

ARTÍCULO - Tesis Premiadas Convocatoria de Premios RADE 2024

Incumplimiento esencial: Claves para entender su impacto en la dinámica de los contratos**

Essential breach: Keys to understanding its impact on contract dynamics

Patricia Viceira Ortega*

Profesora Doctora de Derecho Civil. Universidad de Granada

pvic@ugr.es

RESUMEN

El concepto de incumplimiento esencial en la jurisprudencia española presenta una falta de uniformidad doctrinal, desde la tradicional voluntad deliberada de no cumplir hasta la moderna noción de frustración del fin del contrato. La tendencia actual hacia una objetivación del incumplimiento busca centrarse en la frustración de las expectativas del acreedor. La aplicación del principio de buena fe ha generado controversia al intentar ser objetiva. Se propone una clasificación por estratos en la contratación entre profesionales para evaluar el incumplimiento. En el ámbito extrajudicial se aboga por conceder plazos adicionales de cumplimiento en lugar de una resolución automática del contrato. La aplicación práctica de la resolución enfrenta desafíos debido a consideraciones contrapuestas. Se plantea reevaluar la autonomía contractual y establecer salvaguardas para contratantes económicamente vulnerables, fomentando métodos alternativos de resolución de disputas basados en la buena fe y equidad.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento, resolución, contrato, buena fe, equidad, asimetría, plazo adicional, esencial.

ABSTRACT

The concept of fundamental non-performance in Spanish case law presents a lack of doctrinal uniformity, from the traditional deliberate will not to perform to the modern notion of frustration of the purpose of the contract. The current trend towards an objectivisation of non-performance seeks to focus on the frustration of the obligee's expectations. The application of the principle of good faith has been controversial in its attempt to be objective. A classification by strata in contracting between professionals is proposed to assess non-performance. In the extra-judicial sphere, additional time limits for performance are advocated instead of automatic termination of the contract. The practical application of termination faces challenges due to competing considerations. Reassessing contractual autonomy and establishing safeguards for economically vulnerable contracting parties, encouraging alternative methods of dispute resolution based on good faith and fairness, are proposed.

KEYWORDS: Breach, termination, contract, good faith, equity, asymmetry, additional term, essential.

**Patricia Viceira Ortega, pvic@ugr.es. Este trabajo es parte del proyecto I+D+i PID 2020-115355RB-100 financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Innovación (DI: 10-130039/501100011033) titulado "El Derecho privado contractual ante la economía digital".

* El autor fue galardonado con el Premio Real Academia de Doctores de España – Ciencias Jurídicas en la Convocatoria de Premios RADE 2023 a la mejor tesis doctoral por su tesis *Nuevos planteamientos e hipótesis en torno a la resolución por incumplimiento del contrato*.

El concepto de incumplimiento esencial dentro de nuestro sistema jurídico resulta ser un concepto jurídico indeterminado. De forma que determinar con exactitud la gravedad del incumplimiento reviste de una gran complejidad, circunstancia que a su vez se ve reflejada en las distintas fórmulas utilizadas por la jurisprudencia española a lo largo de los años (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 española¹ donde la tendencia, después de casi cinco décadas de un enfoque similar, se aproxima a una mayor objetivación del concepto de incumplimiento.

A pesar de los esfuerzos doctrinales por reconocer el incumplimiento de carácter esencial y grave con efectos resolutorios, el foco actual 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.

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.

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.

¹ Díez-Picazo, Luis (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II, “Las relaciones obligatorias”, p. 840.

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. Y este sentido, defendemos que quien solicita la resolución del contrato debe tener un interés jurídicamente atendible.

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 distintas². 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 la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC).

Resulta evidente 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 (business to business), donde partimos de la consideración de que uno de los contratantes profesionales intervinientes resulta ser más débil respecto al otro, 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.

² El incumplimiento esencial (cuando se frustra el interés del acreedor) vs. incumplimiento prestacional, otra posible clasificación según la STS n.º 638/2013 de 18 de noviembre.

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 angular³. Es la conexión entre el *soft law*, los principios del moderno derecho europeo de contratos (en adelante PECL) 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, la buena fe actuaría como 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 Proyecto de Marco Común de Referencia (en adelante 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.

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. Ofreciendo una protección del contratante débil, que actualmente no encuentra protección alguna en nuestro ordenamiento, pues quedaría fuera del concepto de consumidor, y fuera del amparo de la LCGC, al ser sectores de la contratación donde la ley aplicable es únicamente la pactada por las partes en aplicación de la libertad contractual de la autonomía de la voluntad. De esta forma, se flexibilizaría 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.

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)

³ 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.

queden al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC). Del mismo modo, aparecen nuevos condicionantes, ya contemplados en otros ordenamientos, que actúan como vicios del consentimiento y son manifestaciones de la asimetría existente entre profesionales, como son: “violencia económica” o ciertas coacciones económicas (*duress*⁴ o *undue influence*⁵).

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.

Es evidente 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*”⁶, 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. Del *Common European Sale Law* (Normativa común de compraventa europea, en adelante CESL), del acervo comunitario y demás textos de *soft law* se extrae la importancia de reconocer la posición desfavorable de las pymes en los contratos B2B. Hay que destacar 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 noventa y nueve por ciento de las empresas en la Unión Europea y son fundamentales para el desarrollo económico y la mejora de la competitividad en Europa.

Se observa 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

⁴ Conaglen, M. D. (1999). *Duress, undue influence, and unconscionable bargains: The theoretical mesh*. New Zealand Universities Law Review, 18(4), p.479.

⁵ 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.

⁶ 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.

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.

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 adicional⁷ de cumplimiento o mayores restricciones en la autonomía privada. Aunque los jueces españoles son restrictivos en el uso de los conceptos válvula por ser fórmulas residuales y subsidiarias en nuestro sistema, sería interesante 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.

La premisa que proponemos 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 tutela⁸. 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.

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 equidad⁹, 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, resultando más justo proteger a ambos contratantes, no solo al cumplidor.

⁷ Rodríguez-Rosado; Bruno *Resolución y sinalagma contractual*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. p. 231.

⁸ Carrasco Perera, Á. (2017). *Derecho de contratos* (2.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters, p. 1226.

⁹ Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 813.

La admisión poco restrictiva de la pretensión resolutoria permitiría consagrar aspiraciones meramente oportunistas. Y en este sentido, 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 de protección del crédito y del sinalagma debe ser 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.

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.

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.

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.

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.

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*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATAZ LOPEZ, J. & SALELLES CLIMENT, J.R. (2020). “La libertad contractual y sus límites” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *et al. Tratado de Contratos*. Vol. 1. Tirant lo Blanch pp. 141-331.
- CARRASCO PERERA, Á. (2017). *Derecho de contratos* (2.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters.
- CONAGLEN, M. D. (1999). Duress, undue influence, and unconscionable bargains: The Theoretical Mesh. *New Zealand Universities Law Review*, 18(4), pp. 509-545.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. II, “Las relaciones obligatorias” (6.ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas.
- INFANTE RUIZ, F. J. (2022). *El aprovechamiento injustificado como vicio del consentimiento: Análisis desde la doctrina de la undue influence del derecho inglés*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2013). *Resolución y Sinalagma Contractual*, Marcial Pons Ediciones, pp. 1-323.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). “La reforma del contrato de compraventa a través de la adopción de un concepto único y articulado de incumplimiento” en A. Orti 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*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 171-210.