

Articoli

LA RENUNCIA A LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y LA PRÁCTICA DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES¹

WAIVER OF TERMINATION FOR BREACH OF CONTRACT AND THE PRACTICE OF INTERNATIONAL CONTRACTS

Francesco Delfini

Catedrático de Derecho Civil en la Facultad
de Derecho de la Universidad de Milán

ORCID: 0000-0001-6426-8602

Università degli Studi di Milano (00wjc7c48)

ABSTRACT

El estudio evalúa la validez y aplicabilidad de una cláusula que excluye la resolución por incumplimiento del contrato, permitiendo a las partes únicamente hacer valer el contrato o solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

La cláusula se utiliza ampliamente en diversas transacciones contractuales, como el contrato SPA (Sale and Purchase agreement) en el sector de las fusiones y adquisiciones (M&A), ya que se configura como la denominada cláusula de «único recurso» (“sole remedy” clause), que permite, en caso de incumplimiento de las R&W (Representations and Warranties), solo solicitar la indemnización prevista en el contrato.

¹ Texto, con notas a pie de página, del discurso pronunciado el 23 de mayo 2025 en la Jornadas en homenaje al Profesor Guido Alpa, organizadas por la Universidad Notarial Argentina - Instituto de Derecho Civil, de Buenos Aires.

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 23/07/2025



Milano University Press

El autor concluye que la cláusula es válida según la legislación italiana, dentro de los límites previstos en el artículo 1229 del Código Civil italiano y siempre que garantice los recursos alternativos del cumplimiento específico y la indemnización por daños y perjuicios, previstos en el artículo 1453 del Código Civil italiano.

Palabras clave: Resolución; Incumplimiento; Cláusula único recurso.

The essay assesses the validity and enforceability of a clause which precludes the remedy of termination by breach of the contract, allowing the parties only either to enforce the contract or to seek damages.

The clause is widely adopted in several contractual transactions, such as SPA (Sale and Purchase agreement) contract in Mergers and Acquisitions (M&A) business, as it shaped as the so called “sole remedy” clause, allowing in case of breach of the Representations and Warranties (R&W) only to seek the indemnity provide by the contract.

The Author concludes for the validity of the clause under Italian Law, under the limit set forth by Sect. 1229 Italian Civil Code and providing it safeguards the alternative remedies of specific performance and damages, set forth by Sect. 1453 ICC

Keywords: Termination; Breach; Sole remedy clause.

Quiero agradecer a la Universidad Notarial Argentina la invitación a esta conferencia en memoria de Guido Alpa, uno de los Maestros en Derecho Civil de la generación que me precedió.

Guido Alpa siempre prestó gran atención a los datos comparativos y también a la práctica de los contratos internacionales.

No todo el mundo sabe que fue el autor, junto con Vincenzo Zeno-Zencovich, de un compendio, para el mundo anglosajón, sobre el Derecho privado italiano, *Italian Private Law*, publicado con la Universidad de Texas en Austin en 2007, dando a conocer al mundo anglosajón las directrices del Derecho privado italiano.

En términos comparativos, pues, se ocupó del riesgo de no ejecución de un contrato (G. Alpa, *Rischio contrattuale* (dir. Vig.), en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, XL, 1989, p. 1146) incluyendo “a) el riesgo de incumplimiento, cuando una de las prestaciones no se cumple por un acto voluntario o negligente del obligado, la intervención de un tercero, un *factum principis* o un caso fortuito; b) el riesgo de la disminución de la satisfacción económica del contrato, debido a la preexistencia o al acaecimiento de circunstancias, previstas, previsibles o imprevisibles que no suponen el incumplimiento en sentido técnico, sino la perturbación de la economía originaria del contrato” y concluyendo que “el control de la forma en que opera el riesgo y, por tanto, de su distribución atañe a la autonomía de las partes privadas” (G. Alpa, *op. cit.*, p. 1147).

