

## INCUMPLIMIENTO Y RESOLUCIÓN CONTRACTUAL (CON PARTICULAR REFERENCIA AL RETRASO Y A LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS)<sup>1</sup>

Víctor Herrada Bazán

Profesor de la Facultad de Derecho  
Universidad de Piura (Perú)

---

TITLE: *Breach and contract termination (with special reference to delay and cancellation clauses)*

RESUMEN: El incumplimiento resolutorio constituye uno de los asuntos más estudiados en el Derecho de contratos. No obstante, las dificultades que el tema presenta en la práctica requieren que el estudio continúe, con el fin de esclarecer conceptos relevantes a nivel doctrinal y posibilidades de actuación en el marco de la autonomía de la voluntad. Este trabajo se enfoca principalmente en dos cuestiones: en la consideración del retraso como forma de incumplimiento resolutorio y en los alcances de la autonomía privada para otorgar trascendencia resolutoria a una determinada contravención contractual.

ABSTRACT: *The serious breach is one of the most studied issues in contract law. However the difficulties that it presents in practice require that the study continues, in order to clarify relevant concepts at a doctrinal level and possibilities of action within the framework of party autonomy. This paper focuses mainly on two issues: the consideration of delay as a form of serious breach and the scope of party autonomy to give seriousness to a certain breach of contract.*

PALABRAS CLAVES: Resolución contractual; incumplimiento esencial; retraso, cláusula resolutoria.

KEY WORDS: *Contract termination; serious breach, delay; cancellation clause.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL RETRASO Y EL «INCUMPLIMIENTO PROPIO». 2.1. *El incumplimiento resolutorio: los criterios tradicionales del Tribunal Supremo.* 2.2. *El incumplimiento esencial.* 2.3. *La resolución y las obligaciones principales.* 2.4. *El incumplimiento resolutorio como incumplimiento definitivo.* 2.5. *El retraso: ¿incumplimiento resolutorio?* 2.6. *El tratamiento de los incumplimientos no esenciales.* 3. LA «ESENCIALIDAD» CONVENCIONAL DEL INCUMPLIMIENTO: LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS. 3.1. *Los alcances de la supletoriedad del art. 1124 CC: el núcleo imperativo.* 3.2. *Las cláusulas resolutorias y su amparo en la legislación civil.* 3.3. *Las cláusulas resolutorias y la buena fe.* 3.4. *La facultad resolutoria como derecho subjetivo otorgado negocialmente.* 3.5. *Las cláusulas resolutorias como «cláusulas de estilo».* 3.6. *La fijación del plazo, término esencial y cláusula resolutoria.* 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. INTRODUCCIÓN

La resolución contractual se configura tradicionalmente como un remedio aplicable en las relaciones obligatorias sinalagmáticas y ofrecido por la ley al contratante perjudicado por el incumplimiento de la otra parte. Actualmente parece superada la consideración

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La influencia del tiempo en las relaciones jurídicas” (DER2015-69718-R MINECO-FEDER), dirigido por los profesores Andrés Domínguez Luelmo y Jacobo Mateo Sanz.

de la figura regulada en el art. 1124 CC como una condición, consolidándose la posición que se refiere a ella como una facultad. Sin embargo, y pese a los ya varios años que la cuestión lleva en la palestra, continúa el debate sobre las características que ha de tener un incumplimiento como presupuesto de la facultad resolutoria, así como de la posibilidad de que las partes otorguen trascendencia resolutoria a una contravención contractual<sup>2</sup>. Aunque se trata de un debate de no pocas aristas, en este trabajo me referiré en dos particulares figuras:

- (i) el *retraso* como un tipo de incumplimiento, con el fin de determinar si en cuanto tal, tiene suficiente relevancia para fundar el remedio resolutorio; y,
- (ii) las *cláusulas resolutorias*, como herramientas de concertación de incumplimientos esenciales en el marco de la autonomía privada.

## 2. EL RETRASO Y EL «INCUMPLIMIENTO PROPIO»

Sobre la primera figura<sup>3</sup>, como expone DÍEZ-PICAZO<sup>4</sup>, la afirmación según la cual el ejercicio de la acción resolutoria requiere «que haya verdadero y propio incumplimiento», al cual no es equivalente el «mero retraso», constituye un tópico desarrollado en la jurisprudencia del TS<sup>5</sup>. Si bien en un inicio se trataba de una tesis incuestionada durante varios años, el citado autor empezó a analizarla con el fin de determinar el significado del término «incumplimiento verdadero y propio» y las características que la contravención prestacional debía tener para ser considerada como tal. En particular, cabía preguntarse si el retraso lo era y si, en ese sentido, bastaba para justificar el remedio resolutorio<sup>6</sup>.

El uso del término «incumplimiento propio» lo observamos en la doctrina, donde CASTÁN TOBEÑAS distingue «aquellas causas de incumplimiento de la obligación que afectan a la esencia de ésta, haciendo imposible su realización, y aquellas otras que, sin afectar

<sup>2</sup> En palabras de DÍEZ-PICAZO, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 13, «continúa constituyendo, a estas alturas de los tiempos, un insondable enigma la determinación de en qué casos los incumplimientos contractuales pueden permitir la formulación de una pretensión de resolución y en qué casos no ocurre así».

