



# UNIVERSIDAD DE GRANADA

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

## **NUEVOS PLANTEAMIENTOS E HIPÓTESIS EN TORNO A LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

Autora: Patricia Viceira Ortega

Director: D. Antonio Orti Vallejo

2023

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales  
Autor: Patricia María Viceira Ortega  
ISBN: 978-84-1117-965-2  
URI: <https://hdl.handle.net/10481/84374>

## **NUEVOS PLANTEAMIENTOS E HIPÓTESIS EN TORNO A LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> En trabajo de investigación 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.

## **AGRADECIMIENTOS**

*En primer lugar, a mi querida madre, por su confianza infinita, por su cariño y apoyo constante. Gracias por quererme incondicionalmente, permitiéndome crecer, avanzar y ser la persona que soy hoy. Sin su ayuda plena en todas las etapas de mi vida, y en especial en la universitaria, no habría llegado tan lejos. Es la razón por la que he llegado hasta aquí. Este trabajo es el reflejo de los valores que me ha transmitido siempre; esfuerzo, fortaleza y superación. Gracias por estar siempre.*

*A mi tutor, el Profesor Antonio Orti, por su infinita comprensión, paciencia y, sobre todo, por no perder la fe en este proyecto, a pesar de todas las vicisitudes, que no han sido pocas. No podría haber culminado esta etapa sin un empujón en la recta final.*

*A Carmencita, por estar en primera línea de batalla y vivir para contarlo. Gracias por sobrellevar mis malos ratos, mis días grises, mis agobios, mis dudas e incertidumbres. Y por cuidar de mí sin reservas.*

*A Carmen Valero, por ser capaz de hacerme reír todos los días, por apoyarme en tantos momentos difíciles y por animarme siempre a celebrar la vida.*

*A María Borrajo, por sacarme siempre una sonrisa y estar siempre pendiente de su “Patria”.*

*A mi hermano Marcos, por su ayuda y sus infinitos mensajes de audio dándome mil y una ideas históricas para el trabajo.*

*A todos mis amigos que con conversaciones y mensajes me han transmitido el valor de lo que estaba haciendo y me han apoyado en los momentos difíciles.*

*A todos y cada uno de mis compañeros del Departamento de Derecho Civil. Muy especialmente a Beatriz, Inma Bustos, Inma Sánchez, Julia, María Luisa, M.<sup>a</sup> Carmen, Abigail y María Jesús Jiménez por cuidar de mí y animarme.*

*A mi “compi” José Antonio Castillo, por su tiempo, y por recordarme que la investigación puede ser divertida.*

*A Francisco Pertíñez, por escucharme, orientarme y creer que esto era posible.*

*A Asun por “limpiar, fijar y dar esplendor”. Por su dedicación y buen hacer, y por acompañarme en los últimos y decisivos días.*

*Y por último, quiero agradecerte a ti, estimado lector, que inviertas tu tiempo en la lectura de estas líneas redactadas con mucho esfuerzo y que se han logrado atravesando momentos de gran zozobra, infinitas dudas y finalmente, gran satisfacción.*

## PREFACIO

*Shylock: Venid a casa de un escribano, donde firmaréis un recibo prometiendo que si para tal día no habéis pagado, entregaréis en cambio una libra justa de vuestra carne, cortada por mí del sitio de vuestro cuerpo que mejor me pareciere.*

*Antonio: Me agrada el trato: le firmaré, y diré que por fin he encontrado un judío generoso.*

*(...)*

*Porcia: Según la ley y la decisión del tribunal, te pertenece una libra de su carne.*

*Shylock: ¡Oh juez doctísimo! ¿Has oído la sentencia, Antonio? Prepárate.*

*Porcia: Un momento no más. El contrato te otorga una libra de su carne, pero ni una gota de su sangre. Toma la carne que es lo que te pertenece; pero si derramas una gota de su sangre, tus bienes serán confiscados, conforme a la ley de Venecia.*

*Porcia: ¡Deteneos! Tendrá el hebreo completa justicia. Se cumplirá la escritura.*

*Graciano: ¡Qué juez tan prudente y recto!*

*Porcia: Prepárate ya a cortar la carne, pero sin derramar la sangre, y ha de ser una Libra, ni más ni menos. Si tomas más, aunque sea la vigésima parte de un adarme, o inclinas, por poco que sea, la balanza, perderás la vida y la hacienda.*

William Shakespeare

## RESUMEN

Español:

El presente trabajo analiza la jurisprudencia obrante en diversos ordenamientos jurídicos, con especial incidencia en el español, en torno a la naturaleza de la resolución por incumplimiento contractual, así como las consecuencias que de ella se derivan.

A lo largo de la investigación se pretende dar soluciones interpretativas al art. 1124 CC con el apoyo de lo dispuesto en los textos de *soft law*. Un enfoque que admite la jurisprudencia española cuando reconoce que el derecho español se puede interpretar a la luz del *soft law* contractual europeo<sup>2</sup>. De esta manera, se podría facilitar e incrementar la actividad de las empresas y la confianza en los consumidores, cuando suscriben contratos de venta tanto en sus países de origen como en otros países europeos, con atención especial a las microempresas, pequeñas y medianas empresas (pymes) que se ven especialmente afectadas por cuestiones no resueltas por la doctrina como ocurre en los supuestos de ejercicio unilateral y presumiblemente oportunista, de la facultad resolutoria.

---

<sup>2</sup> La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1092/2008 de 3 de diciembre trata sobre el incumplimiento de un contrato y la posibilidad de resolverlo o exigir su cumplimiento. La jurisprudencia ha entendido que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o la exigencia de su cumplimiento. Aunque se ha exigido la "voluntad deliberadamente rebelde del deudor", sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumplimiento, como la frustración del fin del contrato. Los textos internacionales sobre obligaciones y contratos han recogido esta línea, y se considera que el incumplimiento es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato o si otorga razones para no confiar en el cumplimiento efectivo de la otra parte. En España, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías también contempla esta posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento esencial.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) Sentencia núm. 358/2012 de 31 mayo. JUR 2012\278849 Es habitual también la invocación en la jurisprudencia de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL), y su utilización como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil, y entre esos principios el artículo 8 :103 PECL contempla como supuestos de incumplimiento esencial, "el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que dé razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento". Otras; Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 458/2014 de 8 septiembre. RJ 2014\4946. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). Sentencia núm. 10/2007 de 22 marzo. AC 2007\1811

Desde esta perspectiva, se intentará analizar los grandes bloques de cuestiones que plantea la resolución: El incumplimiento esencial, el carácter objetivo o subjetivo del incumplimiento resolutorio (es decir, si se requiere culpa o no para resolver el contrato), la relación entre la indemnización de daños y la resolución, la resolución unilateral, la resolución anticipada (es decir, antes de que la otra parte haya incumplido cuando es evidente que no va a poder cumplir), así como las consecuencias de la resolución.

## **ABSTRACT**

This paper analyzes the jurisprudence in several legal systems, with special emphasis on Spanish, around the nature of the resolution for breach of contract, as well as the consequences that derive from it.

Throughout the investigation, therefore, it is intended to provide interpretative solutions to art. 1124 of the Civil Code (hereinafter CC) and of course, with the support of the provisions of the soft law texts, considering the approach admitted by Spanish jurisprudence when it recognizes that Spanish law can be interpreted in the light of European contractual soft law.

In this way, it could facilitate and even increase the activity of companies and consumer confidence, when they sign sales contracts both in their countries of origin and in other European countries, and more specifically paying special attention to small and medium-sized enterprises (hereinafter SME that are those that are especially affected by issues not resolved by the doctrine as in all those cases of exercise unilateral and, presumably opportunistic, of the resolutive power.

From this perspective, an attempt will be made to analyze the broad blocks of issues raised by the resolution, on the one hand, the essential breach, the objective or subjective nature of the resolutive breach (i.e. whether fault is required or not to terminate the contract), on the other hand, the relationship between the resolution and compensation for damages, unilateral resolution, the early termination (that is, before the other party has breached, when it is clear that it will not be able to comply), and finally, as well as the consequences of the resolution.

## **METODOLOGÍA:**

El procedimiento aplicado en este estudio ha consistido en el análisis de la cuestión desde una perspectiva de pragmatismo sustentado en una metodología de búsqueda fundamentalmente orientada al mundo real. Pretendemos siempre el análisis del caso, analizando las diversas problemáticas que surgen entre los operadores del mercado con el único objetivo de definir y dar pautas interpretativas a las diversas problemáticas que surgen en relación a la resolución por incumplimiento contractual.

El presente trabajo parte de la firme convicción de que la función del jurista es primordialmente solucionar problemas del mundo real. Consideramos por ello, que la evolución jurídica que mejor ordena el tráfico económico y jurídico debe orientarse hacia el mestizaje, renunciando de este modo a posturas más afines al cartesianismo estricto.

El método de investigación seguido será el del sincretismo, en el sentido de combinar todas las técnicas de conocimiento y de investigación en el Derecho, desde el método exegético pasando por el histórico, el finalista, el método del caso y terminando por el más moderno, el del análisis económico del Derecho.

Con una base esencialmente comparativa entre los textos legales y académicos más importantes componentes del Derecho europeo de contratos, a saber: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, confeccionada en Viena el 11 de abril de 1980<sup>3</sup> (en adelante CISG), los Principios del Derecho Europeo de Contratos<sup>4</sup> (en adelante PECL), los Principios Unidroit<sup>5</sup> sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante Principios Unidroit), el Marco

---

<sup>3</sup> The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 (CISG): Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, Nueva York 2011, Publicada en el BOE núm. 26, 30.01.1991. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>.

<sup>4</sup> Lando, Beale, H., Barres Benlloch, P., Embid Irujo, J. M., & Martínez Sanz, F. (2007). Principios de derecho contractual europeo. Parte III : (los trabajos de la "Comisión de Derecho contractual europeo) / edición, Ole Lando y Hugh Beale ; edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz. Colegios Notariales de España.

<sup>5</sup> Instituto Internacional para l'Unificación del Derecho Privado – Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 –Principios Unidroit ISBN: 978-88-86449-39-7

Común de Referencia<sup>6</sup> (en adelante DCFR) y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de octubre de 2011, relativa a una normativa común de compraventa europea (en adelante CESL), así como la Propuesta de Código Civil<sup>7</sup>, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante PMCC) y el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil<sup>8</sup>, todo ello a la luz de la lectura de los clásicos y la mejor doctrina moderna<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Von Bar, Schulte-Nölke, H., Bar, C. von, Clive, E. M., Beale, H. G., & von Bar, C. (2009). Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR) / prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group); edited by Christian von Bar, Eric Clive, and Hans Schulte-Nölke ; and Hugh Beale, [and others]. (Schulte-Nölke, C. von Bar, E. M. Clive, & H. G. Beale, Eds.; Outline edition.). sellier european law publishers. <https://doi.org/10.1515/9783866537279>. Utilizaremos la versión traducida de Jerez Delgado. (2016). Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo / Jerez Delgado, Carmen. Boletín Oficial del Estado.

<sup>7</sup> Propuesta de Código Civil / Asociación de Profesores de Derecho Civil. (2018). Tecnos.

<sup>8</sup> El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Normativa en elaboración.

<sup>9</sup> Cuerda Riezu. (2016). Cum laude : guía para realizar una tesis doctoral o un trabajo de fin de grado o máster en derecho. (2ª ed.). Tecnos. P. 58

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO 1: EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....</b>	<b>11</b>
1.2 UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	13
1.2.1 La resolución por incumplimiento contractual en la Edad Antigua.....	15
1.2.1.1 Respecto al sinalagma .....	22
1.2.1.2 De qué modo se acaban las obligaciones .....	23
1.2.1.3 Extinción de las obligaciones en el Derecho romano .....	24
1.2.1.3.1 <i>El pago</i> .....	25
1.2.2 De la <i>Lex Mercatoria</i> al Convenio de Viena.....	26
1.3 ESPECIAL CONSIDERACIÓN HISTÓRICA SOBRE LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA INCIDENCIA DEL PACTA SUNT SERVANDA .....	29
<b>CAPÍTULO 2: INFLUENCIAS.....</b>	<b>32</b>
2.1 LAS INFLUENCIAS DEL LIBERALISMO ECONÓMICO .....	32
2.2 EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	33
2.3 LA BUENA FE .....	40
2.4 DIFERENTES ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN EN LAS RELACIONES B2B Y B2C .	44
2.5 LAS LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA PRIVADA: LOS CONCEPTOS VÁLVULA .....	49
2.5.1 Las limitaciones derivadas del orden público como concepto válvula .....	49
2.5.2 Otros conceptos válvula .....	50
2.5.3 Orden público y la facultad de exclusión voluntaria de la ley aplicable.....	52
2.6 RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA: EL DEBER DE COOPERACIÓN.....	55
2.7 EL CASO DB SCHENKER: LA SENTENCIA DEL TS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª SENTENCIA Nº 208/2015 DE 24 DE ABRIL (RJ 2015/3060) .....	57
2.8 EL ARTÍCULO 1258 CC Y LOS ARTS. 2 Y 50 CCOM (INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CONFORME A LAS LEYES, USOS Y BUENA FE) .....	69
2.8.1 La buena fe como lealtad .....	69
2.8.2 La buena fe como estándar de consideración del cumplimiento/incumplimiento...	72
2.9 EL PRINCIPIO <i>PACTA SUNT SERVANDA</i> .....	74
<b>CAPÍTULO 3: EVOLUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR         INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL .....</b>	<b>77</b>

3.1 ANTECEDENTES.....	77
3.2 BREVE HISTORIA DEL ART. 1124.....	78
3.3 LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS, RASGOS CARACTERÍSTICOS .....	83
3.3.1 El sinalagma genético-sinalagma funcional.....	84
3.3.2 Sobre los efectos de la reciprocidad de las prestaciones en la resolución .....	84
3.4 LA NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN.....	89
3.4.1 Evolución del concepto de resolución en la doctrina .....	96
3.4.2 Requisitos doctrinales para la resolución .....	101
3.4.3 La <i>exceptio doli</i> .....	103
3.4.4 Consideraciones.....	103
3.5 LOS INCUMPLIMIENTOS QUE PERMITEN RESOLVER EL CONTRATO .....	106
3.6 CONSIDERACIONES SOBRE LA PRESTACIÓN DEFECTUOSA .....	110
3.7 CONSIDERACIONES SOBRE EL RETRASO.....	111
3.8 CONSIDERACIONES SOBRE EL TÉRMINO ESENCIAL PACTADO EN EL CONTRATO .....	118
3.8.1 Consideraciones sobre si es necesario el requerimiento previo .....	121
3.9 SOBRE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA.....	122
3.10 LA <i>EXCEPTIO NON ADIMPLETI/EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS</i> .....	123
3.11 EL REMEDIO RESOLUTORIO COMO ANTÍTESIS AL <i>PACTA SUNT SERVANDA</i> . EL PRINCIPIO DE EQUIDAD .....	127
3.12 LA CUESTIÓN DE LA RESOLUCIÓN OPORTUNISTA DEL CONTRATO Y DEL RIESGO MORAL.....	130
3.13 CONSIDERACIONES SOBRE EL INCUMPLIMIENTO .....	131
3.13.1 Una posible clasificación del incumplimiento según su trascendencia resolutoria .....	131
3.13.2 La consideración del incumplimiento como incumplimiento esencial .....	132
3.13.3 Las faltas de conformidad.....	138
3.13.4 La trascendencia del incumplimiento esencial en la económica del contrato ....	138
3.13.5 El incumplimiento esencial (cuando se frustra el interés del acreedor) vs. incumplimiento prestacional, otra posible clasificación según la STS núm. 638/2013 de 18 de noviembre.....	139
3.13.6 Diferencias entre nuestra doctrina y el <i>soft law</i> en la consideración del incumplimiento esencial, grave y sustancial.....	148
3.13.7 La ley no dice cuándo opera el remedio resolutorio y hay que operar con ponderación .....	150
3.14 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES O CÓMO ELUDIR LAS RESTRICCIONES EN EL EJERCICIO DEL REMEDIO RESOLUTORIO .....	152

3.14.1 La resolución judicial y extrajudicial.....	153
3.14.2 La resolución extrajudicial dentro de la Ley del Contrato de Agencia (LCA) .....	159
3.14.3 Las cláusulas con condición resolutoria expresan:.....	159
3.14.4 Los efectos perversos del uso de la condición resolutoria expresa .....	163
3.14.5 Herederos del país de “Rinconete y Cortadillo” .....	164
3.14.6 Aplicación de las reglas del abuso de derecho a cláusulas de resolución expresas .....	167
3.14.7 El pacto comisorio .....	168
3.14.8 La facultad de desistir.....	173
3.14.8.1 Sobre el preaviso en el ejercicio del derecho de desistimiento .....	183
3.14.8.2 En cuanto a la indemnización y por la trascendencia que tiene el ejercicio del derecho de desistimiento en relación con la economía del contrato .....	185
3.15 EL PLAZO SUPLETORIO.....	189
3.15.1 El plazo según el estrato del perfil del contratante .....	191
3.15.2 El plazo y la resolución extrajudicial .....	193
3.16 OTROS CASOS DE RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA IPSO IURE.....	194
3.17 LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: EL INTERÉS INDEMNIZABLE ...	196
3.17.1 La indemnización de daños y perjuicios: Supuestos .....	198
3.18 ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN FORMA ESPECÍFICA O POR EQUIVALENTE ....	200
3.19 INTERPRETACIONES FLEXIBLES EN TORNO A LA RESOLUCIÓN .....	201
3.20 EFECTOS RETROACTIVOS <i>EXTUNC</i> DE LA RESOLUCIÓN .....	204

## **CAPÍTULO 4: EL DERECHO ANGLOSAJÓN Y EL DERECHO CONTINENTAL .....205**

4.1 FAMILIAS <i>COMMON LAW</i> Y <i>CIVIL LAW</i> .....	205
4.2 EQUIVALENCIAS TERMINOLÓGICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	209
4.3 EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y SUS REMEDIOS. UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO .....	210
4.3.1 Una perspectiva desde el <i>Common Law</i> .....	212
4.3.1.1 El incumplimiento del contrato.....	212
4.3.1.2 Los remedios.....	214
4.3.1.3 Los daños y perjuicios .....	216
4.3.1.4 La ejecución efectiva del contrato .....	218
4.3.1.5 <i>Termination</i> .....	220
4.3.2 La noción de incumplimiento de contrato y los remedios contractuales: una perspectiva de Derecho continental o <i>Civil Law</i> .....	222

4.3.2.1 El derecho francés.....	223
4.3.2.2 El derecho alemán.....	226

**CAPÍTULO 5: EL *SOFT LAW* Y LOS PRINCIPIOS DEL MODERNO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS.....228**

5.1 LA INFLUENCIA DEL MODERNO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS. EL ACERVO COMUNITARIO Y LOS TEXTOS DE <i>SOFT LAW</i> EN RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y OTRAS CUESTIONES COMO LA CATEGORIZACIÓN ENTRE EMPRESAS Y LA ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE PYME .....	228
5.2 LA BUENA FE COMO PRINCIPIO RECTOR EN LOS TEXTOS DE <i>SOFT LAW</i> .....	232
5.3 INFLUENCIA DEL MODERNO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO: EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL .....	238
5.4 EL CONVENIO DE VIENA.....	240
5.5 LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: LOS PRINCIPIOS UNIDROIT .....	241
5.6 REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, LOS PECL .....	246
5.7 PLAZO ADICIONAL DE CUMPLIMIENTO .....	249
5.8 LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CC ESPAÑOL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN .....	251
5.9 PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR).....	253
5.9.1 La intimidación y coacción como vicio de la voluntad en DCFR y demás textos de <i>soft law</i> .....	260
5.10 LA GRAN APORTACIÓN DEL CESL: PROTECCIÓN A LA PYME.....	261
5.11 OTRA APORTACIÓN DEL CESL: PREVISIÓN DE LA RESOLUCIÓN OPORTUNISTA DEL CONTRATO EN LAS RELACIONES B2C.....	267
5.12 EL ACERVO COMUNITARIO SOBRE LA ESPECIAL CONSIDERACIÓN PYME .....	269
5.13 OTRO EJEMPLO DE SEGMENTACIÓN ENTRE EMPRESAS: NORMAS QUE REGULAN LA COMPETENCIA EN LA UE .....	273
5.14 EL REGLAMENTO (UE) 2019/1150 P2B ( <i>PLATFORM-TO-BUSINESS</i> ) .....	274

**CAPÍTULO 6: NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN TORNO A LA RESOLUCIÓN.....280**

6.1 CONDICIONANTES QUE INFLUYEN EN LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y EN LA EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS EXPRESAS MANIFIESTAMENTE VENTAJOSAS PARA UNA DE LAS PARTES.....	280
6.1.1 El ejemplo de Francia .....	281
6.1.1.1 <i>La violence economique-violence de dépendence</i> .....	286

6.1.1.2 El “solidarismo contractual” .....	288
6.1.2 La doctrina de la <i>undue influence</i> y de la <i>duress</i> en el derecho anglosajón .....	291
6.1.2.1 <i>La unequal bargaining power-la unconscionability</i> .....	299
6.2 LA TEORÍA DE LOS ESTRATOS SEGÚN EL PERFIL DEL CONTRATANTE.....	301
6.2.1 Posibles parámetros de estratificación .....	305
6.2.2 La convivencia entre las diferentes doctrinas del TS en torno al incumplimiento con efectos resolutorios: la teoría de los estratos .....	319
6.2.3 La conveniencia de asumir un sistema basado en el binomio incumplimiento definitivo-plazo adicional .....	322
6.2.4 Métodos alternativos de resolución de controversias .....	323
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>325</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>333</b>
<b>LEGISLACIÓN .....</b>	<b>350</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>352</b>

## INTRODUCCIÓN

El transcurso de la europeización del derecho de obligaciones y contratos ha estado marcado por dos hitos que se han sucedido en el tramo final del año 2011: la publicación del proyecto de Reglamento sobre un derecho común de compraventa europeo y la promulgación de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores. Principalmente porque el proyecto de Reglamento, más que un instrumento opcional, suponía un salto de calidad en la elaboración de un derecho privado europeo, aunque al final el Reglamento no fuera aprobado, como sí lo fueron la Directiva 2019/771 relativa a diferentes aspectos de los contratos de compraventa de bienes, y la Directiva 2019/770/UE relativa a diferentes aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

De acuerdo con el Libro Verde de opciones políticas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas, de la Comisión Europea fechado el 1 de julio de 2010, la base para elaborar este instrumento la proporcionaría el proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) preparado por la red de excelencia europea CoPECL, que debía ser revisado por el Grupo de Trabajo constituido por Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010, y cuya misión consistía en “Seleccionar las partes del Proyecto de MCR directa o indirectamente relacionadas con el Derecho contractual y reestructurar, revisar y completar las disposiciones elegidas”. El Grupo de Trabajo, en un plazo de apenas un año, dio a conocer en agosto de 2011 la última versión del llamado “*Feasibility Study on a future initiative on European contract law*”, siendo el antecedente inmediato de la Propuesta de Instrumento Opcional.

Como sostenía la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el consejo relativo a una normativa común de compraventa europea en adelante CESL.

Las diferencias que existen entre los Estados miembros en lo que respecta al derecho contractual suponen un obstáculo para los comerciantes y los consumidores que desean emprender actividades de comercio transfronterizo en el mercado interior. Los obstáculos resultantes de estas diferencias tienen un efecto disuasorio en los

comerciantes, en particular en las pequeñas y medianas empresas (pymes), a la hora de emprender actividades de comercio transfronterizo o de ampliar sus operaciones a los mercados de nuevos Estados miembros<sup>10</sup>.

En atención a lo anterior, al interés cada vez mayor de armonizar y europeizar el derecho europeo de contratos, así como, a la influencia que recibe nuestro sistema jurídico de los denominados principios del moderno derecho europeo de contratos, el presente estudio constituye una contribución al desenvolvimiento del concepto del incumplimiento esencial y de la resolución contractual, pactada o tácita.

Esta hoja de ruta se desarrollará desde el prisma del incumplimiento contractual, motivado por la inexistencia en nuestro ordenamiento de una norma expresa que lo defina. Las normas que en nuestro ordenamiento tutelan el crédito (art. 1124 CC, básicamente) no contiene ninguna referencia concreta al mismo. La situación de incumplimiento tampoco puede reconstruirse a partir de la constatación en la actuación del deudor de la falta de los requisitos que exigen los arts. 1157 y ss. CC para que el deudor quede liberado.

A la inexistencia de una doctrina uniforme en el Tribunal Supremo acerca de esta cuestión han contribuido diversos factores. En primer lugar, la dificultad de crear una doctrina jurisprudencial acerca de los requisitos exigibles al incumplimiento de tipo resolutorio se ha debido a la regla jurisprudencial, hoy oportunamente matizada, según la cual, verificar si se ha producido un incumplimiento contractual debido a una realización inadecuada, comprobando los hechos relacionados con el asunto, corresponde a los tribunales inferiores: es función de los tribunales inferiores determinar si existe o no un incumplimiento real en el contrato, y en caso de que exista un incumplimiento por ambas partes en un contrato con prestaciones recíprocas, los tribunales también deben determinar quién incumplió primero. Esta es una cuestión de hecho que corresponde a los tribunales de primera instancia.

---

<sup>10</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law» (CESL). Propuesta de reglamento del parlamento europeo y el consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL). Exposición de motivos.

Es responsabilidad de los tribunales inferiores determinar si ha ocurrido un incumplimiento real en un contrato en sentido material y en los casos en los que ambas partes hayan incumplido sus obligaciones, determinar quién lo hizo primero. Estas cuestiones de hecho están dentro del ámbito de los tribunales de instancia (SSTS 25.1.1996, 3.11.2000, entre otras), frente a cuya resolución ya no cabe recurso de casación.

En segundo lugar, aun en los casos en los que el TS distingue correctamente entre la individualización del *factum* del incumplimiento (que corresponde, en efecto, al juzgador de instancia) y la acción de calificar jurídicamente los hechos que individualizan el incumplimiento (revisable en casación, STS de 30 de noviembre de 1999), las máximas jurisprudenciales que abordan la definición de incumplimiento se hallan condicionadas por un elenco de adjetivos consagrados en torno a los requisitos y límites del incumplimiento resolutorio (“verdadero”, “principal”, “esencial”, “definitivo”, “inequívoco” e “injustificado”) que puede desviar la atención de la regla fundamental en materia de incumplimiento contractual, y que no tiene como función la garantía del crédito, sino las consecuencias indemnizatorias a la situación resultante del incumplimiento. El artículo 1101 del Código Civil establece que aquellos que incurran en dolo, negligencia, morosidad o que vayan en contra de las obligaciones establecidas, estarán sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

En nuestro Derecho, a partir de la mención a la contravención que realiza el art. 1101 CC, se parte de una consideración amplia de incumplimiento. Cuando el art. 1101 CC se dirige a establecer las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento de las obligaciones, da a entender que, al margen de los criterios de imputación aparejados a su efecto propio (el indemnizatorio), solo a la exacta realización de la obligación se le puede considerar de cumplimiento, de forma que tanto una inexecución parcial de la obligación, así como una ejecución que no se ajusta al programa establecido en el título de constitución, pudieran ser calificadas como incumplimientos contractuales.

La situación anterior proporciona una ventaja indiscutible sobre aquellos ordenamientos que han optado por un concepto rígido de incumplimiento contractual. El

BGB (parágrafo 275), y siguiendo su influencia, el Código Civil italiano (art. 1218) limita la noción de incumplimiento sobre el concepto de imposibilidad sobrevenida, lo que ha obligado a la doctrina alemana a construir un concepto (*positive Vertragsverletzung o Schlechterfüllung*) para albergar en ella, en lo que aquí interesa, la contravención de obligaciones accesorias de conducta, así como la prestación defectuosa. La amplitud del concepto de contravención de la índole obligatoria del art. 1101 CC también nos separa, aunque en menor medida, de la solución del *Code* civil francés (art. 1146), que centra en la mora el sistema del incumplimiento contractual, de modo que ha tenido que acabar considerando la prestación defectuosa como “inejecución” a fin de poderla incluir en el conjunto de remedios para contratos en los casos de no cumplimiento.

Por ello, el estudio minucioso del incumplimiento en nuestro ordenamiento, interpretado según la aplicación de los principios contractuales del *soft law*<sup>11</sup> en especial el, a veces postergado, principio de buena fe, permitirán localizar y proponer soluciones interpretativas que subsanen posibles desequilibrios en el uso del remedio resolutorio derivado del incumplimiento contractual, con especial énfasis en la tipología contractual B2B.

Se parte de la consideración de que en estos supuestos, una de las partes contratantes, pueda ser considerada más débil en relación a su poder de negociación por su configuración como pyme o como empresario autónomo, entendiendo que por tal circunstancia, pudiera existir un desequilibrio en el ámbito contractual que debiera ser amparado por el legislador, o en su defecto, protegido en el ámbito judicial.

En la contratación moderna, especialmente el uso de cláusulas generales ha dado lugar a nuevas formas de desigualdad que requieren un análisis minucioso y una resolución del mismo tenor. Si bien estos problemas son más comunes en transacciones entre consumidores y empresas, también pueden surgir en contratos entre empresas,

---

<sup>11</sup> Considerando para su configuración la definición del concepto que ofrece la RAE, “Conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral”, dentro del ámbito de la negociación internacional.

especialmente cuando uno de los contratantes es una empresa pequeña con un poder de negociación inferior.

En torno a esta idea se orienta el estudio, analizando la influencia del *soft law*<sup>12</sup> en nuestro sistema con el objetivo de encontrar soluciones más equitativas dentro del marco de las negociaciones entre empresas. Un ámbito donde con frecuencia, una de las partes contratantes, tiene menor poder de negociación por sus condiciones sociales y económicas. Situación frecuente en las controversias suscitadas en la resolución por incumplimiento contractual de los contratos suscritos entre pequeñas y medianas empresas (pymes) con empresas de cierta dimensión, y por tanto con mayor poder de negociación.

Con este fin, la búsqueda estará enfocada en la jurisprudencia española, así como en la jurisprudencia que resulte de interés procedente de otros ordenamientos foráneos, haciendo especial mención a los pronunciamientos donde se aplique o se debería haber aplicado, principios del denominado moderno derecho de contratos o *soft law* en lugar de aplicar la ambigua, y a veces, demasiado rigurosa, doctrina española sobre el incumplimiento contractual.

---

<sup>12</sup> Inclúyase dentro de este concepto omnicompreensivo de *soft law*, los principios Unidroit, PECL, DCFR, CESL, PMCC, y la Propuesta de modernización del Código de Comercio.

## CAPÍTULO 1: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Comienza este capítulo con la mención a un episodio célebre de la literatura inglesa, inmortalizado en el cine y en la cultura popular, ejemplo de la impronta que el comercio y las relaciones contractuales ejercen en múltiples ámbitos, no solo en el derecho.

En la obra el *Mercader de Venecia*, de William Shakespeare, Shylock es un prestamista judío que reclama una libra de la propia carne de Antonio, un comerciante cristiano que se ve incapacitado para saldar su deuda en el modo convenido teniendo que ejecutarse la garantía estipulada –su propia carne–. Shylock rechaza la oferta de Bassanio para responder en nombre de Antonio, el cual ofrece pagar incluso, diez veces la cantidad original y se aferra al compromiso de la libra de carne estipulado con Antonio. Sin embargo, Portia, disfrazada de abogada, interviene y defiende a Antonio utilizando la ley y la justicia; ella argumenta que el compromiso, lo pactado expresamente, se refiere solo a una libra de carne y no menciona nada sobre derramar sangre, por lo que Shylock no tiene ese derecho. La situación decanta con Shylock siendo condenado por los idénticos principios legales por él manifestados, y finalmente se ve obligado a desistir de su intento<sup>13</sup>.

Merece hacer un breve comentario sobre los efectos del incumplimiento en este fragmento, así como una interpretación del mismo.

Las partes celebran un contrato de préstamo dinerario, con una peculiar fianza: garantizar el cumplimiento de las obligaciones con carne humana. Este modo de garantizar las obligaciones pecuniarias viene de antiguo; se remonta su referencia a documentos persas, hindús y romanos, entre los que destacan la mención que hacen las traducciones del *Gesta romanorum*.

En la antigua Roma, se encontraba la acción de ley o *legis actio per manus iniectio*, la cual permitía al acreedor exhibir al deudor en el mercado durante sesenta días si este

---

<sup>13</sup> Shakespeare, William. Dramas de Guillermo Shakespeare. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcd79s6> Edición digital a partir de Edición Nacional de las Obras Completas de Menéndez Pelayo. Vol. 67, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974. P. 84.

no cumplía con una pena judicial o con un deber reconocido ante la autoridad. Si después de este tiempo nadie se presentaba para pagar la deuda, el acreedor podía incluso vender al propio deudor *trans Tiberim*, a los etruscos, o incluso llegar a matarlo<sup>14</sup>.

La *lex poetilia papiria*, promulgada en el 326 A.C. eliminó o redujo la severidad del primitivo sistema de la *manus iniectio*. sin embargo, en la época clásica aún era posible que un deudor pagara su deuda a través de su trabajo<sup>15</sup>. Sobre la obra, dejando al margen cuestiones también muy relevantes como son la aversión al judaísmo, manifestada en la actitud de los personajes frente al prestamista Shylock, así como el rechazo que le supone a este último la presencia de Antonio, al cual odia porque:

“Es cristiano;

más aún porque sin hacer alarde,

presta dinero gratis y hace bajar la tasa de interés que se acostumbra entre nosotros en Venecia (...)

Odía a nuestra sagrada nación y se burla precisamente, ahí, donde los mercaderes se congregan, de mí, mis negocios y mi bien ganado lucro, que él denomina usura”

Shylock sería la manifestación del liberalismo más acérrimo que, sabedor de que el derecho tutela sus pretensiones, argumenta que el derecho no demanda más que la conformidad de las acciones externas de los hombres con la ley, sin requerir sumergirse en los motivos o intenciones que constituyeron el motivo de estas.

Por último merece centrar la atención en la resolución del conflicto, pues este en esencia contiene la aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes en toda su extensión, así como, pone de manifiesto los abusos que de ello derivan. Terminando con la alusión a Portia, disfrazada de doctor en Derecho, recién llegada de Roma, que en nuestra opinión representa la justicia iluminada por el principio de buena

---

<sup>14</sup> Margadant, N. (2010). El mercader de Venecia : estudios sobre las instituciones jurídicas a la luz del derecho actual en la obra de William Shakespeare. Editorial Miguel Ángel Porrúa. P. 36.

<sup>15</sup> Margadant, N., *op. cit.*, p. 36.

fe que siempre debe alumbrar la aplicación justa y equitativa de la ley, así como la interpretación de los contratos.

## 1.2 UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

El Derecho romano es considerado como una de las bases del derecho europeo moderno. Su influencia se observa en el desarrollo de las instituciones y principios legales que han surgido en Europa desde la Edad Media hasta la actualidad. Además, ha sido fundamental en la creación de una cultura jurídica común y ha sido utilizado como una herramienta cohesionadora para la Unión Europea.

Desde el inicio de la integración europea, se han llevado a cabo numerosos esfuerzos para armonizar el derecho de los Estados miembros, y el Derecho romano ha sido uno de los pilares fundamentales en este proceso. La historia jurídica de la Europa continental está íntimamente ligada al él, y muchos principios y reglas del Derecho civil europeo tienen su origen también en él.

De esta forma, el Derecho romano ha sido esencial en la formación de la cultura jurídica común de Europa, y ha sido utilizado como un instrumento cohesionador para los Estados miembros de la Unión Europea, promoviendo la integración europea en el ámbito legal y cultural<sup>16</sup>.

El incumplimiento contractual puede concurrir en todo tipo de prestaciones, tanto en obligaciones unilaterales, como en las bilaterales o sinalagmáticas, siendo estas últimas las que más atención merecen en este trabajo por su trascendencia.

Un contrato sinalagmático o de prestaciones recíprocas es aquel que crea obligaciones mutuas para las dos partes. El término proviene del griego *synallagma*, que significa "intercambio", "contrato" o "pacto" y se compone de las palabras *syn* (juntos) y *alagmo* (dar o recibir a cambio, intercambio)<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Kunkel. (1981). Historia del derecho romano / Wolfgang Kunkel; traducción de Juan Miquel (7ª ed.). Ariel.

<sup>17</sup> La Iglesia, G y García. (1919). *Diccionario práctico de derecho usual*. Real Academia de Ciencias Morales y políticas. P. 351.

El término "sinalagma" es un término que tiene su origen en la Grecia Clásica y alude a un tipo de contrato bilateral en el que se cambian mutuamente prestaciones como bienes, servicios o valores. Cada parte del contrato ofrece su propia prestación (por ejemplo, un servicio) con la expectativa de recibir la contraprestación correspondiente (como, por ejemplo, el pago de dinero).

De acuerdo con Ghersi<sup>18</sup>, el sinalagma puede comprenderse como un asunto imbuido en el derecho de contratos, en tanto se asume que este implica una equivalencia de interpretaciones, aun cuando la teoría del valor que el autor defiende<sup>19</sup> muestra que el proceso de intercambio no es posible mientras las partes no obtengan algún tipo de ganancia.

Se puede afirmar la existencia de dos tipos de contratos: en un primer lugar contratos de prestaciones recíprocas, donde se presenta una obligación condicionada a otra, y en un segundo, los contratos de prestaciones autónomas, en el cual cada parte del contrato ejecuta su obligación sin la condición de que la otra cumpla la propia, (el sinalagma genético y el funcional, al que nos referiremos en epígrafes posteriores).

De acuerdo con Ronald Coase, Premio Nobel de Economía, el contrato de prestaciones autónomas posee más ventajas debido a que disminuye el costo de transacción y además, entrega la posibilidad de aumentar la cantidad de presencia comercial en los mercados<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Ghersi Silva, E. (2011). *El problema del sinalagma*. Recuperado de <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capítulo-7-el-problema-del-sinalagma/>.

<sup>19</sup> Según Ghersi la teoría objetiva del valor entiende que, desde su consideración económica, el valor de un bien es intrínseco al mismo. Siendo aso, el valor de un bien es su coste y su coste, el valor.

<sup>20</sup> Coase, Newland, C., Tedesco, S., & Concome y Borel, G. (1994). *La empresa, el mercado y la ley* / R.H. Coase ; versión española de Guillermo Concome y Borel ; revisión técnica de Carlos Newland y Silvia Tedesco. Alianza Editorial. Pág. 143. Es una afirmación hecha por Ronald Coase en su teoría del "costo de transacción" en economía y derecho. Coase argumentó que los costos de transacción (es decir, los costos asociados con la negociación, la redacción y la aplicación de los contratos) son un factor importante que puede afectar la eficiencia y la eficacia de los mercados. Según Coase, los contratos de prestaciones autónomas, también conocidos como contratos de "relación continuada" o "acuerdos de cooperación", son una forma de organización contractual que puede ayudar a reducir los costos de transacción al permitir que las partes establezcan una relación comercial a largo plazo en la que se comprometen a cumplir con ciertas obligaciones de manera continua. Al hacerlo, las partes pueden evitar la necesidad de renegociar y redactar nuevos contratos para cada transacción individual, lo que puede ahorrar tiempo y recursos. Además, Coase argumentó que los contratos de prestaciones autónomas pueden ayudar a aumentar la cantidad de presencia comercial en los mercados, ya que las

### 1.2.1 La resolución por incumplimiento contractual en la Edad Antigua

Comenzaremos este epígrafe haciendo mención de la locución latina "*Id quod interest*", ésta hace referencia al concepto de "interés legítimo", es decir, el daño o perjuicio que sufre una de las partes en caso de incumplimiento de un contrato. Dentro del Derecho romano, el interés legítimo era el criterio que se utilizaba para determinar la indemnización que correspondía en caso de falta de cumplimiento del contrato.

En relación con la resolución de un contrato, también es relevante hacer mención de la *conditio ob causam*, que era una cláusula que se incluía en los contratos romanos y que permitía a las partes resolver el contrato en caso de que la otra parte incumpliese. Por otro lado, la *actio prescriptis verbis* era una acción que permitía a uno de los contratantes exigir el cumplimiento de un pacto en los términos específicos acordados en el mismo. La combinación de la *conditio ob causam* y de la *actio prescriptis verbis* desempeñaría la misma función que el actual 1124 CC<sup>21</sup>.

Por su parte, SCHULZ, se refiere a la "lex commissoria"<sup>22</sup>, como una cláusula que se incluía en los contratos dentro del Derecho romano y que establecía que cuando tenía lugar una falta de cumplimiento, el acreedor tendría derecho a retener la propiedad del objeto del contrato. Esta cláusula se consideraba muy rigurosa para el deudor ya que podía perder la propiedad del objeto en cuestión.

Por su parte, Díez-Picazo describe el desconocimiento que el Derecho romano poseía sobre la resolución por incumplimiento:

El derecho romano no contemplaba una acción general para resolver contratos que contuvieran obligaciones recíprocas o relaciones obligatorias sinalagmáticas debido al incumplimiento de una de las partes. En esta situación, el contratante que cumplía con

---

partes pueden trabajar juntas de manera más efectiva para superar obstáculos y aprovechar oportunidades de negocio. En resumen, Coase creía que los contratos de prestaciones autónomas eran una forma eficiente y efectiva de organizar los intercambios comerciales y mejorar la actividad de los mercados.

<sup>21</sup> Camacho, Evangelista. (1989). *Curso de derecho romano*. Editorial Granada. P. 323

<sup>22</sup> Schulz, Fritz: (1960). *Derecho romano Clásico*, traducido por Santa Cruz Teigeiro, Ed. Bosch, Barcelona, p. 396 recuerda que "La lex commissoria fue aplicable durante todo el período clásico, a pesar de lo muy rigurosa que resultaba para el deudor".

sus obligaciones solo podía exigir el cumplimiento de la obligación incumplida por la otra parte. La disolución del vínculo obligatorio, que resulta en la liberación y restitución de las obligaciones patrimoniales, solo se permitía en algunos casos excepcionales cuando las partes acordaban explícitamente este término en un pacto. Un ejemplo de este pacto es el llamado pacto comisorio al que nos hemos referido anteriormente, en virtud del cual el vendedor podía reclamar la restitución de la cosa vendida en tanto en cuanto el comprador no pagara el precio acordado<sup>23</sup>.

El ejercicio de la *condictio* restitutivo, sin embargo, aparecía en ciertos casos. Únicamente en los contratos considerados innominados del tipo "do ut des" o "do ut facias" se podían lograr resultados similares, fuera de los casos excepcionales mencionados anteriormente. En estos contratos, cada prestación o promesa se consideraba la causa de la prestación o promesa correspondiente. Si uno de los contratantes había cumplido con su obligación o promesa, pero no había recibido la prestación correspondiente de la otra parte, se permitía el ejercicio de la *condictio* para reclamar la restitución de lo entregado basado en una causa que no se había producido<sup>24</sup>.

En época Justiniana<sup>25</sup>, donde se mantenía un concepto férreo y cerrado en cuanto a la consideración, clasificación y determinación de los contratos, conviene hacer mención de un hecho relevante para este estudio. A los comienzos del reconocimiento dentro del *ius civile*<sup>26</sup> de los acuerdos atípicos, denominados innominados<sup>27</sup>, que surgieron al margen de los contratos clásicamente conocidos como típicos, y a la configuración de

---

<sup>23</sup> Díez-Picazo, Luis (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II, "Las relaciones obligatorias", (6ª ed.). Thomson-Civitas. P. 810.

<sup>24</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos... op. cit.*, p. 801.

<sup>25</sup> Belda Mercado, Javier. *Reconocimiento jurídico de los contratos innominados*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138– 039X, ISSN– e 2530– 6324, Nº 12, 2008, pp. 69– 86.

<sup>26</sup> Gayo. (1845). *Gaii institutionum : in codice rescripto bibliothecae capitularis vernensis nuper repertarum* = La instituta de Gayo : descubierta recientemente en un palimpsesto de la Biblioteca Capitular de Verona / traducida por primera vez al castellano con notas que facilitan la inteligencia del testo. Imp. de la Sociedad Literaria y Tipográfica. §102. P. 205. "Todos los pueblos que se rigen por las leyes y costumbres, usan en parte su derecho propio, y en parte el derecho común a todos los hombres, pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ése es suyo propio, y se llama Derecho Civil, propio de la ciudad por así decirlo".

<sup>27</sup> Belda Mercado, J., *op. cit.*, p. 69-86.

un mecanismo procesal de tutela denominada *actio praescriptis verbis*, con el único objetivo de hacer efectivo los *pacta sunt servanda*.

“Por su parte, en los contratos innominados del tipo *do ut des, do ut facias*, la posibilidad de solicitar la restitución de la cosa entregada ante el incumplimiento de la otra parte se introdujo a través de la *condictio causa data causa non secuta*”<sup>28</sup>.

Solamente algunos negocios eran considerados idóneos para la conformación de una relación de obligatoriedad, no habiendo obligación alguna que pudiese emerger fuera de estos. En contraposición al caso de aquellos contratos que se consideraban reales, consensuales o provistos de literalidad, los contratos *innominatus* no revestían una figura comúnmente definida lo que, a su vez, permitía la cabida de una cantidad no determinable de vinculaciones no abordadas en otras formas contractuales, y que surgían de la ejecución llevada a efecto por un individuo en su confrontación con otro, en modo convencional, con propósito de establecer obligaciones recíprocas de *dare o facere*.<sup>29</sup>

Relaciones de este tipo, en algunos casos, y en cuanto eran capaces de dar respuesta a exigencias económicas, terminaron por adoptar un peculiar y distintivo aspecto, adquiriendo, a su vez, su propia denominación; los contratos *innominatus* fueron quienes los absorbieron categóricamente. Ese principio permitió, con todo, el reconocimiento del contrato sin un nombre en particular –innominados–, conformando otra categoría junto a los contratos típicos<sup>30</sup>.

Efectuada la prestación –y no habiendo tenido lugar la contraprestación–, esta podía ser repetida por medio de la *condictio ob causam datorum*. Sin embargo, y referente a la contraprestación, no existía disposición alguna para accionar la exigencia de ella que, en todo caso, había sido convenida pero no llevada a efecto. Para tales situaciones, la intervención del pretor concedía, además de acciones edictales, las denominadas *actiones in factum*, definidas de acuerdo con la estructura de cada caso y supuesto en particular y

---

<sup>28</sup> Capitant, H. (1924) *De la cause des obligations*. Dalloz, París, pp. 110 y ss.

<sup>29</sup> Belda Mercado, J., *op. cit.*, pp.69-86.

<sup>30</sup> *Idem*.

probablemente debido a la herencia helenística, disponía de estas acciones toda vez que las prestaciones habían sido llevadas a cabo.

En tanto, *actio de dolo* y *condictio ob rem dati* otorgaban derecho a quien cumplía, frente a la ausencia de acción ejecutoria del obligado, en orden de recobrar cualquier prestación en caso de ser posible, o también ante un injustificado incumplimiento, exigiendo de paso la pertinente indemnización de perjuicios. No obstante todo esto, este procedimiento no era capaz de satisfacer el motivo principal que movía a las partes contratantes a llevar a efecto el convenio, y es que ni la *actio de dolo* ni la *condictio ob rem dati* permitían la exigencia recíproca de deberes o derechos respectivos al vínculo contractual contraído. Así, la *actio in factum* pasó a ser imprescindible para provisionar a los contratos de una capacidad sancionadora real, dando seguridad a la ejecución de aquellos contratos sin nombre.<sup>31</sup>

Por otro lado, y tratándose de contratos donde solo una parte se ve comprometida a un obligación, no hay una efectiva facultad de resolución por incumplimiento, en tanto el acreedor solo posee, regularmente, formas de causar la caducidad del contrato sin recurrir a una fundamentación con base en el incumplimiento esencial de quien se obliga.<sup>32</sup>

La diferenciación entre *contractus* y *pacta* se tornó no tan extrema en un período previo a Justiniano. No es posible afirmar que los *pacta* no revistieran consecuencias legales; podría ser que fuese la figura pretoriana aquella que impedía un acto en conformidad a un *pactum*, pero permitía una *exceptio*, y por tanto la defensa de un acusado podía estar basada en el *pactum*. Se suman a estos los acuerdos denominados comúnmente *pacta*, performativos en cuanto que su creación era simultánea a la acción; en caso de ser realizada por un pretor, se conocían como *pacta praetoria*, y un caso ejemplar es el *pacta fiduciae*.<sup>33</sup> Posteriormente, sería el emperador el encargado de llevar a cabo los *pacta legitimia*.

---

<sup>31</sup> Belda Mercado, J., *op. cit.*, pp. 69-86.

<sup>32</sup> Carrasco Perera, A. (2021). *Derecho de contratos*. (3ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi, p.1222.

<sup>33</sup> Wallinga, Tammo, La libertad contractual. Del Derecho romano al Derecho privado moderno. Lisboa. Anu-R-2021-B0061500632, pp. 460-463.

Un avance relevante fue la incorporación de la *adio praescriptis verbis*, aplicable en los casos donde ambas partes habían alcanzado un *pactum* mutuo capaz de generar expectativas recíprocas –como es el caso de la permuta–, no necesitando de una acción inicial en tanto el pacto no era clasificable como *contractus*. Sin embargo, y cuando una parte cumplía aquello esperable de ella, se producía un cambio: desde *pactum* se pasa a *contractus innominatus*, y desde ese instante aquella parte que cumplía su obligación estaba facultada para solicitar a su contraparte que cumpliera efectivamente por medio de la *adio praescriptis verbis*; no obstante, la parte que efectuaba el cumplimiento podía, y de manera alternativa, exigir la restitución de la prestación invocando la *condictio causa non secuta*<sup>34</sup>.

En resumen, la “*actio praescriptis verbis*” era una acción civil *in factum*, basada en la buena fe<sup>35</sup> que buscaba el cumplimiento de la contraprestación o la ejecución del acto acordado, o al menos la indemnización correspondiente por su incumplimiento. Aunque técnicamente es una acción, para los clásicos era más bien un procedimiento, y a menudo se referían a él como *agere praescriptis verbis* en lugar de *actio*<sup>36</sup>.

Cuando los formularios habituales de demanda eran insuficientes para justificar una *actio*, pero se tenía la certeza de que existía un “*dare facere oportere ex fide bona*” entonces se otorgaba una fórmula específica para ese caso en particular, cuya demostración se basaba en los hechos: “*quae praescriptis verbis rem gestat demonstrat*”. Esta fórmula comenzaba con la descripción de los hechos en disputa, con el objetivo de condenar al demandado a cumplir con lo que se consideraba que debía hacer o entregar de acuerdo con la buena fe según el *ius civile*.

---

<sup>34</sup> Wallinga, T., *op. cit.*, p. 423.

<sup>35</sup> La *actio praescriptis verbis* es considerada por los compiladores de Justiniano como una acción típica, a la que se le imprime el carácter de acción de buena fe. Varios autores respaldan este punto de vista, incluyendo a Paricio en “Sobre el origen y naturaleza de los *bonae fidei iudicia*” (Estudios Reimundo Yanes, Burgos 2000, p.195), Biondi en “*Iudicio bonae fidei*” (Annali Seminario giuridico Università di Palermo, 1920, pp. 277 ss.), Carcaterra en “*Intorno ai bonae fidei iudicia*” (Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell’Università di Bari, Napoli 1964, pp.194-224), Krüger en “*Zur Geschichte der Entschung dei bonae fidei iudicia*” (ZSS 2, 1890, pp.185 ss.) y Grosso en “*Ricerche intorno all’elenco dei bonae fidei iudicia*” (RISG I, 1928, pp. 3 ss.). Accarias (*op.cit.* p. 26) y Biondi (*Iudicia bonae fidei cit.*, pp. 161 ss.) también califican a la *actio praescriptis verbis* como *bonae fidei iudicia*.

<sup>36</sup> Belda Mercado, J., *op. cit.*, pp.69-86

Se derivaba de un contrato innominado, siempre que involucrara el intercambio de recíprocas prestaciones y por lo menos una de las partes hubiera cumplido con su obligación. De ahí surgía una acción civil directa para obtener la contraprestación correspondiente. Esta acción se conocía como *civilis in factum, praescriptis verbis o incerti*, y se caracterizaba porque la descripción del hecho controvertido se realizaba mediante una *praescriptio*, a diferencia de la “*actio in factum pretoria*”.

Además de la “*actio praescriptis verbis*”, que se utiliza para conseguir la ejecución del contrato, también existía la *condictio*, que se utilizaba para conseguir la restitución de lo que se había dado<sup>37</sup>. La *condictio* parecía ser una acción directa destinada a que el contrato se resolviese.

En caso de que una parte cumpliera con su obligación y la otra no, aquella podría reclamar la restitución de lo entregado a través de una “*actio iure civilis*”, conocida como *condictio ob rem dati re non secuta*<sup>38</sup> y posteriormente como *condictio causa data causa non secuta*<sup>39</sup>. Esta acción se basaba en la entrega de algo con el objetivo de obtener una contraprestación que no había sido realizada. La cláusula de resolución permitiría que la parte que ha cumplido con su obligación pudiera resolver el contrato en la circunstancia de que la otra parte no lo hubiera hecho y exigirle así la devolución de lo dado. Esta sería una acción de repetición (*condictio*) para reclamar la cosa entregada con el fin de obtener

---

<sup>37</sup> La “*actio praescriptis verbis*” es una expresión latina que se utiliza en el derecho romano para referirse a una acción legal específica que se basa en una fórmula prescrita. En esencia, esta acción se utilizaba para hacer cumplir los contratos verbales y estipulaciones hechas por escrito. La fórmula utilizada en la “*actio praescriptis verbis*” era una serie de palabras que se debían pronunciar de manera precisa y que establecían las condiciones del contrato o la estipulación. Si el demandado no cumplía con las condiciones establecidas en la fórmula, se consideraba que había incumplido el contrato y el demandante tenía derecho a exigir una compensación. Era una de las acciones más importantes en el derecho romano, ya que permitía que los contratos verbales y escritos fueran cumplidos de manera efectiva. Sin embargo, con el tiempo, fue perdiendo importancia a medida que se desarrollaron otras formas de acción legal.

<sup>38</sup> Schulz, F., *op. cit.* P 499. La *condictio ob rem dati*, en el derecho justiniano, pasó a llamarse *condictio causa data non secuta*. Esta información se encuentra respaldada por las siguientes fuentes: SANFI-LIPPO en su obra “*Istituzioni di Diritto romano*” (Napoli 1955), en la página 246; Huvelin en su obra “*op. cit.*” en la página 102; Monier en su obra “*Manuel Droit romain*” (París 1954) en la página 185; y Arangio Ruiz en su obra “*Diritto romano*” en la página 317. Además, se destaca que esta hipótesis se aplica también a las situaciones de *facio ut des* y *facio ut facies*.

<sup>39</sup> Una peculiaridad digna de observación es que, una vez concedida una acción civil al acreedor para obtener el cumplimiento de la promesa por parte del otro contratante, aun así se le otorga el *ius poenitentia*, lo que significa que tiene la facultad de repetir su prestación mediante la *condictio causa non secuta* hasta que el deudor cumpla con su obligación.

la contraprestación que no se materializó. El principio de enriquecimiento sin causa sería el fundamento de esta acción,. La persona afectada por este enriquecimiento injusto podrá interponer una *actio* o *condictio* contra la persona que se ha beneficiado para exigir la devolución de lo adquirido sin causa jurídica.

La relación entre las partes no era vista como un vínculo contractual que creara una obligación, lo que implicaba la falta de un medio judicial para que una parte que cumplía pudiera obligar a la otra a cumplir la contraprestación. La *condictio ob rem dati non secuta* no se aplicaba en el caso de una prestación consistente en un *facere*, ya que su objeto era la repetición de lo que se había dado. En el caso de la convención *facio ut des* o *facio ut facies*, si una parte realizaba el *facere* y la otra rechazaba el *dare* o *facere*, se podía recurrir a la *actio doli*. Sin embargo, se podía revocar la voluntad o repetir la prestación completa mediante la *condictio ex poenitentia*<sup>40</sup> en ciertos casos de excepción, lo que permitía al que había transferido la propiedad de la cosa recuperarla mediante el desistimiento unilateral del contrato.

En este momento histórico, la relación entre los contratantes no se consideraba aún como un vínculo contractual que generara obligaciones, por lo que no existía un medio judicial para obligar a la otra parte a cumplir con su contraprestación. La *condictio ob rem dati non secuta* no se aplicaba cuando alguna de las partes había realizado una prestación que implicaba un acto en lugar de una transferencia de propiedad. En situaciones en las que una parte cumplía con un *facere* y la otra rechazaba cumplir con su contraprestación *dare* o *facere*, se podía recurrir a la *actio doli*. Para recuperar la propiedad de la cosa por desistimiento unilateral del contrato se podía utilizar la *condictio ex poenitentia*<sup>41</sup>: en casos excepcionales.

---

<sup>40</sup> Voci, P. (1948) Istituzioni di diritto romano. P. 247.

<sup>41</sup> Voci, P. (1948) Istituzioni di diritto romano. P. 247.

### 1.2.1.1 Respecto al sinalagma<sup>42</sup>

Una de las clasificaciones en el Derecho Romano es la que distingue entre contratos unilaterales y bilaterales, también llamados sinalagmáticos<sup>43</sup>, siendo estos últimos aquellos en los que surgen obligaciones para las dos partes como ocurre en el caso de los contratos innominados.

Los contratos sinalagmáticos únicamente podían ser resueltos cuando la obligación adquirida por una de las partes era la causa de la contraprestación de la otra; en cualquier caso, y como regla general, todo contrato bilateral de este tipo podía ser resuelto por incumplimiento, independientemente de que fuera aleatorio o no.

El contrato innominado, siguiendo a Belda Mercado, encuentra su origen tras el acuerdo en el que las dos partes interesadas entablan una promesa, de carácter recíproca; convenio que se tornaba obligatorio cuando se exigía, por alguno de los contratantes, el cumplimiento de la obligación preestablecida. Aunque, en un primer momento el contrato innominado tuviera la apariencia de unilateral, no lo era en realidad; eran contratos sinalagmáticos o bilaterales en tanto generaban deberes recíprocos, aun cuando –inicialmente– se obligaba solo a la parte contratante que todavía no había cumplido. Belda Mercado insiste en la licitud que la compilación de Justiniano le atribuye a la eficacia de las promesas compuestas de prestaciones y contraprestaciones, cuando estas eran realizadas por una de las partes y cuya prestación esperaba su contrapartida, generando en ese momento la obligación de cumplimiento<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> Ulpiano en su Digesto, menciona que según Labeón, existen cosas que se hacen, otras que se gestionan y otras que se contratan. El término "contrato" se refiere a una obligación recíproca entre ambas partes, lo que los griegos llaman "sinalagma". Algunos ejemplos de contratos son la compraventa, el arrendamiento y la sociedad. El texto no sugiere que el contrato "crea" una obligación recíproca, sino que la obligación ya existe en sí misma. Además, se excluye lógicamente al mandato en los contratos consensuales. El término "sinalagma" destaca el vínculo entre las obligaciones generadas para ambas partes, lo que se considera que opera en dos terrenos distintos y se distingue entre genético y funcional. El sinalagma genético se refiere a la causa por la que cada una de las partes se constriñe a realizar la propia obligación. El sinalagma funcional se refiere al cumplimiento de las obligaciones y ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente. Se ha construido la moderna excepción de contrato no cumplido sobre la base del sinalagma funcional. Una excepción al sinalagma funcional se da en los negocios celebrados por un impúber sin la autorización del tutor, que solo tienen validez en cuanto le beneficia, y en estos casos el contrato subsiste para una sola de las partes.

<sup>44</sup> Belda Mercado, J., *op. cit.*, p. 76.

El principio de autonomía de la voluntad es el dominante en las legislaciones actuales; sin embargo, el Derecho romano no consignó de igual forma su trascendencia debido a que esta solamente se admitía en aquello dentro de lo que el Derecho civil llamaba y consideraba contrato (y a su vez cada contrato disponía de su acción consecuente). De esta concepción restrictiva, se fue evolucionando a nuevas configuraciones de carácter jurídico, debiendo enfrentarse los juristas ante situaciones prácticas que no constituían un contrato propiamente considerado, forzándolos a tomar decisiones sobre el reconocimiento o validez de los mismos, dando lugar al reconocimiento de los contratos innominados. Admitiendo en estos casos que una prestación efectuada por uno de los contratantes era causa suficiente para crear una obligación en la contraparte.

Contratos innominados que igualmente eran considerados consensuales: “Además, en estos contratos se obligan ambas partes a darse respectivamente lo que la equidad prescribe, cuando por el contrario en las obligaciones verbales, una parte estipula y la otra promete, y en los créditos, una obliga a la otra cargándole una suma en su cuenta<sup>45</sup>”.

#### 1.2.1.2 De qué modo se acaban las obligaciones

Gayo<sup>46</sup> realiza ciertas consideraciones sobre el cese de las obligaciones:

En §168, sostiene que el método principal para la extinción de la obligación del deudor es el pago de aquello que debe; sin embargo, también se pregunta sobre el pago a través de una cosa por otra, con consentimiento del acreedor como forma de terminación de obligaciones. En ese sentido, hay visiones contrarias en las escuelas de la época, hallándose que tal forma es viable y válida de acuerdo a la escuela de Gayo, mientras la escuela opuesta sostiene que la obligación persiste, aun cuando el deudor está facultado para interponer una excepción por dolo malo en caso de una nueva solicitud por parte del acreedor.

---

<sup>45</sup> Gayo. *Op. cit.* §137, p. 215.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 227.

En §169, Gayo indica que las obligaciones también acaban por *acceptilatio*, una suerte de pago ficticio, entendido en función de la obligación verbal contraída; lo que pueda ser debido, si el acreedor accede, puede ser perdonado.

En §170, el jurista y de acuerdo a lo ya consignado en los anteriores, sentencia que son las obligaciones de palabra las que están afectas a extinción por *acceptilatio*; es, en el fondo, disolución de contrato “palabra por palabra”.

En §176, Gayo concluye que las obligaciones pueden, también, cesar debido a la novación.

En §180, añade el *litis contestatio* como motivo para el fin de la obligación, en virtud de verificar el *juditio legitimo*; cuando se disuelve la obligación principal, comienza una nueva que proviene de la *litis contestatio*. Ahora bien, de ser condenado el deudor, aparece la obligación que surge con la contestación, quedando obligado desde entonces y por la fuerza de lo juzgado (*ex causa judicati*). Según Gayo, eso explica por qué se decía que previo a la *litis contestatio* quien adeudaba estaba forzado a dar primero, luego a someterse a la decisión del juez, y finalmente a hacer aquello resultante del juicio.

En §181, el autor pone a la *litis contestatio* como causa para la imposibilidad de satisfacción por otra vía distinta a la reclamación por deuda en un juicio legítimo realizada por un acreedor, arguyendo que no sería útil afirmar que existía una obligación de darle a este, en tanto la obligación había cesado debido a la *litis contestatio*. En un caso contrario, sucedería que el *qua imperia continetur* deduciría la acción del acreedor en un juicio de magistratura imperial, subsistiendo la obligación, y estando este facultado para exigir de inmediato el cumplimiento, pero tendría que contradecirse dicha demanda por causa de la excepción de la cosa juzgada o por el pleito pendiente.

### 1.2.1.3 Extinción de las obligaciones en el Derecho romano

Dentro del Derecho romano no existía la necesidad de que una relación contractual se mantuviera indefinidamente. De hecho, la mayoría de las obligaciones contractuales en el Derecho romano estaban sujetas a una fecha de vencimiento o a una condición específica que debía cumplirse antes de que la obligación pudiera extinguirse.

Hay dos tipos de formas para extinguir obligaciones: aquellas que funcionan de pleno derecho (*ipso jure*), y aquellas que solo por medio de la excepción provocan efectos liquidatorios de obligaciones (*exceptionis ope*).

Las obligaciones derivadas de la propiedad, por ejemplo, son capaces de subsistir en el tiempo de manera perenne. Ambos tipos de derechos, disímiles entre sí, poseen esta naturaleza imperecedera, aunque tratándose de propiedad no cesa sino por motivos accidentales, ocurriendo precisamente lo opuesto en el caso de derechos de crédito o de obligaciones, debido a que la parte acreedora no tenía interés en que el deudor adquiriera eternamente una prestación, sino realmente en que la obligación fuera satisfecha para, así, poder él incrementar su situación patrimonial.

Los derechos de crédito, por su parte, se podían valorizar en dinero, y eran de interés de quien debía el cumplimiento de aquello obligado como prestación en tanto permitía el fin de la relación con su acreedor, recobrando la libertad; cuando esto ocurría se habla de la presencia de *solutio*, disolviéndose el vínculo legal que los mantenía unidos.

La prestación de aquello que se debe era la terminación originaria y normal de la obligación. Sin embargo, esto fue insuficiente en el Derecho romano en relación con la liberación del deudor; en efecto, solo durante el período clásico fue el Derecho Civil capaz de dar reconocimiento al pago como vía de extinción de una obligación y desde ahí, generalmente las vías de terminación de la obligación siguieron un desenvolvimiento aparejado al avance de los contratos.

#### 1.2.1.3.1 El pago

El pago es el acto que producía al acreedor el beneficio que debía reportar de su acreencia, era la finalidad propia de la obligación<sup>47</sup>. Era la *solutio*. En el caso de las obligaciones de hacer, la *satisfactio*.

---

<sup>47</sup> Ulpiano (D.50, 17, 176) citado por mariahh: "Es el acto que producía al acreedor el beneficio que debía reportar de su acreencia, era la finalidad propia de la obligación.". Era la *solutio*. <https://www.clubensayos.com/Informes-de-Libros/El-Pago-En-Roma/620617.html> (última consulta 10 de enero de 2023).

La doctrina de las Doce Tablas, en tanto no otorgaba al acreedor, en caso de retardo en el pago, más derecho que el de tomar posesión del deudor sin ser capaz este de venir contra sus bienes<sup>48</sup>.

De tal modo que la Ley de las Doce Tablas daba al deudor, tras la celebración de un juicio, treinta días para disponer de los medios para el pago, y si en tal período no lo hacía, se le dejaba por sesenta días en manos de su acreedor, quien lo encadenaba a veinticinco libras de peso al menos. Tras eso, el deudor era llevado ante el consejo durante tres días de feria (*nundinae*), donde podía librarse él mismo o ser liberado por alguien más; si luego de todo esto todavía no pagaba su deuda, el acreedor tenía la facultad de darle muerte o, si así lo estimaba, venderlo pasado los límites del río Tíber<sup>49</sup>.

Se desprende de muchos pasajes de Cicerón<sup>50</sup> que fue la figura pretoriana la que dio inicio el derecho de apoderamiento de bienes de deudores por parte de los acreedores, cuya verificación se efectuaba por medio de *bonorum venditio*. A pesar de eso, y en caso de no ser suficientes los bienes del deudor, el acreedor estaba facultado para apoderarse de la persona deudora para liquidar el saldo adeudado; sería ley Julia la encargada de abrogar tan pedestre disposición, sustituyéndola por la *cessio bonorum*.

### **1.2.2 De la *Lex Mercatoria* al Convenio de Viena**

Durante la Edad Media, los comerciantes con poca formación legal necesitaban algo que fuera fácilmente comprensible por todos, y así se desarrollaron los usos uniformes, la denominada *lex mercatoria*. Era un sistema legal sencillo y comprensible basado en la costumbre. Una de sus características más destacadas era su universalidad, pero nunca se llegó a construir un conjunto de normas completo. Surge debido a la necesidad de encontrar una alternativa al Derecho civil, que no era adecuado para regular las actividades privadas, familiares e inmobiliarias. Era un derecho creado por los comerciantes, para los comerciantes, con sus propios procedimientos e instancias.

---

<sup>48</sup> Niebuhr, B. *Historia romana*, vol. II, p. 311 y ss.

<sup>49</sup> *Vid.* Auto– Gelio, Noc. Attic., lib.20, c. 1.

<sup>50</sup> Pro Quinctio, cap.8 cap, 19

Aunque abogaba por las libertades civiles e individuales, la igualdad social y la nivelación económica, su origen era uno de sus rasgos distintivos.

Con el surgimiento del nacionalismo en los siglos XV y XVI, los comerciantes perdieron su libertad de circulación y su autonomía gremial, lo que llevó a la desaparición de su carácter internacional original y su incorporación al derecho privado de cada nación. Esto supuso un cambio en el derecho comercial, que pasó de ser un derecho de los comerciantes a ser un derecho de los actos comerciales. En el siglo XIX, con la llegada del Estado nacional y la codificación, muchas normas entre comerciantes se volvieron locales, lo que condujo a la desaparición de la *lex mercatoria* y al surgimiento de un derecho comercial nacional, que era una expresión de la soberanía y rechazaba un derecho de clase que trascendiera las fronteras.<sup>51</sup>

El término *lex mercatoria* es ambiguo y tiene tanto un significado amplio como un significado restrictivo. En un sentido amplio, la *lex mercatoria* se refiere a acuerdos internacionales como el Convenio de Viena, laudos arbitrales, términos generales sobre el acto contractual y contratos tipo. Sin embargo, en un sentido técnico, la *lex mercatoria* consiste en un conjunto de disposiciones normativas comunes que ocasionalmente han sido reguladas por organismos corporativos, y cuyas sanciones se aplican a través del arbitraje comercial internacional mediante la emisión de laudos.

Continuando con la evolución histórica de la resolución, la forma en que la resolución judicial está estructurada en la Codificación no se origina directamente en el Derecho Canónico, sino que tiene sus raíces en el antiguo Derecho Consuetudinario francés.

La resolución moderna tiene su origen en la práctica frecuente de incluir una condición explícita en los contratos que establecía la resolución por incumplimiento, conocida como condición resolutoria expresa.

---

<sup>51</sup> El soft law como fuente del derecho extranacional. Publicado en 2017. Escrito por: M.<sup>a</sup> Isabel Garrido Gómez Publicado por Dykinson Pág. 91.

Durante el siglo XVI, es posible que para satisfacer las necesidades del creciente comercio jurídico, la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales comenzaran a aceptar la resolución del contrato, incluso en ausencia de una cláusula explícita de resolución, ya que dicha cláusula podría considerarse implícita.

Esta doctrina cuyo origen se encuentra probablemente en Dumoulin, quedó consagrada en la obra de Domat<sup>52</sup>. En el S. XVIII, Pothier afirma que existe una regla introducida por la práctica jurisprudencial que sobreentiende la cláusula resolutoria en todos los contratos sinalagmáticos (condición resolutoria tácita).

En el siglo XIX se produjeron dos acontecimientos importantes que afectaron al mundo jurídico; el avance tecnológico que permitió el transporte de mercancías a larga distancia y la comunicación entre partes ausentes, lo que dio lugar a la aparición de contratos entre ausentes. Además, a partir de finales del siglo XVIII, comenzó la codificación del derecho privado y el particularismo jurídico, lo que condujo al declive de la comunidad internacional de comerciantes y de su incipiente derecho consuetudinario.

La Codificación no hizo en este punto otra cosa que consagrar legislativamente dicha doctrina. La regla sobre la condición resolutoria tácita se codifica en el art. 1184 del Código de Napoleón y fue recibida en el art. 1165 del primer Código Civil italiano.

El proyecto de 1851<sup>53</sup> dio lugar al art 1042 que estableció que “la condición resolutoria va implícita en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que uno de los contratantes no cumpliera su obligación” con una regla que experimenta después solamente retoques de estilo. El art 1042 del proyecto contenía, por lo demás, los párrafos 2º y 3º que pasarían después al Código.

---

<sup>52</sup> San Miguel Pradera, L. P. (2004): “Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio”. *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios, Madrid. Pág. 153.

<sup>53</sup> Conocido como “Proyecto García Goyena”, el Proyecto de Código Civil español de 1851 ejerció un considerable influjo sobre el vigente Código Civil español.

García Goyena explica<sup>54</sup> que el art. 1042, ilustraba y fijaba un punto vago y oscuro en el Derecho romano, y en el Derecho subsecuente: La condición resolutoria es contenida implícitamente y es sobreentendida en cualquier contrato bilateral, en tanto es supuesto que ninguna parte desea obligar, a no ser que la obligación sea satisfecha por la contraparte. El comentarista añade que incluso en los casos en los que la resolución se haya estipulado de manera formal, se torna necesario recurrir a los tribunales a examinar su causa, y distinguir el supuesto de un sencillo retraso. En la revisión de esta causa podría haber razones lo suficientemente favorables como para que el magistrado se viera compelido por la igualdad en la concesión de plazos.

Dejando atrás la época de la codificación, y volviendo con la materia objeto de este epígrafe, actualmente los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales<sup>55</sup> se refieren a la *lex mercatoria* en su preámbulo. Los principios mencionados son normas generales que se aplican a los contratos comerciales internacionales cuando las partes han acordado su aplicación. Además, estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme y también pueden ser aplicados cuando las partes no han seleccionado una ley aplicable específica y han acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* u otras expresiones similares.

### **1.3 ESPECIAL CONSIDERACIÓN HISTÓRICA SOBRE LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA INCIDENCIA DEL PACTA SUNT SERVANDA**

Amorós Guardiola, mencionando a Federico de Castro nos recuerda que los límites a la autonomía de la voluntad vienen siendo un problema práctico constante y un tema clásico de la dogmática jurídica<sup>56</sup>.

Federico De Castro señalaba que “la libertad real de los económicamente débiles exige que no se conceda eficacia jurídica a los contratos cuya aceptación se les imponga

---

<sup>54</sup> García Goyena, Florencio. (1852). Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. P. 367.

<sup>55</sup> Versión de 2016.

<sup>56</sup> Guardiola, M. A. “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro” *Anuario de Derecho Civil*: 15-12-1983, n° 4, p. 1129.

abusando de su debilidad económica”<sup>57</sup>. Este autor mantenía una continua preocupación acerca de la autonomía privada y la necesidad de sus limitaciones intrínsecas. La ilimitación o limitación de la autonomía y el control de los pactos establecidos al amparo de la libertad contractual.

En este sentido, el Derecho Canónico ha operado como una de las influencias más férreas en el desarrollo de la libertad de contrato; el reconocido *pacta sunt servanda* proviene de él. Y aun cuando el Derecho romano incorporaba la expresión *pacta conventa servabo*<sup>58</sup> –asociada al pretor–, tal acuerdo no implicaba un acto, sino únicamente una *exceptio*; adicionalmente, y de manera inicial, el pacto solo tenía que ver con la remisión de lo adeudado, o bien con una prórroga de algún pago. Con el paso del tiempo, este tipo de *pacta* se extendió hacia los *contractus bonaefide*.

En la Edad Media, más allá del Derecho Canónico, hubo otras fuentes que influyeron en la evolución de la libertad contractual. En particular, durante la Edad Media tardía, los mercaderes utilizaron los contratos que se caracterizaban por ser consensuados. Estos contratos ejercieron una gran influencia en la materia contractual y no es sorprendente que los mercaderes prefirieran una forma informal de contrato, lo que les permitía ajustar el contenido según sus necesidades y conveniencia.

Grotius apunta a que es la *custodia societatis* la idea matriz, relacionable a la perspicacia y la intelectualidad humana, sobre la que se erige el Derecho Natural; el propósito central del Derecho es resguardar a la sociedad<sup>59</sup>.

Ya hemos señalado de manera sencilla que la protección de la sociedad, que se logra gracias al ingenio humano, es la base del derecho propiamente dicho, al que nos referimos con ese nombre.

---

<sup>57</sup> Guardiola, M. A.cit., p. 1142.

<sup>58</sup> Lenel, O. (1889). *Palingenesia iuris civilis: iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur, ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*. Ex officina Bernhardi Tauchnitz.

<sup>59</sup> Filmer, Robert. (1652). *Observations concerning the originall of government [electronic resource] : upon Mr. Hobs Leviathan, Mr. Milton against Salmasius, H. Grotius De Jure belli*. Printed for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane.

En definitiva, son variados los aspectos que influyen sobre la evolución de la libertad en el contrato: Derecho Canónico, la práctica de los mercaderes y los modos feudales. En ese sentido, el Derecho romano no podía ser considerado –contractualmente– como “libre”, con sus *pacta* y *contractus*, no obstante el paso del tiempo lo llevó hacia esa tendencia. Sería en el siglo XVI cuando es realmente plausible hablar de libertad contractual como tal; Grotius, ya en el siglo XVII, sostenía que la raíz fundante de todo acuerdo del Derecho Natural era su perfil vinculante, armando un robusto cuerpo teórico en función del peso jurídico que tenía el compromiso verbal.

Actualmente, y mirando también hacia lo venidero, es observable que la libertad en los contratos es menor que hace unos cien años; son muchas las modificaciones que hoy tienen los preceptos relacionados a los arreglos contractuales y que los contratantes deben advertir, como lo es la adhesión, las condiciones generales e incluso las más novedosas disposiciones europeas, más particularmente las referidas al amparo de los consumidores. El contrato y su libre ejercicio es, todavía, un asunto en constante evolución.

## CAPÍTULO 2: INFLUENCIAS

### 2.1 LAS INFLUENCIAS DEL LIBERALISMO ECONÓMICO

Comenzamos este capítulo reflexionando sobre la influencia del liberalismo económico en los principios del moderno derecho europeo de contratos. Para ello es importante destacar que los principios del moderno derecho europeo de contratos se han desarrollado a lo largo del tiempo y han sido influenciados por una variedad de factores, incluyendo la teoría económica del liberalismo<sup>60</sup>.

El liberalismo económico, que sostiene la idea de la libertad contractual y la primacía de la economía de mercado, ha tenido una influencia significativa en el derecho europeo de contratos. En particular, los principios de autonomía de la voluntad, libertad contractual y cumplimiento de los contratos han sido considerados como fundamentales para el derecho de contratos. En este sentido, aludiendo a las reflexiones de Díez-Picazo recordando a su maestro De Castro, acerca de lo que él consideraba como la amenaza que suponía el más reciente neoliberalismo que abanderaba la nueva *lex mercatoria*. Consideraba que debido a las características del liberalismo económico y al auge del positivismo en el Derecho, había tenido lugar el ocultamiento de ciertas consideraciones éticas en torno a la contratación<sup>61</sup>.

En la actualidad, con la expansión del liberalismo económico a través de acuerdos y tratados internacionales, donde intervienen múltiples gobiernos, se presenta como el modelo predominante en la economía globalizada, y es apoyado por diversas instituciones de origen supranacional. Por lo tanto, la *lex mercatoria* se vuelve especialmente

---

<sup>60</sup> Los principales exponentes del liberalismo económico incluyen a Adam Smith, David Ricardo, Friedrich Hayek y Milton Friedman. La teoría ha sido aplicada en diferentes contextos y ha influido en la política económica de muchos países a lo largo de la historia. El liberalismo económico es una teoría económica que sostiene que la economía debe ser libre de regulaciones y restricciones gubernamentales. Los liberales económicos creen que la competencia en un mercado libre es la mejor manera de asignar recursos y producir bienes y servicios de manera eficiente. Esta teoría también defiende la idea de que la propiedad privada y los derechos de propiedad son fundamentales para el funcionamiento de la economía, ya que incentivan a las personas a invertir y producir.

<sup>61</sup> Extraído desde la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas (1998), en el Centro de Estudios Ramón Areces de Madrid. La cesión de lo expuesto fue cedida por Luis Díez-Picazo.

importante y se convierte en un componente crucial de los textos que buscan establecer un derecho uniforme de contratos.

Simultáneamente, sin embargo, decía este autor, “se notifica la presencia de discursos con recelo sobre la capacidad de intervención de los estados, en aras de mantener sostenido un estado de bienestar capaz de mantener firmes los logros en materias sociales. Debido a esto se torna probable que la libertad de contratos sea, hoy por hoy, un asunto de máxima relevancia en virtud de la capacidad que ella tiene (institucionalmente hablando) para determinar el flujo de ciertos impulsos”<sup>62</sup>.

## **2.2 EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

El concepto de orden público económico se origina como una extensión del orden público y las buenas costumbres, y su función es proteger los intereses de comerciantes, industriales y financieros. Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, el surgimiento de movimientos totalitarios interrumpió la ideología liberal y la concepción del libre mercado. A pesar de esto, resurgió una dirección mercantilista que llevó a la sociedad de cambio a convertirse en una sociedad de consumo, en la que los empresarios dominaban la contratación y aparecían contratos de adhesión y contratos con condiciones generales, lo que se traducía en injusticias para los consumidores. Como respuesta a esta práctica, surgieron reacciones doctrinales, y una de las medidas adoptadas para prevenir estos abusos e injusticias fue la implementación del orden público económico<sup>63</sup>.

Mientras el orden público económico se manifiesta a través de mandatos legales imperativos que son ejecutados y exigidos por la Administración, y tienen el poder de imponer ciertos comportamientos para lograr una ordenación económica prevista. La relación entre la moral y las buenas costumbres y cada tipo de orden público manifiesta su distinta naturaleza y función.

---

<sup>62</sup> Extraído desde la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas (1998), en el Centro de Estudios Ramón Areces de Madrid. La cesión de lo expuesto fue cedida por Luis Díez-Picazo.

<sup>63</sup> *Idem*.

El orden público jurídico está estrechamente relacionado con las buenas costumbres. Se enfoca en lo que la Administración considera más conveniente para su plan económico, sin tener en cuenta consideraciones de moral o justicia conmutativa. Por esta razón, sería peligroso confundir este concepto con el orden público jurídico, así como confundir las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad mencionadas en el artículo 1255 CC con las restricciones a la libertad de contratar impuestas por el intervencionismo económico de la Administración.

La argumentación de las buenas costumbres y del nuevo orden público se ha utilizado para invalidar cláusulas leoninas (que implican exención de responsabilidad o ruptura de la equivalencia de las prestaciones).

En los análisis que estamos revisando sobre el principio de autonomía de la voluntad y los riesgos de su falta de límites, se presentan algunas ideas valiosas sobre el papel de los juristas al confrontar la realidad socioeconómica y la importancia de evaluar esta realidad con criterios de justicia.

Ya decía, por los albores del siglo XXI Díez-Picazo que, en los momentos de crisis de la justicia, de desconfianza social hacia su efectiva encarnación, el trabajo de los juristas no siempre está a la altura de su elevada misión; pues muchas veces se busca más el fraude a la ley que el cumplimiento de sus normas y de sus principios inspiradores, y que colaboran en esa actividad no pocos profesionales del Derecho<sup>64</sup>.

También puede resultar oportuno recordar aquellas palabras de De Castro y Bravo<sup>65</sup> que decía, “el teórico del Derecho juega de intermediario y buen componedor entre la ley y la jurisprudencia, está al servicio de ambas, para que ley y sentencia, regla general y mandato concreto, se ajusten mejor, sean más exactas y más justas”.

En este sentido, los juristas tienen una gran obligación: velar por que las circunstancias del momento no nos hagan olvidar que lo jurídico pierde esta condición al

---

<sup>64</sup> Díez-Picazo, La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos, BOE, Madrid, 1956

<sup>65</sup> Extraído desde la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas (1998), en el Centro de Estudios Ramón Areces de Madrid. La cesión de lo expuesto fue cedida por Luis Díez-Picazo.

apartarse de la justicia. Su concepción del Derecho se basa en la persona, como realidad primaria y básica, en su valor especial como centro del Derecho, en su especial dignidad; y en la subordinación del mundo jurídico a la idea de justicia que lo justifica e inspira. Esa visión de personalización y humanización del Derecho Civil<sup>66</sup> se manifiesta también en el ámbito del Derecho Patrimonial. En los estudios de De Castro y Bravo, se evidencia su esfuerzo por moralizar el Derecho Patrimonial. En varias ocasiones, se enfatiza la importancia fundamental de la justicia en contraposición a criterios egoístas de organización económica o beneficios injustificados<sup>67</sup>.

La perspectiva de De Castro y Bravo respecto al Derecho lo lleva frecuentemente a censurar algunas prácticas sociales que se han arraigado debido a su uso, ya que estas pueden generar situaciones abusivas o causar daños injustificados. En resumen, y tal como se ha mencionado previamente, esto se traduce en una posición donde la economía se subordina a la ética.

Ha de considerarse, entonces, el poder simbólico y emotivo de la idea de contrato y las concepciones morales que encierra<sup>68</sup>.

En todas las épocas de la historia, para la mayoría de las personas, existe una convicción innata de la importancia del *pacta sunt servanda*, un imperativo moral que establece que las obligaciones asumidas voluntariamente deben ser respetadas y cumplidas.

La manifestación en nuestra cultura occidental de esta máxima tiene su origen en la noción hebrea del deber religioso, el cual surge de un pacto entre Jehová y su pueblo. Este pacto es solemnemente renovado de generación en generación y en él, ambas partes están perpetuamente vinculadas. En este sentido, sostiene este autor, “cuando el pueblo de Israel en el desierto adoró a los pies del becerro de oro, ellos fueron culpables de pecado,

---

<sup>66</sup> Castán, Contestación a su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 63.

<sup>67</sup> De Castro y Bravo, Federico. (1982) Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 35, Nº 4, págs. 987-1086

<sup>68</sup> Jessup, P. C. (1979). *Jus et societates: essays in tribute to Wolfgang Friedmann Wilner*, 1ª ed. P. 170-171.

pero aún peor, fueron culpables de incumplir el contrato que exima a Jehová de su actuar en la parte del sagrado pacto”<sup>69</sup>.

La idea de que la obligación política se basa en un contrato social, es decir, en un acuerdo histórico o hipotético como fundamento de un gobierno consensuado, es presentada por primera vez en el *Critón* de Platón. En este diálogo, Sócrates, al rechazar la oferta de escapar de la celda donde lo esperaba la muerte por envenenamiento con cicuta, habla de manera elocuente sobre el pacto que existe entre los ciudadanos y la ciudad de Atenas<sup>70</sup>. Entonces, Sócrates, habiendo disfrutado de los beneficios de ese contrato civil de por vida, se ve ahora obligado a aceptar la correlativa carga, incluso aunque eso implique una pena injusta.

El jurista Hugo Grotius<sup>71</sup>, consideró que el "pacta sunt servanda" era la base fundamental del Derecho Internacional. Tres siglos después, Kelsen, también recurrió al mismo antiguo concepto, es decir, al hecho de que los acuerdos deben ser honrados, como la primera norma esencial para los sistemas jurídicos internacionales. O, como dijo Tomás de Aquino siglos atrás, debe ser obra misma de la razón<sup>72</sup>.

De acuerdo con Federico de Castro<sup>73</sup>, recae en los jueces el poder de censura de dar desprotección a los contratos que sean opuestos al orden público y a las buenas costumbres. En este sentido, sectores doctrinales, reaccionan y objetan la perspectiva liberal del contrato debido al uso excesivo y abusivo de algunas disposiciones, como las cláusulas generales de los negocios, pues perjudican tanto a consumidores como a pequeños empresarios en el tráfico jurídico, quedando patente, como intentaremos dilucidar en este estudio, en el uso oportunista de ciertos remedios frente al incumplimiento, en especial, el remedio resolutorio.

---

<sup>69</sup> Extraído desde la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas (1998), en el Centro de Estudios Ramón Areces de Madrid. La cesión de lo expuesto fue cedida por Luis Díez-Picazo.

<sup>70</sup> Platón. (2004). *Critón* [recurso electrónico]. El Cid Editor. P.31.

<sup>71</sup> Considerado por algunos como el padre del Derecho internacional.

<sup>72</sup> Tomás de Aquino, *Suma Theologiae*, I-II, q.90, a1.

<sup>73</sup> De Castro y Bravo, F. *Notas sobre las...Op. cit.* P.987-1086

Ciertos eventos sociales como las guerras, las causas sociales, las revoluciones o las crisis económicas ejercen una importante injerencia en materia de relaciones contractuales. En este sentido Friedmann<sup>74</sup> observó que antes de la Primera Guerra Mundial existía un fuerte respeto por los compromisos adquiridos en los contratos, y la única manera de liberarse de una obligación era presentando una imposibilidad material o legal que hiciera imposible su cumplimiento. Esta situación dio lugar a una nueva interpretación de la relación contractual a través por ejemplo de la doctrina de la imprevisión en el Derecho francés, denominada *frustration* en el derecho inglés.