Aunque pueda dudarse de que el incumplimiento entre, en sentido técnico, dentro del riesgo contractual, voy a hablar hoy de la posibilidad de que las partes excluyan preventivamente, respecto de futuros incumplimientos, la resolución del contrato, con una cláusula de irresolubilidad, presente con frecuencia en los modelos contractuales internacionales y, en particular, en las compraventas de acciones o cuotas de la totalidad del capital social o, al menos, de la mayoría del mismo: contratos señalados con las siglas SPA (que significa Sale and Purchase Agreement).

En la práctica internacional de las M&A (fusiones y adquisiciones), las partes, en caso de incumplimiento, prefieren mantener el contrato - porque el reembolso sería difícil o imposible - reequilibrando la relación con otros remedios alternativos a la resolución.

Por este motivo, los contratos SPA contienen cláusulas denominadas “exclusive remedy” - de «remedio único» - que excluyen la posibilidad de una demanda de resolución por incumplimiento - o la excepción correspondiente - con formulaciones como: «*The right of each party to obtain indemnification pursuant to Article [•] excludes any other right of action or remedy (including the right to terminate, rescind or modify this Agreement) available to such Party at law*».

Se plantea, entonces, el problema de la validez de esta cláusula a la luz del Derecho italiano, que, como muchos sistemas de Derecho privado europeos o sudamericanos, pertenece a la tradición románica o del Civil Law y descende de la codificación francesa.

Estas cláusulas, de hecho, derogan el apartado 1 del artículo 1453 del Código Civil Italiano, que dispone: «*Art. 1453. (Resolubilidad del contrato por incumplimiento). En los contratos a título oneroso, cuando una de las partes no cumpla sus obligaciones, la otra podrá, a su elección, exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio, en todo caso, de la indemnización de daños*».

Todos los códigos civiles descendientes del Código Napoleón, incluidos los códigos argentino y uruguayo, prevén el «remedio resolutorio» con diferentes formulaciones.

Y así el artículo 1087 del Código Civil y Comercial de la Nación, titulado «Cláusula resolutoria implícita», que dispone: «*En los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita y queda sujeta a lo dispuesto en los artículos 1088 y 1089*».

Y también el artículo 1431 del Código Civil uruguayo, que dispone: «*La condición resolutoria se entiende implícitamente comprendida en todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no cumpla su compromiso*».

La fórmula del Código uruguayo es la más parecida a la del antiguo Código Civil italiano de 1865, cuyo artículo 1165, apartado 1, disponía: «*La condición resolutoria está siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso en que una de las partes no cumpla su obligación*», con una formulación idéntica al texto original del artículo 1184 del Código Napoleón².

La redacción del actual código argentino, del uruguayo y de los anteriores códigos civiles italiano y francés dejaban así claro que la base del recurso resolutorio residía en la voluntad de las partes y, por tanto, estas normas no se consideraban imperativas.

La redacción actual del art. 1453 del Código italiano de 1942 no contiene una referencia explícita a la presunta voluntad de las partes, por lo que durante mucho tiempo la norma se consideró inderogable y se consideró inadmisibles una cláusula de irresolubilidad, es decir de renuncia previa al recurso de resolución por incumplimiento.

² Ahora sustituido por el artículo 1224, en vigor desde el 1 de octubre de 2016 (Ord. 2016 - 131 de 10 de febrero de 2016) con la siguiente redacción diferente: «*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*».