<sup>3</sup> Las primeras referencias al tema fueron ofrecidas por PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER Y MICÓ, José, en sus «Notas» a ENNECCERUS, Ludwig y OTROS, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2, vol. 1, 2º ed., Bosch, Barcelona, 1934, pp. 269 y 270; JORDANO BAREA, Juan, «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita», en *ADC*, n. 4, 1951, pp. 303-310; y, DÍEZ-PICAZO, Luis, «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», en *ADC*, n. 22, 1969, pp. 383-404.

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 383.

<sup>5</sup> *Vid.* las SSTs de 14 de junio de 1989 (RJ 1989/4632), de 22 de mayo de 1991 (RJ 1991/3783). En particular, la STS de 30 de abril de 1994 (RJ 1994/2949) indica que «el simple retraso en la iniciación de la obra y la lentitud en la realización de las mismas, no supone que haya un verdadero y propio incumplimiento». Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 22; JORDANO BAREA, «Cumplimiento...», cit., pp. 303 y 304, y BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 114.

<sup>6</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 384.

fundamentalmente al vínculo ni imposibilitar la prestación, supone una defectuosidad o mal cumplimiento de lo convenido». El citado autor denomina al primer caso como *incumplimiento propio o absoluto*, y al segundo, *incumplimiento impropio o relativo*, considerando como hipótesis más importante de este segundo caso al *incumplimiento con relación al tiempo*, es decir, al retraso<sup>7</sup>. Bajo esta lógica, podría concluirse *a priori* que el retraso, como incumplimiento impropio, no es suficiente para fundar la acción resolutoria.

DÍEZ-PICAZO, sin embargo, al rastrear el origen de aquel tópico incontrovertible en su época, notó con sorpresa que la premisa según la cual el «mero retraso» no es, en materia de resolución, equivalente al «incumplimiento verdadero y propio» no tenía una base auténtica en el TS, más allá de que luego se desarrollara en su jurisprudencia<sup>8</sup>. Por el contrario, lo que el Alto Tribunal señaló en un inicio fue más matizado: la STS de 5 de enero de 1935 (RJ 1935/198) indica que «el mero retardo en el pago *no siempre implica* que se haya frustrado el fin práctico perseguido en el negocio ni que la parte adversa tenga un interés atendible en que se decrete la resolución»<sup>9</sup>. Acudiendo a sus términos expresos, el TS estaría abriendo la posibilidad de que existan supuestos de retraso en los que sí se halle virtualidad resolutoria<sup>10</sup>. Cuestión que habrá de analizarse en este trabajo.

### 2.1. *El incumplimiento resolutorio: los criterios tradicionales del Tribunal Supremo*

No es de sorprender, en todo caso, que el tópico incuestionado al que se hacía referencia haya terminado por desarrollarse en la jurisprudencia del TS, ya que en ella surgió una tendencia al «mantenimiento del vínculo contractual»<sup>11</sup>. De este modo, la facultad resolutoria fue manifestándose como un *remedio excepcional*<sup>12</sup> que solo debía ser otorgado cuando se cumplieran determinados presupuestos<sup>13</sup>. Pese a que el art. 1124 CC otorga al acreedor dicha facultad cuando el deudor «no cumpliera lo que le incumbe»

<sup>7</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español y foral*, t. 3, 16ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1992, p. 236.

<sup>8</sup> DÍEZ-PICAZO, «El retardo...», cit., pp. 384 y 394.

<sup>9</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 394 y *Los incumplimientos...*, cit., p. 18.

<sup>10</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 384.

<sup>11</sup> Cfr. STS de 5 de julio de 1941 (RJ 1941/899), de 3 de febrero de 1944 (RJ 1944/227) y 10 de marzo de 1949 (RJ 1949/269). En ese sentido la STS de 22 de marzo de 1993 (RJ 1993/2530) señala que «el art. 1124 del Código Civil no ha de interpretarse de una manera automática, sino en sentido racional, lógico y moral». Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., p. 38.

<sup>12</sup> Cfr. JORDANO BAREA, «Cumplimiento...», cit., p. 306.

<sup>13</sup> Como expresa la STS de 1 de abril de 2014 (RJ 2014/2155), «[s]u carácter de *remedio excepcional*, frente al *principio de conservación del negocio*, se ha traducido en que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondían, que se aprecie en quien insta la resolución un 'interés jurídicamente atendible'. En doctrina, *vid.* CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1984, p. 142; PUIG PEÑA, Federico, «La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral», en *RGLJ*, n. 221, 1966, p. 25, considera a la resolución como un «fenómeno anormal».

(sin hacer mayor calificación<sup>14</sup>), el TS ha considerado que la resolución no debe aplicarse a cualquier incumplimiento contractual, sino únicamente a los incumplimientos que ostenten una especial calificación<sup>15</sup>. Es decir, ya no se trata solo de determinar si hay incumplimiento o no, sino además cuándo hay un «incumplimiento resolutorio»<sup>16</sup>.

