

"Reflexiones sobre el incumplimiento contractual y sus remedios: Propuestas para una reforma desde la perspectiva del Derecho Alemán y Francés en el Civil Law"¹

Patricia Viceira Ortega

Profesora Doctora - Universidad de Granada

Varios sistemas continentales europeos tratan el incumplimiento del contrato de forma diferente a los sistemas de derecho común. El incumplimiento del contrato va precedido de la noción de incumplimiento, que generalmente puede ser imputable o no. Sin embargo, por razones estructurales ya es relevante saber que los sistemas continentales suelen tratar el cumplimiento de la obligación contractual –tras el incumplimiento o no– como un derecho derivado del contrato. Por lo tanto, no es lógico hablar del cumplimiento forzoso como un remedio tras el incumplimiento del contrato. En consecuencia, esta sección no está estructurada en temas, sino en jurisdicciones.

Prácticamente recién inaugurado el siglo XXI, y en el marco de la denominada “segunda edad dorada de la codificación”, Alemania fue pionera en la realización de una extensa reforma de un código civil (pues se optó por la gran solución o *Grosse Lösung*), que supuso la adaptación del sistema de las relaciones de intercambio de bienes y servicios a los nuevos tiempos, haciéndolo más europeo y también más internacional. Con posterioridad, en el año 2016, Francia ha seguido también esta senda a través de la Ordenanza n° 2016-131, de reforma del Derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones (*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*)².

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado “El Derecho privado contractual ante la economía digital” Ref.: PID2020-115355RB-100.

² Palazón Garrido, M.L. (2018) Reseña bibliográfica de El moderno derecho alemán de obligaciones de Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Revista de Derecho Civil. RDC ISSN 2341-2216 vol. V, n° 2 Varia, pp. 421-430. Extraído el 7 de abril de 2023 de <http://nreg.es/ojs/index.php/>

El derecho francés

El derecho francés reconoce tres acciones principales que pueden estar disponibles tras el incumplimiento de un contrato: el cumplimiento forzoso, la resolución y la indemnización por daños y perjuicios. El derecho francés no conoce el término incumplimiento de contrato como tal, sino que utiliza el término *inexécution de l'obligation*. Una primera observación podría ser que esta terminología no asigna ninguna etiqueta a la conducta de la parte incumplidora, solo dice que una obligación contractual no se ha cumplido.

En general, la legislación francesa anterior a la profunda reforma acaecida en 2016, ofrecía al acreedor defraudado dos opciones en caso de incumplimiento de contrato: cumplimiento forzoso (*exécution forcée*) o la resolución del contrato (*résolution*). Esta opción se encontraba en el art. 1184 S.2 du *Code civil* de 1804³. Según Fages, el derecho francés no reconocía una jerarquía en los remedios a este respecto; una parte debía solicitar al tribunal que resolviera el contrato. Además, según el art. 3, el tribunal podía retrasar la resolución en determinadas circunstancias. En cambio, la parte afectada, no podía, lógicamente, elegir ambas cosas. O bien el contrato seguía existiendo y se ejecutaba o bien se resolvía el contrato⁴.

Según *le Code civil* de 1804 la *exécution forcée* solo estaba disponible si el contrato constituía una obligación de dar⁵. Sin embargo, esta disposición podía parecer algo engañosa, ya que los tribunales también podían permitir la ejecución forzosa en caso de incumplimiento de las obligaciones de hacer⁶. Solo las obligaciones de hacer de carácter muy personal no podían ejecutarse, al menos no mediante el recurso de la ejecución forzosa.

³ Actualmente modificado por L'ordonnance du 10 février 2016 por la que se reforma el derecho contractual.

⁴ Fages, Bertrand (2016) *Droit des obligations*. Sexta edición. París: LGDJ. P. 116.

⁵ L'ordonnance du 10 février 2016 por la que se reforma el derecho contractual ha abandonado la distinción entre estas obligaciones, o al menos ya no se refiere a ellas.