Rodolfo Sacco, con quien realicé mis tres años de doctorado a principios de los Noventa, había afirmado en su libro de 1975 sobre el Contrato en el Tratado de Vassalli que: «*Dadas dos promesas recíprocas, la cláusula de irresolubilidad las hace autónomas, de modo que pasan a comportarse como si se tratara de dos promesas libres o inferidas en juego. Autorizar la explotación de una patente, prometer el propio trabajo, prometer un salario, para obtener una contrapartida, y permitir al mismo tiempo la irresolubilidad, es aumentar la probabilidad de enriquecimiento a favor de la parte incumplidora; es decir, significa ponerse en la lógica del regalo o del juego, aceptando de vez en cuando donar a la otra parte o enriquecerla en cualquier caso si ésta se encuentra al mismo tiempo en situación de incumplimiento contractual e insolvente respecto de su obligación de pago de daños y perjuicios. Se plantea entonces la cuestión de si tales asignaciones patrimoniales posiblemente gratuitas son lícitas y tienen causa suficiente*»³.

Esta posición expresaba, por un lado, la preocupación por la posibilidad de un enriquecimiento injusto de la parte incumplidora, que al mismo tiempo es también insolvente respecto de la obligación de resarcimiento de daños, proponiendo que la gratuidad y el juego comienzan cuando se hace una promesa con independencia de la certeza de obtener otra prestación; por otro lado, parecía presuponer que el pacto de no resolución iba siempre acompañado de la renuncia también a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios y a la acción de cumplimiento exacto: en otras palabras, constituía una renuncia a todos los tres remedios previstos en el art. 1453 del Código Civil italiano de 1942 en caso de incumplimiento, privando así al contrato de su causa, olvidando que en presencia de promesas recíprocas no cabe la nulidad del contrato por falta de causa⁴.

Debe considerarse entonces que el propio código civil italiano, en el art. 2932 apartado 1, permite expresamente el pacto de exclusión previa de la acción de cumplimiento exacto, que constituye también el principal remedio frente al incumplimiento.

³ R. Sacco, *Il contratto*, en *Tratt. Vassalli*, Utet, Turín, 1975, p. 936; e Id., en R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, en *Tratt. Sacco*, vol. 2, Utet, Turín, 1993, p. 588. En el mismo sentido, G. Scalfi, *Risoluzione del contratto (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, XXVII, 1991, p. 4.

⁴ En este sentido G. Gorla, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padua, 1934, p. 153, según el cual la causa del contrato sinalagmático consiste en el intercambio de derechos de obligación: la causa de la asunción de la obligación de cada parte no estaría, por tanto, en el cumplimiento efectivo de la contraprestación. Esto no excluye que exista un vínculo de dependencia entre las prestaciones, en la relación contractual sinalagmática: pero una cosa es decir que el contrato con la cláusula de no resolución es nulo por falta de causa, y otra muy distinta es decir que el vínculo de dependencia se habría aflojado.

En mi tesis doctoral de 1993 y posterior monografía⁵ había defendido que la cláusula de irresolubilidad es válida, siempre que se mantengan los otros dos recursos (acción de cumplimiento y acción de daños y perjuicios) y dentro de los límites del artículo 1229 del Código Civil italiano, que establece que «*es nulo todo pacto que excluya o limite anticipadamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave*».

La Corte Suprema italiana, en varios pronunciamientos posteriores, ha indicado precisamente que es al artículo 1229 del Código Civil al que hay que acudir para la validez de la cláusula de irresolubilidad: 1) en la sentencia núm. 6225 de 1 de julio de 1994 las Secciones Unidas del Tribunal Supremo afirmaron que el artículo 1229 del Código Civil «... *tiene dos rayos de acción diferentes: a) cláusulas que limitan el grado de culpa en varios sentidos, en el sentido de que se exige al deudor una diligencia inferior a la normal, establecida por la ley. (...); b) el otro aspecto regulado en el art. 1229 del Código Civil es el relativo a los efectos del incumplimiento imputable, que a su vez se divide en: (1) exclusión de la resolución del contrato para determinados tipos de incumplimiento; (2) limitación de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento (sin perjuicio del contrato)*»⁶; 2) en el mismo sentido, la posterior sentencia de la Casación n° 7054, de 9 de mayo de 2012⁷, se refiere también con otro *obiter dictum* a el artículo 1229 del Código Civil como limitación a la validez del pacto de irresolubilidad.