Estas situaciones inesperadas e impredecibles ponían en tela de juicio la validez de las obligaciones contractuales, especialmente aquellas que resultaban excesivamente gravosas, lo que llevaba a los tribunales a tomar decisiones para resolver los contratos o modificar sus términos.

Estas disrupciones, dice Friedmann<sup>75</sup>, se presentaban como una sintomatología socioeconómica de un proceso general de concentración industrial y comercial, en el que el desarrollo urbano se tornaba galopante, la vida social se volvía estandarizada y en suma, se creaba un ambiente propicio para un “Estado de bienestar”, de tendencia política socialdemócrata y en ocasiones, de economía definitivamente socializada.

Se admite por la doctrina jurídica y económica el fenómeno que tiende a la concentración del capital, que favorece el ascenso y éxito de grandes empresas. Es evidente que una gran parte de la economía global va quedando bajo su control lo que origina inevitablemente situaciones de abuso de poder y la aparición de acuerdos y contratos en contra del principio económico de libre participación, afectando a la libre competencia entre las empresas. Siendo otro factor determinante en este marco, como desarrollaremos en capítulos posteriores, el concepto de violencia o coacción económica. En este sentido, decía Díez-Picazo, si bien la libre participación implica una libertad para la contratación, su propósito no puede ser la desfiguración del libre mercado<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Jessup, P. C. *Op. cit.* P. 170-171.

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> Díez-Picazo, L. s.f. “Figura de abuso de posición dominante”. *Revista de Derecho THEMIS* n° 49, p. 12.

El principio de facilitación de la contratación, en concordancia con la *bona fide*, está a la cabeza de la reglamentación de normas contractuales. Hoy en día tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a inclinarse a preservar el contrato con prioridad a la resolución, y son reticentes en adoptar posturas que consideren que el contrato jamás se efectuó y deviene inválido, lo que suele provocar más costes e inconvenientes.

Una perspectiva similar se adopta en relación con las posturas restrictivas sobre la nulidad de ciertas cláusulas. Al examinar cuidadosamente los principios contractuales en el ámbito internacional, se puede observar que, por ejemplo, la coacción solo se considera como tal cuando no está justificada, o que la imposibilidad inicial no conduce a la nulidad, o que los acuerdos se consideran legítimos sin necesidad de examinar la presencia del requisito de la causa contractual (*consideration* en el derecho anglosajón).

El contrato, visto así, se considera más como un artefacto económico que distribuye y hacer circular mercancías y servicios, proveniente del seno de las iniciativas privadas, y donde las partes interesadas fijan de manera autónoma sus propias rutas de acción, lo cual en sí mismo puede suponer un gran riesgo para los operadores más pequeños, como las pymes, pues ni son considerados consumidores, ni les ampara ninguna protección específica.

Esta perspectiva sirve para explicar las tendencias del derecho más actual: el Código de Comercio Uniforme<sup>77</sup> de Estados Unidos, las disposiciones del Convenio de Viena, los principios Unidroit y demás principios del *soft law* que actualmente pretenden uniformar el Derecho en materia contractual comercial.

La idea central detrás de estos textos es fomentar la celebración de contratos y su permanencia, ya que esto es preferible a declarar su inexistencia o invalidez; se prefiere

---

<sup>77</sup> El Uniform Commercial Code (UCC), también conocido como Código de Comercio Uniforme, es un conjunto de leyes modelo que unifican el derecho comercial en los Estados Unidos. Fue desarrollado por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Uniformes y la Asociación Nacional de Abogados de Comercio en el año 1952, y desde entonces ha sido adoptado, en todo o en parte, por los 50 estados del país. El UCC aborda temas como la venta de bienes, los documentos de título, las garantías, la banca y las transferencias de fondos electrónicas, entre otros asuntos comerciales.

que las partes involucradas realicen actos contractuales, incluyendo posibles violaciones, antes de optar por la invalidez.

De Castro tenía una postura crítica y dura hacia lo que él llamaba "la concepción liberal del contrato", inspirada en la tradición humanista-cristiana y su genuina preocupación por la defensa de los individuos frente a las grandes organizaciones como los Estados, las grandes empresas e incluso los sindicatos<sup>78</sup>.

Esta concepción liberal vinculada a la autonomía de la voluntad presupone que, en principio, existen "cotos de caza" para los intereses privados; existirían zonas de protección (prohibidas) para el poder estatal, no teniendo más opción que permitir que ocurra.

Sin embargo, De Castro<sup>79</sup> veía que la tendencia inconsciente a dejar hacer decaía en función de la pérdida de respeto hacia los fundamentos liberales; en tanto el terreno público se mantuviese intocado, la zona de prohibición también se mantendría fuera del alcance estatal.

Pero los particulares, eventualmente, buscarían el servicio de lo público al solicitar el alivio de las autoridades en casos de incumplimiento contractual; saldrían, entonces, de su zona de confort para pedir a los servicios públicos que apliquen la fuerza de la ley en el cumplimiento de los contratos, y eso los pondría en una situación en la que ya no podrían comportarse de manera indiscriminada.

La dogmática civilista<sup>80</sup>, pivota en torno a dos ideas. La primera, la idea de contemplar a la autonomía privada como un fundamento connatural a la composición del derecho privado, otorgando a las personas la posibilidad de dar una normatividad a las

---

<sup>78</sup> De Castro, Federico. (1958) "Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta" *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 11, nº 4, págs. 1004-1041.

<sup>79</sup> *Idem*.

<sup>80</sup> Vázquez de Castro, Eduardo. (2002). Determinación del contenido del contrato, presupuestos y límites de la libertad contractual. Tirant lo Blanch. 1ªed, P.43.

relaciones que establecen. Y dentro de esta concepción se les otorga plena autonomía con el fin de que las personas conformen sus relaciones en función de acuerdos<sup>81</sup>.

Y en contraposición, contra una concepción liberal del contrato, estaría la segunda idea: la concepción que se podría llamar social, socializadora o socialista, estando el debate en si procede tutelar jurisdiccionalmente el otorgarle fuerza de ley a los contratos y cláusulas o adoptar posturas más cercanas a una justicia material y moral, como decía de Castro.

### 2.3 LA BUENA FE

El Tribunal Supremo ha hecho una distinción constante en sus sentencias modernas entre la buena fe subjetiva y objetiva<sup>82</sup>. Las sentencias citadas, que incluyen la de 16 de febrero de 1981, 6 de abril de 1988, 23 de enero de 1989, 12 de julio de 1996 y 12 de marzo de 1998, hacen hincapié en que la buena fe a la que se refiere el artículo 1258 no se refiere a la creencia subjetiva de una persona, sino a un comportamiento honrado y justo que se considera como un principio general en el artículo 7 del Código Civil. La distinción entre la buena fe subjetiva y objetiva ya se encuentra en los primeros comentarios al Código Civil, como el de M. Scevola en 1904 en el comentario al artículo 1258, en el que se explica que el concepto de buena fe se presenta desde un punto de vista doble o mixto, externo a los contratantes y objetivamente.

Es evidente cuál es el significado de buena fe en el contexto del artículo 1258, ya que su aplicación es normativa y por lo tanto, objetiva en lugar de subjetiva, como ocurre en los derechos reales. Este concepto sirve como parámetro normativo para determinar el comportamiento adecuado de las partes en una relación contractual. Su función es garantizar la efectividad del contrato y cumplir con su propósito, incluyendo en las estipulaciones cualquier otra condición necesaria para eso ocurra.

---

<sup>81</sup> Ripert, George & Quero Morales, J. (2001). *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*; traducción de José Quero Morales. Granada Comares.

<sup>82</sup> Manuel García Amigo Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense. "Consideraciones a la buena fe contractual" *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 2000, Ref. I, pág. 1, tomo 1, Editorial La Ley 1919/2001.

Se relaciona el concepto de buena fe en el art. 1258 con la doctrina de los *bonae fidei iuditia* en el derecho romano, que implicaba la existencia de deberes no escritos en las relaciones contractuales, más allá de lo estipulado en el contrato o la ley aplicable. Estos deberes eran necesarios para lograr el fin contractual deseado por las partes al contratar. Aun así, el carácter normativo de la buena fe tiene un límite la interpretación permitida por el art. 1283 CC<sup>83</sup>. En definitiva, esta buena fe en sentido objetivo implica lealtad hacia la consecución del fin propuesto y protección de la confianza depositada en el comportamiento de cada parte.

De este modo, la conducta ejemplar establecida por el sistema jurídico como norma se convierte en un parámetro para la aplicación en situaciones concretas, generando deberes jurídicos específicos en las relaciones contractuales particulares según la naturaleza de cada contrato. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es amplia en cuanto a las obligaciones jurídicas que surgen de la buena fe<sup>84</sup>.

Sobre la buena fe contractual, también conviene hacer mención de la importante mención que hace el CESL<sup>85</sup>. La define como “una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión”.

Según Ataz López Y Salelles Climent<sup>86</sup>, esta función de la buena fe, como limitadora de la libertad contractual, es relativamente novedosa, y se introduce a partir de dos textos procedentes del ámbito europeo: los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y la Directiva 13/93 CE sobre Cláusulas Abusivas en Contratos realizados con Consumidores, que en España se ha implementado en el TRLGDCU.

---

<sup>83</sup> STS de 3 de diciembre de 2021

<sup>84</sup> García Amigo, M. (2001) *Op. Cit*

<sup>85</sup> Art 2 (B) Cesl Propuesta de Reglamento de Compraventa europea. Artículo 2. Definiciones A efectos del presente Reglamento

<sup>86</sup> Joaquín Ataz lopez y Jose Ramon Salelles Climent en Bercovitz Rodríguez-Cano, Moralejo Imbernón, N., & Quicios Molina, M. S. (2020). *Tratado de Contratos [Recurso electrónico] / Director, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano ; Coordinadoras: Nieves Moralejo Imbernón, Susana Quicios Molina. (3ª edición.)*. Tirant lo Blanch. P. 196.

El término "autonomía" implica capacidad normativa o de autorregulación, lo cual se ajusta a su significado etimológico. Aunque existen límites a la libertad contractual, estos se establecen de manera negativa, lo que significa que los particulares tienen un amplio margen de actuación siempre y cuando no esté expresamente prohibido, lo que se convierte en la regla general<sup>87</sup>.

Esto implica, como sostiene Navarro Fernández, que los términos acordados por los contratantes en un contrato no solo son obligatorios entre ellas, sino que también obligan al juez<sup>88</sup>, cuyas facultades para intervenir en el contenido del contrato quedan muy limitadas. Es posible que esta sea una de las razones por las que la doctrina española ha tenido dificultades para justificar teóricamente la posibilidad de que las obligaciones pactadas puedan ser modificadas judicialmente en caso de una alteración de las circunstancias en las que se celebró el contrato<sup>89</sup>.

A lo largo del tiempo, la libertad contractual ha sido concebida de diferentes maneras según la ideología política predominante en cada momento lo que demuestra su gran importancia desde el punto de vista ideológico y político<sup>90</sup>.

Durante el periodo de codificación del siglo XIX, la corriente de pensamiento predominante era el liberalismo, el cual consideraba que la libertad de celebrar contratos era el fundamento del sistema económico y legal. En la base de esta concepción estaba la consideración de que nadie mejor que uno mismo para defender los propios intereses; y sobre todo, la idea de que los contratantes se moverían en un plano de igualdad.

Pero la igualdad necesaria para que el sistema previsto en los Códigos civiles pudiera funcionar era algo más que la mera igualdad formal ante la ley. Se necesitaba una

---

<sup>87</sup>Díez-Picazo, L (1956) "La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos urbanos". Árbol académico *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 9, N° 4, pp.1149-1182.

<sup>88</sup> Pasquau Liaño, M. (2000). *Jurisprudencia civil comentada: Código civil*. Árbol académico, Vol. 1, (Arts. 1 a 1087), ISBN 84-8444-111-3, p. 67.

<sup>89</sup> Ataz Lopez, Joaquín y Salelles Climent, José Ramón "La libertad contractual y sus límites" en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Moralejo Imbernón, N., & Quicios Molina, M. S. (2020). *Tratado de Contratos* [Recurso electrónico] Director, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano ; Coordinadoras: Nieves Moralejo Imbernón, Susana Quicios Molina. (3ª edición.). Tirant lo Blanch. P. 147.

<sup>90</sup> *Ibidem* p. 148.

igualdad material; porque si una de las partes se veía precisada a contratar, la otra podría imponerle cuantas condiciones quisiera; lo cual solo podría impedirse por el procedimiento de proteger legalmente al contratante más débil, algo que resultaba contrario a la filosofía con la que se habían redactado los Códigos civiles.

A partir de aquí las nuevas concepciones económicas (estatismo, intervencionismo, economía dirigida o planificada, etc.) produjeron que en los ordenamientos jurídicos positivos fueran aflorando una masa ingente de limitaciones a la autonomía privada y a la libertad de contratación<sup>91</sup>.

En los años treinta del pasado siglo, el principio de libertad contractual ya compartía con el derecho de propiedad el más alto puesto en el *ranking* de principios jurídicos objeto de crítica doctrinal. Parecía que la libertad contractual era cosa del pasado.

Los autores argumentaban la existencia de un nuevo socialismo jurídico o de una socialización del contrato, en la que la libertad contractual era considerada obsoleta y debía ceder ante el interés social. Los excesos y abusos cometidos en su nombre habían conducido a su desaparición o, según Royo Martínez<sup>92</sup>, a su propio suicidio. Según Quero<sup>93</sup>, cualquier sistema jurídico que se basara en ese principio estaría en conflicto con la vida misma, que hoy se rige por ideales más nobles, justos y humanos<sup>94</sup>.

En términos generales, a pesar de que ha habido momentos en los que la intervención legislativa ha retrocedido, durante los últimos cincuenta años se han

---

<sup>91</sup> Ossorio Morales, J. (1952) "Crisis de la dogmática del contrato" *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 5, nº 4, págs. 1176-1186.

<sup>92</sup> Royo Martínez, M.A. (1949). "Contratos de adhesión". *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, nº 1 pp. 55-71.

<sup>93</sup> Ripert, & Quero Morales, J. *Op. cit.*, pp 1-488.

<sup>94</sup>En relación al término "socialismo", se ha utilizado en diferentes contextos y no siempre vinculado a la doctrina política que lo define. Por ejemplo, Duguit lo emplea para señalar el predominio de la sociedad por encima del individualismo del siglo anterior. Además, en algunos casos se ha utilizado en referencia al nacional-socialismo, como en Siebert en 1942. No fue hasta más tarde cuando se empezó a hablar de "socialización", cuando el término "socialismo" ya había adquirido connotaciones políticas diversas. En España, la idea de socialización del contrato fue mencionada por Santos Briz en 1966, Hernández Gil en 1972 y Gordillo Cañas en 1975, mientras que Castán ya había expuesto una noción precisa de la idea de socialización en 1965. Otros autores como Royo Martínez en 1945 y Quero en 1932 también han abordado el tema en sus respectivos escritos.

incrementado tanto la cantidad como la calidad<sup>95</sup> de las restricciones a la autonomía privada en general y a la libertad contractual en particular.

En el caso de España, esta intervención ha sido llevada a cabo por leyes especiales, dejando en gran medida el Código Civil sin cambios y reflejando el sistema y los valores de la codificación. Para lograr esto, se ha tenido que disminuir gradualmente el ámbito de aplicación del Código Civil<sup>96</sup>.

Proliferaron los estudios y referencias a la crisis del contrato, aunque en realidad lo único que había entrado en crisis era una determinada forma de entenderlo, basada en una libertad no acompañada de igualdad. Pero hoy es pacífico decir, hace más de 50 años Gordillo, que la misma disciplina solo puede llevar a resultados justos si el Derecho emprende una acción socialmente correctora y reequilibradora<sup>97</sup>.

De Castro diferenciaba, respecto de las limitaciones a la autonomía privada, dos razones que podían motivarlas: la primera era el intervencionismo desmesurado de la Administración que llevaba a limitaciones injustificadas; pero otras limitaciones se infieren de medidas y doctrinas que limitan el ámbito de la autonomía para conservar su significado sustantivo. Y tal vez esa diferencia es la que hace que la doctrina civilista, que en general cree en la autonomía privada, dé, no obstante, la bienvenida, a ciertas limitaciones de la autonomía privada dirigidas a impedir que la gran empresa imponga su voluntad a la pequeña.

## **2.4 DIFERENTES ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN EN LAS RELACIONES B2B Y B2C**

Si las partes de un contrato se consideran iguales, según lo establecido por el Código Civil, entonces la determinación del contenido del contrato, especialmente en contratos onerosos, se logra a través de negociaciones previas. En este sentido, ciertas empresas no deberían imponer un contenido de contrato específico al contratar con otras empresas o

---

<sup>95</sup> Ataz Lopez, Joaquín y Salelles Climent, José Ramón “La libertad contractual y sus límites” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *et al. Tratado de Contratos. Op. cit. P.150.*

<sup>96</sup> *Idem.*

<sup>97</sup> Gordillo Cañas, A (1975) “La nulidad parcial del contrato con precio ilegal”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 28, nº 1, págs. 101-204.

particulares en el ámbito de su actividad. No obstante, si una empresa ejerce una posición predominante de hecho o de derecho, la igualdad entre las partes desaparece, ya que el contratante pequeño se ve obligado a contratar para no perder una oportunidad de negocio<sup>98</sup>. Además, el problema es incluso más grave, y no es preciso que la empresa predisponente ejerza ningún monopolio ya que, el fenómeno está tan generalizado que la mayor parte de las empresas, al menos en ciertos sectores, lo hacen<sup>99</sup>. En este sentido la llamada ley del contrato no es ya ciertamente lo convenido por las partes, sino lo impuesto por una de ellas a la otra.

Aunque la Ley de competencia desleal también alude a esta cuestión, llama la atención que casi todas las referencias que se hacen al control de las desigualdades, o según la denominación moderna, a la asimetría entre contratante fuerte y débil como manifestación y control del principio de autonomía de la voluntad, están referidas, al ámbito de los consumidores en relación a las cláusulas predispuestas en contratos de adhesión o contratos con condiciones generales de la contratación, y por ello las consideramos insuficientes, pues creemos que no son el único ámbito de desigualdad, no son el único ámbito donde haciendo uso de la libertad y autonomía, se ejerce una influencia económica de un contratante sobre otro, y no son el único ámbito donde se imponen cláusulas que benefician a una parte en detrimento de la otra.

Es por ello precisamente que justificamos nuestra teoría de los estratos de la contratación según el perfil del contratante, que desarrollaremos más ampliamente en el capítulo 6. Según esta teoría que proponemos, se establecerían diferencias y presupuestos que clasifiquen a los distintos empresarios en atención a ciertos criterios, evolucionando por tanto a otros estándares de protección de los cuales hasta ahora solo se podían beneficiar los consumidores en las relaciones B2C.

Aunque el análisis de los contratos de adhesión y contratos con condiciones generales entre empresarios no sea el objeto de este estudio, conviene recordar, pues es

---

<sup>98</sup> Ataz Lopez, Joaquín y Salelles Climent, José Ramón “La libertad contractual y sus límites” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *et al. Tratado de Contratos. Op. cit. P.153.*

<sup>99</sup> *Idem.*

un ámbito donde queda patente la desigualdad entre empresarios y los diferentes estándares de protección. En este sentido, en los contratos entre dos profesionales (B2B), en el que uno de ellos usa condiciones generales que impone al otro tendrá lugar el control de la LCGC<sup>100</sup>, pero no el TRLGDCU<sup>101</sup>.

A partir de esta ley, y de lo dispuesto en el TRLGDCU, puede decirse que en nuestro país la predisposición del contenido contractual genera dos tipos de controles diferentes, uno, previsto en la LCGC, al que podríamos llamar control de la existencia de consentimiento formal, o control de inclusión, y otro, previsto en el TRLGDCU.

Estas son las posibilidades: Si se trata de un contrato entre un profesional y un consumidor y se utilizan condiciones generales, entonces se someterá a ambos controles.

Si se trata de un contrato entre dos profesionales y uno de ellos impone condiciones generales al otro, entonces solo se someterá al control de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), pero no al control del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

Si se trata de un contrato entre un profesional y un consumidor, y el profesional impone el contenido del contrato pero no utiliza un clausulado diseñado para ser utilizado en varias ocasiones, entonces solo se someterá al control del TRLGDCU, pero no al control de la LCGC.

Si se trata de un contrato entre dos profesionales y uno de ellos impone ciertas cláusulas al otro, pero estas cláusulas no fueron diseñadas para ser utilizadas en múltiples ocasiones sino exclusivamente para ese contrato en particular, entonces no se someterá a ninguno de los dos controles<sup>102</sup>.

En este sentido, según Ataz López, nuestro Tribunal Supremo dejó pasar la oportunidad de ubicar el requisito de la transparencia en el control de incorporación y lo

---

<sup>100</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

<sup>101</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>102</sup> Ataz Lopez, Joaquín y Salelles Climent, José Ramón “La libertad contractual y sus límites” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *et al. Tratado de Contratos. Op. cit. P.155.*

ha reconducido al control de abusividad, lo que tiene la consecuencia de que este control desaparece en la contratación entre profesionales.

No hay “una modalidad especial de protección al adherente no consumidor” (STS 367/2016, de 3 de junio): “Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual.

No correspondiendo a los tribunales la configuración de un “tertium genus” que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores”

Aun así no es objeto de este trabajo centrarse en los contratos de adhesión, ni en la vulnerabilidad del contratante adherente empresario y de los abusos que se producen al contratar con empresas de mayor tamaño y predisponentes, pues es materia ya ampliamente tratada en otros estudios. Nuestro objetivo será apreciar otras desigualdades y abusos en prácticas contractuales entre empresarios, supuestamente amparadas en la libertad y autonomía contractual. Especialmente nos centraremos en cláusulas de resolución expresa que benefician manifiestamente a uno de los contratantes y en el uso oportunista del remedio resolutorio fuera del ámbito de los contratos de adhesión. Pues en este escenario contractual, dejando al margen los contratos de adhesión o con condiciones generales, según nuestro criterio, también suceden influencias y coacciones de carácter económico que influyen en el consentimiento del profesional débil, así como determinan las consecuencias del incumplimiento.

La tesis es compleja y somos conscientes de que en situaciones mucho más desiguales aún no hay avances legislativos significativos. Por eso lo que se propone más que un cambio legislativo son unos criterios interpretativos.

Según la LCGC las cláusulas por las que las partes se remiten a un condicionado que no se incluye, se tienen por no puestas. Antes de la aprobación de la LCGC, solo se podía llegar a tal conclusión en los casos en los que la remisión implicara dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes, en contra, por tanto de lo dispuesto en el artículo 1256<sup>103</sup>.

Por lo que será precisamente la base del art 1256 CC, la justificación del método de control fuera del ámbito de LCGC, es decir, será la base del control de las cláusulas injustas que queden al arbitrio de uno de los contratantes, en todos los demás tipos contractuales que no sean contratos de adhesión o contratos con condiciones generales concertados entre dos empresarios.

Como se ha dicho antes, la admisibilidad *in genere* de los pactos atípicos, obliga al legislador a establecer criterios dotados de flexibilidad que permitan al juez denegar la fuerza obligatoria de ciertos acuerdos que, según en el sentir social común, no deberían estar protegidos por el derecho. Estos criterios incluyen la buena fe, la moral y el orden público<sup>104</sup>.

De acuerdo con De Castro y Bravo, la inclusión de referencias a la moral, el orden público y las buenas costumbres en el ordenamiento jurídico es de gran importancia ya que sirve como un medio de comunicación entre los valores morales y de justicia y el sistema jurídico positivo. Según este autor, esto autoriza expresamente al intérprete y al juez a desestimar la letra de la ley y en cambio, negar la protección legal a situaciones que vayan en contra de los criterios propios de la moral o de la *justicia*<sup>105</sup>, teniendo en cuenta tanto el ordenamiento jurídico en su totalidad (leyes y principios generales del derecho) como la naturaleza del derecho. En este sentido, el Código Civil confiere a los jueces y la doctrina el control final sobre la autonomía privada.

---

<sup>103</sup> Véase en este sentido la STS de 30 de mayo de 1981 (RJ 2172)

<sup>104</sup> De Castro, F. (1985) *El negocio jurídico*, Civitas, pp. 314 y 315.

<sup>105</sup> De Castro, F Notas sobre las limitaciones..., *op. cit.*, pp. 987-1086.

## 2.5 LAS LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA PRIVADA: LOS CONCEPTOS VÁLVULA

En este punto trataremos sobre algunos conceptos válvula que son empleados como método gradual para limitar en mayor o menor medida la autonomía privada. Unos conceptos válvula, o como dice Bercovitz, unas normas elásticas o de derecho equitativo, o cláusulas-válvula<sup>106</sup>.

Son aquellas normas que tienen consecuencias jurídicas variables, y no poseen determinaciones concretas, sino más bien conceptuales. Su contenido depende del caso a caso, aun cuando responde a ciertos límites; es el juez quien tiene el deber de definir el tenor en relación a cada caso. Por ejemplo, la “justa causa” del artículo 1584 del Código Civil, la diligencia de un buen padre de familia del artículo 1903 final<sup>107</sup>, y fundamentalmente el principio de buena fe.

### 2.5.1 Las limitaciones derivadas del orden público como concepto válvula

Según Espín, la definición del orden público, así como la de moral, resulta complicada debido a que el Código Civil pretende establecer criterios flexibles para que el juez pueda resolver problemas que no estén explícitamente contemplados en la ley<sup>108</sup>.

En este sentido, se trata de conceptos que sirven como válvulas de escape y que, por tanto, poseen un cierto grado de vaguedad en su propia esencia.

Aunque de entre todas las nociones imprecisas posiblemente la de orden público se lleve la palma. Intentar precisarla ha sido calificado como de *suplicio para la inteligencia*<sup>109</sup>, y las definiciones dadas por los distintos autores difieren sensiblemente unas de otras. A veces el orden público parece ser el núcleo de los valores en los que se

---

<sup>106</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, Moralejo Imbernón, N., & Quicios Molina, M. S. (2020). Tratado de Contratos [Recurso electrónico] / Director, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano ; Coordinadoras: Nieves Moralejo Imbernón, Susana Quicios Molina. (3a edición.). Tirant lo Blanch. P. 164.

<sup>107</sup> Extraído desde la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas (1998), en el Centro de Estudios Ramón Areces de Madrid. La cesión de lo expuesto fue cedida por Luis Díez-Picazo.

<sup>108</sup> Espín Cánovas, D. (1954) *Los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho privado : discurso de apertura del curso académico 1954-55*. Universidad de Murcia. Extraído el 18 de enero de 2023 de <http://hdl.handle.net/10201/4616>.

<sup>109</sup> Doral García, J. A. (1967). La noción de orden público en el Derecho Civil español. Pamplona: Universidad de Navarra. P. 54

fundamenta el ordenamiento jurídico; pero, otras veces, el orden público incluye cuestiones de mero detalle. Posiblemente la dificultad del concepto se deba a que en el ámbito jurídico-privado la idea de orden público se ha alejado sensiblemente de su significación original, identificable con la noción de “paz pública” o “paz social”, la cual se mantiene, a veces, en el ámbito del Derecho público<sup>110</sup>. Según Orti Vallejo, el orden público actualmente debe entenderse referido a los grandes principios establecidos en la Constitución y por extensión, a los Tratados fundacionales de la Unión Europea, incluyendo las Cartas internacionales sobre Derechos humanos<sup>111</sup>.

### 2.5.2 Otros conceptos válvula

La STS del 14 de octubre de 2004 (RJA 6569, 6 de febrero de 1999), a propósito de lo anterior, dicta que la doctrina acerca del abuso de derecho es un concepto jurídico “indeterminado”, o “concepto válvula”, y no puede ser conceptualizado *a priori* (se debería definir en función de cada caso peculiar). Por lo mismo, el órgano que juzga deberá ser minucioso en la resolución de cada disputa en que se trate este tipo de conceptos<sup>112</sup>.

Otro concepto válvula podría ser el enriquecimiento injusto, aunque si bien es cierto que el Tribunal Supremo viene siendo reticente en hacer una interpretación omnicomprendiva de todos estos conceptos válvula, y restringe su aplicación por ser contrarios a lo convenido convencionalmente y pretender eludir el cumplimiento de ciertas obligaciones contractuales. Esta interpretación restrictiva se aprecia por ejemplo en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 197/2007 de 1 marzo<sup>113</sup>, donde una de las partes denunciaba la fijación de unos precios desorbitados por la otra y aludía a la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto. Determina el TS en este caso que no era injusta la determinación del precio bajo la fórmula empleada, pues no rige en nuestro

---

<sup>110</sup> Fernández Ruiz-Gálvez, E. (2017) “Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación” *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universitat de València, pp. 63-98. Extraído 3 de marzo de 2023 de <https://app.vlex.com/#vid/rebus-sic-stantibus-crisis-693098077>.

<sup>111</sup> Orti Vallejo, A. (3-5-2023), conversaciones mantenidas acerca del contenido de este trabajo.

<sup>112</sup> Extraído desde la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas (1998), en el Centro de Estudios Ramón Areces de Madrid. La cesión de lo expuesto fue cedida por Luis Díez-Picazo.

<sup>113</sup> RJ 2007\1618-

sistema un mecanismo de equivalencia de las prestaciones que responda a parámetros objetivos, ni siquiera existe la posibilidad de una lesión por precio desorbitado. Recuerda el tribunal el art. 1293 CC, y recuerda sentencias ya antiguas (9 de abril de 1947, 29 de septiembre de 1971, etc.), que manifiestan que la falta de reciprocidad económica de las obligaciones convenidas y la consiguiente lesión para alguna de las partes no determina, en nuestro Derecho, ni la ilicitud de la causa ni siquiera la posibilidad de rescisión. Ni cabe utilizar conceptos válvula como el enriquecimiento injusto, figura que considera el tribunal, forzosamente residual y subsidiaria en nuestro sistema<sup>114</sup>. En este sentido se excluye la consideración del enriquecimiento sin causa como un concepto-válvula para poder introducir elementos valorativos y decidir sobre la justificación de las atribuciones patrimoniales realizadas, y en este sentido, como sostiene el tribunal, basta que concurra un convenio válidamente establecido para que no se pueda acudir a esta institución ni para fundar una pretensión de restitución ni para impedir la realización de la prestación en los términos convenidos<sup>115</sup>.

A pesar de que los tribunales son restrictivos en el uso de los conceptos válvula por ser fórmulas “residuales y subsidiarias en nuestro sistema”, proponemos una recuperación de los mismos, pues permiten soluciones más equitativas a cada caso. Estos conceptos válvula suponen desde nuestro punto de vista una herramienta muy útil, para la valoración de los diferentes estándares de protección en relación con los estratos según el perfil del contratante, ya que precisamente este es un ámbito, donde la función valorativa del juez es determinante para valorar por ejemplo el incumplimiento grave o esencial, justificando dejar en un segundo plano lo convenido en el contrato, en aras del orden público económico.

---

<sup>114</sup> Sentencias de 19 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1055], 28 de febrero de 2003 [RJ 2003, 2723], 3 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1664].

<sup>115</sup> Sentencias de 19 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3803].

### 2.5.3 Orden público y la facultad de exclusión voluntaria de la ley aplicable

Es importante tener presente el artículo 6.2 del Código Civil, el cual establece que la renuncia a la ley aplicable y a los derechos que esta reconoce solo tendrá efecto si no perjudica el orden público, el cual tiene un alcance más amplio.

Lo mismo recoge el artículo 6 del Código Civil francés, país donde surgió esta doctrina, que establece que las leyes que afectan al orden público no pueden ser derogadas mediante acuerdos particulares<sup>116</sup>.

En relación a las restricciones de la autonomía privada en razón del orden público como concepto válvula<sup>117</sup>, se indica por la doctrina que deben deducirse del Derecho positivo, pero no tienen por qué estar previstas en el mismo. De hecho apenas hay sentencias en las que se declare nulo un pacto, o un contrato, exclusivamente por ser contrario al orden público<sup>118</sup>.

En este sentido es más frecuente la jurisprudencia que declara que cierta materia forma parte del orden público y en consecuencia, queda excluida de la autonomía privada.

La sentencia STS de 5 de febrero de 2002 establece que la actuación del Estado en el ámbito económico tiene como consecuencia la existencia del orden público, el cual se expresa mediante normas de carácter imperativo y principios básicos del orden económico. Aunque estos principios no estén plasmados en normas jurídicas específicas, deben limitar la autonomía de las partes para que no puedan actuar en contra de ellos. En consecuencia, el orden público económico se refiere al acervo de reglas obligatorias que se aplican en las relaciones contractuales relacionadas con la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos.

---

<sup>116</sup> Article 6 “On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs”.

<sup>117</sup> Si bien es cierto que esta noción amplia puede llevar a que el orden público se convierta en una especie de comodín para justificar según qué resultados, riesgo contra el que nos advierte De Castro en ADC 1982, p. 1032, nota. 158.

<sup>118</sup> Ataz Lopez, Joaquín y Salelles Climent, José Ramón “La libertad contractual y sus límites” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *et al. Tratado de Contratos. Op. cit. P.166.*

Nuestra jurisprudencia también ha hecho uso del concepto de orden público para justificar las normas de defensa de la competencia (STS, entre otras, de 22 de junio de 2006). Si bien, como antes se ha señalado, hoy se admite la existencia de varios grupos de principios que constituyen diferentes clases de órdenes públicos, parece claro que de entre todos los grupos que se admiten, el del orden público económico es el que más interés puede tener en el campo del Derecho de los contratos.

La noción de orden público ha sido empleada por la jurisprudencia no solo para justificar las normas de defensa de la competencia, como se puede ver en la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, sino también para ampliar los principios expresados en las leyes a través de los cuales el Estado interviene en la vida económica.

Por lo tanto, el orden público económico desempeña una función positiva que difiere del orden público clásico, el cual tenía como propósito principalmente limitar la autonomía privada. Este nuevo enfoque se lleva a cabo mediante una variedad de técnicas de intervención, que se pueden agrupar en dos categorías generales: la intervención estatal para la dirección de la economía y la protección de ciertos sectores o contratantes. Como resultado, cada vez se observa una mayor intervención del derecho público en el ámbito del derecho privado<sup>119</sup>.

Y en este sentido se justifica la vacilación por parte de la jurisprudencia sobre la validez o no de ciertos acuerdos que van en contra de alguna disposición legal que no tenga una redacción explícitamente prohibitiva<sup>120</sup>.

En situaciones de crisis donde ciertos sectores de la población necesitaban una protección intensa, era común que la intervención legislativa fuera más frecuente en este sentido, en cambio, actualmente, se ha vuelto en cierta medida a la protección de la autonomía privada y por lo tanto, la intervención legislativa es mucho menor.

La sentencia del TS de 12 de noviembre de 1987 destaca el principio de autonomía de la voluntad, el cual es un principio fundamental en la contratación, tal como lo

---

<sup>119</sup> Ataz Lopez, Joaquín y Salelles Climent, José Ramón “La libertad contractual y sus límites” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *et al. Tratado de Contratos. Op. cit. P.169.*

<sup>120</sup> *Idem.*

establece el artículo 1255 del Código Civil. Este principio significa que las normas legales que establecen criterios supletorios de la voluntad de los interesados no se contradicen cuando las partes utilizan su facultad de manera libre y voluntaria, sin infringir la ley.

Sin embargo, el enfoque tradicional sobre la autonomía de la voluntad en la contratación fue alterado por el fenómeno de la contratación en masa, dado que la posible imposición del contenido contractual por una de las partes, junto con el hecho de que gran parte de la regulación en materia de contratos es de naturaleza dispositiva, conduce a resultados injustos.

En este sentido De Castro y Bravo, influenciado por la doctrina alemana, sostenía que las normas dispositivas “no son una especie de ayuda legal para desmemoriados”; unas normas cuya única virtualidad sea la de estar ahí por si las partes olvidan pactar algún aspecto de su relación. Decía este autor, que si bien puede ocurrir que las soluciones legales no sean totalmente satisfactorias para las partes y se les permite pactar algo distinto a lo previsto por la ley, ello no quiere decir que cualquier pacto contrario a las normas dispositivas deba ser válido: solo lo serán aquéllos que se basen en una justa causa<sup>121</sup>.

De acuerdo con este autor, en relación al uso de condiciones generales en los contratos, estas podrían ser objeto de impugnación si se considera que van en contra de la buena fe y las buenas costumbres, si constituyen un abuso de derecho o si implican la renuncia a ciertas leyes. Además, según los pactos que van en contra de las normas de derecho dispositivo también pueden ser considerados contrarios a la buena fe<sup>122</sup>.

Y en este sentido, en relación con la abusividad de ciertas cláusulas y aunque los artículos 82 y 83 del TRLGDCU pueden resolver el problema en muchos casos restringiendo la eficacia de dichas cláusulas, al encontrarse en la legislación de protección

---

<sup>121</sup> De Castro, Federico. (1961) “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 14, nº 2, págs. 295-342.

<sup>122</sup> *Idem*.

de consumidores y usuarios, ocurre que solo son aplicables en los casos en los que el contratante al que se le impone el contenido contractual es un consumidor<sup>123</sup>.

Por todo ello, las reflexiones y propuestas ofrecidas en este estudio no deban ignorarse, pues aun contando con la legislación protectora de consumidores y legislación de competencia desleal, al margen de las mismas existen múltiples escenarios de asimetría y desprotección, sobre todo en la contratación entre empresarios, donde hay un déficit de protección por parte del contratante más débil, ámbitos donde pudieran proceder aplicaciones analógicas de los artículos 82 y 83 del TRLGDCU.

En relación a si la autonomía privada justifica la exclusión de las normas que establecen obligaciones que aunque no son esenciales, tienen una importancia particular en la composición de intereses y derivan de la naturaleza de cada tipo contractual, podría aceptarse la existencia de un acuerdo en contra de estas de las mismas, pero igualmente, como sostiene De Castro y Bravo, la renuncia a facultades, acciones o excepciones sin una justificación válida, sin reciprocidad, contraprestación o especificidad del contrato no puede tener efectos, ya que implica una renuncia a la ley sin una causa justa<sup>124</sup>.

## **2.6 RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA: EL DEBER DE COOPERACIÓN**

En el ámbito de la competencia, la buena fe actúa como fuente de deberes contractuales, además de fuente de deberes de cooperación. Estos deberes lo que pretenden es defender a algo o a alguien, reconociendo su vulnerabilidad ante una determinada circunstancia<sup>125</sup>.

En cuanto a los deberes de cooperación entre las partes, la buena fe es determinante, en cuanto que obliga a dar al contrato cumplida efectividad y por ello genera determinados deberes de cooperación. En general, puede afirmarse que cada parte tiene

---

<sup>123</sup> En este sentido la SAP de Mallorca, de 17 de mayo de 2006. En este caso como ni el deudor ni el fiador eran consumidores.

<sup>124</sup> De Castro, Federico. Las condiciones generales de los contratos..., *op. cit.* pp. 295-342.

<sup>125</sup> Ataz Lopez, Joaquín y Salelles Climent, José Ramón “La libertad contractual y sus límites” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *et al. Tratado de Contratos. Op. cit.* P.202.

un deber de “contribuir a mantener el *statu quo* subyacente al tiempo de contratar y que es una condición de posibilidad para que la ejecución del contrato resulte operativa”. Ahora bien, algún autor considera, aunque no lo compartimos, que ese deber no implica la imposición al obligado, de emplear sus mejores esfuerzos para optimizar el resultado del contrato para la otra parte<sup>126</sup>. Este deber de cooperación, en nuestra opinión, y dentro de la clasificación por estratos según el perfil contratante, estaría justificado exigírsela a los contratantes en situación predominante, los cuales deberían velar por el mantenimiento del *statu quo* del pequeño contratante en el desarrollo del contrato (nos referiremos más en profundidad a estas ideas en el capítulo 6).

Asimismo, si el vendedor o suministrador conoce que un retraso en el cumplimiento de su obligación puede agravar la situación del comprador en atención a los compromisos de financiación adquiridos y omite toda acción al respecto (v.gr. indicando un calendario alternativo de entrega para que este pueda renegociar la financiación), incurre en mala fe según el art. 57 CCom, precepto de donde cabe deducir el deber de cooperación que también reconoce el art. III.1:104 DCFR. Relación entre ambos preceptos que establece la STS 25 de mayo de 2016 en relación a un contrato de suministro de locomotoras<sup>127</sup>.

La cooperación del acreedor puede resultar precisa para que el deudor pueda cumplir exactamente la prestación debida. De este modo, si el acreedor negara su auxilio al deudor, actuaría de mala fe y podría incurrir en mora<sup>128</sup>.

En otras palabras, la buena fe puede exigir que se incluyan o que se consideren implícitos en el contrato, ciertos deberes especiales de protección o conservación, con el fin de salvaguardar no solo el interés de la prestación en sí, sino también la integridad personal y patrimonial de las partes. Estos deberes se basan en lo que se espera legítimamente de la parte responsable en términos de buena fe y obligación.

---

<sup>126</sup> Carrasco Perera, A. *Op. cit.*, p. 532.

<sup>127</sup> Helena Díez García. “Interpretación e integración del contrato” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Moralejo Imbernón, N., & Quicios Molina, M. S. (2020). *Tratado de Contratos* [Recurso electrónico] Director, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano; Coordinadoras: Nieves Moralejo Imbernón, Susana Quicios Molina. (3ª edición.). Tirant lo Blanch. P. 1227.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 1242.

De esta forma, la infracción de ese deber de protección que se integra como parte del contenido del contrato en razón de la buena fe, podrá dar lugar, en su caso, a una responsabilidad contractual<sup>129</sup> (arts. 1101 y ss. CC).

Esta infracción del deber de protección, también se puede observar en casos de ejercicio de resolución unilateral sin mediar un plazo de aviso, incluso aunque exista un incumplimiento manifiesto, situaciones en las que si bien no es procedente mantener el vínculo obligacional, quizás si lo sería una indemnización fundada en la responsabilidad contractual que se generara por el incumplimiento del deber de cooperación, o por el incumplimiento del plazo de preaviso, al que posteriormente nos referiremos.

## **2.7 EL CASO DB SCHENKER: LA SENTENCIA DEL TS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª SENTENCIA Nº 208/2015 DE 24 DE ABRIL (RJ 2015/3060))**

Este caso tiene especial relevancia para este trabajo, pues pone de manifiesto una situación de asimetría en la contratación entre dos empresarios, siendo uno de ellos profesional autónomo, y el otro, una empresa de logística internacional con sede en España denominada DB Schenker S.A.U., pertenecientes ambos, según lo considerado en este trabajo, a dos estratos económicos totalmente opuestos.

En nuestra opinión, este caso ilustra la importancia del principio de buena fe en los contratos y cómo el mismo puede ser interpretado de forma diferente por los tribunales. El objeto de la controversia gira entorno a la resolución unilateral de un contrato de servicio continuado de transporte suscrito verbalmente entre un transportista autónomo (D. José Antonio) y la empresa sede en España de la multinacional DB Schenker operadora logística, llamada DB Schenker S.A.U. Cabe hacer mención de que la empresa matriz (DB Schenker Logistics), formaba parte del grupo alemán Deutsche Bahn AG<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Debe existir una estrecha conexión entre el daño y el cumplimiento del contrato. Fuera de ella, se entrará en la órbita de la responsabilidad extracontractual.

<sup>130</sup> DB Schenker es una empresa alemana de logística y transporte de carga que ofrece servicios en todo el mundo. Fue fundada en 2002 como resultado de la fusión de dos empresas alemanas, DB Cargo y Schenker & Co. Esta es propiedad de la compañía de transporte y logística alemana Deutsche Bahn AG. Deutsche Bahn AG es una empresa estatal alemana que se dedica principalmente al transporte ferroviario de pasajeros y carga, pero también tiene una división de transporte y logística que incluye a DB Schenker. Según el informe anual de Deutsche Bahn AG correspondiente al año 2021, la facturación

En este caso DB Schenker S.A.U. resuelve unilateralmente el contrato sin conceder plazo adicional al transportista y en contra del criterio de la Audiencia, el TS entiende en casación que no cabe indemnización por no conceder un plazo de preaviso previo.

El TS considera que la exigencia de preaviso resultante del principio de buena fe no es aplicable, salvo pacto, a los casos en que una de las partes de la relación hubiera incumplido sus obligaciones. Por ello, el TS entiende que en este caso hay incumplimiento de la prestación de servicios por el demandante, además, de una obstaculización del desarrollo normal de la actividad de otros transportistas pues todos ellos participaron en un piquete de amotinados. A continuación veremos las características de este incumplimiento.

En el juicio se comprobaron los siguientes hechos: D. José Antonio, un transportista autónomo, presentó una demanda en la que reclamaba una indemnización de 272.953,76€ por los daños y perjuicios causados por la resolución unilateral y sin preaviso por parte DB Schenker S.A.U del contrato verbal indefinido de transporte de mercancías que vinculaba a ambos desde 1998.

La resolución tuvo lugar el 11 de marzo de 2010 mediante un burofax y con efectos inmediatos, sin una justificación válida según D. José Antonio<sup>131</sup>. En este caso el TS no estimó procedente una indemnización, pues consideró que el demandante debía haber solicitado en su demanda una declaración de improcedencia de la resolución contractual y por ello no concedió indemnización alguna.

Lo que más nos llama la atención de este caso son los criterios contradictorios que por un lado tiene la Audiencia Provincial de Barcelona que se pronuncia en una primera instancia sobre el caso DB Schenker y en contra del criterio del TS en la sentencia que abordamos en este epígrafe.

---

anual de DB Schenker fue de alrededor de 18.700 millones de euros y la facturación de su sucursal en España 700 millones.

<sup>131</sup> Además, no fue el único transportista afectado por una resolución unilateral por parte de DB Schenker S.A.U, como se demostró en la sentencia núm. 204/2015 de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo, emitida 7 días después.

Este caso, también nos resulta de gran utilidad porque analiza figuras jurídicas muy relevantes para esta investigación. Por un lado, se analizan los efectos de una resolución unilateral del contrato, los cuales en nuestra opinión siempre afectan negativamente o perjudican, por una u otra razón, a una de las partes o a las dos, pues como ocurre en este caso, D. José Antonio sufrió enormemente las consecuencias de su propio incumplimiento, circunstancias que parece no merecen mayor atención por parte de nuestro TS, pues si existe un incumplimiento doloso, no se entra a valorar más allá.

Por otro lado este caso evidencia la cuestión de si un incumplimiento y un incumplimiento defectuoso tienen consecuencias que derivan de la eficacia así como la extinción de la relación y la compensación por daños y perjuicios (artículos 1124 y 1101 del Código Civil).

En este sentido, si la interpretación de la norma es una tarea compleja, permitir que una parte tenga potestad para determinar un incumplimiento esencial, como ocurre en este caso, en algunos casos quizás planteé cierta inseguridad jurídica, por ello nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que sea un juez quien declare la extinción contractual por incumplimiento (artículo 1124.III del Código Civil).

El ejercicio unilateral de la relación sin que concurra causa justa o resolución ad nutum, se permite por el ordenamiento jurídico para moderar la rigidez que se le impone en el ámbito mercantil en algunos contratos (ej. contratado de agencia) de competencia, que puedan debilitar el principio de autonomía de la voluntad de las partes que ha de regir las relaciones de las partes contratantes (artículo 1255 del Código Civil).

En la controversia en cuestión, ocurre que un transportista autónomo había estado prestando servicios de transporte a una empresa durante siete años en virtud de un contrato verbal de transporte indefinido, relación contractual a la que se puso fin cuando recibió un burofax que rescindió unilateralmente el contrato de transporte de carácter indefinido. El transportista presentó una demanda de reclamación de cantidad alegando que la resolución unilateral no había respetado el plazo de preaviso habitual en relaciones de naturaleza colaborativa y duradera, y por lo tanto exigía una indemnización a la empresa DB Schenker.

No obstante, el Juez de lo Mercantil rechazó la demanda del transportista autónomo argumentando que no era necesario respetar el plazo de preaviso en casos de rescisión unilateral debido a un incumplimiento contractual, hecho que fue comprobado durante el juicio. El transportista presentó un recurso de apelación en segunda instancia, haciendo referencia a los mismos argumentos presentados anteriormente. En esta ocasión, la Audiencia Provincial aceptó parcialmente el recurso, considerando que el incumplimiento de la prestación de transporte no justificaba la renuncia al derecho al preaviso y ordenó a la empresa transitaria demandada que pagara una cantidad al transportista en compensación por la falta de preaviso.

Luego, la empresa transitaria presentó un recurso de casación alegando una infracción de la doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación de los requisitos necesarios para resolver un contrato debido al incumplimiento contractual.

En última instancia el TS anuló y revocó la sentencia de la AP, y negó la indemnización por falta de preaviso por la resolución unilateral del contrato de transporte con la empresa transitaria que sí admitía la AP.

Aunque el transportista afectado negó que hubiera una causa justa para la resolución, el proceso probó que hubo incumplimiento y por tanto, una justificación adecuada para la resolución del contrato.

Ciertamente, el transportista en cuestión participó en una protesta laboral en la que él y otros empresarios de flotas se negaron a cumplir con la prestación de sus servicios profesionales.

En relación con esta circunstancia, resulta relevante analizar las causas que pueden dar lugar a la extinción de un contrato, en particular el incumplimiento (tal y como se establece en el artículo 1124 del Código Civil), así como el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento pueda generar (según lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil).

Al examinar la relación que existía entre ambas partes en este caso, se puede identificar como un contrato de transporte continuo e indefinido y de naturaleza

sinagmática o recíproca, tal como se define en la Ley 15/2009 sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías del 11 de noviembre. En otras palabras, se trata de una relación contractual en la que un individuo, conocido como el transportista o "porteador", se compromete con otro denominado "cargador" a realizar una serie de servicios de transporte de forma periódica o recurrente durante un periodo de tiempo determinado o indefinido, a cambio de un precio (según establece el artículo 8 de la LCTTM).

En consecuencia, el acreedor cuenta con dos derechos fundamentales: en primer lugar, el derecho a que se satisfaga su interés de acuerdo con lo pactado, y en segundo lugar, el derecho a solicitar una compensación por los daños y perjuicios sufridos, siempre y cuando se cumplan las condiciones necesarias. Es importante señalar que la acción de resarcimiento es compatible con la acción de resolución en las obligaciones recíprocas, como se establece en el artículo 1124 del Código Civil.

Es importante destacar que este incumplimiento debe ser considerado esencial y no accesorio según la economía del contrato, tal y como se establece la sentencia del Tribunal Supremo del 31 de enero de 1985.

La sanción prevista en el artículo 1124 es, por consiguiente, un castigo para aquel contratante que no cumple con sus obligaciones, una consecuencia del señalamiento.

En la presente controversia, la transitaria, quien era la contraparte del contrato de transporte continuado perfeccionado con el transportista, se vio afectada por el incumplimiento del objeto esencial del contrato, que era el servicio de transporte pactado.

Esto se debió a que el transportista participó en una protesta laboral en la que él y otros empresarios flotistas se negaron a prestar sus servicios profesionales en un día determinado. Este incumplimiento deslegitima, a juicio del juez de primera instancia, la pretensión indemnizatoria ejercitada por el transportista incumplidor, y legitimó a la transitaria a resolver el contrato.

El Tribunal Supremo resolvió en este sentido que para rechazar la fuerza obligatoria de un pacto es necesario que se cumplan ciertos requisitos, como la reciprocidad de obligaciones, la exigibilidad de las mismas, el exacto cumplimiento por parte de la parte

reclamante de lo que le corresponde y la existencia de actos o conductas por parte del deudor que demuestren un incumplimiento objetivo e inequívoco de la obligación. Este último requisito se entiende como un hecho que impide de manera absoluta y definitiva el cumplimiento de la obligación.

En contraposición, a pesar de admitir el incumplimiento del servicio de transporte por parte del transportista, la AP resolvió que la parte incumplidora debió haber sido notificada con un plazo de preaviso, incluso si no se había acordado previamente. No obstante, el TS, siguiendo la doctrina jurisprudencial previamente mencionada, aceptó el primer motivo del recurso y decidió que la resolución recurrida infringió claramente la doctrina establecida en las sentencias citadas, en las cuales la exigencia de un plazo de preaviso no se considera uno de los requisitos para la resolución unilateral de una relación contractual por incumplimiento de la contraparte.

Asimismo, junto con el primer motivo, el Tribunal Supremo aceptó el segundo de la sentencia apelada, ya que se basaba en las SSTs 104/2011 del 8 de marzo de 2011, 478/2011 del 27 de junio de 2011 y 162/2012 del 29 de marzo de 2012, según las cuales, ante el incumplimiento de la contraparte, es posible ejercer la facultad resolutoria de los contratos no solo en la vía judicial, sino también de forma extrajudicial, siempre y cuando, en este último caso, si la otra parte no está de acuerdo, los tribunales decidan sobre la procedencia de la resolución. Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia, la transitaria siguió la normativa del artículo 1124 y optó por la posibilidad de resolver extrajudicialmente el contrato (a través de una notificación escrita por burofax), dejando el derecho del transportista, en caso de desacuerdo, a que sean los tribunales quienes decidan sobre la resolución.

De la análisis realizado de la decisión del Supremo en la controversia que nos ocupa, se desprende que el alto Tribunal confirmó la calificación del incumplimiento del contrato de transporte como grave, realizada por el Juez de lo Mercantil, como causa justificada de la posterior resolución unilateral de la relación por parte de la transitaria.

Se anticipa que, en virtud de las obligaciones mutuas, la acción para hacer cumplir una obligación no agota las medidas de protección disponibles para el acreedor. Por lo

tanto, si el deudor incumple voluntariamente, su obligación se convertirá en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios a la otra parte (art. 1101 CC).

Sin embargo, el incumplimiento que cause daños será atribuible exclusivamente cuando haya culpa o dolo por parte del deudor (factores subjetivos de atribución o criterios de imputación). Por el contrario, no será atribuible el incumplimiento debido a un caso fortuito o fuerza mayor

En cualquier caso, se puede modificar la responsabilidad que establece el artículo 1101 del Código Civil mediante un acuerdo entre las partes, en tanto en cuanto se respeten los límites del principio de autonomía (art. 1255 CC) y no se deje la validez y el cumplimiento de los contratos a discreción de una de las partes (art. 1256 CC). Esta circunstancia se manifestaría en un supuesto en el que se acuerde la exoneración de responsabilidad en caso de dolo, pacto que está expresamente prohibido en el artículo 1103 CC.

Los acuerdos modificativos de la responsabilidad podrían referirse a cuestiones como el nivel de diligencia exigible en la ejecución de la obligación, la agravación de la responsabilidad en determinados supuestos, acuerdos que incorporen causas de exoneración de responsabilidad, limitación de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) y la definición de conceptos como caso fortuito y fuerza mayor.

Con respecto a la acción de resarcimiento, la otra parte perjudicada reclamará no solo por el incremento que habría representado el valor de la prestación no realizada o realizada defectuosamente (daño emergente), sino también por la pérdida de la ganancia que habría obtenido si el deudor hubiera ejecutado la prestación (lucro cesante). La jurisprudencia es restrictiva en la valoración del lucro cesante. En este sentido, se establece que solo son indemnizables las ganancias derivadas del curso usual de las cosas y de los hechos del caso concreto, no las ganancias dudosas o contingentes (STS de 13 de mayo de 1983).

La cuantificación de una compensación por daños requiere, según la doctrina jurisprudencial reiterada, la demostración de la concurrencia de los daños resultantes del

incumplimiento y de la relación de causalidad entre el perjuicio ocasionado y el incumplimiento .

Partiendo de la demanda resarcitoria presentada por el transportista, que se fundamenta en el incumplimiento del plazo de preaviso, la transitaria interpuso un recurso de casación argumentando la infracción de la jurisprudencia en la interpretación del artículo 1124 del Código Civil. En efecto, de acuerdo con dicha disposición, la falta de cumplimiento del transporte, como resultado del boicot en el que participó el transportista junto a otros propietarios de flotas, formaba parte de la prestación esencial en la relación obligatoria mencionada y legitimaba a la transitaria a optar por la resolución unilateral del contrato, sin necesidad de respetar ningún plazo de preaviso.

La razón se basa en que, según la reiterada jurisprudencia, la obligación de cumplir con un plazo de preaviso no es un requisito para que proceda la resolución unilateral. Por lo tanto, la transitaria no contraviene ninguna norma y no generó derecho a una compensación por daños y perjuicios.

El transportista tuvo la oportunidad de demandar el derecho al preaviso en su momento, sin embargo, se limitó a reclamar una cantidad en concepto de compensación por una obligación inexistente. En este sentido, la justificación legal que admite el segundo motivo de la apelación indica que "condenar a pagar una compensación por daños y perjuicios causados por una obligación inexistente (otorgar un plazo de preaviso) infringe la doctrina de la Sala Primera, que establece que la condena a compensar por daños y perjuicios debe derivarse del incumplimiento de una obligación (artículo 1101 CC)".

Para entender la razón por la cual el tribunal de apelación permitió, aunque fuera parcialmente, la reclamación, es importante mencionar la institución de la agencia y establecer un paralelismo entre esta figura y la naturaleza de la relación contractual entre el transportista y la transitaria.

En ausencia de una norma específica para determinar la indemnización correspondiente por falta de preaviso, el tribunal de apelación se basó, en nuestra opinión

de forma muy acertada, en la norma del instituto de la agencia, que ha sido adecuada para aplicarla a otros supuestos de hecho similares. Cabe destacar que, con cierta frecuencia, el transportista autónomo es considerado la parte más débil en la relación establecida con la transitaria, teniendo en cuenta el tamaño y dimensión de ambas estructuras empresariales. El tribunal de apelación apreció esta circunstancia, teniendo en cuenta la naturaleza duradera y colaborativa de la relación.

El transportista autónomo se encuentra en una situación de debilidad frente a la transitaria, la cual es considerada la parte más fuerte en la relación empresarial. La duradera y colaborativa relación entre ambas estructuras empresariales se evidencia en el largo período de tiempo que abarcó el contrato, desde 2003 hasta 2010. El tribunal de apelación, al evaluar la resolución ad nutum del contrato de transporte, recurrió al instituto de preaviso de la figura de la agencia para proteger los intereses del transportista.

Y aquí reside una argumentación clave para este trabajo. La AP entiende que el régimen jurídico impuesto por el ordenamiento legal a las partes de la relación de agencia y sus respectivos intereses, debe ser suavizado para proteger con mayor cautela a la parte considerada tradicionalmente como la más débil, es decir, el agente frente al empresario o principal. Esta protección es particularmente necesaria cuando el agente tiene una dimensión económica muy superior a la del empresario principal.

En la decisión de apelación, se impuso la tutela de los intereses de la parte más débil basada en la buena fe contractual, la cual exige conceder un plazo razonable para evitar los efectos inesperados de la denuncia unilateral del contrato y adoptar medidas adecuadas para prevenir los perjuicios de la extinción de la relación jurídica. La interpretación del tribunal se apoyó en la Directiva 86/653/CEE, la cual aboga por otorgar el mismo tratamiento a los transportistas que a los agentes comerciales independientes.

Por lo tanto, la Audiencia estimó que la falta de preaviso por parte de la transitaria requería una compensación por los daños y perjuicios causados, limitada exclusivamente a aquellos que podrían haberse evitado con la previsión de la extinción del contrato en un plazo razonable, permitiendo al transportista buscar una alternativa empresarial y en su caso, amortizar sus inversiones.

Sobre la justa causa, en nuestra normativa se permite que una de las partes de una relación obligatoria sinalagmática pueda resolver el contrato unilateralmente y sin causa justa (ad nutum). Sin embargo, la resolución ad nutum del contrato implica que no haya una causa justa en la decisión. En el caso que se plantea, la resolución del contrato se debió a un incumplimiento contractual del transportista, quien no realizó el transporte el día acordado (10 de marzo de 2010).

Como se trata de una relación de tracto sucesivo, la resolución tendrá efectos a partir de ese momento, y las consecuencias indemnizatorias de la resolución podrían haber sido incluso diferentes a las planteadas por el transportista. De hecho, a partir de la resolución, el transportista podría haber enfrentado la obligación de satisfacer una indemnización de daños y perjuicios a la transitaria, según el artículo 1101 del Código Civil y el artículo 30 de la Ley del Contrato de Agencia. Por tanto, para efectos probatorios, se recomienda por la doctrina que se acredite el contenido de la facultad de denuncia mediante notificación escrita que indique la voluntad de dar por terminado el contrato y la causa de la extinción, como lo recoge el artículo 26 de la Ley del Contrato de Agencia.

Un caso de idénticas características pero con distinto resultado es la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona acaecido cuatro años después (Sección 16ª Sentencia núm. 318/2019 de 4 julio. JUR 2019\223270). En este caso la AP si estimó procedente la indemnización.

En este supuesto, el actor también se encargaba de la realización de transportes por encargo de la sociedad, de mercancías pertenecientes a terceros cuando tiene lugar la resolución unilateral por la demandada con falta de preaviso. En este caso, la AP entiende de aplicación analógica el art. 25 de la Ley del Contrato de Agencia y estima que procede la indemnización. El demandante, D. Marcelino, mantuvo una determinada relación con la demandada, Transportes Martínez Souto, S.L., desde el año 2007 hasta finales de enero de 2013. El señor Marcelino era propietario de un camión y realizaba transportes por encargo de la sociedad, de mercancías pertenecientes a terceros. El camión del demandante llevaba rotulada publicidad de la demandada. La fecha de inicio de la relación debe situarse en el 1 de octubre de 2007. Nótese, un dato de especial relevancia

en este caso: el señor Marcelino formuló demanda ante la jurisdicción social y el juzgado correspondiente dictó sentencia en el sentido de no corresponder el asunto a dicha jurisdicción.

Un dato, en nuestra opinión, muy relevante, pues manifiesta, no solo el plano de desigualdad entre los litigantes, sino la propia concepción que uno de ellos tiene en relación con el contrato, pues equivocadamente incluso considera que es un trabajador o “falso autónomo” de la empresa a la que demanda.

D. Marcelino formuló la demanda a que se refiere este litigio. En ella se alegaba que la resolución del contrato por la demandada era válida, pero se había realizado de mala fe y de forma abusiva. El demandante se había encontrado con toda la infraestructura que había necesitado para poder trabajar para la demandada, debiendo pagar el préstamo que había concertado para la compra del camión. No volvió a encontrar trabajo hasta julio de 2015, es decir al cabo de veintinueve meses. Según nuestro ordenamiento, transportes Martínez Souto tenía derecho a poner fin a la relación existente entre las partes, sin embargo, en las relaciones por plazo indefinido era preciso que mediara un preaviso, como una exigencia de la buena fe que debía mediar siempre en las relaciones contractuales.

La ley no regulaba especialmente este tipo de relaciones, que no podían considerarse comprendidas en el artículo 8 de la Ley reguladora del contrato de transporte .. Por tal razón no era aplicable el plazo de un mes establecido en el artículo 43.2, referido, como dice su rúbrica, a la extinción de esos contratos de transporte continuado definidos en el artículo 8.

La Ley del Contrato de Agencia establece un preaviso obligatorio de un mes por cada año de transcurso del contrato, máximo un plazo de seis meses. Entiende la AP, en nuestra opinión, muy acertadamente, que se trata de un criterio aplicable a casos como el presente, puesto que también en el contrato existente entre los litigantes el demandante realizaba, con medios propios, una actividad para la demandada que constituía su principal o única fuente de ingresos, por lo que era exigible que se resolviese con un

preaviso suficiente, para que el demandante pudiese realizar las previsiones necesarias ante la extinción de esa fuente de ingresos.

Transportes Martínez Souto alegó que avisó verbalmente, de forma repetida, que el señor Marcelino no cumplía los objetivos de productividad establecidos. Pero tales advertencias no fueron acreditadas, como tampoco que hubiese preaviso verbal.

Por tanto, consideró la AP aplicable el criterio del artículo 25 de la repetida Ley del Contrato de Agencia y como en este caso no hubo preaviso, se estimó la demanda en el sentido de conferir al demandante una indemnización aproximadamente equivalente a la pérdida de ingresos netos durante cinco meses (un mes por cada año completo de servicios) más un tercio de otro mes, correspondiente a los cuatro meses adicionales a los cinco años que duró la relación. Ya se dijo al principio que la relación se inició el 1 de octubre de 2007 y finalizó el 31 de enero de 2013.

En sentido opuesto, tenemos el criterio aplicado por el TS, en el caso DB Schenker contra el transportista autónomo D. José Antonio. Ambos pronunciamientos son manifestaciones de la incidencia de la buena fe, como determinante, y como este criterio se utiliza de forma ambigua por nuestro TS.

Es curioso como la empresa de logística demandada (Transportes Martínez Souto) alega el caso DB Schenker, con el objetivo de eludir el pago de la indemnización, sosteniendo que el actor debía haber pedido que se declarase la improcedencia de la resolución contractual, ante lo cual, la sala no consideró exigible esa solicitud, estimando que la demandada debía realizar el pago de la indemnización.

Sin embargo, ese caso, entiende la AP, es diferentes al caso DB Schenker, donde se dieron unos hechos determinados (participación del transportista en un “piquete” buscando mejorar las condiciones contractuales), ocurridos en una fecha concreta, y una comunicación de DB Schenker resolviendo el contrato por razón de dichos hechos. Nada de eso ocurre en el caso Transportes Martínez Souto, en el que no hubo una comunicación formal de la demandada ni una imputación cuya procedencia fuese preciso cuestionar

formalmente, como en el caso resuelto en la sentencia de 2015 y en otras derivadas de los mismos hechos.

Por su trascendencia para este trabajo, mencionaremos estas sentencias en lo sucesivo.

## **2.8 EL ARTÍCULO 1258 CC Y LOS ARTS. 2 Y 50 CCOM (INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CONFORME A LAS LEYES, USOS Y BUENA FE)**

Recordamos al lector que el incumplimiento de un contrato de forma unilateral o extrajudicial puede dar lugar a responsabilidad contractual, en virtud de los deberes de buena fe establecidos en el artículo 1258 del Código Civil. Este precepto impone reglas de conducta imperativas que no dependen de la voluntad de las partes y que reflejan un pensamiento social de la función del contrato. Estos deberes de conducta amplían el contenido obligacional pactado y pueden incluir aquellas otras consecuencias que sean acordes a la buena fe, al uso y a la ley, en función de la naturaleza del negocio<sup>132</sup>.

Como sostiene Díez García<sup>133</sup> la incardinación de la infracción de los deberes de protección en la órbita de la responsabilidad contractual puede resultar cuestionable en algunos casos. Si la protección no se refiere en sentido estricto al interés prestacional propio, nadie duda de que, llegado el caso, el daño debe ser resarcido, pero su reparación responde al dogma que prohíbe causar daño a otro a través de la responsabilidad civil extracontractual.

### **2.8.1 La buena fe como lealtad**

Es importante tener en cuenta que el ejercicio de un derecho subjetivo puede ser considerado como actuación de mala fe si se lleva a cabo de forma desleal, en

---

<sup>132</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 1193/2004 de 20 diciembre. RJ 2004\813.

<sup>133</sup> Díez García, H. “Interpretación e integración del contrato” en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos*. *Op. cit.*, p. 1213.

contravención con las normas que la sociedad establece en el ámbito jurídico<sup>134</sup>. En consecuencia, cualquier acción contraria a la buena fe se convierte en antijurídica<sup>135</sup>.

Considera la jurisprudencia que no se atenta a la buena fe porque se incluya la resolución unilateral libre, como parte del contenido de un contrato atípico de colaboración otorgado por tiempo indefinido, porque esta resulta ser una derivación natural del contrato, ya que, en otro caso, se admitirían relaciones contractuales perpetuas, lo que es contrario al orden público.

Y es que, no conviene obviar que, como viene declarando el TS, aunque se admita que las relaciones contractuales tengan una duración indefinida, dado que las partes no pueden permanecer indefinidamente vinculadas, hay que estimar que los contratantes puedan liberarse mediante la resolución unilateral.

Así las cosas, el desistimiento unilateral no constituye incumplimiento contractual, por lo que no generaría por sí efectos indemnizatorios, salvo que el que lo ejercite hubiera actuado de mala fe o con abuso de derecho<sup>136</sup>, o cuando el mismo dé lugar a un enriquecimiento injusto a su favor<sup>137</sup> no siendo necesario un preaviso razonable, salvo que

---

<sup>134</sup> Díez-Picazo, L. (1963) La doctrina de los actos propios. Extraído el 17-02-2023 de <http://www.distribucionesjuridicas.es/> p. 141.

<sup>135</sup> Díez García, H. “Interpretación e integración del contrato” en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p. 1214.

<sup>136</sup> SSTs 16.12.2003; 9.2.2004; 3.11.2008; 16.11.2016. Igualmente, y, respecto de un contrato de exclusiva de duración indefinida, vid. STS 21.11.2005. Asimismo, vid. STS 9.10.1997 (RJA 7107) que se refiere a un contrato por el que una empresa cedía a otra la utilización gratuita de sus marcas. En igual sentido, para un contrato de distribución en exclusiva, vid. STS 10.3.2000. Para un contrato de distribución sin exclusiva, vid. STS 30.4.2008. La sentencia del TS de 27.11. 2006, en relación a un contrato de distribución en exclusiva, señala que considerar la resolución unilateral como abusiva o contraria a la buena fe no implica necesariamente la obligación de justificar una causa, ya que la confianza y la lealtad son elementos fundamentales en las relaciones comerciales. Por lo tanto, la decisión de poner fin al contrato no genera automáticamente un daño indemnizable, a menos que exista mala fe o abuso de derecho, lo cual depende de otras circunstancias como las operaciones en curso, el aprovechamiento de ventajas, la frustración de beneficios, etc. Para un contrato de mediación o corretaje, STS 25.5.2009. En relación con un contrato de sociedad civil, vid. STS 16.6.1995 que estima que la existencia de mala fe no condiciona que opere el desistimiento, pero genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hubieran generado.

<sup>137</sup> Díez García, H. “Interpretación e integración del contrato” en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p. 1217.

la otra parte necesite de un tiempo razonable para deshacerse de sus compromisos con terceros o para reestructurar sus activos<sup>138</sup>.

Por consiguiente, en los contratos de distribución de duración indefinida en los que el concedente ejerce la resolución del contrato, el Tribunal Supremo ha establecido que en aquellos casos en los que los contratos hayan estado en vigor por un largo período de tiempo, el preaviso se considera una obligación derivada de la buena fe y de la lealtad que debe regir en las relaciones comerciales<sup>139</sup>. El deber de comunicación se incardinaría en el artículo 57 del CCom en consonancia con el art. 1258 CC, salvo que haya una causa razonable para omitirlo.

Aunque puede ser innecesario, la falta de preaviso puede ser considerada abusiva o desleal y constitutiva de mala fe en el ejercicio de los derechos, lo que puede dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios. Esto se debe a la aplicación del artículo 1258 del Código Civil y a principio de buena fe, según el artículo 1101 del mismo cuerpo legal.

En determinadas situaciones, puede existir la obligación de llevar a cabo una evaluación puntual y diligente de la prestación realizada por el deudor. Por ejemplo, en la compraventa de cosa futura, se podría entender que la buena fe, según el artículo 1258 del Código Civil, implica que el vendedor “tiene la obligación de hacer lo posible para que la cosa tenga realidad”<sup>140</sup>, obligaciones y deberes de observancia para uno de los contratantes que también se pueden interpretar derivados de la buena fe que está incluida en el contenido del contrato.

---

<sup>138</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 480. *Vid.* STS 25.5.2009. Aun así, la STS del 11 de diciembre de 2014 en relación con un contrato de distribución exclusiva, admite la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato, pero establece que la ausencia de preaviso que impidió a la distribuidora reorientar su actividad comercial constituye una violación de los deberes de lealtad y buena fe que rigen las relaciones contractuales. Debido a que el contrato en cuestión tenía una larga duración de veinte años, se consideró que el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, en línea con el Artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal (LCA), que aunque no se aplica directamente en este caso, sirve como referencia para establecer un plazo prudencial para el preaviso en situaciones similares. En idéntica línea, *vid.* STSS 20.7.2015, 19.5.2017. Sobre la resarcibilidad del lucro cesante en tales casos, *vid.* STS 8.10.2013. Asimismo, *vid.* STS 9.7.2015.

<sup>139</sup> *Vid.* STS 19 de mayo de 2017.

<sup>140</sup> *Vid.* STS 17 de enero de 2014.

## 2.8.2 La buena fe como estándar de consideración del cumplimiento/incumplimiento.

Díez García sostiene que el Tribunal Supremo ha establecido que la buena fe en el ámbito contractual implica actuar de manera justa, adecuada y leal para lograr el objetivo del contrato<sup>141</sup>. La buena fe se convierte en un estándar normativo para el comportamiento adecuado en una relación contractual<sup>142</sup>.

Además, considera el TS que el incumplimiento esencial, que está estrechamente relacionado con la satisfacción de las obligaciones contractuales, se refiere a los intereses principales que justificaron la relación contractual. Estos intereses se definen como las expectativas razonables y de buena fe que se derivan de las características y relevancia del contrato en cuestión, siguiendo la concepción establecida por los artículos 8:103 y 9:301 del PECL y el artículo 87 del CESL<sup>143</sup>.

Según los Principios de Unidroit (artículo 7.3.1 [2.b]) existe incumplimiento cuando una parte tiene motivos para creer que la otra parte no cumplirá efectivamente con sus obligaciones contractuales. Esta situación tiene lugar cuando se priva de forma sustancial al contratante de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Por ejemplo, cuando se determina o se mide la inhabilidad del objeto de una obligación contractual en cumplimiento de la buena fe<sup>144</sup>.

Como veremos en los capítulos sucesivos, la resolución de un contrato se considera un recurso excepcional en comparación con el principio de conservación del negocio. La jurisprudencia en reiterada doctrina ha establecido que, además de cumplir con las obligaciones correspondientes, quien solicita la resolución del contrato debe tener un "interés jurídicamente atendible".

---

<sup>141</sup> Díez García, H. "Interpretación e integración del contrato" en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p. 1217, que cita al respecto las SSTS 11.12.1987 (RJA 9422); 9.10.1993; 22.3.1994 (RJA 2564); 12.7.2002 y 15.6.2009.

<sup>142</sup> García Amigo, Ac, 2000-I, p. 8. Esa naturaleza normativa puede observarse en la STS 9.6.2006.

<sup>143</sup> STS 16.11.2016. Asimismo, *vid.* SSTS 15.7.2013; 18.7.2013; 25.10.2013; 17.1.2014; 19.2.2014; 22.4.2014 y 3.11.2016.

<sup>144</sup> Díez García, H. "Interpretación e integración del contrato" en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p. 1217.

Este término se refiere a la posibilidad de que se considere el ejercicio de la facultad de resolución del contrato como abusivo, contrario a la buena fe o incluso doloso, cuando está basado en un incumplimiento aparente que no refleja la realidad de la situación. Esto tiene lugar cuando el incumplimiento que se alega no afecta sustancialmente al interés del acreedor, o cuando se utiliza la resolución del contrato como una oportunidad para celebrar un nuevo negocio y obtener mayores beneficios.

En este sentido, se ha defendido la operatividad de la buena fe del art. 1258 CC en relación con una alteración sobrevenida de las circunstancias. Como es sabido y aun proclamado el principio *pacta sunt servanda* en el art. 1091 y en el mismo 1258 CC, puede acontecer, en los contratos de ejecución diferida, que, de forma absolutamente imprevisible, exista una modificación de las circunstancias que las partes tuvieron presentes en su nacimiento y que, en esa medida, sirvieron para modular el contenido de sus prestaciones<sup>145</sup>.

Dice Díez García que esa modificación no prevista (o que no se pudo prever) puede incidir en una alteración en el equilibrio de las prestaciones de las partes colocando a una de ellas en situación de extraordinaria dificultad para cumplir lo que le incumbe. Como sostiene Díez García desde esta óptica, puede parecer contrario a la buena fe exigirle un esfuerzo más allá de la medida implícita en la propia economía del contrato; sobre todo, cuando la contraprestación que recibió se ha vaciado de perjuicios derivados de la crisis económica cuando no se acredite una alteración de la base negocial y/o de la conmutatividad de las prestaciones de las partes; lo que exige entonces valorar su incidencia causal en el marco de la relación contractual de que se trate<sup>146</sup>.

En el ámbito de los contratos de obra el TS aborda el tema y establece que es contrario a la buena fe que el cliente retenga el pago de la obra ejecutada debido a defectos que se consideren de "insuficiente entidad". También que, por razones de buena fe, no se debe condicionar la excepción de contrato no cumplido o la facultad resolutoria del dueño

---

<sup>145</sup> Díez García, H. "Interpretación e integración del contrato" en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p. 1217

<sup>146</sup> Díez García, H. "Interpretación e integración del contrato" en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p. 1217.

de la obra a que los defectos sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y la dificultad de subsanación, de modo que hagan la obra inapropiada para satisfacer el interés del cliente<sup>147</sup>.

En contra, según Carrasco Perera por esta vía también puede ocurrir que se llegue a utilizar de forma excesiva e innecesaria el art. 1258 CC y en concreto, este criterio integrador, para sancionar lo que en sí supone un claro incumplimiento contractual<sup>148</sup>.

## **2.9 EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA***

En España, el carácter vinculante de los contratos y pactos se extrae de lo recogido en los artículos 1089, 1091, 1256 y 1258 del Código Civil. El artículo 1091 CC establece que las obligaciones que derivan de los contratos tienen la misma fuerza que la ley entre las partes contratantes, y por lo tanto, deben ser cumplidas en su totalidad. Esto significa que los contratos tienen un valor legal similar a las leyes y que deben cumplirse según lo acordado por las partes contratantes.

En relación con los *pacta sunt servanda*, cuyo significado no es otro que el de que los pactos deben honrarse, o sea deben cumplirse, consideramos, que cobra especial relevancia tendencias doctrinales que ponen el foco en el interés económico del contrato como así analizamos en sucesivas páginas.

Los principios inspiradores del contrato deben ser dogmáticos o deben ser económicos. Y debe también decidirse, en especial atendiendo a los diferentes estándares de diligencia y colaboración exigibles en razón del estrato del contratante que proponemos, si los principios inspiradores de los contratos y el bien jurídico protegido en cada caso, debe atender a cuestiones de justicia social o cuestiones de justicia económica.

El artículo 1258 del Código Civil español establece que los contratos se consideran válidos por el mero hecho de haber sido acordados por ambas partes y por lo tanto, son vinculantes y obligatorios. El artículo en cuestión establece que los contratos no solo

---

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 1214.

<sup>148</sup> Carrasco Perera, A. *Op. cit.*, p. 486 y pp. 527-528. A su entender, en la mayoría de los casos, no hay laguna que integrar, sino que lo que se discute es el estándar de diligencia exigible.

implican el cumplimiento de lo específicamente acordado, sino también de todas las repercusiones que sean coherentes con la buena fe, las costumbres y la ley, según la naturaleza del contrato. Y esta máxima es de vital importancia y continua en la doctrina del TS, pues en caso de duda, este tribunal suele actuar de forma conservadora, ateniéndose a lo estrictamente pactado, sin entrar en mayores valoraciones, con las nefastas consecuencias que este modo de operar pueda tener en los contratantes pequeños, pues puede ocurrir que existiera cierta falta de libertad en la voluntad de vincularse<sup>149</sup>.

En nuestra opinión, este precepto no solo se refiere a la ejecución de la acción, sino también a los casos de incumplimiento contractual. Los contratos no solo obligan a la ejecución de la prestación según los términos del contrato en conformidad con la buena fe, los usos y la ley, sino que también hay que aplicarlo a los casos de inejecución de la acción y al uso de los remedios frente al incumplimiento, en especial, a la resolución.

Por ello, no resultaría adecuado hacer un uso de los remedios con objetivos contrarios a la ley, a los usos y a la buena fe. No sería, por lo tanto, de buena fe pretender una resolución unilateral con el único objetivo de un interés económico.

Por tanto, dependiendo del “plano de contratación en razón de los estratos según el perfil del contratante” en el que nos encontremos, “planos” y “estratos” que en lo sucesivo iremos definiendo y proponiendo, sería, por ejemplo, contrario a la buena fe pretender una ejecución anticipada de un contrato si no está conforme con cuestiones sociales, del mismo modo, que sería contrario a la buena fe, resolver unilateralmente un contrato, aun estando estipulada dicha facultad en el contrato, por parte de una empresa consolidada sin observar distintos deberes de diligencia, colaboración, cooperación, incluso, aunque exista un incumplimiento por parte de la empresa pequeña.

En definitiva, teniendo en cuenta que en nuestro sistema económico, donde no impera, de momento, un liberalismo económico, como ocurre en los países de corte anglosajón, no sería procedente hacer uso de los remedios resolutorios ni de las cláusulas

---

<sup>149</sup> Vid. Capítulo 6. La doctrina de la *undue influence* y de la *duress* en el derecho anglosajón.

que convencionalmente se incluyen en los contratos, en contra de la buena fe e incluso en contra de los usos y costumbres.

Aunque en los textos de *soft law* se extienda una aplicación ágil y sistemática de la resolución con el claro objetivo del *favor creditoris* y del fomento del comercio, creo que sería un error, generalizar su uso, sin poner el foco en los distintos estratos y planos de contratación y en las características socio-económicas de cada una de las partes contratantes.

Por último, según recoge el Convenio de Viena (sobre el Derecho de los Tratados), en relación al principio *pacta sunt servanda*, se indica que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe<sup>150</sup>. A *sensu contrario*, todo contrato obliga a las partes, en caso de incumplimiento, al deber de ejercer los remedios de buena fe, pues los *pacta sunt servanda* no son el único elemento a tener en cuenta.

---

<sup>150</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

## **CAPÍTULO 3: EVOLUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL**

### **3.1 ANTECEDENTES**

En este capítulo se analizará el incumplimiento de las obligaciones y sus efectos, ofreciendo para ello ciertas claves interpretativas que aporta el denominado *soft law*, así como los principios del moderno derecho europeo de contratos. La investigación sobre la base, esencialmente comparativa, de los textos legales y académicos más importantes que conforman el Derecho español así como el Derecho europeo de contratos y especialmente, la jurisprudencia española, resulta conveniente y adecuada para analizar e intentar resolver los problemas que plantea la inexistencia de un concepto unitario de incumplimiento, y en consecuencia, los presupuestos para el ejercicio del remedio resolutorio según cada plano de contratación en función del estrato al que pertenezcan los distintos contratantes.

Sobre estos y sobre la bibliografía que se ha generado en torno a ellos se analizará a la luz del principio de buena fe, el entronque de los nuevos ángulos interpretativos que se erigen en el Derecho europeo de contratos en relación a los deberes del acreedor y del deudor y también en torno al incumplimiento de los mismos, y del ejercicio (a veces oportunista) de la facultad resolutoria, analizando las soluciones que en nuestro Derecho local se han venido desarrollando por la doctrina y la jurisprudencia en las últimas décadas.

La pretensión de este capítulo es examinar la regulación y la doctrina que se han indicado anteriormente, con el objetivo de que sean utilizados por los operadores jurídicos favoreciendo, por esta vía indirecta, soluciones más subjetivas que centren el foco, no tanto en la gravedad o el tipo de incumplimiento, sino más bien, en las circunstancias de los contratantes, así como en los motivos que desencadenaron su actitud incumplidora. En otras palabras, la pretensión sería la de encontrar soluciones más equitativas en atención a la denominada economía del contrato, que puedan resultar de interés en relaciones contractuales donde los contratantes –que no reciban la consideración de consumidores– puedan encontrarse en un distinto plano de igualdad, singularmente, en el

uso oportunista del remedio resolutorio, en el ejercicio unilateral de la facultad resolutoria o incluso, en la negociación de cláusulas de resolución expresa manifiestamente favorecedoras para una de las partes.

### 3.2 BREVE HISTORIA DEL ART. 1124

Comenzamos este epígrafe partiendo del art. 1124 del CC, sin duda uno de los artículos de nuestro Código Civil con mayor trascendencia y desarrollo doctrinal, a pesar del discreto lugar que ocupa dentro del régimen de las condiciones contractuales.

El principal indicativo de este sustancial artículo pone de manifiesto la existencia de una “condición resolutoria implícita” existente en todas las obligaciones recíprocas. De forma que se le otorga a cada uno de los contratantes la facultad de resolver el contrato, en el caso de que la otra parte no cumpla. En ningún momento se hace distinción alguna sobre la magnitud del perjuicio, lo que considera como “cumplimiento”, ni hace distinción alguna en relación al “perjudicado” que menciona.

Consideran los autores que la facultad de resolución como condición, ha sido considerada inapropiada<sup>151</sup>. Ya no se ve la resolución como una condición contractual, sino como un remedio contractual legítimo que se puede ejercer unilateralmente mediante una demanda o una declaración extrajudicial aceptada por el deudor<sup>152</sup>, y en este sentido la facultad de resolución es una facultad, no una condición, en atención al contenido del párrafo 2 del artículo 1124<sup>153</sup>.

La doctrina explica que el propósito de este remedio, tal y como sugiere su nombre, es proporcionar una solución al hecho de que el acreedor esté obligado a seguir cumpliendo con el contrato aunque el deudor no cumpla. La resolución es tradicionalmente considerada como uno de los recursos legales que protegen al acreedor contra el incumplimiento del deudor.

---

<sup>151</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p.1207.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p.1208.

<sup>153</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 808.

Considero oportuno resaltar los términos con los que Díez-Picazo, se refiere al contratante facultado para ejercitar la acción de resolución. Se refiere a él como el contratante que “padece el incumplimiento de la otra parte”, consideración que compartimos, pues este énfasis en el “padecimiento” como presupuesto lo consideramos sustancial para facultar su ejercicio, además de más adecuado para conciliar la resolución con el principio *pacta sunt servanda*, y en este sentido, más conciliador con el principio de conservación de los contratos.

En resumen y de forma sucinta, consideramos: que, si no se padece, la resolución no opera de forma justa y equitativa.

En este sentido, e la acción de resolución debe actuar como protección del crédito lesionado, y dentro de esa función de protección, se faculta al acreedor que padece, para que elija entre la acción de cumplimiento o de resolución, pues sería, lógicamente, el mejor árbitro<sup>154</sup>.

En este orden de cosas, solo estaría legitimado para uso de la acción de resolución –presumiblemente oportunista– el acreedor que pueda acreditar que padece un incumplimiento, si es que hay un padecimiento, legitimando su uso en tal caso, aunque el uso del remedio pretenda la concertación de un negocio mejor una vez resuelto el contrato previo. Sería, por tanto, un presupuesto previo para el ejercicio del remedio resolutorio, la existencia de un padecimiento acreditado, y no solo a nivel crediticio, pues habrá supuestos de incumplimiento que no impliquen daño a la otra parte, ni impliquen un padecimiento<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Según Díez-Picazo, la acción de resolución se ve como una facultad de configuración jurídica, donde el contratante cuyo interés se protege tiene la decisión de ejercerla. Este se considera el mejor juez para determinar los medios de defensa necesarios para proteger sus intereses, que la ley protege especialmente.

<sup>155</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 808.

En este contexto, la resolución, cuando procede, se convierte en una de las causas de ineficacia sobrevenida del contrato<sup>156</sup>, dando lugar a que la relación contractual devenga ineficaz de una forma repentina e imprevista en un primer momento.

Siguiendo la lectura del párrafo segundo del artículo 1124 del Código Civil, es posible ejercer el remedio resolutorio de forma opcional al del cumplimiento en cualquier caso. Además, siempre se puede reclamar una indemnización adecuada por los daños y perjuicios si se puede demostrar que se han sufrido. Incluso después de optar por el cumplimiento, el acreedor puede solicitar la resolución si el incumplimiento se hace imposible, aunque algunos autores sostienen que esto no se aplica a las ventas de bienes muebles para consumo (artículo 121 del TRLGDCU), pues si se cumplen los requisitos, la acción de resolución no es subsidiaria de la acción de cumplimiento, ni tampoco de las modalidades de cumplimiento por equivalente o a costa del deudor<sup>157</sup>.