A través de los años, el TS fue estableciendo criterios para cualificar a un incumplimiento y así sustentar el otorgamiento de la resolución contractual. Ello quiere decir que, al menos implícitamente, el Alto Tribunal reconoce que así como hay incumplimientos que fundan la pretensión resolutoria, también existen otros que, sin dejar de ser incumplimientos (porque constituyen inejecuciones o ejecuciones inexactas de la prestación<sup>17</sup>), no lo hacen. La pregunta es, entonces, ¿cómo determinar un incumplimiento resolutorio? La necesidad de herramientas para resolver esta cuestión hizo que el TS sentara dos requisitos alternativos: un hecho obstativo que de modo absoluto impida el cumplimiento o una voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento.

El requisito del *hecho obstativo* consistía básicamente en lo que la técnica jurídica ha denominado imposibilidad sobrevenida de la prestación<sup>18</sup>. Se determina la resolución cuando la prestación objeto de obligación ha devenido imposible<sup>19</sup>, lo que a mi entender constituye el supuesto de hecho resolutorio por antonomasia<sup>20</sup>. Asimismo, pese a las consideraciones de la doctrina tradicional<sup>21</sup>, se consolidó la idea de la irrelevancia de los criterios de imputación jurídica del incumplimiento al deudor para conceder el remedio resolutorio. Por lo tanto, el incumplimiento del art. 1124 CC no exige responsabilidad

<sup>14</sup> En ese sentido, MIGUEL TRAVIESAS, Manuel, «Obligaciones recíprocas», en *RDP*, 1929, p. 280 consideraba que la resolución se admite por mero incumplimiento parcial, sin hacer mayores calificaciones. En sus palabras, «[n]o realizar la total prestación debida es *no cumplir* la obligación que incumbe al deudor, máxime no pudiendo compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación, salvo declaración contractual en contrario, o que la deuda sea en parte líquida y en parte ilíquida, según el art. 1.169 del Código civil. La ley *no distingue* entre prestaciones principales y prestaciones accesorias» (la cursiva es mía).

<sup>15</sup> Cfr. JORDANO BAREA, «Cumplimiento...», cit., p. 307, quien indica que el incumplimiento resolutorio ha de ser *grave*. Es un criterio acogido en la STS de 25 de noviembre de 1983. Cfr. Díez-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 389; y, *Los incumplimientos...*, cit., p. 38.

<sup>16</sup> Cfr. Díez-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., pp. 37 y 38.

<sup>17</sup> Cfr. Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6º ed., t. 2, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 655.

<sup>18</sup> Cfr. Díez-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 393.

<sup>19</sup> Cfr. CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 43.

<sup>20</sup> En ese sentido, Díez-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., pp. 67 y ss.; CASTILLA BAREA, *La imposibilidad...*, cit., p. 474; DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento...*, cit., pp. 62 y ss.; FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO, «El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales», en *A.C.*, 1997, n. 1, pp. 76 y ss.; y, CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 456 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. MIGUEL TRAVIESAS, «Obligaciones...», cit., pp. 278 y 279; PUIG PEÑA, «La culpabilidad...», cit., pp. 12 y ss. Esta postura es asumida, en la actualidad, por ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 4º ed., Comares, Granada, 2009, pp. 167 y 168.

contractual en términos de dolo o culpa del deudor<sup>22</sup>. Por otro lado, lo que el TS pretendía con el requisito de la *voluntad deliberadamente rebelde* era establecer un «factor etiológico subjetivo»<sup>23</sup>, es decir, una valoración judicial que permitiera determinar si en el caso concreto, el deudor tenía o no una *motivación de incumplimiento permanente*<sup>24</sup>. No se trataba solo de establecer si el incumplimiento era doloso, sino además si era *deliberado* (plena conciencia en el deudor incumplidor) y *rebelde* (persistente propósito de permanecer en la misma actitud)<sup>25</sup>. Este tratamiento implicaba encontrar el mérito resolutorio del incumplimiento, cuando no concurriera el hecho objetivo de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en datos subjetivos como el dolo y la rebeldía, algo que representaba una gran dificultad.

Así pues, para que un incumplimiento fundara la vía resolutoria, había que reconducirlo a una idea de incumplimiento definitivo, y para ello, bajo el criterio del TS, debía acreditarse la voluntad deliberadamente rebelde del deudor. Por ejemplo, aplicando este criterio, el «simple retraso» pasaba a convertirse en «incumplimiento definitivo» cuando el tribunal otorgaba la resolución contractual asumiendo la existencia de dicha voluntad del deudor<sup>26</sup>. La gran frecuencia en recurrir a este criterio motivó que la bipartición entre la voluntad deliberadamente rebelde y el hecho obstativo quedara, en algún momento, rota. Desapareció de la escena el «hecho obstativo» y se quedó sola la «voluntad deliberadamente rebelde», la que, en palabras de Díez-PICAZO, «comenzó a cobrar vida propia y, lo que es peor, vida independiente, perdiendo, cada vez más, el sentido que originariamente podía haber tenido»<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, pp. 814 y 815; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, n. 46, 1993, pp. 1732 y 1733; CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., pp. 84 y 85; y, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 9; SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, «Comentario al artículo 1124», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1247; CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1116. Por su parte, MONTÉS PENADÉS, Vicente, «Comentario al artículo 1.124», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1989, p. 1234 manifiesta «que la imposibilidad dependa o no de culpa del obligado, o de dolo, en síntesis, de su voluntad, en nada afecta a las consideraciones que debe verificar el Juez para decretar la resolución [...]».

