma de las obligaciones que derivan de ciertos negocios jurídicos, más que del carácter de ejecución sucesiva del contrato. Así, si se trata de una obligación de hacer, como en el caso del contrato de trabajo, la resolución no podrá ser decretada con efecto retroactivo, sino que la sentencia que la declara tendrá efectos para el futuro.<sup>81</sup> Otra parte de la doctrina plantea que esta imposibilidad para devolver el trabajo realizado y las remuneraciones percibidas, no son fruto sino de un espejismo, pues, se podría perfectamente avaluar en dinero el trabajo realizado por el trabajador y asignarle un valor, para que éste lo restituya. La retroactividad, entonces, se basa en la peculiaridad de cierta clase de obligaciones, que imponen la idea de que, una vez cumplidas, no es posible la restitución de lo dado o pagado en razón de ellas, más bien por razones prácticas (para evitar posibles inconvenientes), que por razones jurídicas.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Cfr. MÉLIN, *op. cit.*, p. 135.

<sup>80</sup> Al respecto, *vid.*: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 14ª ed., ed. José Ferrandis Vilella, Madrid, Reus, 1988, pp. 389 y ss.

<sup>81</sup> Cfr. DELEBECQUE y PANSIER, *op. cit.*, p. 165.

<sup>82</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, H., "La cláusula penal en la resolución del contrato", en ALCALDE, Enrique, y FÁBREGA, Hugo (coords.), *Estudios Jurídicos en*

## V. DE LA REFORMA AL DERECHO OBLIGACIONAL FRANCÉS, PARTICULARMENTE EN LO QUE SE REFIERE AL DERECHO DE OPCIÓN

Frente al incumplimiento contractual, en el primitivo Código Civil francés aparecían dos remedios: (i) la ejecución forzada de la obligación, a propósito de las obligaciones de especie o cuerpo cierto, y (ii) la resolución por incumplimiento, en torno a las condiciones resolutorias.<sup>83</sup> En el *Code* no se contemplaban los remedios modernos, que se aplican frente al incumplimiento contractual, como son la suspensión del cumplimiento y la reducción proporcional del precio. Ésta última, se contemplaba únicamente a propósito del contrato de compraventa, particularmente como remedio frente a un vicio redhibitorio u oculto (*actio quanti minoris*).<sup>84</sup>

Con relación a la regulación que las diversas propuestas de reforma del Derecho obligacional, podemos indicar que: (i) *El Proyecto Catala*, regula en la Sección 5ª, bajo el epígrafe “Del efecto de las convenciones”, a la resolución por incumplimiento, pero no de forma armónica a la ejecución forzada de las obligaciones, dejando a la indemnización de perjuicios, dentro de las normas sobre

---

*Homenaje a Pablo Rodríguez Grez*, Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2009, p. 4.

<sup>83</sup> El *Code civil* regulaba a la condición resolutoria en el *Livre Troisième* (“Des différentes manières don ton acquiert la propriété”), Titre III, (“Des contrats ou des obligations conventionnelles en general”), *Chapitre IV* (“De diverses espèces d’obligations”), Secc. I, (“Des obligations conditionnelles”), § 3. “De la condition résolutoire”, artículos 1183 y 1184. Cfr. *Code civil, op. cit.*, pp. 1458-1469.

<sup>84</sup> Por último, el *Code civil* se refiere a la condición resolutoria, a propósito de las obligaciones del vendedor, particularmente la de saneamiento de los vicios redhibitorios u ocultos, en el *Livre Troisième* (“Des différentes manières don ton acquiert la propriété”), *Titre VI* (“De la vente”), *Chapitre IV* (“Des obligations du vendeur”), Secc. III, (“De la garantie”), § 2 (“De la garantie des défauts de la chose vendue”), artículos 1641 y 1649. Cfr. *Code civil, op. cit.*, pp. 1966-1987. Ver con especial interés los artículos 1644 a 1666. *Ibidem*, pp. 1978-1981.