Los autores consideran que la opción permitida por el art. 1124 abre la alternativa (el denominado *ius variandi*), de modo que, si se ejercita la acción de cumplimiento, deberían de aplicarse las reglas y criterios establecidos para tal acción. Nada impide que la pretensión de cumplimiento se ejercite de forma específica o que determine el llamado “cumplimiento por equivalencia”, traducido en una indemnización de los daños causados por el incumplimiento<sup>158</sup>.

La elección entre cumplimiento específico o resolución, debe dejarse al arbitrio del interesado, pues sería el mejor árbitro de la situación. Además, aunque el perjudicado no haya ejecutado todavía la prestación a su cargo, puede interesarle, frente al incumplimiento, quedar desligado del contrato incumplido, para aprovechar una ocasión mejor<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> Cañizares Laso. (2016). Código civil comentado / directores, Ana Cañizares Laso. [et al.] (2a ed.). Civitas-Thomson Reuters. Libro IV, De las obligaciones y contratos Obligaciones (Art. 1088 a 1444) / Javier Orduña Moreno y Javier Plaza Penadés (coords.)

<sup>157</sup> Carrasco Perera, A. *op. cit.*, p.1208

<sup>158</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 809.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 807.

En este orden de cosas, el art.1124.III, además indica que cuando proceda la resolución, el juez podrá otorgar un plazo de gracia siempre que haya “causa justificada”, a excepción de las obligaciones mercantiles (art.61 CCom):

“No se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que, bajo cualquier denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato, o se apoyarán en una disposición terminante de Derecho”.

En este sentido, consideramos que en el art.1124 subsiste, además, la idea de que la resolución es necesariamente judicial y que el tribunal procede a pronunciarse sobre ella con alguna dosis de arbitrio, basándose principalmente en la equidad contractual; al autor le parece que es sintomático el párrafo tercero del artículo en cuestión<sup>160</sup>, según el cual “El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.

El artículo formula abiertamente “causas justificadas” donde parece recogerse la idea de un enjuiciamiento valorativo del comportamiento de ambos contratantes que permitirá reconducir la situación a lo que exige la equidad contractual. En consecuencia, si existen tales causas justificativas, el Tribunal no decretará la resolución y condenará al cumplimiento por el obligado, señalando un plazo para ello.

A la naturaleza del plazo y a la preferencia de unos remedios a otros en razón de la *equidad contractual*, nos referiremos más extensamente en epígrafes posteriores.

La ubicación y el contenido del artículo se comprenden mejor en relación con los precedentes históricos de la figura de la resolución, los cuales también son útiles para fundamentarla en razonamientos posteriores.

Aunque de manera resumida, los autores<sup>161</sup> coinciden en que no es una figura perteneciente al Derecho romano y que de la influencia del Derecho Canónico surge el

---

<sup>160</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 812.

<sup>161</sup> Si se busca una revisión minuciosa de los orígenes históricos de la resolución, se puede hacer referencia a los escritos de Montés Penedés; Díez-Picazo, L. en 1995, Álvarez Vigaray, R. en 2003, También se puede encontrar un estudio profundo y minucioso sobre el origen de esta institución en el último trabajo mencionado y, en especial, en el trabajo de Dell'Aquila, E. en 1981, pp. 31 y ss.

pensamiento de que era disconforme a la moral que una parte no cumpliera su palabra sin sanción y que a pesar de ello la otra parte quedara obligada a lo prometido.

A pesar de que en la historia del Derecho español no se aceptaba la existencia de una facultad resolutoria tácita en los contratos con prestaciones recíprocas, hay que destacar que en algunos pasajes de Las Partidas de Alfonso X se permitía que una de las partes pudiera resolver el contrato en caso de que la otra no cumpliera con sus obligaciones<sup>162</sup>.

Debido a la influencia de la Edad Media en la doctrina y jurisprudencia francesa<sup>163</sup>, los juristas civiles de esa época, después de un largo proceso evolutivo, fueron los que abandonaron las ideas más clásicas romanas y se reafirmaron a lo largo del siglo XVII en la idea de una condición de resolución implícita en caso de que alguna de las partes no cumpliera con las obligaciones del contrato, incluso si no se hubiera acordado expresamente entre ellas<sup>164</sup>.

El artículo 1184 del Código Civil francés recogió la doctrina francesa de la existencia de una condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales en caso de incumplimiento de alguna de las partes. Esta norma fue la importancia principal del artículo 1042 del Proyecto de Código Civil de García Goyena, que regulaba la figura de la resolución. Según el jurista, la condición resolutoria implícita estaba presente en todos los contratos bilaterales porque se presumía que ninguna de las partes quería quedar obligada si la otra no cumplía con su parte del trato<sup>165</sup>. Esta facultad se concedía a los tribunales por "consideraciones de humanidad" y no era contraria al principio de *pacta*

---

<sup>162</sup> López Alonso, F., (2017) Regulación del Código Civil sobre la falta de conformidad, *Revista Diario la Ley*, nº 20162, p. 7.

<sup>163</sup> Según Montés Penadés, la norma actual sobre la resolución de contratos fue establecida en la época de Bartolo, utilizando los principios del Derecho canónico relacionados con la violación de la fides prometida. Bartolo, quien vivió en el siglo XVI, se destaca entre todos los autores por ser posiblemente el primero en establecer los fundamentos de una teoría general de resolución de contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes.

<sup>164</sup> En los análisis sobre los orígenes históricos de la normativa, destacan Dumoulin en el s. XVI, Domat en el s. XVII y Pothier en el s. XVIII como importantes figuras en esta evolución que culmina en la codificación napoleónica. Cláusulas abusivas y empresario adherente 188 también su cumplimiento.

<sup>165</sup> López Alonso, F., *Op. cit.*, p. 7.

*sunt servanda*, debido a que la resolución contractual podía ser exigida pero no era obligatoria.

El cambio de la expresión "condición resolutoria implícita" a "facultad resolutoria" en el artículo 1124 del Código Civil español se produjo durante la transición del Proyecto del año 1851 al Código Civil del año 1889. Esta evolución se considera más adecuada ya que una "condición de resolución implícita" es más bien una facultad<sup>166</sup> que una condición en sí misma, que se activa en caso de que la otra parte no cumpla con sus obligaciones contractuales.

En este sentido, Quicios Molina considera que para el legislador, probablemente por la evolución histórica de la figura, el incumplimiento del deudor parece funcionar en las obligaciones sinalagmáticas como condición resolutoria (suceso futuro e incierto que, si acaece, pone fin a la relación jurídica), de ahí su ubicación. Pero en contra de la consideración de la facultad prevista por el art. 1124 CC como condición se alega, entre otros motivos, que el cumplimiento es debido y que la resolución no se produce automáticamente e, incluso, los Tribunales pueden conceder un nuevo plazo de cumplimiento. Se trata, pues, de una facultad concedida por el ordenamiento jurídico, no de una condición aceptada por la voluntad de las partes<sup>167</sup>.

### **3.3 LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS, RASGOS CARACTERÍSTICOS**

El siguiente rasgo característico en el que procede detenerse, es que el remedio resolutorio es una facultad que se otorga a los contratantes, en los contratos con prestaciones recíprocas, en los contratos sinalagmáticos. Teniendo en cuenta que la facultad de resolver responde únicamente a la consideración de un contrato como sinalagmático, convendría profundizar en este concepto, ¿qué tipo de prestaciones entrarían dentro de esta consideración de contrato con prestaciones sinalagmáticas?

---

<sup>166</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p.1207. Derecho de contratos, facultad jurídica unilateral que puede ser ejercida por medio de una demanda judicial o una comunicación extrajudicial recepticia dirigida al deudor, para configurar las condiciones legales de un contrato.

<sup>167</sup> Quicios Molina, Susana "La ineficacia contractual" en Rodríguez-Cano, et al. Tratado de contratos. *Op. cit.*, p 1697.

En este sentido, ya que no se requiere una voluntad de las partes sobre su vigencia, aunque sí se permite su renuncia<sup>168</sup> (salvo en la contratación con consumidores), es conveniente profundizar en el factor que permite su existencia: El sinalagma<sup>169</sup>, la mutua interdependencia de las obligaciones en el contrato.

### 3.3.1 El sinalagma genético-sinalagma funcional

Según lo expresado por Rodríguez-Rosado<sup>170</sup>, la doctrina de Bechmann ha establecido el uso de los términos “sinalagma genético y funcional” para describir los aspectos estáticos y dinámicos de la interdependencia de las prestaciones que caracterizan a los contratos.

El sinalagma genético en los contratos consensuales se refiere a que la obligación de cada parte se establece en función del surgimiento de la obligación de la otra parte. En cambio, el sinalagma funcional se refiere a que la ejecución de cada obligación depende del cumplimiento de la obligación correspondiente de la otra parte.

Algunas manifestaciones del sinalagma funcional serían la excepción concedida a cada contratante en caso de falta de cumplimiento de la contraprestación (también conocida como *exceptio non adimpleti contractus*), el hecho de que la imposibilidad sobrevinida fortuita de cumplir para una parte determine el perecimiento de la obligación de la otra y la institución de la resolución de los contratos por incumplimiento<sup>171</sup>.

### 3.3.2 Sobre los efectos de la reciprocidad de las prestaciones en la resolución

En las Instituciones de Gayo se hace alguna mención a este aspecto tan singular en las obligaciones bilaterales: la reciprocidad. Decía Gayo que era inútil una estipulación

---

<sup>168</sup> Es común en contratos complejos que las partes pacten la no resolubilidad por incumplimiento, en este sentido según Carrasco Perera, es dudoso en qué medida la existencia de dolo incumplidor hace ineficaz esta exclusión.

<sup>169</sup> Según Bruno Rosado: La palabra griega “synallagma” solo aparece en los textos latinos del Corpus Iuris Civilis en dos ocasiones, ambas referidas a los contratos con prestaciones recíprocas (Ulp. D. 50, 16, 19 y Ulp. D. 2, 14, 7, 2, que recogen las opiniones de Labeón y Aristón): sobre su origen y significado, recientemente, y condensando aportaciones anteriores, Cannata, “Labeone, Aristone e il sinallagma”

<sup>170</sup> Rodríguez-Rosado, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Pag. 13.

<sup>171</sup> *Idem*.

“cuando la respuesta no correspondiere a la pregunta, como si yo estipulo que me has de dar diez sestercios y tú prometes darme cinco, o bien si yo estipulara puramente y tu prometes bajo condición”<sup>172</sup>.

Se puede mencionar en este contexto que existen prácticas comerciales antiguas, como el trueque, que ponen de manifiesto la importancia de la equidad contractual. Esta práctica comercial primitiva se basaba en la conmutatividad del intercambio, donde el equilibrio de los bienes o servicios intercambiados era fundamental. Este principio se conoce como el equilibrio de las prestaciones y sigue siendo importante hoy en día, a pesar de que algunos consideren que en un sistema económico liberal, los precios ya no se determinan objetivamente y son el resultado de la dinámica del mercado<sup>173</sup>.

Nuestro CC nos habla de un equilibrio de las prestaciones en el art.1289, pero no establece ninguna regla especial que afecte a la economía contractual. En este sentido, si el contrato es oneroso y hay dudas acerca de su interpretación, se resolverá tal duda en favor “de la mayor reciprocidad de intereses”, como indica este artículo.

En resumen, la reciprocidad en las obligaciones sinalagmáticas no se basa en la posición de deudor y acreedor, sino en que cada obligación constituye una contrapartida de la otra y la contraprestación prometida por la parte contraria es la causa del contrato para ambas partes<sup>174</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha destacado este punto en varios fallos, incluyendo la sentencia del 15 de marzo de 2016, donde se subraya que es fundamental que la prestación a cargo de una parte sea contraprestación de la otra que debe cumplir y viceversa, y no basta con que los contratantes queden obligados entre sí para hablar de obligaciones recíprocas<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> Gayo. *Op. cit.*, p. 205

<sup>173</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 587.

<sup>174</sup> Fernández González-Regueral, M. Á. (1998) *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. La Ley, Madrid.

<sup>175</sup> El fundamento jurídico número dos correspondiente al recurso número 841/2016, de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en fecha 15 de marzo de 2016, cuyo ponente fue I. Sancho Gargallo.

González Regueral<sup>176</sup> destaca en su doctrina la importancia de la reciprocidad de prestaciones en las obligaciones sinalagmáticas. En este sentido, señala que la característica fundamental de estas obligaciones es la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, de forma que cada uno de ellos funciona como contravalor o contraprestación respecto al otro<sup>177</sup>. Por su parte, Clemente Meoro también hace referencia a la interdependencia entre las obligaciones recíprocas<sup>178</sup> como un requisito para la resolución, tal y como establece el artículo 1124 del Código Civil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el requisito de interdependencia o nexo causal en las obligaciones bilaterales ha sido sancionado, y ha reiterado que el sinalagma está presente en la génesis de la relación obligatoria, en la que el deber de la prestación de una de las partes constituye la causa por la cual la otra se obliga<sup>179</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2014<sup>180</sup> establece que el término "sinalagma" es apropiado cuando las obligaciones de las partes están interconectadas y existe un vínculo causal que vincula cada obligación y actúa como contravalor o contraprestación de la otra. Sin embargo, la equivalencia de valor objetivo de las prestaciones no es necesaria para que exista un contravalor, ya que lo importante es que la contraprestación que cada parte debe recibir sea la causa de la relación, independientemente del valor económico de cada prestación.

---

<sup>176</sup> Fernández González-Regueral. (1998). La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales. La Ley Actualidad.

<sup>177</sup> *Idem*.

<sup>178</sup> Clemente Meoro, M. E. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>179</sup> El fundamento jurídico número uno correspondiente al recurso número 8914/1993, de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en fecha 15 de noviembre de 1993, cuyo ponente fue G. Burgos Pérez De Andrade.

<sup>180</sup> La sentencia del Tribunal, con fecha 2 de septiembre de 2014, establece que se considera que el término ha sido utilizado de forma adecuada cuando exista una interdependencia entre las obligaciones de las prestaciones correspondientes a cada una de las partes contratantes.

La resolución de un contrato mediante el artículo 1124<sup>181</sup> del Código Civil exige que exista reciprocidad en las obligaciones sinalagmáticas, por lo que la interpretación tradicional del artículo exigía que hubiera una relación de interdependencia entre las prestaciones de ambas partes, lo que imposibilitaba la resolución de contratos en los que solo una de las partes tenía obligación de prestar. Un ejemplo de ello era el contrato unilateral. No obstante, esta doctrina ha sido matizada en la jurisprudencia reciente, como se ha visto en la STS de 22 de mayo de 2006 en relación con el contrato de préstamo<sup>182</sup>, donde se admite la posibilidad de resolución en estos casos, aunque tradicionalmente se ha considerado un incumplimiento contractual.

La existencia de una interconexión o interdependencia entre las obligaciones sinalagmáticas de una relación contractual produce varios efectos relevantes, como la obligación de cumplimiento simultáneo, el derecho a compensación en caso de mora y la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento, prevista en la norma objeto de estudio, pero que no es aplicable a cualquier tipo de obligación contractual.

El Tribunal Supremo ha expresado en múltiples ocasiones su postura acerca de la aplicabilidad del artículo mencionado a ciertas obligaciones contractuales, llegando a la conclusión de que dicho precepto es aplicable en algunos casos y en otros no, al carecer del requisito de reciprocidad. Por ejemplo, hay sentencias contradictorias en cuanto a la aplicabilidad del artículo 1124 en relación a la opción de compra. Por lo tanto, afirmar que la reciprocidad de las obligaciones es un requisito ineludible para la aplicación de este artículo, como exige la interpretación jurisprudencial, sería demasiado arriesgado<sup>183</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 es un ejemplo que ilustra la necesidad de reciprocidad exigida para la aplicación del artículo 1124 del Código Civil en la acción resolutoria. En dicha sentencia se establece que dicho artículo

---

<sup>181</sup> Pasquau Liaño, Albiez Dohrmann, K. J., & López Frías, A. M. (2009). *Jurisprudencia civil comentada : código civil / dirección Miguel Pasquau Liaño; coordinación Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Ana López Frías (2ª ed.)*. Comares. Pag.1969

<sup>182</sup> El fundamento jurídico número seis correspondiente al recurso número 6466/2001, de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en fecha 22 de mayo de 2001, cuyo ponente fue J. M. Martínez-Pereda Rodríguez.

<sup>183</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p.1208.

no puede ser aplicado a los pactos matrimoniales, puesto que estos no contienen obligaciones recíprocas que sean interdependientes entre sí, es decir, que no existe un nexo causal determinante entre ellas.

Existe la posibilidad de una acción resolutoria en casos en los que no se cumple con la interdependencia de las obligaciones, debido a normas especiales que permiten esto. Un ejemplo es la resolución del contrato de arrendamiento, donde hay una amplia variedad de causas que pueden llevar a la resolución, y no todas ellas están estrictamente relacionadas con la interdependencia de las obligaciones<sup>184</sup>.

Así pues, la figura de la resolución no es viable para los contratos bilaterales imperfectos en los que las obligaciones de una de las partes no están interconectadas con las de la otra.

Por ejemplo, el contrato de comodato, en el que la obligación de restituir la cosa prestada y la de indemnizar los gastos no guardan relación de interdependencia<sup>185</sup>.

Aunque existen situaciones en las que el requisito de reciprocidad no se cumple y por lo tanto, la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil no sería aplicable, hay casos en los que se acepta la resolución, como en el contrato modificado en el que las partes adquieren nuevas obligaciones recíprocas que justifican la modificación. Por ejemplo, en un contrato de compraventa donde se acuerda una prórroga en la fecha de entrega de un producto a cambio de un aumento en el precio acordado.

En definitiva, aunque la reciprocidad en las prestaciones es de gran relevancia en multitud de sentencias para admitir la resolución del contrato, no encontramos un criterio uniforme en la doctrina en cuanto al presupuesto de la misma en el ejercicio de la facultad resolutoria, circunstancia a la que también nos referiremos cuando exponemos nuestra *teoría de los estratos de la contratación*.

---

<sup>184</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, op. cit., p. 818.

<sup>185</sup> *Idem*.

### 3.4 LA NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN

En atención al tenor literal del art. 1091 CC y a su interpretación gramatical, “las obligaciones deben cumplirse al tenor” de los contratos, y de acuerdo con la RAE, “tenor” podría interpretarse como el “contenido literal de un escrito u oración”, y también “según, conforme a” (en este caso, a sus obligaciones contractuales). En este sentido, incumplimiento, podría ser cualquier contravención al tenor de las obligaciones contractuales. Por lo tanto, atendiendo a la interpretación gramatical del precepto, podría suponerse erróneamente que existe una amplia admisión del remedio resolutorio, pues fácilmente se puede contravenir el *tenor* de una obligación y por lo tanto, incumplir<sup>186</sup>.

En primer lugar, queremos señalar que no debemos confundir términos. Aunque en la doctrina aparezcan referenciados de forma confusa, rescisión, resolución, desistimiento, denuncia unilateral, vencimiento anticipado de la obligación de entrega en la ley de venta a plazos de bienes muebles<sup>187</sup>, redhibición y saneamiento, todos ellos son términos con significado propio.

Según lo expuesto, en ausencia de incumplimiento, el recurso contractual adecuado es el "desistimiento", aunque en algunas ocasiones el legislador utilice el término "resolución". En cuanto al término "denuncia", este no es tampoco claro, ya que se puede utilizar para referirse tanto a un desistimiento como a una declaración de oposición a una prórroga en un contrato de duración determinada<sup>188</sup> (según lo establecido en los artículos 12.3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y 49.3.c del Estatuto de los Trabajadores). Por lo tanto, si se produce un incumplimiento, se recurre a la "resolución" del contrato, mientras que si no hay incumplimiento, se recurre al "desistimiento"<sup>189</sup>

Con una evidente falta de tecnicismo, provocada en parte por lo que se aprecia en los textos legales, en la práctica se utilizan indistintamente los términos resolución y

---

<sup>186</sup> Bercovitz Álvarez, G., (2009) Comentario al art. 1124 del CC, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, pp. 1-3, 2.

<sup>187</sup> Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

<sup>188</sup> Véanse los arts. 12.3 LAR, 49.3.c) Estatuto de los Trabajadores.

<sup>189</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1208.

rescisión del contrato<sup>190</sup>. Y el Tribunal Supremo corrige en numerosas ocasiones dicha incorrección<sup>191</sup>.

En cuanto a la diferencia entre ambos y entendida la rescisión como causa de ineficacia<sup>192</sup>, cuando se habla de ineficacia funcional, se hace referencia a un negocio jurídico, que, por su sola aparición, produce una lesión o un perjuicio. No es este, evidentemente, el caso del incumplimiento contractual que no se produce por el hecho mismo de la celebración del negocio y con el cual el negocio no tiene nada que ver<sup>193</sup>.

En este sentido, las causas de uno y otro tipo de ineficacia están bien delimitadas: la rescisión debiera reservarse para supuestos de lesión y fraude, mientras que la resolución permite desligarse de un contrato a quien lo ha cumplido, y no ha obtenido la misma respuesta de la otra parte, o a quien la ley o el contrato se lo permiten.

De modo semejante, Quicios Molina, considera la resolución como una categoría general distinta de las nulidades y de la rescisión, denominando “resolución” a toda ineficacia sobrevenida, aparición, repentina e imprevista de algo negativo, de un contrato, producida por circunstancias que, con tal trascendencia extintiva, pueden aparecer a lo largo de su vida. Y como sostiene esta autora, el contrato se extingue, dejando de producir efectos para el futuro e incluso, salvo los contratos de tracto sucesivo, hacia el pasado<sup>194</sup>. En lo sucesivo abundaremos sobre estas circunstancias con trascendencia extintiva, al ser este precisamente - el deber de reintegrar o de restituir las prestaciones- uno de los efectos, que afectan de forma más trascendente a la economía del contrato.

En relación a la eficacia de la resolución, no debe considerarse este remedio como una supuesta ineficacia sobrevenida ocasionada por una anomalía funcional del negocio

---

<sup>190</sup> Orti Vallejo, A. (2002). Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil : el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE. Comares. P. 21.

<sup>191</sup> Montés, Comentarios Edersa, P. 1224.

<sup>192</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, pp. 902-903. Para este autor, las causas de ineficacia sobrevenida, son distintas, son la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la resolución contractual, por cualquiera de sus causas.

<sup>193</sup> *Idem*, p. 815.

<sup>194</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1695.

jurídico constituido de la relación obligatoria que se resuelve, sino que es un medio de defensa del contratante leal frente al incumplidor<sup>195</sup>.

En cambio, Quicios Molina considera esta ineficacia sobrevenida, porque no deriva de un defecto estructural que acompaña al contrato desde su nacimiento y se da en diversos casos, que cabe agrupar en dos grandes bloques<sup>196</sup>, que paso a exponer.

Por un lado, los supuestos de resolución fundados exclusivamente en la libre voluntad de una de las partes o de ambas. Véanse aquí incluidos la resolución por desistimiento unilateral del contrato por una de las partes y la resolución por mutuo acuerdo, por mutuo disenso, sin alegar ninguna causa, por tanto.

Por otro, los supuestos de resolución basados en hechos que permiten, por ley, dar por finalizado un contrato, también llamados supuestos de resolución por justa causa. Estos serían la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte, por imposibilidad sobrevenida o por modificación sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias, en definitiva, resolución por justa causa.

Adicionalmente, como sostiene esta autora, existen otro tipo de resoluciones, como son las que acaecen si se cumple la condición resolutoria expresa establecida por las partes o la que ocurre si se ejerce el retracto convencional del art. 1506 CC, a las que nos referiremos en epígrafes posteriores.

Continuando con los expresados al inicio de este epígrafe, dentro del enrevesado mundo de las ineficacias contractuales, no es contradictorio la utilización, en un sentido más limitado o estricto, de la palabra resolución para identificar sobre todo la ineficacia derivada del incumplimiento de una de las partes.

En lo referente al saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida, cabe indicar que igualmente puede consistir, en dar por resuelto el contrato, aunque el art. 1486 CC aluda a esta posibilidad utilizando los términos “desistir” y “rescisión” considerando

---

<sup>195</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos... op. cit.*, p. 871.

<sup>196</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1690.

inválida la resolución por justa causa al carecer de un fundamento suficiente pero convertible en un desistimiento *ad nutum* válido<sup>197</sup>.

En cuanto al concepto de resolución, el simple intento de conceptualarlo, ya es aventurarse demasiado. Según Rodríguez Rosado:

Quien tenga la tal vez peculiar costumbre de leer Sentencias del Tribunal Supremo, habrá advertido con cuánta frecuencia las cuestiones referidas a la resolución de los contratos ocupan la atención de nuestra jurisprudencia. Si el incumplimiento en general constituye una de las patologías jurídicas de más complejo tratamiento, la aplicación de la resolución se torna numerosas veces un remedio aún más problemático, pues sobre ella se concentran razones y argumentos a menudo contrapuestos: desde el principio de conservación del contrato, a la necesaria liberación de la parte perjudicada, y desde el *favor debitoris*, a la protección integral del crédito<sup>198</sup>.



Son frecuentes las cuestiones antagónicas en la doctrina acerca de la naturaleza de la resolución, por lo que cabe preguntarse: ¿la resolución es una sanción para la parte

<sup>197</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos... op. cit.*, p. 815.

<sup>198</sup> Rodríguez Rosado; Bruno *op. cit.*, p.7.

incumplidora?, y en este caso, ¿sería imprescindible la existencia o no de culpa en el deudor?<sup>199</sup>, o tal vez, hay que considerar que la resolución ¿es un método de reparación? ¿Es quizás una condición resolutoria tácita? y en este sentido, ¿lo único relevante sería que el cumplimiento quedara supeditado a que la otra parte cumpliera?, y si no lo hiciera, ¿se resolvería el contrato automáticamente?<sup>200</sup>

Sobre esta última tesis, oportunamente matizada por el TS<sup>201</sup>, el cual ha manifestado que la resolución no opera ipso iure, sino a solicitud de la parte cumplidora, es decir, la resolución, además, aunque se estipule expresamente no opera de manera automática.

Díez-Picazo se refiere también a la resolución como un mecanismo de defensa útil –según entendemos– de defensa del crédito y del sinalagma, del mismo modo, según entiende este autor, sería un mecanismo útil la excepción de contrato no cumplido, cuando el que la ejerce aún no ha cumplido su parte, y no hay por tanto un desplazamiento patrimonial, manteniendo el *statu quo*, algo que es totalmente distinto en aquellos casos en los que el interesado haya ejecutado su propia prestación.

Según este autor, en los casos en los que una parte haya perdido un valor patrimonial sin haber recibido una compensación correspondiente, la defensa de su patrimonio solo puede lograrse a través de la recepción de una contraprestación que equilibre su patrimonio o mediante la terminación del contrato y la recuperación de lo que se haya entregado.

Por otra parte, el art. 1124 podría hacer pensar que el remedio resolutorio tiene carácter de sanción a la parte incumplidora, siendo preciso por tanto un elemento importante: la culpa. Interpretación que según matiza no debe hacerse ya que, como se observa en otras normas que permiten la resolución, no se exige en ningún momento la culpa que aventura el art. 1124 CC.

---

<sup>199</sup> Clemente Meoro, M. E., *La facultad... op. cit.*, pp. 75–77.

<sup>200</sup> Álvarez Vigaray, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Comares; Clemente Meoro, M. E., *La facultad... op. cit.*, pp. 53- 58.

<sup>201</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de abril de 1988.

En definitiva, y así lo consideramos, la idea de esta norma, es proteger tanto al contratante cumplidor como al *statu quo* de la contratación en general, lo que se aparta de consideraciones más cercanas al remedio resolutorio como sancionador en caso de culpa del contratante incumplidor.

Entendemos que la resolución es un medio de protección y defensa de una de las partes de la relación obligatoria, la que *sufre*<sup>202</sup>, no un mecanismo oportunista más cercano al abuso de derecho que a la defensa de un interés. Y en este sentido debería ser interpretado. La resolución si hay razones que la justifican, lo que pretende es el no tener que ejecutar las prestaciones no realizadas, así como el poder recuperar la atribución patrimonial realizada. Cualquier otro objetivo no estaría amparado por esta norma.

En cuanto al ejercicio de la acción resolutoria si procede, la sentencia del Tribunal Supremo del 16 de abril de 1991 sienta doctrina en la admisión de la misma y afirma que la interpretación de los contratos es responsabilidad exclusiva de los tribunales de instancia, cuyas decisiones deben ser respetadas en casación a menos que se muestren ilógicas, arbitrarias o contradictorias con las normas legales de hermenéuticas establecidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil.

La jurisprudencia reiterada establece los requisitos necesarios para que sea viable la acción resolutoria, que son los siguientes:

- 1) Que exista un contrato vigente entre las partes involucradas.
- 2) Que las prestaciones estipuladas sean recíprocas y exigibles.
- 3) Que el demandado haya incumplido gravemente sus obligaciones, cuya apreciación queda a libre arbitrio de los tribunales de instancia.
- 4) Que dicho incumplimiento haya sido causado por una conducta indudable, absoluta, definitiva e imparable por parte del demandado.
- 5) Que el demandante no haya incumplido sus propias obligaciones, excepto cuando esto ocurra como resultado del incumplimiento anterior del

---

<sup>202</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos... op. cit.*, p. 815.

demandado, ya que es su conducta la que motiva el derecho a la resolución y *libera al demandante de sus compromisos*.

La resolución es un remedio aplicable a la parte afectada por el incumplimiento en un contrato<sup>203</sup>, no es necesariamente consecuencia de un incumplimiento culpable, sino que se trata de un recurso razonable o incluso necesario ante la falta de cumplimiento<sup>204</sup>. Según este autor, la culpabilidad del incumplimiento solo es determinante para la fijación de una indemnización posteriormente, conforme al artículo 1101 del Código Civil.

Continuando con el expositivo anterior, nos indica el 1124 que la resolución es una facultad *para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe*; tiene que haber pues un no cumplimiento. Circunstancias esta que no decide el perjudicado, tendrá que decidirlo una parte externa y una vez determinado el incumplimiento, el perjudicado podrá hacer uso de esta facultad, uso del *ius variandi* que le otorga el 1124.

En relación con lo anterior cabe indicar que el *ius variandi* del acreedor no es enteramente libre<sup>205</sup>, y en este sentido no cabe el ejercicio simultáneo de ambas acciones, aunque sí el ejercicio subsidiario de la resolución.

Se establece como norma aceptada que el acreedor que ha optado por la acción de cumplimiento solo puede escoger la resolución si el cumplimiento se vuelve imposible, y también en caso de frustración económica para el acreedor debido a la deficiencia, anormalidad, tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor en el cumplimiento, lo que ya no se puede remediar mediante la desaparición del interés en la contraprestación originalmente pactada, lo que se convierte en inútil o perjudicial debido a la conducta o resistencia del deudor a cumplir, lo que constituye una ruptura real de la confianza mutua en el contrato, y este sentido la STS de 18 de noviembre de 1983.

---

<sup>203</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 819.

<sup>204</sup> *Idem*, p. 821.

<sup>205</sup> Así lo indica la STS de 14 de febrero de 2007.

Si solo se ejerciera la acción de resolución, se podría declarar por el Tribunal que procede el cumplimiento en un plazo determinado, transcurrido el cual sin éxito quedaría, ya sí, resuelto el contrato.

Además, como sostiene Álvarez Vigaray, si el cumplimiento puede todavía decretarse por el órgano judicial, se defiende que también cabe que el deudor evite la resolución del contrato cumpliendo la obligación fallida pues se considera equitativo que “el deudor puede purgar la mora mientras dure el juicio de resolución del contrato y no haya recaído sentencia firme decretándola”<sup>206</sup>.

### 3.4.1 Evolución del concepto de resolución en la doctrina

En un primer momento, nos planteamos cuál sería el mejor cauce para abordar la cuestión a través del análisis pormenorizado de la doctrina, pues las sentencias referidas a la resolución son cuantiosas y variadas, tan variadas como relaciones atípicas se crean por voluntad de las partes.

La evolución doctrinal parte del criterio del *incumplimiento manifiestamente rebelde* hasta otras más modernas e influenciadas por los textos de *soft law*, que abordan el concepto de incumplimiento esencial, donde no cabe cualquier contravención de la obligación, por mínima que sea atendiendo al tenor literal del art.1124, siendo el criterio moderno, considerar el incumplimiento resolutorio como aquel que frustra el interés del acreedor o aquel que conlleva la frustración del fin del contrato.

Específicamente hasta los años 80 del siglo pasado, se requería formalmente que el deudor hubiera demostrado una clara intención de *oposición al cumplimiento, constitutiva de un hecho obstativo*<sup>207</sup>.

Este requisito específico ha sido hoy formalmente derogado por el TS, aunque ello no ha supuesto en el fondo un cambio en los criterios reales de decisión. En la fórmula actual, se postula por los tribunales que la exigencia de frustración del fin del contrato ha

---

<sup>206</sup> Álvarez Vigaray, R., *op. cit.*, pp. 94-103

<sup>207</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1219.

venido a suplir la función de la antigua regla de la voluntad rebelde. Es muy ilustrativa la STS 9 de marzo de 2005 -entre otras muchas-, donde se admite la procedencia de la resolución por incumplimiento del vendedor al entregar cosa diferente a lo convenido o con defectos con trascendencia resolutoria (*aliud pro alio*), pues entrega una maquinaria de fabricación de calzado inservible para el fin propio de su destino<sup>208</sup>. Se pone de manifiesto que no es necesaria una resistencia obstativa al cumplimiento, pues basta que el incumplimiento frustre las legítimas aspiraciones de los contratantes para que sea resolutorio.

Ya no es necesario demostrar que el incumplimiento es imputable al deudor. Para que la resolución sea procedente, no es necesario que el deudor haya actuado con dolo o culpa, simplemente, no puede trasladar al acreedor los riesgos de la tardanza que hace que el cumplimiento ya no tenga interés para el acreedor"<sup>209</sup>.

La resolución del contrato puede ser viable incluso en el caso de que no proceda una indemnización por daños y perjuicios debido a circunstancias imprevistas que no sean responsabilidad de ninguna de las partes. Lo que se requiere es un incumplimiento sustancial y grave que impida la finalidad del contrato y que el acreedor haya sufrido antes de que se le haya transferido el *riesgo*<sup>210</sup>.

En este orden de cosas y tal y como se observa en las numerosas sentencias consultadas, lo que sí se exige para declarar la resolución, es el requisito de bilateralidad<sup>211</sup>, así como que el acreedor que pretende resolver, a su vez no haya incumplido su prestación, cuestión esta última, que en nuestra opinión es demasiado rigurosa en relación con la protección del incumplidor empresario “débil”, pues deja al margen y no entra a valorar el porqué de su actitud incumplidora.

---

<sup>208</sup> En materia de *aliud pro alio* vid: Orti Vallejo, A. (1996). “Los vicios en la compraventa y su diferencia con el ‘aliud pro alio’: jurisprudencia más reciente. *Aranzadi civil*: revista quincenal, ISSN 1133-0198, Nº 1, pp. 41-60.

<sup>209</sup> Carrasco Perera, *ídem*. También Orti Vallejo, A., (2016), “Concepto de incumplimiento del contrato, exoneración e incumplimiento justificado (De los textos decimonónicos a los de *soft law*)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 7, p. 47.

<sup>210</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1220.

<sup>211</sup> Respecto a esta cuestión ver sección del sinalagma.

La jurisprudencia más antigua, acorde con la doctrina anterior, y con el sentido literal del texto legal, situaba el fundamento de la resolución en la idea de una voluntad tácita o sobreentendida de los contratantes. A pesar de ello, como indica este autor, con el trascurso del tiempo, esta jurisprudencia, haciendo una interpretación exegética, pasó de considerar a la resolución como una condición tácita, a considerarla como un remedio exigido por la “equidad contractual”.

En periodos más antiguos era manifiesto el entronque de la resolución con el deber de fidelidad y con el acatamiento de la palabra dada y con la idea misma que inspira el principio *pacta sunt servanda*.

En cambio en los últimos tiempos esta consideración ha evolucionado: actualmente se puede observar la idea de defensa de los intereses del contratante cumplidor que se ven frustrados con el incumplimiento y *se enlaza* la resolución por incumplimiento con la frustración de los fines perseguidos.

En consecuencia, a lo anteriormente expuesto, consideramos que la tendencia actual está más próxima a líneas de liberalismo económico, conllevando por ello cierto desamparo del principio de legalidad, del principio de equidad e incluso del principio de buena fe, ya que no es desorbitado considerar que la función de los tribunales debe ir mucho más allá, constituyendo una labor mucho más compleja que la simple búsqueda de la satisfacción del interés del contratante cumplidor.

En este sentido, consideramos que los tribunales quizás deban trascender en su cometido, y realizar un análisis más pormenorizado de las causas del incumplimiento y no solo centrarse en el tipo de incumplimiento. Quizás, deban trascender en la valoración de otras circunstancias, y en la consideración del remedio más adecuado o incluso, obligar a la permanencia del contrato, actuando así de forma más armoniosa con la equidad contractual según el plano de la contratación en la que se produzca el incumplimiento, teniendo en cuenta que los empresarios intervinientes puedan pertenecer a estratos diferentes.

Se pueda apreciar aquí, en la evolución histórica de la doctrina sobre la resolución, cómo la búsqueda de satisfacción del interés del acreedor o la evitación de la frustración del fin del contrato, como único fin protegible, desencadenan un uso muy frecuente – presumiblemente oportunista– tanto de la resolución unilateral como de los amplios clausulados que otorgan amplias facultades resolutorias a una de las partes, lo cual origina situaciones de inseguridad jurídica, como se puede observar en numerosos casos donde tiene lugar un ejercicio de la resolución unilateral de forma extrajudicial y anticipada, sin las garantías adecuadas, sin los plazos de preaviso adecuados, sin la supervisión judicial necesaria.

Será continuo en este trabajo, nuestro interés en pretender que la función de los tribunales, no solo deba velar por la protección del contratante cumplidor y por el plano satisfactivo del mismo, sino que considere otras circunstancias que puedan proteger al contratante tanto cumplidor como incumplidor, más en armonía con los principios de conservación del contrato, principio de buena fe y principio de cooperación. Analizando de este modo las circunstancias que implican el incumplimiento por parte del contratante incumplidor, para preservar el principio de legalidad y seguridad jurídica, de vital importancia en situaciones de fuerte volatilidad económica como las que vienen sucediéndose en los últimos años. Este control del uso volátil del remedio resolutorio, exigiendo un uso honesto del mismo, no puede sino aumentar la estabilidad económica, instaurando de nuevo la confianza en la palabra y en la honestidad de los pactos y de los contratantes.

Esta idea nos conecta con una doctrina clásica del TS, hoy relegada a un segundo plano, que considera con cierta excepcionalidad el remedio resolutorio, justificándose en que el “principio de equidad a que corresponde el art. 1124, revela el inequívoco homenaje y respeto que los contratos lícitos y válidamente celebrados merecen”<sup>212</sup>. Además, este uso excepcional del remedio resolutorio, debe responder a esa idea de equidad que impide un cierto abuso en el ejercicio de acciones resolutorias<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> STS de 5 de julio de 1941.

<sup>213</sup> Ver en más detalle el epígrafe: resolución con antesis al principio *pacta sunt servanda*.

De acuerdo con esta doctrina, y en relación a lo más relevante para nuestra teoría de los estratos en la contratación, la resolución protegería por tanto, al contratante que cumple con sus obligaciones en caso de incumplimiento, y que puede acreditar que sufre y padece el incumplimiento de la otra parte, una vez observados los pretendidos deberes que se le exigen, teniendo que demostrar más requisitos, en razón del estrato al que pertenezca, y no solo el acreditar la frustración del propósito del contrato.

Díez-Picazo explica que cuando la jurisprudencia ha mencionado la "marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual", se refiere al deber de fidelidad y cumplimiento de la palabra dada, que es un principio fundamental en la contratación basado en el *pacta sunt servanda*<sup>214</sup>. Sin embargo, esto no significa que la resolución sea una medida excepcional y que el principio general sea la conservación de los contratos. La resolución no se puede aplicar a cualquier incumplimiento contractual, sino que requiere un incumplimiento cualificado. Es importante tener en cuenta las características del "incumplimiento resolutorio", pero esto no debe confundirnos acerca de la excepcionalidad de la resolución en comparación con la conservación de los contratos.

Sobre esta idea de la consideración de la aplicación excepcional del remedio resolutorio, incluso aunque se haya pactado, por ser procedente aplicar unos criterios que atiendan a otros principios preponderantes, principios sobre los que volveremos en sucesivos epígrafes. Y especialmente abordaremos este antagonismo en nuestra teoría de los estratos, pues dependiendo del estrato o del plano de contratación, consideramos que adquiere mayor relevancia un criterio u otro. Pues dependiendo del estrato y del tipo de contratante, el bien jurídico protegido podría ser distinto y por lo tanto, serían distintos los presupuestos que justifican una mayor o menor excepcionalidad en el ejercicio de la resolución en relación a los distintos planos que pueden darse entre contratantes pertenecientes al mismo o a diferente estrato.

---

<sup>214</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 813.

### 3.4.2 Requisitos doctrinales para la resolución

La jurisprudencia viene exigiendo varios requisitos para la resolución de un contrato bilateral (ya sea recíproco o sinalagmático). En este sentido, es necesario que la obligación incumplida sea esencial, que el incumplimiento sea grave, que el acreedor no haya incumplido su propia obligación, que el incumplimiento frustre la finalidad del contrato. Estos requisitos son ampliamente aceptados en la doctrina y en la jurisprudencia.

Tras un análisis minucioso, observamos como los requisitos necesarios para la resolución del contrato pueden solaparse o redundar entre sí, lo que se puede observar en la gran cantidad de resoluciones disponibles. Aunque el lenguaje utilizado para expresar estos requisitos puede ser variado y polimorfo, en esencia todos expresan la misma idea: que el incumplimiento debe ser real y significativo en términos económicos para las partes, que impida la satisfacción de sus intereses y expectativas legítimas. El incumplimiento debe afectar al objeto principal del contrato y ser lo suficientemente importante para justificar su resolución.

Durante más de treinta años, el TS ha ido tejiendo en este punto una confusísima maraña en torno a la llamada voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, aunque luego haya tenido que suavizar este tópico porque un incumplimiento deliberadamente rebelde es doloso o cuasi doloso, con lo que se produciría la donosa consecuencia de que los incumplimientos meramente culposos quedarían fuera de la resolución, sin saber por qué. Y esta es precisamente una de las diversas razones que justifican la necesidad de establecer un sistema múltiple –por estratos de contratación– que analice separadamente y aplique diversas consideraciones y presupuestos sobre el incumplimiento exigido, así como para determinar el remedio más adecuado<sup>215</sup>, en razón del interés atendible a cada caso.

En este sentido, considera Bercovitz, que el conocido requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, que venía a exigir una actitud dolosa al deudor cuando no se había hecho imposible objetivamente la prestación, ha sido abandonado por

---

<sup>215</sup> Ver teoría de los estratos de la contratación. Capítulo 5.

la más reciente jurisprudencia, pues actualmente basta el impago, considerándose este un incumplimiento objetivo<sup>216</sup>, siempre que sea grave; y en este sentido, es muy relevante como se da más importancia a las consecuencias del incumplimiento que a las posibles causas que lo originan<sup>217</sup>.

Los dos primeros presupuestos enunciados, así como el problema de la incidencia de la culpa del deudor en la facultad de resolución, se abordarán con más detalle en el epígrafe de este capítulo dedicado al estado de la cuestión sobre los incumplimientos que permiten resolver el contrato.

En definitiva, del análisis anterior, se observan las discrepancias doctrinales que, en mi opinión, se deben al intento de dar respuesta a un mismo problema, pero en contextos muy diferentes, lo cual no puede sino derivar en una crisis de doctrina. Se pone el foco en los tipos de incumplimiento, pero no se pone el foco en las características del sujeto – deudor– incumplidor, ni en su contexto.

Los defectos leves no parecen, sin embargo, merecedores de una sanción como la resolución del contrato. Procedería solo la reparación, o en su caso la reducción del precio pagado<sup>218</sup>. Existen multitud de sentencias que se pronuncian sobre este extremo, siendo una por ejemplo la STS 1 de octubre 1991, donde se razona que el producto adquirido para pavimentar, algo distinto al pactado pero que pudo ser utilizado por el comprador,

---

<sup>216</sup> SSTs 3 de febrero de 2006, 9 de marzo 2005. En algunas sentencias posteriores, la jurisprudencia suavizó el requisito de la voluntad dolosa deliberadamente rebelde al cumplimiento, pidiendo en su lugar una voluntad renuente de cumplimiento [STS 4.4.1991 (RJA 2634)]. No obstante, algunos autores cuestionaron si la voluntad deliberadamente rebelde era realmente un requisito específico para la resolución del contrato, ya que de la jurisprudencia analizada se deducía que la resolución no procedía cuando no había un incumplimiento que justificara la resolución, cuando el acreedor también había incumplido sus obligaciones, estaba en mora accipiendi o porque la acción de resolución del contrato se consideraba un abuso de derecho. (Jordano Fraga, *La resolución...*, 1992, pp. 63 y ss., citado por Carrasco, *Derecho de Contratos*, 2017, p. 1079, nota 40, quien también duda de que el viraje terminológico de la jurisprudencia suponga un cambio en los criterios reales de decisión, *ob. cit.*, p. 1080).

<sup>217</sup> STS 4.2.2007 (RJA 567). El criterio de la frustración del fin del contrato, enfrentado al de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, empezó a menudear en varias resoluciones de los años ochenta sobre cumplimiento defectuoso o retraso en el cumplimiento. Se contiene un recordatorio de la superación de la doctrina de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, con abundantes citas, en la STS 17.3.2011.

<sup>218</sup> Lacruz Berdejo, J. L./Sancho Rebullida, F. de A./Luna Serrano, A./ Delgado Echeverría, J./Rivero Hernández, F./Rams Albesa, J. (2011): *Elementos de Derecho Civil: derecho de obligaciones, vol. I: Parte general. Teoría general del contrato*, 5ª ed., Dykinson, Barcelona, p. 202.

no fue totalmente inútil respecto al fin destinado, ni produjo, por tanto, una absoluta insatisfacción a la entidad compradora.

### **3.4.3 La *exceptio doli***

De la lectura de la evolución doctrinal en cuanto a la resolución, se observa un claro *arbitrio judicial* y aunque en el origen histórico del instituto de la resolución haya habido siempre un amplio margen para la discreción del juez, la valoración de los intereses que el demandante pueda tener, se ha ido objetivando, relegando de este modo, a un segundo plano, la función valorativa y moderadora del juez<sup>219</sup>.

Esta objetivación, se justifica en el intento por *vetar* o impedir resoluciones que, tomando pretexto de una apariencia de incumplimiento, trataban de realizar una nueva ganancia a través de un nuevo negocio, es decir, suponían un uso oportunista del remedio.

Esta circunstancia se vuelve sustantiva a través de la admisión de la *exceptio doli*, según la cual, en algunos casos y frente a una demanda de resolución, se pueda oponer una *exceptio doli*. Debido a que el ejercicio de la facultad resolutoria se pueda producir en contra de los dictados de la buena fe o resultar abusiva. Excepción que vemos plausible como una vía más equitativa a la que parece englobar la idea del “interés atendible”.

### **3.4.4 Consideraciones**

En relación al análisis de los presupuestos doctrinales para la admisión de la resolución contractual, observamos, como acertadamente determinan algunos autores, que puede ser motivo de resolución tanto la completa ejecución de la prestación debida como la inejecución simplemente parcial, la ejecución defectuosa y el retraso en la ejecución<sup>220</sup>.

Por todo ello resulta, permítanme la expresión, un tanto inútil centrarse en analizar los presupuestos del incumplimiento resolutorio, con el objetivo de unificarlos ya que

---

<sup>219</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos... op. cit.*, p. 817.

<sup>220</sup> *Idem.*

incumplimiento resolutorio puede ser todo, cualquier contravención que se aleje de lo estrictamente pactado.

Consideramos oportuno y de mayor utilidad atender a otros criterios de análisis para actuar en equidad: como podrían ser el establecimiento de diferentes estratos en la contratación, dejando al margen los contratantes que reciban la consideración de consumidor, pues estos últimos ya se encuentran plenamente protegidos en leyes especiales.

Nos resulta llamativo cómo la doctrina continuamente intenta unificar criterios en cuando a la consideración del incumplimiento esencial, cuando tal vez debería considerar que dependiendo del estrato de contratación en el que se esté hay que aplicar unos presupuestos u otros.

En este sentido, y dentro de la contratación entre operadores que no reciben la consideración de consumidores, entendemos que también hay estratos. De hecho, como hemos mencionado anteriormente, la propia jurisprudencia admite la posibilidad de oponer la llamada *exceptio doli*, cuando la reclamación contra la garante resulte abusiva o contraria al estándar de buena fe, siendo esta excepción una herramienta muy interesante en aquellos supuestos en los que intervienen dos empresarios (imaginemos, pertenecientes a dos estratos económicos diferentes con distinto poder de negociación), y aun existiendo un incumplimiento por parte de alguno de ellos, y habiéndose pactado las consecuencias del incumplimiento, no haya claridad en la consideración de la frustración del interés del contrato o en el interés del contratante afectado por el incumplimiento, el cual pueda estar haciendo uso del remedio justificándose en ciertos incumplimientos (supuestamente esenciales), pero con otras intenciones más encaminadas a librarse de un mal negocio y por lo tanto, contrarias a la buena fe.

En el mismo orden de cosas, reiteramos al analizar la doctrina obrante sobre esta cuestión, determinamos que la resolución no depende de que exista un incumplimiento total, parcial, defectuoso o retrasado ni siquiera depende de que el deudor esté constituido

en mora<sup>221</sup>. Es decir, no hay unos parámetros uniformes sobre el incumplimiento que justifiquen la resolución, y en este sentido, consideramos que no debe haberlos, pues cada caso merece una especial consideración, si bien, en el marco de algunos contratos sea más adecuado atender a lo pactado, en cambio en otros, sea más adecuado atender a la conservación del contrato y a la protección del contratante débil.

En definitiva, en cuanto a la resolución de un contrato, es importante destacar que tanto el incumplimiento total como el parcial, así como el incumplimiento defectuoso o retrasado, pueden justificar una acción resolutoria. El Tribunal Supremo ha admitido que cualquier tipo de incumplimiento puede ser considerado resolutorio, incluyendo el incumplimiento parcial. En este sentido, se ha establecido que la ejecución parcial de cada obligación no impide el ejercicio de la acción resolutoria, ya que el artículo en cuestión no hace distinción entre la ejecución total o parcial de las obligaciones<sup>222</sup>.

El único criterio unificador para poner orden en el uso indiscriminado del remedio resolutorio es el principio de buena fe. En casos donde se justifica que la buena fe deba estar presente, el derecho del acreedor a resolver el contrato puede ser moderado, especialmente si la parte de la prestación pendiente es mínima en comparación con el total adeudado y si el objetivo del demandante no se alinea con la función económica y el interés protegido a través de la acción de resolución. Por ejemplo, cuando el demandante busca recuperar un bien que ha sido vendido y pagado en su mayor parte con el fin de aprovechar una revalorización que el bien haya experimentado en el mercado. En estos casos y otros similares, se puede aplicar el concepto de *exceptio doli* o abuso del derecho de resolución.

¿Qué ocurre entonces?, que quizás en ocasiones el estándar de buena fe exigido deba ser más estricto en unos estratos de contratación respecto a otros. No olvidemos que la buena fe es un concepto válvula<sup>223</sup>. Habrá contextos contractuales, donde las partes, por ser empresas de un tamaño considerable, quizás puedan encajar de forma más óptima

---

<sup>221</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos... op. cit.*, p. 828.

<sup>222</sup> STS de abril de 1951.

<sup>223</sup> Ver epígrafe “conceptos válvula”

una resolución contractual en la que la otra parte esté más interesada, aunque tenga que indemnizar a la contraparte, pues lo que le interesa económicamente es desvincularse del contrato. En este contexto quizás no sea lo más equitativo acudir al principio de buena fe, en razón a que las partes se sitúan en el mismo estrato de contratación, y la incumplidora pueda sobreponerse de mejor forma, por ejemplo, a los efectos, de las cláusulas de resolución expresas y por tanto, a la resolución contractual, constituyendo este precisamente el interés atendible del contrato en este plano de contratación.

Fuertes exigencias y restricciones en relación a las consecuencias de lo pactado, a la consideración del incumplimiento como esencial y en definitiva a la resolución, atendiendo a la buena fe y a la permisibilidad en el uso de la *exceptio doli*, solo tendrían sentido en contextos donde las partes contratantes se encontrasen en una situación de desigualdad económica, o de asimetría en el poder de negociación, siendo este estrato más vulnerable a los efectos extintivos de la resolución y donde quizás sea más interesante proteger a ambos contratantes, incluido al incumplidor, por razones de equidad.

### **3.5 LOS INCUMPLIMIENTOS QUE PERMITEN RESOLVER EL CONTRATO**

Para resumir la jurisprudencia y precisar qué tipos de incumplimientos justifican la resolución contractual, se deben considerar tres elementos: la naturaleza de la obligación incumplida (si es principal o accesoria), el nivel de gravedad del incumplimiento y si la culpa del deudor fue la causa del mismo o si fue debido a factores externos (como un caso fortuito o fuerza mayor)<sup>224</sup>.

El criterio de determinar la gravedad del incumplimiento es un tema complejo y difícil de definir con exactitud, lo cual se refleja en las distintas fórmulas utilizadas por la jurisprudencia (como la obsoleta voluntad deliberada de no cumplir o la moderna frustración del fin del contrato). Estas fórmulas han tenido como resultado una restricción, en mayor o menor medida, de la capacidad de resolver los contratos<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos*. *Op. cit.*, p. 1705.

<sup>225</sup> *Idem*.

Aunque no sea precisa en todo caso, cabe imaginar supuestos en los que sigue habiendo voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento y por ende, cabe la resolución<sup>226</sup>. Dicho con otras palabras, que encontramos de forma frecuente en resoluciones judiciales y propuestas de reforma legal, el incumplimiento ha de ser esencial<sup>227</sup>. Frecuentemente se discute si determinadas conductas tienen el valor jurídico de incumplimiento contractual (que en este sentido resulta ser un concepto jurídico indeterminado y su apreciación plenamente sometida al juicio casacional).

La jurisprudencia en ocasiones ha establecido que el incumplimiento de obligaciones accesorias no es suficiente para resolver el contrato, ya que solo da lugar a la exigencia de su cumplimiento y a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, en la práctica, resulta complicado determinar si una obligación es principal o accesoria y por lo tanto, esencial o no para justificar una acción resolutoria<sup>228</sup>. En algunos casos, se requiere que la obligación incumplida sea principal, pero como se mencionó anteriormente, los incumplimientos accesorios también pueden justificar la resolución si afectan, eso sí, el interés del acreedor.

En este sentido, se han planteado casos que se pronuncian sobre el problema que supone la obligación de elevar a escritura pública un contrato, obligación que puede incumbir a las partes por disposición legal (arts. 1279 y 1258 CC) o porque así lo han pactado. Pues, dependiendo del caso (compraventas de inmuebles usualmente), se ha calificado como principal o como accesoria, aunque esta obligación se considera esencial si se ha pactado expresamente en el contrato como principal. De modo que su

---

<sup>226</sup> Ver la STS de 5 de febrero de 2014.

<sup>227</sup> En este sentido los art. 518-3.1 Propuesta de Código Civil de la APDC.

<sup>228</sup> En la STS de 10 de octubre de 2005 se estimó bien declarada la resolución por incumplimiento del transportista de su obligación de hacerse cargo de la carga y descarga de las mercancías conforme a la costumbre que tenía establecida la empresa. En la STS de 16 de noviembre de 2005 se discutía la calificación, como principal o accesoria, de la obligación asumida por la vendedora de un complejo inmobiliario de establecer las conducciones generales de energía eléctrica, agua y saneamientos para que se pudieran conectar a los diversos locales. En la STS 25.10.2011. Como principio general se entiende que la falta de aval o garantía, así como la falta de depósito en una cuenta especial de las sumas anticipadas por los compradores, como se establece en el artículo 1 de la Ley 57/1968, constituye un incumplimiento grave o esencial de lo acordado. sin embargo, en el caso se alcanzan otras conclusiones debido a sus especiales circunstancias (el comprador que pretende resolver es un inversor, y no resulta aplicable la disposición adicional 1ª LOE).

incumplimiento, en el tiempo acordado, permite la resolución. Lo cual nos conecta con una circunstancia especialmente relevante para este estudio, que abordaremos en epígrafes sucesivos: la trascendencia de las cláusulas pactadas que estipulan numerosas contravenciones como incumplimientos esenciales con efectos resolutorios, aunque a la luz de la jurisprudencia –resumida en este epígrafe– este incumplimiento no reciba tal consideración.

Nótese la importancia que tiene que las partes incluyan o no ciertos incumplimientos como esenciales y que faculden el ejercicio de la resolución, a menudo de forma unilateral ya que, según se observa en numerosas sentencias, son circunstancias que cambian sustancialmente los efectos y las exigencias en cuanto al concepto del incumplimiento.

Continuando con el análisis jurisprudencial, se advierte en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una mayor flexibilidad a la hora de calificar una obligación como principal si esta se ha pactado como tal en el contrato o si esta debiera cumplirla quien pretende la resolución, pues de ese modo se deniega la ineficacia del contrato, siendo este el requisito del necesario cumplimiento de las propias obligaciones por el actor<sup>229</sup>.

Es decir, se abren dos planos jurídicos con efectos distintos, lo que puede ocasionar un resultado lesivo e injusto para la parte incumplidora.

En razón de lo anterior, se puede determinar que una vez pactada esta obligación y denominada como esencial en el contrato, y solo por ese simple hecho, las consecuencias son totalmente antagónicas al supuesto en que no se hubiera incluido tal denominación, es decir en un caso se podría ejercer la resolución y en el otro no.

Esta circunstancia es bastante llamativa, pues pone de manifiesto que el simple hecho de calificar una obligación como esencial en un contrato, o no hacerlo trascender, da lugar a dos escenarios totalmente opuestos. En uno y en otro caso, el *factum* sería el mismo, pero las consecuencias jurídicas variarían. Por lo que será cuestionable admitir

---

<sup>229</sup> Véase la STS 30.5.1990, que confirma el rechazo a la resolución intentada por el vendedor que no gestionó determinadas licencias municipales ni realizó obras de urbanización, con lo que “incumplió el contrato al hacer fracasar las legítimas aspiraciones de la contraparte”.

esta práctica –a nuestro juicio– en determinados planos de contratación en razón de que los empresarios intervinientes pertenezcan a distintos estratos de contratación, amparándose únicamente en el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Lo que ocurre en estos casos es que, dependiendo del estrato de contratación, interactúan operadores jurídicos diversos, y en especial, unos con mayores recursos económicos, técnicos y jurídicos, que pueden asesorarse más “estratégicamente” en la elaboración de contratos que salvaguarden los criterios que más les favorezcan y que no sean contrarios a posturas jurisprudenciales, lo que podría calificarse como abuso de derecho.

De la simple observancia del tráfico jurídico, resulta evidente que, en numerosos casos, la inclusión de este tipo de cláusulas tan específicas y de amplias facultades resolutorias para una de las partes intervinientes –sin llegar a considerarse abusivas, o sin pertenecer a un contrato de adhesión– fueron aceptadas por la otra, debido a ciertas influencias, por ejemplo por estar esta última en un plano de menor poder negocial y querer concertar un negocio sustancioso que le permitiera crecer.

Sería ingenuo pensar que los juristas y consultores que asesoran a grandes y medianas empresas no emplean todos sus recursos en analizar pormenorizadamente las resoluciones jurisprudenciales, buscando fórmulas que intenten evadir controles judiciales y que favorezcan a sus clientes en caso de acaecer un incumplimiento y en consecuencia una futura resolución del contrato. Por este motivo, proponemos que las fórmulas contractuales que manifiestan expresamente ciertos incumplimientos como esenciales, deben ser analizadas igualmente aplicando las circunstancias del caso –y del estrato– así como la posible desigualdad existente entre las partes.

Acudiendo de nuevo a los criterios doctrinales que facultan la resolución, es necesario que el incumplimiento sea grave para que proceda la resolución del contrato<sup>230</sup>. Quicios Molina sostiene que esto es así si el cumplimiento se ha vuelto imposible porque el objeto de la prestación ha desaparecido, como en el caso de la enajenación del bien

---

<sup>230</sup> Nos remitimos al resumen que, de la ingente jurisprudencia sobre el tema, encontramos en Clemente Meoro, M. E. *La facultad...*, *op. cit.* pp. 251–253.

vendido, o si la cosa futura objeto del contrato nunca llegó a existir. También se considera grave el incumplimiento cuando hay un hecho obstativo que lo impide de forma absoluta e irreversible, o cuando el cumplimiento posible ya no satisface el interés del acreedor. Estos son los criterios fundamentales para determinar qué incumplimientos son lo suficientemente graves como para justificar la resolución del contrato, ya que en estos casos se frustra<sup>231</sup> su finalidad<sup>232</sup>.

### 3.6 CONSIDERACIONES SOBRE LA PRESTACIÓN DEFECTUOSA

Los presupuestos se complican en relación a la coordinación del saneamiento por vicios ocultos y la resolución por incumplimiento. No nos encontramos ante un estricto *aliud pro alio*, o entrega de cosa diversa, sino ante un cumplimiento defectuoso o incompleto, no cabiendo por tanto en estos casos, según la doctrina, la acción de resolución del contrato del art. 1124 CC<sup>233</sup>.

Del mismo modo ocurre en los casos de prestación defectuosa, la cual también se admite en ocasiones como determinante para declarar el incumplimiento resolutorio. En este sentido, se establece la diferencia existente entre acción redhibitoria propia de la compraventa y resolución derivada del art. 1124.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo permiten la existencia de dos opciones legales en caso de defectos en la cosa vendida: la acción redhibitoria y la resolución del contrato según lo establecido en el artículo 1124. Sin embargo, no se puede aplicar esta generalización en todos los casos, ya que la acción resolutoria solo se justifica en los casos en los que la prestación no cumple su propósito o cuando el deudor se niega a corregir el problema si no es particularmente difícil, lo que permitiría obtener el resultado deseado.

Respecto a la consideración del *aliud pro alio* como resolutorio, es decir, cuando el bien que se entrega por el deudor, cumpliendo aparentemente con la obligación de entrega

---

<sup>231</sup> Maja Lyczkowska, Karolina (2009) “Resolución por frustración de la finalidad del contrato desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Aranzadi Civil*, revista quincenal n° 3 pp. 2795-2804.

<sup>232</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos*. *Op. cit.*, p. 1705.

<sup>233</sup> Orti Vallejo, A. (1996). “Los vicios en la compraventa y su diferencia con el ‘aliud pro alio’”: jurisprudencia más reciente. *Aranzadi civil*: revista quincenal, ISSN 1133-0198, N° 1, pp. 41-60.

asumida, no es apto para el fin convenido por las partes, habrá un incumplimiento que permitirá resolver el contrato de acuerdo con el art. 1124CC.

En este sentido, determina Orti Vallejo que cuando la cosa entregada es incapaz de satisfacer la finalidad del contrato, se produce un incumplimiento conocido como *aliud pro alio*. Este tipo de incumplimiento solo justifica la resolución del contrato si la cosa entregada es defectuosa y no puede satisfacer la finalidad del contrato, lo que resulta en la insatisfacción del acreedor. Para que el defecto sea suficiente para instar la resolución, es necesario que se haya frustrado la finalidad económica del contrato debido a la idoneidad del objeto entregado o que la entrega haya sido inservible al punto de frustrar el objeto del contrato. Además, no es suficiente una insatisfacción subjetiva del adquirente para justificar la resolución del contrato<sup>234</sup>.

Según Bercovitz, estos serían algunos ejemplos de incumplimiento por entrega de cosa diversa a la pactada. Las máquinas entregadas son de una marca distinta a la prevista. El motor suministrado es de menor potencia que lo pactado; la caldera instalada, al ser de menor tamaño que lo estipulado, provoca un inadecuado rendimiento del sistema de calefacción; el molino de piensos entregado tiene una capacidad de molienda bastante inferior a la convenida. El carbón suministrado es de una calidad muy inferior a la pactada en el contrato. El automóvil subastado por RENFE no puede matricularse al no ser la vendedora un órgano judicial o administrativo. Asimismo, se considera que la entrega del local objeto de arrendamiento sin las condiciones necesarias para llevar a cabo el fin acordado, también constituye una situación de incumplimiento contractual (asador de pollos que precisa chimenea, cuya construcción no autoriza la comunidad de propietarios) implicaría un incumplimiento resolutorio.

### **3.7 CONSIDERACIONES SOBRE EL RETRASO**

Respecto al retraso en el cumplimiento como precursor del incumplimiento, la jurisprudencia entiende “el mero retraso no equivale al incumplimiento en orden a la

---

<sup>234</sup> Orti Vallejo, A. (1996). “Los vicios en la compraventa... *Op. cit* pp. 41-60.

resolución del contrato, lo cual es notorio en aquellos casos en los que, aunque retrasadamente, la obligación había sido cumplida”

El TS tampoco entiende que, en ocasiones, la mora en el pago, incluso durante años, deba derivar en resolución, en todo caso, ocasiona el pago de intereses moratorios. Pues según entiende nuestro tribunal, la finalidad de la mora, es trasladar los riesgos de la pérdida al deudor incumplidor, así como el comienzo de devengo de intereses moratorios. En ningún caso, es un requisito previo para poder instar la resolución.

Hay autores que afirman que la mora y la resolución del contrato son dos conceptos distintos y autónomos que requieren requisitos específicos para su aplicación. En cuanto a la resolución del contrato, la jurisprudencia ha establecido que el simple retraso no es suficiente para justificarla, a menos que sea prolongado y tenga como consecuencia la frustración del propósito práctico del contrato, o cause un interés legítimo en la resolución por parte del otro contratante<sup>235</sup>, un factor que en nuestra opinión justifica nuevamente, a que en determinados casos, se deba atender al estrato al que pertenecen los contratantes, pues en aplicación de los conceptos válvula el criterio valorativo del juez, deba ser distinto, pues distinto sería el bien jurídico protegido, y distinto debería ser la consideración de la frustración del interés legítimo en cada caso, como concepto válvula.

Además, se ha señalado que la resolución del contrato no requiere necesariamente de una actitud dolosa o rebelde al cumplimiento, sino que basta con que el incumplimiento provoque la frustración de la legítima aspiración de la otra parte y se aleje del resultado buscado por ella. Esto puede ocurrir por medio de la inactividad o pasividad prolongada del cumplimiento por parte del otro contratante, siempre y cuando no se trate de prestaciones complementarias o accesorias.

En el caso de las compraventas mobiliarias mercantiles, la STS 28 de junio de 1978 considera que el tiempo es normalmente esencial en el contrato y los precios de reventa pueden hallarse sometidos a rápida fluctuación, lo que justifica una resolución en determinados casos.

---

<sup>235</sup> STS de 5 de junio 1989.

Como se observa, en ningún caso se atiende a las circunstancias personales y económicas de los contratantes, ni en demasiada profundidad a los motivos que desencadenaron el incumplimiento o el retraso.

Basándose en la jurisprudencia, el retraso en sí mismo no es suficiente para justificar la resolución del contrato, salvo que provoque la frustración del objetivo práctico del contrato o genere una situación de espera insoportable en la contraparte que haga perder su interés en la contraprestación. En estas circunstancias, procederá la resolución, aunque la prestación objetivamente considerada todavía sea posible, pero al frustrarse el fin práctico perseguido, la posibilidad de poder cumplir aun, pasa a un segundo plano y se relega por la frustración del fin práctico perseguido.

Y lo que más nos interesa aquí, es que el TS admite en estos casos, que existe un interés por el acreedor que sería el bien jurídicamente protegido, superior a la consideración de si ese contrato todavía se puede cumplir, y sin entrar a valorar si el plazo era esencial o no, o si es más relevante para la economía del contrato elegir otro remedio.

La única justificación que se da es que el deudor debió conocer estas finalidades por parte del acreedor en el momento de contratar y no las rechazó<sup>236</sup>. Siendo determinante nuevamente, los pactos convencionales como fuente de ley entre las partes, sin entrar a valorar nada más y sin hacer distinción alguna entre los contratantes para aplicar diferentes criterios interpretativos. El TS sostiene en este caso que aunque el cumplimiento aún es posible, no es idóneo para atender a las finalidades buscadas por ambas partes o cuando menos a las finalidades buscadas por el acreedor<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Volveremos sobre esta cuestión cuando analicemos la “violencia económica” como vicio del consentimiento.

<sup>237</sup> La constitución en mora del deudor no será tampoco suficiente para resolver. Es reciente doctrina jurisprudencial, respecto de las compraventas de viviendas en construcción, que el retraso en la entrega permite resolver el contrato si se ha pactado una condición resolutoria expresa convirtiendo el plazo en esencial por acuerdo de las partes [entre otras muchas, y desde la STS, pleno, 10.9.2012, STS 292/2016, 4.5.2016, en un caso en que el retraso era de un mes, STS 322/2016, 18.5.2016, STS 637/2017, 23.11.2017 ; una cláusula con una mera remisión al art. 1124 CC no convierte en automática la resolución en caso de retraso [STS 72/2015, 20.2.2015], y si se han salvado en la cláusula los retrasos en la obtención de licencia de primera ocupación no imputables al vendedor, un leve retraso no permite la resolución [STS 53/2014, 5.2.2014].

También que puede considerarse causa de resolución aun no siendo especialmente intenso o relevante, pues el art. 3 de la Ley 57/1968 modula la general interpretación del art. 1124 CC al prever la devolución

Aunque en puridad el 1124 menciona escuetamente el hecho del incumplimiento, descrito de forma objetiva y sin ningún ingrediente valorativo, es inevitable que el concepto de incumplimiento se encuentre teñido de elementos valorativos.

Por todas estas cuestiones, quizás sea el momento de utilizar otros criterios valorativos, que analicen la cuestión desde la perspectiva de los distintos estratos de contratación que proponemos<sup>238</sup>, ya que en cada uno de ellos serán más oportunos unos criterios u otros. Y aunque no se encuentren respuestas para abarcar todos los supuestos, tal vez puedan arrojar luz, en algunos de ellos.

Queda patente que unificar criterios valorativos del incumplimiento esencial grave, que frustre el interés atendible, es una tarea poco fructífera. Por lo que proponemos que quizás sea más adecuado establecer criterios que separen a los contratantes por estratos de contratación, atendiendo a criterios más subjetivos, como por ejemplo el volumen de facturación, o criterios de especialidad que objetivasen los presupuestos exigidos en relación con la consideración del incumplimiento que faculta la resolución.

Incluso, es posible, que en determinados contextos contractuales sea justificado desenterrar y aplicar en razón de equidad la denostada doctrina jurisprudencial que exigía una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido”, con el objeto de proteger al deudor pues la naturaleza de las circunstancias del contrato así lo determinan como lo más justo.

Es muy probable que la exigencia de la voluntad deliberadamente rebelde, indiscutiblemente excesiva, tomada abstractamente y en la línea de máxima, buscará la absolución del demandado que podría ofrecer alguna causa de justificación a su incumplimiento, como puede ser el caso de los compradores (especialmente de pisos para

---

de las cantidades entregadas a cuenta si no se obtiene la licencia de primera ocupación [doctrina sentada por la STS, pleno, 20.1.2015]; y que no se puede trasladar al comprador, por el vendedor profesional, el riesgo de encontrar dificultades urbanísticas que surjan y paralicen las obras. La resolución no procederá, no obstante, cuando ya se haya requerido al comprador para la elevación a escritura pública del contrato, obtenida la licencia de primera ocupación, o si se constata mala fe o abuso de derecho del comprador [un claro ejemplo en la STS 336/2016, 20.5.2016; vid. también STS 24/2014, 24.1.2014]. *Vid.*, con distintos supuestos, STS 336/2016, 20.5.2016, STS 556/2016, 21.9.2016, STS 247/2018, 25.4.2018, STS 256/2019, 7.5.2019 y STS 264/2019, 10.5.2019, entre otras.

<sup>238</sup> Ver capítulo 5.

los que el Tribunal Supremo ha tenido una especial benignidad ) cuando el problema se plantea en el pago de los últimos plazos o existían ofertas de cumplimiento o justificadas discusiones sobre su alcance y era escasa la cuantía del saldo que restaba por pagar.

En definitiva, durante casi cinco décadas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido el mismo enfoque establecido en los años 40. Sin embargo, en tiempos más recientes, se ha observado una tendencia hacia una mayor objetivación del incumplimiento que justifica la resolución del contrato. Esta tendencia se basa en la idea de que la resolución del contrato se justifica cuando se produce una frustración del fin del mismo.

Según los autores, la doctrina del TS no presenta una unidad necesaria, lo que dificulta hablar de una jurisprudencia coherente según lo establecido en el artículo 1.7 del Código Civil.

En este sentido, Díez- Picazo sostiene que existen tres enfoques diferentes en la doctrina del Tribunal Supremo, que no son compatibles entre sí: el primero todavía sigue el criterio de la voluntad deliberadamente rebelde, el segundo enfoque incorpora una atenuación de la rigidez asociada con la evaluación de la intención o voluntad de incumplimiento, mientras que el tercer enfoque tiene como finalidad objetivar el tratamiento del incumplimiento, sin importar la manifestación de la voluntad por parte del incumplidor, basándose en las condiciones objetivas que justifican la resolución por el simple hecho del incumplimiento o la frustración del fin del contrato<sup>239</sup> (falta cita).

Y precisamente esta falta de armonía entendemos que es necesaria, pues cada caso, y cada plano, según que los contratantes pertenezcan a uno u a otro estrato, merecen un análisis y unos presupuestos concretos. Coincidimos pues con Díez-picazo, el cual sostiene que “aunque todavía no se puede levantar el acta de defunción de la máxima sobre la voluntad deliberadamente rebelde, se pueda certificar una indudable crisis de la doctrina ”<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos... op. cit.*, p. 837. Dice esta autor que coexisten tres líneas de pensamiento en el Tribunal Supremo que son inarmónicas entre sí

<sup>240</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos... op. cit.*, p. 840.

La tesis aquí mantenida, y que sostiene este trabajo, propone diferenciar dentro de la contratación entre empresarios y busca que en cierto modo se armonicen estas líneas jurisprudenciales. Y este sentido, proponemos incluso rescatar la doctrina jurisprudencial que mantenía la necesidad de un incumplimiento rebelde ya que, en razón de los distintos grados de rigurosidad y laxitud, dependiendo del estrato de contratación, merezcan una mayor o menor protección.

Por todo ello entendemos que las distintas doctrinas pueden convivir en perfecta armonía atendiendo a los distintos estratos de contratación, además se vuelven imprescindibles para hacer un análisis pormenorizado y más equitativo en razón de las circunstancias de las partes.

En este sentido, el TS ha estado aplicando criterios equitativos en relación con la economía del contrato. Por ejemplo, en caso de un enfrentamiento entre acciones resolutorias, el tribunal viene comparando los incumplimientos utilizando criterios de proporcionalidad. De acuerdo con estos criterios, se considera incumplimiento resolutorio aquel que tenga un impacto mayor en el equilibrio sinalagmático o en la economía del contrato.

En cuanto a la consideración del mero retraso no imputable al acreedor como resolutorio por ser este grave, no todo retraso se considera incumplimiento resolutorio<sup>241</sup>. Superada la jurisprudencia sobre la necesaria voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, que es la que convertía en grave el incumplimiento, el Tribunal Supremo entiende también relevante el retraso, a efectos de resolver el contrato, si frustra el fin

---

<sup>241</sup> Como indicó, por ejemplo, la STS 22.3.1985 (RJA 1196), el simple retraso no constituye incumplimiento suficiente para determinar la resolución “a menos que el plazo fijado tenga carácter esencial”. Por otra parte, en algunos pronunciamientos se entiende justificado el retraso debido a las dudas suscitadas por alguna circunstancia del contrato. Vid. una aplicación particular de esta tesis, sobre la inexistencia de incumplimiento resolutorio cuando el comprador no paga a tiempo, en la STS 4.10.2011. La indefinición del plazo de entrega del inmueble comprado ha servido también para rechazar la resolución por retraso instada por el comprador, al que beneficiaba tal indefinición [STS 75/2016, 18.2.2016].

económico del mismo<sup>242</sup>, de modo que un retraso que no conduzca a este resultado no puede esgrimirse como causa de resolución.<sup>243</sup>

El retraso es tanto más inessential cuanto más fungible es el objeto de la prestación incumplida. Del mismo modo que, cuanto más compleja sea la prestación, más justificado puede estar un retraso, que no será considerado como esencial. Al igual que ocurre con la cláusula de resolución expresa, puede pasar con el pacto de un plazo de entrega esencial. No basta que un término se pacte convencionalmente como esencial, si su función real en la economía del contrato no lo es. La autonomía de la voluntad de las partes derivada del art.1255 sería un trampantojo, consideraciones que ponen de manifiesto, en nuestra opinión, que el margen de la autonomía de la voluntad en el contenido contractual también debería ser tratado como un concepto válvula.

En este sentido, una condición resolutoria expresa en la compraventa de inmueble no hace de por sí, al retraso, incumplimiento resolutorio. Pero el impago del precio más la existencia de condición resolutoria seguida de un requerimiento resolutorio, podría convertir en esencial el incumplimiento. Así las cosas, en un contexto de un mercado de bienes muebles, principalmente mercaderías, el incumplimiento del plazo podría considerarse más o menos crucial en relación en función de que las partes tengan mayores oportunidades de encontrar una alternativa en el mercado, incluso para el incumplidor, y cuando los bienes aún no han pasado a manos del comprador o cuando la inversión en el precio no es tan significativa como para que se pueda suponer que el comprador ha incurrido en costosos gastos de financiación que se volverían inútiles en caso de resolución del contrato. En este sentido existe una gran variedad de situaciones y se vuelve imprescindible considerar las peculiaridades de cada caso en particular. Siendo un

---

<sup>242</sup> Es significativa la STS 27.5.2002 (RJA 4573), pues el retraso en el pago del anticipo pactado en un contrato de obra se entiende carente de la entidad necesaria para resolver este (el contratista aceptó el pago después de empezar a realizar la obra), mientras que la falta de terminación de la obra en la fecha convenida sí se considera incumplimiento resolutorio (se interpreta como término esencial). En la sentencia se alude a otro incumplimiento fundamental: la pretensión del aumento del precio cerrado alzadamente. Por su parte, la STS 115/2015, 4.3.2015, casó la sentencia recurrida por entender que el retraso producido permitía resolver el contrato celebrado (ejemplo de la mal llamada “ingeniería jurídica”, en palabras del TS).

<sup>243</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1711.

criterio según algunos autores el hecho de que el vendedor solicite la resolución, pero subsidiariamente requiera del juez que fije un plazo de cumplimiento conforme al art.1121 CC viene reconociendo con ello que el cumplimiento tiene interés para él.

Un ejemplo típico de esto es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 2015, en la cual hubo un considerable retraso en la obtención de la licencia de ocupación, pero el comprador no manifestó ninguna intención de resolver el contrato, excepto cuando la obra ya estaba finalizada y a punto de ser entregada, lo que indica que no hubo una frustración del contrato. En lugar de basarse en el artículo 1258 del Código Civil, que establece que la buena fe impide considerar como resolutorio lo que no frustra el interés del acreedor, se sostiene que el ejercicio abusivo del derecho de resolver está prohibido por el artículo 1258 del Código Civil, en base a la conducta previa del comprador.

La misma regla se repite en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de octubre de 2015, en la cual se presenta un caso de impago de dos mensualidades de renta en un subarriendo de ocho salas de cine. Se aplica la prohibición de ejercer el derecho de manera contraria a la buena fe, como establece el artículo 1258 del Código Civil, el cual sirve como un estándar ético de comportamiento y un concepto válvula. En la sentencia se sostiene que no se trataba de un retraso habitual, ordinario o frecuente, y que las cantidades adeudadas fueron pagadas tan pronto como se reclamaron. Además, se explica que la situación fue buscada y provocada de manera artificial.

### **3.8 CONSIDERACIONES SOBRE EL TÉRMINO ESENCIAL PACTADO EN EL CONTRATO**

Cuando el término al que se somete una obligación es esencial, su transcurso sin cumplimiento convierte este en inútil para el acreedor y cabe, en consecuencia, la resolución, pues ha quedado frustrado el fin del contrato<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> Ejemplos de resolución de contratos por incumplimiento de obligaciones sometidas a término esencial tenemos en las SSTS 29.1.1991 (RJA 347) –suministro de café que se pacta “inmediato”–, 26.6.1996 (RJA 4753) –ejecución de obras que necesaria e inexcusablemente deben estar terminadas en una determinada fecha–, y 8.7.2011 –arrendamiento de obra para dotar a una empresa de un sistema informático moderno y de vanguardia, que debería estar en funcionamiento el 1 de enero de 2002, fecha de la implantación del euro–. *Vid.* también sobre contrato de obra con varios términos esenciales, que planteó problemas de interpretación, STS 26.3.2012.

Pero si el término no es esencial y el cumplimiento todavía es posible, indica Quicios Molina, debemos preguntarnos hasta qué momento es ajustado a Derecho que el acreedor deba esperar para seguir vinculado por el contrato, insistimos en que si se ha establecido expresamente la resolución por el transcurso de un determinado plazo de tiempo, puede considerarse que las partes lo han convertido en esencial<sup>245</sup>.(falta cita)

En este sentido, la resolución del contrato se dará cuando el cumplimiento tardío ya no pueda satisfacer al acreedor, circunstancia que adquiere especial relevancia en situaciones de crisis económica, como la experimentada en España a partir de 2008, donde ha habido una fuerte devaluación de las viviendas compradas pero no entregadas.

La resolución del contrato procederá según reiterada jurisprudencia, si se puede demostrar claramente la voluntad del deudor de no cumplir o si el retraso ha frustrado el propósito práctico del contrato. Estas expresiones son utilizadas constantemente por la jurisprudencia, incluso de forma acumulativa. Por lo tanto, si se ha cumplido o se ha intentado cumplir voluntariamente, aunque sea con retraso, no se accederá a la resolución del contrato si se ha satisfecho o se ha podido satisfacer el interés del acreedor. Un ejemplo de esta doctrina se encuentra en la solución dada en el caso planteado en la sentencia del Tribunal Supremo del 13 de abril de 2010, en la que se rechazó la solicitud de resolución presentada por el cedente de solares a cambio de una obra futura que no pudo ser iniciada debido a problemas urbanísticos ajenos a la voluntad del promotor, y se accedió a otorgar un plazo para el cumplimiento a la demandada<sup>246</sup>.

En relación al análisis jurisprudencial en esta materia, se ha establecido que la entrega de un inmueble sin licencia de primera ocupación puede constituir un incumplimiento resolutorio si esto conlleva la frustración del objetivo práctico del contrato<sup>247</sup> (por ejemplo, si es improbable que se conceda la licencia). Incluso si la

---

<sup>245</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1712.

<sup>246</sup> *Vid.* también la solución dada por la STS 24.4.2012 a un supuesto de hecho complejo relativo a la construcción de una estación de esquí en Huesca.

<sup>247</sup> Ataz Lopez, Joaquín y Salelles Climent, José Ramón “La libertad contractual y sus límites” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., et al. *Tratado de Contratos. Op. cit.* P.150.

obligación de obtener esta licencia<sup>248</sup> no se ha acordado como esencial en el contrato. En resumen, se ha afirmado en varias ocasiones que una vivienda debe ser entregada en condiciones aptas para su habitabilidad y posesión, lo que implica contar con las autorizaciones administrativas necesarias, incluyendo la licencia de primera ocupación<sup>249</sup>.

Se ha considerado por la doctrina que existe incumplimiento en un caso en que no se pagó el precio en los seis meses siguientes a la celebración del contrato como se había acordado, resaltando el Tribunal Supremo “máxime cuando se había convenido explícitamente en el contrato una condición resolutoria explícita<sup>250</sup>”(falta la cita jurisprudencial). Nuevamente el hecho de que las partes consideren un plazo esencial de forma convencional adquiere especial transcendencia.

En otro supuesto el tribunal considera que existe incumplimiento por parte del vendedor al no elevar a público la escritura de compraventa celebrada<sup>251</sup>(falta la cita jurisprudencial). En este caso se rechaza que exista simple retraso porque “el lapso de tiempo fijado entre la celebración del contrato y su consumación (año y medio aproximadamente) convertía cualquier retraso respecto de la fecha prevista en un verdadero incumplimiento”.

En este sentido, es un supuesto claro de frustración del fin del contrato realizar el servicio contratado cuando ya no es susceptible de aprovechamiento por el acreedor. Ha de resaltarse que se tiene en consideración, a los efectos de valorar la gravedad del incumplimiento cuando es parcial, la cantidad del precio debido dejada de pagar (o de la prestación dejada de satisfacer). No frustra el fin del negocio que no se pague una reducida parte del precio, cuando se podría haber conseguido fácilmente su cumplimiento<sup>252</sup>, pero sí lo frustra que se deje de pagar una cantidad sustancial y

---

<sup>248</sup> STS 398/2013, 10.6.2013, STS 198/2014, 1.4.2014, STS 137/2016, 9.3.2016, y las que citan, a partir de la STS 10.9.2012.

<sup>249</sup> STS 566/2016, 27.9.2016.

<sup>250</sup> STS 348/2016 de 25 de mayo de 2016

<sup>251</sup> Tribunal Supremo Sala de lo Civil Sentencia 76/2012, de 28 de febrero de 2012

<sup>252</sup> En las SSTs 19.1.1984 (RJA 354), 6.7.1989 (RJA 5404), 14.2.1991 (RJA 1268), 10.12.1996 (RJA 8844) se atiende exclusivamente a la escasa cuantía de lo debido, sin que conste que se hubiera procedido al cumplimiento voluntario por el deudor –aunque de alguna de ellas se deduce que podría haberse conseguido–. En la STS 28.2.1981 (RJA 636) el comprador había pagado ya el 70% del precio cuando

significativa<sup>253</sup>. En el primer caso, el acreedor que rechaza el pago voluntario del deudor (aunque sea tras el requerimiento resolutorio) actuaría en contra de la buena fe.

### 3.8.1 Consideraciones sobre si es necesario el requerimiento previo

La exigencia de un requerimiento previo y de un plazo adicional de cumplimiento, conocido como *nachfrist*, quizás sean dos de las mayores influencias que ejerce el moderno derecho europeo de contratos.

Aun así, y tras la observancia de la cuestión en nuestro sistema español, ni siquiera cuando el legislador ha tratado de limitar la resolución automática del contrato prevista por pacto comisorio, previendo un requerimiento resolutorio (art. 1504 CC), ha entendido imprescindible un requerimiento de cumplimiento, aunque perfectamente puede condicionarse la resolución notificada a la falta de pago en el plazo extraordinario concedido por el vendedor.

Aunque este requerimiento de pago (prescrito como regla general por el artículo 1100 CC para constituir en mora al deudor) será, en su caso, un buen apoyo para el acreedor en su intento de demostrar la frustración de sus intereses que el incumplimiento le ha ocasionado. De todos modos, no es una cuestión que de momento haya dado problemas pues no se ha planteado en casación y normalmente el requerimiento de pago se deducirá de las actuaciones del acreedor que resuelve<sup>254</sup>.

La magnitud del incumplimiento en casos de resolución de compraventa de un bien inmueble con pacto comisorio (según el artículo 1504 del Código Civil), está determinada por lo acordado entre las partes. Por ejemplo, en un interesante caso de resolución de permuta de un solar por obra futura, se establece de manera explícita en condición

---

fue requerido de resolución, y al poco tiempo hizo lo necesario para satisfacer el resto (envió un cheque al mes siguiente y algunos días después completó el precio con una transferencia bancaria). En la STS 27.2.1982 (RJA 1507) se debían 650.000 ptas. (de cuatro millones y medio), cantidad que se consignó en la notaría mediante talón confirmado al recibir el requerimiento notarial resolutorio. Por último, en la STS 3.1.1991 (RJA 105) se atiende, además de a la escasa cuantía de lo debido, al transcurso de veinticinco años sin reclamarlo.