<sup>23</sup> En los términos de la STS de 23 de noviembre de 1964 (RJ 1964/5453). Cfr. MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 1.124», cit., p. 1231.

<sup>24</sup> Cfr. Díez-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 390 y BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., p. 115.

<sup>25</sup> Cfr. Díez-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 390.

<sup>26</sup> Lo curioso es que, como manifiesta CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., p. 328; y, *La resolución...*, cit., pp. 25 y 26, el TS estimaba esta voluntad rebelde en el retraso en la prolongada pasividad o inactividad del deudor, es decir, un hecho objetivo. Por tanto, no se entraba a analizar las cuestiones subjetivas que motivaban tal conducta y que debían verificarse si se quería determinar que el incumplimiento era *deliberado y persistente*. De hecho, es radical la STS de 4 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6202) que señala que «no es precisa una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación para acordar la resolución del contrato, sino que basta simplemente una conducta que de forma continuada, y sin razón que lo justifique, deje de cumplir lo prometido».

<sup>27</sup> Díez-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., p. 28.

No obstante, el problema no se resolvía porque la cualificación de «simple retraso» o de «verdadero incumplimiento resolutorio» se verificaba a partir del pronunciamiento del tribunal, otorgando o no la resolución, pero no antes. La cuestión era, en palabras de BARAONA GONZÁLEZ, «¿cómo saber, antes del pronunciamiento del TS, si hay incumplimiento definitivo y cuándo sólo simple retraso?, o de otra manera, ¿cómo orientar la valoración que permita distinguir entre retraso resolutorio del que no lo es?»<sup>28</sup> La dificultad en la aplicación de este criterio<sup>29</sup>, por tanto, originó que el TS matizara su doctrina, por lo que a partir de los años 80<sup>30</sup> y hasta la actualidad, puede decirse que conviven tres líneas jurisprudenciales. La primera, minoritaria, sigue exigiendo el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento<sup>31</sup>; la segunda, que matiza dicha exigencia, bien porque lo presume por el mero hecho del incumplimiento o de la frustración del fin<sup>32</sup>, o bien porque le basta con una actitud contraria al cumplimiento<sup>33</sup>; y la tercera, cada vez más mayoritaria, que prescinde de este requisito y atiende a la frustración del contrato para conceder la resolución<sup>34</sup>. Como se ve, fue abriéndose paso la línea de pensamiento que enfoca el fundamento resolutorio en criterios *objetivos* (en la jurisprudencia se hace mención a términos como «frustración del fin del contrato», «incumplimiento de obligaciones principales», «incumplimiento grave» o «incumplimiento esencial»<sup>35</sup>), dejándose de lado la tan cuestionable exigencia de la voluntad rebelde del deudor al cumplimiento.

<sup>28</sup> BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., p. 115.

<sup>29</sup> CLEMENTE MEORO, *La resolución...*, cit., p. 33 manifiesta que «resulta difícil determinar qué entiende el Tribunal Supremo por tal ‘voluntad deliberadamente rebelde’, pues no resulta infrecuente que se limite a declarar probado, conforme a la sentencia de instancia, su existencia, sin mayor precisión de antecedentes, y manifieste que el demandado actuó negligentemente, impagó el precio de manera contumaz, o incumplió consciente o deliberadamente».

<sup>30</sup> GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Prólogo» a DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento...*, cit., p. XV indica que es el año 1985 el punto temporal en el que el TS comienza lo que la autora denomina «línea de cambio», en cuanto se deja de lado la voluntad del deudor que incumple. En palabras de la autora, «hoy es unánime la opinión que considera la resolución como una norma de Derecho objetivo y no producto de la voluntad implícita de los contratantes» (*El incumplimiento...*, cit., p. XXIII). En ese sentido, CARRASCO PERERA, *Derecho...*, cit., p. 1115.

<sup>31</sup> Como se manifiesta en las SSTs de 14 de junio de 1988 /RJ 1988/4877) o de 30 de octubre de 1996 (RJ 1996/7487).

<sup>32</sup> Conforme a la STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6488). Cfr. JORDANO FRAGA, Francisco, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 75 y 76, CLEMENTE MEORO, *La resolución...*, cit., pp. 31 y 32; SAN MIGUEL PRADERA, «Comentario al artículo 1124», cit., p. 1248; y, BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., p. 115.

<sup>33</sup> *Vid.* la STS de 31 de mayo de 1985 (RJ 1985/2830).

<sup>34</sup> Línea jurisprudencial en la que, como manifiesta SAN MIGUEL PRADERA, «Comentario al artículo 1124», cit., p. 1248, el TS ha señalado que se aprecia un acercamiento al concepto de incumplimiento esencial de textos como los PECL, los Principios UNIDROIT y la CISG. Cfr. STS de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921), de 30 de octubre de 2008 (RJ 2008/5806), de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009/525) y de 1 de abril de 2014 (2015/2155). Por su parte, RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 215 plantea que esta última línea jurisprudencial se originó a los pocos años de comenzar el presente siglo.

<sup>35</sup> Cfr. STS de 1 de abril de 2014 (RJ 2014/2155), sobre «incumplimiento grave»; STS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298), sobre «frustración del fin del contrato»; y, STS de 31 de enero de 2013 (RJ 2013/2408) sobre «obligaciones principales y accesorias». *Vid.* DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., *passim*.