⁶ Fabre-Magnan, M. (2013). *Droit des obligations* Vol.2: Responsabilité civile et quasi-contrats Muriel Editorial: PUF. Presses Universitaires de France. Lugar de la edición: París. 2ed. Colección: Thémis. Droit.

El cumplimiento forzoso estaba disponible de pleno derecho para el acreedor. No era necesario que se produjeran daños. La ausencia de este requisito situaba de nuevo el cumplimiento forzoso por delante de otro recurso importante en caso de incumplimiento de contrato: la indemnización por daños y perjuicios. El aspecto más importante de este remedio pareciera ser su posición primordial en el derecho francés, al menos en teoría, aunque el poder real de este remedio estaba algo oculto debido al antiguo art. 1184 CC.

Cuando se estudia más detenidamente la reparación de daños y perjuicios, hay que resolver en primer lugar una cuestión terminológica. La reparación de daños y perjuicios en el derecho francés está vinculada a la expresión "responsabilité contractuelle" (responsabilidad contractual). En el lenguaje del derecho anglosajón, incumplimiento de contrato y responsabilidad contractual son casi sinónimos, porque los daños y perjuicios el principal recurso en el derecho anglosajón. En otras palabras, una situación de incumplimiento de contrato es la situación estándar en la que una parte es responsable en el contrato y debe pagar daños y perjuicios. Este no es el caso en el derecho francés. Una parte que incumple puede ser considerada responsable en el sentido de que la parte decepcionada puede reclamar el cumplimiento forzoso de la parte que incumple en caso de que no se haya cumplido una obligación contractual. La parte decepcionada también puede resolver el contrato en determinadas circunstancias. Sin embargo, según el derecho francés, una parte solo es responsable contractualmente si la parte decepcionada reclama daños y perjuicios. Esta elección terminológica se explica porque, en general, los otros dos recursos pueden invocarse sin que exista imputabilidad por parte de la parte incumplidora.

Si bien los redactores de la *Code civil* habían hecho de la ejecución por equivalencia el principio, para las obligaciones de hacer y no hacer, la ordenanza de 10 de febrero de 2016 revirtió este principio al generalizar la ejecución forzosa en especie, el recurso ya no se limita, al simplificar al extremo, a las obligaciones de dar.

La ordenanza de 10 de febrero de 2016 dispone ahora en el artículo 1221 del Código Civil francés que el acreedor de una obligación puede, previa notificación formal, perseguir su cumplimiento en especie.

Así, este nuevo texto rompe con la letra del antiguo artículo 1142 del *Code*. Ahora el principio se invierte. Independientemente de que el compromiso contraído consista en una obligación de dar, de hacer o de no hacer, el acreedor tiene derecho, en principio, a pedir la ejecución forzosa en especie de su deudor, salvo que, la ejecución sea imposible o que haya una desproporción manifiesta entre su costo para el deudor de buena fe y su interés para el acreedor.

A este respecto, el acreedor siempre tiene la alternativa prevista en el artículo 1222 del Código Civil que consiste en:

En lugar de perseguir la ejecución forzosa de la obligación de que se trate, hacer ejecutar él mismo la obligación o destruir la mal ejecutada previa notificación al deudor, y luego solicitar el reembolso del deudor de las sumas expuestas para este propósito.

En este sentido, ocupa un lugar destacado en la lista de penas anexas al incumplimiento del contrato previstas en el artículo 1217 del *Code* ya que aparece en segundo lugar tras la excepción de incumplimiento.

Sobre la cuestión de si la ejecución forzosa en especie prevalece sobre otras sanciones como la rebaja del precio o la resolución del contrato, el nuevo texto no dice nada al respecto, debe considerarse que el principio establecido es el de la libre elección de la sanción a la que se acoge el acreedor.