<sup>253</sup> Entre otras muchas, SSTS 29.9.2004, 18.10.2004. Anteriores a ellas, SSTS 28.11.1985 (RJA 5910), 2.4.1993 (RJA 2989), 10.10.1994 (RJA 7472), 5.10.1995 (RJA 6988). En la STS 3.6.1993 (RJA 5259) se resalta que lo adeudado, sin computar intereses, excede del 40% de lo que debía haber sido pagado.

<sup>254</sup> Como reconoce Clemente Meoro, M. E. *La facultad...*, op. cit., p. 349.

resolutoria en una sentencia del Tribunal Supremo (STS 682/2018, de 4 de diciembre 2018). En este caso, sería suficiente el retraso en el cumplimiento de la obligación, junto con el requerimiento exigido por la norma, para que la resolución se produzca sin la posibilidad de que el juez otorgue un nuevo plazo ni evalúe la gravedad del incumplimiento<sup>255</sup>. No obstante, el pacto comisorio será analizado con mayor detalle en su respectivo apartado.

### 3.9 SOBRE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA

La resolución de la relación obligatoria puede pedirse tanto si el incumplimiento del demandado le es imputable (hay dolo o negligencia) como si resulta de un acontecimiento ajeno a su voluntad (imposibilidad sobrevenida fortuita). Así lo admite la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en muchos pronunciamientos contrapone, como causas ambas de la resolución, el incumplimiento culpable (para el que ha venido exigiendo hasta hace unos años una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento) y la falta de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor (refiriéndose, entonces, a un hecho obstativo<sup>256</sup> que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento).

En este caso, ante la falta de realización de la prestación prometida y decaído por tanto el fundamento de la vinculación entre las partes, el acreedor podrá obtener la restitución de lo ya entregado por él o evitar cumplir su propia prestación, y en este sentido, si hubo algún aprovechamiento, debe compensarse para evitar un enriquecimiento injusto, una vez se extingue el contrato.

Explica nuestro Alto Tribunal que ante lo sucinto que resulta el art. 1184 CC, al establecer que “también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”, muchas sentencias determinan la resolución y aplican la solución que sostiene este artículo a partir de un doble argumento.

---

<sup>255</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 832.

<sup>256</sup> Con el hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento, se admite la solución aun derivada de caso fortuito como era la guerra civil, STS 25 de noviembre de 1946 “produce en todo caso, respecto de las obligaciones recíprocas, el efecto determinado en el art.1124 del CC atribuyendo la facultad de resolverlas como en el caso de autos”.

En primer lugar, porque ni en la letra ni en el espíritu del art. 1124 CC aparece como requisito para el ejercicio de las facultades que el precepto concede al acreedor, que el incumplimiento del deudor haya obedecido a una voluntad deliberadamente rebelde del mismo, bastando que realmente se haya frustrado el contrato para la otra. En segundo lugar, porque ha de procurarse la equivalencia de las prestaciones, atendiendo a las exigencias de la buena fe, a la que expresamente remite el art. 1258 CC para determinar el alcance de las obligaciones de los contratantes<sup>257</sup>.

En contra de la mayoría de la doctrina y sobre todo, de la jurisprudencia, algunos autores (qué autores) defienden que para poder resolver el contrato es exigible en todo caso un comportamiento negligente del deudor: no se podría resolver ex art. 1124 CC (que presupondría un incumplimiento culpable, de ahí que permita exigir indemnización de daños y perjuicios) si la imposibilidad de la prestación se ha debido enteramente a caso fortuito o fuerza mayor. Entonces habría que llevar la solución del caso por el cauce de la llamada “teoría de los riesgos” en los contratos sinalagmáticos, que es una aportación doctrinal, ante la falta de regulación legal, para decidir si ha de ser el acreedor de la prestación imposible o por el contrario el deudor de la misma quien debe sufrir la pérdida

Rechazar la aplicación del art. 1124 CC por entender que en él se contiene un concepto estricto de incumplimiento, amén de poco acorde con la evolución del tratamiento del incumplimiento, acarrea graves inconvenientes, como la necesidad de acudir a otra teoría (la del enriquecimiento injusto) para conseguir la restitución de las prestaciones ya efectuadas por el acreedor<sup>258</sup>.

### **3.10 LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI/EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS**

Como hemos mencionado, una consecuencia de la interdependencia de las prestaciones es que frente a la acción de resolución se puede oponer la excepción de incumplimiento contractual, en caso de que el acreedor haya incumplido, teniendo en este

---

<sup>257</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p. 1716.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p 1717.

caso la carga de la prueba el que opone la excepción para demostrar que la otra parte no ha cumplido.

La doctrina jurisprudencial de la excepción de incumplimiento contractual, también conocida como *exceptio non adimpleti contractus* y su variante de cumplimiento defectuoso, *exceptio non rite adimpleti contractus*, se basa en los principios contractuales de respeto a la palabra dada y a la buena fe, tal como establece la jurisprudencia. Esta doctrina ha sido reconocida en numerosas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como las de 18 de abril de 1979, 14 de junio de 1980 y 13 de mayo de 1985.

Se trata de acciones implícitas o acciones no reguladas expresamente por el ordenamiento jurídico pero que han sido reconocidas por la jurisprudencia y se basan en diversos preceptos implícitos en el ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia establece ciertos requisitos para poder oponer la excepción de cumplimiento defectuoso. Según la misma, el incumplimiento del demandante que permite al demandado oponer esta excepción debe tener la suficiente relevancia como para ser considerado como causante de la frustración de la finalidad económica del contrato. Además, es necesario que el demandado pruebe que el daño causado por el incumplimiento del demandante es lo suficientemente significativo como para provocar un desequilibrio en las prestaciones si el otro contratante no queda exonerado de su obligación.

Por ello, normalmente no servirá para enervar la resolución la alegación de que el actor ha cumplido defectuosamente su obligación (como si se opusiera una *exceptio non rite adimpleti contractus*, o excepción de cumplimiento defectuoso, que justificaría el incumplimiento del demandado).

Según la STS de 13 de mayo de 1985:

El éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y

el interés del comitente queda satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 del citado texto sustantivo y solo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio.(Sentencias de 21 de noviembre de 1971, 17 de enero de 1975, de 15 de marzo y de 3 de octubre de 1979).

Por lo tanto, no se podría ejercitar esta acción cuando lo mal ejecutado y omitido carezca de suficiente entidad en relación con el bien ejecutado.

Aunque generalmente se requiere que la parte adversa haya incurrido en un incumplimiento sustancial para poder ejercer la facultad de resolver el contrato, existen excepciones a esta regla. En primer término, el acreedor que aún no ha vencido en su obligación puede solicitar la resolución si la otra parte ha incumplido gravemente la obligación ya vencida. En segundo lugar, el contratante incumplidor a consecuencia del previo incumplimiento de la otra parte también puede solicitar la resolución del contrato.

Para que el incumplimiento de una parte del contrato sea motivo de resolución, es importante que este haya sido tan grave que la otra parte hubiera podido oponerse a su vez con la *exceptio inadimpleti*. Sin embargo, si el incumplimiento del deudor no es tan grave, o puede ser reparado fácilmente, o si muestra disposición para remediarlo, entonces el incumplimiento esencial de la otra parte podría ser el motivo para la resolución del contrato.<sup>259</sup>.

Es necesario distinguir entre la excepción de no cumplimiento total de la parte adversa y la excepción de no cumplimiento adecuado, cuando el cumplimiento no es conforme. Por ejemplo, si el vendedor no entregó el bien en la fecha acordada y solicita el pago un día después, el comprador puede oponer la excepción de incumplimiento, aunque el retraso de un día no sea considerado un incumplimiento esencial. En la situación descrita, si el comprador deja de pagar debido a un incumplimiento no esencial por parte del vendedor, este último no tiene derecho a resolver el contrato tres días después. Sin embargo, si el acreedor repara su incumplimiento después del requerimiento

---

<sup>259</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 122.

extrajudicial resolutorio, pero antes de que se presente una demanda de resolución, esta última procede si el deudor ha tenido tiempo y oportunidad para remediar su propio incumplimiento después de haber sido informado sobre la reparación.<sup>260</sup>.

Si ambas partes han incumplido sus obligaciones de manera significativa y ninguno de los incumplimientos está justificado temporalmente por el incumplimiento de la otra parte, entonces no se permite la resolución del contrato.

Sin embargo, si ambas partes han intentado resolver el contrato y no hay circunstancias que lo impidan, es razonable que la sentencia declare que el contrato se resuelve por mutuo acuerdo, sin ninguna consecuencia indemnizatoria para ninguna de las partes, siempre y cuando los incumplimientos alegados no puedan ser probados. En caso de que se pruebe el incumplimiento y no se pueda establecer una secuencia entre ellos, se puede declarar la resolución por incumplimiento mutuo, lo que sería más beneficioso para ambas partes sin tener efectos retroactivos<sup>261</sup>.

De este modo, si la parte demandante ha llevado a cabo una ejecución defectuosa de la prestación, la parte demandada puede negarse a cumplir con la contraprestación hasta que se hayan rectificado los defectos y se hayan cumplido las obligaciones en su totalidad, mediante el uso de la excepción *non rite adimpleti contractus*<sup>262</sup>. No obstante, en función de las circunstancias, puede que la negativa a proporcionar la contraprestación solo esté justificada parcialmente según la buena fe. En caso de duda, se podría entender que el incumplimiento defectuoso que justifica la excepción es el mismo que justificaría la resolución según el artículo 1124 del Código Civil.

Según Cruz Moreno<sup>263</sup>, la excepción de incumplimiento funciona de manera automática y temporal, lo que significa que la obligación del demandado se suspende provisionalmente. Esta excepción no anula ni elimina el derecho reclamado por el actor,

---

<sup>260</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1220.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 1225.

<sup>262</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 806.

<sup>263</sup> Cruz Moreno, M. (2004). *La exceptio non adimpleti contractus*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.120.

sino que simplemente retrasa el cumplimiento, el cual queda condicionado a la entrega simultánea de la prestación por parte del demandante.

En resumen, la excepción de incumplimiento temporalmente neutraliza el derecho del actor, pero no lo anula definitivamente.

En conclusión, todo lo anteriormente mencionado se basa en el hecho de que el demandado ha optado por hacer valer la excepción de incumplimiento, a pesar de que tenía la opción de ejercer una acción resolutoria a través de una vía *reconvencional*<sup>264</sup>.

En definitiva, la excepción de incumplimiento contractual solo resulta útil como medio de defensa cuando no se ha producido aún la prestación a cargo del obligado y el mantenimiento del *statu quo* no supone un perjuicio para él en términos de desplazamiento patrimonial.

### **3.11 EL REMEDIO RESOLUTORIO COMO ANTÍTESIS AL *PACTA SUNT SERVANDA*. EL PRINCIPIO DE EQUIDAD**

Entre estos dos conceptos, que tras el análisis de la reciente jurisprudencia nos atrevemos a decir, tan antagónicos, se encuentra la más esencial justificación de la teoría de los estratos de la contratación que proponemos y por ello consideramos este epígrafe de vital importancia.

Tras la lectura de varios autores, como Carrasco Perera, (Esto no se puede expresar aquí porque denota una gran falta de rigor. Además es contradictoria la afirmación: o es restrictiva o es omnicomprendensiva. ¿En qué quedamos? ... y por supuesto citar algunos de esos autores) encontramos que hay voces discordantes con la aplicación restrictiva u omnicomprendensiva que hace la jurisprudencia del art. 1124 en razón del principio *pacta sunt servanda* y de lo convenido en el contrato, que según estamos viendo, opera de forma sustancial en los efectos de la resolución.

Se puede apreciar la presencia de diversas corrientes de pensamiento en relación a la posibilidad o no de resolver un contrato por incumplimiento, en base a si es

---

<sup>264</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 806.

preponderante la aplicación del principio de *pacta sunt servanda* o es preponderante el principio de conservación de los contratos.

En palabras de Carrasco Perera (falta cita), en ocasiones no se aporta justificación suficiente, cuando se pretende justificar un principio sobre la base de una regla formulada en términos dogmáticos, y en este sentido, como sostiene el autor:

El art.1091 CC no entroniza la sacralidad de los pactos por encima de otras reglas oportunas, ni determina el alcance ni los límites de la fórmula *pacta sunt servanda*, ni hay una razón en abstracto por la que los contratos deban conservarse mejor que rescindirse. Como la regla de la esencialidad no se funda en la autonomía de la voluntad, no puede estar al albur del pacto de contrario.

En apoyo de esta aplicación restrictiva de la resolución por ser contraria al principio *pacta sunt servanda* hay razones materiales que deben ser consideradas en cualquier caso en el que se debata la resolución por incumplimiento:

En primer lugar, el juez suele carecer de información completa sobre el contrato, y en especial, sobre el perfil del contratante, sobre sus motivaciones y si resulta más o menos rentable el contrato para ambas partes, por lo que una admisión poco restrictiva de la pretensión resolutoria permitiría consagrar aspiraciones meramente oportunistas del acreedor lo que podría dar lugar que el acreedor utilice la resolución para escapar de un negocio desfavorable o para beneficiarse de una cláusula penal<sup>265</sup>.

En segundo lugar, la resolución suele ser más costosa que el cumplimiento, y la parte que la sufre puede perder su inversión en el contrato o en su cumplimiento.

En tercer lugar, la liquidación de la restitución de las prestaciones de un contrato puede ser complicada y puede hacer que el vendedor pierda la posibilidad de reemplazar o comercializar el bien, del mismo modo que después de que el contratante resuelve el contrato, el bien podría haber sido utilizado y por lo tanto, haber perdido valor.

En resumen, la resolución por incumplimiento solo debe ser aplicada si el acreedor tiene motivos legítimos para recurrir a ella, donde no tendrían cabida pretensiones

---

<sup>265</sup> STS 2 de febrero de 1984 comentario de Rodrigo Bercovitz.

oportunistas y si los costes para la recuperación del *statu quo* para ambas partes no son irrazonables, incluyendo los costes para la parte incumplidora. Esto explica por qué a veces el juez acepta ciertas pretensiones de resolución que no están basadas en un incumplimiento suficiente y justifica normas como el artículo 1500 del Código Civil o el artículo 332 del Código de Comercio. Estas normas no son excepciones o aberraciones históricas, sino manifestaciones de un principio de neutralidad ante la resolución como remedio<sup>266</sup>.

Esto nos lleva a una doctrina antigua del Tribunal Supremo, que actualmente tiene menos importancia, y que considera el remedio de la resolución con cierta excepcionalidad. Esta teoría se justifica en el "principio de equidad" que se refleja en el artículo 1124 del Código Civil, que muestra un claro respeto y homenaje a los contratos válidos y legítimamente celebrados<sup>267</sup>.

En razón de este principio de equidad o neutralidad, no se puede pretender la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentiza una falta a las obligaciones contractuales que revista una cierta gravedad que justifique la resolución.

Pareciendo aludir esta doctrina al principio de conservación de los contratos, en la medida en que estos son útiles todavía para alcanzar los fines propuestos por las partes. Como sostiene Díez-Picazo: “la finalidad del contrato es su cumplimiento o su ejecución y la resolución aparece bajo este prisma, como una anomalía que ofrece un carácter en alguna medida excepcional”<sup>268</sup>.

Díez-Picazo afirma que al analizar la evolución jurisprudencial se observa que el uso excepcional del remedio resolutorio en virtud del principio de conservación de los contratos es en realidad relativo. Según este autor, este uso se utiliza a menudo para prevenir el abuso en el ejercicio de la acción de resolución, especialmente cuando el demandante intenta liberarse del vínculo contractual debido a una infracción contractual

---

<sup>266</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1226.

<sup>267</sup> STS de 5 de julio de 1941.

<sup>268</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 813.

del demandado que no reviste una gravedad especial o que a veces ha sido provocada por el propio demandante, como la falta de pago del precio en algunos de los últimos plazos en la compra de viviendas, a pesar de que el demandado ofrece pagar.

De acuerdo con esta doctrina y lo que es más relevante para nuestra teoría de estratos de contratación, la resolución protege al contratante que cumple su parte del contrato en caso de incumplimiento por parte del otro contratante, no solo en caso de que el fin del contrato se frustrate.

Y nos quedamos con estas palabras de Díez-Picazo:

Cuando la jurisprudencia ha insistido en la “marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual”, que es consecuencia del deber de fidelidad o de acatamiento a la palabra dada, que informa el principio fundamental de la contratación de acuerdo con el *pacta sunt servanda* lo que probablemente quiere decir es que la resolución no se puede ligar con cualquier incumplimiento de deberes contractuales, sino que exige un incumplimiento en alguna medida cualificado, pero la puntualización de las características del “incumplimiento resolutorio”, no debe hacer pensar que la resolución es excepcional y que el principio general es la conservación de los contratos (falta cita).

### **3.12 LA CUESTIÓN DE LA RESOLUCIÓN OPORTUNISTA DEL CONTRATO Y DEL RIESGO MORAL**

Como hemos mencionado anteriormente, es evidente que el comprador puede utilizar la resolución como una excusa para desechar un contrato que ya no le resulta beneficioso, especialmente cuando el incumplimiento del contrato le genera mayores beneficios que cumplir con sus obligaciones. Si se permite al comprador resolver el contrato en estas, se producirá un aumento de los costes previos a la celebración del contrato para el vendedor, lo que llevará a una disminución del bienestar general derivado del acuerdo. Es decir, cuando el comprador decide resolver el contrato porque ha cambiado de opinión acerca de las condiciones acordadas, o porque los precios de mercado han disminuido significativamente, o porque ha continuado usando los bienes después de haber decidido resolver o porque el vendedor ha incumplido una obligación

no esencial, esto puede afectar negativamente al bienestar conjunto y aumentar los costes ex ante del vendedor<sup>269</sup>.

Es por ello, que entendemos que la aplicación restrictiva del remedio resolutorio, aunque incluso se contradiga lo pactado expresamente en el contrato, es muy adecuada en atención a ciertos estratos de la contratación, y en cambio, en otros, quizás el aspecto a ponderar sea otro y sea más conveniente admitir una resolución ágil y poco restrictiva, porque así lo prefieran los contratantes encontrándose los mismos en un plano de igualdad. Por eso, opinamos que el análisis genérico que realiza la jurisprudencia en cuanto a los presupuestos exigidos para admitir la pretensión resolutoria resulta insuficiente.

### **3.13 CONSIDERACIONES SOBRE EL INCUMPLIMIENTO**

#### **3.13.1 Una posible clasificación del incumplimiento según su trascendencia resolutoria**

El concepto de incumplimiento de la obligación suscita controversia en la doctrina en cuanto a su delimitación.

Un primer grupo de autores lo identifican tanto con la falta de ejecución de cualquiera de las obligaciones contractuales como con su defectuosa ejecución ya se produzcan por culpa o sin culpa del deudor. Si se acepta este concepto, el incumplimiento de la obligación se articula sobre dos caracteres definitorios: su amplitud y su carácter objetivo o neutro<sup>270</sup>, teniendo en cuenta que el primer carácter supone que es susceptible

---

<sup>269</sup> Andrew Kull, “Restitution as a Remedy for Breach of Contract”, *Southern California Law Review*, vol. 67, pp. 1464–1517, p. 1501; George L. Priest, “Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach”, *Harvard Law Review*, núm. 91, 1978, pp. 970–998, p. 977; Gerhard Wagner, “Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood”, *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 174–186, pp. 163–174; Francesco Parisi, “The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 52, 2004, pp. 423–44. El autor anterior menciona una conducta oportunista muy grave, en la que el comprador abusa de su derecho a resolver un contrato al alegar un defecto que no existía en el momento de la entrega de los bienes. Esto transforma una compraventa en un contrato de compraventa de arrendamiento con una renta muy baja o nula.

<sup>270</sup> Díez-Picazo, L., Roca Trías, E y Morales, A M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 317. Fenoy Picón, N., “La modernización del régimen de incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El

de subsumir cualquier supuesto concreto de incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato<sup>271</sup>. ¿Y el segundo u ulterior grupo de autores sobre el concepto de incumplimiento?

En efecto, es difícil dar una definición exacta de los casos que permiten la resolución de un contrato, ya que cada incumplimiento se compone de circunstancias específicas que pueden variar de un caso a otro, y además están sujetas a las pruebas disponibles en cada situación<sup>272</sup>.

En resumen, aunque se reconoce que es difícil definir de forma precisa los supuestos que dan lugar a la resolución de un contrato debido a la variedad de hechos y la falta de criterios objetivos, se considera necesario establecer perfiles jurídicos que conformen el incumplimiento resolutorio y una tipología de sus variantes fundamentales. Esto permitiría homogeneizar las respuestas jurisprudenciales y evitar valoraciones arbitrarias. Para lograr esto, se propone la elaboración de un estándar homogéneo y flexible para analizar las circunstancias que surgen en el momento del incumplimiento, lo que sería útil para la teoría de los estratos de la contratación entre empresarios y para restringir el uso oportunista del remedio resolutorio.

### **3.13.2 La consideración del incumplimiento como incumplimiento esencial**

Siempre que se aborda el remedio de la resolución, llegamos a la misma conclusión, se precisa de un incumplimiento con trascendencia resolutoria, es decir el incumplimiento debe ser esencial.

Como venimos observando, el TS en sus innumerables sentencias adapta la calificación de la gravedad del incumplimiento a la frustración del fin del contrato, pero no se plantea en profundidad las circunstancias personales que rodean al caso. Es por ello

---

incumplimiento”, *ADC*, 2010, pp. 47–136, p. 70. Gómez Calle, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de referencia”, *ADC*, (1), 2012, pp. 31–102, p. 37.

<sup>271</sup> Orti Vallejo, A., (2016) “Concepto de incumplimiento del contrato, exoneración e incumplimiento justificado (De los textos decimonónicos a los de *soft law*)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil–Mercantil*, nº 7, p. 5.

<sup>272</sup> Rodríguez Rosado; Bruno *op. cit.*, p. 216.

que nos resulta conveniente ver qué circunstancias son relevantes y cuales no por la jurisprudencia en la calificación del incumplimiento como grave o esencial.

Del mismo modo, resultará de gran relevancia, una vez determinado el incumplimiento como esencial o no, examinar la procedencia de consecuencias resarcitorias, ya se considere la resolución justificada o no pues, en definitiva, siempre será este modo de prestación equivalente el que equilibre de forma más óptima el impacto de la resolución en la economía del contrato, y mejor responda al interés pretendido por la parte afectada por la resolución.

Algunos criterios sobre la esencialidad del incumplimiento incluyen; la importancia y trascendencia del mismo para la economía de las partes, la entidad suficiente del incumplimiento para impedir la satisfacción económica, la falta de obtención de la finalidad perseguida, la frustración de las expectativas y aspiraciones de las partes, la quiebra de la finalidad económica del contrato y la importancia del incumplimiento en la economía global del contrato. Estos criterios pueden ayudar a determinar si el incumplimiento es suficientemente grave como para justificar la resolución del contrato.

Y en cuanto a la importancia y trascendencia para la economía resulta que a veces la resolución no prospera porque se han hecho ciertas prestaciones defectuosas o insuficientes que *per se*, ya no justifican la resolución

Existe una falta de armonía entre las obligaciones sinalagmáticas y las obligaciones principales, y la definición de incumplimiento esencial que se basa en la privación de lo que se podía esperar de acuerdo con la finalidad del contrato. Es decir, en ocasiones, ciertas obligaciones que pueden parecer accesorias en abstracto, pueden tener una especial importancia para la consecución de los objetivos del contrato. Esta falta de armonía genera dificultades para determinar qué obligaciones son esenciales y cuáles no, y dificulta la aplicación homogénea del concepto de incumplimiento esencial en la resolución de conflictos contractuales.

El problema podría contemplarse desde otra óptica: preguntándose si el carácter principal o accesorio se mide objetivamente y en abstracto, de acuerdo con la

característica del tipo contractual o si por el contrario, el carácter principal o accesorio deriva de la trascendencia o importancia que para las partes pudiera tener el deber u obligación que esté en cuestión.

En otros sistemas jurídicos, como el alemán, se permite al deudor la posibilidad de remediar un incumplimiento no esencial, incluso si es tardío. Asimismo, si la resolución del contrato se produce como resultado de una declaración extrajudicial, se requiere un plazo razonable (conocido como *nachfrist* en Alemania) para permitir la subsanación del incumplimiento o el cumplimiento tardío antes de que se inicie la resolución del contrato.

El problema es con qué mimbres se puede tejer esa necesidad desde el derecho español. Una posible respuesta a este problema, sería el establecimiento de estratos de contratación entre empresario, según los perfiles de los contratantes.

En resumen, como se ha expuesto en los párrafos anteriores, el juez que tiene que determinar si el plazo es o no esencial termina haciendo juicios subjetivos y arbitrarios. Es cierto que en algunas situaciones, como en la confección de un vestido de novia, el plazo puede ser esencial, pero no lo es en un contrato de compraventa de un inmueble que se construirá en dos años y para el que se necesita la obtención de dos permisos administrativos. En este caso, no se cumplen las condiciones de esencialidad del plazo, tal como se resumió en la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 2011.

La sentencia menciona que el carácter esencial de un plazo se puede determinar a través de las circunstancias materiales del contenido de la prestación que se va a realizar. Es decir, se debe analizar el momento en el que se espera que la prestación se lleve a cabo para determinar si el incumplimiento del plazo impedirá la satisfacción del interés del acreedor. Si es así, el plazo será esencial y cualquier prestación realizada después de ese momento será rechazada.

En relación con lo anterior, el artículo 1504 del Código Civil nos recuerda que la fijación de un término de cumplimiento en un contrato de compraventa de inmuebles o la inclusión de una condición resolutoria expresa no hace necesariamente que el plazo sea esencial. Esto significa que no se puede considerar automáticamente que un

incumplimiento en el plazo sea esencial en estos casos, sino que se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para determinar si el plazo es esencial o no.

De la lectura de la reciente jurisprudencia<sup>273</sup>, a pesar de sus esfuerzos por reconocer el incumplimiento de carácter esencial y grave para poder proceder a la resolución, lo que es de relevancia realmente, es si el incumplimiento reviste de la gravedad suficiente que frustre las expectativas o la finalidad perseguida por el acreedor, o la posibilidad de seguir obteniéndola en un futuro.

Teniendo en cuenta, la gravedad del incumplimiento en comparación con los gastos que implicaría la resolución del contrato, debe atenderse a las inversiones realizadas hasta el momento del incumplimiento y la posibilidad de realizar una restitución completa a un costo razonable.

En relación al incumplimiento esencial en el ámbito financiero, nos llama la atención como hay multitud de sentencias que establecen que no procede la resolución del contrato de inversión financiera cuando la entidad no cumplió sus deberes de información frente al cliente, porque solo da lugar a la resolución el incumplimiento de los deberes de ejecución, no los precontractuales. Esta jurisprudencia puede tener una explicación en la consideración de que los incumplimientos de esta clase nunca son graves, o dicho de otra forma, que la información a suministrar en cumplimiento de una obligación sectorial nunca será determinante de la prestación de un consentimiento<sup>274</sup>, justificación que en nuestra opinión no queda exenta de polémica. Pues en el ámbito bancario y financiero, es frecuente la existencia de contratos entre empresarios que se encuentran en distintos planos de igualdad.

---

<sup>273</sup> Sobre la misma cuestión y en opinión de Según Carrasco Perera el juez de la STS 1 de abril de 2014 se basa en decisiones arbitrarias para calificar si el plazo era esencial o no.

<sup>274</sup> Pertiñez Vilchez, F. (2018) “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión. La improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual comentario a la STS de 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 106, pp. 103-115.

En el ámbito de la compraventa, también existe una variabilidad de las respuestas jurisprudenciales a la cuestión de si se trata de un incumplimiento esencial el no otorgamiento por el vendedor de la escritura pública correspondiente.

Por todo lo expuesto, según la jurisprudencia actual, el requisito de la esencialidad de la obligación incumplida es improcedente y prescindible. No importa si es principal o accesoria la obligación del vendedor de hacer reparaciones en la cosa vendida, la obligación de obtener licencia de edificabilidad, la obligación de asegurar al comprador unas condiciones determinadas de utilidad posterior, la obligación del arrendador de hacer reparaciones necesarias, la obligación del transportista de custodiar la cosa o de hacerse cargo de la mercancía, la obligación de garantizar las cantidades adelantadas en la compra de vivienda, la obligación de exclusiva en favor del distribuidor, etc.

No importa si es esencial o accesoria alguna de las específicas obligaciones asumidas por el organizador que vende un paquete turístico, la obligación del promotor de multipropiedad de gestionar intercambios de los derechos de uso. Tampoco importa si la entrega de documentación (y liberación de cargas) precisa para que el camión vendido pueda ser económicamente utilizado por el comprador es una obligación accesoria o principal del vendedor.

En este sentido la calificación de la obligación como esencial o accesoria no es determinante en el caso de obligaciones como obtener un mínimo de ventas para el agente, distribuidor o franquiciado, o suministrar y mantener actualizado el *know how* cedido al franquiciado para el franquiciante. Por otro lado, el impago del precio en una compraventa es la obligación esencial del comprador, aunque a veces no se considera un incumplimiento esencial para efectos de resolución del contrato.

Reiteramos por tanto que lo que resulta relevante es que el incumplimiento sea lo suficientemente grave como para frustrar los intereses del acreedor o su objetivo principal, o bien, impedir que se alcance ese objetivo en un futuro. Al considerar si se debe proceder a la resolución, se debe evaluar también los costes que ello implicaría, considerando las inversiones ya realizadas y la posibilidad de que la restitución de las prestaciones ya cumplidas sea económica.

Por eso hay tanta variedad de pronunciamientos judiciales: en la consideración o no del incumplimiento esencial, haciendo que el juez, en aplicación de su criterio moderador sea más estricto en considerar un incumplimiento esencial cuando los efectos de la resolución son más gravosos, y más espléndido en autorizar la resolución cuando los efectos de la misma no son muy costosos.

Esto se observa muy bien, en el caso de la compraventa de finca con cargas ocultas del art.1483 CC, la cual será o no esencial en función del grado de afectación de la carga al goce pacífico de la cosa por parte del comprador como así lo determina la STS 31 octubre de 2006.

Un incumplimiento es esencial si resulta de tal clase que al acreedor no le sea ya exigible seguir vinculado y obligado a su vez frente al sujeto incumplidor<sup>275</sup>.

La abundante fraseología jurisprudencial en palabras de Carrasco Perera que exige que la obligación incumplida no sea una obligación accesoria, entendiendo por accesoria la obligación que no es recíproca e interdependiente de la obligación de la que el acreedor pretende liberarse mediante la resolución<sup>276</sup>. En otras palabras, el acreedor no puede resolver si la obligación incumplida por la otra parte es de tal suerte que su incumplimiento no justifica la liberación del propio acreedor ni la recuperación hecha por este, ni los costes de la resolución, y más bien es indicativa de la voluntad del acreedor de aprovechar una oportunidad para escapar de un negocio que no le interesa ya.

No es esencial el incumplimiento cuando no pone en cuestión el sentido del contrato, la finalidad perseguida por las partes, hasta el punto de no haber desaparecido ni haberse frustrado la causa en cuya virtud el acreedor mismo se obligó y sigue obligado.

Además, si el contrato puede dividirse en partes y las distintas prestaciones pueden tratarse por separado, no hay obstáculo para que se produzca una resolución parcial del mismo.

---

<sup>275</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1234.

<sup>276</sup> STS 31 de mayo de 2007, STS 10 de noviembre 2016, STS 27 de junio de 2019, STS de 15 de octubre de 2008, entre otras muchas.

### 3.13.3 Las faltas de conformidad

El legislador muestra una actitud moderada y flexible en el artículo 119 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el que se dispone que el consumidor y usuario podrá elegir entre una reducción del precio o la resolución del contrato cuando no pueda exigir la reparación o sustitución del bien o estas no se hayan llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario o cuando la falta de conformidad sea de extrema gravedad. En casos de falta de conformidad de poca importancia, no se permitirá la resolución del contrato (art. 119 ter.2 TRLGDCU).

Relevante en este punto, como transita el concepto imperante en el ordenamiento jurídico español en la consideración de los defectos de la cosa como incumplimientos contractuales, con la nueva denominación de faltas de conformidad, desde la Directiva (hoy derogada) 1999/44/CE<sup>277</sup>.

Lo que en palabras de Orti Vallejo, supuso un *giro copernicano*<sup>278</sup> dentro de nuestro ordenamiento. Situando el foco no en el tipo de incumplimiento si no nuevamente en la conformidad del comprador. Algo similar a lo que ocurre con la paulatina incorporación del incumplimiento esencial en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

### 3.13.4 La trascendencia del incumplimiento esencial en la económica del contrato

No hay que olvidar, la importancia de considerar el incumplimiento esencial como resolutorio y en consecuencia el impacto económico de la resolución en el contrato no debe ser subestimado, como destaca Gómez Pomar<sup>279</sup>. En este sentido, el artículo 1124 del Código Civil es claro en que la resolución suele ir seguida de una indemnización por daños y perjuicios y la interacción entre ambos mecanismos puede generar

---

<sup>277</sup> Orti Vallejo, A. (2002). Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil : el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE. Comares. P. 11.

<sup>278</sup> Orti Vallejo, A. (2002). Los defectos de la cosa... *Op. cit.* P. 15.

<sup>279</sup> Gil Saldaña, M. & Gómez Pomar, F. (2014). “La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual su trascendencia en el derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas”. *Anuario De Derecho Civil, Tomo LXVII, fasc. IV*, p. 1202.

inconvenientes en la evaluación anticipada de los efectos globales que tendrán en las determinaciones de las partes. Esto depende del tipo de prestación, de la forma en que se ha llevado a cabo la ejecución, de las inversiones realizadas por las partes y de las variaciones en el comportamiento de los contratantes una vez que se ha producido el incumplimiento.

La complejidad de la resolución como remedio se ve agravada por factores aún más significativos. Su naturaleza misma como remedio de ineficacia que implica desbaratar el contrato se enfrenta directamente al carácter dinámico y altamente variable de cualquier relación contractual de cierta entidad.

### **3.13.5 El incumplimiento esencial (cuando se frustra el interés del acreedor) vs. incumplimiento prestacional, otra posible clasificación según la STS núm. 638/2013 de 18 de noviembre**

Una clasificación que nos parece muy interesante, es la que sostiene el TS en su sentencia de 18 de noviembre de 2013. En este caso, el TS esquematiza una estructura del incumplimiento, diferenciando por un lado el incumplimiento de carácter prestacional y por otro, el incumplimiento de carácter esencial.

En cuanto al incumplimiento prestacional, entiende el TS que es relevante la prestación defectuosa (*aliud pro alio*), el término temporal como elemento esencial y la *exceptio non adimpleti contractus*.

Y en cuanto al incumplimiento esencial, sería relevante analizar el plano satisfactivo del acreedor, la teoría de la base del negocio, la causa concreta, la naturaleza del contrato y en última instancia, de acuerdo con los Principios del Moderno Derecho Europeo de Contratos y también derivado de la propia naturaleza del contrato, habría que atender a las expectativas creadas o esperadas de buena fe de acuerdo con la celebración del contrato.

A nuestro parecer, esta es la sentencia que mejor clasifica el estado de la cuestión en la doctrina moderna del incumplimiento. Esta sentencia sintetiza la nueva doctrina sobre los incumplimientos esenciales y por lo tanto, sobre los incumplimientos

resolutorios. A lo largo de esta interesante sentencia, el TS aborda la configuración del incumplimiento esencial de la obligación como una categoría específica. Y recupera la interpretación contractual de la teoría de la base del negocio.

Esta sentencia establece una digresión doctrinal, de tal forma que a través de su contenido se pueden ir diferenciando los distintos elementos que se irán tratando a lo largo de la misma, ofreciendo un resultado muy pedagógico.

A lo largo de sus fundamentos, el TS diferencia los incumplimientos prestacionales del incumplimiento esencial, entendiendo este como fundamento primordial del incumplimiento resolutorio. El objeto de la controversia era un contrato de arrendamiento de servicios en el que tiene lugar una resolución unilateral de contrato. Un ámbito, el de los contratos de prestación de servicios, que ha resultado bastante sensible respecto al incumplimiento esencial que expone esta sentencia.

En esta sentencia se separa de la doctrina tradicional del Tribunal Supremo que mantiene una consideración restrictiva del concepto incumplimiento. Doctrina tradicional, que es sostenida por el juez de primera instancia.

El fallo de primera instancia, con un contenido doctrinal muy tradicional, donde el juez no diferencia entre el incumplimiento esencial del no esencial y directamente incide en el ámbito del incumplimiento, niega que este se haya producido y da por buenos ciertos comportamientos realizados por el deudor que, si bien no satisfacían al acreedor, sí consistían en acciones suficientes que pudieran considerarse como cumplimiento.

Según la sentencia de primera instancia se consiguieron algunos resultados por parte de la empresa prestadora de servicios, que, si bien no eran los esperados por el acreedor (en aplicación de la muy rígida doctrina tradicional y estricta del incumplimiento), llevaban a determinar que no se había incurrido en un incumplimiento grave, el cual, aplicando la doctrina tradicional del art. 1124 CC, debía dar lugar, en consecuencia, a la resolución del contrato, y en su caso, al no derecho a recibir indemnización por una resolución justificada, y siguiendo esta tradicional y férrea

argumentación, la sentencia de primera instancia no considera que en este caso exista un incumplimiento grave.

En contraposición, la sentencia del Supremo, con una argumentación más moderna, ya atisba la aplicación de los principios de Derecho contractual europeo, fundamentalmente desde el punto de vista del incumplimiento esencial manifestado en la perspectiva concreta de alcanzar las expectativas contractuales que informaron fundamentalmente el contrato cuando se celebró.

Esta sentencia llega a la conclusión de que efectivamente, en atención a las actuaciones realizadas por la empresa prestadora de servicios, ninguna de ellas determinaba un mínimo consolidable conforme a las expectativas del contrato, expectativas que fueron determinantes para la celebración del contrato. Es precisamente por esta cuestión que el tribunal consideró ajustada a derecho la resolución sin haber lugar a una indemnización por daños y perjuicios.

Lo más relevante de este caso es que, hasta esta sentencia, no encontramos una jurisprudencia tan clara en cuanto a la diferenciación entre el incumplimiento resolutorio de carácter prestacional y el incumplimiento de carácter esencial.

El apartado nº 4, del fundamento tercero de la sentencia ha corroborado lo que la jurisprudencia del TS ya venía diferenciando, determinando algunos elementos que servían para hacer esta diferenciación y creando una relación entre el incumplimiento esencial y la frustración de la finalidad o del objeto del contrato o el fracaso de las expectativas, en contraposición a los incumplimientos prestacionales.

La STS nos recuerda, del mismo modo, que esta tendencia al diferenciar estos dos conceptos está cobrando cuerpo en los principios de Derecho contractual europeo, si bien es cierto que, a diferencia de nuestro sistema codificado, el sistema de los principios de Derecho contractual europeo lo que hace es invertir el proceso, es decir, sienta como elemento conceptual prioritario, no los incumplimientos prestacionales (el no cumplir la prestación debida), sino fundamentalmente el incumplimiento esencial, siendo esta una característica que se produce con frecuencia debido a que se adoptan perspectivas

anglosajonas del incumplimiento contractual. En contraposición al caso español, donde el incumplimiento esencial engloba al incumplimiento prestacional. Aunque ambos tienen acogida en los principios de Derecho contractual europeo.

En el punto V, la STS hace referencia al plano satisfactorio del acreedor. La STS viene a decir que desde el ángulo doctrinal se observan unos incumplimientos que tienen trascendencia resolutoria por ellos mismos y que esta trascendencia resolutoria les viene porque hay un desajuste con la prestación debida. Bien en términos generales o bien porque la prestación debida no se ha ejecutado.

En estos casos se produce una vulneración de la perspectiva central del cumplimiento, fundamentalmente como prestación debida, y por tanto hay un efecto resolutorio, que tiene como referencia un incumplimiento prestacional grave, dentro de la económica del contrato o del carácter sinalagmático del contrato, lo que se conoce habitualmente como las obligaciones principales.

La STS viene a decirnos que estos incumplimientos resolutorios de carácter prestacional derivan, como no puede ser de otra forma, de la propia prestación defectuosa que en su caso nos puede llevar a un ámbito resolutorio, del *aliud pro alio*, es decir, de la prestación distinta que recibe el acreedor; también derivan del término temporal como elemento esencial, cuando el factor tiempo es configurado por las partes como un elemento esencial; y por último también pueden derivar de la *exceptio non adimpleti contractus*: excepción del contrato no cumplido, excepción que se sitúa como contraste de la prestación realizada.

Frente a este ámbito conceptual, hoy es posible delimitar otra categoría del incumplimiento que se distancia de esta variante de prestación, donde cobra especial relevancia el posicionamiento de la satisfacción del interés acreedor. Por lo tanto, hay otra categoría de incumplimiento que se aleja de la anterior tradicional, que es la que se centra en el plano satisfactivo del cumplimiento, que, aunque nuestro Código Civil no es generoso en cuanto a su definición, la doctrina la reconoce y en especial se viene revalorizando en los últimos tiempos por el TS.

En cuanto al análisis del cumplimiento satisfactorio del plano satisfactivo del acreedor, hay tres doctrinas, las cuales se desarrollan jurisprudencialmente motivadas por la complejidad de nuestro sistema económico, derivada de la multitud de contratos atípicos y complejos, fuente de conflictos, lo que ha obligado a los jueces a desarrollar nuevas formas de interpretar el contrato con el objetivo de encontrar una solución justa, más centrada en el plano satisfactivo del acreedor, alejándose paulatinamente del concepto estricto de incumplimiento contractual.

La sentencia entiende que en determinados casos, independientemente de que se deba tener en cuenta el programa de prestación debida, hay que poner en aplicación varias técnicas de interpretación contractual.

En primer lugar, hay que aplicar la técnica de la base del negocio: doctrina alemana del s. XIX, que se desarrolla con el fin de justificar la cláusula *rebus sic stantibus*, y que nuestro tribunal utiliza, de forma más extendida, en cuanto a la consideración del plano satisfactivo del acreedor.

Otra técnica a la que alude esta sentencia es la de poner atención a la causa concreta del contrato que motivó su celebración, que el profesor De Castro ya en su teoría sobre el negocio jurídico<sup>280</sup> la desarrolló de manera esplendida.

Y por último, otra técnica derivada de la propia práctica negocial sería la de analizar la propia naturaleza o característica del tipo contractual llevado a cabo. La propia tipicidad o atipicidad del contrato también nos informa de lo esencial que requiere el contrato a la hora de entender si el cumplimiento programado cumple o no con las expectativas satisfactivas del acreedor.

Esta sentencia, nos recuerda, que este es un ámbito muy frecuente en la jurisprudencia, y por ello es muy abundante y variada la propia terminología jurídica. Así encontraremos referencias al plano satisfactivo del acreedor que hacen mención a la

---

<sup>280</sup> Castro y Bravo, F. & Vallet de Goytisolo, F. de. (1997). *El negocio jurídico*. Madrid. Civitas.

frustración del fin práctico perseguido, a la quiebra de la finalidad perseguida, o incluso al poco éxito de las legítimas expectativas estipuladas.

Estas expresiones, este lenguaje, viene a decirnos, que en multitud de contratos atípicos ya no se pone tanto el acento en el programa de prestación, sino que se plantea si se cumplió el porqué de dicho programa de prestación y ese porqué es el que se debe perseguir responder a través de estos cauces de interpretación.

Ese porqué, al que se debe encontrar respuesta, ya no se plantea tanto en el ámbito de los incumplimientos resolutorios prestacionales, porque no es necesario para alcanzar la resolución, pero sí debe plantearse en el ámbito del incumplimiento esencial. En este ámbito sí es imprescindible encontrar respuesta a esta cuestión para alcanzar la resolución del contrato.

En este sentido, el efecto práctico evidente que se puede extraer de esta consideración, no es otro que el de que no todos los contratos se prestan por igual al análisis de este cumplimiento esencial. Es lógico que aquellos contratos que están claramente definidos desde la perspectiva de su tipicidad, y por tanto, desde el punto de vista de la reglamentación típica de los mismos, difícilmente, salvo que las partes hayan incluido una causa concreta o que la base del negocio sea tan importante que haya referenciado otros ámbitos satisfactivos del acreedor, tengan cabida en lo que sería directamente un incumplimiento esencial.

Aun así, en la práctica jurídica y en consecuencia, en nuestro complejo sistema económico, se desarrollan multitud de contratos atípicos, complejos, principalmente contratos de prestación de servicios, donde el programa de prestación por sí mismo no nos informa acerca del total éxito del ámbito satisfactivo del acreedor, el cual también forma parte del cumplimiento exigible y no solo es exigible el programa prestacional, sino ambos.

La STS viene a señalar, la conveniencia de aplicar en estos casos, estas técnicas de interpretación, estas expresiones, como la expresión de la base del negocio, la del plano satisfactivo del acreedor etc. Todas ellas se han tenido en cuenta por la reciente doctrina

del TS como criterios de interpretación contractual en ámbitos tan importantes como el de la delimitación del carácter esencial del término establecido.

Es decir, en numerosas ocasiones, la base del negocio, aunque las partes hubieran determinado expresamente que ese término era esencial, nos ha informado que precisamente ese término puede ser esencial o no, incluso la base del negocio ha sido tomada en cuenta a la hora de la propia calificación del contrato celebrado, no solo de la tipicidad, cuando son atípicos o complejos, sino también del objeto contractual proyectado, con el fin de delimitar concretamente en qué consistía el contrato. Estableciendo una diferencia necesaria entre si nos encontramos, por ejemplo, ante un contrato de aprovechamiento urbanístico determinado o ante un contrato de compraventa de metros cuadrados. Consideración que influye en el programa de prestación y también en la propia base, en el objeto. Del mismo modo que la base del negocio, informa directamente, en la posible utilización de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Igualmente, esta sentencia, nos viene a decir que el plano de satisfacción se tiene en cuenta a la hora de definir el cumplimiento contractual y la posible resolución, pero también en el posible supuesto de retardo y de determinabilidad del plazo de entrega.

El retraso no siempre es justificativo de la resolución; el mero retraso en la ejecución de la cosa no atenta al interés o a la finalidad del contrato ni al plano satisfactivo del acreedor, en este caso el mero retraso será susceptible de una indemnización, pero no de una resolución contractual.

Por último, establece una serie de consideraciones de orden práctico, que vienen contempladas en el punto VII de la sentencia al hablar de directrices, ya que, entendemos que con ello el TS no pretende comprometer a los operadores jurídicos, es decir, no pretende que sean criterios fijos o estables. Aun así, no podemos negar que estas directrices son de gran utilidad para jueces y tribunales, así como para el resto de operadores jurídicos, pues permiten entender en qué medida se puede aplicar esta diferenciación.

Continuando con el análisis de la sentencia, el TS menciona un segundo criterio, también de gran relevancia, nos viene a decir que desde la aplicación de la doctrina jurisprudencial ya podemos diferenciar lo que sería el concepto de gravedad y el concepto de esencialidad, que actualmente son alegados de forma indistinta cuando realmente se deberían diferenciar.

El concepto de gravedad es más apropiado para los incumplimientos prestacionales, con trascendencia resolutoria, ya que fundamentalmente lo que determina la resolución no es simplemente un mero desajuste con el programa de prestación debida, el desajuste de una prestación accesoria o meramente complementaria, sino que va a ser fundamentalmente una falta de realización o un desajuste en una prestación principal. Por tanto, la gravedad será el concepto que mide la diferencia entre el programa de prestación y una obligación principal del contrato, de ahí que lo apliquemos más propiamente en el ámbito de los incumplimientos esenciales.

Por otro lado, tenemos el concepto de esencialidad. La esencialidad puede recaer sobre elementos de obligaciones principales y también sobre elementos de obligaciones accesorias, en la medida en que la base del negocio, la causa concreta o la propia naturaleza del contrato derivada de las expectativas generadas hayan hecho recaer la importancia en esas prestaciones accesorias o en esos elementos añadidos, los cuales para la satisfacción del acreedor resultan absolutamente necesarios. Sin embargo, en cuanto a los principios prestacionales tendremos que ir necesariamente a las obligaciones principales. Por lo tanto, gravedad y esencialidad no son elementos asimilables directamente sino más bien, el concepto de gravedad sería aplicable al incumplimiento prestacional, mientras que el de esencialidad sería aplicable al incumplimiento esencial.

La tercera coordenada sería el ámbito del incumplimiento prestacional que guarda una mayor relación con el ámbito de los contratos bilaterales y sinalagmáticos, donde realmente este ámbito prestacional rompe esa bilateralidad produciendo la resolución, mientras que en los incumplimientos esenciales ya no es tan importante la razón de sinalagma o de reciprocidad. Es decir, estaremos siempre en contratos bilaterales, pero en

el sentido de que el incumplimiento de una obligación no principal o accesoria y por lo tanto, no metida en el ámbito de la reciprocidad también puede dar lugar a la resolución.

Esta última observación, entendemos que es de gran importancia, ya que como se observa, el incumplimiento esencial lo que hace es “ensanchar” el ámbito de aplicación del art.1124 CC, lo que obedece a una moderna interpretación del propio artículo que en su origen y como se pone de manifiesto en este trabajo, fue de aplicación muy restrictiva, al considerarse que la resolución era un efecto un tanto *desnaturalizador* de la eficacia del contrato, en contra del principio *pacta sunt servanda*<sup>281</sup>, en contraposición con la concepción moderna, que entiende que la resolución es un elemento natural del contrato, de hecho tiene la propia eficacia derivada de que el propio contrato es eficaz. No es, por tanto, un elemento antinatural y se encuentra dentro de la propia dinámica contractual, no resulta pues un elemento extraño.

En este sentido, es cierto que esa visión primigenia de ruptura de la eficacia se veía por la doctrina tradicional como un elemento extraño, como si el incumplimiento y en consecuencia la resolución, fueran algo anormalmente considerado por el ordenamiento jurídico, dando lugar a una interpretación muy restrictiva de la facultad resolutoria, de forma tal, que la doctrina tradicional se precisaba que el incumplimiento resolutorio fuera rebelde<sup>282</sup>, como así hemos expresado en los epígrafes anteriores.

En ese tenor, se venía requiriendo por parte de los jueces requisitos muy exhaustivos para la admisión de la resolución, y en este sentido, no se precisaba únicamente que la voluntad del deudor fuera rebelde, sino que se requerían muchos otros que a término desvirtuaban el remedio resolutorio, ya que cabía preguntarse: ¿qué debe hacer el acreedor para poder resolver?, o incluso plantearse ¿hasta qué punto tenía que esperar para que el cumplimiento se considerara rebelde?

Y este contexto, todo ello consecuencia de una interpretación restrictiva, de una visión muy peyorativa de la conceptualización de la resolución. Esta interpretación

---

<sup>281</sup> Ver epígrafe de este trabajo, respecto a la crítica al uso restrictivo del remedio resolutorio por ser contrario al principio *pacta sunt servanda* de Carrasco Perera.

<sup>282</sup> Ver página de la crítica al art.1091CC de Carrasco Perera p. 135 de este trabajo.

estricta también podía verse reflejada en la *reciprocidad*, como un elemento de engarce absolutamente necesario para todo efecto resolutorio.

En este sentido, Rodríguez Rosado<sup>283</sup> afirma que la jurisprudencia evoluciona constantemente, y aunque a corto plazo puede ser difícil de percibir, sí es notoria en el largo plazo. Al inicio del siglo pasado, la resolución era vista como un recurso excepcional que solo se aplicaba en casos de incumplimiento voluntario y productor de graves consecuencias. Sin embargo, en la actualidad, la figura de la resolución es ampliamente aceptada en nuestro sistema legal y su aplicación se extiende más allá de los límites que se le atribuían en un principio<sup>284</sup>.

En suma, esta sentencia viene a decir que es lógico ser exigente en relación con los motivos que facultan la solución en los ámbitos prestacionales donde hay un sinalagma y una clara reciprocidad, pero ya no es tan lógico en un concepto bien entendido del incumplimiento resolutorio que pueda tener cabida también a través de otros cauces donde baste la obligatoriedad del contrato para justificar otro tipo de consideraciones.

Por último, esta sentencia, destaca de acuerdo con los principios del Derecho contractual europeo, el papel general, o el papel de caja de fondo o de *desiderátum*, del incumplimiento esencial derivado del incumplimiento de las expectativas que generaron la celebración o la configuración del contrato.

### **3.13.6 Diferencias entre nuestra doctrina y el *soft law* en la consideración del incumplimiento esencial, grave y sustancial**

El concepto “sustancial” en relación con el incumplimiento se incorpora del *soft law* internacional a través del art. 25 del Convenio de Viena que nos habla de un *fundamental breach*<sup>285</sup>. El incumplimiento debe ser esencial, grave y sustancial. Es decir, debe tener un grado de intensidad. Hay que diferenciar entre el incumplimiento de la

---

<sup>283</sup> También otros autores como B. Monfort Ferrero o San Miguel Pradera.

<sup>284</sup> Rodríguez-Rosado; Bruno *op. cit.*, p.7.

<sup>285</sup> Para ver más sobre este término en relación con la compraventa internacional: SAP Barcelona de 13 de noviembre 2018.

obligación contractual, es decir, el incumplimiento prestacional del incumplimiento que produce una insatisfacción del interés del acreedor<sup>286</sup>.

En la jurisprudencia española no se utiliza el término "incumplimiento sustancial" de la misma forma que se utiliza en el Convenio de Viena y en otros instrumentos internacionales de Derecho. Tampoco se equipara el "incumplimiento esencial" de la doctrina española con el "material breach" del Derecho angloamericano en todos sus aspectos.

La construcción de nuestro sistema es más complicada que la de otros, ya que la jurisprudencia requiere que la obligación incumplida sea esencial en lugar de que el incumplimiento en sí sea esencial.

Para que un incumplimiento sea considerado esencial en un contrato, debe ser de importancia significativa y grave, del mismo modo que debe impedir al acreedor alcanzar el objetivo legítimo que esperaba obtener del acuerdo. Esto puede suceder incluso si el cumplimiento aún es técnicamente posible, pero ya no satisface los intereses del acreedor.

Como ya hemos señalado, la regla española se equipara al concepto de "incumplimiento sustancial" establecido en los instrumentos normativos internacionales, lo cual implica que el incumplimiento irrelevante de una obligación esencial –como por ejemplo, el retraso en el pago de una compra– no se considera sustancial. Sin embargo, el incumplimiento de una obligación accesoria –como el no otorgamiento de la escritura de venta o la falta de licencia de ocupación– puede ser considerado sustancial si frustra la finalidad legítima esperada. Esto es un ejemplo clásico de cómo el incumplimiento sustancial se aplica en el derecho español.

En España, la doctrina permite la resolución del contrato según lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil siempre que el incumplimiento sea considerado sustancial o esencial. Se considera que el incumplimiento es esencial cuando priva al acreedor de la finalidad esperada del contrato y frustra su interés en el mismo.

---

<sup>286</sup> STS 10 de julio 2033, comentario de Fenoy Picón.

Cuando la doctrina utiliza el término *grave* se refiere precisamente a la frustración del interés del acreedor en las expectativas de la relación contractual.

Por lo que se podría sustituir la palabra *grave* por “frustrante”. El incumplimiento frustrante del derecho español en comparación con el *breach of contract* del derecho anglosajón. El incumplimiento esencial a veces es denominado “verdadero incumplimiento” ya que la doctrina intenta diferenciarlo del incumplimiento derivado por vicios ocultos, que a *sensu contrario* no se considera un incumplimiento esencial frente al cual se pueda hacer uso del remedio resolutorio<sup>287</sup>.

Y es con la sinergia de estas características donde se alcanza una concepción similar a la que tiene el Convenio de Viena sobre el incumplimiento fundamental o incumplimiento sustancial, así como a los demás textos del *soft law* y en los PECL<sup>288</sup>.

### **3.13.7 La ley no dice cuándo opera el remedio resolutorio y hay que operar con ponderación**

En el marco de un contrato de compraventa, la opción de resolver el contrato en caso de falta de conformidad puede ser muy costosa para ambas partes. Tanto el vendedor como el comprador pueden enfrentar gastos significativos en estos casos. Un ejemplo podría ser que el vendedor se vea obligado a hacer gastos extra para recuperar los bienes defectuosos que ya había entregado al comprador, y luego intentar venderlos en un mercado secundario. Estos gastos podrían incluir costos de transporte, contratación de seguros, honorarios de abogados en caso de conflicto, y otros gastos administrativos. Por su parte, el comprador podría tener que incurrir en gastos para encontrar bienes sustitutivos en el mercado que cumplan con sus necesidades.

En este tipo de situaciones, la opción más favorable y económica a largo plazo podría no ser la de resolver el contrato, sino la de corregir el incumplimiento a través de la subsanación o el cumplimiento específico del contrato. Por ejemplo, en caso de falta

---

<sup>287</sup> STS de 22 de abril de 2004.

<sup>288</sup> Para abundar en este materia ver las sentencias: STS 10 de octubre de 2005, 31 de octubre de 2006, 22 de diciembre de 2006, 20 de julio de 2006, 17 enero de 2008, y extraer algo.

de conformidad, reparar los bienes no conformes podría ser una opción más barata y deseable en comparación con la resolución del contrato. Esto permitiría a ambas partes continuar con el cumplimiento del contrato y evitar costos adicionales asociados con la resolución.

La existencia de asimetría en la información acerca del estado actual de los bienes después de la entrega (problema de selección adversa), puede hacer que los bienes sean más valiosos para sus actuales poseedores, incluso si se ha identificado un defecto en ellos.

En situaciones donde los bienes tengan un mayor valor para el comprador que para el vendedor, es probable que la rebaja del precio o el pago de indemnización por daños y perjuicios resulten ser soluciones más efectivas que la resolución del contrato y la devolución de los bienes.

Si la parte que puede suministrar bienes acordes con el contrato a un menor costo sigue siendo la parte que incumple, el mismo razonamiento se aplicará. Puede ocurrir que la parte mejor situada para sustituir el bien o la prestación no conforme siga siendo la parte inicial que desempeñó la prestación de forma insatisfactoria. En estas situaciones, la resolución del contrato en lugar de la sustitución por otro bien puede resultar en un remedio “socialmente ineficiente *ex post*”. Por lo tanto, es importante considerar alternativas como la sustitución por otro bien o la reducción del precio para lograr una solución eficiente que beneficie a ambas partes.

En este sentido, Gómez Pomar argumenta que el remedio resolutorio en los casos mencionados conducirá a un resultado poco óptimo para ambas partes y por lo tanto, supondrá una pérdida de recursos económicos<sup>289</sup>. Además, no se debe asumir que el incumplimiento siempre es intencional y atribuible al incumplidor, ya que puede ser causado por otros factores no controlables. También es importante destacar que estas conductas ineficientes *ex post* pueden ser anticipadas por la otra parte al momento de contratar, lo que puede llevar a peores términos contractuales. Si el vendedor observa de

---

<sup>289</sup> Gil Saldaña, M. & Gómez Pomar, F. (2014). “La complejidad económica del remedio resolutorio... *Op. cit.* P. 1203

forma anticipada que sufrirá costos por la conducta ineficiente a posteriori de la parte compradora los considerará un costo del contrato y los reflejará en los precios, lo que afectará a todos los compradores.

### **3.14 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES O CÓMO ELUDIR LAS RESTRICCIONES EN EL EJERCICIO DEL REMEDIO RESOLUTORIO**

En esta sección exploraremos cómo la autonomía de la voluntad de las partes puede influir en el remedio resolutorio, es decir, cómo pueden las partes usar su libertad para evitar las restricciones impuestas por la jurisprudencia en cuanto al uso de este remedio. También discutiremos cuestiones relacionadas con el abuso de derecho en este contexto.

Recordamos aquí todo lo expuesto en capítulos anteriores, sobre la interferencia continua entre los principios de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), el principio de buena fe, el principio *pacta sunt servanda*, el principio de conservación de los contratos, la prohibición de que los contratos, y su clausulado, queden al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC), y en general, las influencias que recibe nuestro sistema de obligaciones y contratos de los principios del moderno derecho europeo de contratos más cercanos a concepciones más próximas al liberalismo económico.

La jurisprudencia viene aceptando ampliamente la posibilidad de utilizar el remedio resolutorio en virtud de una cláusula contractual, lo que se evidencia en sentencias clásicas como la del Tribunal Supremo del 19 de noviembre de 1984. Esto se debe a la incidencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, que permite ejecutar la resolución derivada del cumplimiento de una condición resolutoria.

Estas circunstancias pueden generar situaciones donde es patente un desequilibrio entre las partes, las cuales, aun haciendo uso de la libertad contractual que nuestro sistema les otorga, terminan consintiendo un contrato que les obliga a someterse a condiciones manifiestamente favorables para la otra parte, en caso de que se incumpla una amplia gama de supuestos.

Esta situación ha sido recientemente calificada por un sector de la doctrina, sobre todo francesa, como una posible existencia de vicio en el consentimiento de la empresa

que sucumbe en cierta manera, al contratar con una empresa que ostente un mayor poder económico, o como dicen algunos autores, una empresa que pudiera ejercer cierta violencia económica sobre la otra. Situación esta última que podría llevarnos a considerar la existencia de un consentimiento viciado en el momento de contratar, manifestado en la aprobación de cláusulas manifiestamente injustas.

En este sentido, expondremos en el Capítulo 6, estas nuevas consideraciones sobre la *violencia económica*, en relación con las cláusulas que incluyen la posibilidad de resolución unilateral en caso de cumplirse determinadas circunstancias por considerarse estas, incumplimiento esencial del contrato, pero que en realidad no lo son. Procediendo en este epígrafe a centrarnos únicamente en la naturaleza de dichas cláusulas, así como en la posibilidad de establecerlas dentro de un contrato.

Podríamos plantearnos por tanto, la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre si las partes pactan en el contrato que una determinada prestación es esencial, y resulta que ésta se incumple? Pues, es precisamente en este interrogante donde reside una de las cuestiones principales de este estudio.

En este sentido, la jurisprudencia española entiende que si las partes consideran, y así está pactado, que un incumplimiento es resolutorio, es porque han querido manifestar que es esencial, así lo afirma la STS 1 de febrero de 2010.

Carrasco Perera adopta una postura crítica con respecto a esta doctrina y sugiere que fue el colapso del mercado inmobiliario y la disminución en la demanda de compradores que habían adquirido propiedades con anticipación lo que ha llevado a una exageración de esta doctrina y la ha convertido en una herramienta para el oportunismo jurídico más evidente<sup>290</sup>.

### **3.14.1 La resolución judicial y extrajudicial**

La naturaleza judicial de la resolución ha sido matizada progresivamente. Aunque el artículo 1124 del Código Civil establece que la resolución es una medida judicial, la

---

<sup>290</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1237.

jurisprudencia ha permitido que las partes puedan hacer declaraciones de voluntad extrajudiciales para llevar a cabo la resolución, como una forma de facilitar la vida jurídica y económica. No obstante, se puntualiza que, en última instancia, son los tribunales quienes deben determinar si la resolución extrajudicial fue válida y cuáles son sus consecuencias<sup>291</sup>.

Del examen anterior se advierte que la resolución puede producirse extrajudicialmente, como consecuencia de una declaración de voluntad del acreedor insatisfecho y no de una sentencia<sup>292</sup>.

Esa resolución extrajudicial, sobre la que se ha pronunciado la STS de 27 de junio de 2011, en principio solo es posible sin necesidad de sentencia por acuerdo entre las partes, pues es jurisprudencia consolidada que la resolución comunicada por una de las partes, si no es aceptada por la otra, debe ser declarada judicialmente<sup>293</sup>.

La facultad de resolución de los contratos es plenamente aceptada por el Tribunal Supremo no solo en la vía judicial, sino también a través de la declaración unilateral de voluntad dirigida a la otra parte, sin necesidad de seguir ningún procedimiento especial. Sin embargo, la decisión de resolver el contrato mediante esta vía debe ser examinada y sancionada por los tribunales en caso de impugnación, ya sea desmintiendo el incumplimiento o declinando la oportunidad de extinguir el contrato. Por lo tanto, aunque existen problemas de prueba, el ejercicio extrajudicial de la facultad de resolución es plenamente admitido.

---

<sup>291</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, op. cit., p. 817.

<sup>292</sup> Lo que no cabe es que el incumplimiento del deudor provoque la resolución automática del contrato, ni siquiera cuando el cumplimiento es ya improcedente, o por transcurso del término esencial establecido o por imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor. Solo habría dos excepciones a esta regla: se prevé la resolución automática del contrato de obra por muerte o incapacidad no imputable del contratista en los contratos *intuitu personae* (art. 1595 CC, que sería aplicable también si el contrato es de servicios), y la extinción del contrato de arrendamiento urbano en caso de pérdida de la cosa arrendada no imputable al arrendador (art. 28 LAU). Vid. San Miguel Pradera, L. P. (2004): Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio, *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios, Madrid, pp. 34–36; 73, 77 y ss.; 174-177.

<sup>293</sup> Entre las más recientes, STS de 21 de octubre de 2011.

Según este autor, la jurisprudencia no ha dejado claro si la facultad resolutoria puede estar condicionada por parte del que emite la declaración a la falta de cumplimiento en un plazo determinado u otra condición similar. Sin embargo, opina que no habría inconveniente en que la declaración de resolución extrajudicial esté sujeta a una nueva fecha límite para el cumplimiento, tal como lo permite el artículo 1504 en el caso de la compraventa. Desde una perspectiva legal, en este caso no sería obligatorio demostrar posteriormente la falta de cumplimiento del contrato ni tener que volver a resolverlo, aunque en la práctica podría ser aconsejable hacerlo.

Por lo que respecta a la acción de resolución (que puede interponerse si la resolución extrajudicial es discutida o si la resolución se insta directamente en el proceso), esta se configura como alternativa a la de cumplimiento, aunque el ejercicio de esta no excluye el de aquella, si el cumplimiento resultase imposible. Y finalmente, el Tribunal decretará la resolución solicitada a no ser que haya causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

A pesar de ello, de la lectura de la jurisprudencia reciente, no queda claro, en qué situación se produce extrajudicialmente la resolución del contrato, aunque se admita en cualquier caso que el control judicial de la resolución operada será necesario solo si hubiera conflicto<sup>294</sup>.

Porque hay quien defiende, y es la doctrina mayoritaria, que la resolución extrajudicial puede ser unilateral –bastaría la declaración del acreedor–, debiendo valorar el juez si se ha ejercido correctamente el derecho potestativo a resolver, siendo dicha sentencia declarativa de la resolución extrajudicial correctamente practicada. Otros sectores sostienen que solo es admisible la resolución bilateral<sup>295</sup>, es decir, la que goza del

---

<sup>294</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1727.

<sup>295</sup> Clemente Meoro, M. E., (2011) *Artículo 1124. Facultad de resolver las obligaciones*, p 229. Localización: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=50405> Código civil comentado / Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Rosario Valpuesta Fernández (dir.), Vol. 3, 2011 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444) / coord. por Francisco Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés, José Miguel Rodríguez Tapia, Eduardo Vázquez de Castro), ISBN 978-84-470-3741-4, págs. 229-239.

acuerdo de ambas partes, pudiendo acudirse a juicio si tal acuerdo diera lugar a controversia, y en tal caso la sentencia sería constitutiva<sup>296</sup>.

La jurisprudencia, es ampliamente favorable a la consideración de que la resolución puede operar extrajudicialmente por voluntad del acreedor insatisfecho, dejando a la labor judicial, en su caso, el control de la misma cuando se impugne por algún interesado (la sentencia será, por tanto, declarativa y no constitutiva). Dando lugar, por ejemplo, a que el acreedor pueda negarse válidamente a recibir el pago de la obligación una vez haya declarado resuelto el contrato. Y lo que es más llamativo, a que el juez no pueda conceder un plazo<sup>297</sup> para el cumplimiento, como le permite el art. 1124.III CC.

Lo que nos sorprende es que una vez que se notifica el plazo para el pago, o después de que transcurra dicho plazo (si se ha establecido, aunque no sea obligatorio), ninguna de las partes puede exigir el pago. Ni el acreedor, aunque en un momento posterior le resulte más conveniente la resolución, ni el deudor tienen la posibilidad de hacerlo.

En este sentido, se viene exigiendo que para que la resolución extrajudicial se produzca es imprescindible que se den los requisitos generales sobre la gravedad del incumplimiento del deudor y no incumplimiento del acreedor.

Si no se diera alguno de ellos, hay alguna sentencia que sostiene que la determinada declaración de voluntad que se pretendió en lugar de ser resolución por incumplimiento sirviera como declaración de voluntad de desistimiento, por ejemplo en el marco de un contrato de obra, solo que no habría entonces derecho a una indemnización de daños y perjuicios<sup>298</sup>. Y lo que resulta más interesante, en estos casos, sería el declarante el que tendría que indemnizar por lo ya ejecutado (art. 1594 CC), pero la falta de realización de

---

<sup>296</sup> La sentencia STS 19.3.2001 sostiene que es importante tener en cuenta la naturaleza constitutiva de la sentencia al resolver un contrato para lograr la solución más adecuada al caso. El TS, al aceptar el recurso de casación, declaró que la falta de pago de la renta de julio era solo una razón para el desahucio, y no la resolución real del contrato, que solo ocurriría cuando se dictara una sentencia firme por la Audiencia Provincial.

<sup>297</sup> STS de 22 de junio de 2011.

<sup>298</sup> SSTs de 13 de mayo de 1993.

su prestación con posterioridad a la declaración de voluntad discutida no podría calificarse de incumplimiento resolutorio.

En este sentido de acuerdo con San Miguel, con quien coincidimos plenamente, defendemos que el acreedor que resuelve, al menos, ha de comunicar al deudor el incumplimiento en el que sostiene su declaración, como exigencia de un comportamiento honrado y leal<sup>299</sup>. Porque además puede ocurrir que no haya ninguna intervención judicial en la resolución si es acordada sin conflicto por las partes del contrato, en base al art. 1255 CC, y en este sentido los efectos serán los que las partes, a su vez, fijen. La diferencia esencial entre esta resolución convencional y el mutuo disenso radica en la causa de la extinción del contrato: el incumplimiento de una de las partes en el primer caso, la voluntad libre de las partes en el segundo.

Continuando con esta cuestión y en relación con el principio de conservación de los contratos, cabe plantearnos: ¿podría cumplir el deudor una vez declarado resuelto el contrato por el acreedor o interpuesta la demanda de resolución por el acreedor, que ha decidido hacerlo sin pedir a su vez el cumplimiento?

En respuesta a esta pregunta y de la lectura de la jurisprudencia reciente, el cumplimiento, una vez interpuesta la demanda de resolución, ya no se podría exigir por el acreedor<sup>300</sup>. Pero sería discutible si el deudor tendría la facultad de cumplir después de recibir la notificación de la resolución extrajudicial o mientras no haya sentencia que declare resuelto el contrato en caso de ser judicial.

En este sentido, según Quicios Molina<sup>301</sup>, en cuanto a esta posibilidad, habrá que estar al momento en que se produce la resolución, y con ello la extinción del contrato, pues a partir de entonces procederá derivar los efectos de la resolución (restitución de las cosas objeto del contrato e indemnización de daños) y no los de la existencia del contrato,

---

<sup>299</sup> San Miguel Pradera, L. P. *op.cit.*, p. 427

<sup>300</sup> Como si ocurre en otros sistemas que son más benevolentes en el uso del *ius* variando antes y después de la interposición de la acción. Véase el francés y el italiano.

<sup>301</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1727.

como sería su cumplimiento. Salvo que el juez conceda el plazo previsto por el art. 1124.III CC.

En este sentido y en relación a la incidencia que podría tener en relación con el uso oportunista de la resolución unilateral y extrajudicial, y encontrándonos en este supuesto de resolución extrajudicial, el cumplimiento posterior a la declaración unilateral del acreedor no sería válido y no se podría obligar al acreedor a recibirlo, aunque todavía no haya sentencia que declare tal resolución, lo cual es, sin duda, una consecuencia claramente *favor creditoris*, y en detrimento del principio de conservación de los contratos. Doctrina que, en nuestra opinión, desprotege en cierto modo al deudor que – aun tarde– pretende cumplir porque la prestación aún es posible, del mismo modo que desprotege el cumplimiento del contrato en sí mismo, pues detrás de esta situación –no lo olvidemos– puede haber un contrato con numerosas cláusulas que facultan la resolución unilateral para una de las partes, en caso de acaecimiento de ciertos incumplimientos cuya consideración como graves no está muy clara.

Además, y lo que en nuestra opinión resulta más gravoso, en estos casos, la consignación del pago por el deudor no serviría para liberarle y permitirle la reclamación de la obligación recíproca, porque el cumplimiento ya no es posible. Y en este mismo sentido, ocurre que si se reclama en juicio únicamente la resolución y no el cumplimiento, a partir de la fecha de interposición de la demanda el deudor no podría pagar válidamente.

En este mismo sentido, y como sostiene la doctrina, el hecho de que una condición contractual fuera nula por vicio del consentimiento, como cláusula, negociada individualmente, no impide el ejercicio del remedio resolutorio, aunque el TS indique que uno de los requisitos para aplicar el remedio es que el vínculo este vigente<sup>302</sup>. Resulta que si ninguna de las partes promueve la acción o excepción de nulidad la cuestión de nulidad sería prioritaria<sup>303</sup>, aunque nada dice Díez-Picazo de que se declare nula solo la cláusula de resolución anticipada. Pero entendemos que, en este caso, sería de aplicación la

---

<sup>302</sup> STS de 27 de abril 1991.

<sup>303</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 817.

doctrina que se aplica a la conservación de los contratos bancarios con consumidores, donde la nulidad de una cláusula la excluye, pero se conserva la relación contractual.

### **3.14.2 La resolución extrajudicial dentro de la Ley del Contrato de Agencia (LCA)**

Dentro de la normativa que establece la Ley del Contrato de Agencia, concretamente en su art. 26.1.a) LCA se prevé un supuesto de resolución extrajudicial al establecer que cualquiera de los contratantes vinculados por un contrato de agencia puede darlo por finalizado, sin necesidad de preaviso<sup>304</sup>, cuando la contraparte hubiese incumplido, total o de forma parcial, las obligaciones legales o contractualmente establecidas. Como reiteramos en múltiples epígrafes de en este trabajo, los tribunales acuden por analogía a lo dispuesto en la LCA, pues atendiendo al déficit que supone nuestro CC, ofrece soluciones más equitativas atendiendo a las cuestiones de resolución, plazo adicional, preaviso e indemnización.

### **3.14.3 Las cláusulas con condición resolutoria expresan:**

Existe la posibilidad, por tanto, de renunciar de forma anticipada, a la facultad resolutoria, salvo en los contratos con consumidores. Siendo aquí interesante analizar cómo afectaría el incumplimiento doloso a la posible eficacia de esta exclusión, pero para no ser demasiado exhaustivos, no nos detendremos en esta cuestión.

Es posible incluir en un contrato una condición resolutoria expresa o una cláusula de vencimiento anticipado de origen convencional, ya que el artículo 1129 del Código Civil es de carácter dispositivo, lo que significa que las partes pueden acordar cláusulas distintas a las contempladas en ese precepto. De acuerdo con el artículo 1255 del Código Civil, estos pactos son válidos, siempre y cuando no quede a la discreción de uno de los contratantes (lo que, recordemos prohíbe el artículo 1256) y exista una justa causa objetiva que lo justifique. Estos mismos criterios podrían aplicarse a la admisión de la facultad de cláusulas de resolución unilateral en caso de incumplimiento.

---

<sup>304</sup> Álvarez Vigaray, R. (1993) Comentario..., p. 97. Carrasco, Derecho de Contratos, 2017, p. 1068, nota 3, informa de que en contratos de ejecución compleja y difícilmente reversible, como las adquisiciones de empresas, es común que las partes pacten la no resolubilidad por incumplimiento, siendo dudoso si un incumplimiento doloso no permitiría, en todo caso, la resolución.

Por tanto, en uso de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), pueden las partes convenir la resolución en supuestos que legalmente no procedería, o reglamentar sus intereses de la manera que entiendan más oportuna (por ejemplo, conviniendo una verdadera condición resolutoria dependiente del incumplimiento de alguna obligación contractual, aunque el art. 1504 CC parece excluir esta posibilidad. Son posibles, así, los pactos resolutorios en contratos de los que nacen obligaciones unilaterales, o para el caso de incumplimiento de cualquier obligación derivada del contrato, sea el que sea este y sea cual sea la gravedad del incumplimiento, con los interrogantes que ello plantea, pues sin duda pueden devenirse ámbitos, donde ocurre un abuso de derecho, que en cierto modo pase desapercibido, camuflado bajo la máxima de la libertad contractual.

Aun en supuestos donde se ha pactado una condición resolutoria expresa, y se ha cumplido con el presupuesto que faculta la resolución en razón de la misma, encontramos algunas posturas doctrinales más conservadoras y en armonía con el principio de conservación del contrato, en especial tras la situación de grave crisis económica sufrida en España desde 2008. Pronunciamientos judiciales que han entendido que procede la aplicación del art. 1124. CC incluso cuando entra en juego una cláusula contractual de resolución por incumplimiento de alguna obligación<sup>305</sup>.

Esto es, en casos en que se ha pactado claramente el incumplimiento que produce la resolución del contrato, la aplicación del art. 1124 CC (en su interpretación judicial) ha llevado a los tribunales a exigir el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde – cuando se mantenía esta doctrina– o, más recientemente, el de la frustración del fin del contrato (STS de 6 de junio de 2006).

En cambio, el Tribunal Supremo viene admitiendo, en varias sentencias recientes, la eficacia inmediata de cláusulas convencionales de resolución en caso de no entrega a tiempo del inmueble que debía construirse, y lo que resulta más llamativo, sin importar la gravedad del incumplimiento (cláusulas, por tanto, que desplazan la aplicación del art. 1124 CC). Se trataba de cláusulas tipo en las que se daba la opción al comprador de pedir

---

<sup>305</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1727.

el cumplimiento o la resolución del contrato<sup>306</sup>. Consideramos que esta argumentación sería inadmisibles en según qué estrato de contratación nos encontremos, en relación con la teoría de los estratos de la contratación que proponemos en el capítulo 6. No sería admisible, por tanto, obviar si el incumplimiento que faculta la condición resolutoria fuera grave o no, pues en el estrato de la contratación en el que intervenga una empresa de cierto tamaño contratante con una empresa inferior, o incluso con un autónomo, queda claro que este último se vería mucho más afectado que en la situación donde la contratación tuviera lugar entre empresas en igualdad de condiciones. Entendemos que, en este caso, esta doctrina es desafortunada ya que debería ser más restrictiva en la consideración y aplicación de este tipo de cláusulas, precisamente por los efectos que tendría la resolución para esa parte, presumiblemente más débil.

En relación con esto y dentro del ámbito contractual de las compraventas de bienes inmuebles por falta de pago del precio aplazado, se haya pactado o no la resolución inmediata por tal motivo (pacto comisorio), indicar que se estará al régimen especial que establece el art.1504 CC, que a su vez la doctrina registral ha extendido a otros contratos traslativos de dominio como la permuta de solar por edificación futura sometida a condición resolutoria.

El art.1504 exige, a diferencia del art. 1124 CC, un requerimiento de resolución para que esta se pueda producir, sin que deba darse al deudor un plazo para cumplir. Excluye, una vez realizado tal requerimiento, la posibilidad de que el juez conceda al deudor un plazo de cumplimiento en lugar de declarar la resolución procedente (lo que no obsta para admitir que el vendedor sí pueda aceptar válidamente el pago con posterioridad al requerimiento de resolución)<sup>307</sup>.

Sobre el pacto comisorio volveremos en epígrafes sucesivos.

---

<sup>306</sup> Desde la STS, Pleno, 10.9.2012, STS 292/2016, 4.5.2016, en un caso en que el retraso era de un mes, STS 322/2016, 18.5.2016 o STS 637/2017, 23.11.2017. Una cláusula con una mera remisión al art. 1124 CC no convierte en automática la resolución en caso de retraso (STS 72/2015, 20.2.2015) y si se han salvado en la cláusula los retrasos en la obtención de licencia de primera ocupación no imputables al vendedor, un leve retraso no permite la resolución (STS 53/2014, 5.2.2014).

<sup>307</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1699.

En principio, pues, pueden ser resueltos por incumplimiento todos los contratos de los que nacen obligaciones recíprocas, esto es, los contratos bilaterales sinalagmáticos en los que cada obligación es causa de la otra (art. 1274 CC).

El Tribunal Supremo establece como requisito para que se puedan considerar obligaciones recíprocas en un contrato que cada una de las partes haya querido que su obligación sea equivalente a la de la otra, es decir, que no se conciba una sin la otra.

Debe entenderse aplicable el precepto contenido en el art. 1124 CC a los contratos de los que en puridad no nacen obligaciones recíprocas, porque no nacen de ellos obligaciones para ambas partes, pero sí tienen por objeto mutuas prestaciones condicionadas entre sí.

Si del contrato novatorio no nacen prestaciones diversas, sino que solo se reordenan las ya pactadas (por ejemplo, se concede un nuevo plazo de cumplimiento), el incumplimiento de alguna facultará para resolver el contrato originario y no el novatorio. En este caso es defendible que el contrato modificado o superado por la transacción pervivirá tras la resolución del posterior<sup>308</sup>.

La resolución es alternativa al cumplimiento, pero el acreedor no puede elegir libremente una u otra opción. La resolución puede considerarse como excepcional, de ahí que no cualquier incumplimiento faculte para extinguir el contrato (en alguna sentencia se acusa al actor, entonces, de actuar en contra de las exigencias de la buena fe)<sup>309</sup>.

Ello explica también que la falta de ejercicio de la facultad de resolución, durante un período largo de tiempo se entienda como expresiva de la opción por el cumplimiento, además de contraria a la buena fe. Efectivamente, como el efecto natural de todo contrato debiera ser el cumplimiento, la resolución pretendida se califica a veces como incurso en abuso de derecho.

---

<sup>308</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 708. STS 4.4.1991 (RJA 2634).

<sup>309</sup> STS 13.5.1985 (RJA 2388). Argumenta que no es posible acusar una infracción del artículo 1124 del Código Civil cuando lo que se ha hecho incorrectamente o se ha omitido carece de la suficiente importancia en comparación con lo que se ha realizado correctamente y el interés del cliente.

Así ocurrió en compraventas de inmuebles con condición resolutoria expresa y cláusula penal que facultaba al vendedor para quedarse con todas las letras de cambio ya pagadas, cuando después de cobrar la última vencida (y prácticamente casi todo el precio) se insta la resolución por el impago de algunas letras de cambio anteriores.

Excepcionalmente se prevé la resolución anticipada al vencimiento de la obligación en el caso de compraventas de bienes inmuebles, cuando el vendedor tuviese fundado motivo para temer la pérdida de la cosa vendida y el precio (art. 1503 CC), esto es, porque se ha entregado ya el inmueble y hay riesgo de que la obligación de pagar el precio, todavía no vencida, no se cumpla cuando llegue el momento. Y si el contrato ya se ha ejecutado, o ha dejado de estar en vigor, no podrá resolverse, pues no habrá entonces incumplimiento ninguno achacable al deudor (si se hubiera cumplido defectuosamente, por supuesto procederá la resolución).

#### **3.14.4 Los efectos perversos del uso de la condición resolutoria expresa**

Como consecuencia de las amplias facultades que otorga la libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad, viene ocurriendo, que en los contratos B2B, dentro de nuestro sistema y cada vez con más frecuencia en el ámbito negocial, ocurren efectos indeseados derivados de prácticas de lo que algunos califican como *ingeniería jurídica*.

En consecuencia del interés, paulatinamente más frecuente, de ciertos contratantes por resolver los conflictos de forma ágil y preferentemente, extrajudicial, así como, del interés de evadir doctrinas y criterios jurisprudenciales poco favorables a los intereses contractuales, se vienen concertando en la práctica, contratos –en su mayoría atípicos– que suelen ir pertrechados de un clausulado denso, muy detallado y que contiene un gran número de condiciones resolutorias expresas, normalmente previstas a favor de una de las dos partes, que la facultan a resolver el contrato por un incumplimiento de la otra parte, incumplimiento que no siempre es esencial, de acuerdo con la tesis sostenida en este trabajo, quedando en realidad la eficacia del contrato al arbitrio de una de las dos partes, y por lo tanto, contrario al art. 1256 CC.

Además en este contexto ocurre, que una de las partes contratantes, que normalmente coincide con el contratante que mayor poder negocial tiene en el ámbito de la economía del contrato, el cual, frecuentemente, se reserva además, algún medio de interpretación del *factum*, acerca de la existencia o no del incumplimiento.

Esta circunstancia viene siendo una constante en los contratos de obra, franquicia, agencia, distribución comercial y en general, en todos aquellos en los que existe una disparidad de poder negocial o en el que las inversiones específicas realizadas por una de las dos partes (franquiciado, agente, contratista) en el cumplimiento del contrato, le dejan a merced de la otra parte.

Esta situación, unida a una jurisprudencia muy restrictiva a la hora de valorar la ineficacia de condiciones resolutorias excesivas, así como las penalizaciones asociadas a tales resoluciones, hace indispensable traer a colación el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, además de que estas situaciones puedan suponer, previsiblemente, un abuso de derecho o ser contrarias a la prohibición de que el contrato quede al arbitrio de una de las dos partes (art. 1256 CC). Cuestiones todas ellas desarrolladas ampliamente en los capítulos sucesivos, pues pretendemos encontrar alguna solución o criterio interpretativo presumiblemente más justo a través de la *teoría de los estratos de contratación* que proponemos en esta tesis que, si bien no dé respuesta a toda la casuística que se pueda plantear, pueda ser relevante en algunos casos.

### **3.14.5 Herederos del país de “Rinconete y Cortadillo”**

En relación con las cuestiones planteadas en los epígrafes precedentes y tras el análisis de la jurisprudencia más reciente en materia de condición resolutoria y plazo esencial, se puede observar como en los últimos años se ha establecido una jurisprudencia inaceptable, la cual en palabras de propio Carrasco Perera: “se ha entronizado y en virtud de la cual cuando las partes han expresado una fecha de cumplimiento y han incorporado una condición resolutoria expresa en contratos de enajenación de vivienda futura”<sup>310</sup>, se

---

<sup>310</sup> Dice Carrasco Perera que la doctrina jurisprudencial es superflua en este sentido Ej. STS de 29 de noviembre 2012.

permite la resolución en la fecha de cumplimiento aunque el incumplimiento no sea esencial en términos materiales y el demandado esté en condiciones de cumplir. Esta doctrina considera que la fijación de un plazo inequívoco es equivalente a un plazo esencial y que la inclusión de una condición resolutoria expresa libera de la necesidad de demostrar otros requisitos adicionales para la resolución<sup>311</sup>.

La jurisprudencia mencionada a menudo está relacionada con la presencia de una garantía bancaria o seguro que cubre los pagos anticipados realizados por el comprador en un contrato de enajenación de vivienda futura. En estos casos, se entiende que la reclamación de la garantía o el seguro no debería estar sujeta a plazos de espera relacionados con la obligación principal del contrato.

En las STS 7 de mayo de 2014 STS 20 de enero 2015, incluso se llega a una situación paradójica que parece solo se puede resolver mediante el abandono de la regla del incumplimiento esencial. En efecto, si se concede espera al promotor, se corre el riesgo de perder el aseguramiento o el aval, tanto por la perentoriedad del plazo de vigencia como por el riesgo que tiene para el comprador conceder prórrogas al promotor.

En consecuencia, o se prescinde del incumplimiento esencial (el plazo no es de esencia en los contratos de promoción inmobiliaria) o se da por buena la reclamación contra el garante sin entrar en más detalles sobre si el contrato de compraventa está resuelto.