la responsabilidad civil. Por ello, se ha dicho que este Proyecto no es sino una mejora del *Code*, sin entrar a regular instituciones innovadoras, propias del Derecho moderno.<sup>85</sup> (ii) *El Proyecto de la Chancellerie*, es más innovador que la anterior propuesta, pues, se estructura sobre la base del modelo seguido en diversos instrumentos internacionales. Es así, como el artículo 161 del Proyecto le otorga la facultad o derecho de opción al acreedor, para escoger de entre los diversos remedios que se contemplan. El artículo 162 regula a la excepción de contrato no cumplido, el artículo 163 a la fuerza mayor, y a continuación se establecen los remedios de que dispone el acreedor: la ejecución forzada de la obligación, la resolución (distinguiéndose tres especies de resolución: unilateral, judicial y la cláusula resolutoria). (iii) *El Proyecto Terré*, por su parte, que se inspira en los Principios UNIDROIT y Lando, trata de forma coherente y armónica los diversos remedios contractuales de que dispone el acreedor, ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Además, a los clásicos remedios (cumplimiento forzado, resolución e indemnización de perjuicios), agrega otros dos: la suspensión de la obligación por parte del acreedor y la reducción proporcional del precio.<sup>86</sup> (iv) La reforma de 2016, estableció, en el art. 1217 lo siguiente:

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut: -refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation; -poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation; -solliciter une réduction du prix; -provoquer la résolution du contrat; -demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

Por lo tanto, termina con la clásica condición resolutoria tácita, estableciendo que el acreedor diligente tendrá derecho a optar

<sup>85</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, *op. cit.*

<sup>86</sup> Cfr. *Idem.*

entre los siguientes derechos: (a) ejecutar forzosamente el contrato; (b) pedir una reducción del precio; (c) indemnizar los perjuicios y daños ocasionados; (d) solicitar la resolución del contrato y (e) suspender el cumplimiento de su propia obligación. Hay que agregar que estos remedios se pueden acumular, salvo que sean incompatibles entre sí y además, siempre procederá la indemnización de perjuicios.

#### A) LA EJECUCIÓN FORZADA DE LA DEUDA EN LOS DIVERSOS PROYECTOS

En cuanto a la ejecución forzada de la deuda, el Proyecto Catala, opta beneficiarla, prefiriéndola sobre otros remedios frente al incumplimiento, y ello, por estar en consonancia con el principio de fuerza obligatoria de los contratos. El límite de la ejecución forzada de la obligación se encuentra en la imposibilidad de cumplimiento de la misma, sea ésta material o jurídica. El artículo 1154 del Proyecto, señala que, en el caso de las obligaciones de hacer, éstas se deben cumplir en lo posible *in natura*, salvo que se trate de obligaciones personalísimas o que, el cumplimiento forzado afecte o lesione la dignidad o libertad del deudor. En síntesis, el Proyecto Catala, no hace sino recoger la tradición jurídica francesa, sin proponer nuevas ideas, sin referirse, *v. gr.*, a la posibilidad de que sean las partes las que determinen los efectos del cumplimiento forzado o la tendencia a disminuir el daño al acreedor, consignado en los instrumentos internacionales modernos. Por su parte, en el Proyecto de la Chancellerie, se mantiene la preponderancia hacia la ejecución forzada de la obligación que. Al igual que en el Proyecto Catala, esta idea su sustenta sobre la base del *pacta sunt servanda* (artículo 17). En cuanto a los límites de la ejecución forzada de la obligación, se reemplaza la libertad y dignidad del deudor, por el excesivo coste que le pudiera suponer al contratante cumplidor, la realización forzada de la deuda y la teoría del ejercicio abusivo de los derechos (en el caso de que la ejecución forzada tuviera como única finalidad dañar los intereses y derechos del

deudor). Además, no se contempla como limitación, el carácter personalísimo de la deuda. Por último, en el Proyecto Terré, se regula el cumplimiento por naturaleza y el cumplimiento forzado de la obligación (artículos 105 y 106). Este Proyecto prescinde de la clásica y anquilosada distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. Se considera entre las limitaciones de la ejecución forzada de la obligación, el excesivo coste del mismo; el carácter personalísimo de la deuda se subsume en la noción de imposibilidad. Este último Proyecto no escapa de la idea de la doctrina francesa, en orden a preferir la ejecución forzada por sobre los demás remedios contractuales. Aun cuando no se prevé el convenio de los contratantes para determinar los efectos del incumplimiento ni se cautelan los derechos del acreedor, frente al daño que le suponga la opción de alguno de los remedios contractuales.<sup>87</sup>

Por último, en el texto aprobado en 2016, se señala en el art. 1218 que:

Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1". [El art. 1221 dispone que] Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier". Por último, el art. 1222 señala que: "Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui

<sup>87</sup> Cfr. *Idem*.

a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.