Asimismo, el acreedor es libre de solicitar la resolución del contrato en lugar de la ejecución forzosa en especie, además se precisa que el orden de la enumeración de las sanciones previstas en el artículo 1217 del *Code* no tiene valor jerárquico, por lo que el acreedor víctima de ejecución es libre de elegir la sanción que mejor se adapte a la situación⁷.

⁷ Mustapha Mekki. Ordenanza n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016, por la que se reforma el Derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones. Recueil Dalloz, 2016, 09, pp.494. [{halshs-02215401}](#).

El derecho alemán

Con afán de precisión “muy alemana”, se abre el epígrafe justificando la elección de la expresión utilizada (contravención) para la traducción de *Leistungsstörung*, en lugar del término “incumplimiento”, de significado más estrecho, o de las palabras “infracción”, “violación” o “lesión”, comunes entre los traductores⁸.

La reforma del BGB alemán de 2002 ha dado lugar a una regulación más clara y simplificada que otorga mayor importancia jurídica a la resolución, desvinculándola de la culpabilidad del deudor (en contraste con el § 326 de la versión anterior) y estableciendo el remedio resolutorio de acuerdo con el modelo objetivo. Además, el legislador ha conseguido unificar el derecho general de obligaciones con la regulación de la compraventa y el contrato de obra, permitiendo que el acreedor tenga la opción de resolver el contrato en casos de falta de cumplimiento o cumplimiento insatisfactorio en contratos sinalagmáticos. Sin embargo, se ha establecido una limitación (en consonancia con la Directiva 1999/44/CE) según la cual el acreedor no puede recurrir a la resolución si la lesión del crédito es de escasa importancia (§ 323.5). Y por último, la resolución también es posible por incumplimiento de los deberes derivados del § 241.2 BGB (§ 324) y en casos de imposibilidad de la prestación (§ 326.5). Según Albiez Dohrmann⁹, los juristas alemanes se han sentido muchas veces incómodos con las normas que regulan la resolución del contrato por imposibilidad de la prestación, tanto en lo referente a la resolución del contrato como a los efectos de la misma. Dice, este autor, que no han faltado voces que exijan una mayor unificación de materia de resolución de contratos de acuerdo con los nuevos criterios de los Principios Unidroit y de la Convención de Viena. El BGB consideraba tradicionalmente que procede la resolución tras la imposibilidad de realizar la prestación, pero tras la nueva redacción del § 323, el derecho de resolución lo puede ejercitar el acreedor cuando no se cumple la prestación debida o no se ajusta a lo estipulado, pero, y aquí reside lo más relevante, para poder ejercitar este derecho el acreedor deberá haber otorgado previamente un plazo razonable para que el deudor pueda

⁸ Palazón Garrido, M. L. *Op. cit.*, pp. 421-430.

⁹ Albiez Dohrmann. (2017). *El moderno derecho alemán de obligaciones*. Ediciones Olejnik. pp. 76-79.

realizar aún la prestación, convirtiendo a la pretensión de cumplimiento en uno de los puntos centrales de la Reforma. Antes de resolver se debe dar la oportunidad al deudor de cumplir. La resolución no depende ya , a diferencia del antiguo § 326, de la responsabilidad o no del deudor, siendo una de las diferencias principales con la pretensión indemnizatoria. En contra de nuestra opinión, para este autor de acuerdo con Canaris¹⁰, la mayor facilidad que tiene ahora el acreedor para resolver el contrato no va en detrimento del principio *pacta sunt servanda*, aunque como ponemos de manifiesto en este trabajo, esta mayor objetivación supone con frecuencia un uso oportunista del remedio resolutorio.

¹⁰ Albiez Dohrmann. (2017). *El moderno derecho alemán de obligaciones*. Ediciones Olejnik. pag. 78 Citando a Canaris en “Die Reform es Rechts der Leistungsstörungen”, JZ, 2001,pp. 523-524.