Siendo, todos estos claros ejemplos de la inversión de la necesidad de esencialidad para declarar la resolución por parte del TS, aquí ocurre un automatismo de la condición resolutoria, como se aprecia en estas sentencias, en palabras de Carrasco Perera, ha dado lugar a una jurisprudencia desgraciada, y lo que es peor, innecesaria y destructiva del andamiaje histórico de la resolución por incumplimiento. Para más desgracia, promueve el ejercicio oportunista y abusivo de la facultad de resolución, cuando se llega hasta el extremo de permitir que el comprador resuelva el día después de la llegada del plazo y se

---

<sup>311</sup> Para ampliar esta cuestión Ver estas sentencias: sts de 8 de noviembre de 2012, 15 de noviembre de 2012, 29 de noviembre de 2012, 13 de noviembre de 2013, 28 de junio de 2015. 2682 comentario de BUSTO LAGO, 4 de mayo de 2016. 2735 comentario de PLANA ARNALDOS, Según Carrasco Perera esta sentencia se equivoca. Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1231.

dé curso a esta resolución, aunque el vendedor ofrezca inmediatamente el cumplimiento en la contestación al requerimiento resolutorio.

Como sostiene Carrasco Perera,

La exigencia de sustancialidad o esencialidad en el incumplimiento no se ha forjado en la jurisprudencia antigua (y buena ) como una regla supletoria a la falta de declaración expresa, sino como una regla material instaurada para neutralizar las estrategias oportunistas y la destrucción innecesaria del surplus bilateral creado en el contrato, cuando ocurre simplemente que el acreedor quiere salirse de un mal negocio porque su contrato se ha hecho más caro que el mercado, Si no es una regla supletoria, entonces tampoco podrá ser apartada en su aplicación por la simple aposición de una condición resolutoria que tenga al incumplimiento como su supuesto de hecho; si la cosa pudiera ser así, entonces también habría que acceder a la resolución cuando el comprador hiciera valer la condición resolutoria (cumplida) después de que el vendedor le ofrece el cumplimiento, aunque retrasado, lo que solo con mucha mala fe se puede defender<sup>312</sup>.

Además, si el ordenamiento impone una regla material de protección de un determinado interés, es ridículo que se pueda hurtar su aplicación mediante la práctica de un expediente formal cuya instauración no tiene coste alguno. En efecto, si tal cosa pudiera conseguirse, de nada habría servido la consagración de esfuerzo regulatorios para la defensa de aquel interés, que puede ser eliminado sin un esfuerzo compensatorio correspondiente.

Y es evidente, no solo, que no tiene ningún coste adicional al contrato una condición resolutoria, sino que de hecho es algo que se hace ya por rutina en todo contrato, simple o complejo.

Su misma universalidad revela la carencia de significado real en la económica contractual”, por demás, incluso si ello fuera posible, sería contrafáctico sostener que cuando las partes han pactado una condición resolutoria han querido derogar toda otra suerte de exigencias materiales para que proceda la resolución.

No menos ridículo es afirmar que la determinación de un plazo de cumplimiento (que es esencial para la validez de todo contrato) equivale a convertir ese plazo en un término esencial de cumplimiento.

---

<sup>312</sup> Y de hecho no se defiende nunca, como así pone de manifiesto la STS de 4 diciembre 2013, 5 de mayo de 2014, 14 de febrero de 2018, 30 de 12 de 2015.

Si así fuera, todo contrato estaría de hecho sujeto a plazo esencial, cuando la realidad es que hoy como ayer los plazos de cumplimiento (especialmente en contratos inmobiliarios, en los cuales evidentemente *term is not of essence*) casi nunca revelan un interés esencial, lleven o no adosada como cláusula de estilo una condición resolutoria expresa, como se comprueba por la cláusula de esencialidad que formula el art. 66 bis. 2 II TRLGDCU<sup>313</sup> y porque el transcurso del plazo adicional del apartado 1 de la norma tampoco basta para hacer esencial el plazo de cumplimiento, pues de hecho, mientras no se resuelva, el vendedor puede todavía cumplir.

### **3.14.6 Aplicación de las reglas del abuso de derecho a cláusulas de resolución expresas**

Existe una jurisprudencia del Tribunal Supremo que convalida formalmente las cláusulas de resolución expresa por causa de un incumplimiento que no son suficientes para catalogarse como incumplimiento esencial<sup>314</sup>.

Además, no está claro en qué medida la jurisprudencia reinstaura las exigencias generales de la resolución del 1124 mediante la aplicación de las reglas del abuso de derecho<sup>315</sup>. Y en este sentido, como sostienen los autores, sería contradictorio establecer requisitos esenciales para hacer uso de la facultad de resolver un contrato si los contratantes pudieran evitarlos mediante la inclusión de una cláusula de estilo que establezca la condición resolutoria expresa por impago<sup>316</sup>.

Distinto en nuestra opinión es que el incumplimiento resolutorio se construya contractualmente de forma tal que la condición resolutoria deje de ser propiamente el incumplimiento y pase a serlo, acaso, una decisión potestativa de la parte adversa<sup>317</sup>.

---

<sup>313</sup> Art 66bis.II TRLGDCU Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor o usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no cumple con la entrega de lo prometido, el consumidor tendrá derecho a pedirle que cumpla en un plazo adicional adecuado. En el caso de que el empresario no cumpla con el suministro de contenidos o servicios digitales, el consumidor podrá solicitar que se le proporcionen sin demora indebida o en un período adicional acordado por ambas partes.

<sup>314</sup> Según Carrasco Perera, de forma muy crítico con esta jurisprudencia, en el mismo sentido, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1984) “Condición resolutoria explícita; ejercicio contrario a la buena fe; abuso de derecho. Incongruencia”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 4, pp. 1303-1314.

<sup>315</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1215.

<sup>316</sup> *Idem.*

<sup>317</sup> *Ibidem* p. 1214.

### 3.14.7 El pacto comisorio

De acuerdo con lo expuesto en epígrafes anteriores, el incumplimiento con efectos resolutorios cuando la obligación consiste en dar, hacer, o no hacer, que por las características de reciprocidad pertenezcan al ámbito de aplicación del incumplimiento prestacional, insistimos en que este solo debiera tener efectos resolutorios cuando la prestación sea defectuosa, cuando el plazo sea esencial o cuando se entregue cosa distinta *aliud pro alio*.

En este sentido, dentro de las relaciones contractuales de compraventa inmobiliaria, y como regla general, *el plazo no es un elemento esencial*, y la finalización del mismo sin un cumplimiento no es motivo de resolución. Si bien es cierto, que las partes, haciendo uso de su libertad y del principio de autonomía de la voluntad “pueden haber convenido una condición resolutoria expresa cuyo supuesto de hecho sea precisamente el incumplimiento (simple o cualificado) de la otra parte”.

Siendo este pacto de ley comisorio una particularidad legal expresa en sede de condiciones resolutorias en la venta de inmueble según lo expuesto en el art. 1504 CC.

A pesar de haberse acordado que el contrato de venta de bienes inmuebles se resolverá automáticamente por falta de pago del precio en el plazo establecido, el comprador todavía puede realizar el pago después de que se haya vencido el plazo, siempre y cuando no haya sido requerido por un juez o notario. Si se hace un requerimiento, el juez no puede conceder un nuevo plazo.

Es decir, aunque se hubiese pactado como condición con efecto resolutorio el no pago del precio por el comprador en un tiempo determinado, este podrá pagar, entretanto el vendedor no haya manifestado su voluntad de resolver, por medios judiciales o notariales<sup>318</sup>.

---

<sup>318</sup> La Sala Primera del Tribunal Supremo, en una reunión plenaria en julio de 2011, estableció como doctrina jurisprudencial que el requerimiento realizado a través de burofax no puede tener efectos resolutorios válidos según el artículo 1504 del Código Civil. Aunque existe una comunicación fehaciente del hecho notificado mediante el burofax, sigue siendo necesario contar con la garantía adicional que proporciona la supervisión de un fedatario público notarial o de la autoridad judicial para que tenga efecto legal.

En toda compraventa inmobiliaria en la que el incumplimiento consista en el pago del precio, el vendedor tiene la carga de requerir si quiere la resolución, quien compra tiene la posibilidad de pagar entretanto y el juez carece de la competencia para conceder un plazo de gracia posterior al requerimiento<sup>319</sup>”.

Por eso, este artículo, es una norma bidireccional en su objetivo de protección. Previo al requerimiento protege al comprador; después del requerimiento sería considerada una norma *pro venditore*<sup>320</sup>”.

El artículo 1.504 del Código Civil tiene su origen en la *lex commissoria*, que se regulaba en el Título tercero del Libro XVIII del Digesto de Justiniano. En el Derecho romano no existía una acción general para resolver un contrato debido al incumplimiento de una de las partes, por lo que el contratante cumplidor solo podía exigir el cumplimiento de la obligación de la otra parte, pero no la resolución del contrato. La *lex commissoria* permitió la posibilidad de resolver el contrato de compraventa mediante un pacto<sup>321</sup>.

Sin embargo, en los contratos de garantía, como los de prenda, hipoteca y anticresis<sup>322</sup>, el Código Civil, en los artículos 1859 y 1.884, prohíbe este tipo de pactos. En este ámbito, el pacto comisorio se define como una cláusula adjunta al contrato de garantía que autoriza al acreedor, *sic et simpliciter*, a apropiarse definitivamente de la cosa mueble o inmueble objeto del contrato de garantía en caso de incumplimiento del deudor.

---

<sup>319</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1213. Derecho de contratos. Derecho unilateral de configuración jurídica, derecho ejercitable mediante una demanda o una declaración extrajudicial recepticia comunicada al deudor,

<sup>320</sup> *Idem.*

<sup>321</sup> Moll de Alba Lacuve, C. (2003).”El pacto comisorio en el Código Civil”. *Revista De Derecho vLex*, nº 10.

<sup>322</sup> *Idem.*

A propósito de los artículos 1859 y 1884<sup>323</sup> además, recientemente la doctrina del TS, ha considerado como bilateral y por lo tanto, susceptible de resolución un contrato de préstamo de dinero, considerado tradicionalmente unilateral<sup>324</sup>.

De las consideraciones anteriores, resulta admitir que el art.1504 CC adquiere especial relevancia porque es ejemplo de un control legislativo con el interés de equilibrar una situación injusta en el uso oportunista del remedio resolutorio. Antes del requerimiento es una norma claramente *favor debitoris* constriñendo la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, pues pretende un equilibrio y por ende, evita el uso oportunista del remedio resolutorio, actuándose en este caso de acuerdo con el principio de conservación de los contratos.

En este sentido, se podría relacionar, la prohibición del pacto comisorio y la restricción en la admisión de las cláusulas de resolución expresas cuando existe incumplimiento, que se permita cumplir en tanto en cuanto no hay un requerimiento, aunque exista un incumplimiento, porque se ha demostrado con la evolución histórica, los riesgos que supone todo automatismo en la resolución, aunque exista un incumplimiento y aunque exista un pacto que prevea las consecuencias, estas no tienen por qué ser equitativas. Es por ello que, al igual que el español, son varios los ordenamientos que neutralizan la eficacia resolutoria de una cláusula comisorio impidiendo toda resolución automática<sup>325</sup>

Estamos plenamente de acuerdo con el acierto de esta tendencia, la cual es sustantivizada en el art. 1504 CC, el cual como estamos viendo, exige un requerimiento previo al comprador antes del inicio del proceso de resolución por falta de pago del precio, exista o no pacto comisorio.

---

<sup>323</sup> El acreedor no podría adueñarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas." El artículo 1.884 del Código Civil establece que en el contrato de anticresis, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble en caso de falta de pago de la deuda en el plazo establecido y cualquier pacto en contrario será considerado nulo. De igual forma, el artículo 1.859 del mismo código señala que el acreedor no puede adueñarse ni disponer de las cosas dadas en prenda o hipoteca. En ambos casos, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece los procedimientos para que el acreedor pueda exigir el pago de la deuda o la venta del bien en cuestión.

<sup>324</sup> STS 11 de julio de 2018.

<sup>325</sup> Moll de Alba Lacuve, C. *op. cit.*

La intención del legislador de prohibir la resolución automática del contrato ha resultado en la ineficacia del pacto comisorio. A pesar de que el artículo 1504 del Código Civil hace referencia al pacto de la *Lex Commissoria*, su eficacia en el tráfico jurídico ha sido negada. Según Moll De Alba Lacuve, aunque el pacto comisorio no está expresamente prohibido en la venta de bienes inmuebles, su utilidad es nula debido al régimen único e imperativo de resolución establecido<sup>326</sup>.

Los artículos 1648 y siguientes, así como el artículo 1504 CC, tienen una clara intención protectora: buscan proporcionar al deudor que ha incurrido en incumplimiento la oportunidad de remediar su situación, aumentando sus opciones de pago.

Se puede concluir, por lo tanto, que el legislador del siglo XIX ha buscado limitar el alcance que el pacto comisorio tenía en el Derecho romano, no solo en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, sino también en los de censo, con el fin de evitar que las partes puedan pactar resoluciones automáticas y apropiarse de bienes que no les pertenecen<sup>327</sup>.

El artículo 1504 del Código Civil se refiere a la compraventa de bienes inmuebles, mientras que el artículo 1505 se refiere a la compraventa de bienes muebles. En el caso de los bienes muebles, la resolución de la venta se producirá automáticamente, en beneficio del vendedor, si el comprador no se presenta para recibir la cosa antes de que expire el plazo acordado para la entrega, o si, al presentarse, no ofrece al mismo tiempo el precio, a menos que se haya acordado una prórroga para el pago.

En relación a la compraventa de bienes muebles, algunas resoluciones judiciales han señalado que no se debería aplicar el mismo rigor que se aplica en la compraventa civil para considerar el incumplimiento como resolutorio. Esto se debe a la especialidad del derecho mercantil, que busca proteger de forma eficaz el interés del vendedor en la liquidación ágil del contrato, especialmente cuando el comprador no cumple con su obligación de recibir la mercancía en tiempo y forma.

---

<sup>326</sup> Moll de Alba Lacuve, C. *op. cit.*

<sup>327</sup> *Idem.*

El sentido del artículo 1505 es un poco confuso, ya que tendría sentido si se refiere solamente a compraventas mobiliarias mercantiles, donde el tiempo es normalmente de esencia del contrato y los precios de reventa pueden hallarse sometidos a rápida fluctuación. Pero el precepto se aplica –con más razón– a las compraventas mobiliarias no mercantiles, es decir, a las compras al consumo y a las compras para uso o consumo empresarial. Y sin embargo, puede todavía en estos casos existir una razón para justificar el rigor de esta norma a efectos resolutorios.

La naturaleza civil de la compraventa no impide que el objeto de la compraventa de bienes muebles sea en su mayoría una simple *commodity*. En los mercados de *commodities*, no tendría mucho sentido obligar a la parte cumplidora a atenerse al contrato incumplido, cuando podría adquirir fácilmente un bien equivalente al que el vendedor se niega a entregar. Además, el vendedor en el artículo 1505 del Código Civil todavía no ha entregado el bien, por lo que los costos de la resolución serían bajos. Esto apoya la validez de una regla implícita en la que, en los mercados de *commodities*, si las cosas no han cambiado de manos y ambas partes tienen la facilidad de enajenar o comprar en un mercado de sustitución, la resolución por incumplimiento procede sin más requisitos que el hecho de que el comprador no se presente con el dinero en la fecha acordada.

Según Bercovitz, la entidad del incumplimiento, cuando la resolución afecta a la compraventa de un bien inmueble con pacto comisorio (art. 1504 CC), viene determinada por lo acordado entre las partes. En este sentido, menciona un supuesto interesante al que nos hemos referido en otros epígrafes, el que recoge la STS de 4 de diciembre de 2018, donde tiene lugar la resolución de permuta de solar por obra futura, pues así se acuerda en condición resolutoria explícita. Supuesto en que solo bastó el retraso en el cumplimiento de la obligación, unido al requerimiento exigido por el precepto, para que la resolución se produjese sin posibilidad de conceder nuevo plazo por el juez ni de enjuiciar este la gravedad del incumplimiento.

Quicios Molina señala que el artículo 1504 del Código Civil tiene una importante función en la regulación de los límites a la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de compraventa. Este artículo impide que las partes puedan pactar la resolución

automática del contrato por el impago del precio, lo que evita abusos en el ejercicio de la facultad resolutoria. El Tribunal Supremo ha sido estricto en la interpretación de estos pactos, exigiendo una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato para poder ejercer la facultad resolutoria. Sin embargo, esta doctrina ha sido revisada recientemente, abandonando este requisito subjetivo. Además, la imperatividad del artículo 1504 impide la validez de una condición resolutoria automática dependiente del impago del precio por parte del comprador, siendo necesaria la realización de un requerimiento resolutorio<sup>328</sup>.

La importancia de tal requerimiento para dar por resuelta una compraventa de bienes inmuebles queda mermada, sin embargo, si se entiende que, en cualquier caso, el vendedor pueda resolverla de acuerdo con el art. 1124 CC, que no exige tal requerimiento.

Además, si hecho el requerimiento resolutorio se pretendiese el cumplimiento del contrato, perderá validez aquel. Pero la existencia de meras conversaciones para solucionar privadamente el problema que no fructifican en un acuerdo, no trunca la eficacia del requerimiento resolutorio. El Tribunal Supremo ha puntualizado que el requerimiento resolutorio tiene un carácter permanente, es decir, que seguirá siendo válido hasta que se cancele, ya sea por un acuerdo entre las partes o por una decisión o acto del vendedor. Incluso, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de otorgar un plazo al comprador para que cumpla con su obligación de pago.

### **3.14.8 La facultad de desistir**

Del examen de los epígrafes anteriores, se observa que las relaciones obligacionales a las se pueden poner fin mediante una resolución o mediante el ejercicio del desistimiento, siempre que concurren los requisitos necesarios, pueden ser de distinta índole.

---

<sup>328</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1744.

En cuanto a su concepto, sostiene Quicios Molina, que el desistimiento es la acción de un sujeto y la resolución, el accidente de un contrato<sup>329</sup>, y en este sentido no hay inconveniente en entender resuelto un contrato por desistimiento, ya que la extinción se debe a una causa sobrevenida.

En un primer término, se puede ejercer el derecho de desistimiento en relaciones contractuales más o menos duraderas en el tiempo, ya sean de tracto único o de tracto sucesivo, como ocurre en el contrato de agencia o en el contrato de transporte de mercaderías de carácter indefinido, tipo contractual al que nos hemos referido de forma continuada en este trabajo, por entender este ámbito especialmente vulnerable a prácticas negociales que implican abuso de poder de una parte, normalmente una empresa logística de cierta envergadura respecto de la otra, habitualmente un transportista autónomo.

En este sentido, y en relación a la facultad para ejercer el desistimiento –reiteramos– donde no tiene por qué acaecer un incumplimiento, debemos indicar que se puede ejercitar con justa causa o sin justa causa (el denominado *ad nutum*), siendo relevante en este último caso lo que las partes hayan previsto en el contrato, o en defecto de pacto, lo que establezcan determinadas normas expresamente<sup>330</sup>. Y subrayamos, en defecto de pacto, porque en este ámbito, nuevamente la fuerza que se le otorga a lo convenido entre las partes adquiere especial relevancia.

En cuanto al ejercicio del desistimiento por parte de quien está facultado para ello, no implica además que el actor esté legitimado para pedir una indemnización de daños y perjuicios, aunque a esta cuestión, nos referiremos posteriormente.

Según Quicios Molina, serían supuestos de desistimiento unilateral todos aquellos casos en los que uno de los contratantes tiene el derecho a extinguir, por su sola y libre

---

<sup>329</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1692.

<sup>330</sup> Véase por ejemplo los distintos artículos de normativa especial que permiten un desistimiento: 1586,1594,1705,1707,1732,1736,1749,1750,1775,1776 CC. Art 249,302, 11 LAU/1194, art 24.d) LAR, art 25 LCA, art 68 y ss.,102 y ss TRLGDCU, art 10 Ley 22/2007, art 83.a LCS, art 49.1.d ET.

voluntad y sin que haya incumplimiento ninguno de la otra parte, el contrato celebrado. Se dice por ello, con otras palabras, que lo resuelve unilateralmente<sup>331</sup>.

Puntualizamos, en relación a la continua confusión en el uso de este término en la práctica que, al ser un derecho, su ejercicio no puede considerarse incumplimiento del contrato. Por lo tanto, técnicamente, el desistimiento unilateral es un derecho, y su ejercicio puede conllevar alguna responsabilidad, aunque nunca será equivalente a la indemnización por incumplimiento pues no se estaría cometiendo ningún ilícito.

En este sentido, entendemos que el ejercicio del derecho de desistimiento conlleva la obligación por parte de quien lo ejerce, o bien de conceder un plazo, o si no se hace de indemnizar por la ruptura abrupta de la relación contractual. Consideramos pues que el ejercicio del derecho de desistimiento conlleva una responsabilidad.

Existe por tanto este derecho de desistimiento en los contratos en los que no se ha establecido plazo de duración, y al ser indefinidos, lo incluyen implícitamente y de forma automática<sup>332</sup>, pues nadie puede estar obligado a permanecer en un contrato eternamente, circunstancia que sería contraria al orden público.

También cabe la opción, mediante acuerdo convencional, de establecerlo en un contrato sin plazo de duración; donde según la doctrina<sup>333</sup>, puede hablarse de una laguna contractual que cabe integrar recurriendo a la ley o a los usos de los negocios (arts. 1281 y 1287 CC), y solo si no se encontrase plazo aplicable se reconocería el derecho de desistimiento<sup>334</sup>.

Por lo tanto, este derecho de desistimiento automático se daría en contratos indefinidos de tracto sucesivo que se prorrogan en el tiempo. Frecuente en este ámbito son los contratos de arrendamiento de servicios, el contrato de transporte de mercancías

---

<sup>331</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1753.

<sup>332</sup> En este sentido sería interesante analizar, si se exige una permanencia mínima, o si se puede ejercer el desistimiento en cualquier momento y de forma inmediata. Pues hay una laguna.

<sup>333</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1753.

<sup>334</sup> Klein, M. (1997) *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Civitas. pp. 137-139, apoyándose en Díez-Picazo.

y distintos contratos atípicos o complejos similares al del contrato de agencia, el de distribución o el de mandato; un ámbito donde muy frecuentemente intervienen dos partes, donde una de ellas reviste mayor poder económico, lo que deriva, por ejemplo, en un uso sorpresivo del derecho de desistimiento, sin previo aviso, sin indemnización alguna (pues no existe incumplimiento) dejando en una situación un tanto precaria a la otra parte.

Recordamos que en el ámbito del contrato de transporte es muy frecuente el ejercicio del derecho de desistimiento por parte de la empresa logística que prescinde de los servicios de la otra parte, normalmente un transportista autónomo, porque no le interesa económicamente dicho acuerdo y busca otro negocio mejor, y para ello se ampara precisamente en la existencia de este derecho, pues son relaciones contractuales de muchos años, normalmente pactos verbales e indefinidos.

Esta situación ha sido corregida por el Tribunal Supremo en este tipo de contratos con la referencia a los artículos de la LCA que obligan a establecer un plazo de preaviso.

En el ámbito contractual las posibilidades son muchas. Puede darse un pacto escrito muy detallado, puede ocurrir un pacto verbal, basado en la confianza entre las partes, que lleve desarrollándose, por ejemplo, de forma indefinida quince años, y pueden darse múltiples escenarios más fruto de la autonomía privada, pues esta es enormemente rica y variada. Por todo ello, el TS, también ha considerado, que cuando el contrato se basa en las características personales del otro contratante, es decir, los *intuitu personae*, también existe en estos un derecho de desistimiento, en caso de que se pierda la confianza, consideración estrictamente subjetiva pero igualmente que sirve para justificar la extinción del contrato.

Si se pacta el desistimiento, el contrato puede incluir una cláusula que permita a cualquiera de las partes dar por terminado el contrato según su voluntad, y también puede establecer las condiciones y las consecuencias de hacerlo. Por ejemplo, puede especificarse el plazo y las formalidades necesarias para notificar la decisión de terminar el contrato, así como si la parte que decide desistir está obligada a pagar alguna compensación económica a la otra parte. Es importante destacar que esta compensación

puede ser considerada como una cláusula penal y por tanto, puede ser moderada según lo permitido por el artículo 1154 del Código Civil.

Aunque el TS a veces entiende que como el desistimiento no supone un incumplimiento, esta cláusula indemnizatoria no entraría en el concepto de cláusula penal del artículo 1152.

Cuando se pacta el desistimiento unilateral normalmente en los contratos de distribución en exclusiva de duración indefinida o en contratos de arrendamiento de servicios o de bienes, indefinidos o de larga duración, es habitual la inclusión en dichos contratos de múltiples cláusulas, a veces de difícil comprensión, que implican amplias facultades de desistimiento para una de las partes, y no necesariamente a cambio de una indemnización para la otra, manifestación de nuevo, del mayor poder negocial de una parte, la cual sin duda, influye decisivamente en el contenido del contrato, y la otra consiente, pues pretende en todo momento cumplir con lo pactado y crecer como empresario.

Por eso, hay sentencias que se pronuncian sobre la posibilidad de que el desistimiento unilateral vulnere el art 1256 CC –pues podría quedar el contrato al arbitrio de una de las partes–. El Tribunal Supremo ha razonado en estos supuestos que no se vulnera dicho precepto pues con ello se faculta en realidad para poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida. Pero nos deja profundas dudas, pues no está claro en qué caso el desistimiento pretendido supone un incumplimiento real o supone meramente el abandono del contrato, dando lugar a su extinción, por ello habrá que analizar si el desistimiento es admisible en cada caso, y si su aceptación de forma convencional no se debe al abuso de una situación predominante, donde el empresario con mayor poder negocial exige poder reservarse para si un derecho de desistimiento, como condición *sine qua non* para cerrar el contrato.

Por este motivo, como sostiene la doctrina, es más correcto matizar que el desistimiento unilateral pactado debe ser conforme con la causa del contrato<sup>335</sup>.

El desistimiento también se puede incluir en los contratos con condiciones generales de la contratación, y en los contratos con consumidores, y aunque no es el ámbito de nuestro estudio, cabe recordar que en los mismos es alto el riesgo de que la cláusula sea abusiva. Lo cual ocurre, como se dice en la LCGC “si el profesional se reserva la facultad de resolver anticipadamente el contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable el contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo”<sup>336</sup>.

Entendemos por tanto que el contrato que regule el ejercicio del desistimiento, incluso entre empresarios, especialmente si pertenecen a diferentes estratos, debería atenerse, aunque la contratación no sea entre consumidores, a las particularidades del ejercicio de los distintos derechos de desistimiento reconocidos a los consumidores en las cuestiones referidas a la forma de ejercicio, el plazo de preaviso, el momento de ejercicio, la justa causa, etc. Pues su no observancia, pudiera derivar en cláusulas que revistan de cierta abusividad, aunque se justifique su eficacia en la voluntad convencional de las partes.

Como reiteramos de forma constante en este trabajo, que los pactos hayan sido consentidos por las partes –ambos empresarios–, como manifestación de su autonomía, no quita la influencia que en la concertación del pacto han tenido diversas variantes, a saber: el mayor poder económico de una de las partes, la necesidad de emprendimiento de la empresa pequeña que ve en el contrato una oportunidad de crecer aunque tenga que asumir un riesgo y tenga que aceptar condiciones que en otro contexto no aceptaría, incluso se puede apreciar la existencia de cierta influencia de la denominada “violencia

---

<sup>335</sup> Bercovitz Álvarez, G., *Comentario...*, op. cit., pp.1499, que cita SSTS 15.12.1988 (RJA 9466), 9.2.1998 (RJA 611).

<sup>336</sup> LCGC. Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas. A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones mencionada.

económica” o ciertas coacciones (*duress*<sup>337</sup>) que pudieran influir en el consentimiento del contratante empresario débil. O incluso puede ocurrir algo tan sutil como una desigualdad a nivel de asesoramiento jurídico técnico, pues recordemos que estas empresas de mayores dimensiones tendrían más recursos que redundan en mejor asesoramiento técnico, y en una mejor anticipación y previsión de circunstancias que pudieran afectarles económicamente, lo cual derivaría en que *a priori* se salvaguarden ciertas cláusulas que neutralizaran los efectos negativos que pudieran ocurrir. Exigiéndole por tanto a la parte más débil la obligación de sumisión a unas cláusulas que no les benefician precisamente, pues le otorgan a la otra parte la posibilidad de desvincularse a través de un desistimiento pactado, y por tanto desvincularse de una forma barata y ágil del contrato, sin mayores valoraciones de en qué situación se queda la otra parte.

En este sentido, como todo derecho, el de desistimiento debe ejercerse de acuerdo con la buena fe, sin incurrir en abuso de derecho (art. 7 CC), pues en otro caso procederá la correspondiente indemnización, aunque los casos en los que puedan darse un abuso de derecho y existir mala fe, presenten dificultades a efectos probatorios.

En este sentido, recordemos que el ejercicio del derecho de desistimiento ad nutum no precisa justa causa, por lo que, estima la jurisprudencia, que incluso si se invoca una causa que resulta no ser cierta no por ello cabrá estimar que concurre abuso de derecho, pues para ello deberán darse las circunstancias que hacen abusivo el ejercicio del derecho de desistimiento, circunstancia que la encontramos un tanto alejada de la exigencia de la buena fe, aunque no exija justa causa.

En este sentido la existencia de buena fe es de libre apreciación de los juzgadores de instancia<sup>338</sup>.

---

<sup>337</sup> *Vid.* Capítulo 6.

<sup>338</sup> En relación a la revocación del mandante, la Sentencia del Tribunal Supremo 310/2006, de 23 de marzo de 2006, se refiere a la necesidad de una declaración de voluntad recepticia. En otras palabras, se requiere que la revocación del mandato sea comunicada de manera efectiva al mandatario. Además, no es imprescindible utilizar la palabra "desistimiento" para considerar que se está ejerciendo este derecho que puede estar reconocido en el contrato. Un ejemplo interesante de esto se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo 589/2018, de 23 de octubre de 2018, en la que se deduce el desistimiento a través de comunicaciones del banco a la empresa de servicios de tasación de inmuebles respecto al cambio de

En este sentido, Quicios Molina sugiere que el ejercicio del derecho de desistimiento siempre debería realizarse de acuerdo con la buena fe y debería causar el menor daño posible a la parte que desea seguir vinculada como se acordó originalmente, pero que debe soportar el fin de la relación debido únicamente a la voluntad de la otra parte. Y en este sentido, los desistimientos repentinos y sorprendentes, así como aquellos que buscan obtener beneficios egoístas a expensas de la otra parte, serían contrarios a la buena fe<sup>339</sup>.

Esto se traduce en la exigencia, como regla general, de comunicar el desistimiento con la debida antelación, es decir, dando un preaviso. Porque el desistimiento, por definición, es repentino y *un comportamiento honesto exige dar un tiempo a la otra parte para minimizar los posibles efectos negativos derivados de la extinción del contrato*<sup>340</sup>.

No hay que olvidar que existen situaciones en las que el desistimiento de un contrato puede tener consecuencias negativas para la otra parte, como por ejemplo cuando esta ya ha iniciado la producción o tiene en stock mercancías a la espera de ser suministradas, o cuando ya ha revendido bienes que todavía no ha recibido. En estos casos, puede ser necesario que el que desiste busque un nuevo contratante para sustituir al anterior o complete los efectos ya iniciados del contrato.

En algunos casos, el desistimiento puede considerarse abusivo si provoca un perjuicio injustificado a la otra parte. Por ejemplo, si se celebra un contrato de distribución y en el momento de desistir hay un gran stock que perdería gran parte de su valor ante la imposibilidad de su rotación tras la ruptura de las relaciones comerciales. En estos casos, el desistimiento se puede calificar como abusivo y puede conllevar la obligación de indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios causados<sup>341</sup>.

---

empresa en la prestación del mismo servicio. En la STS de 18 de mayo de 1991, en cambio se concede la indemnización en casos de resolución de contratos de concesión mercantil con abuso de derecho.

<sup>339</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1754.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 1761.

<sup>341</sup> STS de 31 de mayo de 2006.

Es por ello que la jurisprudencia establece que es necesario un preaviso para ejercer la facultad resolutoria de un contrato ya que su ejercicio sorpresivo, inopinado y repentino, sin dar un margen de reacción, puede ser considerado como abuso del derecho o como una conducta desleal y mala fe en el ejercicio de estos derechos. Aunque esto no impide la extinción del contrato, puede dar lugar a una obligación de indemnización por los daños y perjuicios causados

El preaviso se ha estimado necesario en los contratos de duración indefinida (supuesto normal en el que se admite el desistimiento), aunque nada se haya pactado, obligación que como sostiene la STS de 31 de mayo de 2006, además de derivarse del principio de buena fe, podría venir exigida por el art. 1258 CC al observarse en el uso cotidiano de los negocios.

Lo que sí es problemático dependiendo de las circunstancias del caso es la determinación de la antelación con la que debe practicarse tal preaviso si no hay una norma legal o acuerdo.

En general, se espera que el aviso previo se entregue dentro del plazo establecido en el contrato, y en caso de no existir uno, se deberá hacerlo dentro del plazo establecido por las prácticas habituales. Si no se cumplen estas condiciones, se debe otorgar un plazo prudencial en consideración a la naturaleza de la obligación<sup>342</sup>. En este sentido, las partes tienen la libertad de acordar el plazo de preaviso que consideren apropiado, siempre y cuando cumplan con las normas imperativas.

En relación al término prudencial que cabe exigir en defecto de pacto y usos, debe guardar relación con el tipo de contrato, su duración, el grado de confianza existente entre las partes (o, para acortarlo, la pérdida de esta confianza).

En los contratos en los que quien desiste se ha comprometido a realizar inversiones importantes a la otra parte, como en los contratos de distribución (concesión o franquicia), en los que el distribuidor suele estar obligado a establecer instalaciones, contratar personal

---

<sup>342</sup> Susana Quicios Molina en La ineficacia contractual en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1761.

y adquirir un stock de mercancías, la otra parte debe tener la oportunidad de recuperar al menos estas inversiones antes de la extinción del contrato ya que, de lo contrario, sería abusivo ejercer el derecho de desistimiento. Este principio se refleja en el artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia. Si no se concede este tiempo necesario para no trabajar con pérdidas antes de la extinción del contrato, deberán ser compensadas dichas pérdidas.

Estas razones pueden explicar la norma del artículo 25 LCA que ha regulado el plazo de preaviso del desistimiento del contrato de agencia en función de los años de duración. Puede constatarse que la duración de un contrato es directamente proporcional a su complejidad o al grado de confianza depositada en el otro contratante, de modo que sus intereses serán más perjudicados cuanto más haya durado el contrato.

Y aunque la regla fijada no tiene en cuenta las particularidades de cada caso, aparte de ser clara y no perjudicar al agente que trabaja para sí mismo, favorece al agente que tenga una empresa que, en caso de desistimiento de la otra parte, deba ser desmantelada o reorganizada, con el correspondiente coste.

Esta norma del art 25 LCA viene siendo utilizada de forma analógica por el TS recientemente en numerosos contratos atípicos, incluso verbales, de tracto sucesivo e indefinidos, para justificar la exigencia de plazo y de preaviso, así como las oportunas consecuencias indemnizatorias.

Debe recurrir, por tanto, el TS a este articulado especial, pues no encuentra otra regulación en la normativa general, lo que hace cuando menos acuciante una reforma en este sentido, así ocurre por ejemplo en el contrato de distribución de duración indefinida, que a diferencia del de agencia no se encuentra regulado, o incluso en el contrato de transporte de mercancías que, aun teniendo regulación especial, no se pronuncia sobre el desistimiento, el preaviso y el plazo.

Aunque en general es necesario proporcionar un preaviso al desistir de un contrato, a veces la jurisprudencia es dubitativa, e incardina la cuestión por una resolución al existir un incumplimiento por la otra parte, y en este sentido no sería obligatorio el plazo.

Además, existen excepciones en las que el desistimiento sin preaviso no se considera contrario a la buena fe ni abusivo. De acuerdo con los artículos 1755 y 1733 del Código Civil, se puede deducir que en el caso de depósitos o mandatos gratuitos, la extinción es inmediata, ya que el desistimiento no puede causar perjuicio al único obligado.

Si se alegase una justa causa para desistir, cuando esta fuera relevante, tampoco sería necesario el preaviso.

Ello es evidente si se considera justa causa el incumplimiento de la otra parte o la imposibilidad sobrevenida de la prestación, supuestos ambos en los que en realidad se estaría ejerciendo extrajudicialmente la facultad de resolución por incumplimiento, por lo que la cuestión no está exenta de conflicto.

#### 3.14.8.1 Sobre el preaviso en el ejercicio del derecho de desistimiento

Que el ejercicio del derecho de desistimiento siempre deba realizarse de acuerdo con la buena fe y causar el menor daño posible se traduce en que se considere necesario el preaviso en el ejercicio del desistimiento, salvo en casos excepcionales en los que se alegue una justa causa para desistir. Por ejemplo, si la otra parte ha incumplido sus obligaciones o se ha vuelto imposible la prestación. En estos casos, se estaría ejerciendo la facultad de resolución por incumplimiento de forma extrajudicial, por lo que no sería necesario el preaviso. También se podría considerar justa causa la pérdida de confianza en la otra parte en contratos *intuitu personae* o la concurrencia de una razón grave que haga intolerable la subsistencia del vínculo contractual. En todo caso, la facultad de desistir no se puede limitar.

En este sentido, según Quicios Molina, en algunos casos, incluso cuando se ejerce el derecho de desistimiento correctamente, se puede observar un enriquecimiento del titular del mismo que se corresponde con el empobrecimiento de la otra parte del contrato, y este enriquecimiento no tiene una justificación válida<sup>343</sup>.

---

<sup>343</sup> Susana Quicios Molina en “La ineficacia contractual” en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p 1761.

Se ha planteado la posibilidad de que, aunque la Ley de Contrato de Agencia ya establezca de manera explícita las indemnizaciones por aprovechamiento de clientela e inversiones no amortizadas, aún pueda ser exigible la compensación correspondiente en cualquier caso de enriquecimiento injusto o aplicando analógicamente el artículo 29 de dicha ley. Este principio también está presente en el artículo 1594 del Código Civil, que obliga al comitente que resuelve un contrato de obra a indemnizar al contratista por los gastos y trabajos realizados, así como por la posible utilidad que pudiera haber obtenido.

El Tribunal Supremo ha dictaminado que, incluso en ausencia de abuso de derecho en el desistimiento, procede indemnizar en dos casos: por aprovechamiento de recursos proporcionados por el no desistente (especialmente por clientela) que recordemos no ha incumplido sus obligaciones, y la no utilización de inversiones importantes realizadas por la otra parte que no han sido amortizadas.

Se ha otorgado una compensación por el aprovechamiento de la clientela en casos en los que el empresario representado continúa disfrutando de la clientela aportada por el agente tras la resolución unilateral del contrato. Esto se justifica por la aplicación de los artículos 7, 1101 y 1106 del Código Civil, ya que se considera que el representado se ha enriquecido de forma injusta y debe ser compensado el representante.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 1997 establece que, en el caso de un contrato complejo equiparable a un contrato de agencia, la sociedad X puede beneficiarse de la clientela creada por la sociedad Y lo que podría generar un enriquecimiento injusto. Además, la sociedad Y podría haber realizado inversiones y contratado personal en previsión del contrato, lo que podría causar daños y perjuicios indemnizables. Para determinar las consecuencias de la resolución unilateral del contrato, la Audiencia debe considerar los hechos concretos, y no solo el hecho de que la resolución se haya producido de manera unilateral y abusiva.

Lo que si ocurre es que esa indemnización ha podido excluirse convencionalmente, o incluso no quedar acreditado, pues para reclamar estas indemnizaciones han de probarse los daños que las merecen, lo que determinará la extensión de aquellas.

En atención a lo anterior, en el caso de fondo de DB Schenker logística S.A.U al que nos referimos en los capítulos precedentes, donde recordemos existía un contrato indefinido, además, suscrito verbalmente con el transportista, lo cual *a priori* llama la atención pues los pactos verbales no son el método de contratación habitual y más idóneo en las prácticas negociales de este tipo de empresas de grandes dimensiones, sin embargo se justifica este dato, en que esta circunstancia realmente le otorga una ventaja indiscutible sobre el contrato escrito y sometido a un plazo determinado. En este sentido a la empresa DB Schenker S.A.U le interesaba que el contrato fuera concertado de forma poco formal (verbal), y además que este fuera con carácter indefinido, pues en un primer momento ya no tendría que emplear recursos en la confección de un contrato, ya que por esta mera consideración de indefinido se garantiza, el derecho de desistimiento.

Por todo ello concluimos que tal vez, en el ámbito de los contratos indefinidos concertados entre partes que presenten una desigualdad económica, representan un riesgo para la parte débil, pues aunque se le abone una indemnización, no tienen asegurado el cumplimiento del mismo, lo cual ,quizás, sería más interesante para ellas, y además en armonía con las buenas prácticas negociales, con el principio *pacta sunt servanda*, con la honestidad de los pactos, con el fomento de la confianza mutua, pues no olvidemos que en el caso DB Schenker, el transportista en cierto modo, no pierde un contrato por incumplimiento, casi pareciera que pierde un trabajo.

Por todo ello, quizás sea conveniente en este ámbito, según nuestra teoría de los estratos, dependiendo del estrato en el que nos encontremos, la exigencia de un plazo previo, incluso aunque haya conductas que supongan la existencia de incumplimiento con efectos resolutorios.

#### 3.14.8.2 En cuanto a la indemnización y por la trascendencia que tiene el ejercicio del derecho de desistimiento en relación con la economía del contrato

Respecto al uso abusivo del derecho de desistimiento que facultaría una indemnización, en cierto modo la doctrina es restrictiva, por lo que a veces se encauza la reclamación e indemnización por un enriquecimiento injusto.

En este sentido, se ejerza abusivamente el derecho o se produzca un enriquecimiento injusto al desistir del contrato, las partidas indemnizatorias no serán propiamente las derivadas del incumplimiento de la obligación (daño emergente y lucro cesante)

Aquellos supuestos en los que el desistimiento unilateral del contrato estuviese permitido sin alegar ninguna causa o porque concurra la prevista por ley o pacto, es imaginable que pueda discutirse en juicio si la resolución producida se debe al incumplimiento de la otra parte o al ejercicio de la facultad de desistir.

Si fuera lo segundo, quien resuelve puede que deba indemnizar a la otra parte, indemnización que en ningún caso será exigible a quien resuelve porque la otra parte ha incumplido su obligación, es el caso, por ejemplo, de la STS de 21 de septiembre de 2016 o en el caso de DB Schenker S.A.U.

Continuando con las partidas indemnizatorias, en algunas situaciones, surge la problemática en la procedencia de indemnización por clientela y daños y perjuicios pendientes de amortización al resolver un contrato de obra, distribución o agencia. Sin embargo, si la causa de la resolución del contrato se debe al incumplimiento del agente o concesionario, no se tendrá derecho a dicha indemnización. Así lo establece el artículo 30 de la Ley 12/1992 de Contrato de Agencia.

Entender si se resuelve el contrato por incumplimiento o por desistimiento, como estamos viendo, tiene unos efectos muy distintos. Recordemos que la facultad de desistir estaría implícita en los contratos indefinidos.

Y desde otro punto de vista, quien desiste lícitamente de un contrato no lo incumple, por lo que la otra parte no podría alegar que se produce una resolución por incumplimiento. Así que no procederá pagar ninguna indemnización o, si acaso una indemnización que no será la derivada del incumplimiento de la obligación, recordemos

daño emergente y lucro cesante si no derivada del ejercicio abusivo de un derecho o de la producción de injusto al desistir del contrato<sup>344</sup>.

También puede ocurrir que en algunas situaciones, la ley establezca un precio a pagar por ejercer la facultad de resolver un contrato, pero este precio no debe considerarse como una compensación por los daños que surjan del incumplimiento del contrato<sup>345</sup>.

Además, la jurisprudencia reconoce que existe un derecho de desistimiento *ad nutum* –es decir, sin justa causa– donde no se ha pactado un plazo de terminación determinado, siendo un caso típico y con especial relevancia para este trabajo, los contratos indefinidos de transporte de mercancías.

Es decir, a nuestro entender, el ejercicio del derecho de desistimiento por incumplimiento siempre debe llevar aparejado “el pago de un precio” en las relaciones obligatorias duraderas, ya que la ruptura abrupta del vínculo contractual siempre supone una alteración de la economía del contrato.

En este sentido, un caso prototípico del desistimiento con prima es el de arras penitenciales del art. 1454 CC.

En estos términos se pronuncia la STS DE 13 de febrero de 2009 con fundamento en el art 1101 CC, cuando el principal desistió legítimamente de un contrato de agencia por tiempo indefinido, pues no se distingue entre el desistimiento e incumplimiento contractual.

El art 1594 CC también es un buen ejemplo de la posibilidad de ejercer un desistimiento unilateral, siempre que se abone lo correspondiente de rigor<sup>346</sup>.

En palabras de Carrasco Perera, “el desistimiento tendría efectos extintivos, aunque quien lo declara no hubiera respetado el plazo de preaviso previsto o razonable, o, aunque

---

<sup>344</sup> Entre otras, SSTS 22.3.1988 (RJA 2224), 27.5.1993.

<sup>345</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1209.

<sup>346</sup> “El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”.

de otra manera incurra en desistimiento abusivo<sup>347</sup>, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que sean de rigor. Pero no tiene efectos extintivos cuando se desista de un contrato sin que esta facultad esté reconocida al declarante; es cierto que en tales condiciones muchas veces no se podrá imponer un cumplimiento específico, y la otra parte se verá forzada a resolver, pero a todos los efectos la conducta de incumplimiento no es una conducta de desistimiento<sup>348</sup>.

En este sentido si un contratante alega que la voluntad conjunta de desistir se deduce de la conducta concluyente de las partes, en lugar de una declaración expresa, puede surgir un dilema interpretativo. Esto es especialmente cierto si se debate si existe un mutuo disenso o un incumplimiento del deudor al que el acreedor se somete. El incumplimiento mutuo no es igual a un disenso contractual acordado y el juez debe decidir según lo alegado y probado por cada parte, evitando la tentación de compensar los incumplimientos y dando por terminado el contrato sin consecuencias resolutorias especiales<sup>349</sup>.

¿Puede por tanto entenderse resuelto un contrato por desistimiento (si es un contrato por tiempo indefinido) cuando en principio se pide la resolución por incumplimiento de obligaciones del otro contratante y resulta que ese incumplimiento no se ha producido?

Como apunta Bercovitz, la distinción entre resolución por incumplimiento y resolución por desistimiento es la clave, igualmente, del tratamiento que merecen las famosas cláusulas de rescisión que figuran en los contratos que unen a futbolistas con sus clubes, de modo que para dar por extinguida la relación y pasar a otro club debe abonarse por el deportista una (enorme) cantidad de dinero.

Ello se traduce en la exigencia, como regla general, de comunicar el desistimiento con la debida antelación, es decir, dando un preaviso. Porque el desistimiento, por definición, es inesperado (no se sabe de antemano si se va a ejercer o no, ni cuándo), y un

---

<sup>347</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1209.

<sup>348</sup> *Ibidem*, p. 1211.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 1212.

comportamiento honesto exige dar un tiempo a la otra parte para minimizar los posibles efectos negativos derivados de la extinción del contrato.

La jurisprudencia en ocasiones sostiene que es necesario un preaviso antes de ejercer la facultad resolutoria para evitar un ejercicio abusivo del derecho o conducta desleal que pueda ser considerada como mala fe en el ejercicio de esta facultad. En este sentido, el ejercicio sorpresivo e inesperado de la resolución puede causar daños y perjuicios, por lo que se debe valorar la necesidad de una indemnización para compensarlos. Aunque el ejercicio del derecho no se impide, se debe respetar el margen de reacción de la otra parte implicada<sup>350</sup>.

### **3.15 EL PLAZO SUPLETORIO**

En este epígrafe, profundizaremos sobre la posibilidad de establecer el plazo adicional que menciona el art. 1124.III CC.

En relación al plazo para el cumplimiento de una obligación, tanto en las normas que rigen el ordenamiento como en la jurisprudencia<sup>351</sup> no se encuentra ninguna referencia que obligue al acreedor a establecer un plazo adicional para permitir al deudor cumplir, con la advertencia de que si no lo hace, la obligación se considerará resuelta por un incumplimiento sustancial. Si el plazo original ya ha vencido sin que se haya cumplido con la obligación, el incumplimiento se consideraría esencial y no se requeriría de un plazo adicional para resolver el contrato.

No ocurre así en otras normas de carácter internacional, como lo contenido en la Convención de Viena, que se refiere al plazo en los arts. 47.1, 49.1.b) 63.1 64.1), y en su art. 47.2, como opción interpretativa, establece la regla de que la concesión de un plazo suplementario no priva al acreedor de la posibilidad de reclamar daños moratorios.

---

<sup>350</sup> STS de 31 de mayo de 2006.

<sup>351</sup> Salvo las disposiciones que hacen alguna alusión al plazo en caso de que el contratante en la contratación con consumidores.

En relación al art. 1124.III CC, respecto a la potestad del juez de fijar un plazo en atención a las circunstancias, esta sigue siendo decisiva, como recuerda la STS 23 de noviembre 1987.

Son muy significativos aquellos casos en los que el juzgador<sup>352</sup> ha negado efectos resolutorios a un incumplimiento, cuando la oscuridad e incertidumbre del contrato impiden hablar de voluntad rebelde, y ha acudido a la facultad que le atribuye el art. 1124.III CC para otorgar un plazo suplementario al deudor<sup>353</sup>.

En definitiva, de la observancia de la jurisprudencia obrante y del uso de la facultad discrecional que tiene el juez de fijar plazo se puede deducir que el juzgador no está propiamente concediendo un plazo de gracia en sentido propio, sino fijando uno de cumplimiento que elimine finalmente las incertidumbres, en una función de integración judicial muy parecida a la del art 1128 CC. Como dice Carrasco Perera, con quien coincidimos plenamente, la indeterminación impide en estos casos que se pueda hablar de incumplimiento, y legitima la integración judicial del contrato.

Continuando con este estudio, cabe mencionar que el párrafo III del art. 1124 que nos habla del plazo que puede adoptar el tribunal habiendo lo que denomina “causas justificadas”, sería un plazo por tanto para que el deudor pueda cumplir existiendo estas causas. Por tanto ¿Cuándo habrá causas justificadas? No aclara este artículo si las causas justificadas deben ser *pro debitore*, *pro creditore*, o pro contrato. Entendemos que serían unas causas que atenderán en cualquier caso a la conservación del contrato, a ciertas circunstancias que justamente afectan al cumplimiento y a la buena fe, siempre y cuando, claro está, ese incumplimiento no sea esencial y no frustre el interés del acreedor, aunque este último también sea un concepto jurídico indeterminado.

En este sentido nos parece muy relevante que esa facultad discrecional que se le otorga al juez en razón del art 1124 CC, también atienda a lo que nosotros llamamos teoría

---

<sup>352</sup> Según Carrasco Perera, como un ejemplo sobresaliente: Sap Badajoz 8 de marzo de 2012 y la STS de 22 de abril de 2010.

<sup>353</sup> En este sentido Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1219.

de los estratos de la contratación, pues en nuestra opinión son especialmente determinantes, las características del contratante incumplidor a la hora de señalar plazo.

### 3.15.1 El plazo según el estrato del perfil del contratante

Según el estrato en el que se encuentre el contratante incumplidor, y según el perfil del contratante que está en la contraparte, ya sea de su mismo o distinto estrato, entendemos que deben ser más o menos omnicomprendivas las circunstancias que faculten al juez a fijar plazo. En un estrato inferior, quizás resulte más adecuado fijar un plazo, que le permita cumplir al deudor, pues la resolución inmediata sería una consecuencia demasiado gravosa.

De este modo, intentamos encontrar alguna respuesta a la cuestión que adelanta Díez-Picazo, el cual sostiene que es muy curioso como el párrafo 3 del art 1124 no ha sido casi nunca objeto de examen detenido, porque aunque depende del arbitrio de los jueces, la doctrina nunca ha entrado a esclarecer cuales podrían ser las causas justificadas que apunta este artículo<sup>354</sup>. Siendo este trabajo un intento modesto de proponer algunas.

En cuanto al plazo, en el estrato en el que estemos, habrá que atender a varios factores en relación con el deudor. Si los contratantes pertenecen al mismo estrato, quizás sea más adecuado atender puramente al interés del contrato y por lo tanto, al interés de la parte acreedora, a la que pueda resultar más provechoso una resolución más inmediata y, por lo tanto, un plazo más pequeño o incluso ninguno.

En cambio, si los contratantes se encuentran en diferentes estratos siendo el incumplidor el que se encuentra en un estrato inferior, quizás sea más adecuado la observancia de un plazo suficiente para que este último pueda recuperarse y no sufrir las consecuencias tan rigurosas de a resolución, pues como sostiene Favard “en la concesión del término de gracia, el origen de la norma se encontraba en razones humanitarias”<sup>355</sup>. En este caso podría ser de aplicación nuevamente la doctrina del incumplimiento rebelde ya que, aun perteneciendo los contratantes a dos estratos diferentes, no tendría sentido

---

354 Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 867.

355 Cita literal citando a Favard extraída de Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 867.

adoptar un plazo si intervienen conductas culposas o claramente rebeldes del que incumple, pues difícilmente cumplirá aunque haya un plazo.

La concesión de un plazo, sería por tanto una cuestión a graduar atendiendo en primer lugar al perfil del contratante, pues si el incumplimiento no ha sido esencial hay que dar al incumplidor una oportunidad para remediar la situación como una regla de política jurídica<sup>356</sup>.

En definitiva, consideramos, y en este sentido coincidimos con la doctrina, que nuestro Código Civil debiera contemplar una regulación más amplia sobre la resolución que incluya la necesidad de tener que realizar un requerimiento previo por parte del cumplidor y además, que deba señalarse un plazo mínimo para dicho cumplimiento, relegando a un segundo plano, la necesidad de estudiar –por parte del tribunal– las razones que justifiquen dicho plazo, pues ya no sería necesario que este último tuviera que intervenir para otorgar un plazo adicional, teniendo que ocuparse únicamente de resolver las cuestiones derivadas del incumplimiento.

El plazo adicional que proponemos supondría, además, una especial protección de los intereses tanto de la parte que cumple como de la que incumple. Por un lado, el acreedor cumplidor, transcurrido el plazo, no se vería obligado a continuar vinculado en un contrato que ya no le interesa, pese a que exista un incumplimiento, o varios, de la otra parte, cuando estos no tengan carácter esencial o el mismo no pueda probarse. Y por otro lado, el deudor que incumple estaría de algún modo protegido pues no se vería sorprendido por una resolución repentina y sorpresiva, teniendo un margen para cumplir su obligación.

En este sentido, la concesión de un período de tiempo adicional, por parte de la parte que cumple con el contrato antes de tomar la decisión de resolverlo, sería coherente con el fomento de la buena fe, la honestidad y la confianza mutua que deberían haber existido en todas estas relaciones contractuales atípicas, y del mismo modo, se estaría conforme con el principio de conservación de los contratos.

---

<sup>356</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 871.

En otros países de nuestro entorno, como Italia, ya se contempla un plazo adicional en casos similares donde, aunque se mantenga la posibilidad de una resolución judicial, se permite como excepción a la resolución que el acreedor conceda por escrito un tiempo razonable al deudor para cumplir con sus obligaciones, notificándole que transcurrido el mismo, se resolverá el contrato.

En el artículo 10 del Código Deontológico de la Asociación Italiana de Franquiciadores<sup>357</sup> se establece que la resolución automática del contrato solo se aplicará en casos de incumplimiento de cláusulas fundamentales, y en el caso de incumplimientos menores se deberá incluir en el contrato algún medio para notificar al incumplidor y darle la oportunidad de remediar el incumplimiento

En el sistema jurídico de Estados Unidos, se permite también el uso del plazo adicional en contratos como el de agencia o franquicia. En la mayoría de los estados, se requiere que el franquiciador informe por escrito su intención de resolver el contrato y otorgue un tiempo límite para remediar cualquier incumplimiento antes de proceder con la resolución.

En el derecho alemán, según la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB), promulgada el 26 de noviembre de 2001 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht), la idea central es que antes de resolver se debe dar al deudor la posibilidad de que cumpla todavía con la obligación<sup>358</sup>, por eso el 323 del BGB es necesario para poder resolver que haya requerido de forma previa al deudor para que cumpla y le haya otorgado un plazo razonable<sup>359</sup>.

### **3.15.2 El plazo y la resolución extrajudicial**

La resolución por declaración extrajudicial casa mal con la habilitación del juez para conceder plazo de gracia suplementario para el cumplimiento (art.1121 III) esta

---

<sup>357</sup> <http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2017/08/C%C3%B3digo-Deontol%C3%B3gico-Europeo-de-la-Franquicia.-Edici%C3%B3n-Oficial.pdf>

<sup>358</sup> Cita extraída de la fuente abajo, según SCHULTZ, la fijación de un plazo no es un requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de resolución,

<sup>359</sup> Según Dohrmann, Klaus Jochen Albiez (2017). *El moderno derecho alemán de obligaciones*. Ediciones Olejnik, p. 80.

severa contradicción ha sido neutralizada por la vía de los hechos mediante el casi total desuso de esta facultad conferida al juez<sup>360</sup>.

El juez debería dar plazo solo cuando se hubiera hecho una resolución extrajudicial incorrecta, por ejemplo, se trataba de un incumplimiento no esencial, que ha sido reproducida en la demanda sin que el acreedor reclamara subsidiariamente el cumplimiento, pero en tales casos los jueces no conceden plazo, si no que desestiman la demanda.

Más allá de esta constancia estadística, y como ha señalado la doctrina “no hay ninguna incompatibilidad fundamental entre la validez de una resolución extrajudicial y la competencia del juez para conceder plazo de gracia<sup>361</sup>.

### **3.16 OTROS CASOS DE RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA IPSO IURE**

La ausencia de plazo adicional y por ende, la resolución automática, también opera para el contrato de fletamento marítimo según el art 214 LNM<sup>362</sup>, cuando no se pone el buque a disposición del fletador en el tiempo convenido. Entiende esta ley que en estos casos el plazo es esencial o que el fletador buscará de forma inmediata un transporte alternativo. Por lo que la resolución contractual se puede dar sin que se conceda un plazo adicional.

También se puede resolver el contrato sin necesidad de otorgar una prórroga, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.2 de la LCTTM<sup>363</sup>. Esta norma también se aplica en casos de denegación de embarque, cancelación o grandes retrasos, según lo establecido en el artículo 8 del Reglamento CE 261/2004. En tales situaciones, el viajero tiene derecho a solicitar el reembolso y la compensación por daños, sin requerir ninguna condición previa, siempre y cuando puedan demostrarse los mismos.

---

<sup>360</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1249.

<sup>361</sup> *Idem.*

<sup>362</sup> Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

<sup>363</sup> Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

En cuanto a la compraventa de muebles a plazos la ley 28/1998 establece en su artículo 10 que el contrato solo se puede resolver si el comprador incumple dos plazos o solo uno de ellos si este es el último. En estos casos la resolución es automática, no es necesario conceder plazo al comprador, sin que haya que requerir al comprador para que manifieste si quiere cumplir o no quiere o no puede, y sin considerar que el plazo deba ser esencial. En consecuencia, la cláusula de vencimiento anticipado por impago de dos plazos tampoco será abusiva en el sentido del art. 82 TRLGDCU.

En el régimen común, la falta de pago de un solo plazo puede ser suficiente para resolver el contrato, e incluso dos plazos impagados pueden no ser suficientes para ello, a menos que exista una circunstancia especial que demuestre que el incumplimiento ha afectado seriamente el interés contractual del vendedor<sup>364</sup>.

En las compras de bienes muebles de consumo, el artículo 121 del TRLGDCU establece que la resolución del contrato solo puede ser solicitada después de que se haya solicitado la reparación o sustitución del bien, o cuando dichas acciones no se hayan llevado a cabo en un plazo razonable o sin causar mayores inconvenientes para el consumidor. Además, la resolución no será aplicable cuando la falta de conformidad del bien sea de poca importancia. En consecuencia, la resolución del contrato en este caso solo se aplicará de forma residual.

Un carácter residual que también tiene la resolución en la compraventa de contenidos digitales:

El artículo 66 bis del TRLGDCU establece que cuando un empresario no cumple su obligación de entrega o suministro de bienes o servicios digitales que no se presten en soporte material, el consumidor o usuario debe otorgarle un plazo adicional apropiado a las circunstancias para que cumpla con dicha obligación. En caso de que el empresario aún no cumpla con la entrega o suministro, el consumidor o usuario puede solicitar que se le suministren los contenidos o servicios digitales sin demora indebida o en un período

---

<sup>364</sup> En este sentido Carrasco Perera, A., op. cit., p. 1218.

de tiempo adicional acordado por ambas partes. Si el empresario continúa sin cumplir con su obligación, el consumidor o usuario tiene el derecho de resolver el contrato.

### **3.17 LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: EL INTERÉS INDEMNIZABLE**

En relación a la indemnización por daños y perjuicios cuando procede en caso de que se declare una resolución por incumplimiento, es importante establecer una conexión inmediata con un tema que ha sido objeto de un amplio debate en nuestra sociedad en las últimas décadas. Tal vez sería conveniente reconsiderar o reabrir parcialmente la discusión doctrinal que se consideraba superada a finales de los años 80 del siglo pasado, sobre el interés que puede ser indemnizado en virtud del Derecho español en caso de una resolución.

Por aquellos años existía un sector en la doctrina, de acuerdo con Echevarría<sup>365</sup>, que sostenía que el acreedor que había sufrido un incumplimiento tenía el derecho de recibir una compensación que lo situara en la misma posición que tenía antes de la celebración del contrato, lo que se conoce como "interés contractual negativo". Entendía este autor, que la resolución del contrato tenía un efecto retroactivo similar al de la rescisión según el artículo 1295 del Código Civil al que se remite el artículo 1124 del mismo código, o al de la nulidad según el artículo 1303 del Código Civil. Por lo tanto, la compensación por daños y perjuicios debía colocar al acreedor cumplidor en la misma posición legal que tenía antes de la celebración del contrato, como si el contrato nunca hubiera existido.

Otro sector doctrinal, de acuerdo con la opción de Pantaleón Prieto, sostenía que más bien se debía otorgar una compensación que colocara al acreedor en la situación en la que habría estado si el contrato hubiera sido cumplido o ejecutado correctamente, lo que se conoce como "interés contractual positivo".

Según Gómez Pomar, con quien coincidimos plenamente, no es necesario ni apropiado aplicar una medida uniforme y general para establecer la compensación por daños y perjuicios derivados de la resolución de un contrato. Desde una perspectiva de

---

<sup>365</sup> Delgado Echevarría, J. (1986): "Comentario a la STS de 17 de junio de 1986", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, pp. 3773-3788.

eficiencia, la medida de compensación relacionada con la resolución del contrato no debe ser siempre la misma, sino que debe basarse en las circunstancias específicas de cada caso. Según este autor, la compensación adecuada para un incumplimiento contractual dependerá de las circunstancias específicas de cada relación contractual y de la facilidad que el ordenamiento jurídico otorga al acreedor para resolver el contrato. Por lo tanto, el autor sugiere que la medida de compensación podría ser el interés contractual positivo o negativo<sup>366</sup>.

Por otro lado, en situaciones en las que la resolución del contrato resulte costosa para el deudor incumplidor, como cuando este ya ha invertido recursos para garantizar el cumplimiento del contrato y no puede recuperarlos, y haya un riesgo de que el comprador pueda resolver el contrato de manera oportunista, entonces la situación requiere un enfoque diferente.

En estas circunstancias, como sostiene Gómez Pomar, una compensación basada en el interés contractual positivo sería excesiva y podría incentivar al comprador a resolver el contrato de manera ineficiente, lo que no sería adecuado. En cambio, sería más apropiado aplicar medidas indemnizatorias más moderadas, incluso llegando al extremo de no otorgar ninguna compensación, como acompañamiento a la resolución del contrato por incumplimiento.

Una consideración esta última, que incide de lleno en nuestra teoría de división por estratos según el perfil del contratante, porque se constata la complejidad y la contextualidad de la resolución como remedio.

Esto sugiere que no existe una solución uniforme que sea aplicable en todas las situaciones, ya que la decisión de optar por un régimen resolutorio y una modalidad y monto indemnizatorios dependerá de las características específicas del incumplimiento, de las particularidades de los contratantes y de las dinámicas contractuales involucradas. Por lo tanto, la elección de una combinación específica de estos elementos será preferible en función de las circunstancias particulares de cada caso.

---

<sup>366</sup> Gil Saldaña M, & Gómez P. *op. cit.*, p.1227.

En definitiva, es posible que para aquellos que valoran más las categorías dogmáticas y los conceptos esta forma de abordar el problema pueda resultar inadecuada por presentar muchas incertidumbres al tener que situar el foco más en el tipo de contratante que en la clasificación del incumplimiento, y en este sentido, es importante recordar que la función principal del instrumento jurídico es ayudar a los contratantes y potenciales contratantes a celebrar acuerdos que les resulten satisfactorios, más justos y que les permitan alcanzar un mayor bienestar, porque no hay que olvidar que *el mundo real de los contratos y de los seres humanos*<sup>367</sup> presenta estos retos.

### **3.17.1 La indemnización de daños y perjuicios: Supuestos**

Procede tratar en este epígrafe la indemnización de daños y perjuicios que un incumplimiento puede causar, tanto por parte del que resuelve como por parte del que incumple, ya que ambos pueden generar daños.

Si el incumplidor es responsable y los daños se pueden acreditar, la determinación de una indemnización presenta desafíos similares a la resolución por incumplimiento y al concepto de incumplimiento esencial y grave. La doctrina tiene diferentes opiniones sobre este tema y la jurisprudencia no cuenta con un criterio uniforme para la toma de decisiones, lo que plantea problemas prácticos y conceptuales sin resolver.

Está sentado por la doctrina que si la resolución se debe a imposibilidad sobrevenida fortuita, no procede la indemnización de daños y perjuicios<sup>368</sup>, del mismo modo que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la indemnización prevista por el art. 1124 CC en caso de resolución del contrato solo procede si efectivamente se prueba que el incumplimiento del deudor ha causado daños o perjuicios al acreedor.

Se pueden indemnizar, por tanto, los daños que resulten de no haber cumplido un contrato, ya sea por pérdida de beneficios esperados (interés contractual positivo) o por daños sufridos por haber celebrado un contrato que posteriormente se ha resuelto (interés contractual negativo o de confianza). En ambos casos, se puede aplicar el artículo 1101

---

<sup>367</sup> Gil Saldaña M, & Gómez P. *op. cit.*, p. 1227.

<sup>368</sup> Así lo dice la STS 10.5.1991 de 24.5.1993.

del Código Civil, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2007 que establece que su objetivo es indemnizar al acreedor por el daño patrimonial sufrido como resultado del incumplimiento de una obligación. El artículo no busca la efectividad de la prestación ni la finalización del vínculo obligacional, sino restablecer la economía del acreedor después del daño sufrido por el incumplimiento.

Del mismo modo que deja muy claro la jurisprudencia que quien incumple dolosamente su obligación responderá de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, lógicamente, aquí también podrían tener efectos en la ponderación de la indemnización los distintos estratos de contratación según el perfil del contratante, serían por tanto estos, otros criterios interpretativos, que en suma con los que actualmente vienen aplicando los tribunales, conseguirían soluciones más equitativas según cada caso.

Y en este sentido, traemos de nuevo a colación el caso DB Schenker logística, donde manifiestamente varios transportistas se amotan en la puerta de la multinacional DB Schenker logística, pues entienden que las condiciones de sus contratos (recordemos, verbales e indefinidos, relaciones contractuales de una antigüedad media de 12-13 años), representando su actitud un claro incumplimiento –presumiblemente– culpable. Lo cual, según lo expuesto *ab initio*, sería justificación suficiente para que DB Schenker les pudiera reclamar una indemnización por daños y perjuicios. Una situación paradójica, pues, en este caso, realmente quien sufre las consecuencias del incumplimiento es el propio incumplidor, y no la otra parte. En ningún momento entra a valorar el Tribunal, las causas de dicho incumplimiento, y de dicho amotinamiento. Recordemos que los transportistas pretendían mejorar sus condiciones contractuales con la multinacional DB Shenker, para lo cual decidieron amotinarse, a modo “huelga”, en mi opinión, en su errónea consideración de que eran trabajadores de la sociedad, y no partes contractuales. Consideramos que no eran muy conscientes de la repercusión de sus actos, pues su sentir con respecto a la sociedad DB Shenker era la de “falsos autónomos”, más que socios contractuales.

Es más, son los transportistas los que reclaman una indemnización por resolución extrajudicial sin previo aviso, tras más de 10 años de relación contractual, indemnización que, finalmente, el TS entiende que no procede, pues considera que la resolución está justificada por un incumplimiento que no deja lugar a dudas. El tribunal en el caso DB Schenker, entiende que no procede indemnización para ninguna de las partes.

En este sentido y continuando, con el análisis de la pretensión indemnizatoria, la idea es que la resolución con plenos efectos retroactivos y con eficacia *ex tunc* defiende ya sobradamente al que resuelve y por ello es incompatible con el abono de una indemnización, ya que la restitución de las prestaciones, entraña de por sí, efectos resarcitorios. Aunque la resolución en los contratos indefinidos tiene efectos *ex nunc*, pues lógicamente las prestaciones diferidas en el tiempo no se pueden devolver.

El resarcimiento debido al contratante que resuelve no puede ser situado en el marco del interés positivo, sino que debe entenderse referido al interés negativo. Siendo el interés positivo o interés de cumplimiento el derecho a ser colocado en la misma situación económica y patrimonial que se tendría si el contrato hubiera sido perfectamente ejecutado, mientras que el interés negativo es el derecho a ser colocado en la misma situación que se tendría si el contrato nunca hubiera sido celebrado. Esta reflexión también adquiere gran relevancia en nuestro esquema de estratos de la contratación según el perfil de contratante, pues dependiendo de en qué estrato nos encontremos, sería más procedente aplicar un interés u otro.

Nuestra doctrina sostiene que la regla que se deriva del 1124 es la consideración del interés positivo, y en este trabajo coincidimos plenamente. Además, el resarcimiento debe ir en sintonía con el 1106, lucro cesante y daño emergente.

En definitiva, lo que sí queda patente es que la resolución es una consecuencia del incumplimiento que no tiene por qué conllevar siempre un resarcimiento de los daños.

### **3.18 ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN FORMA ESPECÍFICA O POR EQUIVALENTE**

Tras la lectura del artículo 1124 CC, podría ser lógico pensar que solo habría que acudir al remedio resolutorio cuando el interés del acreedor se puede satisfacer sin

mayores complicaciones, y siendo este el caso, el acreedor debiera soportar el mantenimiento del contrato y conformarse con una reducción del precio pues no podría resolver, aunque fuera este el remedio que le interesara.

En este sentido, aunque no es habitual, en algunas ocasiones se ha admitido por el Tribunal Supremo una resolución parcial, que puede tener su justificación en el principio de conservación del contrato. Para ello es imprescindible que las prestaciones de ambos contratantes sean divisibles, de modo que algunas partes puedan subsistir y otras restituirse recíprocamente.

En nuestro sistema jurídico, exceptuando las ventas de consumo, no se encuentra una norma que establezca que el incumplimiento de la obligación de entrega de un bien no defectuoso no será considerado esencial siempre y cuando pueda ser reparado o reemplazado.

En este sentido y de forma muy acertada, en nuestra jurisprudencia se está aplicando una regla implícita que establece que el incumplimiento no dará lugar a la resolución del contrato si el deudor puede reparar la obra defectuosa sin grandes dificultades que no puedan ser compensadas con una indemnización<sup>369</sup>.

En otro ámbito, en el de los contratos de obra, hay mayores posibilidades para el acreedor de explotar, a modo oportunista, el incumplimiento de la otra parte, ya que la resolución comportaría para el deudor mayores costes de salida que en otro contrato pues normalmente no podría retirar su prestación (ya realizada) ni destinarla a empleos alternativos.

### **3.19 INTERPRETACIONES FLEXIBLES EN TORNO A LA RESOLUCIÓN**

La primera manifestación acerca de una posible interpretación flexible en torno a la resolución la encontramos en el art. 1504 CC, y la enervación del desahucio que permite

---

<sup>369</sup> Un ejemplo entre muchos STS de 7 de marzo de 1995, que analiza un caso de producción de daños por incumplimiento tardío, donde se incurren en causas que obligan a indemnizar, pero el tribunal entiende que no se trata de supuestos de resolución por incumplimiento, si no de indemnización por cumplimiento defectuoso o tardío.

el art 22.4 LEC<sup>370</sup>, este artículo procesal concede al deudor incumplidor un privilegio que no tiene ningún otro deudor, permite restaurar el contrato resuelto a pesar de que haya existido una resolución declarada, o la “reviviscencia del contrato resuelto”<sup>371</sup>.

En relación a otras interpretaciones flexibles, en la venta de inmueble e industria de hostelería no es esencial el incumplimiento que consiste en que la instalación no se ajuste a la normativa vigente y se carezca de licencia de apertura, cuando ambas cosas son remediabiles sin inconvenientes y con la indemnización oportuna.

En este sentido, en numerosos casos el incumplimiento se considera esencial si de hecho el acreedor lo ha remediado por medio de gastos propios, que puede recuperar normalmente como indemnización por incumplimiento.

Quizás sea el concurso de acreedores el ámbito donde mejor se aprecia una doctrina muy flexible en relación con la resolución. En este sentido, y en relación al plazo adicional para el cumplimiento en el marco del concurso de acreedores, nos llama poderosamente la atención, cómo el juez tiene la posibilidad, a pesar de la resolución, de mantener el contrato en beneficio del concurso, siendo esta facultad similar a la establecida en el artículo 1124.III, pero con mayor alcance, pues puede incluir la concesión de un nuevo plazo para que el deudor en concurso cumpla con sus obligaciones.

Y en relación a este supuesto, coincidimos plenamente con Carrasco Perera, en considerar que la jurisprudencia es adaptativa, en el sentido de que según así se considere útil declara la resolución o no<sup>372</sup>.

Esta jurisprudencia en sede concursal es la prueba fehaciente de que el Tribunal Supremo puede adaptar su razonamiento a un caso donde se considera que el bien jurídico protegido cambia de foco y ya no lo sitúa en el tipo de incumplimiento, sino en el interés del concurso. Un criterio que sin duda nos será de mucha utilidad en nuestras

---

<sup>370</sup> En cuanto a la enervación del desahucio, el inquilino que enfrenta una demanda por impago tiene la opción de evitar el desalojo del lugar arrendado. Para hacer uso de esta opción, el inquilino debe pagar las cantidades adeudadas ya sea en el juzgado o directamente al arrendador, como lo reconoce la ley.

<sup>371</sup> La reviviscencia del contrato resuelto se puede extraer de la STS 11 febrero 1991.

<sup>372</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1249.

conclusiones, cuando propongamos, situar el foco no tanto en el tipo de incumplimiento, sino en otras circunstancias, como el perfil del contratante.

En este sentido, nos resulta de gran relevancia cómo en sede concursal surge de nuevo con fuerza la doctrina más rigurosa en cuanto a la declaración de la resolución y en este contexto se mantienen los requisitos de que el incumplimiento sea grave, que se haya frustrado el objeto del contrato o que se observe una clara intención de no cumplir.

Si bien es cierto que, en contra de nuestro criterio, algunos autores critican esta rigurosidad, entre ellos Carrasco Perera<sup>373</sup>, pues se está aplicando con un alcance desmesurado y para fines indirectos de conseguir en la medida de lo posible que el deudor concursado no quede privado de recursos necesarios para la continuidad empresarial, sin importar realmente si el concursado ha incumplido de modo definitivo, *si tiene posibilidades de cumplir, si el incumplimiento es o no esencial para el acreedor, si el retraso es clamoroso y denunciado*.

Esta situación de “desmesura” se podría observar en los casos donde las empresas de suministro (en general grandes empresas) intentan resolver los contratos debido al incumplimiento grave y los retrasos en los pagos, sin embargo, en la mayoría de los casos no tienen éxito en su petición de resolución por lo cual este mal uso de la doctrina del incumplimiento esencial no es aceptable. Esta situación es especialmente visible en las resoluciones instadas por empresas suministradoras que no consiguen hacer triunfar apenas ninguna pretensión resolutoria por más que el incumplimiento sea severo y los atrasos en el pago incuestionables.

Y aunque para Carrasco Perera, este empleo de la doctrina del incumplimiento esencial en este contexto no sea de recibo<sup>374</sup> por ser espurio, no podemos sino determinar que es precisamente este tipo de razonamientos jurisprudenciales lo que justifican plenamente la tesis sostenida en este trabajo.

---

<sup>373</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1249.

<sup>374</sup> En este sentido, propone Carrasco Perera, que si la administración concursal quiere que el suministro siga prestándose por ser de interés, que se acuda al remedio del art 62.3 LCon pero con el coste de tener que pagar con cargo a la masa los adeudos incumplidos.

### 3.20 EFECTOS RETROACTIVOS *EXTUNC* DE LA RESOLUCIÓN

Es doctrina jurisprudencial consolidada que la resolución, como regla general, tiene una eficacia *ex tunc*. Lo que significa que las cosas objeto del contrato deben quedar en la misma situación que estuviesen antes de su celebración (debe reproducirse en lo posible la situación anterior al contrato).

Excepto en los casos de relaciones contractuales indefinidas, donde la resolución tendrá efectos a partir de ese momento en adelante. La retroactividad dependerá de si la obligación es o no indefinida. Si la resolución no tiene efectos retroactivos, ambas partes quedarán eximidas de cumplir las obligaciones futuras y la restitución se compensará, en todo o en parte, con el pago de la indemnización correspondiente<sup>375</sup>.

Por otro lado, la regla de la retroactividad de los efectos de la resolución, se entiende por la consideración de la resolución como una causa de ineficacia contractual sobrevinida, lo que según este autor, no tiene base alguna.

Siendo el criterio de la retroactividad el hecho de que las relaciones tengan carácter instantáneo o duradero. A nosotros nos influyen más las posibles inversiones que han hecho las partes en relación con la previsión de un contrato a futuro, que propiamente los efectos de la estimación de la resolución.

---

<sup>375</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 1258.

## CAPÍTULO 4: EL DERECHO ANGLOSAJÓN Y EL DERECHO CONTINENTAL

### 4.1 FAMILIAS *COMMON LAW* Y *CIVIL LAW*

La influencia de los principios de *soft law* en nuestro sistema jurídico ha originado una paulatina incorporación de los mismos en nuestro Derecho Civil. Estos principios, a su vez, se basan en los principios de derecho contractual del *Common Law* anglosajón. Por lo tanto, resulta necesario llevar a cabo un estudio conceptual de la figura jurídica del contrato para lograr un enfoque pragmático completo. A pesar de su aparente uniformidad, el contenido conceptual del contrato varía en función del sistema jurídico en el que se analice. Históricamente, los contratos han sido interpretados de manera distinta en los países anglosajones y en los países de tradición romano-germánica, lo que incluso ha dado lugar a que se cuestione la traducción de la palabra *contract* como “contrato”<sup>376</sup>.

En la actualidad, se está produciendo una evolución en la figura del contrato. En este sentido se plantean propuestas de reformas codificadoras en varios países como Alemania, Francia y España, y en razón de ello, se han creado grupos de académicos que buscan armonizar y uniformar el Derecho contractual. Estas iniciativas están favoreciendo la positivización de prácticas que desde hace tiempo los operadores económicos y jurídicos ya vienen incluyendo en sus contratos<sup>377</sup>.

El Derecho español y el estadounidense pertenecen a dos familias jurídicas distintas: la familia romano-germánica (también conocida como *Civil Law* o Derecho continental) y la familia del *Common Law* o Derecho común anglosajón (también llamada Derecho anglosajón o angloamericano). La principal diferencia entre ambas familias radica en las fuentes de producción del Derecho, ya que mientras que el primer sistema

---

<sup>376</sup> Bestué, C. (2013) Los contratos traducidos. La traducción de los contratos de licencia de uso de programas de ordenador. Tecnología, Traducción y cultura, 1ª ed., Valencia. P. 15.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 16.

se basa principalmente en la ley como fuente de creación jurídica, el segundo se configura principalmente a través de la jurisprudencia<sup>378</sup>.

<i>Civil law</i>	<i>Common law</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho académico, racional y teórico dirigido por la dogmática</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho pragmático y empírico dirigido por el procedimiento judicial</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho marcado por la actividad y la forma de pensar de los teóricos (lo que se llama la doctrina, los profesores de universidad)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho marcado por la actividad y la forma de argumentar de quienes ejercen el Derecho (abogados, jueces)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho recogido en leyes escritas y tratados científicos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho recogido en las sentencias</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Metodología jurídica que se basa en la ley escrita y que practica la deducción a partir de silogismos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Metodología jurídica centrada en la jurisprudencia y que aplica la inducción a partir de los precedentes (<i>precedents</i>) jurisprudenciales.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tendencia a la conceptualización y a la sistematización</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tendencia a proceder <i>solvitur ambulando</i></li> </ul>

Cuadro sinóptico de las familias *Civil Law* y *Common Law*<sup>379</sup>

En este trabajo, se hará uso frecuente de ciertos términos, la mayoría de ellos procedentes del derecho anglosajón, por lo que sería conveniente aclarar su significado previamente. Uno de los términos que se utilizará de manera recurrente es "termination" en el ámbito contractual. Por lo tanto, es importante contextualizar su uso. Los contratos pueden finalizarse por multitud de causas. Algunas de ellas figuran ya en el propio contrato y otras pueden ser alegadas con posterioridad por alguna de las partes. La terminación de un contrato implica siempre consecuencias, unas veces jurídicas, otras económicas, y en muchas ocasiones ambas. Estas consecuencias afectan por un lado a las partes intervinientes en el contrato (*contract parties*) y por otro también a terceros (*thirdparties*).

Se utiliza una terminología complicada y confusa en el Derecho contractual anglosajón para referirse a estas situaciones, lo que puede causar problemas a los

<sup>378</sup> Bestué, C. (2013) Los contratos traducidos. La traducción de los contratos de licencia de uso de programas de ordenador. Tecnología, Traducción y cultura, 1ª ed., Valencia. P. 18.

<sup>379</sup> Cuadro sinóptico. [https://ddd.uab.cat/pub/artpub/2009/114421/hermeneus\\_a2009n11p81.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/artpub/2009/114421/hermeneus_a2009n11p81.pdf), p. 3, extraído el 5 de mayo de 2022. Carmen Bestué s.f. *Traducir los daños sin efectos colaterales: análisis comparado del derecho de daños*.

profesionales del derecho y a la comprensión de este trabajo. En términos legales, se suele utilizar la expresión "un contrato se extingue" (*a contract terminates*) para describir una variedad de causas que, aunque no son exhaustivas, incluyen los términos más comúnmente utilizados.

Se utiliza el término *expiration* para referirse a la causa de extinción de un contrato cuando se ha establecido previamente un plazo (*term*) que marca su duración y al finalizar dicho plazo, el contrato se extingue automáticamente. Es importante tener en cuenta que esta causa no es una lista exhaustiva y existen otras formas de extinción de un contrato.

El cumplimiento del contrato se produce cuando las partes llevan a cabo las obligaciones que han acordado dentro del plazo establecido (*agreed term*), lo que da lugar a la ejecución del contrato (*performance*).

Por otro lado, el acuerdo mutuo entre las partes (*mutuo agreement*) puede llevar a la terminación del contrato por cualquier motivo.

En la novación o modificación de un contrato (conocida como *novation* o *amendment*), una de las partes tiene la capacidad de pedir cambios significativos en los términos y condiciones acordados (términos y condiciones). Si los cambios solicitados son de tal magnitud que resultan en la terminación del contrato original, este será reemplazado por uno nuevo.

La expresión "remedios" no es común en nuestro sistema jurídico ni en otros sistemas continentales, donde se utilizan términos como acciones, derechos o pretensiones. Este término se originó en el sistema angloamericano (*remedies*) y se ha incorporado en los textos de armonización del derecho privado en Europa. Como sostiene Palazón Garrido, en comparación con otras denominaciones, la ventaja de "remedios" radica en su mayor flexibilidad, ya que no hace referencia al proceso judicial (como sí ocurre en el término "acción"), y puede incluir tanto las pretensiones como los derechos potestativos<sup>380</sup>.

---

<sup>380</sup> Palazón Garrido, M. L. (2014). *Los remedios frente al incumplimiento en el derecho comparado*. Thomson-Reuters Aranzadi. P.16.

El termino rescisión (*rescission*) se refiere a la terminación del contrato por decisión unilateral de una de las partes en caso de que la otra haya incurrido en un incumplimiento grave (violación material)

La resolución de un contrato puede ser causada por una condición específica prevista en el propio acuerdo, o por una condición resolutoria (*condition subsequent*) o debido a la falta de cumplimiento de las obligaciones recíprocas de uno de los intervinientes.

Aunque existen muchas causas diversas que pueden llevar a la finalización de un contrato, en el ámbito jurídico anglosajón se utiliza con frecuencia el término "termination" para referirse a la mayoría de ellas. Por tanto, es importante emplear la terminología correcta al traducir la cláusula al español, a fin de evitar posibles confusiones o malentendidos.

En este trabajo será frecuente el uso de la expresión "business to business" o por sus siglas en inglés "B2B", que en español se traduce como "negocio a negocio". Se refiere a las transacciones comerciales que tienen lugar entre empresas como, por ejemplo, aquellas que se establecen entre fabricantes y distribuidores o entre distribuidores y minoristas.

Por otro lado, utilizaremos la expresión, "business to consumer" o por sus siglas en inglés "B2C". Referente a las interacciones entre un vendedor y su consumidor final son conocidas como negocio a consumidor.

La distinción principal entre B2B y B2C se encuentra en que el primero se refiere a la relación comercial entre fabricantes y minoristas, mientras que el segundo se refiere a los minoristas que proporcionan bienes o servicios directamente al consumidor final.

Estos términos se utilizan comúnmente en el contexto del comercio electrónico.

Las relaciones B2B implican participantes comerciales en ambas partes, mientras que en B2C normalmente hay un vendedor y un consumidor. En el caso de B2B, la decisión de compra se basa en una necesidad (ya que la otra empresa lo requiere), mientras que en las B2C, se basa más en expectativas que en necesidades. En las

relaciones B2B, hay varios vendedores y tiendas implicados en la transacción comercial, mientras que en los contratos B2C solo hay un proveedor que suministra directamente al consumidor final.

Y finalmente, nos referiremos a las relaciones "consumer to consumer" o por sus siglas en inglés "C2C" para referirnos a las relaciones contractuales que se establecen entre dos consumidores.

#### 4.2 EQUIVALENCIAS TERMINOLÓGICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

El término jurídico "termination" puede ser utilizado en dos acepciones diferentes, una acepción amplia que se refiere a cualquier causa de extinción y una acepción más restringida que se refiere específicamente a lo que el Derecho español denomina como "resolución" o "rescisión".

"Termination" puede ser utilizado en un sentido amplio para hacer referencia a cualquier motivo de extinción de un contrato. La causa más común suele ser la finalización del plazo, pero también puede extenderse a cualquier otra razón, como se puede apreciar en *Termination of this Agreement, by expiration or otherwise, for any reason (...)*<sup>381</sup>.

El texto literal de la cláusula señala que "termination" se utiliza en sentido amplio para referirse a cualquier motivo de extinción. Sin embargo, el término también se puede utilizar en un sentido más limitado para hacer referencia a causas específicas de resolución o rescisión del contrato.