El Tribunal de Casación francés también decidió en 2011⁸ que una acción de resolución por incumplimiento puede excluirse mediante un acuerdo previo. En esa ocasión, la Cour de Cassation refutó la demanda de resolución sobre la base de las siguientes consideraciones: «(...) *attendu, d'une part, qu'ayant retenu à bon droit que l'article 1184 du code civil n'est pas d'ordre public et qu'un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat et relevé que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane, était non équivoque, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande était irrecevable; Attendu, d'autre part, que Mme X... n'ayant pas soutenu dans ses conclusions que les consorts Y...-X... invoquaient la clause de renonciation de mauvaise foi, le moyen est nouveau, mélangé de fait et de droit (...)*».

Por consiguiente, el Tribunal Supremo francés decidió, por una parte, que el artículo 1184 del Código Civil francés - que tenía una redacción análoga al artículo

⁵ F. Delfini, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Kluwer, Milán, 1998.

⁶ Cass. Sez. Unite 1 luglio 1994, n. 6225, in *Foro it.*, 1994, I, p. 3429.

⁷ Cass. 9 maggio 2012, n. 7054, en *Banca dati Dejure*, en *Guida al diritto*, 2012, 32, 79 (s.m.) y en *Giur. it.*, 2012, p. 2255, con nota crítica de G. Sicchiero.

⁸ *Cour de Cassation, Troisième chambre civile*, 3 novembre 2011, n. 10-26203.

1453, apartado 1, del Código Civil italiano - no puede calificarse de norma de orden público y, como tal, puede ser válidamente derogado por la autonomía negocial y, por otro lado, consideró incidentalmente que la invocación de la cláusula de irresolubilidad en juicio podía ser evaluada según el canon de buena fe.

Esta decisión del Tribunal de Casación francés es también de gran importancia para el derecho italiano, porque el artículo 1184 del Código Civil francés (ahora modificado) había conservado, en el momento de la decisión del Tribunal, sustancialmente el mismo texto que el Código Napoleónico original, del que se tomó fielmente el artículo 1165 del Código Civil italiano de 1865: y la diferente redacción del actual art. 1453 del Código Civil italiano es exclusivamente más moderna en cuanto al fundamento de la resolución -abandonando la ficción de una «condición resolutoria siempre implícita en los contratos bilaterales» - pero no ha innovado en absoluto el perfil de los remedios.

La validez de la cláusula de irresolubilidad - dentro de los límites del artículo 1229 del Código Civil italiano y manteniendo los otros remedios previstos en el artículo 1453 del Código Civil - parecen, pues, hoy, más de 30 años después, un resultado adquirido⁹.

Este es también el itinerario seguido en los Principios de Derecho Contractual Europeo, publicados en 2000, cuyo Art. 8:109 «*Cláusula de exclusión o limitación de la protección*», establece: «*Las protecciones por incumplimiento pueden excluirse o limitarse a menos que dicha exclusión o limitación sea contraria a la buena fe y la lealtad negocia*l».¹⁰

⁹ En la edición de 2004 de Contratto (R. Sacco, en R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, en *Tratt. Sacco*, vol. 2, Utet, Turín, 2004, p. 617) Rodolfo Sacco señalaba que «*la actual edición de esta obra marca un cambio respecto a las anteriores, orientadas hacia la indisponibilidad del remedio*» y se había referido a los argumentos que yo había expuesto en mi tesis doctoral y posterior monografía, escribiendo que «*una reflexión exhaustiva sobre el tema podría concluir a favor de la validez de la cláusula, siempre que se mantengan operativos los remedios dirigidos al cumplimiento y a la indemnización de daños y perjuicios, y se respete, dentro de sus propios límites, el artículo 1229*». El mismo planteamiento se encuentra ahora en la doctrina francesa en T. Genicon, *La resolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J, París, 2007, p. 242, citado por L. Bertino, *Sulla validità di una clausola di irresolubilità del contratto per inadempimento*, en *Nuove leggi civili commentate*, 2013, vol. 2, p. 537. A favor de la validez del pacto de irresolubilidad, dentro de los límites del art. 1229 del Código Civil, más recientemente P. Gallo, *Trattato del contratto*, vol. 3, Utet, Turín, 2010, p. 2146 y ss.