## B) LA REDUCCIÓN DEL PRECIO

La reducción del precio constituye un eficaz remedio para el incumplimiento contractual, aunque, es una extraña noción para el Derecho francés. Únicamente se trata de ella, a propósito del contrato de compraventa, particularmente en lo que se refiere a los vicios redhibitorios (*actio quanti minoris* o acción estimatoria). Este supuesto remedio contractual, quizás, no es autónomo, pues, podría incluirse perfectamente dentro de la indemnización de perjuicios. Sin embargo, el Proyecto Terré contempla este moderno remedio, ya previsto en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (artículo 9:401). Este remedio supone una rebaja proporcional del precio, en lo que fuere posible, o, mirado desde otro ángulo, una resolución parcial de la deuda, sin perjuicio de los daños que pudieran ser indemnizados.<sup>88</sup>

El art. 1223 del Code, que se introdujo con la Reforma de 2016, dispone que: “Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix”.

## C) LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

En cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios, no se denota en los distintos proyectos, la idea de reunir en un solo apartado, las normas en torno a la indemnización de perjuicios, aplicables tanto a la responsabilidad derivada por el incumplimiento de un con-

---

<sup>88</sup> Cfr. *Idem*.

trato, como la surgida de una infracción al deber de conducta de todo sujeto de derecho. Es decir, se mantiene a la indemnización de perjuicios, como un clásico remedio frente al incumplimiento contractual, con algunas notas modernistas (extraídas de la jurisprudencia y doctrina), que algo de novedad le otorgan: es posible reclamar perjuicios ante un incumplimiento parcial o total de la obligación, o ante el retardo de la misma, salvo que exista fuerza mayor. Para determinar el *quantum* de la indemnización, se mantiene la regla en torno a que, para reclamar daños imprevisibles al tiempo de contratar, es menester que el deudor haya incurrido en dolo o culpa lata y se excluyen los daños indirectos. Además, se autoriza al acreedor, a reclamar el enriquecimiento que haya experimentado el deudor, producto de la infracción de la obligación (artículo 120), y se establece como regla la minimización de los perjuicios para el acreedor, (artículo 121). Aun cuando, este Proyecto es el más innovador de los tres, deja sin regulación a cuestiones que el Derecho moderno plantea, como la regulación conjunta de la indemnización para ambos tipos de responsabilidad civil.<sup>89</sup>

El *Code* dispone en salvo que el incumplimiento sea definitivo, los daños y perjuicios sólo se pagarán si el deudor no cumple en un plazo razonable (art. 1231-1). Si el deudor es condenado a una reparación de los daños, sólo podrá justificar su incumplimiento por medio del caso fortuito o fuerza mayor (art. 1231-2). Esta norma es importantísima, porque la Reforma de 2016 exige que el incumplimiento sea motivado por culpa o dolo, para que de lugar a una indemnización de daños y perjuicios.

El deudor sólo responderá de los daños y perjuicios previstos o que pudieron preverse al momento de celebrar el contrato, salvo que el incumplimiento sea por fraude o negligencia grave de su parte (art. 1231-4). El juez tiene la facultad de oficio para aumentar o disminuir la suma contenida en una cláusula penal, a que se obliga a pagar el deudor en caso de incumplimiento, cuando la pena es irrisoria o manifiestamente excesiva (art. 1231-5).

---

<sup>89</sup> Cfr. *Idem*.

## D) LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

En cuanto a la resolución por incumplimiento contractual, los tres proyectos consideran que la actual regulación decimonónica del *Code*, para sanción de la resolución debe ser modificada, pues se deben incluir, entre otras: la posibilidad de resolución unilateral o por notificación; la resolución por anticipación y mejorar los efectos de la resolución, principalmente en lo que se refiere al efecto retroactivo de la misma.<sup>90</sup> Los proyectos distinguen cuatro clases o tipos de resolución: judicial, unilateral, voluntaria y por anticipación. Es decir, frente a un predominio de la resolución judicial, aparece la resolución unilateral (principalmente por influencia del Derecho alemán e italiano), y la resolución por anticipación.<sup>91</sup> (i) Con relación a la resolución unilateral o resolución por notificación,<sup>92</sup> se puede indicar que el Derecho francés, por lo sugerido en los proyectos, está cediendo ante la influencia extranjera. Aun cuando, hay que decir que la jurisprudencia ha reconocido esta especie de resolución. El Proyecto de la Chancellerie, establece que el acreedor puede notificar al deudor, concediéndole un plazo razonable para que cumpla. Vencido este término y, habiéndose consignado en la notificación, el acreedor deberá avisarle al deudor que resuelve el contrato (se entiende resuelto el negocio desde la recepción del aviso o notificación). La constitución en mora del deudor, se justifica por el móvil del proponente de que los contratos efectivamente se cumplan, cuestión que no se exige ni en los Principios UNIDROIT ni en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. (ii) Resolución por anticipación.<sup>93</sup> El Proyecto de la Chancellerie regula a esta especie de resolución, ausente de la Propuesta del profesor Catala. El problema que se