En el Derecho español, los términos resolución y rescisión no son sinónimos, por lo que es importante elegir cuidadosamente el término correcto en función no solo del contexto, sino también del contenido de la cláusula que los menciona. En términos generales, la resolución se produce por causas que surgen después de la firma del contrato, como el incumplimiento de las obligaciones recíprocas o la ocurrencia de una condición resolutoria prevista en el contrato. En estos casos, se debe utilizar la traducción

---

<sup>381</sup> Borja, Albi. (2015). La traducción de los contratos internacionales desde la perspectiva del derecho comparado y la traductología. Granada: Comares. P. 112.

"resolución" para el término "termination". Por otro lado, la rescisión se produce por imperativo legal cuando el incumplimiento de una de las partes causa graves perjuicios a la otra y la ley le otorga el derecho a rescindir el contrato. Cuando se utilice terminación en este sentido, se debe traducir como rescisión<sup>382</sup>.

#### **4.3 EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y SUS REMEDIOS. UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO**

Un enfoque común a todas las jurisdicciones es la de considerar un contrato como fuente de obligaciones, además de considerar que el cumplimiento de estas es exigible por ley, según el principio *pacta sunt servanda*, es decir, la relación entre las partes se califica de "contractual" una vez que es exigible por ley.

Sin embargo, las obligaciones pueden no ser ejecutadas o no ejecutarse correctamente. La falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso casi siempre implica un incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que suele denominarse incumplimiento de contrato. El incumplimiento del contrato como fenómeno jurídico no se aborda de igual manera en los distintos sistemas jurídicos, como se mostrará subsiguientemente. Es importante señalar que el incumplimiento de un contrato puede enfocarse según dos criterios de gravedad.

El primer criterio es la gravedad del propio incumplimiento. A su vez, la evaluación de esa gravedad puede hacerse de varias maneras, pues se podría considerar que el incumplimiento de una obligación secundaria puede ser menos grave que el incumplimiento de una obligación primaria. Por ejemplo, si A está obligado a entregar un vehículo nuevo y determinado a B el lunes uno de marzo, el incumplimiento de la obligación de entregar un automóvil nuevo se evaluará más grave que si el automóvil fuera de segunda mano y se incumpliese la obligación de entregarlo en dicho plazo.

---

<sup>382</sup> Alcaraz Varó, Enrique. (2007). *El inglés jurídico: textos y documentos: Con las más recientes modificaciones procesales de carácter civil y penal* (6ª ed.). Ariel.

La disponibilidad del remedio dependerá a menudo de la gravedad del incumplimiento. Esta sección destaca algunas de las formas en las que los sistemas jurídicos abordan este criterio.

Un ejemplo es la noción de incumplimiento fundamental, que se refiere a un incumplimiento más grave que un incumplimiento no fundamental. Se puede decir que todos los sistemas reconocen que no todas las infracciones deben tratarse de forma similar, pero cada sistema elige su propia forma de tratar esta cuestión.

Un segundo criterio para decidir las consecuencias jurídicas del incumplimiento no es la gravedad del mismo, sino el grado de culpa de la parte que lo comete. Aparte de la gravedad del propio incumplimiento, puede ser relevante la razón del deudor para cometerlo, independientemente de la naturaleza del propio incumplimiento.

En primer lugar, hay que distinguir entre incumplimientos excusables y no excusables. Un deudor puede enfrentarse a circunstancias extraordinarias y como consecuencia, no poder cumplir. La valoración de las excusas y el papel de la culpa es un tema sobre el que existen diferencias entre las jurisdicciones de *Common Law* y de derecho continental, pero también dentro de las jurisdicciones de derecho continental.

La frontera entre los incumplimientos excusables y los no excusables marcan la responsabilidad potencial. Si el deudor está excusado por el incumplimiento, no es responsable. Si el deudor no está excusado, es responsable. Otra distinción que constituye uno de los temas tratados en este trabajo es el posible incumplimiento deliberado junto al incumplimiento "ordinario" del contrato.

*A priori* pudiera parecer, que el incumplimiento de un contrato como fenómeno jurídico solo es relevante desde el punto de vista del acreedor en el sentido de que es quien está facultado para ejercer acciones legales. En este trabajo, intentaremos explicar que la realidad del incumplimiento es mucho más compleja, y que la posición del deudor incumplidor también debe ser observada en relación con la economía del contrato y con los efectos de la resolución contractual.

### 4.3.1 Una perspectiva desde el *Common Law*

#### 4.3.1.1 El incumplimiento del contrato

Los recursos legales más importantes que generalmente están disponibles en caso de un incumplimiento no excusable del contrato se mencionan brevemente y se discuten como un esquema preliminar. Estos recursos también se discuten comparativamente y se centran en una reclamación de cumplimiento forzoso, daños y perjuicios y la *termination*.

Peel describe el incumplimiento de contrato de la siguiente manera:

Se comete un incumplimiento de contrato cuando una parte, sin una excusa legal, no cumple o se niega a cumplir lo que se le debe en virtud del contrato, o lo hace de forma defectuosa o se incapacita para cumplirlo<sup>383</sup>.

Esta descripción necesita alguna aclaración. En primer lugar, no todos los incumplimientos pueden ser calificados como incumplimiento de contrato. El hecho de que pueda establecerse un incumplimiento de contrato depende de los términos de este, expresos o implícitos. Según McKendrick, el incumplimiento radica en la falta de ejecución de una obligación contractual<sup>384</sup>.

Hay que superar algunos obstáculos para establecer si se ha incumplido una obligación contractual. El más importante es que la distinción entre una promesa y una mera condición no siempre está clara.

Por ejemplo, no está claro si un agente inmobiliario contratado para encontrar un comprador para una casa hace una promesa de realizar alguna acción. Para establecer el incumplimiento, la obligación que una parte tiene que cumplir debe ser clara e inequívoca.

Sin embargo, esto no siempre es posible. Por ejemplo, puede ser cuestionable si un empresario está obligado a ofrecer trabajo al empleado en virtud de un contrato laboral (junto a la obligación obvia de pagarle el salario).

---

<sup>383</sup> Peel, E., Treitel, G.H. (2007). *The law of contract*, Sweet & Maxwell, Londres, p. 1092.

<sup>384</sup> Cohen, Nili, McKendrick, Ewan. (2005) *Comparative remedies for breach of contract*. Hart Publishing, Oxford, p. 288.

En determinadas circunstancias, un empleado parece tener "derecho a trabajar", especialmente si están en juego cuestiones de reputación, pero la validez de esta pretensión depende de las cláusulas contractuales específicas, expresas o implícitas. Además, el cumplimiento debe ser debido antes de que pueda establecerse un incumplimiento de la obligación<sup>385</sup>.

En segundo lugar, si una parte cumple defectuosamente, también puede incumplir el contrato. Literalmente, el cumplimiento defectuoso es una *contradictio in terminis*, pero el término ha de considerarse a la luz del incumplimiento completo: el vendedor que no entrega nada junto al que entrega los bienes de peor calidad o demasiado tarde. La diferencia es relevante, porque los efectos del cumplimiento defectuoso pueden ser distintos de los del incumplimiento<sup>386</sup>.

En tercer lugar, la expresión un tanto abstracta "incapacitación" merece una aclaración, porque no tiene nada que ver con el significado que tendría en nuestro Derecho. La parte que se incapacita para cumplir puede hacerlo deliberadamente. En el ámbito de un contrato de compraventa de una cosa determinada, un vendedor puede incapacitarse si vende a otro comprador el bien que prometió entregar al comprador original<sup>387</sup>. Ya no puede cumplir debido a su propia incapacitación deliberada. No obstante, es importante destacar que la decisión deliberada de incumplir el contrato mediante la autoinducción de una incapacidad agrega un elemento distinto a las opciones de remedios disponibles en comparación con el incumplimiento común del contrato.

Por último, según la ley, muchas obligaciones contractuales son estrictas. Especialmente en los casos en los que un comprador no puede pagar el precio o en los que el repartidor de bienes genéricos no los puede entregar debido al incumplimiento de su propio proveedor o a otra razón, en general la otra parte no tiene que demostrar su culpa para obtener una reparación por incumplimiento de contrato<sup>388</sup>. La responsabilidad

---

<sup>385</sup> Peel, E. *Op. cit.*, p. 1092.

<sup>386</sup> *Idem.*

<sup>387</sup> *Idem.*

<sup>388</sup> *Idem.*

estricta puede considerarse el punto de partida en lugar de la responsabilidad por culpa. A pesar de lo anteriormente expuesto, consideramos que es bastante arriesgado hacer afirmaciones generales como estas refiriéndose al derecho inglés, ya que la estructura ascendente de este derecho contractual rara vez permite generalizar las soluciones y los enfoques elegidos en casos concretos.

La noción de incumplimiento de contrato en el derecho estadounidense es comparable a la noción inglesa. El incumplimiento de un contrato constituye, por lo general, una responsabilidad y no se requiere que haya culpa para constituir un incumplimiento de contrato<sup>389</sup>. En otras palabras, el incumplimiento justificado no puede ser calificado como incumplimiento de contrato<sup>390</sup>. El incumplimiento no está justificado cuando el cumplimiento es debido, pero puede estar justificado por una causa externa, como la impracticabilidad o la frustración de la finalidad.

#### 4.3.1.2 Los remedios

En esta sección se presentarán los principales remedios posibles tras el incumplimiento del contrato, es decir, daños y perjuicios, cumplimiento efectivo del contrato y resolución.

El incumplimiento de un contrato es, ante todo, una infracción civil. El concepto de incumplimiento de contrato no dice nada por sí mismo sobre las consecuencias de que concurra. El incumplimiento de un contrato crea la posibilidad de que la parte afectada por el incumplimiento interponga una demanda. Al mismo tiempo, la parte que incumple se enfrentará a una posible reclamación, si la parte afectada así lo decide.

En este punto surge otra dificultad relativa a la terminología del derecho inglés. Cuando se van a debatir las acciones del demandante, primero deben establecerse los objetivos y la naturaleza de estas acciones, a fin de comprender la importancia relativa y el alcance de cada consecuencia. Una primera cuestión sería entonces si las diferentes

---

<sup>389</sup> Scoott & Krauss. <https://www.skounsel.com>. Última consulta 12-03-2023.

<sup>390</sup> Farnsworth. <https://almacenederecho.org/el-analista-juridico-de-ward-farnsworth>. Última consulta 12-03-2023.

consecuencias deben considerarse como "derecho" o como "remedios", con las cuestiones conexas, secundarias, de qué significan exactamente estos términos y cuál es la diferencia.

Una segunda cuestión es qué intereses pretenden proteger las distintas consecuencias. La indemnización por daños y perjuicios pretende ser principalmente compensatoria en el sentido de que una parte será compensada por las expectativas perdidas: se supone que la indemnización por daños y perjuicios protege el interés de las expectativas por las que el demandante recibe una indemnización.

No es el propósito de este capítulo profundizar en este punto, pero hay que decir que existen diferencias al respecto. El término "recurso" tiene un significado amplio y otro restringido. Si se contrasta con "derecho", un remedio en esta situación representa una reacción posible y legal a un incumplimiento de contrato. Sin embargo, el acreedor no es el actor que decide si el remedio debe utilizarse y cómo. Puede pedir al tribunal que aplique el remedio, pero el tribunal tiene poderes discrecionales y decide. En un sentido más amplio, un remedio representa todas las posibilidades de reaccionar ante un incumplimiento de contrato e incorpora derechos, así como remedios en sentido estricto. Por ejemplo, el remedio de la indemnización por daños y perjuicios está disponible de pleno derecho para el acreedor.

Una diferencia llamativa entre el derecho estadounidense y el inglés en lo que respecta a los remedios tras el incumplimiento de un contrato no es la estructura jerárquica: los daños y perjuicios están disponibles de pleno derecho, el cumplimiento específico es la excepción, pero el derecho estadounidense parece reconocer más flexibilidad a la hora de conceder otros remedios monetarios o adicionales a los daños tradicionales: daños por expectativas o por confianza.

El derecho estadounidense puede aceptar en general el incumplimiento de los contratos como una realidad económica y a veces eficiente, pero las posibilidades de recibir una compensación económica adecuada en un caso de incumplimiento de contrato parecen ser más adecuadas que en el continente europeo<sup>391</sup>.

---

<sup>391</sup> Palazón Garrido, M. L. *Op. cit.* p. 24. Según Palazón "Las consideraciones de eficiencia económica tienen una marcada influencia en la regulación de la disponibilidad de los remedios en Derecho anglo-

Junto a los daños por expectativa y confianza y el cumplimiento específico, están la restitución y los daños punitivos disponibles como remedios en los contratos<sup>392</sup>. Cabe destacar que, por lo general, no es necesario que exista culpa para establecer la responsabilidad por incumplimiento de contrato, mientras que el grado de culpa puede influir en la disponibilidad de determinados recursos.

En este punto, no es específicamente relevante discutir en detalle todos los remedios del derecho inglés y estadounidense. Se prestará atención a los principales remedios estándar: daños y perjuicios, cumplimiento específico y rescisión.

#### 4.3.1.3 Los daños y perjuicios

El primer y más importante remedio por incumplimiento de contrato en el derecho inglés es el remedio de los daños y perjuicios cuya indemnización está disponible de pleno derecho tras un incumplimiento de contrato. Peel alega que una reclamación de daños y perjuicios es una compensación en dinero por el hecho de que el demandante no ha recibido la prestación que había negociado<sup>393</sup>.

La compensación es el objetivo principal de la indemnización por daños y perjuicios. El propósito es que la parte afectada por el incumplimiento del contrato reciba una compensación financiera que la coloque en una posición equivalente a la que habría tenido si el contrato se hubiera cumplido adecuadamente. Este tipo de compensación se conoce como "indemnización por expectativas" y se refiere a la recuperación del interés positivo, término utilizado en el derecho español.

---

americano, de manera que se estima pertinente que una parte contratante pueda liberarse del contrato si se le presenta una oportunidad mejor, siempre que indemnice de forma adecuada a la parte perjudicada por ese incumplimiento. Esto es, el interés del perjudicado está puesto en balanza con los intereses contrapuestos de la parte incumplidora, buscándose un equilibrio”.

<sup>392</sup> <https://www.skcounsel.com/>

<sup>393</sup> Peel, E. *Op.cit.*, p. 1092.

El criterio clave para evaluar la reclamación de daños y perjuicios y la cuantía de los mismos es la pérdida del demandante y la eventual ganancia de la parte incumplidora<sup>394</sup>.

En general, la víctima puede reclamar daños y perjuicios por expectativas: daños y perjuicios que reflejan las expectativas justificadas del demandante, si el contrato se hubiera ejecutado correctamente. Sin embargo, pueden utilizarse otros dos motivos para la concesión de daños y perjuicios en las circunstancias adecuadas.

En primer lugar, el demandante puede reclamar una indemnización basada en la confianza, en lugar de una basada en las expectativas. En este caso, el demandante debe ser colocado en una posición como si el contrato nunca se hubiera celebrado. Esta opción es pertinente, por ejemplo, cuando el demandante ya ha realizado una inversión sustancial sobre la base del contrato.

El demandante también podría haber hecho un mal negocio<sup>395</sup>. En tal caso, le conviene más reclamar una indemnización por confianza que una por expectativas. Más importante para esta tesis es la reclamación de daños y perjuicios basados en la restitución.

La reclamación que se persigue no es en realidad una reclamación de daños y perjuicios porque una reclamación de restitución no se basa en la pérdida del demandante sino en la ganancia del demandado. En esta situación, una reclamación de restitución hace que ambas partes se encuentren en la situación de no haber celebrado el contrato (interés negativo en el derecho español).

No se discutirán las diferencias entre estos tres grandes tipos de pérdidas. El demandante no siempre puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios, pero,

---

<sup>394</sup> Peel, E. *Op.cit.*, p. 1092.

<sup>395</sup> Caso *Anglia TV v Reed*.

como ya se ha dicho, a efectos de esta tesis es importante saber si se puede reclamar una ganancia del demandado tras un incumplimiento deliberado del contrato<sup>396</sup>.

#### 4.3.1.4 La ejecución efectiva del contrato

En caso de incumplimiento de contrato, el segundo recurso que puede utilizar la víctima es una forma de reparación específica, que se puede obtener a través de un requerimiento judicial o un cumplimiento específico. A diferencia de la indemnización por daños y perjuicios, este recurso no está automáticamente disponible para la víctima, sino que es necesario solicitarlo. Por lo general, la indemnización por daños y perjuicios es el recurso principal en estos casos.

La norma principal es que solo si los daños y perjuicios no son adecuados como compensación, se puede recurrir al cumplimiento específico<sup>397</sup>. Sin embargo, el tribunal tiene poder discrecional para conceder una orden de cumplimiento específico.

Por supuesto, el tribunal no puede usar su discreción a voluntad. El alcance de este recurso en equidad está limitado por una serie de criterios o "*Fallgruppen*". Sobre la disponibilidad del cumplimiento específico en caso de incumplimiento deliberado del contrato, podría plantearse la pregunta ¿Hay algún indicio que indique que la deliberación del incumplimiento desempeñe un papel importante a la hora de conceder al demandante el remedio del cumplimiento específico?

Si es así, la posibilidad legal de cometer un incumplimiento deliberado puede verse seriamente reducida. En este punto cabe hacer una observación más de carácter general. La atención por el cumplimiento específico como remedio serio y útil ha aumentado en las últimas décadas. Sin embargo, el caso más reciente, *Cooperative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd*, recuerda al lector que el cumplimiento específico sigue siendo una excepción<sup>398</sup>.

---

<sup>396</sup> Caso *Attorney General v Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268 de gran relevancia en el derecho contractual inglés sobre daños y perjuicios por incumplimiento de contrato.

<sup>397</sup> Peel, E. *Op. cit.*, p. 1092.

<sup>398</sup> Caso *Co-operative Insurance Society Ltd contra Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1997] 2 WLR 898, analiza el cumplimiento específico en el derecho inglés. La cuestión para el tribunal era si la cláusula

La combinación de que el cumplimiento específico sea el remedio excepcional y que la indemnización por daños y perjuicios, en principio, solo esté disponible sobre la base de la pérdida del demandante, lleva a la conclusión fundamental de que cometer un incumplimiento deliberado es, según el Derecho inglés, una posibilidad para el deudor, porque el acreedor no tiene la herramienta fundamental –una demanda de cumplimiento forzoso– para evitar el incumplimiento deliberado.

Mientras que el cumplimiento específico como remedio secundario no está disponible de pleno derecho, la jerarquía de los remedios debe considerarse de manera diferente cuando la obligación es de una cantidad de dinero específica. En otras palabras, en un simple contrato de venta o de servicios, las normas sobre el cumplimiento específico solo son aplicables a la obligación de entregar las mercancías o de prestar el servicio en cuestión, pero no a la obligación recíproca de pagar el precio.

La parte que reclama el precio puede recurrir a la acción por la suma acordada. Esta acción es, en efecto, una demanda de cumplimiento. Las restricciones al recurso de cumplimiento específico –solo el tribunal puede ordenar el cumplimiento específico en condiciones específicas– no se aplican generalmente si la parte perjudicada reclama el pago del precio, porque la acción por la suma acordada es un recurso diferente.

En capítulos posteriores se examinará más a fondo la influencia de la deliberación del incumplimiento o el incumplimiento culposo en casos concretos, es esencial tener en cuenta qué obligación del contrato se incumple: la obligación principal que da nombre al contrato –es decir, la venta, el servicio, etc., o el pago del precio<sup>399</sup>.

Además de los remedios estándar de daños y perjuicios y del cumplimiento específico, la legislación inglesa también reconoce el remedio excepcional de los daños y

---

del contrato era lo suficientemente específica como para permitir que el demandante exigiera el cumplimiento específico del contrato por parte del demandado. Específicamente, era importante que el tribunal considerara la posición de las partes si encontraban posible un cumplimiento específico. La Cámara de los Lores permitió la apelación sobre la base de que el demandado probablemente sufriría una pérdida mayor al verse obligado a cumplir el contrato que el demandante si el demandado no cumpliera el contrato según lo acordado. Esto colocaría al demandante en una posición de negociación injusta. Además, la cláusula del acuerdo no era lo suficientemente específica como para ser capaz de un desempeño específico

<sup>399</sup> Peel, E. *Op. cit.*, p. 1092.

perjuicios en lugar del cumplimiento específico. Solo en circunstancias excepcionales puede el tribunal conceder una indemnización por daños y perjuicios en situaciones en las que el demandante no tiene derecho a una indemnización por expectativa "de derecho común".

La concesión de daños y perjuicios en lugar del cumplimiento específico significa que los daños y perjuicios pueden reemplazar o añadirse a una solicitud de cumplimiento específico honrada. Un ejemplo de esta situación es el caso de un incumplimiento anticipado del contrato. Cuando la parte perjudicada no acepta el incumplimiento, el tribunal puede ordenar el cumplimiento específico, tras lo cual se pueden reclamar daños y perjuicios en lugar del cumplimiento<sup>400</sup>. Se pueden conceder daños y perjuicios además del cumplimiento específico por el retraso en la ejecución<sup>401</sup>.

#### 4.3.1.5 Termination

Para ser completos, hay que prestar cierta atención a un tercer recurso que puede invocarse, a saber, la resolución del contrato. En caso de incumplimiento del contrato, la víctima puede, en determinadas circunstancias, resolver el contrato. Ambas partes quedan liberadas de sus obligaciones.

Posteriormente, la víctima también puede reclamar daños y perjuicios por las pérdidas sufridas debido al incumplimiento del contrato. Sin embargo, la resolución es un recurso complicado, ya que no todos los incumplimientos de contrato ofrecen a la víctima el derecho de resolución.

La resolución como remedio legal tras el incumplimiento del contrato en este sistema parece no ser muy relevante, en el sentido en que la parte incumplidora no debería oponerse a la resolución, pues ha sido ella misma la que ha elegido incumplir el contrato, precisamente porque no quiere mantenerlo vivo.

---

<sup>400</sup> Peel, E. *Op. cit.*, p. 1092.

<sup>401</sup> *Idem.*

La resolución solo adquiere relevancia como cuestión jurídica si la parte incumplidora prefiere mantener vivo el contrato y presenta una defensa consistente en el razonamiento de que no ha cometido ningún incumplimiento sustancial, si es que así ha ocurrido.

Sin embargo, la importancia de este recurso se observa si se considera que la resolución es solo una de las herramientas que la parte perjudicada puede utilizar para remediar el incumplimiento del contrato. Puede que el contrato no se mantenga vivo, pero la parte agraviada puede lograr la justicia si el remedio de la resolución está disponible.

La dificultad que plantea el recurso de la resolución es este sistema es que, por un lado, depende, del tipo de incumplimiento –fundamental o no– y, por otro, del tipo de cláusula contractual que se haya infringido para evaluar si la resolución es una posibilidad<sup>402</sup>.

Las jurisdicciones de Derecho Civil no suelen conocer tal distinción. En general, se pueden distinguir tres tipos de cláusulas: condiciones, garantías y cláusulas innominadas. En la primera, el incumplimiento de las condiciones siempre permite a la víctima resolver el contrato. En el segundo caso, el incumplimiento de una garantía no lo permite. La variante intermedia sería el incumplimiento de una cláusula innominada. La posibilidad de resolver el contrato en este caso depende generalmente de la gravedad del incumplimiento que está estrechamente relacionada con la naturaleza de la cláusula. La dificultad estriba en establecer cuál es la naturaleza de un término contractual. Esta distinción puede establecerse contractualmente y entonces es relativamente fácil, pero si no es así, puede surgir un amplio debate sobre esta cuestión<sup>403</sup>.

La gravedad del incumplimiento también está, como se ha mencionado anteriormente en este capítulo, estrechamente relacionada con el motivo que tiene la parte

---

<sup>402</sup> Caso Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] AC 827. La cuestión en este caso era si la doctrina del incumplimiento fundamental se aplicaba y era pertinente, y si una cláusula de exclusión podría ser efectiva en los hechos de este caso. La Cámara de los Lores sostuvo que la doctrina del incumplimiento fundamental no era relevante aquí y que el caso era una cuestión de interpretación del contrato.

<sup>403</sup> Cohen, N. *Op. cit.* P. 288.

que comete el incumplimiento, aunque los términos no son iguales. Por lo tanto, es pertinente presentar brevemente la forma en que la legislación inglesa trata el factor de la gravedad del incumplimiento a la hora de evaluar las soluciones.

Según la terminología jurídica estadounidense, es decir, según el artículo §2 (106 del Código Comercial Uniforme<sup>404</sup>), la *rescission* es una acción disponible para una parte que se enfrenta a un incumplimiento que no es tal, mientras que "cancelación" es el término reservado para la acción de rescindir el contrato tras el incumplimiento<sup>405</sup>. La "cancelación" en la legislación estadounidense se considera un recurso defensivo. Solo puede activarse si el incumplimiento del contrato es "sustancial". Aparentemente, aunque todo incumplimiento da lugar a una responsabilidad contractual, no todo incumplimiento es suficiente para que la resolución del contrato esté disponible. El componente defensivo del remedio es el hecho de que ambas partes, tras la *rescission*, no están obligadas a cumplir el contrato.

#### **4.3.2 La noción de incumplimiento de contrato y los remedios contractuales: una perspectiva de Derecho continental o *Civil Law***

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

---

<sup>404</sup> La UCC, también conocida como Código Uniforme de Comercio, es una serie de normas jurídicas que se aplican a las actividades y negocios comerciales. Esta colección de reglas fue desarrollada por dos organizaciones nacionales no gubernamentales, la Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Estatales Uniformes (NCCUS) y el Instituto de Derecho Americano (ALI).

<sup>405</sup> Klass, Gregory (2012). *Contract law in the United States*. (2ª ed.). Kluwer Law International. P. 187.

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*)<sup>406</sup>.

#### 4.3.2.1 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 1804<sup>407</sup>. 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 contrato<sup>408</sup>.

---

<sup>406</sup> 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/>

<sup>407</sup> Actualmente modificado por L'ordonnance du 10 février 2016 por la que se reforma el derecho contractual.

<sup>408</sup> Fages, Bertrand (2016) *Droit des obligations*. Sexta edición. París: LGDJ. P. 116.

Según *le Code civil* de 1804 la *exécution forcée* solo estaba disponible si el contrato constituía una obligación de dar<sup>409</sup>. 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 hacer<sup>410</sup>. Solo las obligaciones de hacer de carácter muy personal no podían ejecutarse, al menos no mediante el recurso de la ejecución forzosa.

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

---

<sup>409</sup> 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.

<sup>410</sup> 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.

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 situación<sup>411</sup>.

#### 4.3.2.2 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 traductores<sup>412</sup>.

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 Dohrmann<sup>413</sup>, 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

---

<sup>411</sup> Mustapha Mekki. Ordenanza nº 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](https://www.halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02215401)).

<sup>412</sup> Palazón Garrido, M. L. *Op. cit.*, pp. 421-430.

<sup>413</sup> Albiez Dohrmann. (2017). *El moderno derecho alemán de obligaciones*. Ediciones Olejnik. pp. 76-79.

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 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 Canaris<sup>414</sup>, 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.

---

<sup>414</sup> 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.

## CAPÍTULO 5: EL *SOFT LAW* Y LOS PRINCIPIOS DEL MODERNO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

### 5.1 LA INFLUENCIA DEL MODERNO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS. EL ACERVO COMUNITARIO Y LOS TEXTOS DE *SOFT LAW* EN RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y OTRAS CUESTIONES COMO LA CATEGORIZACIÓN ENTRE EMPRESAS Y LA ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE PYME

Sin ánimo de ser exhaustivos en el tratamiento que recibe la resolución en los diferentes textos que conforman el moderno derecho europeo de contratos y los textos de *soft law*, pues esto ya ha sido abordado profundamente en numerosos trabajos, nos centraremos en aquellos artículos y principios que han pasado, de algún modo, más desapercibidos, y resultan de gran interés para este trabajo.

Comenzaremos este epígrafe con algunas consideraciones sobre el término *soft law*. El término *soft law* se traduce de la lengua inglesa como “Derecho blando”, un término que es acuñado por la doctrina de múltiples formas como “Derecho verde” o en ocasiones como “Prederecho”. El término es utilizado frecuentemente con la expresión anglosajona de *soft law* dentro del ámbito del derecho internacional y a partir de que Lord McNair introdujera su idea en el discurso jurídico<sup>415</sup>.

En lo que respecta a este trabajo, nos interesa especialmente la flexibilidad que ofrece dicho término, pues como hemos venido poniendo de manifiesto, es constante nuestro intento de abordar modos flexibles de interpretar el incumplimiento, considerándolo como un concepto válvula, así como el uso del remedio resolutorio y sus consecuencias.

En cuanto al término, y como sostiene László Blutman, podríamos plantearnos: ¿por qué es suave, si es ley?<sup>416</sup> Al usar este concepto se puede plantear un problema

---

<sup>415</sup> McNair. L. *op. cit.* pág.164

<sup>416</sup> Blutman, L. (2010). In *The Trap Of A Legal Metaphor: International Soft law. The International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge University Press, vol. 59, nº 3, pp. 605-624.

conceptual fundamental. Cabe hacerse una pregunta básica, y esta no es otra que ¿el *soft law* es un tipo de ley o una variante?

El nombre en sí mismo implica que el *soft law* es un tipo o variante de la ley, aunque con un valor ligeramente menor o inferior, con un valor más “suave”.

En este sentido, que el *soft law* deba considerarse parte del derecho internacional tradicional no es considerado como cierto por todos sus defensores<sup>417</sup>. Sin embargo, esta afirmación implica que no sería necesario insertar el adjetivo “soft” antes de la palabra “law”, ya que, en cuanto ley cualificada, podría ser considerada como tal, sin cualificación alguna, no siendo necesario el adjetivo “soft”

Esto solo podría estar justificado si el *soft law* colocado dentro de la categoría de ley se usara para referirse a normas legales que son “menos legales” que las normas legales “duras”, considerando que este tipo de derecho regula normas jurídicas que no alcanzan la definición clásica de derecho.

Es difícil explicar por qué el derecho indicativo<sup>418</sup> es de naturaleza legal, pero al mismo tiempo menos legal que otras normas jurídicas tradicionales.

Si existiera o se introdujera una definición nueva, posible y aceptable para el derecho que comprendiera la ley, no sería necesaria una distinción de forma obligatoria entre ley blanda y ley dura, porque el concepto extendido de ley que denota esta definición

---

<sup>417</sup> *Mínguez y Ortiz* han sugerido la necesidad de un debate sobre el denominado *soft law*. Para estos autores, «el debate no debería eludirse, simplemente, encogiéndose de hombros y aceptando este estado de cosas como una especie de consecuencia inevitable del progreso tecnológico. Las fuentes del Derecho son algo muy serio y que sepamos, siguen rigiendo en nuestro país (y en casi todos) unos principios que son los de legalidad y seguridad jurídica. No dudamos, ni mucho menos, de la solvencia técnica y el buen hacer de cuantos foros y comités hay por el mundo, pero sí sería muy de agradecer que, a veces, nos indicaran con precisión cuáles son los títulos jurídicos que amparan las interpretaciones y recomendaciones que producen y cómo se ubican, si es que se ubican, en el sistema de fuentes. ¿Qué es esta *soft regulation, soft regulation blandas, duras, soft law*” fue publicado en el Diario Expansión el 23 de julio de 2007.

<sup>418</sup> El término “*soft law*” o derecho indicativo se ha utilizado cada vez más en varios textos comunitarios recientes, no solo en inglés sino también en otros idiomas, con el significado de un derecho incierto y menos vinculante, lo que resulta en una armonización ficticia y una transposición aleatoria de las normas a los sistemas legales nacionales. Este concepto se menciona en el informe del Sr. Cot sobre el documento COM (97) 626, “Legislar mejor” (A4-498/98), así como en la resolución del Parlamento Europeo del 18 de diciembre de 1998 (DO C 98 de 9.4.1999, p. 5).

(aparentemente inexistente) explicaría ambos fenómenos y sentaría criterios uniformes proporcionados por esta definición.

Bajo una definición más amplia, las reglas legales duras y blandas del derecho internacional estarían destinadas a perder sus adjetivos “hard” y “soft” que se refieren a una distinción sin sentido desde la perspectiva de los criterios uniformes proporcionados por esta definición. Las normas jurídicas serían simplemente las mismas “patas de un banco” y una de ellas no puede ser más o menos legal que otra.

Entonces, *soft law* como término en sí mismo indica que tal definición nueva y ampliada de derecho no existe, o al menos, no se ha introducido en el discurso legal; es por eso que muchos autores tienen que usar el término y el concepto de *soft law* en sí mismo para oponerse y rechazar la definición clásica y los criterios de derecho internacional.

Es cada vez más claro que la *soft law* tiene efectos económicos tanto en las organizaciones que la siguen voluntariamente como en aquellas que no lo hacen<sup>419</sup>. Las organizaciones que deciden cumplir con la *soft law* se ven obligadas a seguir sus directrices, que suelen estar relacionadas con las mejores prácticas.

Los códigos de conducta y las normas de buen gobierno corporativo son ejemplos comunes de *soft law*, que adquieren importancia y atención especialmente cuando se consideran los diversos grupos interesados, también conocidos como “stakeholders” de las organizaciones involucradas.

La *soft law* también está siendo utilizada en áreas que no están tradicionalmente reguladas, mediante la creación de códigos de conducta por asociaciones de sectores específicos, con el objetivo de promover su adopción por el mayor número de actores posibles.

En el ámbito del derecho comparado, se ha vuelto importante la idea de armonizar el derecho de las obligaciones y de los contratos, especialmente en relación con el *soft*

---

<sup>419</sup> Ibáñez García, I. *Op.cit.* p. 5.

*law*. Con el objetivo de unificar el derecho continental y el *Common Law* en Europa, se han promulgado diversas directivas y reglamentos que son obligatorios para los estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Además, se debe mencionar la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

En última instancia, estos esfuerzos buscan establecer una legislación común y para ello se utiliza el "soft law" para inducir a los estados miembros a adoptar principios y normas comunes que faciliten el desarrollo de la actividad económica entre ellos<sup>420</sup>.

En este contexto, se pueden mencionar algunos esfuerzos privados, como los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión Lando (PECL), el Marco Común de Referencia (DCFR), los Principios Unidroit<sup>421</sup> y el Proyecto de Código Civil Europeo (Proyecto Gandolfi), entre otros.

España ha tomado medidas en esta área, presentando en 2009 una propuesta de modernización del Código Civil en relación a las obligaciones y contratos a través de la sección civil de la Comisión General de Codificación. El objetivo principal de esta propuesta es actualizar las normas del Código Civil de 1889. Según la Exposición de Motivos de esta propuesta, prácticamente nadie discute hoy en día la necesidad de reformar los preceptos del derecho general de obligaciones y contratos que actualmente están incluidos en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil (arts. 1088-1314). Estos

---

<sup>420</sup> Albiez Dohrmann, K. J. (2016). Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código Civil. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). Estudios sobre el Contrato de Compraventa (pp. 57-102). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>421</sup> Los principios Lando y los principios Unidroit son dos conjuntos de principios de derecho privado que buscan unificar y armonizar el derecho de los contratos en el ámbito internacional. A continuación, se explican las diferencias entre ambos. Origen: Los principios Lando fueron desarrollados por un grupo de expertos europeos bajo la coordinación de Ole Lando, mientras que los principios Unidroit fueron creados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), una organización intergubernamental que cuenta con la participación de países de todo el mundo. Ámbito de aplicación: Los principios Lando se centran principalmente en el derecho de los contratos europeos, mientras que los principios Unidroit tienen un enfoque más amplio y se aplican a los contratos internacionales en general. Contenido: Aunque ambos conjuntos de principios comparten muchos elementos en común, hay algunas diferencias significativas en cuanto a su contenido. Por ejemplo, los principios Lando incluyen una sección dedicada a la interpretación de los contratos, mientras que los principios Unidroit se centran más en cuestiones como la formación del contrato y la ejecución de las obligaciones contractuales. Formato: Los principios Lando están organizados en forma de reglas numeradas, mientras que los principios Unidroit son más descriptivos y no están estructurados de la misma manera que un código. En resumen, los principios Lando y los principios Unidroit comparten el objetivo de unificar y armonizar el derecho de los contratos en el ámbito internacional, pero difieren en cuanto a su origen, ámbito de aplicación, contenido y formato.

textos iniciales fueron promulgados y entraron en vigor en 1889, sin que hayan sufrido modificaciones significativas hasta la actualidad (Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, 2009). También es relevante la propuesta de Sánchez Ruiz de Valdivia<sup>422</sup>.

## 5.2 LA BUENA FE COMO PRINCIPIO RECTOR EN LOS TEXTOS DE *SOFT LAW*

El principio de buena fe es la piedra angular de este trabajo. Además, es la conexión entre el moderno derecho europeo de contratos y los nuevos planteamientos en torno a la resolución por incumplimiento que proponemos en este estudio.

El principio de buena fe, que en razón de lo expuesto en capítulos precedentes, debe ser el contrapunto al acérrimo liberalismo económico y por tanto, límite y control, de la libertad contractual más salvaje, como no puede ser de otra manera, viene referenciado en todos los textos de *soft law* consultados, lo cual, refuerza nuestra teoría del incumplimiento como concepto válvula, como concepto flexible, situando el foco, no tanto en el tipo de incumplimiento, sino en el perfil del contratante, para poder decidir, a través del principio de buena fe principalmente, como calificar un determinado incumplimiento.

Es más, como pondremos de manifiesto en este epígrafe, el principio de buena fe, sacralizado en los principales textos de *soft law*, está íntimamente relacionado con otros principios inspiradores contenidos en el *soft law*, como son los principios de cooperación y el principio de colaboración entre las partes, principios que también inspiran el *soft law* y el derecho de contratos, aunque no hayan recibido la atención suficiente. Sobre estas cuestiones abundaremos en lo sucesivo.

Fruto de ese movimiento influenciado por el *soft law* y por los principios del moderno derecho europeo de contratos han surgido las importantes reformas legislativas

---

<sup>422</sup> Sánchez Ruiz De Valdivia, I. (2016). “Capítulo 8. La reforma (modernización) del contrato de compraventa a través del aterrizaje del concepto único de incumplimiento y del despegue del sistema de remedios”. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el Contrato de Compraventa Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán* (pp. 171-210). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

del Código civil alemán (2001) y del Código civil francés (2016) que han modificado gran parte de la regulación general de las obligaciones y contratos.

A su vez, el mencionado movimiento ha dado lugar a varias propuestas legislativas, unas de origen puramente doctrinal y otras fruto de órganos con funciones legislativas que están utilizándose como una especie de *restatements*<sup>423</sup> europeos en materia de obligaciones y contratos.

Funcionan pues, por su propia autoridad, como una especie de “derecho blando” o *soft law* en terminología procedente del campo del Derecho internacional.

El movimiento de modernización del Derecho de los contratos surge a finales del siglo XX, debido al aumento del comercio internacional y la necesidad de unificar las soluciones legales para garantizar la seguridad jurídica en estas transacciones. En la Unión Europea, este movimiento es impulsado por la labor de aproximación de las legislaciones nacionales que ha llevado a cabo durante cerca de medio siglo, mediante directivas comunitarias en materias en las que la Unión Europea tiene competencias. En este contexto, en España han surgido dos instrumentos influenciados por el *soft law*, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCC) y la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

Entre los numerosos textos que se han generado en este movimiento hay cuatro que resultan especialmente destacables: dos de ellos por su procedencia europea e inmensa influencia, y los otros dos por tratarse de textos nacidos en nuestro país como propuesta para modificar nuestro Código Civil. Me refiero a los llamados Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL, en sus siglas en inglés), también conocidos como Principios Lando, por ser ese el nombre de su promotor, al llamado “Marco Común de Referencia” o DCFR (siglas de su denominación en inglés), así como a la Propuesta de

---

<sup>423</sup> Recordemos que los *restatements* son instrumentos normativos propios del Derecho norteamericano que, como se sabe, tiene una base principalmente jurisprudencial. Se trata de propuestas realizadas por el American Law Institute (ALI), cuyo objetivo es simplificar y aclarar el régimen jurídico relativo a cierta materia. Para tal fin el ALI utiliza grupos de expertos que estudian el régimen de dicha materia en los distintos Estados norteamericanos para, a partir de dichos análisis, proponer, bajo el liderazgo de un redactor, un *restatement* o propuesta de reformulación del sistema. Estos *restatements* no son Códigos y no tienen la autoridad de la ley promulgada, pero contienen recomendaciones de soluciones legales dirigidas a los tribunales que, en general, tienden a hacerles caso.

Modernización del Código Civil (PMCC) realizada por la Comisión General de Codificación en 2009, y a la Propuesta de Código Civil (PCC) presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en 2016.

Pues bien, como venimos indicando, aparte de la ley, el otro límite que se admite en los PECL es la buena fe o, si se quiere, la buena fe y la lealtad o la buena fe y el juego limpio<sup>424</sup>. En atención a algunas de nuestras observaciones recogidas en el capítulo 3, recordamos al lector, y de forma sucinta, que en nuestra jurisprudencia, el concepto incumplimiento es ambiguo, pues pivota en torno a la frustración del interés contractual y a la consideración del incumplimiento como esencial (concepto heredado, por cierto, del moderno derecho europeo de contratos), dando lugar a una doctrina arbitraria sobre el incumplimiento y la resolución, lo que algunos autores han calificado como *crisis de la doctrina*, pues en atención a estas circunstancias, incumplimiento puede ser cualquier contravención, ya sea una prestación principal o accesoría.

En sentido opuesto, a pesar de que nuestra jurisprudencia es restrictiva en el análisis del incumplimiento que faculta la resolución, es bastante permisiva admitiendo acuerdos y pactos, fruto de la autonomía de las partes, que paradójicamente, llevan al mismo resultado: la resolución.

Por lo tanto, se establece una doble “vara de medir”. Por un lado, una jurisprudencia amable y permisiva con todo lo pactado convencionalmente (aunque se produzca una extinción del contrato), y por otro, una jurisprudencia restrictiva a la hora de calificar el incumplimiento del contrato con efectos resolutorios.

Por todo ello, consideramos imprescindible, el análisis de otros principios inspirados en el derecho europeo que orienten dicha permisividad en los acuerdos de origen convencional y que, en cierto modo, supongan ciertos límites a la autonomía contractual en razón del principio de equidad.

En cuanto a la limitación de la libertad contractual, el legislador es consciente de que en un sistema abierto como es el contractual, resulta imposible imaginar todas las

---

<sup>424</sup> El fair play epígrafe, 193.

posibilidades y, por lo tanto, decidir si hay o no que prohibirlas; y por ello se hace preciso dejar una puerta abierta a la intervención judicial para que, en su caso, tenga argumentos para prohibir un determinado pacto.

Eso es lo que hizo nuestro Código Civil en 1889 y eso mismo es lo que hacen los PECL, pues en 1889 se recurre a nociones como moral y orden público, y en el año 2000 se recurre a la idea de buena fe y a la facultad moderadora del juez. Lo que es un signo del cambio de los tiempos porque en ambos casos se está recurriendo a nociones en las que se cristaliza la ética social que piden del juez una actividad de valoración desde el punto de vista social y no personal.

No conviene olvidar, como viene declarando el TS que, aunque se admita que las relaciones contractuales tengan una duración indefinida, dado que las partes no pueden permanecer indefinidamente vinculadas, hay que estimar que los contratantes puedan liberarse mediante la resolución unilateral. Así las cosas, el desistimiento unilateral no constituye incumplimiento contractual, por lo que no genera, como regla general, efectos indemnizatorios, salvo que el que lo ejercite hubiera actuado de mala fe o con abuso de derecho<sup>425</sup>.

En este sentido, no se consideraría contrario a la buena fe, incluir una cláusula de resolución unilateral libre en un contrato atípico de colaboración indefinido, ya que dicha cláusula es una consecuencia lógica del contrato y su ausencia implicaría aceptar

---

<sup>425</sup>La sentencia del Tribunal Supremo del 27 de noviembre de 2006 trata sobre cómo calificar la resolución unilateral en un contrato de distribución exclusiva, y explica que su carácter abusivo o contrario a la buena fe no siempre exige la justificación de una causa justa. La confianza y la relación de colaboración en estos tipos de contratos permiten la terminación sin justificación especial, sin que se requiera una situación de riesgo o incumplimiento contractual por parte de la otra parte. Por lo tanto, según la sentencia, esta decisión de terminar no genera por sí sola un daño indemnizable, a menos que existan circunstancias adicionales como la mala fe o el abuso de derecho. Estas circunstancias no dependen de si se ha invocado o no una causa específica, sino de otros factores como el impacto en las operaciones en curso, el aprovechamiento de ventajas o la frustración de beneficio. *Vid.* también, SSTS 22.12.2006; 30.4.2008; 3.11.2008; 28.1.2009; 10.3.2010 y 15.3.2011. Para un contrato de mediación o corretaje, *vid.* STS 25.5.2009.

En lo que se refiere a un contrato de sociedad civil, la sentencia del Tribunal Supremo del 16 de junio de 1995 considera que la mala fe no es un factor determinante para que se aplique el desistimiento, pero sí genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Además, las sentencias del Tribunal Supremo del 21 de noviembre de 2005 y del 29 de septiembre de 2006 también tratan este tema. Respecto a un contrato de “apoderamiento taurino” cuya “resolución” se justifica en la “pérdida de la confianza”, *vid.* STS 24.6.2011.

relaciones contractuales indefinidas, siendo esto contrario al orden público. Ahora bien, lo que podría ser contrario a la buena fe o implicar un abuso de derecho sería el uso de esa facultad con objetivos oportunistas que solo pretendan liberarse de un mal negocio, lo cual se agrava, ya que en el análisis de la doctrina reciente observamos como el juez suele ser restrictivo al considerar ineficaces este tipo de cláusulas, pues es patente, que muchas de ellas se incluyen en el contrato por influencia (algunos lo llaman coacción o violencia económica, abuso de posición dominante, otros) de la parte a la que benefician. Y aquí es donde nuestra jurisprudencia en cierto modo “cojea”, pues normalmente, si este tipo de cláusulas tienen un origen convencional, se admiten, salvo los casos en los que sea muy evidente el abuso de derecho o la mala fe.

En el mismo sentido, iría la necesidad de establecer un preaviso adecuado, salvo que la otra parte necesite de un tiempo razonable para deshacerse de sus compromisos con terceros o para reestructurar sus activos<sup>426</sup>.

De ahí que, por ejemplo, en los contratos de distribución por tiempo indefinido en los que se ejercita la resolución del contrato por el concedente, el Tribunal Supremo:

Cuando tales contratos hubieran operado durante largo tiempo, considere que el preaviso es “una exigencia de la buena fe con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles”, de acuerdo con lo previsto en el art. 57 CCom, incluso “cuando no esté así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el art. 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación. En suma, pues, aunque pueda resultar innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, un ejercicio de dicha resolución que pueda reputarse sorpresivo, puede ser considerado como abusivo o “constitutivo de conducta desleal incurso la mala fe en el ejercicio de los derechos que, si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios”.

---

<sup>426</sup> Carrasco Perera, A., *op. cit.*, p. 480. *Vid.* STS 25.5.2009 La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de diciembre de 2014, referida a un contrato de distribución en exclusiva, reconoce la posibilidad de resolución unilateral, pero considera que la falta de un preaviso razonable supone una infracción de los deberes de buena fe y lealtad en una relación contractual como la presente, especialmente teniendo en cuenta la larga duración del contrato (veinte años). En este sentido, se establece que el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, tomando como referencia el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal, que aunque no sea de aplicación directa, sirve como guía para determinar la antelación adecuada del preaviso en un caso como este. En idéntica línea, *vid.* STSS 20.7.2015, 19.5.2017 Sobre la resarcibilidad del lucro cesante en tales casos, *vid.* STS 8.10.2013. Asimismo, *vid.* STS 9.7.2015.

Incluso, ex art. 1258 y conforme a la buena fe, por aplicación del art. 1101 CC, resultarán indemnizables los costes derivados de los despidos laborales en los que incurre un agente cuando el comitente hubiera actuado de mala fe, a pesar de que esta partida indemnizatoria no tenga cabida en el art. 29 LCA.

En cambio, no dimana del respeto a la buena fe ninguna obligación para otros sectores de la contratación, por ejemplo a una empresa aseguradora de advertir a su asegurado/tomador de que el impago de las primas le permitía el ejercicio de la facultad prevista en el art. 15 LCS, STS 8.6.2006, ni tampoco se le exige, recordemos nuestro caso de cabecera, a la empresa DB Schenker un preaviso a los conductores autónomos que se amotinan buscando mejores condiciones contractuales, pues esta situación le pareció al Tribunal un incumplimiento suficiente para resolver el contrato *ipso facto* y automático a través de un burofax, sin entrar en el análisis de si procedía una indemnización para los conductores autónomos por las expectativas, y lo que razonablemente podían esperar del contrato, así como las inversiones que habían realizado y en definitiva, por la rotura sorpresiva del contrato después de casi 15 años.

En algunos casos, el principio de buena fe puede implicar la responsabilidad de llevar a cabo un examen puntual y diligente de la prestación realizada por el deudor, según lo dispuesto en los artículos 57 del Código de Comercio y 1258 del Código Civil. Además, en la compraventa de una cosa futura, la buena fe en virtud del artículo 1258 del Código Civil podría exigir que el vendedor haga todo lo posible para que la cosa se haga realidad, lo que en los textos de *soft law* se reconoce como los principios de colaboración y de cooperación.

El Tribunal Supremo ha venido indicando que la buena fe contractual, en un sentido objetivo, se refiere a cumplir el contrato de manera adecuada para lograr su objetivo, lo que implica que las partes involucradas actúen de manera justa, adecuada y leal.

Por tanto, si se quiere, la buena fe se convierte “*en parámetro normativo de la conducta debida en una relación contractual*”, algo que, sin duda, se puede interpretar en los textos de *soft law*.

### 5.3 INFLUENCIA DEL MODERNO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO: EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

Una de las grandes contribuciones del moderno derecho europeo de contratos y del *soft law* a nuestro sistema, con todos los riesgos que ello conlleva, pues ha supuesto un cambio disruptivo en la doctrina, es el concepto del *incumplimiento esencial*. Estas normas inspiradas en el Derecho anglosajón, donde tiene origen el propio concepto de incumplimiento esencial (*fundamental non-performance*), son la clave de la intersección entre el *soft law* y el derecho español.

La idea expuesta en el capítulo 3 es que el incumplimiento esencial es un concepto que se utiliza en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia para evaluar la gravedad de un incumplimiento en términos de satisfacción del acreedor y del interés contractual en el cumplimiento de la obligación. El incumplimiento esencial se enfoca en los intereses primordiales que justificaron la relación negocial.

En términos generales, la proyección se refiere a las expectativas razonables y de buena fe sobre el cumplimiento de lo acordado en el contrato, teniendo en cuenta su importancia y características. Esta definición se basa en la concepción contemplada en los artículos 8:103 y 9:301 de los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL) y el artículo 87 CESL.

En suma, existe dicho incumplimiento cuando en una parte existan “razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra”, así lo recoge el art. 7.3.1 Principios Unidroit y lo menciona la STS de 15 de junio de 2015.

En esta óptica, por ejemplo, deben enmarcarse todas aquellas resoluciones judiciales españolas que fundan el incumplimiento de una obligación contractual de dar en la inhabilidad del objeto, determinada o medida conforme a la buena fe<sup>427</sup>.

---

<sup>427</sup> De modo también, en opinión de algunos autores, se llega a utilizar de forma excesiva e innecesaria el art. 1258 CC y, en concreto, este criterio integrador, para sancionar por esta vía lo que en sí supone un claro incumplimiento contractual Carrasco, Derecho de contratos, 2010, p. 486 y pp. 527-528. A su entender, en la mayoría de los casos, no hay laguna que integrar, sino que lo que se discute es el estándar de diligencia exigible.

Y aunque acaso sería preferible, y nosotros lo consideramos muy conveniente, un reconocimiento legal más explícito y general de este principio, entendemos que es posible construir un principio general de buena fe, fruto de la impronta que supone en nuestro sistema los principios del moderno derecho europeo de contratos y de cerca de medio siglo de directivas comunitarias, dictadas sobre materias en las que la propia Unión Europea tiene competencias; a saber: la unidad de mercado y la protección de consumidores.

En este sentido, reiterando lo expuesto, a parte de la ley, el otro límite que se admite en los PECL es la buena fe, o si se quiere, la buena fe y la lealtad, o la buena fe y el juego limpio. En el DCFR<sup>428</sup> la buena fe que, aunque no está expresamente mencionada entre los límites de la libertad contractual, si aparece recogida entre las disposiciones generales (art. I-1:103).

No es habitual hablar de la buena fe a propósito de la libertad contractual, aunque, como ya hemos visto, en los modernos textos de referencia para la reforma del Derecho de los contratos, empezando por los Principios Europeos del Derecho de los Contratos así se hace; tal y como acabamos de ver.

En este contexto de intercambio de bienes y servicios, en un mercado donde intervienen operadores jurídicos diversos, con perfiles diferentes y por lo tanto, en nuestra opinión, debieran de tener un estándar de diligencia exigible diferente según el perfil del contratante, aparecen nuevos conceptos más relacionados con el ámbito financiero, como el concepto OBF ( Objetivo Básico Financiero) <sup>429</sup>, situaciones todas ellas que hacen

---

<sup>428</sup> Utilizamos la traducción del DCFR de Jerez Delgado coord., publicada en el año 2015 por la editorial del Boletín Oficial del Estado.

<sup>429</sup> En el contexto empresarial, el Objetivo Básico Financiero (OBF) es un indicador financiero que se utiliza para medir la capacidad de una empresa para generar efectivo y cumplir con sus obligaciones financieras a largo plazo. El OBF de una empresa representa el nivel de ganancias que se espera que la empresa genere durante un período determinado, y se utiliza para establecer objetivos financieros realistas y monitorear el desempeño financiero de la empresa a lo largo del tiempo.

El OBF de una empresa puede variar en función de varios factores, como el tamaño de la empresa, la industria en la que opera, su ciclo de vida, su nivel de endeudamiento y su estrategia de crecimiento. En general, un OBF saludable debería ser suficiente para cubrir los gastos operativos de la empresa, así como para proporcionar suficiente efectivo para el pago de intereses y el servicio de la deuda.

El cálculo del OBF de una empresa es una tarea compleja que implica la evaluación de múltiples variables financieras, incluyendo los ingresos, los costos operativos, los gastos de capital, el nivel de endeudamiento y la política de dividendos, entre otros. Como resultado, el OBF es una herramienta

necesario que la buena fe se convierta en una especie de estándar de conducta, una regla de conducta social que impone un determinado comportamiento ético en las relaciones jurídicas, y un concepto válvula que debe ser tenido en cuenta por los jueces para valorar la existencia de pactos, que aun fuera del ámbito de los contratos de adhesión, sean injustos.

Por último, la buena fe puede actuar como un límite a la libertad contractual. La buena fe supone un estándar de lealtad objetiva; un módulo de conducta y, por lo tanto, sirve para medir si las partes se han comportado correctamente<sup>430</sup>. Pues la buena fe se relaciona con un conjunto de principios éticos, socialmente admitidos y, en consecuencia, se conecta con la idea de moral tal y como a continuación se explica.

El legislador recurre en ciertos casos en los que es consciente de que la complejidad y riqueza de la vida impide a la ley prever todas las posibilidades. El juez tiene entonces la misión de hacer de intérprete de las valoraciones sociales y actuar en consecuencia.

Pues, en definitiva, lo que aquí pretendemos es que un contrato debe ser justo, es decir: debe existir un equilibrio en las prestaciones, pues el desequilibrio es contrario a la buena fe, así como que debe ser justo el uso de los remedios en caso de incumplimiento, y en razón de la buena fe, se debe analizar el incumplimiento esencial.

#### **5.4 EL CONVENIO DE VIENA**

El Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías fue un hito histórico en la fusión y encuentro de los dos grandes sistemas jurídicos existentes en la civilización occidental, la *Common Law* y el *Civil Law*<sup>431</sup>. En su artículo 49, la Convención de las Naciones Unidas establece las condiciones en las que el comprador puede declarar resuelto el contrato, en caso de que el vendedor incumpla alguna de sus obligaciones esenciales.

---

importante para la planificación financiera de una empresa, ya que permite a los directivos tomar decisiones informadas y estratégicas en relación con la gestión de los recursos financieros de la empresa.

<sup>430</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 48.

<sup>431</sup> *Ibidem*, p. 50.

“El incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato”.

El artículo 64 se refiere a las situaciones en las que el vendedor puede resolver el contrato, mientras que el artículo 72.1 establece la posibilidad de resolución en caso de incumplimiento patente antes de la fecha de cumplimiento. Además, el artículo 73.1 se aplica a los contratos con entregas sucesivas de mercaderías y permite la resolución del contrato en caso de incumplimiento esencial por parte de cualquiera de las partes.

## **5.5 LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: LOS PRINCIPIOS UNIDROIT**

Los principios Unidroit, se presentan como una parte de la nueva *lex mercatoria*, y en este sentido se considera que la *lex mercatoria* suele llamarse al conjunto de principios, usos y costumbres que rigen el comercio internacional<sup>432</sup>.

Los mencionados principios vienen a desarrollar unos principios dispositivos que pueden ser aplicables a los contratos mercantiles, y tratan sobre el incumplimiento contractual, en su art. 7.3.1 y ss.

En el art. 7.3.1, de claro corte liberal, y *pro creditore* menciona el denominado incumplimiento esencial, y en este sentido establece que existe un derecho a resolver el contrato para una parte, si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. Y en relación a la definición de incumplimiento esencial, el art. 7.3.2 determina que la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial cuando:

(a) La parte a la que se le ha incumplido el contrato es privada sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del mismo, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no pudiera haber previsto razonablemente dicho resultado. Esta situación es lo

---

<sup>432</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, op. cit., p. 51.

que se conoce como el interés del acreedor o el plano satisfactivo del interés del acreedor, según ha calificado nuestro Tribunal Supremo.

(b) La ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; aludiendo en este caso a la especial relevancia que adquieren los pactos convencionales, y en nuestra opinión este es el punto que más conflictos suscita en un primer término, porque la posibilidad de estipular que ciertos comportamientos se consideran incumplimiento esencial no compete a las partes, sino a la facultad moderadora del juez, y son evidencias de prácticas desleales por ciertas empresas con respecto a otras, que en abuso de su superioridad o de la necesidad de la empresa pequeña por concertar un contrato que le permite crecer, transigen y aceptan cláusulas que manifiestamente benefician a la empresa con mayor poder de decisión en caso de incumplimiento.

En este mismo sentido lo expuesto en el capítulo 3, pues a través de esta opción que admiten los textos de *soft law*, las partes pueden eludir cualquier otro control sobre la calificación del incumplimiento como esencial mediante una inclusión en los contratos cláusulas que permitan la resolución unilateral debido a ciertos incumplimientos como esenciales, aunque en realidad no lo sean según el criterio actual jurisprudencial. Y es precisamente en este punto donde más incidencia tendrían los demás principios, también contenidos en el *soft law*, que moderan la autonomía de la voluntad de las partes (como concepto válvula) en razón de la búsqueda de un equilibrio y de la equidad.

Continúan diciendo los Unidroit, que se podrá resolver el contrato si:

(c) El incumplimiento fue intencional o temerario. Y en este punto, se refiere al incumplimiento doloso, aunque nada dice de atender a si existen razones justificadas de la parte que incumple, que dolosamente incumple.

(d) El incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro. Este punto quizás también suscite conflictos en atención a la protección de la parte incumplidora, pues pone de manifiesto que lo que se protege es el negocio, sin atender a consideraciones más subjetivas de por qué las partes incumplieron,

siendo especialmente necesario en este tipo de incumplimiento atender a los principios que moderan y equilibran el ejercicio de la facultad resolutoria.

(e) La resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. Este punto es de gran relevancia, pues pretende proteger al incumplidor, dándole prioridad a la resolución en lugar de a la acción de cumplimiento.

Y por último, en caso de demora la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el art. 7.5.

En efecto, la notificación de resolución previa requerida en el artículo 7.3.2 de los principios Unidroit (la denominada *Nachfrist*) refleja el principio de buena fe, ya que obliga a la parte perjudicada a informar a la otra parte de su decisión de resolver el contrato en un plazo razonable después de conocer la oferta o prestación defectuosa. Esto permite a la otra parte tomar medidas adecuadas para corregir el incumplimiento y evitar la resolución del contrato. La buena fe en las relaciones contractuales implica la transparencia y la lealtad de ambas partes, y esta notificación es una manifestación de ello<sup>433</sup>.

El artículo 7.3.3 se refiere al incumplimiento anticipado, es decir, cuando es evidente que una de las partes incumplirá de manera esencial antes de la fecha de cumplimiento. En este caso, la otra parte tiene el derecho de resolver el contrato. Este artículo es de especial relevancia ya que permite a la parte afectada tomar medidas para proteger sus intereses en caso de que prevea un incumplimiento esencial por parte de la otra parte. Entendemos que dado el poder que le otorga a la parte que resuelve, se le debe exigir una responsabilidad, un deber de observar, colaborar, cooperar con la otra parte, y si esta observancia es infructífera, entonces podrá resolver. Entendiendo que el sentido de esta norma sería aberrante si facultara a una de las partes para desvincularse sin

---

<sup>433</sup> El principio de buena fe aparece en los Unidroit en el Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial) (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

ninguna consecuencia por la existencia de cierto temor de incumplimiento, insistimos, ese temor de incumplimiento también debe ir justificado para poder resolver, con la acreditación de las consecuencias del mismo, ya que, una empresa grande en una relación contractual con una empresa pequeña nada puede temer de que esta incumpla, pues su grado de resiliencia es mucho mayor que si ambas empresas están en el mismo estrato económico. Entendemos que este artículo sería de aplicación, por razones de equidad, a contratos donde ambas partes se encuentran en una igualdad de condiciones, especialmente económica, pues solo en este contexto se entiende, que una de ellas pueda temer el incumplimiento por las consecuencias que acarrea. Una empresa grande difícilmente podrá resolver por temor de incumplimiento de una pequeña, pues nada puede temer teniendo la opción de sustituir ese contrato por cualquier otro de forma ágil y poco costosa.

En cuanto a la excesiva onerosidad o “hardship”, recogida en el art. 6.2.3 nos interesa destacar que aunque no aclara que se considera tal supuesto si permite que la parte en desventaja pueda reclamar la renegociación del contrato (letra a) de la misma forma que permite adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio, lo cual parece aventurar un uso menos restrictivo de este mecanismo, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema con la doctrina de la cláusula *rebus sin stantibus*. Siendo estas posturas, en nuestra opinión, muy positivas, pues son manifestación de los principios de conservación de las relaciones contractuales<sup>434</sup>, principio de cooperación y colaboración, tan necesarios en el establecimiento de unas prácticas negociales honestas.

El artículo más destacable sería el art. 7.1.4, referente a la subsanación del incumplimiento, donde tenemos la gran aportación de esta carta de principios, pues sostiene la facultad de remediar el incumplimiento, y la potestad de subsanación del deudor incumplidor. Un principio que de algún modo concentra lo expuesto hasta ahora sobre la política jurídica y las razones de equidad.

---

<sup>434</sup> Para un análisis del fundamento teórico del principio favor contractus, vid. Bertram Keller, “Favor Contractus. Reading the CISG in Favor of the Contract”, en Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter (Eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer*, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, UK, 2008, pp. 247-266, pp. 249-250.

Sostiene este artículo que (1) el incumplimiento por parte de una de las partes puede ser corregido por esta, asumiendo los costos que correspondan, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: (a) la notificación de la forma y el momento de la corrección debe ser comunicada a la otra parte sin demora injustificada; (b) la corrección debe ser adecuada a las circunstancias; (c) la parte perjudicada no tiene un interés legítimo para rechazar la corrección; y (d) la corrección debe llevarse a cabo sin demora.

El texto indica que (2) es posible subsanar el incumplimiento incluso después de haber notificado la resolución del contrato. (3) Sin embargo, si los derechos de la parte perjudicada son incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora, se suspenden desde la notificación de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar. (4) La parte perjudicada puede detener su propia prestación mientras la subsanación esté pendiente. (5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada mantiene el derecho a reclamar indemnización por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación, incluyendo el retraso.

En este sentido, encontramos múltiples pronunciamientos en nuestro sistema, por ejemplo la sentencia de la AP de Castellón, la cual analiza un caso de arrendamiento, entiende que no procede la resolución aunque existe una irregularidad urbanística en la nave objeto del arrendamiento, pero dicha irregularidad no ha impedido el disfrute pleno de la nave por el arrendatario conforme lo previsto durante un periodo prolongado, y al existir la posibilidad de subsanar la irregularidad, no se ha frustrado el interés del contrato y por tanto no hay incumplimiento esencial<sup>435</sup>.

Continuando con el análisis de los principios Unidroit más relevantes para este estudio, conviene mencionar el artículo 7.1.5, suponiendo este la segunda adición a nuestro sistema legal, ya que establece un “período suplementario para el cumplimiento” en caso de darse un incumplimiento. Establece este artículo (1) Si la parte perjudicada concede este período mediante notificación a la otra parte, ésta tendrá la oportunidad de subsanar el incumplimiento dentro de un plazo determinado. (2) Durante este tiempo, la

---

<sup>435</sup> Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª). Sentencia núm. 103/2017 de 24 marzo. JUR 2020\151530.

parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercer ningún otro remedio. Si la otra parte no cumple dentro del período suplementario o si este período finaliza sin que se haya realizado la prestación debida, la parte perjudicada puede ejercer cualquier remedio previsto en el contrato. (3) Si la demora en el cumplimiento no es esencial, la parte perjudicada puede resolver el contrato al final del periodo suplementario concedido. (4) Sin embargo, si la prestación incumplida es solo una parte mínima de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora, el párrafo (3) no se aplicará.

Por último, los principios Unidroit ya adelantan la necesidad de otros métodos de resolución de controversias, otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias<sup>436</sup>, el procedimiento arbitral (art.1.11) y art.10.6 referido a la suspensión por procedimiento arbitral y el art 10.7.

## **5.6 REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, LOS PECL**

En los PECL, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, se refiere a esta cuestión en los arts. 8:103 y 8:106. Con los PECL se proporcionan respuestas más satisfactorias que las que se consiguen con el pensamiento jurídico tradicional, como por

---

<sup>436</sup> Y ya como *ratio decidendi*, esta misma postura favorable a los acuerdos para negociar se encuentra en *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd* ([2014] EWHC 2104 (Comm); [2015] 1 W.L.R. 1145). En un contrato de suministro de mineral de hierro se había incorporado una cláusula por la que, en caso de disputa o reclamación como resultado o en conexión con el contrato, las partes deberían primero intentar resolver dicha disputa o reclamación mediante una *friendly discussion*. En el caso de que no se llegara a una solución tras un periodo continuado de cuatro semanas, entonces la parte no incumplidora podría invocar la cláusula de arbitraje y remitir allí la disputa. El tribunal entiende que se trata de un acuerdo completo y cierto en la medida en que, a pesar de ser de difícil prueba, la obligación de buscar resolver la disputa mediante discusiones amigables de buena fe reconduce a un estándar identificable como es el de “fair, honest and genuine discussions”. Además, añade, no solo hay razones de interés público (los profesionales esperan que los tribunales ejecuten las obligaciones que libremente han asumido y con la cláusula se pretende evitar lo que podría ser un costoso proceso de arbitraje) sino que las partes habían aceptado voluntariamente una restricción a su libertad de “no negociar” e ir directamente a los tribunales (es decir, se habían obligado voluntariamente a intentar llegar de buena fe a una solución): “In the context of a dispute resolution clause pursuant to which the parties have voluntarily accepted a restriction upon their freedom not to negotiate it is not appropriate to suggest that the obligation is inconsistent with the position of a negotiating party. El papel de la buena fe en el Derecho contractual inglés M. Natalia Mato Pacín Área de Derecho Civil Universidad Carlos III de Madrid Barcelona, abril 2018 Indret.

ejemplo el relieve que se puede dar a la mutación de las circunstancias, algo sobre lo que los derechos nacionales guardan silencio.

Los PECL representan una conexión entre los sistemas legales de *Common Law* y *Civil Law*, y son un buen punto de partida para considerar otras formas de resolución de conflictos, como el arbitraje, que está en aumento. Los PECL no tienen la pretensión de ser vinculantes, sino que buscan ser generalmente aceptados, de manera similar a los Restatements of the Law of Contract de Estados Unidos.

En relación al incumplimiento, los Principios del Derecho Europeo de Contratos contienen las dos variantes de incumplimiento. Cuando el incumplimiento es esencial, según los PECL, la relación contractual puede resolverse de inmediato. El artículo 8:101 regula los medios de protección del crédito y establece que, si una parte no cumple con alguna de las obligaciones del contrato y el incumplimiento no puede justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios. La parte no puede recurrir a los medios del capítulo 9 si ha provocado el incumplimiento de la otra parte.

El artículo 8:108 se refiere al caso fortuito y fuerza mayor y establece que una parte queda liberada de su obligación de cumplir un contrato si se demuestra que existe un impedimento fuera de su control. Si el impedimento es temporal, la exoneración solo tiene efecto durante el tiempo que dure el impedimento, pero si el retraso ocasionado por el impedimento se convierte en un incumplimiento esencial, el acreedor puede considerarlo como tal. Además, la parte que no puede cumplir su obligación debe informar a la otra parte sobre la existencia del impedimento y sus efectos en un plazo razonable desde que se enteró o debió enterarse. Si no lo hace, la otra parte tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En este sentido, los PECL no tienen pretensión de imperatividad y se consideran un buen punto de partida para considerar otras formas de resolución de controversias, como el arbitraje, cada vez más utilizado.

El artículo 8:103 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos aborda el tema del incumplimiento esencial, el cual se produce cuando se infringe la causa del contrato o cuando la parte perjudicada<sup>437</sup> no recibe lo que razonablemente esperaba del contrato, salvo que la otra parte no pudiera haber previsto ese resultado. También se considera incumplimiento esencial cuando se realiza de manera intencional y provoca que la parte perjudicada pierda la confianza en el cumplimiento futuro de la otra parte. Este artículo se enfoca únicamente en el tipo de incumplimiento y su impacto en la parte perjudicada, sin hacer mención de otros aspectos. Esto permite que las partes puedan acordar ciertos incumplimientos que *a priori no son* esenciales, pero que puedan ser motivo de resolución del contrato, lo que supone, nuevamente, un riesgo para la parte que incumple.

Nos resulta de especial interés, los intentos que hacen estos principios por conservar el contrato, y en este sentido, el art. 8:104 se refiere a la corrección de una prestación defectuosa, incluso permite que se haga a un nuevo ofrecimiento de pago conforme, mientras la obligación no haya vencido o en tanto el retraso en el pago no suponga un incumplimiento esencial.

En el mismo sentido que los Unidroit, y de gran relevancia para el derecho español, donde no hay una norma que se pronuncie sobre el plazo adicional, resulta de interés el art. 8:106, donde se menciona la comunicación de un plazo adicional para el cumplimiento.

Después de leer estos artículos, el concepto de incumplimiento esencial no queda completamente claro. Aunque el esquema general parece lógico para los intérpretes y aplicadores del derecho: si el incumplimiento es esencial, se resuelve inmediatamente; si no lo es, se hace un requerimiento con un plazo adicional. Sin embargo, este esquema

---

<sup>437</sup> La expresión "parte perjudicada" o "aggrieved party" en inglés se refiere a la persona que ha sufrido un perjuicio o daño como resultado del incumplimiento del contrato. Aunque esta terminología puede resultar algo complicada, se ha preferido utilizarla en lugar de simplificar y utilizar términos como "acreedor" y "deudor" ya que, en algunos casos, el perjudicado no será necesariamente el acreedor y viceversa. Sin embargo, en aquellos casos en que los Principios hacen referencia específica al acreedor y al deudor, se utilizan estos términos. Por ejemplo, en los artículos 7:106 y 7:107.

simple contrasta con la complejidad de las decisiones judiciales que se han desarrollado en torno al artículo 1124 del Código Civil<sup>438</sup>.

Es necesaria una protección material de este tejido, respecto a prácticas oportunistas del remedio resolutorio, lo que inevitablemente implica una consideración del estándar jurisprudencial sobre el concepto de incumplimiento, así como sobre el estándar exigido para aplicar la resolución contractual con especial incidencia en el uso unilateral y extrajudicial del remedio resolutorio.

EL art 8:103 de los PECL habla de incumplimiento voluntario que se puede equiparar a nuestro concepto de incumplimiento esencial, a través de lo que nosotros conocemos como incumplimiento rebelde.

El objetivo es determinar en qué momento el afectado por un incumplimiento ya no puede esperar más y tiene derecho a terminar el contrato, si esto le conviene. Cuando hay una negativa intencional de cumplir, no tiene sentido seguir esperando, requiriendo o demandando. El único problema es que la exigencia de "rebeldía deliberada" es demasiado estricta, por lo que bastaría con utilizar la noción de "incumplimiento intencional" del derecho inglés, que permite deducir la intención de no cumplir en el futuro<sup>439</sup>.

## 5.7 PLAZO ADICIONAL DE CUMPLIMIENTO

En cuanto al plazo adicional de cumplimiento, indicar que las regulaciones que se hacen en *soft law* acerca de retrasos en el cumplimiento también pueden limitar de manera restrictiva la aplicación del remedio de la resolución.

En este sentido, solo se podrá resolver el contrato por un incumplimiento no esencial en la entrega de los bienes si el comprador ha otorgado un periodo de tiempo adicional razonable para el cumplimiento y el vendedor no ha cumplido dentro de ese

---

<sup>438</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, op. cit., p. 865.

<sup>439</sup> *Idem*.

plazo, aunque técnicamente se trate de un incumplimiento, así lo indican los arts. 115 y 136 CESL; y los arts. 1200 PMCC y 66 bis TRLGDCU.

Existen regulaciones que prohíben explícitamente que, durante el periodo adicional de cumplimiento, el comprador pueda utilizar otros remedios para abordar el incumplimiento, excepto por la compensación de daños y perjuicios (artículo 47.2 CV). Mientras que otras regulaciones intentan mantener la validez de los contratos prohibiendo la concesión de plazos adicionales que sean demasiado cortos e irrazonables (artículo III.-3:503 (2) DCFR).

Los sistemas legales tienen principios, doctrinas y reglas que fomentan, siempre que sea posible y apropiado, la conservación de los contratos (*favor contractus*). Este principio se aplica en todas las áreas del derecho contractual, desde las regulaciones que rigen la formación y el cumplimiento del contrato, hasta las normas que abordan los remedios en caso de incumplimiento contractual.

En secciones anteriores se han mencionado diversas regulaciones que restringen el uso del remedio de la resolución, como aquellas que solo permiten la resolución del contrato en caso de incumplimiento esencial, las que declaran la validez parcial de los contratos de cumplimiento divisible cuando el incumplimiento no es esencial para el contrato en su totalidad y las que regulan el derecho de los vendedores a remediar el incumplimiento o las que en caso de retraso permiten un plazo adicional. Estas regulaciones se pueden encontrar en varias fuentes: 109 CESL, 417-2.1 ALCM, 8:104 PECL, III.-3:201 a III.-3:205 DCFR, y 34, 37 y 48 CV, 114.1 y 134 CESL, 511-18.2 ALCM, 9:301 (1) PECL, III.-3:502 DCFR, y 49 y 64 CV, 117 y 137 CESL, 511-19.2 ALCM, 9:302 PECL, III.-3:506 DCFR, y 51.2 CV, artículo 1124 CC y 1199 PMCC.

En definitiva, y como se ha mencionado, la falta de entrega de la mercancía por sí misma no tendría por qué considerarse un incumplimiento esencial<sup>440</sup>. Es posible entender que las regulaciones mencionadas anteriormente son ejemplos de un principio más amplio que busca fomentar el mantenimiento de los contratos. Lo que podría situar a este

---

<sup>440</sup>Artículos 417-2.2 ALCM, 115 y 135 CESL, 8:106 PECL, III.-3:503 DCFR, 47 CV y 1200 PMCC.

principio junto con el de la buena fe como una herramienta adicional para limitar el uso del remedio de resolución.

## **5.8 LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CC ESPAÑOL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN**

La Comisión General de Codificación presentó en 2009 la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, que constituye uno de los escasos proyectos de modernización del derecho contractual en España.

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, busca incorporar algunos conceptos del derecho anglosajón con el objetivo de lograr una mayor coherencia entre el derecho español y el sistema jurídico continental, y por ello resulta de gran interés esta propuesta, pues en ella se estructuran los principios inspirados del moderno derecho europeo de contratos.

Como hemos puesto de manifiesto de forma continua en este trabajo, el mayor desafío para unificar el derecho europeo de contratos consiste en encontrar un equilibrio entre los principios de buena fe y autonomía de la voluntad, y lograr que coexistan de manera colaborativa. Este proceso requiere de una reflexión profunda en términos filosóficos y valorativos.

Si se busca una unificación del Derecho europeo de las obligaciones y contratos, es crucial enfrentar la disyuntiva entre la autonomía de la voluntad y la buena fe. Si esta cuestión no se aborda adecuadamente, existe un alto riesgo de que cualquier intento de unificación fracase. Aunque los diferentes textos de Derecho uniforme establecen la autonomía de la voluntad como un principio rector, la importancia de la buena fe parece ser subestimada. Desde nuestro punto de vista, la buena fe debería prevalecer sobre la autonomía de la voluntad, ya que se considera fundamental en la relación contractual y actúa como un criterio integrador del contenido de las cláusulas contractuales y un verdadero límite al principio de la autonomía de la voluntad. Todo esto, en línea con la equidad natural.

La PMCC tiene una estructura muy útil para tratar con el incumplimiento contractual, ya que establece claramente los diferentes remedios disponibles, incluyendo el cumplimiento de la obligación, la reducción del precio, la resolución del contrato y la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios en cualquiera de los casos anteriores, así como la suspensión total o parcial de la prestación. Además, este enfoque está en línea con las posturas modernas que definen el incumplimiento objetivamente, sin tener en cuenta la culpa o el dolo del incumplidor, lo que solo se considerará al compensar los daños y perjuicios sufridos.

Esta propuesta se refiere a la resolución en sus artículos 1199 y ss. aludiendo nuevamente a la posibilidad de resolver si el incumplimiento se considera esencial. Echamos en falta que haga una mención más específica sobre este concepto tan etéreo.

Por otro lado, establece la necesidad de plazo de subsanación como requisito previo para resolver, algo que ya venía demandando la doctrina, en cambio deja muchos interrogantes abiertos cuando establece la posibilidad al acreedor de resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor. En este sentido, echamos en falta más concreción en este extremo.

Por último, esta propuesta trata un tema muy interesante para esta investigación, la posibilidad de revisar el contrato por la llamada “alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato” en su artículo 1213:

Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

Por lo tanto, en situaciones en las que ha ocurrido un cambio inesperado en las condiciones del contrato, sería posible anunciar legalmente el incumplimiento (o amenazar con incumplir) debido a la posibilidad de ejercicio extrajudicial del derecho a pedir que el contrato se reescriba de manera equitativa ante un juez.

Según la propuesta, en estos casos donde tiene lugar una alteración de la base del negocio, que hace necesario el ajustarlo de manera equitativa, el anuncio de incumplimiento del acuerdo original no sería una amenaza injusta, sino más bien el ejercicio de un derecho.

Si la otra parte acepta este cambio en las circunstancias y está dispuesta a renegociar, a revisar, según la propuesta, no habrá problemas.

Pero si la otra parte no está de acuerdo, tendrá que elegir entre resistirse o consentir (o aparentar que está de acuerdo) y luego impugnar por intimidación si se ha visto presionado o coaccionado al aceptar la novación.

Esto nos conecta con la doctrina del *duress* o de la coacción, que se trata más a fondo en el capítulo 6, pues esta posibilidad de revisión o novación que establece la propuesta abre una amplia gama de posibilidades en relación a las coacciones que una de las partes puede ejercer para obligar a la otra a aceptar nuevas condiciones, máxime cuando una de las partes tiene mejor poder negocial que la otra.

## **5.9 PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR)**

Al igual que los anteriores, como bien dice su texto expositivo, la utilización del DCFR puede ser una herramienta útil para los jueces en su tarea de aplicar las normas a la realidad social del momento, tal y como se establece en el artículo 3.1 del Código Civil.

Respecto al DCFR, y sin entrar en su articulado pues sus artículos más relevantes los hemos ido mencionando a lo largo de este capítulo, haremos especial mención a la carta de principios, a los objetivos que resultan inspiradores para la conformación de este texto, objetivos y principios que quizás han recibido menos atención.

El DCFR no alberga dudas, la libertad contractual se sitúa como punto de partida<sup>441</sup>. Y dice “En una situación normal tampoco debería existir ningún tipo de incompatibilidad entre la libertad contractual y la eficacia. En términos generales, cabe asumir que los acuerdos suscritos entre partes bien informadas y que se encuentran en la misma posición para negociar maximizan los beneficios, puesto que ambas saldrán ganando”. De aquí nos interesa, que podría, a sensu contrario, haber dudas en cuanto a la eficacia de dichas normas adoptadas en uso de la libertad contractual, cuando las partes no se encuentren en la misma situación. Y en este sentido, criticamos la generalidad de esta norma, pues en ningún momento entra a valorar qué diferentes “partes” pueden intervenir, y presupone que dichas partes se encuentran en igualdad poder negocial.

En el considerando (10), el DCFR, hace mención a la “corrección de la desigualdad en el poder de negociación”<sup>442</sup>, sostiene que en la actualidad, las circunstancias modernas, especialmente el uso de términos y condiciones generales en los contratos, han dado lugar a nuevas formas de desigualdad que necesitan ser abordadas y solucionadas, dice el DCFR, y cito textualmente “Este tipo de problemas son más frecuentes cuando un consumidor trata con una empresa, pero pueden plantearse también en contratos entre empresas, sobre todo, cuando una de las partes es una empresa pequeña con menor poder de negociación”.

De esta manera, entendemos que el objetivo de este instrumento es que las normas sobre cláusulas abusivas persigan amparar la libertad contractual ejercida de buena fe y equitativamente, pero de una manera más amplia que la contemplada en el derecho tradicional, ya que en la legislación europea se busca aplicar estas disposiciones no solo a los contratos celebrados entre empresas y consumidores, sino también a otros ámbitos de la contratación. Algo que ya vienen haciendo algunos Estados miembros como el caso de España, pero en un ámbito muy reducido, como es el de los contratos de adhesión y los contratos con condiciones generales de la contratación, siendo para nosotros

---

<sup>441</sup> El DCFR establece cuatro Principios fundamentales de libertad, seguridad, justicia y eficacia, dentro del tercero - Libertad contractual- establece en su considerando (3) la presunción de la igualdad entre las partes.

<sup>442</sup>Considerando [10] del DCFR, dentro del Principio de Libertad contractual.

insuficientes, pues como hemos manifestado en este trabajo, hay muchos más ámbitos donde existen desigualdades entre empresarios, aunque no medie un contrato de adhesión; desigualdades que afectan a la inclusión de ciertos pactos en los contratos – manifiestamente favorecedores para una parte–. Por ello, vemos necesario una regulación normativa en este sentido.

En el considerando (12), nos habla el DCFR de la “Preeminencia de las obligaciones sobre la libertad” y en este sentido los principios de seguridad y justicia pueden contrarrestar el principio de libertad. Siendo así, los PECL identifican los elementos más relevantes en relación a la seguridad e indican que en primer lugar los contratos deben ser cumplidos ante todo, aunque acepta el cambio por imprevisibles circunstancias<sup>443</sup>.

En el segundo apartado de este considerando, establece, lo que para nosotros es vital, y viene a determinar las obligaciones que corresponden a cada una de las partes, “derivadas de la lealtad contractual, esto es, el deber de actuar de buena fe, cooperar cuando sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones, evitar actuar de forma incoherente respecto a declaraciones realizadas o a la conducta previa en la que la otra parte ha confiado”, lo cual se completa con el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales de acuerdo con las condiciones especificadas en el contrato (considerando 12.3), y con el principio de la “conservación del contrato” (*faveur pour le contrat*) (12.5), según el cual al abordar cuestiones referentes a la interpretación, invalidez o cumplimiento de un contrato se dará preferencia a la perspectiva que resulte más favorable para hacer efectivo el contrato en lugar de aquella que lo perjudique y vaya en contra de los intereses legítimos de una de las partes<sup>444</sup>.

La protección de la confianza razonable y de las expectativas dentro del DCFR es otra cuestión importante en materia de seguridad contractual, especialmente en situaciones que no están contempladas por la doctrina de la lealtad contractual.

---

<sup>443</sup> Considerando 12.1.

<sup>444</sup> En este sentido los arts. 0:201 a 0:204 DCFR.

Otro aspecto importante que también se menciona en relación con la seguridad contractual<sup>445</sup> es la defensa de la confianza razonable y de las expectativas en aquellos casos en los que no se aplique la doctrina de la buena fe contractual, siendo este uno de los principales objetivos del DCFR y de los PECL, y en nuestra opinión aquí radica uno de los principales argumentos que justificarían un cambio jurisprudencial en la reticencia a calificar como ineficaces ciertas cláusulas de resolución unilateral, pues se da prioridad al cumplimiento del contrato, para lo cual deberán flexibilizarse las conductas, en razón de lo que se había pesado razonablemente que se había asumido.

En cuanto a la resolución contractual, el DCFR establece que un contrato legalmente celebrado será vinculante para las partes, según lo establecido en el Artículo 0-201(1). Además, el Artículo 0-103 reconoce la libertad de las partes para modificar o terminar el contrato en cualquier momento por mutuo acuerdo y se refiere a la revocación como un desistimiento unilateral. Sin embargo, el DCFR no aborda explícitamente la posibilidad de resolver el contrato mediante una cláusula de resolución unilateral previamente acordada en contratos de duración indefinida.

Aunque sí menciona la existencia de un derecho a resolverlo previa notificación cuando así se contemple en el propio contrato o cuando tenga una duración indeterminada, siendo en este caso necesario que se comunique a la otra parte con suficiente antelación<sup>446</sup>.

El DCFR plantea una cuestión relevante sobre la disyuntiva entre la certeza y la flexibilidad<sup>447</sup>, lo que nos hace reflexionar sobre si es más conveniente contar con reglas rígidas o con reglas que permitan cierto margen de interpretación. El texto establece que la respuesta a esta pregunta dependerá de la naturaleza del contrato en cuestión. En los contratos de prestación de servicios a largo plazo, (como los de construcción), que pueden durar años y en los que las circunstancias pueden cambiar radicalmente, es más adecuado contar con disposiciones flexibles. En estos casos, la verdadera seguridad surge de la

---

<sup>445</sup> Considerando 19 DCFR.

<sup>446</sup> Ver el artículo 1:109 del Libro III. DCFR.

<sup>447</sup> Considerando 22.

certeza de que existen mecanismos justos para responder a los cambios de circunstancias. Es por ello que el DCFR incluye en sus reglas supletorias para los contratos de servicios una serie de disposiciones sobre la obligación de informar a la otra parte en caso de que una de las partes tenga conocimiento de que se producirán cambios en el futuro que afecten a la colaboración, las instrucciones del cliente o las modificaciones al contrato<sup>448</sup>.

Continuando con este expositivo, en el considerando 24, el DCFR nos habla de la Cooperación. Y en nuestra opinión, es una de las grandes aportaciones de este instrumento, una mención a la exigencia de cooperación entre las partes, que en nuestra opinión no ha recibido la atención que merece.

El DCFR hace hincapié en que la obligación de cooperar es fundamental para la seguridad contractual. El Artículo 0-303 de los PECL establece que "las partes están obligadas a cooperar entre sí cuando sea necesario para el cumplimiento del contrato". Por su parte, el Artículo 1:104 del Libro III del DCFR profundiza en esta obligación y establece que tanto el deudor como el acreedor estarán obligados a cooperar entre sí cuando sea razonable esperar dicha cooperación para el cumplimiento de la obligación del deudor. De esta manera, el DCFR va más allá de los PECL al especificar que la obligación de cooperar debe ser razonable en función de las circunstancias del caso concreto.