## 2.2. El incumplimiento esencial

Se ha de partir de la idea de que la resolución puede ser fundada por *todo tipo de contravención*, acudiendo a la tradicional clasificación entre «no prestaciones» y «ejecuciones inexactas de la prestación» (también llamadas «contravenciones positivas»)<sup>36</sup>. Es decir, tanto la completa inejecución de la prestación como la inejecución parcial o defectuosa pueden sustentar la pretensión de resolución contractual<sup>37</sup>. Eso sí, ello solo se conseguirá siempre que el incumplimiento en cuestión tenga la cualificación suficiente para ser considerado «resolutorio».

¿Cuándo hay, entonces, incumplimiento resolutorio? La jurisprudencia ha planteado algunos criterios para determinarlo, partiendo siempre de la idea de excepcionalidad de la vía resolutoria y la conservación de los contratos. Se ha dicho que el incumplimiento de obligaciones que puede fundar la resolución ha de tener *cierta gravedad*<sup>38</sup>; ha de tratarse de *obligaciones principales* (descartando a las accesorias); o, en definitiva, que debe tratarse de un *incumplimiento esencial*<sup>39</sup>.

Son varias las consecuencias analizadas por el TS con base en las cuales determina cuándo hay incumplimiento esencial: «falta de obtención de la finalidad perseguida», «frustración de las legítimas expectativas o de las aspiraciones», «quiebra de la finalidad económica» o «frustración del fin práctico perseguido»<sup>40</sup>. Al respecto considero correcto lo que manifiesta DÍEZ-PICAZO, para quien todas estas menciones<sup>41</sup> pueden encerrarse finalmente en el término «frustración», tan empleado por el TS. A su juicio, para que haya una auténtica frustración que justifique el remedio resolutorio, no basta el simple

<sup>36</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, pp. 654 y 655.

<sup>37</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., pp. 31 y 32; y, CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., pp. 239-241.

<sup>38</sup> Cfr. STS de 18 de octubre de 2012 (RJ 2012/421) sobre la necesidad de que en las obligaciones recíprocas, el incumplimiento revista «cierta gravedad» para facultar a la resolución.

<sup>39</sup> Cfr. STS de 13 de mayo de 2013 (RJ 2014/3878) y STS de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5837), entre varias otras. En la doctrina, *vid.* DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., pp. 44 y 45. El autor menciona, además, un cuarto criterio basado en la exigencia de bilateralidad, sinalagmaticidad o carácter recíproco, es decir, que entre las obligaciones de contrato exista una mutua condicionalidad. *Vid.* también CLEMENTE MEORO, *La resolución...*, cit., p. 19.

<sup>40</sup> Cfr. STS de 25 de enero de 1991 (RJ 1991/319) sobre atentar «la finalidad perseguida»; STS de 24 de febrero de 1990 (RJ 1990/713) y STS de 7 de junio de 1991 (RJ 1991/4430) sobre «frustración de legítimas aspiraciones»; y la STS de 4 de marzo de 1992 (RJ 1992/2157) sobre «frustración del fin perseguido».

<sup>41</sup> El autor adiciona dos tópicos empleados por el TS: el interés atendible de la resolución y la afectación por el incumplimiento del objeto principal del contrato. En cuanto al primero, señala que en realidad no tiene una especial relevancia, ya que si se dan todos los requisitos para configurar un incumplimiento esencial, es evidente que hay, por lo tanto y *per se*, un interés atendible del demandante. Por su parte, el segundo tópico, a su juicio, se ha de analizar al tratar el problema de si la resolución es justificable solo por incumplimiento de obligaciones principales o accesorias. Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., pp. 82 y ss.

hecho de que una de las partes contratantes quede privada de la prestación convenida<sup>42</sup>, puesto que, finalmente, «esto es algo que ocurre necesariamente en todo incumplimiento»<sup>43</sup>. Por el contrario, la frustración deberá predicarse del fin o causa del contrato, en el sentido entendido por DE CASTRO cuando define a la causa del negocio como «lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico»<sup>44</sup>. De este modo, la resolución contractual encuentra plena justificación cuando el incumplimiento sufrido por el cumplidor le prive sustancialmente de todo aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato o que frustra la finalidad perseguida por él<sup>45</sup>.

Esta idea de incumplimiento esencial se encuentra consolidada en el ámbito internacional<sup>46</sup>. El art. 25 CISG, por ejemplo, determina que el «incumplimiento del contrato por una de las partes será *esencial* cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la *prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato* [...]»<sup>47</sup>. Se trata de una disposición que, con posterioridad, inspiraría a otros instrumentos internacionales como los Principios UNIDROIT, cuyo art. 7.3.1 indica que, para determinar un *incumplimiento esencial* que legitime el «derecho a dar por terminado el contrato» -es decir, el derecho a resolver-, deberá considerarse, entre otras causales, si «el incumplimiento *priva sustancialmente* a la parte perjudicada de *lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato*». Similares reglas se contienen en los PECL, cuyo art. 8.103 indica que el incumplimiento será esencial, entre otras causales, «cuando la estricta observancia de la obligación ha formado *parte de la esencia* del contrato», o «cuando el incumplimiento *priva sustancialmente* a la parte perjudicada de aquello que *tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato*, a menos que la otra parte no haya previsto y no haya podido prever razonablemente tal resultado». Lo mismo sucede en el art. III.3:502 DCFR, que autoriza al acreedor a terminar -resolver- el contrato si el incumplimiento de una obligación contractual es *fundamental*, lo que se considerará así «si *priva sustancialmente* al acreedor de aquello a lo que *tenía derecho a esperar según el contrato*, aplicado a todo o parte relevante del cumplimiento». Con igual sentido, el art. 87.2 CESL cualifica al incumplimiento como *esencial*, si «priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato». Este tipo de