---

<sup>90</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>91</sup> Con relación a la resolución por anticipación, Ver DE VINCELLES, *op. cit.*, pp. 273-274.

<sup>92</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 278.

<sup>93</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 273; CHARLERY, J., *International trade law*, London, Longman Group UK Limited, 1993, pp. 146-147; CHUAH, J. C. T., *Law of International Trade*, London, Sweet & Maxwell, 1998, pp. 117 y ss.

atisba con esta clase de resolución, es empoderar al acreedor, ya que de éste depende la opción de terminar el contrato, afectando el principio de fuerza obligatoria de los contratos. El Proyecto Terré agrega la facultad del acreedor para solicitarle al deudor una garantía, en orden a que cumplirá con su obligación.<sup>94</sup> En cuanto a la resolución judicial, se regula en el artículo 1158-1 del Proyecto Catala; 172 del Proyecto de la Chancellerie y 110, apartado final del Proyecto Terré. En este último, es posible recurrir a la resolución judicial, mientras se haya optado por la resolución unilateral o por anticipación, es decir, la primera tiene un carácter general y, por tanto, siempre se puede recurrir a ella. Ahora bien, aun cuando en el último tiempo, se ha pretendido desprestigiar a la resolución judicial, por las necesidades de agilidad del comercio y del mercado, no nos podemos olvidar de la importancia que ella tiene, pues, precisamente, por medio de la intervención del juez, se pretenden evitar situaciones de abuso por parte del acreedor, muchas veces, personificando grandes intereses económicos y financieros. Por último, el Proyecto Terré termina con el efecto retroactivo de la resolución, que ha traído innumerables inconvenientes. Sin embargo, y a pesar de lo postulado por la moderna doctrina, no me parece acertado suprimir el efecto retroactivo de la resolución, pues, éste, se sustenta sobre la base de la distinción entre título y modo de adquirir, cuestión que constituye una variable marcadamente jurídica, y se apoya en consideraciones de carácter objetivo. En síntesis, es clara la tensión existente en el Derecho francés entre aquellos autores que abogan por un Derecho civil "moderno", sustentado en variables de índole económica y que haga frente a las crecientes necesidades del mercado y la globalización, con marcadas influencias anglosajonas, por una parte, y el modelo causalista, propio del Derecho continental, estructurado sobre la base de principios arraigados en la cultura jurídica gala, y más de acuerdo con los ideales de justicia y equidad.

En definitiva, con la Reforma de 2016 se estableció que la resolución puede ser de dos clases o tipos: (a) la que resulta del es-

---

<sup>94</sup> Cfr. PIZARRO WILSON, *op. cit.*

tablecimiento de una cláusula resolutoria, y (b) la que resulta de la notificación del acreedor al deudor o de una decisión judicial (art. 1224).

## VI. CONCLUSIONES

Aún cuando la doctrina gala se atrincheraba, con una buena dosis de desconfianza y resistencia ante la posibilidad de que, efectivamente, se llegara a modificar el *Code* en esta materia, particularmente, porque se pretendía, en mi opinión, mantener vivo el espíritu y materia del Código Napoleónico. Sin embargo, los aires de unificación y armonización de la Comunidad Europea pudieron más. En este escenario adverso, de unificación y armonización del Derecho, coexistían dos tendencias marcadamente distintas: el *common law* de perspectiva económica, basado en el principio de la eficiencia, la seguridad jurídica y la libertad contractual y, el sistema europeo continental, de marcada tendencia social (principalmente Alemania y Francia), estructurado sobre la base de la equidad, solidaridad y justicia (sobre todo el alemán).