El DCFR también aborda lo que se conoce como "comportamiento incoherente", que es una forma específica de proteger la confianza razonable<sup>449</sup> y las expectativas. Esto implica prevenir que una parte traicione la confianza de la otra actuando de manera inconsistente con su conducta anterior, en la que la otra parte había confiado de forma razonable.

La locución latina *venire contra factum proprium* se utiliza comúnmente para expresar el principio de que ninguna de las partes actuará de manera inconsistente con su

---

<sup>448</sup> Exigencia que consideramos muy acertada, pues sintetiza el ppio. de buena fe, y el ppio. de cooperación y colaboración, exigiendo ese entendimiento entre las partes. Ver por ejemplo los artículos C.-2:102, C.-2:103, C.-2:107, C.-2:108, C.-2:109 y C.-2:110 del Libro IV.

<sup>449</sup> El DCFR incorpora una disposición específica que considera los comportamientos incoherentes como contrarios a la buena fe contractual Ver al apartado (2) del artículo 1:103 del Libro I.

comportamiento previo en el que la otra parte haya confiado de forma razonable. Los PECL también expresan este principio de manera similar, estableciendo que ninguna de las partes actuará de forma incoherente respecto a sus declaraciones o comportamientos previos en los que la otra parte haya confiado legítimamente<sup>450</sup>.

El DCFR establece que en caso de incumplimiento de una de las partes, la otra parte tiene derecho a exigir el cumplimiento efectivo del contrato, ya sea que se trate del pago de una cantidad de dinero o de la realización o transmisión de algo. Este derecho se encuentra reconocido en el Artículo 9:101 del Libro IX del DCFR, el cual establece que "el acreedor puede exigir el cumplimiento específico de la obligación, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado en atención al interés del deudor". Es decir, el cumplimiento específico es el remedio preferido en caso de incumplimiento, siempre y cuando sea posible y proporcionado.

Los PECL también reflejan la importancia del derecho a exigir el cumplimiento del contrato cuando una de las partes no cumple con sus obligaciones contractuales. Sin embargo, el DCFR introduce una ligera modificación a esta idea fundamental al establecer que el derecho a exigir el cumplimiento efectivo del contrato ya no es una opción de último recurso, sino que las obligaciones deben cumplirse a menos que exista una razón importante para no hacerlo<sup>451</sup>.

Además, el DCFR ofrece un remedio más poderoso para el acreedor que sufre un incumplimiento esencial del deudor: la resolución del contrato. Esto aumenta la seguridad contractual del acreedor, pero también puede amenazar la seguridad contractual del deudor y el principio de mantener las relaciones contractuales siempre que sea posible.

La resolución del contrato, que se contempla como un remedio poderoso en el DCFR, puede ser perjudicial para el deudor, quien frecuentemente incurre en gastos para cumplir con el contrato o sufre pérdidas debido a cambios en el mercado.

---

<sup>450</sup> El deber de coherencia del que nos habla el artículo 0-304 DCFR.

<sup>451</sup> Art. 3:301 y 3:302 del Libro III. 42 cfr. Art. 9:102 (2) (d) PECL.

En este sentido, el derecho a resolver el contrato no puede ser invocado por el acreedor para incumplimientos menores o fáciles de solucionar. Las normas que regulan la resolución establecen que este recurso solo está disponible en casos donde el incumplimiento cause un perjuicio grave a los intereses del acreedor, aunque las partes pueden acordar libremente poner fin a la relación contractual por cualquier otra razón.

En este sentido el derecho del deudor a corregir un incumplimiento puede entenderse como una medida para mantener la relación contractual, ya que esto puede impedir que el acreedor tenga que recurrir a los remedios más drásticos, como la resolución del contrato<sup>452</sup>.

En términos generales, diversas normas del derecho contractual, como los remedios disponibles en caso de incumplimiento, se consideran "reglas supletorias" que cubren las lagunas en el acuerdo entre las partes y contribuyen a mantener una relación colaborativa efectiva.

El DCFR proporciona un enfoque más amplio para complementar el acuerdo con el fin de que sea aplicable en caso de que surjan cuestiones no previstas o contempladas por las partes, mientras se mantiene la integridad del contrato y se aumenta la seguridad contractual<sup>453</sup>. En comparación, las disposiciones correspondientes en los PECL eran un poco más restrictivas.

En el considerando 31 se habla de la necesidad de proteger el *statu quo*, lo que se traduce en las distintas responsabilidades que puedan surgir, debiendo siempre proteger el *statu quo* contra los cambios involuntarios como puede ser, según nuestro criterio una resolución unilateral imprevista.

En el considerando 32, indica que la persona es la *piedra angular del sistema jurídico*. Y esto nos conecta directamente con la propuesta que sostenemos en este trabajo: una estratificación de los empresarios según el perfil de los contratantes, atendiendo a sus características personales a la hora de establecer el estándar de exigencia

---

<sup>452</sup> En este sentido los artículos 3:202 al 3:204 del Libro III.

<sup>453</sup> Artículo 9:101 del Libro II.

en relación con el incumplimiento, con el cumplimiento, con el estándar de diligencia y con el cálculo de los daños por una ruptura abrupta de la relación contractual.

El Artículo 1:103 del Libro III, indica que todo individuo debe obrar de conformidad con el principio de buena fe<sup>454</sup>, el desempeño de una obligación, al ejercer el derecho de reclamación del cumplimiento, en la utilización de los remedios por incumplimiento y en el ejercicio del derecho a rescindir una obligación o relación contractual.

En este sentido, El DCFR contiene varias disposiciones específicas que ilustran la aplicación del principio de que una persona no debe obtener beneficios de su propia conducta ilegal, deshonesto o irrazonable.

Por último y de gran trascendencia, el DCFR hace una importante mención a la protección de los más vulnerables, cuando nos viene a decir lo siguiente:

Una cuestión que se ha planteado en numerosas ocasiones, y que seguro aparecerá de nuevo en el futuro, es si la figura del consumidor es la que mejor identifica a las partes que necesitan una protección especial. Hay quien considera que las pequeñas empresas o cualquier persona que suscriba un único contrato con otra parte pueden necesitar de la misma protección. Aunque es posible que esta cuestión se resuelva en el futuro, lo importante es que dentro del DCFR uno de los aspectos fundamentales del principio de la justicia es la protección de aquellos que se encuentran en una posición de desventaja o vulnerabilidad<sup>455</sup>.

### **5.9.1 La intimidación y coacción como vicio de la voluntad en DCFR y demás textos de *soft law***

En relación con la protección de los contratantes que se encuentran en una posición de desventaja o vulnerabilidad, los textos de *soft law*, anteriormente mencionados, plantean una posibilidad de especial relevancia para nuestra teoría de los estratos de la

---

<sup>454</sup> En este mismo sentido el artículo 0-302 “Todos los contratos deberán cumplirse de buena fe. Las partes sólo podrán invocar los derechos y las condiciones del contrato de acuerdo con el objetivo por el que se incluyeron en el mismo”.

<sup>455</sup> Así lo indica en el considerando [46] cuando se refiere a la Protección de los más vulnerables dentro del contrato.

contratación según el perfil del contratante, que no es otra que el pleno reconocimiento de la figura de la intimidación, que puede llevar a la anulación de un contrato o que puede suponer un vicio del consentimiento.

Esta figura está presente en los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR. La definición de esta figura consta de dos requisitos: (a) la existencia de un anuncio de un mal inminente y grave que causa un temor racional y fundado en la parte que pretende la anulación del contrato, y (b) la amenaza debe haber sido injusta.

El artículo II.-7:206 del DCFR establece que una parte puede anular un contrato si la otra parte lo indujo mediante coacción o amenaza de un daño inminente y grave que es ilícito causar o utilizar como medio para obtener la conclusión del contrato. Además, una amenaza no se considera inducir a la celebración del contrato si la parte amenazada tenía una alternativa razonable.

El artículo 4:108 de los PECL establece que un contrato puede ser anulado si se celebró bajo una amenaza injusta, a menos que la parte afectada tuviera una conducta alternativa razonable en las circunstancias.

Los Principios de Unidroit, en su artículo 3.9, establecen que cualquier parte puede anular un contrato si se la indujo a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte que, dadas las circunstancias del caso, era tan inminente y grave que no tenía otra alternativa razonable.

#### **5.10 LA GRAN APORTACIÓN DEL CESL: PROTECCIÓN A LA PYME**

La propuesta CESL (sobre normativa común de compraventa europea, *Common European Sales Law* –CESL) fue retirada por la Comisión Europea antes del verano de 2015.

Una de las principales aportaciones que en nuestra opinión suponía el CESL, era la especial consideración hacia la pequeña y mediana empresa, consideración que incluía como objetivo principal su especial protección dentro del mercado único, al entender que

este tipo de empresas constituían un estrato autónomo del resto de empresarios que merecía una especial atención y protección.

En el documento que se mencionaba acerca de la motivación y los objetivos de la propuesta, se señalaba que las disparidades existentes en el ámbito del Derecho contractual entre los Estados miembros representaban un impedimento para los comerciantes y consumidores que buscaban realizar transacciones comerciales transfronterizas en el mercado interno.

Estas discrepancias tenían un impacto negativo en los comerciantes, en especial en las pymes, ya que les desalentaban a la hora de realizar negocios transfronterizos o de expandirse a los mercados de nuevos Estados miembros.

De igual forma, los consumidores se enfrentaban a obstáculos en el acceso a productos ofrecidos por comerciantes de otros Estados miembros. Además, en las transacciones entre comerciantes de distintos países, las restricciones en cuanto a la ley aplicable no eran las mismas para ambas partes, lo que también tenía un impacto económico significativo en términos de negociación y aplicación de leyes extranjeras.

La propuesta argumentaba que los costos relacionados con el cumplimiento de diversas regulaciones nacionales eran particularmente onerosos para las pequeñas y medianas empresas (pymes), lo que se traducía en dificultades en sus relaciones comerciales con grandes empresas. Las pymes a menudo tenían que aceptar la aplicación de la ley de sus socios comerciales y asumir los costos asociados con la investigación y el cumplimiento de las leyes extranjeras aplicables al contrato.

La negociación de la ley aplicable en los contratos entre pymes se convertía en un obstáculo significativo para el comercio transfronterizo. Ya fueran contratos entre empresas o entre empresas y consumidores. Estos costes adicionales de transacción para las pymes podían ser desmesurados en relación con el valor de la transacción.

De acuerdo con lo expuesto, se puede observar que los costos adicionales en las transacciones comerciales aumentaban a medida que el número de países a los que exportaba un comerciante aumentaba. En consecuencia, los comerciantes atribuían una

mayor importancia a las diferencias entre las regulaciones contractuales como un obstáculo para el comercio, especialmente las pequeñas y medianas empresas (pymes) que eran las más afectadas. Esto se debía a que los costos de transacción representaban un porcentaje más elevado en relación al volumen de negocios de una empresa, lo que perjudicaba su competitividad en el mercado.

La propuesta estaba en línea con la política de la Unión destinada a apoyar a las pymes para aprovechar al máximo las oportunidades del mercado interior. En este sentido, se proponía que la normativa común de compraventa europea pudiera ser elegida en los contratos entre comerciantes, siempre y cuando al menos uno de ellos fuera una pyme, siguiendo la Recomendación 2003/361 de la Comisión Europea<sup>456</sup>, sobre la definición de micro, pequeñas y medianas empresas, que incluía la definición adoptada por la Comisión en su Título I, teniendo en cuenta también su evolución futura.

#### Artículo 1

##### Empresa

Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular.

#### Artículo 2

Los efectivos y límites financieros que definen las categorías de empresas

1. La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (pyme) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

---

<sup>456</sup> DO L 124 de 20.5.2003, p 36.

2. En la categoría de las pymes, se define a una pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.

3. En la categoría de las pymes, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

Partiendo de esta especial categorización de empresas, el CESL suponía un gran avance, pues su principal objetivo era diferenciar dentro del sector empresarial e intentar reducir los costes de transacción para las empresas más pequeñas.

La propuesta fue aprobada en el Parlamento Europeo tras la primera lectura con algunas enmiendas, pero finalmente la Comisión retiró la propuesta.

El contenido de estas enmiendas sostenía que solo sería posible participar en el caso de acuerdos de venta transfronterizos relacionados con bienes muebles materiales, contenido digital y acuerdos de servicios relacionados entre comerciantes y consumidores (B2C) o entre comerciantes si al menos una de las partes era una pyme (B2B). No obstante, los propios Estados miembros podían ampliar el ámbito de aplicación de este sistema para incluir contratos puramente internos y contratos B2B en los que no participara ninguna pyme<sup>457</sup>.

Según la Comisión, un conjunto uniforme de normas de derecho contractual podía reducir los costes de transacción para los comerciantes, en particular las pymes. El sistema propuesto daría a los consumidores una gama más amplia y competitiva de productos para elegir, un alto nivel de protección al consumidor y seguridad jurídica.

Dado que las difíciles negociaciones de la Directiva sobre los derechos de los consumidores habían demostrado los límites de la armonización máxima (como la mejor

---

<sup>457</sup> Opinión de la comisión de asuntos económicos y monetarios (11.10.2012) por la comisión de asuntos jurídicos sobre la propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo relativo a una normativa europea común de compraventa ([com\(2011\)0635-c7-0329/2011-2011/0284\(cod\)](#)) ponente: Marianne Thyssen.

opción), el ponente de la enmienda apoyó la decisión de proponer un instrumento opcional.

La ponente también acogió con satisfacción la inclusión de las relaciones contractuales B2B en esta propuesta. También en las relaciones profesionales, las pymes se beneficiaban de menores costes legales. Además, la evaluación de impacto mostró que existe un gran potencial de beneficio económico precisamente gracias a la simplificación de las negociaciones entre las pymes. Además, se reconocía la posición de negociación a menudo más débil de las pymes en las relaciones B2B. Por lo tanto, la ponente estaba satisfecha con el carácter vinculante de las disposiciones relativas a los retrasos en el pago por parte de los operadores profesionales. Sin embargo, este instrumento de ley de compraventa debería orientarse más a las pymes.

Por otro lado, criticaba que la propuesta no regulaba una serie de elementos esenciales de la relación contractual, por lo que las empresas aún podían necesitar asesorarse en derecho extranjero, y no se lograba la seguridad jurídica pretendida.

Por último, se indicaba que, dado que este instrumento estaba especialmente destinado a limitar los costes del comercio transfronterizo para las pymes, la Comisión debería redactar contratos tipo, en consulta con las organizaciones representativas, para aclarar la legislación europea en materia de compraventa. Esto mejoraría la seguridad jurídica y la facilidad de uso.

La segunda enmienda a la propuesta, en su Considerando 30, hacía hincapié en que el principio fundamental de la normativa común de compraventa europea debía ser la libertad de contratación. Se señalaba que la autonomía de las partes solo debía ser restringida cuando fuera estrictamente necesario, especialmente por razones de protección de los consumidores y de las pymes. En la justificación de la enmienda, se destacaba la importancia de reconocer la posición desfavorable en la que las pymes pueden encontrarse en ciertas relaciones B2B, a pesar de que la libertad de contratación es crucial. Por lo tanto, se proponía que se tomaran medidas para remediar esta situación cuando fuera necesario.

En la enmienda tercera a la propuesta en su considerando 34 bis, a fin de que la normativa común de compraventa europea fuera lo más fácil de usar posible para los comerciantes, en particular las pymes, y de conformidad con las recomendaciones del Parlamento Europeo, la Comisión redactarían contratos estándar europeos en todas las lenguas oficiales de la UE, en consulta con las organizaciones que representan a los consumidores y las empresas.

Finalmente, como indicamos al inicio, la Propuesta no fue aprobada y en su lugar la Comisión se comprometió a presentar una nueva propuesta, la cual se publicó en dos documentos: el primero se refería a una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre aspectos específicos relacionados con los contratos de venta a distancia de bienes, tanto en línea como en otros medios; mientras que el segundo se centraba en una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre aspectos específicos relacionados con los contratos para el suministro de contenido digital<sup>458</sup>.

Iniciativas que quedaron reflejadas en dos Directivas que sí se aprobaron y que representan el incumplimiento en el Derecho europeo en relación a las faltas de conformidad:

Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE y la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

En cuanto a los considerandos de esta última directiva, nos quedamos con el número 4, en este se destaca que las empresas, especialmente las pymes a menudo enfrentan costos adicionales relacionados con las diferencias en las normas nacionales obligatorias

---

<sup>458</sup> 1. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Online and Other Distance Sales of Goods

2. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content.

de derecho de los contratos con los consumidores, así como con la incertidumbre jurídica al ofrecer contenidos o servicios digitales transfronterizos. Además, estas empresas deben afrontar costos al adaptar sus contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a las normas imperativas que se aplican en varios Estados miembros, lo que da lugar a diferencias en el alcance y contenido de las normativas nacionales específicas que regulan dichos contratos.

### **5.11 OTRA APORTACIÓN DEL CESL: PREVISIÓN DE LA RESOLUCIÓN OPORTUNISTA DEL CONTRATO EN LAS RELACIONES B2C**

El CESL ponía de manifiesto que las pymes merecen una especial protección no solo en los contratos B2B, sino también en los contratos B2C, por ser el ámbito de las relaciones contractuales con consumidores, un ámbito donde las pymes son vulnerables en relación con el uso oportunista que los consumidores pudieran hacer del remedio resolutorio, amparados en la protección que reciben actualmente por su especial consideración de consumidores.

El CESL sostenía en su articulado, que había una alta posibilidad de que los consumidores aprovecharan la cláusula resolutoria de manera oportunista. Por lo tanto, el CESL presentaba varias herramientas para prevenir, hasta cierto punto, dichas consecuencias.

En este sentido el art. 174.1 CESL, exigía que los consumidores pagaran el valor monetario del uso de los bienes después de que se hubiera identificado una falta de conformidad.

El artículo 114 del CESL<sup>459</sup> establecía que solo se podía resolver un contrato en caso de una falta de conformidad significativa, mientras que el artículo 105.2 del CESL obligaba a los consumidores a demostrar que la falta de conformidad se había presentado dentro de los seis meses posteriores a la transferencia del riesgo.

---

<sup>459</sup> En los mismos términos el art. 121 TRLGDCU.

Se notaba que había una conexión directa entre la posibilidad de que un consumidor resolviera un contrato de manera oportunista y la cantidad de indemnización que esperaba recibir en caso de incumplimiento. Cuanto más alta fuera la cantidad esperada, más incentivos habría para resolver el contrato en lugar de buscar una reparación o una reducción del precio.

Por otra parte, el valor de la indemnización también estaba relacionado con el valor de la transacción en cuestión. Si el valor de una transacción era bajo, era menos probable que se produjeran resoluciones oportunistas, ya que la indemnización esperada después del incumplimiento sería menor. Ya que en los contratos B2C la indemnización por interés contractual positivo solía ser cercana a cero, pues aunque el consumidor tuviera que devolver los bienes no tenía por qué incurrir en costes de instalación o desinstalación dando lugar a que hubiera pocos incentivos para que los consumidores resolvieran el contrato de manera oportunista.

Se ha criticado<sup>460</sup> el reconocimiento de un derecho a resolver que pueda efectuarse de forma generosa por el consumidor debido a su capacidad para incentivar comportamientos oportunistas. Sin embargo, también se ha argumentado que este derecho podría tener efectos positivos, ya que si la resolución del contrato produce mayores costes para el vendedor, este intentará reducir los incentivos del consumidor para resolver el contrato proponiéndole un precio reducido.

Por lo tanto, un régimen que actúe de forma generosa para ejercitar la resolución en favor de los consumidores podía representar una amenaza implícita para los vendedores,

---

<sup>460</sup> Christiane Wendehorst, en su artículo "Restitution in the Proposal for a Common European Sales Law", ha criticado el artículo 174.1 c) del CESL, argumentando que esta norma podría generar un nivel inaceptable de incertidumbre y disuadir a las partes de elegir el CESL, y a los consumidores de ejercer su derecho a resolver el contrato. Wendehorst sugiere reconsiderar el nivel de protección del consumidor en el contexto de la resolución, elevando el nivel de protección en la restitución, pero disminuyéndolo en aspectos específicos relativos al derecho del vendedor de subsanar el incumplimiento. Alexander Stremitzer, por su parte, en su artículo "Opportunistic Termination", ofrece algunas opciones de política legislativa que se pueden adoptar para reducir los efectos negativos de una resolución oportunista. Según Stremitzer, la resolución por incumplimiento es un remedio complejo desde una perspectiva económica. Estos autores han planteado estos temas en las siguientes publicaciones: Wendehorst en el informe del Parlamento Europeo de 2012 y Stremitzer en el *Journal of Law, Economics, & Organization* en 2012.

La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento... 1241 ADC, tomo LXVII, 2014, fasc. IV.

lo que podía incentivar a bajar los precios de venta y así disminuir los incentivos económicos de los consumidores para optar por la resolución, y esto a su vez, podría ser muy beneficioso para los consumidores si los vendedores tenían cierto grado de poder de mercado para establecer los precios.

Si, por otro lado, los vendedores estuvieran al tanto de que el derecho de los consumidores a resolver un contrato se limitaba por ciertas restricciones, podría darse el caso de que produjeran bienes con un nivel de falta de conformidad suficiente para que los consumidores que, en principio, hubieran optado por resolver el contrato, decidieran mantener el bien no conforme y continuar con el contrato. De este modo, los consumidores no tendrían acceso a otros remedios, ya que estos serían más costosos y difíciles de ejercer, lo que llevaría a que los vendedores no tuvieran incentivos para evitar las faltas de conformidad en sus productos.

En resumen, según Gómez Pomar, la resolución de contratos es especialmente compleja debido a su estrecha relación con la dinámica y la historia de cada relación contractual, lo que lleva a una variabilidad en sus consecuencias en diferentes escenarios de incumplimiento y conductas posteriores. Además, la conexión entre la resolución y el remedio indemnizatorio agrega otra capa de complejidad, ya que ambos instrumentos no son necesariamente complementarios desde un punto de vista económico<sup>461</sup>.

## **5.12 EL ACERVO COMUNITARIO SOBRE LA ESPECIAL CONSIDERACIÓN PYME**

El acervo comunitario lleva décadas haciendo especial mención a la consideración de pyme, como operador económico que tiene especiales características y que merece especial protección. En este sentido encontramos muchas referencias a su especial consideración en numerosos instrumentos comunitarios.

En orden cronológico, se comenzó a prestar una atención especial por primera vez a las pequeñas y medianas empresas, incluyendo las artesanales<sup>462</sup>, en la Resolución del Consejo del 27 de mayo de 1991 sobre el programa de acción. Posteriormente, se

---

<sup>461</sup> Gil Saldaña M, & Gómez P. *op. cit.*, p.1246.

<sup>462</sup> Un programa integrado en favor de las pymes y del artesanado.

emitieron las Resoluciones del Consejo del 17 de junio de 1992 (Diario Oficial de las CE nº C 178/8) y del 22 de noviembre de 1993 (Diario Oficial nº C 326/1), respectivamente. Luego, se publicó la Resolución del Consejo del 22 de noviembre de 1993 sobre el fortalecimiento de la competitividad de las pequeñas y medianas empresas, en particular las artesanales, para fomentar el empleo. Finalmente, se emitió la Resolución del Consejo del 10 de octubre de 1994 sobre el libre desarrollo de la dinámica y del poder innovador de las pequeñas y medianas empresas, incluyendo las artesanales y microempresas, en una economía abierta a la competencia.

En todas ellas se reconoce que el desarrollo de las pymes reviste gran importancia para la competitividad de la economía europea y para el desarrollo regional en especial, para la cohesión económica de la Unión Europea. Además de que pone de manifiesto, cómo las pymes, incluidas las distintas actividades de servicio, aportan una contribución importante para el crecimiento y la creación de puestos de trabajo, y que por ello es conveniente realizar la política de la Comunidad en favor de las pymes.

La comunicación presentada por la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones es relevante, ya que promueve la iniciativa “Small Business Act”<sup>463</sup> para Europa, la cual es de gran importancia para mejorar la situación de las pequeñas empresas.

Y también es relevante la Directiva 2000/35/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 por la que se establecen medidas de lucha contra la

---

<sup>463</sup> Pensar primero a pequeña escala. la Comunicación de la Comisión Europea sobre la iniciativa "Small Business Act" (SBA) se presentó en el año 2008 y es un plan de acción destinado a mejorar el entorno empresarial para las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la Unión Europea (UE). El objetivo de la iniciativa es hacer que las PYME sean más competitivas y fomentar su creación y crecimiento en toda Europa.

La SBA se basa en diez principios clave, que incluyen la eliminación de barreras a la creación y el crecimiento de las PYME, la mejora del acceso de las PYME a financiación, el apoyo a la internacionalización de las PYME y la promoción de la innovación y la investigación en las PYME. También se hace hincapié en la importancia de la simplificación de la regulación y la reducción de la carga administrativa para las PYME.

Además, la iniciativa SBA ha sido actualizada y mejorada en varias ocasiones, con el objetivo de adaptarse a los cambios en el entorno empresarial europeo y a las necesidades de las PYME. La última actualización se realizó en 2020, y se ha puesto un mayor énfasis en la sostenibilidad y la digitalización.

morosidad en las operaciones comerciales, donde ya se habla de pequeña y mediana empresa<sup>464</sup>.

Las Pequeñas y Medianas Empresas (pymes) juegan un papel clave en el desarrollo económico y la mejora de la competitividad en Europa. De hecho, más del 99% de las empresas en la Unión Europea son pymes, las cuales emplean a 94 millones de personas y generan más de la mitad del valor añadido del sector empresarial en su conjunto. En España, las pymes representan el 99,8% de las empresas, contribuyen con más del 62% del Valor Añadido Bruto (VAB) y generan el 66% del empleo empresarial total. Las pymes con asalariados en particular, representan el 46% de las empresas y emplean a más de ocho millones de trabajadores, lo que equivale al 53,30% del empleo empresarial total. Debido a su importancia, cualquier medida destinada a mejorar la posición de España en el mercado económico global debe dar prioridad a las pymes<sup>465</sup>.

El Anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión también incluye la definición de pyme. Este documento establece las categorías de empresas y establece un método claro para calcular los límites financieros y de empleados. Para pertenecer a una categoría específica, es necesario cumplir con el límite de empleados y no exceder el volumen de ventas o el balance general establecido.

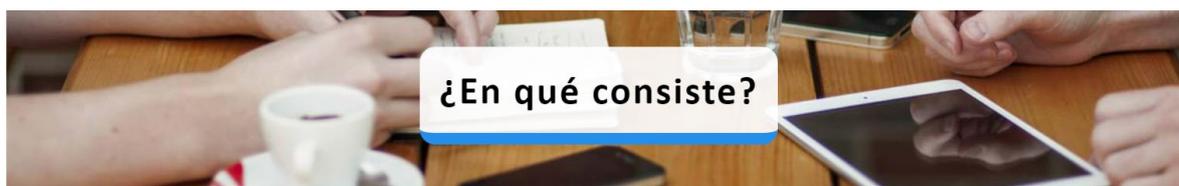
---

<sup>464</sup> Siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado (3), y tras la aprobación del texto conjunto por el Comité de conciliación el 4 de mayo de 2000, se considera lo siguiente: El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre el Programa integrado en favor de las pymes y del artesanado, hizo un llamado a la Comisión para que presentara propuestas para abordar el problema de la morosidad (7). Las empresas, especialmente las pequeñas y medianas, sufren de cargas administrativas y financieras onerosas debido a los plazos de pago excesivos y la morosidad. Estos problemas son una de las principales causas de la insolvencia, que amenaza la supervivencia misma de las empresas y resulta en la pérdida de numerosos puestos de trabajo.

<sup>465</sup> Marco estratégico en política de pyme 2030, ministerio de industria comercial y turismo.

Gráficos de Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa<sup>466</sup>.

Categoría de empresa	Efectivos	Volumen de negocio	Balance general
Mediana	<250	<= 50 millones EUR	<= 43 millones EUR
Pequeña	<50	<= 10 millones EUR	<= 10 millones EUR
Micro	<10	<= 2 millones EUR	<= 2 millones EUR



La herramienta permite a las empresas determinar si son PYME o no, de acuerdo con la definición del Anexo I del Reglamento (UE) Nº 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014. Para ello deberán responder a una serie de preguntas de un cuestionario.

Definición de PYME según el Anexo I del Reglamento (UE) Nº 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014.

Para responder a las preguntas es necesario tener disponibles los datos de facturación, empleados y número de empleados de la empresa en cuestión. A medida que se va avanzando el cuestionario se explica detalladamente cómo calcular cada una de las cifras requeridas.

Además, en caso de que la empresa tenga relación con otras empresas (por ejemplo presas accionistas o participadas), también es necesario conocer el tipo de relación y el porcentaje de participación, así como los datos de facturación, balance y empleados de estas presas. Esto es debido a que, según el Reglamento, el hecho de ser filial o accionista de una empresa puede afectar a su condición de PYME.



<sup>466</sup> Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa. Paseo de la Castellana, 160 - 28046 Madrid – España.

### 5.13 OTRO EJEMPLO DE SEGMENTACIÓN ENTRE EMPRESAS: NORMAS QUE REGULAN LA COMPETENCIA EN LA UE

El concepto de “efecto sobre el comercio” aparece concretado por la Comunicación de la Comisión sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado CE (arts. 101 y 102 TFUE) que acoge los principios ya desarrollados por los tribunales comunitarios sobre la débil posición de algunas empresas, y pone de manifiesto la dinámica y los efectos que tienen los acuerdos entre empresas y como afecta dicha cuestión a la competencia. Además se considera que los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas no son susceptibles normalmente de afectar al comercio entre los Estados miembros<sup>467</sup>.

En relación al artículo 82 del Tratado de la Comunidad, que prohíbe los abusos de posición dominante, se debe tener en cuenta que una empresa en posición dominante no es ilegal por sí sola y tiene derecho a competir en base a sus méritos, según la jurisprudencia. Sin embargo, dicha empresa tiene una responsabilidad especial de no obstaculizar el desarrollo de una competencia efectiva y justa en el mercado común a través de su comportamiento.

La aplicación efectiva del artículo 82 es crucial para la política de competencia y para garantizar un funcionamiento óptimo de los mercados en beneficio tanto de las empresas como de los consumidores. Su importancia se ve acentuada en la búsqueda de un mercado interno integrado y unificado.

Además se le imponen sanciones y multas en relación a varios criterios, estableciendo un máximo de la multa según ciertas circunstancias atenuantes que pueden ser la cooperación, los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad

La Comisión publicó una Comunicación con el objetivo de aumentar la transparencia y la seguridad jurídica para las empresas interesadas en relación a la definición de mercado. En esta comunicación, la Comisión establece los criterios que utiliza para definir el mercado de referencia en cada caso y hace referencia al "sistema de

---

<sup>467</sup> María José Vaquero Pinto en Contratos de prestación de servicios y realización de obras en Bercovitz Rodríguez-Cano, et al. *Tratado de contratos. Op. cit.*, p. 4017.

categorización" establecido por las Directrices para el establecimiento de multas en cuestiones de competencia.

En virtud del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 1/2003 (1), la Comisión tiene la capacidad de imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas que, de manera intencional o negligente, infrinjan las disposiciones sobre competencia recogidas en los artículos 81 o 82 del Tratado. Para determinar el monto de la multa, la Comisión utiliza un método que establece un importe base para cada empresa o asociación de empresas. Este importe se calcula tomando como referencia el valor de las ventas y puede ser ajustado al alza o a la baja en función de diversas circunstancias, como la persistencia o reincidencia en una infracción similar, la falta de cooperación o la obstrucción en la investigación.

También es importante destacar que la Comisión tiene en cuenta la necesidad de que las multas tengan un efecto disuasorio suficiente y por lo tanto, puede aumentar el importe de la multa para aquellas empresas que tengan un volumen de negocio significativo más allá del objeto de la infracción en cuestión.

Y por último, en lo que a este trabajo más interesa, es la “categorización que hace de empresas”, según varios factores, por ejemplo su volumen de ventas, lo que tendría implicaciones prácticas en nuestra teoría de los estratos según el perfil del contratante, pues sería lógico exigirle a las empresas mayores un estándar de diligencia mayor, así como mayores deberes de cooperación en relación con el incumplimiento contractual. Profundizaremos sobre ello en nuestras conclusiones.

#### **5.14 EL REGLAMENTO (UE) 2019/1150 P2B (*PLATFORM-TO-BUSINESS*)**

El uso de los servicios de intermediación y motores de búsqueda en línea puede resultar fundamental para el logro del éxito comercial de las microempresas, pequeñas y medianas empresas, ya que les permite acceder a los consumidores de manera efectiva, y en consecuencia, las plataformas que proporcionan estos servicios en línea han estado utilizando su posición de ventaja debido a la dependencia que de ellas tienen los usuarios profesionales con el fin de ejercer un mayor poder de negociación. Esto ha llevado a

situaciones en las que las plataformas llegaban a modificar las condiciones sin un preaviso o con poco tiempo de antelación, o cerraban y suspendían cuentas sin explicar claramente los motivos, produciendo un foco de tensiones entre las plataformas y las empresas usuarias.

En este sentido, las empresas de menor tamaño venían manifestando su descontento con las plataformas en línea, acusándolas de ejercer un papel de "guardianes de acceso" o *gatekeepers*, y de sesgar el mercado a su favor<sup>468</sup>. En consecuencia el legislador europeo viene preocupándose por el comportamiento monopolístico de las plataformas *online* pues dan lugar a una asimetría en la obtención de datos<sup>469</sup>, lo que le ha llevado a la adopción de medidas para asegurar una competencia en el mercado equilibrada. Por ello se han llevado a cabo importantes medidas por parte de la Unión Europea para disminuir los problemas en la economía de las plataformas y mejorar el acceso de consumidores y empresas pequeñas a los servicios digitales.

En el contexto de la Estrategia para el Mercado Digital, la Unión Europea aprobó en julio de 2019 el "Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019", llamado Reglamento P2B (*Platform-to-Business*). Este reglamento tiene como objetivo fomentar la transparencia y la equidad en la relación entre las empresas y las plataformas que ofrecen servicios de intermediación en línea, especialmente para los usuarios profesionales. Además, se establecen una serie de normas de buenas prácticas iniciales para la economía de las plataformas, lo que representa un precedente a nivel mundial.

---

<sup>468</sup> Comisión Europea 2018.

<sup>469</sup> Informe de la Digital Future Society "Cómo maximizar las oportunidades que ofrece el Reglamento P2B a las pymes y las plataformas en España y otros países. La Digital Future Society es una iniciativa transnacional sin ánimo de lucro que conecta a responsables políticos, organizaciones cívicas, expertos académicos y empresarios para explorar, experimentar y explicar cómo se pueden diseñar, usar y gobernar las tecnologías a fin de crear las condiciones adecuadas para una sociedad más inclusiva y equitativa. Nuestro objetivo es ayudar a los responsables políticos a identificar, comprender y priorizar los desafíos y las oportunidades fundamentales, ahora y en los próximos diez años, en relación con temas clave que incluyen la innovación pública, la confianza digital y el crecimiento equitativo. Regulación de las relaciones entre plataformas y empresas." [https://content-site.mobileworldcapital.com/app/uploads/sites/9/2021/04/Regulacion\\_relaciones\\_plataformas\\_dfs.pdf](https://content-site.mobileworldcapital.com/app/uploads/sites/9/2021/04/Regulacion_relaciones_plataformas_dfs.pdf).

Según el informe de la *Digital Future Society* la trascendencia del Reglamento P2B es enorme, pues es el primero que aborda la asimetría entre las plataformas *online* y las pequeñas empresas<sup>470</sup>, por lo que resulta de especial relevancia para las pymes españolas, pues pone de manifiesto su especial vulnerabilidad, agravada aún más tras la pandemia, convirtiéndose en imprescindible que las mismas cuenten con una estrategia digital para su supervivencia.

La problemática sería la siguiente: los operadores de las plataformas dominantes terminan absorbiendo a sus competidores o dando preferencia a sus propios servicios, lo que levanta la sospecha de un posible comportamiento monopolístico. En este sentido las plataformas tienen una posición privilegiada gracias a su capacidad de recopilar, procesar y utilizar los datos contenidos en ellas, lo que les permite tener una visión completa del mercado, prever tendencias comerciales y anticipar necesidades.

Dado el aumento de la dependencia de las pequeñas y medianas empresas en los servicios de intermediación en línea, los proveedores de estas plataformas a menudo tienen una posición de ventaja en las negociaciones, lo que les permite actuar de manera unilateral y perjudicar los intereses legítimos de los usuarios profesionales, y por ende, los intereses de los consumidores de la Unión Europea. Por ejemplo, las plataformas podrían establecer prácticas que difieren significativamente de las buenas prácticas comerciales o que vayan en contra de la buena fe y la lealtad en las relaciones comerciales<sup>471</sup>.

El Reglamento P2B en esencia establece unas medidas con el objetivo de "nivelar el campo de juego" en las relaciones entre las plataformas y las pequeñas y medianas

---

<sup>470</sup> Informe de la Digital Future Society sobre “ Cómo maximizar las oportunidades que ofrece el Reglamento P2B a las pymes y las plataformas en España y otros países. La Digital Future Society es una iniciativa transnacional sin ánimo de lucro que conecta a responsables políticos, organizaciones cívicas, expertos académicos y empresarios para explorar, experimentar y explicar cómo se pueden diseñar, usar y gobernar las tecnologías a fin de crear las condiciones adecuadas para una sociedad más inclusiva y equitativa. Nuestro objetivo es ayudar a los responsables políticos a identificar, comprender y priorizar los desafíos y las oportunidades fundamentales, ahora y en los próximos diez años, en relación con temas clave que incluyen la innovación pública, la confianza digital y el crecimiento equitativo. Regulación de las relaciones entre plataformas y empresas.” [https://content-site.mobileworldcapital.com/app/uploads/sites/9/2021/04/Regulacion\\_relaciones\\_plataformas\\_dfs.pdf](https://content-site.mobileworldcapital.com/app/uploads/sites/9/2021/04/Regulacion_relaciones_plataformas_dfs.pdf)

<sup>471</sup> Considerando (2) Reglamento (UE) 2019/1150.

empresas. Estas medidas buscan reducir la ventaja injusta que tienen las plataformas, mitigando la asimetría de información, aumentando la transparencia y mejorando la gestión de las quejas entre las empresas y las plataformas.

El Reglamento también aborda la problemática que supone la reparación cuando las acciones unilaterales de los proveedores de servicios de intermediación en línea acaban en litigio, así como la dificultad de encontrar sistemas accesibles y efectivos de resolución de reclamaciones. A menudo, estos proveedores no ofrecen dichos sistemas internos, y los mecanismos alternativos actuales de resolución extrajudicial de litigios pueden ser ineficaces debido a la falta de mediadores especializados y al miedo de los usuarios profesionales a las represalias<sup>472</sup>.

Además, el Reglamento deja claro que no afecta al derecho civil nacional<sup>473</sup>, siempre y cuando sea compatibles con el derecho de la Unión y no sea objeto de regulación del Reglamento. Además, permitiendo a los Estados miembros aplicar su normativa nacional para sancionar prácticas comerciales desleales<sup>474</sup>.

Aunque no es el enfoque principal de este estudio, el Reglamento se centra en los contratos que incluyen condiciones generales, por ser el ámbito de los servicios de intermediación *online* propenso a este tipo de contratos<sup>475</sup>. Y en este sentido obliga a que dichas condiciones sean claras, accesibles y estén disponibles en todas las etapas de la relación comercial. Además, garantiza que las modificaciones en estas condiciones se notifiquen a los usuarios profesionales en un soporte duradero, en un plazo de notificación razonable y proporcional a las circunstancias específicas, que debe ser de al menos quince días. Después de la modificación, los usuarios profesionales tendrían el derecho de terminar su contrato dentro de los quince días posteriores a la recepción de la notificación de modificación, a menos que se acuerde lo contrario en el contrato.

---

<sup>472</sup> Considerando (5) Reglamento (UE) 2019/1150.

<sup>473</sup> Art 1.4 Reglamento (UE) 2019/1150.

<sup>474</sup> Considerando (8) Reglamento (UE) 2019/1150.

<sup>475</sup> Considerando (14).

Considera el Reglamento que “las condiciones generales que no cumplan la normativa deben ser nulas de pleno derecho, esto es, se debe considerar que nunca han existido, con efectos *erga omnes* y *ex tunc*”<sup>476</sup>, manteniéndose el resto del clausulado como válido y aplicable. Del mismo modo, entiende el Reglamento que las modificaciones repentinas de las condiciones generales deben desincentivarse, pudiendo ser nulas de pleno derecho si no se respetan los plazos y obliga al proveedor de servicios de intermediación en línea a proporcionar una justificación por escrito en un soporte duradero al usuario profesional antes de terminar la prestación de servicios de intermediación en línea. Debido a que la terminación de estos servicios y la eliminación de datos pueden ser perjudiciales para los usuarios profesionales y pueden afectar negativamente a sus derechos<sup>477</sup>. La justificación debe ser entregada al menos 30 días antes de que la terminación surta efecto.

Es muy relevante como el Reglamento incluye disposiciones específicas<sup>478</sup> para regular cláusulas contractuales en situaciones de desequilibrio en el poder de negociación, a fin de garantizar relaciones comerciales justas y de buena fe. Y en este sentido, los proveedores de servicios de intermediación en línea deben asegurar que las condiciones de terminación sean proporcionales y fáciles de ejercer, mientras que los usuarios profesionales deben ser plenamente informados sobre el acceso del proveedor a la información generada durante el uso de los servicios.

Igualmente, los proveedores de servicios de intermediación en línea deben proporcionar a los usuarios profesionales un sistema interno de tramitación de reclamaciones flexible y ágil para permitirles el acceso a mecanismos inmediatos, adecuados y efectivos de reclamación<sup>479</sup>, siendo compatible con el inicio de un proceso judicial en cualquier momento.

---

<sup>476</sup> Considerando (20).

<sup>477</sup> Considerando (23) y Artículo 4 (Restricción, suspensión y terminación).

<sup>478</sup> Considerando (32).

<sup>479</sup> Artículo 11. Sistema interno de tramitación de reclamaciones : “Las vías de resolución de conflictos Las plataformas *online* deben ofrecer vías adecuadas para la resolución de conflictos. Esto incluye la obligación de que las plataformas *online* con más de 50 empleados y más de 10 millones de euros de

Además, el Reglamento prioriza la mediación como método más adecuado para la resolución de controversias entre profesionales<sup>480</sup> por considerarlo una forma efectiva de resolver conflictos sin recurrir a costosos y prolongados procedimientos judiciales. Por lo tanto, el Reglamento establece que los proveedores de servicios de intermediación en línea deben fomentar la mediación mediante la designación de al menos dos mediadores públicos o privados con los que estén dispuestos a trabajar. Debiendo asumir el coste principalmente los proveedores de servicios de intermediación en línea. El reglamento menciona que la Comisión deberá trabajar en conjunto con los Estados miembros para fomentar la creación de organizaciones especializadas en mediación, pues las considera insuficientes.

Y por último, el Reglamento propone el uso de unos códigos de conducta por parte de las plataformas<sup>481</sup> que recojan las características específicas de los sectores involucrados, y en especial las particularidades de las microempresas, pequeñas y medianas empresas.

---

facturación establezcan mecanismos de reclamación internos. También deben informar a los usuarios profesionales sobre el funcionamiento de dicho sistema interno de gestión de reclamaciones”.

<sup>480</sup> Artículo 12 Mediación y considerando (40).

<sup>481</sup> Artículo 17 Códigos de conducta y considerando (48).

## CAPÍTULO 6: NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN TORNO A LA RESOLUCIÓN

### 6.1 CONDICIONANTES QUE INFLUYEN EN LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y EN LA EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS EXPRESAS MANIFIESTAMENTE VENTAJOSAS PARA UNA DE LAS PARTES

Tras la lectura de los capítulos anteriores, y con especial atención en la influencia que recibe nuestro sistema de los principios del *soft law*, de inspiración *neoliberalista*<sup>482</sup>, estimamos necesario recordar el concepto de contrato que se presenta clásicamente como el resultado equilibrado del encuentro entre dos contratantes con intereses antagónicos, pues *quien dice contractual dice justo*<sup>483</sup>.

Sin embargo, en una economía globalizada como la nuestra, donde se multiplican las relaciones entre desiguales, este desequilibrio económico a veces conduce a un desequilibrio en la propia convención. El consentimiento ya no se refiere a una manifestación de voluntad, sino que se convierte, como lo califican algunos, en un instrumento de vasallaje (falta cita), un objeto en el mercado que debe conquistarse a toda costa.

La doctrina que reconoce esta desigualdad como fuente de conflictos es escasa, aun así, se ha indicado que no es suficiente asimilar el poder de negociación superior debido a las condiciones del mercado cuando hay una dependencia de una parte respecto de la otra. Esto sugiere que se empieza a tener en cuenta la idea de "dependencia económica". Cuestión que en el derecho inglés se resuelve bajo la institución de la *economic duress* y en el francés (tras la reforma de 2016) bajo la *violence de dépendence*.

En España, podemos encontrar tímidas manifestaciones de estos condicionantes en nuestra jurisprudencia. Un ejemplo sería la STS del 29 de julio de 2013<sup>484</sup>. En este caso, el Tribunal tuvo la oportunidad de abordar un caso de arrendamiento de obra donde se le encarga la fabricación de material (para un puente grúa automático) a la contratista,

---

<sup>482</sup> Harvey, D. (2013). *Breve historia del neoliberalismo* (3ª ed.). Tres Cantos, Madrid: Akal.

<sup>483</sup> Fouillée, Laloux, & Fouillée, A. (1878). *L'idée moderne du droit* Fouillée. s.n.

<sup>484</sup> STS del 29 de julio de 2013 (RJ 2013/5010).

aceptando la comitente una modificación del contrato originario en la que agrava su posición contractual con ciertas renunciaciones para obtener su entrega que debía cargar en un avión ya fletado para una fecha inminente, por existir, según el TS una coacción de un perjuicio comercial y económico coloquialmente llamado chantaje.

Se renegocia un contrato de obra, tras la amenaza del contratista, tratándose, por tanto, de un ejemplo claro de contrato novatorio viciado por la intimidación. En la actualidad, este tipo de contratos novatorios son cada vez más comunes en situaciones de crisis económica y se consideran uno de los escenarios más propicios para la aparición de la intimidación como un vicio del consentimiento.

Esta idea que sostiene la sentencia, se inspira en la doctrina y legislación francesa, la cual ampliaremos en el epígrafe siguiente. Según esta concepción, la intimidación siempre ha tenido una dimensión como un defecto de la voluntad del contratante (que se ve afectado al momento de contratar por el temor causado por amenazas). La STS de 29 de julio de 2013 en su fundamento 3º, establece que para que se pueda considerar la existencia de intimidación, es necesario que uno de los contratantes o una persona relacionada con él, emplee un acto injusto en lugar del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho y ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral tan significativa que influya en su estado de ánimo, llevándolo a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus intereses. En otras palabras, se refiere a una amenaza racional y fundada de un mal grave, considerando las circunstancias personales y ambientales del sujeto intimidado, y no un temor leve, del mismo modo que establece que debe haber un nexo causal efectivo entre la amenaza y el consentimiento otorgado.

### **6.1.1 El ejemplo de Francia**

En el siglo XIX se originó el movimiento que impulsó la codificación de varias materias legales, entre las cuales se encontraba el Derecho Civil. En particular, el Código Civil francés promulgado por Napoleón en 1804 fue una fuente de inspiración para la mayoría de estas codificaciones tempranas y, en especial para nuestro Código Civil vigente desde el año 1889.

Partiendo de este antecedente, nos resulta muy relevante el movimiento de reforma en materia civil que tiene lugar en el país vecino, especialmente, desde el año 2006, pues, creemos que supone la antesala de las pretendidas reformas del Código Civil español.

En el año 2006<sup>485</sup> tuvo lugar una profunda reforma del *Code Civil* francés, en la que se regularon cuestiones relativas a obligaciones y contratos bajo la inspiración del moderno derecho europeo de contratos y demás principios de soft law, siendo algunas de estas reformas especialmente relevantes para este trabajo, y en concreto para este capítulo.

En este sentido, el *Code Civil* francés define y sanciona en sus artículos 1142, 1143<sup>486</sup> y siguientes el “vicio de violencia”. Lo diferencia del error y del engaño, que más bien apuntan a una voluntad engañada e introducen un matiz y una hipótesis que sanciona lo que denomina una “voluntad forzada”.

En tiempos de reflexión sobre una posible reforma del derecho de obligaciones y contratos español e incluso sobre una armonización europea en esta materia, el desafío sería comprender, cada vez mejor, la dimensión económica que puede tener la violencia y la coacción como circunstancia que afecta, de forma forzada, a la adopción de acuerdos en sede contractual.

Tal como hemos mencionado con anterioridad, en el año 2006 se llevó a cabo una reforma significativa del Código Civil de Francia. El objetivo principal de dicha reforma fue adaptarse a las nuevas realidades económicas y lograr un equilibrio justo entre la libertad y la justicia. La reforma hacía referencia a las "necesidades económicas y sociales de los contratos", lo que implicaba una mayor flexibilidad en los acuerdos, junto con una

---

<sup>485</sup> Reforma introducida por Ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>486</sup> Art. 1143 Code: “Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.” Traducción mía: “También hay violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en que se encuentra su cocontratante con respecto a ella, obtiene de ella un compromiso que no habría suscrito en ausencia de tal coacción y obtiene un precio manifiestamente excesivo. ventaja.” El art 1143 Code fue recientemente modificado por LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

protección especial para la parte más vulnerable (independiente del concepto de consumidor) y la aplicación de la teoría de la imprevisión<sup>487</sup>.

Bajo la influencia del pensador alemán Rudolf Von Ihering<sup>488</sup>, se considera que las negociaciones crean una expectativa, de forma que si una parte la rompe, incurre en la denominada responsabilidad contractual. Ruptura abrupta, que en nuestro sistema, influenciado por el alemán, recibe el nombre de culpa *in contrahendo*.

En este sentido consideramos que esta frustración también puede ocurrir una vez se ha concertado la relación obligatoria, pues estas expectativas legítimas creadas por la contraparte se pueden ver frustradas por la ejecución de la facultad de resolución unilateral estipulada en el contrato, incluso, aunque exista un incumplimiento.

Como indicábamos en el primer capítulo, en el derecho anglosajón, el principio es la total libertad contractual, es decir, cada parte, dentro del ámbito de las negociaciones puede romper el contrato, cuándo y cómo quiera, sin pagar daño alguno a la otra.

Desde una perspectiva económica, la propuesta anglosajona resulta atractiva ya que otorga a las partes la libertad de elegir el contrato que mejor se ajuste a sus intereses, sin embargo, en términos de justicia contractual, como sostienen algunos autores, esta solución resulta insuficiente<sup>489</sup>.

La reforma del *Code* francés incluye un aspecto que resulta de mucho interés en este trabajo: la flexibilidad contractual en las sanciones por falta de ejecución del contrato.

Tal como hemos mencionado previamente, si una de las partes involucradas en un contrato no cumple con sus obligaciones, la otra parte tiene el derecho de pedir la resolución del contrato. Si no se ha incluido una cláusula de resolución en el contrato, el juez es quien determina su resolución sin establecer un plazo específico, siempre y cuando no existan razones justificadas para ello.

---

<sup>487</sup> Doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en España.

<sup>488</sup> Ihering, R. v. (2018). *La lucha por el derecho*; Edición de Luis Lloredo Alix. Universidad Carlos III de Madrid. Extraído el 3 de marzo de 2023 de <http://hdl.handle.net/10016/27845> P. 11.

<sup>489</sup> Cabrillac, R. (2016). “El nuevo derecho francés de los contratos”. *THEMIS Revista De Derecho*, nº 70, p.56.

El artículo 1184 del Código Civil francés de 1804 establecía un procedimiento similar, pero este enfoque no era justo para el acreedor, ya que se le exigía que acudiera al juez antes de poder resolver el contrato, lo que le impedía celebrar otro acuerdo inmediatamente.

Además, esta solución tampoco beneficiaba al deudor ya que no se le permitía limitar el daño y la cuantía que debía pagar al acreedor en concepto de indemnización. Del mismo modo que al acreedor no se le daba la posibilidad de resolver el contrato libremente, sin observar ningún deber de protección frente al deudor, como sí permite el derecho inglés.

Es por este motivo que la reforma adoptó una solución de compromiso influenciada por la jurisprudencia. El artículo 1226<sup>490</sup>, del actual *Code*, indica que el acreedor puede resolver el contrato por su cuenta y riesgo, siempre y cuando medie notificación previa y exista falta de cumplimiento de la otra parte.

Antes de resolver el contrato, el deudor debe haberse constituido en mora y el acreedor debe darle un plazo razonable para cumplir con sus obligaciones. Siendo así, y si el incumplimiento persiste, el acreedor notifica al deudor sobre la resolución del contrato y las razones que la justifican y en cualquier caso el deudor tiene la opción de presentarse ante el juez en cualquier momento para apelar la decisión de resolución, en

---

<sup>490</sup> Art. 1226 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.

Traducción nuestra: Art. 1226 El acreedor puede, por su cuenta y riesgo, rescindir el contrato mediante notificación. Excepto en caso de emergencia, primero debe dar aviso formal al deudor moroso para que cumpla su compromiso dentro de un tiempo razonable.

El aviso formal menciona expresamente que si el deudor no cumple con su obligación, el acreedor tendrá derecho a rescindir el contrato.

Cuando persiste el incumplimiento, el acreedor notifica al deudor la terminación del contrato y las causas de la misma.

El deudor podrá en cualquier momento recurrir al juez para impugnar la resolución. El acreedor debe entonces probar la gravedad del incumplimiento.

este caso, el acreedor en caso de que se impugne, tendría que probar la gravedad de dicho incumplimiento.

El art. 1226 permite la resolución del contrato después de que el deudor haya incurrido en mora, lo que faculta al acreedor para celebrar un nuevo contrato con otra parte sin demora. Además, este artículo establece un plazo para que el deudor cumpla con sus obligaciones, lo que evita que sea privado del contrato de inmediato.

El nuevo texto del *Code* que se refiere a la resolución unilateral del contrato en caso de incumplimiento, brinda una mayor flexibilidad en las relaciones contractuales, lo que sugiere que el espíritu de la reforma del Código Civil todavía está influenciado por los principios filosóficos y económicos de los redactores originales de 1804, por el liberalismo económico y el conservadurismo social.

No obstante, la reforma del *Code* también refleja el compromiso de proteger al contratante más vulnerable, al reconocer que la violencia puede ser considerada un defecto o vicio del consentimiento y no se limita únicamente a la violencia física o moral como se establecía en el Código de 1804<sup>491</sup>.

Se trata de una confirmación del abuso de la vulnerabilidad que puede aplicarse en casos de violencia económica, lo que puede suceder, por ejemplo, entre una pequeña empresa y una más grande<sup>492</sup>.

En este sentido, desde finales del siglo XIX, algunos autores habían puesto de manifiesto que la libertad y la igualdad que sirven de base para la teoría general de los contratos con frecuencia eran únicamente conceptos teóricos, pues se apreciaba que seguía existiendo una disparidad en el poder económico entre las partes involucradas. Y de esa forma aquella con mayor poder era capaz de dictar las condiciones del contrato a la otra parte.

---

<sup>491</sup> Fages, B. *Op. cit.* P. 115.

<sup>492</sup> Cabrillac, R. *Op. cit.* P. 59.

Así, como apuntaba Lacordaire<sup>493</sup>, un autor francés del siglo XIX<sup>494</sup>, “entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el siervo, es la libertad que oprime y la ley que libera”.

#### 6.1.1.1 *La violence économique-violence de dépendence*

En 1705<sup>495</sup>, Bernard de Mandeville<sup>496</sup> publicó la "Fábula de las abejas", en la que argumentaba de manera radical que una sociedad no puede ser moral y próspera al mismo tiempo, y que el vicio, entendido como la búsqueda del propio interés, es la condición para la prosperidad.

Unas reflexiones que doscientos años después nos hacen pensar sin duda, porque sintetizan de forma muy gráfica las prácticas negociales liberales que desde la revolución industrial se han venido desarrollando, con el único objetivo de conseguir negocios prósperos lo que, a su vez, como apuntó Mandeville, pudiera ser incompatible con prácticas negociales basadas en criterios éticos y honestos.

En este sentido, ¿se justifica la intervención del Estado en sacrosanto mundo de la autonomía contractual? o ¿es preponderante la contratación libre y espontánea entre empresas?

Entre los juristas, el debate entre el liberalismo y las doctrinas más intervencionistas, que llegan hasta el "solidarismo contractual", está latente. Aun así en

---

<sup>493</sup> Lacordaire, H. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. París: Garnier. P.193.

<sup>494</sup> Demogue, R. (1923). *Traité des obligations en général. I, Sources des obligations*. París: Arthur Rousseau.

<sup>495</sup> *La fábula de las abejas y otros ensayos* es una obra del filósofo y economista holandés Bernard de Mandeville, publicada en 1714. El libro consta de dos partes. La primera es la fábula de las abejas, un poema satírico que presenta una sociedad de abejas como una alegoría de la sociedad humana. La fábula es un ataque a la hipocresía y la moralidad convencional, y defiende la idea de que la búsqueda individual del placer y la satisfacción personal puede conducir al bien común. La segunda parte del libro contiene varios ensayos filosóficos sobre temas como la moralidad, la política y la economía. Mandeville argumenta que el egoísmo es una motivación natural en los seres humanos, y que el sistema económico basado en la competencia y el comercio libre beneficia a la sociedad en su conjunto. Además, sostiene que las instituciones sociales y políticas que restringen la libertad individual y buscan imponer una moralidad artificial son inútiles y contraproducentes. En resumen, *La fábula de las abejas y otros ensayos* es una obra que defiende una visión polémica y controvertida de la naturaleza humana y la sociedad, cuestionando muchas de las ideas y valores convencionales de la época en la que fue escrita.

<sup>496</sup> Mandeville, B., Sales i Boguñà, J., & Flaquer i Vilardebó, L.F. (1988). *La fábula de las abejas y otros ensayos*; traducción de Josep Sales i Boguñà ; edición a cura de Lluís Flaquer. Edicions 62.

el derecho francés la noción de violencia económica es tardía, mucho más aún en el derecho español.

Nuestra época ha visto nacer un sistema de condicionamiento psicológico y social de los individuos, un edificio de “violencia apacible”, casi desapercibida, que se conoce como violencia económica, y que surge ante nuestros ojos distraídos.

Esto es, la violencia económica entendida, en un enfoque general, como la explotación o la amenaza ejercida sobre los intereses puramente económicos de una persona para obtener un consentimiento que no habría dado espontáneamente otra.

Se busca proteger al contratista en situación de vulnerabilidad dentro del contexto de una economía liberal. Sin embargo, surge el interrogante de cómo justificar esta protección, aunque sea palpable la existencia de un contratante del cual, en cierto modo, se aprovecha aquel que tiene una ventaja en términos de experiencia, estatus consolidado, posición jurídica o económica.

La voluntad de cualquier contratante en un entorno capitalista y liberal, soporta de manera constante diversas presiones inherentes a las relaciones económicas y sociales, por lo que podemos decir que no hay consentimiento que sea completamente libre.

Por lo tanto, la admisión de un vicio de violencia económica parece atentar contra la seguridad de los negocios y la estabilidad de las relaciones contractuales, ya que la concertación de ciertos contratos pudiera ser el resultado de un estado de necesidad económica que vicia la voluntad libre de uno de los contratantes.

¿Cuál debería ser el bien jurídico protegido preponderante?, ¿el fomento de los negocios y la protección de la libertad contractual o la protección de los contratantes económicamente débiles?

Autores, sostienen que los operadores económicos -a través de determinadas prácticas contractuales y contratos atípicos-, están creando "nuevos híbridos" que reactivan mediante el vínculo contractual "maneras feudales de vinculación social". Véase, por ejemplo, en los contratos de distribución, en los contratos de franquicia, en los contratos de agencia, en las subcontrataciones, etc.

En este contexto es donde opera este nuevo concepto de *violencia económica* que propone el modelo francés, pues pretende preservar un espacio de libertad para la parte débil en el contrato, dándole al juez el medio de sancionar los abusos de poder económico.

En contra de esta doctrina autores como Josserand no han dejado de denunciar esta "singular psicosis colectiva que tiende a ver tanto en el acreedor como en el propietario, más generalmente en todos aquellos que ocupan una situación dominante, jurídica y moralmente, enemigos de la sociedad..."<sup>497</sup>.

Si bien los sistemas de *Common Law* y el derecho francés presentan profundas diferencias, la comparación de los mecanismos de protección de las partes económicamente en situación de debilidad revela una cierta convergencia entre las soluciones de ambos sistemas, a medida que el derecho francés y el derecho inglés encuentran dificultades similares en el ámbito de los contratos entre empresarios.

#### 6.1.1.2 El "solidarismo contractual"

De esta forma, ha surgido el nuevo enfoque, el denominado "solidarismo contractual"<sup>498</sup> como alternativa al liberalismo, siendo René Demogue<sup>499</sup> en el siglo XIX uno de sus principales fundadores. Desde los inicios del siglo XXI, este enfoque ha tenido una notable influencia en la evolución del derecho francés.

El solidarismo contractual pone en entredicho el dogma de la autonomía de la voluntad, el cual sostiene que el individuo es el mejor defensor de sus intereses. Este enfoque cuestiona la idea de que las partes sean las únicas responsables de establecer la

---

<sup>497</sup> Josserand, L. et al. (2012). *El espíritu de los derechos y su relatividad*: teleología jurídica. Comares.

<sup>498</sup> La doctrina del solidarismo contractual surge en Francia en el siglo XIX como respuesta a los abusos que se cometían en la autonomía de la voluntad. Esta corriente busca establecer un equilibrio en los contratos mediante una interpretación distinta de los mismos. Según esta doctrina, las partes deben tomar en cuenta el interés de la otra parte para lograr conciliar la estabilidad y seguridad jurídica con valores como la solidaridad, la colaboración, la lealtad y la coherencia, entre otros. A pesar de sus orígenes hace más de un siglo, la concepción solidarista está adquiriendo una renovada importancia en el ámbito jurídico francés, y algunos la consideran como un nuevo fundamento de la teoría general del contrato, y un nuevo orden contractual.

<sup>499</sup> Bernal-Fandiño, M. (2007) *El Solidarismo contractual* -especial referencia al derecho francés-. Universitas (114) p. 5.

idoneidad del contrato y que la negociación implique necesariamente un equilibrio entre las partes<sup>500</sup>.

Como explica Christophe Jamin, aunque la voluntad sigue siendo la fuente del efecto de las obligaciones, su validez debe estar sujeta a las demandas del solidarismo.

La doctrina solidarista ha dado lugar al surgimiento del deber de cooperación, que se define claramente en los textos del *soft law*<sup>501</sup>. Según esta concepción, aunque las partes de un contrato deben hacer todo lo posible por cumplir con sus obligaciones, si una de ellas no cumple, bajo la óptica solidarista, es responsabilidad del juez moderar las demandas del acreedor de acuerdo con las circunstancias. Si bien el acreedor tiene derecho a presionar al deudor que no ha podido cumplir su obligación debido a factores externos a su voluntad, es un derecho que debe ejercerse con prudencia. Se recomienda, por ejemplo, establecer una norma que establezca que el acreedor no cumple con su deber de cooperación o tolerancia si rechaza una oferta de negociación que el juez considera adecuada según las circunstancias del caso.

El solidarismo contractual se fundamenta en principios como la buena fe, la lealtad y la coherencia contractual, lo que implica rechazar actitudes contradictorias por parte de los contratantes. El deber de lealtad, muy utilizado en la jurisprudencia francesa, prohíbe la ruptura intempestiva e injusta de la relación contractual, especialmente en los contratos de agencia, distribución y franquicia, tal como lo establece el artículo 1.7 de los Principios Unidroit.

Además, la toma de conciencia de los intereses de la otra parte se manifiesta en los casos de terminación unilateral del contrato.

La doctrina del solidarismo también ha recibido críticas por considerarla ingenua, ya que algunos argumentan que esta doctrina idealiza las obligaciones<sup>502</sup> al darles un tinte de amor, amistad y fraternidad. Por otro lado, algunos se sorprenden de que en una época

---

<sup>500</sup> Bernal-Fandiño, M. *Op. cit.* P.5.

<sup>501</sup> Demogue. R. *Op. cit.*

<sup>502</sup> Cedras Jean P.4

en la que el matrimonio se ha convertido en un contrato, algunos quieran convertir cada contrato en un matrimonio<sup>503</sup>. A pesar de estas críticas, la cita de Denis Mazeaud es especialmente relevante, ya que se refiere a la buena fe como un requisito mínimo de honestidad y moralidad que obliga a cada parte del contrato a comportarse de manera civilizada en el ámbito contractual<sup>504</sup>.

Desde hace más de medio siglo, el derecho del consumidor ha adoptado estas medidas para salvaguardar a los consumidores frente a los profesionales, mientras que el derecho laboral ha implementado medidas para proteger a los trabajadores contra los empleadores.

La jurisprudencia francesa ha permitido ciertas evoluciones en el derecho de las obligaciones mediante la utilización de estándares como la equidad, el abuso y la buena fe. Sin embargo, debido a la fragilidad del equilibrio entre las fuentes del derecho, el poder del juez no es suficiente. La reforma francesa de 2006 busca introducir más justicia contractual en los textos legales.

Antiguamente, en el *Code* de 1804, el único artículo referente a los efectos del contrato era el 1134, apartado 3, que afirmaba que "los acuerdos deben ser cumplidos de buena fe". Sin embargo, actualmente, el principio de la buena fe es considerado un principio general de los contratos en conjunción con la libertad contractual y el *pacta sunt servanda*.

El artículo 1104 del Código Civil establece que los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe, lo que lo convierte en un principio general. Este artículo se encuentra en el primer capítulo de las Disposiciones Preliminares, lo que indica su importancia. Con la reforma, el principio de la buena fe debe ser respetado en todas las etapas del contrato, desde su creación hasta su extinción.

---

<sup>503</sup> Carbonnier, J. (1957). *Droit civil: Les biens et les obligations*. Presses Universitaires de France. P.4

<sup>504</sup> Jamin, Mazeaud, D., & Ancel, P. (2003). *La nouvelle crise du contrat*.

### 6.1.2 La doctrina de la *undue influence* y de la *duress* en el derecho anglosajón

En este punto trataremos la doctrina del abuso de autoridad *undue influence* y la doctrina del *duress* o de la coacción, contenidas ambas en el derecho anglosajón.

El derecho de contratos moderno se caracteriza por la inclusión de ciertos vicios del consentimiento, como el de *undue influence* inspirados claramente en el *Common Law* que son novedosos para el *civil law*.

La doctrina de la *undue influence*<sup>505</sup> que se divide a su vez en dos ramas (actual *undue influence* y *presumed undue influence*) y la de *unconscionability*. Ideas que pretenden proteger a los contratantes cuya posición de debilidad es explotada por sus cocontratantes en posición dominante.

Esta tendencia es patente en los nuevos instrumentos internacionales de *soft law* y se traslada a nivel interno a nuestro derecho en el contexto de la modernización del Código Civil.

En todos estos textos la configuración de estas doctrinas se basa en la excesiva desproporción, apuntando al desequilibrio existente en el contenido del contrato<sup>506</sup>.

Estas doctrinas se desarrollaron principalmente gracias al principio de la *Equity*, el cual remedió las deficiencias de los abusos en la contratación dentro de la *Common Law*<sup>507</sup>. El abuso de autoridad, como estamos viendo, ocurre cuando una parte, en posición dominante, ya sea intelectual o económica, se aprovecha de tal situación.

La doctrina considera que esta forma de abuso de autoridad es el equivalente en la *Equity* a la doctrina de la coacción económica, debiendo la víctima demostrar que su consentimiento fue influido de manera determinante por la parte dominante, sirviendo como prueba el propio desequilibrio manifiesto en el contrato.

---

<sup>505</sup> Conaglen, M. D. (1999). *Duress, undue influence, and unconscionable bargains: The theoretical mesh*. *New Zealand Universities Law Review*, 18(4), p.479.

<sup>506</sup> Infante Ruiz, F. J. (2022). *El aprovechamiento injustificado como vicio del consentimiento: Análisis desde la doctrina de la undue influence del derecho inglés*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 187.

<sup>507</sup> Conaglen, M. D. *Op. cit.*, p.479.

En el caso de la *duress* o coacción económica, en cambio, tiene lugar debido a la urgente necesidad de los contratantes de concertar o renegociar contratos. En la apreciación de la *duress*, los jueces no solo deben evaluar el comportamiento de la parte susceptible de ser el autor de la violencia, sino también determinar si el contrato es el resultado de un encuentro libre de voluntades.

Por lo tanto, las presiones comerciales no pueden ser suficientes para invalidar el contrato si el demandante no puede demostrar que estas eran de tal naturaleza como para afectar su consentimiento.

En cuanto la doctrina del *duress*, el estudio del derecho inglés y la evolución de la jurisprudencia revelan las tensiones permanentes que este concepto genera entre los defensores del liberalismo y aquellos para quienes la libertad contractual no puede ser verdadera sin un consentimiento libre e informado.

En un primer momento, los jueces pretendían distinguir claramente la doctrina de la *duress* económica de la concepción tradicional de la violencia, que hacía hincapié en el carácter delictivo o criminal de los actos de la parte que resultaba culpable.

Se hace hincapié en la apreciación del carácter coercitivo, incluso ausente, del consentimiento. El juez Kerr afirmó con fuerza en *The Siboen and The Sibotre* que los tribunales deben estar convencidos en cada caso de que el consentimiento fue dominado por la coerción hasta el punto de privarlo de todo *animus contrahendi*. Esta es la doctrina del *overborne will*. El consentimiento no solo está viciado, sino que se considera casi inexistente.

En dos decisiones recientes, *DSND Subsea v. Petroleum Geo-Services*<sup>508</sup> y *Carillion Construction Limited v Felix (UK) Ltd*, el juez Dyson confirmó la importancia del criterio de ilegitimidad, definiendo la *economic duress* como el resultado de presiones ilegítimas

---

<sup>508</sup> *DSND Subsea Ltd v Petroleum Geo Services ASA* 2000 B.L.R. 530 (QBD (TCC)). <https://www.lawteacher.net/cases/dsnd-subsea-v-petroleum.php>

cuyo efecto es la ausencia de elección posible para la víctima, siendo determinante para la conclusión del contrato por parte de la víctima de la coacción<sup>509</sup>.

El estudio del ámbito de aplicación de la doctrina de la *duress* revela que en principio es mucho más pequeño que el del abuso de posición dominante en el derecho francés.

En efecto, esta doctrina se refiere, en principio, solo a modificaciones contractuales. Incluso se considera que la doctrina se ha convertido en la principal herramienta para la política de renegociación de contratos. La amenaza de romper un contrato preexistente aparece la mayoría de las veces en las decisiones fundamentales expuestas anteriormente como ilegítima en sí misma. A este respecto, algunos proponen que la ley debería reconocer que la amenaza de romper un contrato puede ser legítima siempre que se acepte una modificación contractual y esta modificación sea razonable en vista de las circunstancias no anticipadas por las partes que deben ejecutar el contrato.

La cuestión aquí es la flexibilidad contractual y un reconocimiento demasiado amplio de la doctrina de la *duress* puede impedir cualquier adaptación del contrato a las circunstancias externas, ya que una de las partes puede obtener la anulación del mismo (con la condición de haber expresado ciertas reservas en el momento de la renegociación del contrato).

Sin embargo, la solución está claramente en contra, y las víctimas de la coacción económica disfrutan de cierta presunción de ilegitimidad de la modificación contractual.

En contra Corte de Apelaciones de Pau del 27 de junio de 2006 (esto qué es una sentencia de Pau?) que reproduce palabra por palabra el considerando de la Corte de Casación: la presión es inherente a toda negociación comercial y el banco actuó de buena fe al exigir solo una garantía limitada en el tiempo y en cuanto al monto de los reembolsos requeridos. Las exigencias de la Corte de Casación parecen ganar las jurisdicciones de fondo.

---

<sup>509</sup> Tan, D. S. (2002). "Constructing a doctrine of economic duress". *Construction Law Journal*, 18(2), pp. 87-96.

Por el contrario, a diferencia de la noción de coacción económica, el derecho francés solo retiene la violencia económica en la etapa de formación del contrato y rechaza este fundamento para todas las modificaciones contractuales. La solución puede ser entendida por la importancia dada a la buena fe y al juego del artículo 1134, párrafo 3, del Código Civil, que, imponiendo una "cierta corrección", prohíbe amenazar a su contratante con una falta de cumplimiento y exigirle beneficios adicionales no fundamentados. La extensión del vicio de la violencia en este terreno lo hace de alguna manera redundante y su naturaleza de vicio del consentimiento teóricamente lo hace imposible; aquí se debe respetar un equilibrio entre la imposibilidad de admitir la legitimidad de una amenaza de incumplimiento motivada únicamente por el objetivo de enriquecerse a expensas del acreedor colocado en una situación restrictiva y la voluntad de preservar cierta flexibilidad contractual para permitir la ejecución de los contratos y el libre juego de la competencia.

El derecho estadounidense propone en este ámbito una solución interesante, dentro del *Restatement (Second) of Contracts*, estableciendo que la modificación del contrato solo es válida si aquel que anuncia que no cumplirá con sus compromisos se adhiere al deber de buena fe.

El inconveniente es que en el derecho francés, la simple amenaza de violación de las obligaciones contractuales no constituye incumplimiento, ya que no puede ser anticipada legalmente. En doctrina, se observa que la amenaza de cometer una falta intencional debería ser suficiente para caracterizar la ilegitimidad de la coacción.

En cuanto a las sanciones aplicables, víctima tiene la opción de declarar la nulidad relativa del contrato o reclamar daños y perjuicios debido a la doble naturaleza de la violencia como vicio del consentimiento y posible delito.

Mientras algunos ven en la amenaza de nulidad la mejor solución para disuadir cualquier práctica que entre en el ámbito de la violencia económica, otros la utilizan como uno de sus principales argumentos para rechazar la noción, entendida como vicio del consentimiento. La existencia de un vicio del consentimiento conlleva la nulidad del contrato irregularmente formado y por lo tanto, su anulación retroactiva. La cuestión de

las restituciones plantea verdaderas dificultades tanto para las partes del contrato como para terceros. La restitución a menudo no aporta mucha satisfacción a los contratantes y el retorno al *statu quo ante* es particularmente difícil en muchos acuerdos, especialmente en los servicios.

El desarrollo de la noción de *duress* económica en el derecho inglés y su progresiva ampliación en la *Common Law* plantea la cuestión de su superposición con la noción de equidad de influencia indebida actual.

El otro desarrollo espectacular, debido a la frecuencia de su utilización por los litigantes, de la teoría de la *undue influence* a partir de los años 80 pone de manifiesto la necesidad de una racionalización con la doctrina de *unconscionability*, que subsiste en la equidad. El derecho inglés siente la necesidad de crear directrices claras para los jueces y operadores jurídicos<sup>510</sup>.

En definitiva, como sostiene Infante Ruiz<sup>511</sup>, la amenaza debe ser injusta (o ilegítima) en casi todos los sistemas jurídicos (*violence, drohung- en alemán-, duress*). Pero no todos los sistemas coinciden en el grado de antijuridicidad necesario.

En los sistemas más rígidos, la amenaza, la violencia o la coacción debe coincidir con conductas contrarias al derecho positivo, lo que deja fuera de esta consideración una serie de casos en los que la conducta del contratante es más sutil por no manifestar una amenaza, coacción o violencia explícita, pero que también resulta contraria a derecho por cuanto un contratante se aprovecha del estado de debilidad, dependencia o confianza del otro, siendo que el derecho no puede consentir el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC).

Sin embargo, la amenaza también puede consistir en algún tipo de conducta “socialmente inaceptable” y no solo en la infracción de una norma jurídica de derecho positivo. El derecho anglosajón, como es sabido, soluciona estos casos tradicionalmente bajo la figura de la *undue influence*, de acuerdo con la cual se tratan los casos en los que

---

<sup>510</sup> Fabrice, P., & Paris, M. d. J. d. (2008). *La réception de la violence économique en droit comparé*.

<sup>511</sup> Infante Ruiz, F. J. (2022). El aprovechamiento injustificado como vicio del consentimiento: Análisis desde la doctrina de la *undue influence* del derecho inglés. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 189.

la rigidez de los requisitos de la *duress at Common Law* no concedería una protección adecuada al contratante afectado, extendiéndose a aquellos casos en los que no existe un específico acto de presión<sup>512</sup>.

El razonamiento desarrollado por el juez Mocatta en la sentencia *North Ocean Shipping Co. Ltd. V. Hyundai Construction Co. Ltd.* (más conocido como *The Atlantic Baron*)<sup>513</sup>, dictada en 1979, marca un paso decisivo en la recepción de la coacción económica por parte del derecho inglés. La coacción en este caso fue constituida, según los demandantes, por la amenaza del contratista que era parte en el contrato de terminar el contrato si estos no aceptaban un aumento en el precio.

Es importante destacar que, en este caso, los demandantes no estaban en una situación económicamente desfavorable y, por el contrario, estaban negociando un contrato particularmente lucrativo con otras partes, pero dependían de la realización del contrato en disputa.

La coacción no provenía así de las circunstancias económicas o de la situación delicada de los demandantes, sino únicamente de la amenaza por parte de una de las partes de terminar el contrato si no aceptaban la modificación contractual.

En otras palabras, no se estableció que un rechazo de los demandantes los hubiera puesto en una gran dificultad económica, sino simplemente que los hubiera privado de un contrato particularmente interesante.

Es a partir de esta situación que el juez Mocatta reconoció que la coacción podía adoptar la forma de una coacción económica (*economic duress*) y extendió la opinión del juez Kerr en cuanto a la posibilidad de anular los contratos resultantes de ataques a los bienes de uno de los contratantes a los contratos celebrados bajo la presión de coacciones económicas. Por lo tanto, dichos contratos pueden ser anulados y las sumas indebidamente pagadas, restituidas a la víctima de la coacción. El efecto de esta decisión es abrir un amplio campo para la coacción económica, siempre y cuando las víctimas

---

<sup>512</sup> Infante Ruiz, F. J. *Op. cit.*, p 190.

<sup>513</sup> *North Ocean Shipping Co Ltd v Hyundai Construction Co Ltd* [1979] QB 705 (Duress; contract validity; economic pressure) <https://www.lawteacher.net/cases/north-ocean-shipping-v-hyundai.php>

puedan invocarla en caso de modificación contractual, sin tener que demostrar la fragilidad de su situación económica.

La originalidad del derecho inglés radica en presentar una pluralidad de nociones que cumplen a primera vista la función común de proteger a los contratantes cuya posición de debilidad es explotada por sus cocontratantes en posición dominante.

A diferencia de la doctrina de la *undue influence* actual, la doctrina de la *presumed undue influence* se basa en una apreciación del abuso en relación con la naturaleza desequilibrada de la transacción, cuando se demuestra que existe una desventaja manifiesta.

Este factor no es el único criterio, sino que en este ámbito, es necesario tener en cuenta tanto el proceso que llevó a la parte más débil a contratar como la sustancia del contrato resultante.

En los comentarios oficiales se señala que, en el caso de la naturaleza y el propósito del contrato, hay situaciones donde una ventaja excesiva no puede ser justificada, incluso si el contratante no ha explotado la debilidad de la otra parte en la negociación. Por ejemplo, en un contrato donde se establece un plazo muy corto para informar sobre defectos de conformidad de bienes o servicios, o cuando se fija la tarifa del agente comercial en un porcentaje del precio de los bienes o servicios.

El derecho inglés aparece, con el recurso a la teoría del abuso de autoridad, enriquecido con una técnica efectiva de protección de la parte débil y permite abordar formas de presión más sutiles que comparten con la doctrina de la coacción económica la misma preocupación por proteger a la parte débil frente a las presiones ejercidas sobre sus intereses económicos.

En este sentido los Principios Unidroit contemplan dos posibles soluciones para un contrato que resulte viciado por una ventaja excesiva. En primer lugar, se puede proceder a la anulación del contrato o de alguna de sus cláusulas, lo cual se encuentra regulado en los artículos 3.2.11 a 3.2.16. En segundo lugar, la parte afectada puede solicitar la

adaptación del contrato, que implica que el tribunal puede ajustar los términos del contrato para que se ajusten a los estándares razonables del comercio.

El remedio de la adaptación también puede operar a instancia de la otra parte, si tras recibir la notificación de la anulación informa inmediatamente a la otra parte que desea la adaptación y antes de que esta actúe en coherencia con la notificación de anulabilidad.

Por otra parte, el artículo 4:109 de los PECL se ocupa de la noción de "beneficio excesivo" o "ventaja injusta", la cual incluye diversas situaciones en las que una de las partes contratantes se encuentra en una situación de debilidad o dependencia. Estos casos son similares a los contemplados en los Principios UNIDROIT, como la dependencia, la relación de confianza, la dificultad económica o necesidad urgente, la imprevisión, la ignorancia, la inexperiencia y la falta de habilidad en la negociación.

En los PECL se destaca la relación de confianza que se suma a una interpretación amplia de la relación de dependencia. Estos aspectos son similares a la noción de *undue influence* en el derecho inglés.

Para que la norma de ventaja excesiva se aplique, es necesario que la parte beneficiada tenga conocimiento o debiera haber conocido la situación de debilidad o dependencia de la otra parte en la negociación, y que, dadas las circunstancias y la finalidad del contrato, obtenga un beneficio desproporcionado o injusto en relación con la contraprestación que ofrece<sup>514</sup>.

Los PECL establecen que los contratos viciados por ventaja excesiva pueden ser anulados o ajustados a petición de la parte afectada. En este sentido, los PECL introducen una modificación al incluir el criterio de la buena fe contractual como base para adaptar los términos del contrato. Este criterio es más coherente con el derecho continental, en el cual la buena fe es una parte fundamental de la integración contractual. Al igual que en los UNIDROIT, la otra parte también puede solicitar la adaptación o ajuste del contrato si es notificada y actúa sin dilación.

---

<sup>514</sup> Infante Ruiz, F. J. *Op. cit.*, p. 190.

El DCFR incluye la figura de la *unfair exploitation*, la cual es similar a la ventaja excesiva de los PECL. Para que se configure, se necesita que una de las partes se aproveche de la situación de debilidad, necesidad o falta de habilidad de la otra para obtener un beneficio o ventaja desproporcionada.

El contrato puede ser anulable o ajustado a petición de la parte perjudicada si se cumplen ciertos requisitos objetivos y subjetivos. Entre ellos se encuentran la necesidad especial de una de las partes y el conocimiento de la situación del otro contratante por parte de la parte beneficiada. En resumen, tanto los PECL como el DCFR buscan proteger a las partes vulnerables de contratos injustos y abusivos.

El artículo 1301 de la PMCC incluye la ventaja excesiva como un defecto autónomo que puede llevar a la anulación del contrato si una de las partes se ha aprovechado de forma injusta de la debilidad, dificultades económicas, necesidad urgente, ignorancia, inexperiencia o falta de previsión de la otra parte. El juez puede ordenar las modificaciones necesarias para adaptar el contrato a la buena fe y a los estándares usuales del tráfico jurídico si la parte afectada lo solicita.

Este artículo tiene dos elementos distintos, uno objetivo y otro subjetivo, según se ha explicado. A diferencia de los textos internacionales de armonización, hay dos aspectos que difieren en este artículo. En primer lugar, el elemento objetivo no incluye la situación de "relación de confianza", que sí está presente en los PECL y el DCFR. Sin embargo, se podría interpretar ampliamente el concepto de "relación de dependencia" para incluirlo. En segundo lugar, a diferencia de los textos de armonización (como Unidroit, PECL y DCFR), no se requiere que el contratante que se aprovecha de la situación de dependencia de la víctima conozca dicha situación, sino que simplemente se exige que se aproveche injustamente de ella.

#### 6.1.2.1 *La unequal bargaining power-la unconscionability*

La *unequal bargaining power* del *Common Law*, es un concepto omnicomprendivo de las diversas figuras de desequilibrio contractual junto con la *duress* y la *undue*

*influence*<sup>515</sup> repudiado en el derecho inglés pero sí considerado en otras jurisdicciones de *Common Law* (en especial, en el derecho norteamericano<sup>516</sup>).

Si las aplicaciones en el derecho inglés de la doctrina del *unconscionable bargain*, es decir, del contrato moralmente reprobable, son muy escasas, la *unconscionability* procede del mismo espíritu y tiene como objetivo castigar el comportamiento reprobable de aquel que se aprovecha de una situación de debilidad para obtener una ventaja excesiva.

En este sentido como apuntan algunos autores<sup>517</sup>, la fuerza, la superioridad y debilidad consideradas en el *Common Law* bajo la institución de la *undue influence* deberían separarse de las cuestiones relativas a los abusos de superioridad en el proceso de negociación, la explotación injusta y otras cuestiones afines que son tratados en el *Common Law* en el contexto de la *unconscionability*.

El artículo 3.2.7 de los principios Unidroit<sup>518</sup> hace referencia a la *unconscionability* y permite que una de las partes anule el contrato o alguna de sus cláusulas si estas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva e injustificada. Para ello, se deben cumplir dos requisitos: en primer lugar, que exista una ventaja excesiva y en segundo lugar, que esta ventaja sea injustificada. Para evaluar si la ventaja es injustificada, se considerarán factores como la posición desigual de las partes en la negociación (*unequal bargaining position*), incluyendo la dependencia de una de ellas, la dificultad económica o necesidad urgente, la imprevisión, la ignorancia, la inexperiencia o la falta de habilidad en la negociación. Además, se tomará en cuenta la naturaleza y finalidad del contrato.

---

<sup>515</sup> Hacen hincapié en esto último, Gómez Calle, E. (2018), Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil, p. 153, Barceló Compte, R. (2017), “La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta”, en Gramunt, Fombuena, M./Florensa i Tomás, C. (dirs.), Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial (Dykinson, Madrid), p. 274.

<sup>516</sup> Infante Ruiz, F. J. *Op. cit.*, p 187.

<sup>517</sup> *Ibidem*, p 188.

<sup>518</sup> Principios Unidroit (Versión 2016).

En la *unequal bargaining position* de los Unidroit se recoge la dependencia de una parte, lo que podría inducir a pensar que es una entrada de la figura de la *undue influence* en la *gross disparity*.

El control de los tribunales no se resuelve en este ámbito con un control objetivo, y el derecho inglés impone la reunión de tres condiciones acumulativas, introduciendo también una parte de subjetivismo. Estas son las siguientes: una de las partes debe estar en una situación de debilidad en relación con su cocontratante, debido a su pobreza o ignorancia, falta de asesoramiento o por cualquier otra razón. Esta debilidad debe ser explotada por la otra parte de manera moralmente reprobable y finalmente, el contrato debe presentar un desequilibrio extremo.

Esta doctrina está oficialmente reconocida y codificada en los Estados Unidos<sup>519</sup>, pero da lugar a una jurisprudencia poco unitaria, a pesar de que se invoca con frecuencia. La ley no proporciona ninguna definición de la *unconscionability* y gran parte de la jurisprudencia articula esta doctrina en torno a dos criterios: una desigualdad importante entre las partes que ha privado a una de ellas de una elección real en el momento en que se comprometió y un desequilibrio manifiesto en el contenido del contrato.

## 6.2 LA TEORÍA DE LOS ESTRATOS SEGÚN EL PERFIL DEL CONTRATANTE

Comenzaremos este epígrafe con la afirmación de Jamin: “Un juez solidarista no se limita a la sanción de los comportamientos, pues tiene una labor más activa, puede reorganizar el contrato”<sup>520</sup>.

Siendo así, un juez puede considerar como no escrita una cláusula de resolución unilateral que califique determinados incumplimientos como esenciales; vigilar que la cláusula resolutoria sea aplicada de buena fe; obligar a la renegociación del contrato según las circunstancias o incluso diferenciar a los contratantes por estratos según sus características socio-económicas o poder de negociación.

---

<sup>519</sup> §2-302 de l’UCC, puis §208 du Restatement (Second) of Contracts.