<sup>42</sup> Como era el parecer de MIGUEL TRAVIESAS, «Obligaciones recíprocas», cit., p. 280.

<sup>43</sup> Díez-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., p. 81.

<sup>44</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 191 y 192.

<sup>45</sup> Díez-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., p. 91.

<sup>46</sup> *Vid.* un destacado análisis sobre el incumplimiento esencial en los instrumentos internacionales a los que se alude en este trabajo en BLANDINO GARRIDO, María Amalia, «El incumplimiento del contrato», en VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (Ed.), *El derecho común europeo de la competencia y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 343 y ss.

<sup>47</sup> En ese sentido, CARRASCO PERERA, *Derecho...*, cit., p. 1123, señala que «nuestro incumplimiento esencial o fundamental o sustancial, de eficacia resolutoria, coincide con el concepto de incumplimiento fundamental o incumplimiento sustancial del Convenio de Viena y demás textos internacionales que se apoyan en esta norma».

cumplimiento autoriza al comprador (art. 114 CESL) o al vendedor (art. 134 CESL) a resolver el contrato<sup>48</sup>.

En el ámbito nacional, el art. 1199, 1º párr. de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (PMDOC, en lo sucesivo)<sup>49</sup> establece que «[c]ualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, *atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial*». Por su parte, el art. 1200 del mismo texto contiene una serie de situaciones que, aunque no constituyen incumplimientos esenciales, legitiman al acreedor a resolver el contrato<sup>50</sup>. No obstante, como manifiesta ROCA TRÍAS, a diferencia de los citados textos internacionales, la Propuesta *no define qué ha de entenderse como incumplimiento esencial* y, más aún, «establece un elenco de causas con límites *más abiertos y más dados a la interpretación* en cada caso concreto». Por este motivo, coincido con la autora cuando considera que «[s]ería conveniente una concreción de los

<sup>48</sup> El concepto de *fundamental non-performance* se origina en el Derecho inglés (cfr. LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 366 y 367). En dicho Derecho, se distinguen dos tipos de pactos contractuales: *conditions* y *warranties*. Los primeros son pactos (*terms*) cuyo incumplimiento genera la facultad del acreedor para resolver la relación obligatoria por considerarlos sustanciales. Los segundos, por su parte, son cláusulas cuya contravención no genera resolución, sino únicamente indemnización de daños y perjuicios (*damages*). Esto quedará determinado por la voluntad de las partes (cuando ambas determinen expresa o implícitamente que un pacto tendrá calidad de *condition* o *warranty*) o por la relevancia del pacto en sí mismo considerado (según sean o no sustanciales a la naturaleza del contrato). Sin embargo, debido a que con el tiempo se fue dificultando calificar a un pacto como *condition* o *warranty* por la creciente complejidad de las relaciones contractuales, los tribunales ingleses insertaron una tercera categoría: *innominate term*. Se trata de un pacto que, sin ser *prima facie condition* o *warranty*, solo faculta para resolver la relación obligatoria si su incumplimiento es fundamental después del respectivo análisis (*test of the seriousness of the breach*) con base en lo planteado en el contrato y en lo efectivamente ejecutado (vid. COLLINS, Hugh, *The Law of Contract*, 4ª ed., LexisNexis Butterworths, London, 2003, pp. 359-360; CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., pp. 260-261, 265-267). Dada la dificultad de determinar cuándo el incumplimiento de un *innominate term* ha producido un incumplimiento fundamental (*substantial failure to perform*), RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 208 comenta que la jurisprudencia inglesa ha acuñado frases que describen este tipo de contravención. La más típica es la que califica como tal al que «priva al acreedor de sustancialmente la totalidad del beneficio que se pretendía que obtuviera», pero también se emplean otras fórmulas como «el que afecta a la raíz del contrato» o «frustra el propósito comercial de la empresa».

<sup>49</sup> Propuesta por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009.

<sup>50</sup> Salvo por lo regulado en el tercer párrafo, ninguna de las situaciones planteadas en el art. 1200 PMDOC constituyen incumplimientos esenciales. Por el contrario, tratan de la aplicación del llamado *Nachfrist* a incumplimientos no esenciales, en donde solo el transcurso infructuoso del *plazo adicional* por parte del deudor «convierte» en *esencial* a la contravención inicial y, por tanto, justifica el remedio resolutorio. Como bien sostiene ROCA TRÍAS, Encarnación, «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2132, año 65, junio de 2011, p. 17, son conductas que se «asimilan al incumplimiento esencial» y que, por tanto, constituyen causas de resolución. Vid. también, CLEMENTE MEORO, Mario, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2131, año 65, mayo de 2011, p. 5.

casos»<sup>51</sup>. En todo caso, la referencia a la *finalidad contractual* en el texto de la Propuesta y en los instrumentos internacionales expuestos demuestra la necesidad de determinarla en primer lugar para, a partir de allí, verificar la gravedad del incumplimiento. Para ello, precisamente, habrá de analizarse lo que *resulte expreso o implícito de las estipulaciones acordadas por las partes*. Solo así se podrá verificar si se trata de un incumplimiento que impida la consecución del fin perseguido por la parte afectada que, a la postre, será el rasero para delimitar al incumplimiento esencial<sup>52</sup>.