Sin duda que la reforma de 2016 vino a consagrar la práctica jurisprudencial que regulaba esta materia, estableciendo unas normas tremendamente interesantes, aunque no novedosas. Por último, lo relevante es conocer este proceso de cambio, toda vez que él se podría replicar en el futuro en Latinoamérica; es decir, en el devenir, los aires reformistas podrían cruzar, cual huracán Irma u otro similar el Océano que nos separa de Europa e instalarse como idea en los diversos legisladores americanos.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*. Valencia, Tirant lo Blanch, VI, arts. 1043 a 1264, 2013.
- BÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 10<sup>e</sup> ed., Paris, Montchrestien, 2005.
- BIHR, P., *Droit civil general*, Paris, Dalloz, 2008.
- CANIN, P., *Droit civil. Les obligations*, 3<sup>e</sup> ed., Paris, Hachette Livre, 2007.
- CARBONNIER, J., *Droit civil. 4. Les obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1956.
- CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson, 2001.
- CHARLERY, J., *International trade law*, London, Longman Group UK Limited, 1993.
- CHUAH, J. C. T., *Law of International Trade*, London, Sweet & Maxwell, 1998.
- CODE CIVIL, 110<sup>e</sup> édition Paris, Dalloz, 2011, 2010.
- COLLART DUTHIEUL, F. y DELEBECQUE, P., *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 2007.
- CORRAL TALCIANI, H., "La cláusula penal en la resolución del contrato", en Enrique ALCALDE y Hugo FÁBREGA (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Pablo Rodríguez Grez*, Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2009, pp. 331-360.
- DELEBECQUE, P. y PANSIER, F.-J., *Droit des obligations*, Paris, Librairie de la Cour de cassation, Litec, 1997.
- DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1981.

- DE VINCELLES, C. A., “La resolution du contrat pour inexécution”, en François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du Droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.
- GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), trad. de la Redacción General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una Introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Reimpresión de la Segunda Edición. Madrid, Reus, 1977.
- GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho civil común y foral. II Obligaciones y contratos*, Barcelona, Bosch, 2005.
- HESS-FALLON, B. y SIMON, A.-M., *Droit civil*, 6<sup>e</sup> edition, Paris, Dalloz, 2001.
- LARROUMET, C., *Droit civil. Les obligations, Le contrat*. III, 5<sup>e</sup> édition, Paris, Economica, 2003.
- LÉGIER, G., *Droit civil. Les obligations*, 19<sup>e</sup> edition, Paris, Dalloz, 2008.
- MALAUURIE, P. y AYNÈS, L., *Cours de Droit civil. Obligations*, 9<sup>e</sup> edition, Paris, Cujas, 1998.
- MALAUURIE, P.; AYNÈS, L. y STOFFEL-MUNCK, P., *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003.
- MAZEAUD H.; MAZEAUD, L. y MAZEAUD, J., *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième. Premier Volume, Sixième Édition par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1978.
- MAZEAUD, H.; MAZEAUD, J.; MAZEAUD, L. y CHABAS, F., *Derecho civil. Obligaciones*. I, trad. de Luis Andorno, Buenos Aires, Zavalía, 1997.
- MÉLIN, F., *Droit des obligations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006.
- MILLET, F., *La notion de risque et ses fonctions en Droit privé*, Préface A. Benabent et A Lyon-Caen, Clermont, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2001.
- ORTEGA Y GASSET. J., *La rebelión de las masas*, Madrid, Mateu Cromo, 2002.

- PIZARRO WILSON, C., "Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos". Consultado en: <www.scielo.cl>, s/f.
- , *La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno*. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Consultado en: <www.fundacionfueyo.udp.cl>, s/f.
- POUMARÈDE, M., *Cours Droit des obligations*, Paris, Montchrestien, 2011.
- PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSOY CALERA, M<sup>a</sup> del C., GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- RENET, T. (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, Ouvrage collectif, 6, Paris, L.G.D.J., 2005.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Málaga, Marcial Pons, 2013.
- SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, México, Porrúa, 1979.
- SAVATIER, R., *La théorie des obligations en Droit privé économique*, Quatrième édition, Paris, Dalloz, 1979.
- SAVAUX, E., "El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos", en *ADC*, LXIX (III), 2016, pp. 715-741.
- SÉRIAUX, A., *Manuel de Droit des obligations*, Paris, Press Universitaires de France, 2006.
- TERRÉ, F.; SIMLER, P. y LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>a</sup> édition, Paris, Dalloz, 2005.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations. Tome Premier. Introduction Sources des obligations (première partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