<sup>520</sup> Jamin, C. (2001) *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*. Le contrat au debut du XXIème siècle, J.Ghestiin edit LDGJ, p. 450.

Si partimos de una concepción amplia de contratos atípicos donde la autonomía de las partes juega un papel importante, principalmente en su concepción y vinculación quizás haya que trazar unas reglas de juego limpio o *fair play*. Y resulta relevante esta relación con el juego deportivo, pues precisamente en este ámbito se diferencia en atención a la edad por categorías de juveniles, cadetes, infantiles y alevines.

Una de las características del empresario pequeño, emprendedor, es ese salto al vacío, esa salida de su zona de confort con el objetivo de crecer económicamente, aunque ello suponga tomar decisiones precipitadas, y en ocasiones, verse obligado a aceptar cláusulas impuestas por la otra parte como una opción para la concertación de un pacto que le permita crecer como empresa.

Estos presupuestos, en nuestra opinión, también son relevantes. Aunque, lógicamente, los tribunales no pueden entrar en el análisis, por déficit de tiempo, de todas y cada una de las circunstancias que pudieron influir en la consecución de un contrato.

Como venimos poniendo de manifiesto, el perfil del empresario contratante viene siendo una característica que no se tiene en cuenta como elemento valorativo por los tribunales a la hora de ponderar las causas que justifican la aplicación de unos principios generales del derecho sobre otros, para valorar, por ejemplo, la gravedad o esencialidad del incumplimiento, magnitud del retraso en el cumplimiento, la preferencia de un remedio u otro, así como el cálculo de las consecuencias indemnizatorias, con el objetivo de ser lo más inocuo y equitativo posible para la parte incumplidora.

Es por ello que se proponen utilizar criterios objetivos, a saber, volumen de ventas, empresa de reciente creación, condición de *start up*, condición de empresa consolidada, que distingan entre los distintos empresarios, pues en las relaciones B2B no se hace mayor distinción entre ellos y consideramos que sería adecuado estratificarlos, con el objetivo de fijar unos criterios más justos y equitativos, así como para determinar un mayor o menor nivel de estándar de diligencia, deberes de cooperación, deberes de soportar el mantenimiento del contrato o incluso, en el extremo opuesto, deberes de soportar una resolución contractual automática del contrato por ser preponderante en estos casos

(donde intervienen contratantes de un mismo estrato) la defensa del interés contractual del acreedor y la satisfacción del mismo.

En este sentido, uno de los grandes avances conseguidos por los textos de armonización ha sido la especial consideración que recibe el consumidor como contratante vulnerable merecedor de una especial protección.

La teoría de los estratos pretende ir más allá, y propone una nueva clasificación entre empresario dentro de la consideración de empresario o Business en las relaciones B2B, según pertenezcan a un estrato<sup>521</sup> o a otro

La actual consideración como empresario y, por lo tanto, como no consumidor, quizás sea una horquilla demasiado amplia, siendo necesario que el legislador o los tribunales, consideren la existencia de ciertos estratos que dividan a los empresarios en razón de criterios de clasificación objetivos que permitan ponderar la solución más adecuada a cada caso.

La teoría de los estratos según el perfil del contratante pretende diferenciar entre tipos de empresarios, estableciendo diversos presupuestos para definir criterios de valoración objetivos, en atención a las características subjetivas de los contratantes. De este modo, si los contratantes se encuentran en un mismo estrato y, por lo tanto, se encuentran, presumiblemente, en un plano de igualdad en cuanto al poder negocial, tenga más sentido que el principio preponderante en la interpretación del contrato sea la libertad contractual y el respeto a la autonomía de la voluntad.

En cambio, en caso de encontrarse los contratantes en estratos diferentes y, por lo tanto, exista una desigualdad en los intereses y poder de negociación, se justifique la exigencia de ciertos límites y deberes adicionales a la parte más fuerte, así como mayores restricciones en el uso del remedio resolutorio, y restricciones en la inclusión y ejecución,

---

<sup>521</sup> Conjunto de elementos que, con determinados caracteres comunes, se ha integrado con otros conjuntos previos o posteriores para la formación de una entidad o producto históricos, de una lengua, etc. <https://dle.rae.es/estrato>

por ejemplo, de condiciones resolutorias expresas y en las penalizaciones asociadas a tales resoluciones.

Siguiendo con el hilo argumental de lo expuesto en capítulos anteriores, la resolución contractual, así como el concepto de incumplimiento (esencial o grave) que la faculta, reviste de una gran complejidad por varios factores:

Primer factor: Se hace imprescindible poner a la resolución en contexto.

Para ponerla en contexto es imprescindible analizar:

- i. Las características de la gravedad del propio incumplimiento.
- ii. Las características de los contratantes.
- iii. La situación económica en la que se desarrolla el contrato.

Segundo factor: Derivado de su complejidad, se concluye que no sería adecuado crear soluciones uniformes, haciendo imprescindible analizar y diferenciar entre el tipo de relación contractual, la naturaleza del contrato y el tipo de contratante.

Tercer factor: En este sentido, se considera insuficiente la tradicional diferenciación entre:

- Empresa.
- Consumidor.

Cuarto factor: Se hace necesario determinar ante qué tipo de empresario nos encontramos

- iv. Pyme
- v. Autónomo
- vi. Empresa de reciente creación.
- vii. Empresa consolidada.
- viii. Criterios de clasificación económicos: Volumen de facturación.

Aplicación del principio de la buena fe como concepto válvula para regular el principio de autonomía de la voluntad, que también actuaría como concepto válvula dependiendo del plano de contratación en el que interactúen los estratos,

y evitar así el uso oportunista de los remedios, el abuso de derecho, en definitiva, el efecto del liberalismo económico exacerbado en las prácticas contractuales.

Todo ello, nos lleva a la necesidad de tener que diseñar y trazar un modelo de uso flexible del remedio resolutorio. Más que intentar armonizar los presupuestos de la resolución y trazar un concepto unitario, pretendemos flexibilizar sus presupuestos y sus efectos, en especial el indemnizatorio, debido al tipo de contratante y del estrato al que pertenezca, así como en razón de las circunstancias tanto personales como económicas que rodean al contrato.

De esta forma, se desvía la atención de consideraciones doctrinales del incumplimiento resolutorio y se centra en el tipo de contratante, así como en sus circunstancias, con el objetivo de encontrar soluciones más equitativas en relación con los efectos de la resolución en el marco de la economía del contrato.

### **6.2.1 Posibles parámetros de estratificación**

Para diferenciar entre los estratos de la contratación, el criterio más objetivo podría ser el volumen de facturación o la antigüedad de la empresa. Y en este sentido, podrían emplearse como punto de partida los criterios que ya viene utilizando la UE, al diferenciar entre micro empresa, pequeña o mediana empresa.

En este sentido, tendríamos varios planos de contratación en razón de que los contratantes que intervienen pertenezcan al mismo o distinto estrato.

En primer lugar, tendríamos un primer plano donde interactúan empresarios que contratan entre ellos, perteneciendo a estratos diferentes, y por lo tanto, pudiendo presentar desigualdades en el poder de negociación;

#### **1. Plano de desigualdad (A):**

Interacción entre estrato fuerte y estrato débil (pyme): En este plano, el principio de buena fe es determinante junto con el principio *pacta sunt servanda* y el *favor debitoris* si el deudor es la parte débil. Se pretenden evitar abusos de derecho. Tiene sentido analizar la voluntad rebelde en caso de incumplimiento para determinar si procede la resolución.

Se buscan criterios más subjetivos de valoración. Se restringe el uso de la resolución extrajudicial. Se atiende a posibles abusos de posición dominante, *duress*, *undue influence* o, incluso, violencia económica en la inclusión de determinadas cláusulas y a su posible consideración como abusivas, así como a la aceptación de condiciones novatorias injustas.

En este plano se debe atender más a la opción del remedio del cumplimiento específico que a la resolución. Se debe poner énfasis en los actos de las partes, el contenido prestacional del contrato y no tanto en la frustración del fin económico del contrato. Aquí entraría en juego la valoración del “interés atendible del demandante de la resolución“. Es necesario el examen del supuesto de hecho, y ver si es razonable que el demandante pida la resolución en atención a los principios de buena fe y la inexistencia del abuso de derecho. En este plano habría que ser restrictivos con la consideración del incumplimiento de las obligaciones accesorias con efectos resolutorios.

## 2. Plano de Igualdad (B):

Interacción entre dos estratos fuertes. En este plano prioriza el principio de autonomía de la voluntad sobre el principio *pacta sunt servanda*. En caso de duda se prioriza el principio *favor creditoris* cumplidor. Existe plena libertad entre las partes, aunque las cláusulas del contrato favorezcan a una de ellas, se acepta su vinculación pues se consideran que las partes voluntariamente aceptan el riesgo inherente en las operaciones comerciales. Se aplican criterios más objetivos de valoración, se atiende preferentemente a la frustración del interés del fin económico contractual para valorar una ágil resolución. También al plano del incumplimiento esencial, en el sentido de la frustración de la economía del contrato. Se admite la resolución extrajudicial y el derecho de desistimiento, aunque no se pacte, a cambio de la indemnización oportuna. Se podría valorar en este plano la posible exigencia de una conciliación o de un arbitraje previo a juicio. En este ámbito se admite más favorablemente la resolución con preferencia al cumplimiento. En este plano se debería atender únicamente al plano satisfactivo del acreedor y en este sentido, “el incumplimiento debe tener entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes, hasta el punto de obstar al fin normal del contrato,

frustrando las legítimas expectativas”. En este sentido, dentro de este plano, el incumplimiento de las obligaciones accesorias facultaría a la resolución. En este plano tendría sentido permitir una desvinculación ágil del contrato a través de la resolución, incluso aunque no exista un incumplimiento grave, siempre que se indemnice oportunamente a la otra parte.

Interactúan dos estratos pyme: En este ámbito habría que atender a criterios más objetivos de valoración. Se admitiría el pacto convencional que faculte a la resolución extrajudicial manifiestamente favorable para una parte, y se valoraría la exigencia de acudir a arbitraje previo antes del proceso. En este plano se preferirá el remedio del cumplimiento con preferencia al de resolución. Además, en este plano el incumplimiento de las obligaciones accesorias puede conllevar una resolución siempre y cuando frustre el fin del contrato, por alguna de las siguientes causas:

- Porque el incumplimiento de las accesorias suponga un incumplimiento esencial debido a la importancia y trascendencia que tienen dichas prestaciones para la economía de los interesados, y para el interés económico del contrato.
- Porque el incumplimiento de las accesorias revista la entidad suficiente para impedir la satisfacción económica.
- Porque el incumplimiento derive en una falta de obtención de la finalidad perseguida.
- Porque el incumplimiento de las accesorias conlleve la frustración de las expectativas de las legítimas aspiraciones de las partes o suponga la frustración del fin del contrato que a veces se califica como fin práctico.
- Porque el incumplimiento de las accesorias suponga la quiebra de la finalidad económica.

En definitiva, se trata de diferenciar el tipo de exigencia para la determinación del incumplimiento resolutorio según el *statu quo* económico de cada contratante. Más que una crítica de las corrientes jurisprudenciales clásicas, lo que se pretende es una

armonización entre ellas, ya que todas se consideran adecuadas contextualizándolas como se propone.

En cuanto a la entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes en los distintos planos, será de especial relevancia que dicha insatisfacción pueda ser probada debidamente y de forma objetiva, pues el mismo tipo de incumplimiento no tiene por qué tener los mismos efectos en la contraparte, por ejemplo, si es una empresa de mayor tamaño o si es una pyme.

Recordemos la capacidad de resiliencia que tienen las grandes empresas cuando contratan con pequeñas. Pues el incumplimiento objetivamente puede constituir *per se* un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la contraparte o en su interés material o moral. Pero no todas las contrapartes tendrían la misma capacidad de sobreponerse a ellos, siendo el mismo tipo de incumplimiento causante de diferente grado de estragos según el tipo de empresa que conforme la contraparte. Extremos todos ellos que habrán de ser valorados y justificados para poder considerarlos como resolutorios.

En cuanto a la frustración de la finalidad perseguida, tendríamos que acudir a la causa del contrato que ya mencionara De Castro, a nuestro juicio, la más difícil de demostrar, porque puede ocurrir que la concertación de ciertos contratos sea imprescindible para la consecución de otros *a posteriori*. Además, en el caso de que sean empresas grandes las que aleguen la frustración derivada del incumplimiento, tienen un hándicap para acreditarla, pues pueden recurrir a otras alternativas para conseguir el fin último perseguido, y en este sentido tienen mayor capacidad de resiliencia y de adaptación a dicho incumplimiento porque les será más difícil acreditar dicha frustración que a un empresario pequeño.

Consideramos que en los planos donde interactúan estratos fuerte y débil, la parte débil, aunque incumpla, difícilmente será capaz de frustrar el interés de la fuerte, aun mediando un incumplimiento, pues el contratante fuerte en ese escenario podría volver a contratar inmediatamente en las mismas condiciones o incluso mejores con otro contratante de similares características. Como ocurre, recordemos, en el caso DB Schenker S.A.U, donde la multinacional no tiene inconveniente alguno en que se resuelva

el contrato de transporte con D. José Antonio, es más, lo prefiere, pues fácilmente lo puede sustituir por otro transportista, algo que no ocurre a la inversa. Difícilmente D. José Antonio podría encontrar en el mismo espacio de tiempo breve, otra empresa que le permita no solo recuperarse de la inversión realizada para desempeñar el trabajo que le exigía DB Schenker, si no para subsistir como empresario autónomo.

Y es sentido frustración es algo que puede ocurrir en todo incumplimiento<sup>522</sup>. En la STS de noviembre de 1983, se habla “*de la frustración de las legítimas expectativas de la parte cumplidora en cuanto al fin del contrato implícito en la causa*” esa noción de imposibilidad no hace referencia, únicamente, a la física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídica económica que se denomina específicamente “frustration”.

En consonancia con lo anterior, serán más exigentes los motivos que se le pidan a una empresa de cierta dimensión para acreditar la existencia de una lesión en su interés derivada de un incumplimiento o retraso y en tal caso, no solo no podría resolver, sino que tendría la obligación de observar ciertos deberes de cooperación con el contratante débil.

Actualmente, el criterio mantenido en observancia del plano satisfactivo como determinante para considerar la existencia de incumplimiento esencial o no, establece un estándar de exigencia sin discriminar por tipo de empresa, ya que cualquier empresa o contratante por grande o pequeño que sean pueden ver insatisfecho su interés por cualquier incumplimiento, incluso puntual, de las múltiples empresas que le prestan servicio, aunque esa prestación no sea esencial para su actividad.

Entendemos que la capacidad de resiliencia<sup>523</sup>, es decir, la respuesta que una empresa pueda tener frente al incumplimiento, debe ser una circunstancia a tener en

---

<sup>522</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos.. op. cit.*, p. 861.

<sup>523</sup> Del ingl. *resilience*, y este der. del lat. *resiliens*, *-entis*, part. pres. act. de *resilīre* 'saltar hacia atrás, rebotar', 'replegarse'.

1. f. Capacidad de adaptación de un ser vivo frente a un agente perturbador o un estado o situación adversos.

2. f. Capacidad de un material, mecanismo o sistema para recuperar su estado inicial cuando ha cesado la perturbación a la que había estado sometido. <https://dle.rae.es/resiliencia>.

cuenta para ponderar la “frustration”, para valorar de este modo si procede una aplicación automática del remedio resolutorio o si sería justo aplicarlo, pero indemnizando a la parte débil, incluso aunque su incumplimiento fuera culposos.

Y en este sentido podría considerarse como presupuesto un dolo manifiesto, un acto obstativo, *una* voluntad manifiestamente rebelde por parte del deudor débil e incumplidor, para poder hacer un uso tan contundente del remedio resolutorio sin consecuencias indemnizatorias<sup>524</sup>.

En este contexto, es importante conectar la figura (posiblemente de una resolución o solución) con la equidad, el equilibrio, la justicia contractual<sup>525</sup> y la humanidad<sup>526</sup>. Esta relación entre la resolución y la interdependencia de las obligaciones, junto con la idea de equidad y equilibrio, ayudaría a fortalecer el argumento en contra de su carácter predominantemente dispositivo.

En el plano (B), a diferencia del (A), interactúan, contratantes que se encuentran en el mismo estrato y en donde la resolución cumpliría una función de protección y defensa de la parte cumplidora o que está dispuesta a cumplir en el sentido de que le otorga la facultad de liberarse del vínculo jurídico y poder recuperar la prestación ya realizada, en su caso<sup>527</sup>.

En el plano (B), se involucran los contratantes que se encuentran en igualdad de condiciones y en este caso la resolución tendría el papel de proteger y defender a la parte cumplidora o dispuesta a cumplir, otorgándole la facultad de liberarse del vínculo jurídico

---

<sup>524</sup> Recuperando una doctrina tradicional que se ha ido perdiendo, el hecho obstativo ha desaparecido de la escena en sustitución de la voluntad deliberadamente rebelde. Lo que quizás le vuelva a dar sentido.

<sup>525</sup> Ripert, G (1935). *La règle morale dans les obligations civiles* (3ª ed.). Librairie générale de droit & de jurisprudence.

<sup>526</sup> García Goyena, F., *Op. cit.*, p. 80.

<sup>527</sup> Según Díez-Picazo (1995, p. 5892; 2008, p. 815), Montés Penadés (1989, p. 1188) y Clemente Meoro (1992, pp. 298-299), la resolución de un contrato tiene como función principal permitir que el contratante afectado por el incumplimiento recupere los recursos invertidos para darles otro destino. Morales Moreno (2006, p. 43) también destaca esta función económica de la resolución, argumentando que permite al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido para darles otro uso. Esta afirmación se encuentra en línea con la posición que el mismo autor ha expresado en otra ocasión (Morales Moreno, 2004, p. 21).

y recuperar la prestación que ya ha realizado, si es necesario. En este contexto, prepondera el *favor creditoris*.

Esta concepción de los empresarios por estratos que interactúan entre sí en distintos planos hace que la numerosísima doctrina del TS en relación con el incumplimiento grave en general y con la consideración del incumplimiento esencial en especial, sea más ordenada, más uniforme, más práctica, más adecuada para el caso concreto, menos imprecisa, menos ambigua y en definitiva más justa.

Siendo este uno de los objetivos principales que se ha pretendido en esta investigación, conciliar las distintas posturas doctrinales en relación con el incumplimiento esencial, a la consideración o no del incumplimiento de las obligaciones accesorias con efecto resolutorio o las restricciones sobre la ineficacia de las cláusulas resolutorias expresas, restringiendo en este ámbito la autonomía de la voluntad de las partes.

La diferenciación entre estratos hace que, de algún modo, se concilien, las distintas posiciones doctrinales sobre el incumplimiento resolutorio en el derecho español.

Además, la tesis que se propone en este trabajo es la de llevar a cabo concreciones o concretizaciones, del mismo modo que proponían Díez Picazo y Gullón<sup>528</sup> en su Sistema de Derecho Civil, especificando en qué plano hay un mayor deber de moderar por parte del juez en razón de la incidencia de la buena fe y en qué planos opera en mayor medida el principio de libertad contractual y autonomía de las partes, para así no derivar en la amenaza que supone no especificar y llegar a un completo arbitrio judicial y crear confusión.

Una pregunta relevante en este binomio de los dos planos sería ¿Cuál es el bien jurídico protegido en cada caso? ¿Qué interés se debe proteger? el interés protegido de la parte que ejercita la resolución en plano (A) no puede ser únicamente la búsqueda de una

---

<sup>528</sup> Díez-Picazo, et al. Sistema de derecho..., *op. cit.*

mejor oportunidad de negocio. Siendo más laxos en la admisión de ese interés en el plano (B).

En este sentido, en el plano (A) y aunque se persigan unas mejores oportunidades de negocio y con el único fin de desvincularse de un contrato que ya no resulta rentable, la parte que pretende la resolución debería acreditar un daño patrimonial efectivo y relevante, algo que no debe ser fácil en el caso de empresas de un tamaño considerable que tienen un amplio poder de reacción y maniobra.

En el primer ámbito de contratación (A), donde se involucran contratantes de diferentes estratos, se aplicarían criterios más estrictos en la interpretación del artículo 1124, ya que no cualquier incumplimiento sería suficiente para justificar la resolución del contrato. En este contexto, sería necesario delimitar los incumplimientos que son especialmente característicos, es decir, aquellos incumplimientos prestacionales que justificarían una pretensión de resolución. Aquí, tendría sentido aplicar la doctrina del Tribunal Supremo que sostiene que "el artículo 1124 del Código Civil debe interpretarse de manera lógica, racional y moral, y no de forma automática" (SSTS de 25 de noviembre de 1983 y de 22 de marzo de 1993), así como la idea de que debe también ser atendido en este punto, el principio de conservación de los contratos y, en atención al mismo, en este plano, la resolución presentaría un cierto carácter excepcional. Es posible que en este ámbito se produzca un incumplimiento justificado, ya que, puede haber una discrepancia entre las partes sobre el alcance y el contenido de las obligaciones contractuales, especialmente en contratos verbales o con cláusulas complejas.

Recordamos al *contratante perjudicado*, empleando literalmente los términos del 1124. Lo que hace intuir que quizás sea necesario demostrar un perjuicio, unos daños, para poder ejercitar la resolución y no centrar el foco únicamente en el incumplimiento y en la magnitud del mismo.

En este sentido, la jurisprudencia reiterada establece que el incumplimiento debe ser verdadero, grave y esencial y tener una importancia y trascendencia especial para la economía de las partes o ser lo suficientemente significativo como para impedir la satisfacción económica de sus intereses, lo que puede ocurrir cuando se rompe la finalidad

económica del contrato. Sin embargo, nos parece improbable que esto suceda en caso de un incumplimiento por parte de una empresa pequeña en relación con una grande, por ejemplo, en caso de un retraso, ya que dicho incumplimiento puede resultar insignificante en el ámbito de la actividad de la empresa grande.

Esta jurisprudencia sugiere que el criterio principal para evaluar la gravedad del incumplimiento es objetivo, ya que se considera principalmente el resultado del incumplimiento en la relación contractual considerada de manera objetiva y la importancia objetiva del mismo.

En este plano (A), tampoco podría admitirse la resolución por el incumplimiento de las obligaciones accesorias, ya que la obligación incumplida debe ser siempre principal, más en armonía con el carácter recíproco de las prestaciones y con el carácter sinalagmático de las prestaciones al ser interdependientes entre sí.

De acuerdo con algunas sentencias, es importante interpretar el artículo 1124 del Código Civil no de manera automática, sino de manera racional, lógica y moral. En consecuencia, para aplicar este artículo, no es suficiente una infracción mínima, sino que se requiere que el principio de reciprocidad esté claramente caracterizado. Además, este principio no se aplica a obligaciones accesorias o complementarias incorporadas a un contrato unilateral o bilateral.

Lo que, rectamente entendido, significa que la determinación de si ha existido o no un incumplimiento requiere un conjunto de actuaciones valorativas del comportamiento de cada contratante que solo pueden ser tomadas en consideración en la obligación que las partes consideran presupuesto esencial o principal.

Para que un contrato pueda ser resuelto por el incumplimiento de obligaciones, dicho incumplimiento debe ser significativo o grave, lo cual a veces se justifica en la idea de preservar el contrato o mantener lo que se llama la fidelidad al mismo.

En el segundo plano (B), se aplicaría la línea jurisprudencial que requiere para la resolución que el incumplimiento sea esencial, es decir, que tenga una importancia y trascendencia en la economía del contrato tal que impida la satisfacción económica de las

partes o la consecución de la finalidad perseguida por el negocio. Algunas sentencias hablan de la falta de contención de la finalidad pretendida, la frustración de las legítimas expectativas de las partes, la quiebra de la finalidad económica del contrato, la frustración del fin práctico perseguido por el negocio o interés atendible en la resolución o tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución.

En este plano (B) estrato fuerte–estrato fuerte o pyme-pyme: La resolución ya no debe atender al carácter bilateral o recíproco, aquí ya da igual que exista una equivalencia entre las prestaciones, ya que las partes no contratan debido a la igualdad de las prestaciones y de su carácter recíproco. Contratan con un fin económico perseguido. El objeto o la causa final no es la propia contraprestación sino otra causa superior. Por lo tanto el incumplimiento de una prestación accesoria también podría atentar contra el interés perseguido y en consecuencia tener efectos resolutorios. Más en sintonía con la reciente corriente que en los últimos años hace necesaria la consideración del incumplimiento como esencial, entendiendo por éste como *aquel que permite al contratante obtener aquello que se le debía, no permite alcanzar la finalidad perseguida por el contrato o la finalidad o el fin económico y social del contrato*<sup>529</sup>.

En este segundo plano (B), lo relevante para la resolución del contrato no es solo el incumplimiento en sí mismo, sino la importancia y trascendencia que tiene para la economía de los involucrados. Es necesario que el incumplimiento sea lo suficientemente relevante como para impedir la satisfacción económica de la parte afectada. Además, se debe considerar si se ha logrado la finalidad pretendida con el contrato y si las expectativas y aspiraciones de las partes se han cumplido. A veces se habla de la "falta de contención de la finalidad pretendida mediante contrato", la "frustración del fin práctico" y la "quiebra de la finalidad económica", lo que justificaría la resolución del contrato en base a la importancia de estos factores en la economía del contrato.

Esta diferenciación entre estratos de contratación soluciona un problema constante en la jurisprudencia, y respondería a cuestiones tan frecuentes en la doctrina como las que plantea Díez-Picazo, *¿es lo mismo grave que esencial? si la esencialidad está*

---

<sup>529</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, op. cit., p. 818.

*determinada por la economía del contrato y por la insatisfacción, ¿puede estar en el incumplimiento como prestaciones accesorias?*<sup>530</sup>

Pues efectivamente, en este plano ya no es relevante si la obligación que se incumple es sinalagmática o recíproca materialmente hablando. Ya no sería necesario que fueran equivalentes. Con el mismo criterio de equivalencia que se podría esperar de la antigua operación de *trueque*.

En cambio, en el primer plano (A) sí sería relevante analizar las teorías de la causa o de equivalencia o simplemente por razones de equidad o por la presunta voluntad de los contratantes.

En el ámbito del plano A, se sostiene que existen ciertos deberes de conducta entre las partes que no están expresamente establecidos en el contrato, sino que se refieren a deberes de colaboración<sup>531</sup> que se imponen al acreedor para que el deudor pueda cumplir con sus obligaciones. En este contexto, la buena fe mencionada en el artículo 1258 del Código Civil no es meramente una directriz para la interpretación del contrato, sino que implica deberes para los contratantes, especialmente para el más fuerte, como el deber de actuar con honestidad subjetiva y de cooperar de manera objetiva. Según López López, el incumplimiento de estos deberes exigidos por la buena fe es siempre ilícito y por lo tanto, fuente de responsabilidades (según los artículos 1101 y 1902 del Código Civil) en la medida en que cause daño.

En todo caso, la resolución del contrato es una medida completamente excepcional que solo se aplica cuando existe un incumplimiento real y sustancial por parte de uno de los contratantes de las obligaciones que le corresponden. Este incumplimiento debe ser significativo y no simplemente un retraso en el pago, ya que el mero incumplimiento de una prestación en tiempo no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio ni que la otra parte tenga un interés legítimo en solicitar la resolución. El artículo 1124 del Código Civil concede una acción al "perjudicado", lo que

---

<sup>530</sup> *Ibidem* p. 846.

<sup>531</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 818.

sugiere que solo puede ejercerse en caso de que exista un perjuicio efectivo o potencial. Además, este artículo permite al juez otorgar un plazo para el cumplimiento en caso de que exista una causa justificada, lo que demuestra que el factor tiempo no es esencial en todos los casos.

En este sentido, el Código Civil italiano en su artículo 1455 establece que la resolución del contrato no puede llevarse a cabo si el incumplimiento de una de las partes no es de gran importancia teniendo en cuenta el interés de la otra parte.

Algo que en la jurisprudencia española también se acepta como incumplimiento de escasa importancia, donde la resolución no es el remedio más idóneo. Aquí también entra en juego la función valorativa del juez.

- ✓ En el primer plano (A), la valoración del incumplimiento se debe hacer atendiendo al carácter objetivo o prestacional: la función del contrato.
- ✓ En el segundo estrato (B), la valoración del incumplimiento debe hacerse atendiendo a caracteres subjetivos, teniendo en cuenta la presumible voluntad y el interés de las partes. Criterios que vienen del derecho inglés “*amount to a total failure of consideration*”. Aquí sí influye la doctrina del incumplimiento esencial heredada del *Common Law*, donde es más interesante hablar de una indemnización por resolución anticipada, aunque el incumplimiento sea de escasa importancia, que de la conservación de los contratos.

Correcto, según esta tesis, el incumplimiento esencial se consideraría como parte del segundo plano de contratación (B) y su evaluación se basaría en la importancia y trascendencia del incumplimiento para la economía de las partes. La jurisprudencia toma en cuenta factores como la falta de obtención de la finalidad perseguida, la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones, la quiebra de la finalidad económica o la frustración del fin práctico perseguido, para determinar si el incumplimiento es lo suficientemente grave como para justificar la resolución del contrato.

Cuestiones todas ellas que, en caso de resolución extracontractual, dependen de que las partes así lo consideren y no impugnen, o en su defecto, nombren a un perito acreditado que valore el incumplimiento en el seno de un arbitraje, siendo secundaria en este caso por innecesaria, la intervención judicial.

En este segundo plano (B) sería esencial la rapidez del cumplimiento si así resulta de la causa del contrato, y este sentido, indican los principios Unidroit, cuando se ha señalado que la entrega se ha de realizar rápidamente, y no se hace así, se facultad la resolución, no porque el temor fuera esencial en sentido estricto, sino porque la rapidez era necesaria para satisfacer el interés del acreedor.

En este plano (B) las conductas de las partes no supondrían un presupuesto del ejercicio del resolución del 1124, sino más bien manifestaciones del ejercicio del derecho de desistimiento unilateral de una de las partes, por ser esta solución más justa y rápida en atención a la económica del contrato. Quizás esta fórmula sea más justa en determinados estratos, por la premura que exige el mercado, donde ya no resulta interesante seguir vinculado a un mal negocio, siempre a cambio de una oportuna indemnización.

Por lo tanto, para que el incumplimiento esencial pueda ser considerado como un requisito jurídico aplicable en el primer plano de contratación (A), se deben tener en cuenta factores como la finalidad buscada, la frustración de las expectativas legítimas y la pérdida de la finalidad económica o el fracaso del objetivo práctico perseguido. Sin embargo, esto puede ser difícil de demostrar en casos en los que una de las partes es una pequeña empresa y la otra es mucho más fuerte, ya que incluso un retraso leve podría ser insignificante para una empresa de mayores dimensiones.

En este plano (A), el plazo solo será esencial si las partes así lo consideran y lo pactan justificadamente en el contrato por razones de índole económica, de la misma forma que la importancia que se le diera a este plazo debiera ser de indudable valor y justo, y siempre que en la consideración primordial de ese plazo como esencial, no se aprecie coacción o presiones por la parte fuerte.

En cuanto al *aliud pro alio*, si lo entregado es diferente a lo pactado y rompe con el interés perseguido, también daría lugar a la resolución.

En este plano (A), si hay una exigencia en cuanto a la licitud de la causa que deben alumbrar los contratos, en el sentido de que el fin perseguido por las partes al vincularse en una relación contractual debe ser existente, lícito, veraz, en sintonía con la buena fe, con los usos y costumbres, podría entenderse que los mismos presupuestos deban ser exigidos cuando se pretende poner fin a la relación contractual mediante la resolución.

En definitiva, el efecto del contrato es la obligatoriedad y, en consecuencia, los contratos son irrevocables, con las excepciones de que concurra una causa de ineficacia, de que se ejerza un desistimiento unilateral, bien porque lo permita la ley bien porque se pacte en el contrato, sin existencia de presiones en la adopción de acuerdos.

Se deben establecer por tanto dos estándares en la consideración del incumplimiento con efectos resolutorios:

En el plano (A), se adoptaría un estándar más flexible en la consideración como indemnizables los casos de mora, de retraso, de incumplimiento relativo, defectuoso, inexacto, tardío, pero más estricto en la consideración de estas circunstancias con eficacia resolutoria, o incluso limitando la facultad resolutoria expresa, pues en este plano prima el fomento de las relaciones basadas en la confianza y la buena fe, por lo tanto más alejadas de concepciones liberalistas de la economía. Siendo fundamental en este plano el papel moderador del juez.

En este sentido, las empresas grandes tendrán la responsabilidad de fomentar la consolidación de las pequeñas, lo que sin duda redundará en el aumento del intercambio de bienes y servicios y en la creación de empleo y la economía en general.

Y en el plano (B) se establece un estándar menos riguroso, menos estricto con el uso de la facultad resolutoria, incluso con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pues se pretende fomento del tráfico jurídico, el fomento de las relaciones comerciales y la libre autonomía en la búsqueda de opciones más lucrativas.

En el plano (A) si el cumplimiento aún es útil para el acreedor, debe fomentarse la conservación de la relación obligacional y del contrato, máxime en contrataciones donde una parte es más débil y depende su subsistencia de ese contrato. En estos casos la *mora solvendi*, podría asumirse por la situación económica del acreedor, y buscarse soluciones más satisfactorias que la resolución o incluso que la indemnización, difícilmente soportable por el deudor, ya de por sí en una situación precaria, que le impide cumplir con el contrato.

En el plano (B) del contrato, que se refiere a contratación entre partes iguales, existen otros supuestos de resolución además del incumplimiento esencial que ya aparecen en el Derecho contractual europeo. Estos incluyen la resolución cuando el acreedor no puede confiar en el futuro cumplimiento del deudor (art. III.- 3:502, en relación con el art. III.-3:203 DCFR y arts. 116 y 109.4 Propuesta Reglamento Europeo), la resolución después de una notificación que establece un plazo adicional para cumplir (art. III.-3:503 DCFR y arts. 115 y 135 Propuesta Reglam. Europeo), la resolución por incumplimiento previsible (art. III.-3:504 DCFR y arts. 116 y 136 Propuesta Reglam. Europeo), la resolución por garantía inadecuada de cumplimiento (art. III.-3:505 DCFR) (véase aquí el art. 1129 CC) y. resolución por pacto (art. III.-:109 DCFR). El único supuesto que ya está establecido en el Código Civil en la compraventa de inmuebles es el pacto comisorio. A diferencia de los supuestos anteriores, el pacto comisorio ha sido objeto de muchos estudios doctrinales. Sería interesante considerar si debería extenderse el pacto comisorio a todos los contratos en una posible reforma del Código Civil.

### **6.2.2 La convivencia entre las diferentes doctrinas del TS en torno al incumplimiento con efectos resolutorios: la teoría de los estratos**

En el plano (B), la protección que debe hacer el TS en contratos entre empresas en el mismo estatus económico quizás deba limitarse únicamente a observar que se cumple la legalidad y a permitir que entre ellas puedan vincularse o desvincularse de forma frugal, más orientada en el plano de la satisfacción del acreedor cumplidor que padece el incumplimiento.

Aquí serían de aplicación dos tópicos importantes: el interés jurídicamente atendible en que se decrete la resolución y la frustración del fin práctico perseguido por el negocio, unas máximas que atienden más a criterios económicos que de buena fe contractual y de conservación de las relaciones comerciales y contractuales.

En el plano (A) la protección que debe hacer el TS entre contratantes con desequilibrios quizás deba ir más encaminado a conservar las relaciones contractuales estables y a la búsqueda de soluciones alternativas para la solución de conflictos. Un escenario, donde tal vez sea necesario analizar si verdaderamente existe una voluntad rebelde al cumplimiento por parte del deudor incumplidor que faculte la ruptura en las relaciones contractuales, que tan gravosa resultaría para la parte deudora.

En la primera postura, si sería de aplicación ampliamente todo la reforma que plantea el *soft law*.

En la segunda postura, debiera ser más conservador y aplicar la doctrina tradicional sobre la aplicación de la resolución por incumplimiento, que en resumidas palabras precisaba de la existencia de:

- “Un verdadero y propio incumplimiento” y que ese incumplimiento fuera “imputable al deudor”.
- “Una voluntad deliberadamente rebelde”, “un hecho obstativo” que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida.
- El “mero retraso “, no sería justificación para considerar la conducta como incumplidora, porque dicho retraso no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés, jurídicamente protegible, en que se decrete la resolución, fundándose estas máximas en lo dicho en las sentencias de 5 de enero de 1935, 28 de enero de 1944 y 12 de abril de 1945.

Desde esta perspectiva, en el contexto del análisis de los retrasos que facultan la resolución, habría que analizar el tiempo como factor fundamental desde dos perspectivas

también. El tiempo como factor determinante o sustancial, si fuera esencial, o si el tiempo era un factor importante pero sin ser esencial.

En el segundo plano de contratación sería suficiente demostrar una mera pérdida de oportunidad económica para determinar que el retraso y el plazo es esencial, lo cual frustra además el interés del acreedor.

En el primer plano en cambio en el segundo caso habría que ser más restrictivo, pues muy un mero retraso es muy probable que no frustre el fin práctico perseguido por el negocio.

En definitiva, tanto la postura tradicional y clásica que desde los años viene construyendo el TS, como los nuevos planteamientos que propone el *soft law*, tienen cabida en nuestro sistema. Ya que hay varios planos de contratación, y varios ámbitos, donde ambas posturas tienen encaje.

En este sentido, para hablar de esta frustración del fin práctico perseguido no estaría de más acordarse de la teoría de la base del negocio que sostenía De Castro, debiendo estudiar la causa del contrato para analizar la finalidad de ambas partes: “La hipótesis parece encontrarse en la idea de que la prestación abstractamente considerada, aislada en sí misma, es todavía posible, aunque su ejecución no permite ya alcanzar el fin al que al contratar se perseguía”<sup>532</sup>. Circunstancias que deberían ser tenidas en cuenta en ese estrato de contratación donde existe una igualdad entre las partes, pero que no tiene cabida en el estrato de contratación donde existe una desigualdad, donde la frustración del interés pasaría a un segundo plano.

Esta separación de estratos en la contratación entre empresarios se vuelve imprescindible, sobre en todo en cuanto a los interrogantes que plantea la protección del *interés atendible en la resolución*<sup>533</sup>

---

<sup>532</sup>Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 828.

<sup>533</sup> *Idem.*

### **6.2.3 La conveniencia de asumir un sistema basado en el binomio incumplimiento definitivo-plazo adicional**

Diferenciar entre planos de contratación según el estrato en el que se encuentra el contratante con el objetivo de proteger al más vulnerable, en cierto modo se aprecia en la intención del legislador en la redacción del art. 1504CC.

El objetivo del legislador al redactar el artículo 1504 del Código Civil es diferenciar entre distintos niveles de contratación con el fin de proteger al contratante más vulnerable. A lo largo del tiempo el pacto comisorio ha perdido su eficacia original y muchos ordenamientos jurídicos intentan limitar su fuerza resolutoria, evitando cualquier tipo de automatismo. En este sentido, el artículo 1504 del Código Civil español es un ejemplo de esta tendencia, ya que exige la formalización de un requerimiento al comprador antes de iniciar cualquier proceso de resolución del contrato por impago del precio, independientemente de que exista o no una cláusula comisorio<sup>534</sup>.

El complejo sistema del incumplimiento esencial debe dar paso a un sistema que permita dotar de máxima claridad al concepto de incumplimiento resolutorio.

Este sistema de estratificación según los niveles de contratación permitiría un uso más seguro del remedio resolutorio, integrándolo, pero no relegándolo, dentro del conjunto de remedios al incumplimiento.

De forma que, según el plano, se daría mayor preferencia por el cumplimiento específico en detrimento de la resolución, sobre todo en sus modalidades de reparación y sustitución, sin excluir la aplicación del remedio resolutorio si la economía del contrato así lo aconseja.

Con esta estratificación, la idea de que la resolución es un remedio excepcional o extraordinario que solo se ejerce cuando hay un incumplimiento de graves consecuencias, ha de abandonarse y dar paso a otra, donde será más habitual su uso en un plano donde intervengan contratantes con igual poder de negociación y pertenecientes por tanto al mismo estrato y será más excepcional en planos de contratación donde la asimetría entre

---

<sup>534</sup> Moll de Alba Lacuve, C. *op. cit.*

las partes sea más evidente, ámbito donde se preferirá el cumplimiento en su diversidad de formas, realización de la prestación, reparación, sustitución, y donde la resolución será más excepcional, por ser un ámbito este donde se fomentaría el principio de conservación de los contratos *favor debitoris*.

Además, en los planos que interactúen contratantes pertenecientes a diferentes estratos, donde se justifique el uso del remedio resolutorio y con el objetivo de no dejar desprotegida a la parte deudora por las consecuencias de una abrupta resolución, se instará la necesidad de exigir un plazo adicional<sup>535</sup>, a favor del cual se han alzado ya pluralidad de voces en nuestra doctrina<sup>536</sup>.

En relación al plazo adicional, en los sistemas jurídicos que lo han adoptado, hay una divergencia entre aquellos que lo consideran fundamental en el sistema, como sucede en el BGB y aunque en menor medida, en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones de la Comisión General de Codificación, que solo lo excluyen cuando existe un incumplimiento definitivo (como imposibilidad, plazo esencial o negativa al cumplimiento), y aquellos otros sistemas, representados por los textos y propuestas de Derecho unificado, en los que el uso del plazo adicional solo se aplica en caso de retraso, mientras que los demás casos se rigen por el modelo de incumplimiento esencial.

#### **6.2.4 Métodos alternativos de resolución de controversias**

En este epígrafe nos gustaría mencionar la posibilidad de que las revisiones del contrato para novarlo y hacerlo más equitativo se deban hacer a través de un arbitraje, como órgano mediador y garante de la equidad, cuando intervienen contratantes pertenecientes a distintos estratos.

En este sentido, en cuanto a métodos alternativos para la resolución de controversias sería recomendable fomentar un sistema parecido al arbitraje de consumo, ya que es frecuente en los contratos de cierta complejidad establecer cláusulas relativas a la

---

<sup>535</sup> Rodríguez-Rosado; Bruno *op. cit.*, p. 231.

<sup>536</sup> Prieto, Á F. P. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario De Derecho Civil*, 46(4), p. 210; Díez-Picazo, Los incumplimientos resolutorios, pp. 97 ss.; Álvarez Vigaray, La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, p. 210.

jurisdicción y competencia. Es muy frecuente en contratos de cierta envergadura que las partes se vinculen a la resolución de controversias mediante un arbitraje vinculante con validez de sentencia firme y de ejecución inmediata por perito, no es una cuestión de renunciar al fuero, pero sí de obligarse a llegar a un acuerdo previo. Este arbitraje suele estar arbitrado por un perito con suficientes conocimientos científicos, técnicos o prácticos para resolver el objeto de la controversia del contrato. Dicho perito será nombrado de común acuerdo por las partes. A falta de acuerdo en un plazo de una semana, se designará el perito por insaculación entre aquellos que figuren en una lista facilitada al efecto por el colegio que corresponda según el tipo de contrato. La controversia debe ser dictada por el perito en el plazo corto y debe ser suscrita mediante acta de común acuerdo entre las partes, y si esta parte se niega a la firma, el perito levantará acta frente a notario, ya que la decisión del perito es vinculante.

Tramitación de un procedimiento de solución de conflictos:

Insaculación de peritos (*selection of adjustor*): Procedimiento mediante el cual el juez elige por sorteo, entre varios peritos propuestos, al que ha de practicar la prueba pericial en un determinado procedimiento. Se colocan en un recipiente el triple de nombres de los necesarios y de ellos se extraen tres que serán los designados.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El concepto de incumplimiento esencial resulta ser un concepto jurídico indeterminado. Determinar con exactitud la gravedad del incumplimiento es complejo, lo que se refleja a través de las distintas fórmulas utilizadas por la jurisprudencia (desde la obsoleta voluntad deliberada de no cumplir, a la moderna frustración del fin del contrato). No existe uniformidad en la doctrina, lo que nos lleva a pensar que existe una crisis en la doctrina y jurisprudencia española y la tendencia, después de casi cinco décadas de un enfoque similar, se aproxima a una mayor objetivación del concepto de incumplimiento.

**SEGUNDA.-** A pesar de los esfuerzos doctrinales por reconocer el incumplimiento de carácter esencial y grave con efectos resolutorios, todo se centra en la frustración de las expectativas o la finalidad perseguida por el acreedor. No importa la calificación de la obligación como principal o accesoria y puede ser motivo de resolución, tanto la completa ejecución de la prestación debida, como la inejecución simplemente parcial, la ejecución defectuosa y el retraso en la ejecución, siendo indiferente que el deudor esté constituido en mora. No resulta de utilidad centrarse en presupuestos del incumplimiento resolutorio con el objetivo de unificarlos. Lo relevante es que el incumplimiento sea lo suficientemente grave como para frustrar los intereses del acreedor o su objetivo principal o, bien, impedir que se alcance ese objetivo en un futuro.

**TERCERA.-** El incumplimiento esencial ensancha el ámbito de aplicación del art. 1124 CC, debido a su moderna interpretación, lo que se contrapone a la restrictiva doctrina tradicional española que consideraba la resolución como desnaturalizadora de la eficacia del contrato y contraria al principio *pacta sunt servanda*. El único criterio unificador para poner orden en el uso indiscriminado del remedio resolutorio es el principio de buena fe, adquiriendo relevancia la *exceptio doli* y el instituto del abuso de derecho.

**CUARTA.-** La valoración de los intereses del demandante que ejercita la resolución, se ha ido objetivando, relegando a un segundo plano la función moderadora del juez, aunque en el origen histórico del instituto de la resolución haya habido siempre

un amplio margen para la discreción de este. La objetivación del incumplimiento ha derivado en una crisis de doctrina pues se pretende dar respuesta a un mismo problema, pero en contextos muy diferentes. Se pone el foco en los tipos de incumplimiento, pero no en las características del sujeto –deudor– incumplidor ni en su contexto. Se da más importancia a las consecuencias del incumplimiento que a las posibles causas que lo originan.

**QUINTA.-** A los actuales criterios (plano satisfactivo del cumplimiento: atendiendo a la causa del contrato, a la teoría de la base del negocio y a la propia naturaleza del contrato) les falta uno fundamental: el análisis de la asimetría en la relación contractual entre profesionales. La regla de la esencialidad no debe fundarse únicamente en la autonomía de la voluntad o en criterios objetivos. Quien solicita la resolución del contrato debe tener un interés jurídicamente atendible.

**SEXTA.-** La jurisprudencia española es más flexible calificando una obligación como principal o esencial si esta se ha pactado como tal en el contrato o si esta debiera cumplirla quien pretende la resolución, lo que supone un subterfugio para la ingeniería jurídica y origina dos escenarios totalmente opuestos, con el mismo *factum*, pero con consecuencias jurídicas distintas. Se establece una doble vara de medir; por un lado, una jurisprudencia conservadora, amable y permisiva con todo lo pactado convencionalmente (aunque se produzca una extinción del contrato); y por otro, una jurisprudencia más restrictiva a la hora de calificar el incumplimiento del contrato con efectos resolutorios. De esta forma, ciertos contratantes utilizan la libertad del art. 1091 CC para evitar las restricciones impuestas por la jurisprudencia en cuanto al uso de este remedio a través de cláusulas pactadas que estipulan numerosas contravenciones como incumplimientos esenciales con efectos resolutorios, situación que puede implicar un abuso de derecho o una contravención de la prohibición del art. 1256 CC pues se deja la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes, lo que hace necesario un control de contenido fuera del ámbito de LCGC.

**SÉPTIMA.-** Se constata la importancia de seguir modernizando nuestro Derecho de obligaciones y contratos a través del *soft law*, y de los principios del moderno derecho

europeo de contratos. Pero debe hacerse con cautela ya que incorporan un concepto de incumplimiento esencial unitario y objetivo desligado de la culpa, negligencia o dolo del deudor y alejado del *favor debitoris*, que se contagia a nuestro sistema a través de prácticas contractuales desleales y oportunistas del remedio resolutorio en las relaciones B2B, donde consideramos a uno de los profesionales más débil, en relación a su poder de negociación al ser una pyme o un profesional autónomo. Esta nueva configuración del incumplimiento esencial se debe a una concepción mercantilizada de las relaciones obligatorias que busca una economía dinámica, rápida, en la que sea fácil desligarse del contrato para poder contratar de nuevo en mejores condiciones.

**OCTAVA.-** El *soft law* también aporta soluciones interpretativas que subsanan los desequilibrios que plantea la resolución por incumplimiento esencial y actúa como límite a la autonomía privada. El principio de buena fe es la piedra angular. Es la conexión entre el *soft law*, los principios del moderno derecho europeo de contratos y los nuevos planteamientos en torno a la resolución por incumplimiento que proponemos en este estudio. Según los principios del moderno derecho europeo de contratos es el parámetro normativo de la conducta debida en una relación contractual, considerando implícitos en el contrato unos deberes especiales que tendrían los contratantes en situación predominante, debiendo velar por el mantenimiento del *statu quo* del pequeño contratante en el desarrollo del contrato contrarrestando el principio de libertad contractual. Estos serían el deber de cooperación, protección o conservación del contrato, colaboración con el fin de salvaguardar el interés de la prestación en sí y la integridad personal y patrimonial de las partes, lealtad contractual, protección de la confianza razonable y de las expectativas. Del DCFR también se extrae el principio de justicia, el deber de protección de aquellos que se encuentran en una posición de desventaja, así como el déficit de protección del contratante débil, el deber del empresario fuerte de contribuir al *statu quo* subyacente, lo que lo convierte en responsable de los cambios disruptivos como la resolución unilateral imprevista.

**NOVENA.-** Estos deberes implícitos que atienden a las buenas costumbres y al nuevo orden público servirían como argumentos para invalidar las cláusulas leoninas que

impliquen exención de responsabilidad o ruptura de la equivalencia de las prestaciones en las relaciones B2B. Flexibilizarían la declaración de ineficacia de ciertas cláusulas de resolución unilateral, ya que dan prioridad al cumplimiento del contrato y hacen hincapié en que la obligación de cooperar es fundamental para la seguridad contractual. Ayudarían, también, a cambiar una concepción jurisprudencial muy restrictiva a la hora de valorar la ineficacia de condiciones resolutorias excesivas y de las penalizaciones asociadas a dichas resoluciones.

**DÉCIMA.-** Se constata la interferencia continua entre los principios de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), el principio de buena fe, el principio *pacta sunt servanda*, el principio de conservación de los contratos y la prohibición de que los contratos (y su clausulado) queden al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC). Aparecen nuevos condicionantes que actúan como vicios del consentimiento y son manifestaciones de la asimetría existente entre profesionales: “violencia económica” o ciertas coacciones económicas (*duress* o *undue influence*)

**UNDÉCIMA.-** Dependiendo del estrato de contratación, interactúan operadores jurídicos diversos; unos con mayores recursos económicos, técnicos y jurídicos, con un asesoramiento más “estratégico” en la elaboración de contratos que salvaguarden los criterios que más les favorezcan eludiendo controles judiciales *a posteriori*, lo que evidencia una asimetría entre las partes. Este tipo de cláusulas tan específicas y de amplias facultades de desistimiento o resolutorias para una de las partes intervinientes –sin llegar a considerarse abusivas o sin pertenecer a un contrato de adhesión–, con frecuencia fueron aceptadas por la otra parte, por ejemplo, por estar esta última en un plano de menor poder negocial y desear concertar un negocio provechoso que le permitiera crecer.

**DECIMOSEGUNDA.-** Se evidencia que la figura del consumidor no es la que mejor identifica a las partes que necesitan una tutela especial, haciendo necesaria la configuración de un “*tertium genus*”, siendo este uno de los principales objetivos del DCFR, y de los PECL, lo que justifica esta necesidad de clasificación por estratos según el perfil del contratante profesional que proponemos. Del CESL, del acervo comunitario y demás textos de *soft law* extraemos la importancia de reconocer la posición desfavorable

de las pymes en los contratos B2B. Destacamos la iniciativa de la Comisión Europea “Small Business Act” (pensar primero a pequeña escala) que consiste en un plan de acción destinado a mejorar la competitividad para las pymes, ya que estas constituyen el 99 % de las empresas en la UE y son fundamentales para el desarrollo económico y la mejora de la competitividad en Europa.

**DECIMOTERCERA.-** Observamos una asimetría entre profesionales derivada de la concentración del capital, lo que origina usos oportunistas del remedio resolutorio, situaciones de abuso de poder y la aparición de acuerdos y contratos en contra del principio económico de libre participación que afectan a la libre competencia entre las empresas. El fenómeno está tan generalizado que la mayor parte de las empresas, al menos en ciertos sectores, y sin constituir formalmente un monopolio, lo son. En este sentido, la llamada ley del contrato no es ya ciertamente lo convenido por las partes, sino lo impuesto por una a la otra.

**DECIMOCUARTA.-** Resulta oportuno y de mayor utilidad atender a otros criterios de análisis para actuar en equidad. Uno sería el establecimiento de diferentes estratos en la contratación entre profesionales, dejando al margen a los contratantes que reciban la consideración de consumidor, y convirtiendo de este modo al incumplimiento esencial en un concepto válvula. Otro sería justificar un uso más restrictivo del remedio resolutorio, un preaviso más amplio, un mayor plazo adicional de cumplimiento o mayores restricciones en la autonomía privada. Aunque los jueces son restrictivos en el uso de los conceptos válvula por ser fórmulas residuales y subsidiarias en nuestro sistema, proponemos su recuperación, ya que permiten soluciones más equitativas en cada caso y son una herramienta muy útil para la valoración de los diferentes estándares de protección en razón de la asimetría.

**DECIMOQUINTA.-** Proponemos una teoría que consiste en la división entre estratos a los contratantes profesionales, lo que permitiría armonizar las líneas jurisprudenciales que existen en torno a la resolución. Y en este sentido, proponemos rescatar la doctrina jurisprudencial que mantenía la necesidad de un incumplimiento rebelde ya que, en razón de los distintos estratos, se establecen distintos grados de

rigurosidad o laxitud en referencia al mayor o menor grado de tutela. De esta forma, la resolución protegería al contratante que cumple con sus obligaciones y que acredita que sufre y padece el incumplimiento de la otra parte (una vez observados los pretendidos deberes que se le exigen) y tendría que demostrar más requisitos en base al estrato al que pertenezca y no solo acreditar la frustración del propósito del contrato. Dependiendo del estrato y del tipo de contratante, el bien jurídico protegido podría ser distinto y, por lo tanto, serían distintos los presupuestos que justifican una mayor o menor excepcionalidad en el ejercicio de la resolución en relación a los distintos planos que pueden darse entre profesionales, así como para determinar el remedio más adecuado, en razón del interés atendible a cada caso.

**DECIMOSEXTA.-** Fuertes exigencias y restricciones en relación a las consecuencias de lo pactado, a la consideración del incumplimiento como esencial y en definitiva a la resolución. Atendiendo a la buena fe y a la equidad solo tendrían sentido en contextos donde las partes contratantes se encontrasen en una situación de asimetría en el poder de negociación, pues aparece en este plano un profesional más vulnerable a los efectos extintivos de la resolución, siendo más equitativo proteger a ambos contratantes, no solo al cumplidor.

**DECIMOSÉPTIMA.-** La admisión poco restrictiva de la pretensión resolutoria permitiría consagrar aspiraciones meramente oportunistas. La resolución suele ser más costosa que el cumplimiento y la parte que la sufre puede perder su inversión en el contrato o en su cumplimiento. La liquidación de la restitución de las prestaciones es gravosa. La resolución entendida como un mecanismo de defensa útil –según entendemos– de protección del crédito y del sinalagma, es un medio de amparo y salvaguarda de una de las partes de la relación obligatoria, la que sufre el incumplimiento, no un mecanismo oportunista más cercano al abuso de derecho que al resguardo de un interés.

**DECIMOCTAVA.-** Debemos observar la capacidad de resiliencia económica de los profesionales, los diferentes estándares de diligencia y colaboración que son exigibles en razón del estrato al que pertenecen y analizar en cada caso si procede una justicia social

o económica. Hay que obligar a la empresa consolidada a observar distintos deberes de diligencia, colaboración, cooperación, aunque exista un incumplimiento por parte de la empresa pequeña y buscar soluciones más subjetivas que centren el foco, no tanto en la gravedad o el tipo de incumplimiento, como en las circunstancias de los contratantes, así como en los motivos que desencadenaron su actitud incumplidora. Sería, por tanto, un presupuesto previo para el ejercicio del remedio resolutorio, la existencia de un padecimiento acreditado, y no solo a nivel crediticio, pues habrá supuestos de incumplimiento que no impliquen daño a la otra parte.

La capacidad de resiliencia económica de las partes influye en la incidencia de los conceptos válvula según el estándar de buena fe exigido, y en la posibilidad de desistir del contrato debiendo ser más restrictivos en unos estratos de contratación que en otros. Haciendo interpretaciones flexibles del remedio resolutorio considerándolo como un concepto válvula en atención al interés atendible del contrato en cada plano de contratación.

**DECIMONOVENA.-** En relación al ejercicio de la resolución extrajudicial sin preaviso en los supuestos de resolución fundados exclusivamente en la libre voluntad de una de las partes o de ambas (resolución por desistimiento unilateral del contrato por una de las partes, las que acaecen si se cumple la condición resolutoria expresa, o en la resolución intempestiva *ipso iure* por justa causa se observan prácticas abusivas. Se desprotege en cierto modo al deudor que –aun tarde– pretende cumplir porque la prestación todavía es posible, del mismo modo que se desprotege el cumplimiento del contrato en sí mismo, pues detrás de esta situación puede haber un contrato con numerosas cláusulas que facultan la resolución unilateral para una de las partes, en caso de acaecimiento de ciertos incumplimientos cuya consideración como graves no está muy clara.

**VIGÉSIMA.-** En la resolución extrajudicial debería evitarse que opere automáticamente e, incluso, concediendo un nuevo plazo de cumplimiento. Considerando en este contexto a la resolución como una facultad concedida por el ordenamiento jurídico, no una condición aceptada por la voluntad de las partes.

La aplicación de la resolución se torna numerosas veces un remedio aún más problemático, pues sobre ella se concentran razones y argumentos a menudo contrapuestos: desde el principio de conservación del contrato a la necesaria liberación de la parte perjudicada y desde el favor *debitoris*, a la protección integral del crédito.

**VIGÉSIMOPRIMERA.**- Es necesario reconsiderar el poder simbólico y emotivo de la idea de contrato y las concepciones morales que encierra, estableciendo límites a la autonomía de la voluntad en la contratación entre empresarios. La libertad real de los económicamente débiles exige que no se conceda eficacia jurídica a los contratos cuya aceptación se les imponga abusando de su debilidad económica, reconsiderando la amenaza que supone el más reciente neoliberalismo que abandera la nueva *lex mercatoria*. Imperando en ciertos planos según el estrato de los contratantes la protección de la autonomía privada, la validez de los pactos privados y en otros a una concepción más social.

**VIGESIMOSEGUNDA.**- En la contratación entre empresarios del mismo estrato y como resultado de la influencia del derecho anglosajón, la buena fe abre la puerta para que en los casos de disputa o reclamación se exija a las partes, previo al procedimiento judicial, métodos alternativos para la resolución de controversias como es el caso del arbitraje a través de peritos designados de común acuerdo o mediante el procedimiento de insaculación o las novedosas *friendly discussion*, favoreciendo las discusiones amigables de buena fe y reconduciendo a un estándar identificable como es el de *fair, honest and genuine discussions*.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros y publicaciones

Albiez Dohrmann, K. J. (2016). *Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código Civil*. En A. Orti Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el Contrato de Compraventa* (pp. 57-102). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Albiez Dohrmann, K. J., & Castillo Parrilla, J. A. (2015). *Teoría general de obligaciones y contratos: Derecho Civil II*. Granada: Técnica Avicam.

Albiez Dohrmann K. J., & López Frías A. (2009) *Jurisprudencia civil comentada*. Tomo II. Arts. 609 a 1314. 2ª ed. Granada: Editorial Comares, p. 1970.

Albiez Dohrmann, K. J., Palazón Garrido, M. L., & Méndez Serrano, M. del Mar. (2011). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España. Incluye la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos*. Barcelona: Atelier.

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

Alcaraz Varó, E. (2007). *El inglés jurídico: textos y documentos: Con las más recientes modificaciones procesales de carácter civil y penal*. (6ª ed.). Ariel.

Álvarez Vigaray, R. (2010). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Comares.

- Belda Mercado, J. (2008). “Reconocimiento jurídico de los contratos innominados”.  
*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138–039X, ISSN– e 2530– 6324, nº 12, 2008, pp. 69-86.
- Bercovitz Álvarez, G., (2009). *Comentario al art. 1124 del CC. Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, pp. 1-3, 2.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1984). “Condición resolutoria explícita; ejercicio contrario a la buena fe; abuso de derecho. Incongruencia”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 4, pp. 1303-1314.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2009). “Obligaciones y Contratos”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*. Navarra, Aranzadi.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., & Álvarez Olalla, M. P. (2017). *Manual de derecho civil: Obligaciones* (4ª ed.). Madrid: Bercal.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Moralejo Imbernón, N., & Quicios Molina, M. S. (2020). *Tratado de Contratos* [Recurso electrónico] / Director, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano ; Coordinadoras: Nieves Moralejo Imbernón, Susana Quicios Molina. (3ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Bernal-Fandiño, M. (2007) *El Solidarismo contractual -especial referencia al derecho francés-*. Universitas (114) pp. 15-30.
- Bestué, C. (2013) *Los contratos traducidos. La traducción de los contratos de licencia de uso de programas de ordenador*. Tecnología, traducción y cultura, 1ª ed., Valencia.

- Blutman, L. (2010). *In The Trap Of A Legal Metaphor: International Soft law. The International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge University Press, vol. 59, nº 3, pp. 605-624.
- Bonet Correa, J. (1973). Libros. Álvarez Vigaray, Rafael: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Universidad de granada, 1972. Secretariado de publicaciones. Anuario de Derecho Civil, pp. 621-622.
- Borja Albi, A. (2015). *La traducción de los contratos internacionales desde la perspectiva del derecho comparado y la traductología*. Granada: Comares.
- Cabrillac, R. (2016). “El nuevo derecho francés de los contratos”. *THEMIS Revista De Derecho*, nº 70, pp. 59-66.
- Calle, E. G. (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Camacho, Evangelista. (1989). *Curso de Derecho Romano*. Editorial Granada. P. 323.
- Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno J., & Valpuesta Fernández, R., (2016). Código Civil comentado. Volumen II. Libro IV – De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444). 2ª ed. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, p. 230.
- Capitant, H. (1924). *De la cause des obligations*. Dalloz, París, pp. 110 y ss.
- Carbonnier, J. (1957). *Droit civil: Les biens et les obligations*. 2 éd. rev. Presses universitaires de France.

- Carrasco Perera, Á. (2017). *Derecho de contratos* (2ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters.
- Castiñeira Jerez, J. (2017). *El incumplimiento justificado del contrato ante el cambio de circunstancias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castro y Bravo, F. & Vallet de Goytisolo, F. de. (1997). *El negocio jurídico*. Madrid. Civitas
- Clemente Meoro, M. E. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Clemente Meoro, M. E., (2011). Artículo 1124. *Facultad de resolver las obligaciones*, p 229. Localización: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=50405>. Código Civil comentado/Ana Cañizares Laso (Dir.), Pedro de Pablo Contreras (Dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (Dir.), Rosario Valpuesta Fernández (Dir.), Vol. 3, 2011 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444) / coord. por Francisco Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés, José Miguel Rodríguez Tapia, Eduardo Vázquez de Castro), ISBN 978-84-470-3741-4, pp. 229-239.
- Coase, R. H. (1937). *The Nature of the Firm*. *Economica*, 4(16), pp. 386-405.
- Cohen, N., & McKendrick, E. (2005). *Comparative remedies for breach of contract*. Hart Publishing.
- Conaglen, M. D. (1999). *Duress, undue influence, and unconscionable bargains: The theoretical mesh*. *New Zealand Universities Law Review*, 18(4), pp. 509-545.

- Cordero Lobato, E., Carrasco Perera, Á., & Marín López, M. J. (2019). *Derecho de obligaciones y contratos en general: Lecciones de derecho civil* (4ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Cruz Moreno, M. (2004). *La exceptio non adimpleti contractus*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Castro Vítores, G. (2003): “La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje”, en Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía).  
Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Vattier Fuenzalida, C., De la Cuesta Sáenz, J. M., Caballero Lozano, J. M. (coord.), Dykinson-Universidad de Burgos, Madrid, pp. 619-648.
- De Castro, F. (1958). “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta” *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 11, nº 4, pp. 1003-1040.
- De Castro, F. (1961). “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 14, nº 2, pp. 295-342.
- De Castro, F. (1982). “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 35, Nº 4, pp. 987-1086
- De Castro, F. (1985) *El negocio jurídico*. Civitas, pp. 314 y 315.
- Delgado, C. J. (2015). *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: El marco común de referencia (DCFR)*. Boletín Oficial del Estado.

- Delgado Echevarría, J. (1986). “Comentario a la STS de 17 de junio de 1986”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 11, pp. 3773-3788.
- Demogue, R. (1923). *Traité des obligations en général. I, sources des obligations (suite)*. París: Arthur Rousseau. T 3, nº 3.
- Díez Picazo, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. II, “Las relaciones obligatorias” (6ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas.
- Díez Picazo, L., & Gullón, A. (1998). *Sistema de derecho civil* (6ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, L. (2005). *Los incumplimientos resolutorios*. Civitas/Thomson.
- Díez-Picazo, L. s.f. “Figura de abuso de posición dominante”. *Revista de Derecho THEMIS* nº 49, p. 12.
- Díez-Picazo, L., & De León, P. (2004). “Contrato y libertad contractual”. *THEMIS Revista De Derecho*, (49), 15-21.
- Díez-Picazo, L., Trías, E. R., & Morales, A. M. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Civitas.
- Díez-Picazo, L. (1956). “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos urbanos”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 9, Nº 4, pp. 1149-1182.
- Dohrmann, K. J. A. (2016). *De La Transposición Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el código civil. Paper presented at the Estudios Sobre El Contrato De Compraventa: Análisis De La Directiva*

- 2011/83/UE En Los Ordenamientos Español Y Alemán, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 57-102.
- Dohrmann, K. J. A. (2017). *El moderno derecho alemán de obligaciones*. Ediciones Olejnik, p. 80.
- Doral García, J. A. (1967). *La noción de orden público en el derecho civil español*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Espín Cánovas, D. (1954). *Los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho privado : discurso de apertura del curso académico 1954-55*. Universidad de Murcia. Extraído el 18 de enero de 2023 de <http://hdl.handle.net/10201/4616>.
- 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. 2ª ed. Colección: Thémis. Droit
- Fabrice, P., & Paris, M. d. J. d. (2008). *La réception de la violence économique en droit comparé*.
- Fages, B. (2017). *Droit des obligations*. Sexta edición. París: LGDJ. P. 116.
- Fandiño, M. B. (2007). *El solidarismo contractual—especial referencia al derecho francés—*. Universitas, 56(114), pp. 15-30.
- Fernández González-Regueral, M. A. (1998). *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. La Ley, Madrid.
- Fernández Ruiz-Gálvez, E. (2017). “Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación” *Anuario de Filosofía del Derecho*,

Universitat de València, pp. 63-98. Extraído 3 de marzo de 2023 de  
<https://app.vlex.com/#vid/rebus-sic-stantibus-crisis-693098077>.

Fouillée, A., & Laloux. (1878). *L'idée moderne du droit*. S.l: s.n.

Frederiksen, M. W. (1966). *A. carcaterra, intorno ai bonae fidei iudicia (pubblicazioni della facoltà giuridica dell'università di bari, 9)*. naples: Jovene, 1964. pp. ix  
231. L. 2,800. *The Journal of Roman Studies*, 56(1-2), 248-249.

Gallo, F. (1992). *Synallagma e conventio nel contratto: Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne: Corso di diritto romano*. Torino: Giappichelli.

García Amigo, M. (2000) “Consideraciones a la buena fe contractual” *Actualidad Civil*, Sección Doctrina. Ref. I, pág. 1, tomo 1, Editorial La Ley 1919/2001.

García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español* tomo III. Editorial Maxtor, p. 367.

García Pérez, C. L., & González Pacanowska, I. (2014). *Estudios sobre incumplimiento y resolución*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

García Pérez R., (2009). “De las diversas especies de obligaciones”, en Pasquau Liaño M., (Dir.), Albiez Dohrmann K. J., y Lopez Frías A., (Coords.) *Jurisprudencia civil comentada*. Tomo II. Arts. 609 a 1314. 2ª ed. Granada: Editorial Comares, p. 1970.

Gayo. (1845). *Gaii institutionum: In codice rescripto bibliothecae capitularis vernensis nuper repertarum*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.

- Gómez Pomar, F. & Gili Saldaña, M. A. G. (2014). “La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual: Su trascendencia en el derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y otras propuestas normativas”. *Anuario de Derecho Civil*, (nº 4, 2014), pp. 1199-1252.
- Gordillo Cañas, A. (1975). “La nulidad parcial del contrato con precio ilegal”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 28, nº 1, pp. 101-204.
- Guardiola, M. A. (1983). “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”. *Anuario de Derecho Civil*, 36(4), pp. 1129-1148.
- Halson, R. (1991). *Opportunism, economic duress and contractual modifications*. *Law Quarterly Review*, 107, p. 649.
- Harvey, D. (2013). *Breve historia del neoliberalismo* (3ª ed.). Tres Cantos, Madrid: Akal.
- Huvelin, P., & Nuñez, M. A. (1977). *Derecho romano*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Ibáñez García, I (2008). *Actualidad Administrativa*, Nº 8, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Abr. 2008, p. 839, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer La Ley 15877/2008.
- Infante Ruiz, F. J. (2022). *El aprovechamiento injustificado como vicio del consentimiento: Análisis desde la doctrina de la undue influence del derecho inglés*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Jamin, C. (2001). *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel. Le Contrat Au Début Du XXIème Siècle*, p. 441.

Jamin, C., Mazeaud, D., & Ancel, P. (2003). *La nouvelle crise du contrat*. (No Title),

Jessup, P. C. (1979). *Jus et societas: essays in tribute to Wolfgang Friedmann*. Wilner, 1<sup>a</sup> ed, pp. 170-171.

Jhering, R. v. (2018). *La lucha por el derecho*; Edición de Luis Lloredo Alix.

Universidad Carlos III de Madrid. Extraído el 3 de marzo de 2023 de

<http://hdl.handle.net/10016/27845> P. 11.

Josserand, L., Sánchez Larios, E., Cajica, J. M., & Monereo Pérez, J. L. (2012). *El*

*espíritu de los derechos y su relatividad : teleología jurídica*; traducción por

Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica ; edición y estudio preliminar “Teoría

del abuso de derecho : El abuso de los derechos fundamentales” a cargo de José

Luis Monereo Pérez.

Kilgus, N. (2011) *L’Abus de domination économique et la théorie générale du contrat.*

*violence économique et vice du consentement: Définir, sanctionner?* (2011).

Éditions Universitaires Européenes.

Klass, Gregory (2012). *Contract law in the United States*. (2<sup>a</sup> ed.). Kluwer Law

International. P. 187.

Klein, M. (1997). *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Civitas, pp. 137-139.

Kunkel, W. (1981). *Historia del derecho romano*; traducción de Juan Miquel (7<sup>a</sup> ed.).

Ariel.

La Iglesia, G y García. (1919). *Diccionario práctico de derecho usual*. Real Academia de Ciencias Morales y políticas. P. 351.

Lacordaire, H. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. París: Garnier. P.193.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., Rams Albesa, J. (2011): *Elementos de derecho civil: derecho de obligaciones*, vol. I: Parte general. Teoría general del contrato, 5ª ed., Dykinson, Barcelona.

Lacruz Berdejo, J. L., & Rivero Hernández, F. (2013). *Elementos de derecho civil. II, Derecho de obligaciones. V.2, contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, 5ª ed. Madrid: Dykinson.

Lando, O., & Beale, H. G. (2000). *Principles of european contract law: Parts I and II*. Kluwer Law International BV.

Lasarte Álvarez, C. (2019). *Principios de derecho civil. II, derecho de obligaciones*, (23ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Lenel, Otto. 1889. *Palingenesia iuris civilis: iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digesti continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*. Ex officina Bernhardi Tauchnitz.

López Alonso, F. (2017). “Regulación del Código Civil sobre la falta de conformidad”, *Revista Diario la Ley*, nº 20162, p. 7.

- Maja Lyczkowska, K. M. (2009). “Resolución por frustración de la finalidad del contrato desde la jurisprudencia del tribunal supremo”. *Aranzadi Civil: revista quincenal*, nº 3, pp. 2795-2804.
- Malo Valenzuela, M. Á. (2016). *Remedios frente al incumplimiento contractual: Derecho español, derecho inglés y draft common frame of reference* (1st ed.). Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- Mandeville, B., Boguñà, J. S., Lluch, E., & i Vilardebó, L. F. (1988). *La faula de les abelles i altres assaigs*. Edicions 62.
- Margadant, N. (2010). *El mercader de Venecia : estudios sobre las instituciones jurídicas a la luz del derecho actual en la obra de William Shakespeare*. Editorial Miguel Ángel Porrúa. P. 36.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2011). *Curso de derecho civil. T. II, derecho de obligaciones* (3ªed.). Madrid: Colex.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, Pablo Contreras, P. d., Pérez Álvarez, M. Á, & Parra Lucán, M. Á. (2016). *Curso de derecho civil. T. II, derecho de obligaciones. V. II, contratos y responsabilidad civil* (4th ed.). Madrid: Edisofer.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C., Pablo Contreras, P. d., Pérez Álvarez, M. Á, & Parra Lucán, M. Á. (2018). *Curso de Derecho Civil. T. II. Derecho De Obligaciones. V. I. Teoría General de la Obligación y el Contrato* (5th ed.). Madrid: Edisofer.
- McNair, A.D. (1961). *The law of treaties*. Oxford: Clarendon Press.

- Mekki, M. (2016). “L'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”. *Recueil Dalloz*, (09), p. 494.
- Moll de Alba Lacuve, C. (2003). “El pacto comisorio en el Código Civil”. *Revista De Derecho vLex*, nº 10.
- Monier, R. (1954). *Manuel de droit romain*. (No Title),
- Navarrete, C. M. (1999). “Error en el cumplimiento del trámite preprocesal y efectos suspensivos del plazo de caducidad. Temas Laborales” *Revista Andaluza De Trabajo Y Bienestar Social*, (51), 195-208.
- Niebuhr, B. (1850). *Historia romana*, vol. II, p. 311 y ss.
- O'Callaghan Muñoz, X., & Fernández González, M. B. (2016). *Compendio de derecho civil. T.II, derecho de obligaciones* (2ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Orti Vallejo, A. (1996). “Los vicios en la compraventa y su diferencia con el ‘aliud pro alio’”: jurisprudencia más reciente. *Aranzadi civil: revista quincenal*, ISSN 1133-0198, Nº 1, pp. 41-60.
- Orti Vallejo, A. (2002). *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil : el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*. Comares. P. 21.

- Orti Vallejo, A., (2016). “Concepto de incumplimiento del contrato, exoneración e incumplimiento justificado (De los textos decimonónicos a los de soft law)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil–Mercantil*, nº 7, pp. 1-40.
- Ortiz, E. O. L., Salazar Belmar, E., Tudela Cuenca, J. I., Bonet Sánchez, J. V., & Llana Belloch, W. (2014). *Tomás de Aquino. Leyendo la “Suma teológica, I<sup>II</sup>, q-94”*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Ossorio Morales, J. (1952). “Crisis de la dogmática del contrato” *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 5, nº 4, pp. 1175-1186.
- Palazón Garrido, M. L. (2014). *Los remedios frente al incumplimiento en el derecho comparado*. Thomson-Reuters Aranzadi.
- 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, nº 2 Varia, pp. 421-430. Extraído el 7 de abril de 2023 de <http://nreg.es/ojs/index.php/>
- Pasquau Liaño, M. (2000). *Jurisprudencia civil comentada: Código civil. Árbol académico*, Vol. 1, (Arts. 1 a 1087), ISBN 84-8444-111-3, p. 67.
- Peel, E., & Treitel, G. H. (2007). *The law of contract* (12<sup>a</sup> ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Pertiñez Vilchez, F. (2018). “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión. La improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual

comentario a la STS de 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*. N° 106, pp. 103-115.

Prieto, Á F. P. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*, 46(4), pp. 1719-1746.

Priest, G. L. (1978). “Breach and remedy for the tender of nonconforming goods under the uniform commercial code: An economic approach”. *Harvard Law Review*, pp. 960-1001.

Riezu, A. C. (2021). *Cum laude. Guía para realizar una tesis doctoral o un trabajo de fin de grado o máster en derecho*. Tecnos.

Ripert, G. (1935). “La règle morale dans les obligations civiles” (3ª ed.). *Librairie générale de droit & de jurisprudence*.

Ripert, George & Quero Morales, J. (2001). *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*; traducción de José Quero Morales. Granada Comares.

Robles Latorre, P., Fernández González-Regueral, M. Á, & Pozo Sierra, B. d. (2010). *Derecho civil: Obligaciones y contratos*. Madrid: Universitas.

Rodríguez-Rosado, B. (2013). *Resolución y Sinalagma Contractual*, Marcial Pons Ediciones, pp. 1-323.

Royo Martínez, M.A. (1949). “Contratos de adhesión”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, n° 1, pp. 54-70.

- San Miguel Pradera, L. P. (2004): “Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio”. *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios, Madrid.
- Sánchez Ruiz De Valdivia, I. (2016). “Capítulo 8. La reforma (modernización) del contrato de compraventa a través del aterrizaje del concepto único de incumplimiento y del despegue del sistema de remedios”. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz. *Estudios sobre el Contrato de Compraventa Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán* (pp. 171-210). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sanfilippo, C. (2002). *Istituzioni di diritto romano*. Rubbettino Editore.
- Schulz, F. (1960). *Derecho romano clásico*, traducido por Santa Cruz Teigeiro. Ed. Bosch. Barcelona, p. 396.
- Tan, D. S. (2002). “Constructing a doctrine of economic duress”. *Construction Law Journal*, 18(2), pp. 87-96.
- Varó, E. A. (2007). *El inglés jurídico: Textos y documentos*. Grupo Planeta (GBS).
- Vázquez de Castro, Eduardo. (2002). *Determinación del contenido del contrato, presupuestos y límites de la libertad contractual*. Tirant lo Blanch. 1ªed, p. 43.
- Voci, P. (1948) *Istituzioni di diritto romano*. P. 247.
- Von Bar, C., & Schulte-Nölke, H. (2009). *Principles, definitions and model rules of european private law: Draft common frame of reference (DCFR) seller*. European law publ.

Wallinga, Tammo. (2021). *La libertad contractual. Del Derecho romano al Derecho privado moderno*. Lisboa. Anu-R-2021-B0061500632, pp. 460-463.

## Webs

ASALE, RAE-, y RAE. s.f. “Diccionario de la lengua española | Edición del Tricentenario”. “Diccionario de la lengua española” - Edición del Tricentenario. Accedido 22 de abril de 2023. <https://dle.rae.es/>.

El Pago En Roma -Documentos de Investigación-mariahh. s.f. Accedido 3 de abril de 2023. <https://www.clubensayos.com/Informes-de-Libros/El-Pago-En-Roma/620617.html>

Farnsworth. <https://almacenederecho.org/el-analista-juridico-de-ward-farnsworth>. Última consulta 12-03-2023.

García-Trevijano, Carmen. s.f. El reverso de la utopía. Actualidad de “la fábula de las abejas” de Bernardo de Mandeville. Extraído el 12 de mayo de 2022 de <https://www.uv.es/garzon/psicologia%20politica/N9-1.pdf>

Gherzi Silva, E. (2011). *El problema del sinalagma*. Recuperado el 4 de marzo de 2022 de <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capítulo-7-el-problema-del-sinalagma/>

Jhering, Rudolf von. (2018). *La lucha por el derecho*. Universidad Carlos III de Madrid. Extraído el 21 de junio de 2022 de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/27845>

North Ocean Shipping Co Ltd v Hyundai Construction Co Ltd [1979] QB 705 (Duress; contract validity; economic pressure) extraído el 25 de junio de 2022 <https://www.lawteacher.net/cases/north-ocean-shipping-v-hyundai.php>

Scott & Krauss. <https://www.skcounsel.com/>. Última consulta 12-03-2023.

Shakespeare, William. 2008. “Dramas de Guillermo Shakespeare”. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. Extraído el 21 de junio de 2022 <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcd79s6>.

*Tratado de contratos | varios autores*. s.f. Accedido 3 de abril de 2023. <http://www.marcialpons.es/libros/tratado-de-contratos/9788413551838/>.

## LEGISLACIÓN

*Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.*

*Código civil (1975). (2.ª ed.). Pamplona: Aranzadi.*

*Código de Comercio*

Comisión General de Codificación: Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Boletín de información, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, 2009.

*Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, confeccionada en Viena el 11 de abril de 1980 (CISG).*

Directiva 13/93 CE sobre Cláusulas Abusivas

Directiva 1999/44/CE

Directiva 2011/83/UE

Directiva 2019/771/UE

Directiva 2019/770/UE

Directiva 2019/1150/UE

DO L 124 de 20.5.2003, p 36.

*Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia BOE A-1992-12347.*

*Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. BOE A-1998-16717.*

*Ley 49/2003, de 26 de noviembre de Arrendamientos Rústicos. BOE A-2003-21616.*

*Ley 15/2009 de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.*

*Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. BOE A-2014-7877.*

*Marco Común de Referencia (DCFR). Utilizamos la traducción del DCFR de Jerez Delgado coord., publicada en el año 2015 por la editorial del Boletín Oficial del Estado.*

*Mustapha Mekki. Ordenanza nº 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).*

*Principios de derecho europeo de los contratos Partes I y II (Revisadas) Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos Presidente: Profesor Ole Lando. Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 1-93. La versión inglesa de los principios es la versión original (PECL)*

*Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*

*Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de octubre de 2011, relativa a una normativa común de compraventa europea (CESL).*

*Propuesta de Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018)- Tecnos, Madrid.*

*Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCC).*

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE A-2015-11430.

Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Supremo**

STS, Sala de lo Civil, 15 de noviembre de 1993, Recurso núm. 8914/1993, Burgos Pérez De Andrade, G., (Ponente), fundamento jurídico nº 1.

STS, Sala de lo Civil, 27 de abril de 1988,

STS, Sala de lo Civil, 22 de mayo de 2001, Recurso núm. 6466/2001, Martínez-Pereda Rodríguez, J. M., (Ponente), fundamento jurídico nº 6.

STS, Sala de lo Civil, Sección1ª. Sentencia núm. 1193/2004 de 20 diciembre. RJ 2004\813.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 1092/2008 de 3 diciembre. RJ 2009\525.

STS del 29 de julio de 2013 (RJ 2013/5010).

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 458/2014 de 8 septiembre. RJ 2014\4946.

STS, Sala de lo Civil, 2 de septiembre de 2014, Recurso núm. 1140/2012, Ferrandiz Gabriel, J. R., (Ponente), fundamento jurídico nº 5.

STS 208/2015, de 24 de abril sobre el caso DB Schenke,

STS Sala de lo Civil, 15 de marzo de 2016, Recurso núm. 841/2016, Sancho Gargallo, I., (Ponente), fundamento jurídico nº 2.

#### **FECHA**

- |       |                       |     |      |
|-------|-----------------------|-----|------|
| • STS | 15 de marzo de 1975   | RJA | 1236 |
| • STS | 28 de febrero de 1981 | RJA | 636  |
| • STS | 28 de febrero de 1981 | RJA | 636  |
| • STS | 30 de mayo de 1981    | RJA | 2172 |
| • STS | 27 de febrero de 1982 | RJA | 1507 |
| • STS | 27 de febrero de 1982 | RJA | 1507 |
| • STS | 19 de enero de 1984   | RJA | 354  |
| • STS | 19 de enero de 1984   | RJA | 354  |
| • STS | 22 de marzo de 1985   | RJA | 1196 |
| • STS | 3 de mayo de 1985     | RJA | 2388 |

• STS	13 de mayo de 1985	RJA 2388
• STS	28 de noviembre de 1985	RJA 5910
• STS	28 de noviembre de 1985	RJA 5910
• STS	26 de febrero de 1987	RJA 739
• STS	11 de diciembre de 1987	RJA 9422
• STS	22 de marzo de 1988	RJA 2224
• STS	22 de marzo de 1988	RJA 2224
• STS	15 de diciembre de 1988	RJA 9466
• STS	10 de enero de 1989	RJA 98
• STS	8 de febrero de 1989	RJA 762
• STS	17 de abril de 1989	RJA 3062
• STS	6 de julio de 1989	RJA 5404
• STS	6 de julio de 1989	RJA 5404
• STS	3 de enero de 1991	RJA 105
• STS	29 de enero de 1991	RJA 347
• STS	31 de enero de 1991	RJA 105
• STS	14 de febrero de 1991	RJA 1268
• STS	14 de febrero de 1991	RJA 1268
• STS	4 de abril de 1991	RJA RJ07
• STS	2 de abril de 1993	RJA 2989
• STS	2 de abril de 1993	RJA 2989
• STS	3 de junio de 1993	RJA 2989
• STS	3 de junio de 1993	RJA 5259
• STS	3 de junio de 1993	RJA 5259
• STS	22 de marzo de 1994	RJA 2564
• STS	10 de octubre de 1994	RJA 7472
• STS	10 de octubre de 1994	RJA 7472
• STS	10 de octubre de 1994	RJA 7472
• STS	5 de octubre de 1995	RJA 6988
• STS	5 de octubre de 1995	RJA 6988
• STS	29 de mayo de 1996	RJA 3862
• STS	26 de junio de 1996	RJA 4753
• STS	10 de diciembre de 1996	RJA 884
• STS	10 de diciembre de 1996	RJA 8844
• STS	19 de septiembre de 1997	RJA 6409
• STS	9 de octubre de 1997	RJA 7107
• STS	9 de febrero de 1998	RJA 611
• STS	18 de julio de 2000	RJA 6809
• STS	27 de mayo de 2002	RJA 4573
• STS	9 de marzo de 2005	RJA 3185
• STS	3 de febrero de 2006	RJA 620
• STS	23 de marzo de 2006	310/2006
• STS	23 de marzo de 2006	310/2006
• STS	4 de febrero de 2007	RJA 567
• STS	10 de junio de 2013	398/2013
• STS	18 de noviembre de 2013	638/2013
• STS	5 de febrero de 2014	53/2014

- STS 1 de abril de 2014 198/2014
- STS 20 de febrero de 2015 72/2015
- STS 4 de marzo de 2015 115/2015
- STS 18 de febrero de 2016 75/2016
- STS 9 de marzo de 2016 137/2016
- STS 4 de mayo de 2016 292/2016
- STS 18 de mayo de 2016 322/2016
- STS 20 de mayo de 2016 336/2016
- STS 3 de junio de 2016 367/2016
- STS 27 de septiembre de 2016 566/2016
- STS 23 de noviembre de 2017 637/2017
- STS 23 de octubre de 2018 589/2018
- STS 4 de diciembre de 2018 682/2018
- STS 7 de mayo de 2019 256/2019
- STS 10 de mayo de 2019 264/2019

### Otros tribunales

Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). Sentencia núm. 10/2007 de 22 marzo. AC 2007\1811

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) Sentencia núm. 358/2012 de 31 mayo. JUR 2012\278849

Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª). Sentencia núm. 103/2017 de 24 marzo. JUR 2020\151530.

Audiencia Provincial de Barcelona Sección 16ª Sentencia núm. 318/2019 de 4 de julio. JUR 2019\223270.

Caso *Attorney General v Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268

Caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827. (Sección 16ª Sentencia núm. 318/2019 de 4 julio. JUR 2019\223270).

Sentencia *North Ocean Shipping Co. Ltd. V. Hyundai Construction Co. Ltd.* (más conocido como *The Atlantic Baron*), dictada en 1979.