La conclusión, entonces, es que la vía resolutoria requiere que el incumplimiento sea esencial, lo que tendrá lugar cuando exista una defraudación del fin perseguido en el contrato para la parte afectada. Más que valorar *a posteriori* factores como la incidencia económica en el contrato, habrá que descubrirse el fin o causa del contrato, lo que requiere un análisis del sentido y la significación de las cláusulas que lo integran («aquello que tenía *derecho a esperar* de acuerdo con *el contrato*», dicen los instrumentos internacionales aludidos).

### 2.3. La resolución y las obligaciones principales

La jurisprudencia española ha considerado que solo el incumplimiento de *obligaciones principales* justifica la resolución, y que la gravedad resolutoria ha de predicarse de estas<sup>53</sup>. Cabe discutir desde qué punto de vista una obligación es principal o accesoria en el caso concreto, ya que no es extraño que determinados deberes «accesorios» (considerados así, en abstracto) resulten tener una especial importancia para conseguir la finalidad perseguida en el contrato. En tal sentido, debemos preguntarnos si el carácter principal o accesorio de una obligación deriva del tipo contractual o de la trascendencia que para las partes puede tener la obligación en cuestión<sup>54</sup>.

Como indica DÍEZ-PICAZO, debe aceptarse que «el incumplimiento de determinadas obligaciones, que son accesorias, contemplado el tipo en abstracto, puede ser un incumplimiento esencial y [...] por ello, desde el punto de vista de la voluntad de las partes y de sus objetivos no se puede predicar la accesoriedad»<sup>55</sup>. Por tanto, asumiendo

<sup>51</sup> ROCA TRÍAS, «El incumplimiento...», cit., p. 17.

<sup>52</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., p. 66.

<sup>53</sup> Cfr. STS de 5 de enero de 1935 (RJ 1935/198) que indica que «no entra en juego [el artículo 1.124 CC] cuando se trata de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato unilateral o bilateral, tienen un *puro carácter accesorio o complementario* con relación a aquellas prestaciones y contraprestaciones, en su caso, que constituyen el objeto principal del contrato» (la cursiva es mía). *Vid.* también STS de 5 de mayo de 1953 (RJ 1953/1630), de 10 de mayo de 1989 (RJ 1989/3680), de 12 de abril 2012 (RJ 2012/215). Cfr. CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., pp. 241 y ss.; ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución...*, cit., pp. 142 y ss.; DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento...*, cit., pp. 9 y ss.; y, FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit. pp. 62 y 63.

<sup>54</sup> Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit., p. 62, quien distingue los criterios en *objetivo* (estructura típica del contrato) y *subjetivo* (voluntad de las partes y finalidad contractual).

<sup>55</sup> DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., p. 94. En ese mismo sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit., p. 71 señala que para determinar el carácter principal o accesorio de una

esta distinción entre obligaciones, parece preferible apuntar al segundo punto de vista. No obstante, se ha dicho con igual razón que al TS, más que una calificación teórica de principal o interdependiente de la obligación incumplida, le interesa «la *verdadera trascendencia* que pueda producir en una relación obligatoria y, más concretamente en el cumplimiento de su prestación por la contraparte, *el incumplimiento* de una determinada obligación, con independencia de cómo se califique ésta»<sup>56</sup>. Un buen ejemplo de ello es la STS de 29 de marzo de 2012 (RJ 2012/8003), donde se considera incumplimiento esencial «aquel que, *con independencia de la entidad de la obligación incumplida*, produzca la consecuencia de privar sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor» (la cursiva es mía).

Por todo lo anterior, es admisible hacer una distinción metodológica entre obligaciones principales y accesorias en cuanto a su importancia en la consecución del fin contractual. Sin embargo, en materia de resolución contractual, más que cualificar a la obligación incumplida, parece más relevante verificar la gravedad del incumplimiento contractual en relación con el íntegro del programa prestacional y, desde luego, con la frustración o las posibilidades de futura consecución de los fines del contrato<sup>57</sup>.

#### 2.4. *El incumplimiento resolutorio como incumplimiento definitivo*

Si lo que cualifica a un incumplimiento como esencial es la frustración en la consecución del fin contractual, se entiende perfectamente que el supuesto de incumplimiento causado por *imposibilidad sobrevenida* constituya el caso de incumplimiento esencial por antonomasia y, por tal motivo, legitimador en todos sus supuestos de la facultad resolutoria regulada en el art. 1124 CC. Como se ha indicado, todo tipo de infracciones prestacionales pueden fundar la vía resolutoria siempre que adquieran la cualificación de «esencial». Y a mi juicio, esta cualificación vendrá determinada por la *imposibilidad de cumplimiento tardío*. En otras palabras, el incumplimiento será esencial cuando sea *definitivo*.