¹⁰ Art. 8:109 en el texto publicado en *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, editado por C. Castronovo, Giuffrè, Milán, 2001, p. 433; una redacción parcialmente diferente puede leerse en el texto del apéndice del ensayo de G. Alpa, I «*Principles of European Contract Law*» predisposti dalla Commissione Lando, en *Rivista Critica del Diritto privato*, 2000, vol. 3 p. 483 y ss., donde se afirma que «*La versión italiana, publicada a continuación, ha sido preparada por el Ministerio de Justicia y donde la redacción del art. 8:109 es la siguiente: «Los remedios por incumplimiento pueden excluirse o limitarse a menos que ello sea contrario a los principios de buena fe y lealtad negocia*l».

Por tanto, hay que distinguir entre el nivel de validez de la cláusula y el de su eficacia.

Cuando se estipula, la validez de la cláusula debe medirse en función del cumplimiento del art. 1229 del Código Civil y del mantenimiento de los remedios alternativos de la acción de cumplimiento exacto y de la acción de resarcimiento. Es por ello que las cláusulas de «*remedio único*» mejor redactadas especifican que la exclusión de resolución no opera en los casos de incumplimiento por dolo o culpa grave: por lo que si en el caso concreto el incumplimiento del vendedor a las R&W (Representation And Warranties) se califica como incumplimiento de una obligación (y no como asunción de una garantía), el remedio de resolución (así como el de indemnización por daños y perjuicios) no estará sujeto a las limitaciones contenidas en la «cláusula de remedio único», que no operaría.

Si entonces, durante la fase de cumplimiento de la relación contractual, el reequilibrio del sinalagma con la acción de cumplimiento exacto o con la acción de resarcimiento no es factible en la práctica - o por la oposición del obligado o la imposibilidad de ejercitar la acción de cumplimiento exacto o de resarcimiento¹¹- la cláusula puede ser considerada ineficaz por violación del principio de buena fe en la ejecución del contrato (art. 1375 del Código Civil) o impedida por abuso de derecho.

¹¹ Por ejemplo, porque una acción de cumplimiento exacto tiene por objeto un *facere* irremplazable o una acción de daños y perjuicios encuentra la incapacidad del patrimonio del deudor.

BIBLIOGRAFIA

- G. Alpa, *Rischio contrattuale* (dir. Vig.), en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, XL, 1989.
- G. Alpa, *I «Principles of European Contract Law» predisposti dalla Commissione Lando*, en *Rivista Critica del Diritto privato*, 2000, vol. 3, p. 483-497.
- L. Bertino, *Sulla validità di una clausola di irrisolvibilità del contratto per inadempimento*, en *Nuove leggi civili commentate*, 2013, vol. 2, p. 536-551.
- C. Castronovo (editado por), *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, Giuffrè, Milán, 2001.
- F. Delfini, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Kluwer, Milán, 1998.
- P. Gallo, *Trattato del contratto*, III, Utet, Turín, 2010.
- T. Genicon, *La resolution du cointrat pour inexécution*, L.G.D.J, Paris, 2007.
- G. Gorla, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padua, 1934.
- R. Sacco, *Il contratto*, en *Tratt. Vassalli*, Utet, Turín, 1975.
- R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, en *Tratt. Sacco*, vol. 2, Utet, Turín, 1993.
- R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, en *Tratt. Sacco*, vol. 2, Utet, Turín, 2004.
- G. Scalfi, *Risoluzione del contratto (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, XXVII, 1991.