En efecto, si la contravención motivada por imposibilidad sobrevenida de la prestación constituye un típico supuesto de incumplimiento resolutorio por ser esencial, ello se debe a que se trata de un *incumplimiento definitivo*<sup>58</sup>, en la medida en que produzca la contravención, la prestación ya no puede ser ejecutada *in natura* tardíamente ni, por ende, conseguirse el fin contractual que el acreedor buscaba. De hecho, no solo razones

obligación «habrá de estarse no solo a la función que cumple, abstractamente considerada, en la estructura típica del contrato, sino también a la voluntad de las partes y al fin perseguido por ellas al contratar».

<sup>56</sup> DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento...*, cit., p. 18, la cursiva es mía.

<sup>57</sup> En ese sentido, MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, «Resolución contractual por incumplimiento y obligaciones accesorias», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 30, 2013, pp. 316-320.

<sup>58</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 387; LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento de daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, p. 181.

objetivas (es decir, la falta de posibilidades fácticas de ejecución) motivan la imposibilidad de cumplir tardíamente, sino también, y con relevancia para lo que aquí se trata, razones subjetivas: cuando pese a la posibilidad fáctica de ejecución, la prestación ya no es de interés del acreedor porque por mucho que se realice, *no puede conseguirse el fin perseguido en el contrato*<sup>59</sup>. Por lo tanto, puede concluirse que *todo incumplimiento esencial constituye incumplimiento definitivo* y es por ello que puede fundar la vía resolutoria<sup>60</sup>.

Esto se respalda si se hace un breve repaso a la casuística de contravenciones contractuales en la que la jurisprudencia determinó la existencia de incumplimiento resolutorio. Así, tenemos:

- (i) que la *inejecución absoluta* de la prestación por parte del deudor constituye, en general, un supuesto de *incumplimiento resolutorio*, por cuanto ya no es viable la ejecución prestacional posterior al tiempo y circunstancia idóneos para conseguir el fin contractual<sup>61</sup>;
- (ii) que para operar la vía resolutoria en los casos de *aliud pro alio*, hace falta que el objeto *sea inhábil para el fin* a que se destina y que, además, dicha inhabilidad *sea total*, «al punto de frustrar el objeto del contrato o causar la insatisfacción absoluta del comprador»<sup>62</sup>;
- (iii) que en los casos de *ejecución parcial*, la jurisprudencia aprecia el incumplimiento resolutorio cuando la parte de prestación insatisfecha provoque un incumplimiento obstaculizador del *fin del contrato*<sup>63</sup>;
- (iv) que en las *ejecuciones defectuosas*, hay *incumplimiento resolutorio* cuando la prestación adolezca de tan graves deficiencias que la hagan *absolutamente*

<sup>59</sup> Cfr. LLAMAS POMBO, *Cumplimiento...*, cit., p. 180.

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit., p. 82 indica que «para que el incumplimiento tenga virtualidad resolutoria del contrato bilateral *no basta con que la falta de cumplimiento de una prestación merezca la consideración de definitiva*, sino que es necesario que por ella quiebre o se altere profundamente la *relación de reciprocidad*» (la cursiva es mía).

<sup>61</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 404.

<sup>62</sup> Vid. STS de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2012/905), de 21 de setiembre de 2004 (RJ 2004/891), de 22 de enero de 2000 (RJ 2000/59) Es clara la STS de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004/127) que expone que «se está en presencia de entrega de cosa diversa o ‘aliud pro alio’ cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin a que se destina, lo que permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil». Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit., p. 69; ORTI VALLEJO, Antonio, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Comares, Granada, 2002, p. 185.

<sup>63</sup> La STS de 15 de octubre de 2002 (RJ 2003/258) señala expresamente que «[e]ste incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida, como en el caso presente ocurre, la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria utilización del local arrendado, según los términos convenidos, tiene entidad que justifica la resolución contractual [...]». Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución...*, cit., p. 196; y, DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento...*, cit., p. 36.

- inidónea para el fin propio de su destino o carezca de las cualidades esenciales prometidas*<sup>64</sup>; y,
- (v) que en las obligaciones con *término esencial*, el vencimiento del tiempo establecido para el cumplimiento de la prestación convierte la inejecución en un *incumplimiento definitivo*<sup>65</sup>.

En todos estos supuestos de incumplimiento, la cualificación que permite fundar el remedio resolutorio radica en el hecho de no existir posibilidad alguna de cumplimiento tardío: se trata de una frustración del fin contractual y, por ello, de un *incumplimiento definitivo*. Por tal motivo, FERNÁNDEZ URZAINQUI<sup>66</sup>, en su sistematización de los presupuestos del incumplimiento resolutorio, coloca al *carácter definitivo de la falta de cumplimiento* como uno de ellos. Como indica este autor, el incumplimiento resolutorio «presupone el carácter definitivo del incumplimiento que es únicamente afirmable [...] por la concurrencia de determinados factores del cumplimiento retrasado», los que, según el mismo autor, serían la negativa del deudor a cumplir la prestación<sup>67</sup>, la

<sup>64</sup> Vid. STS de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/307), de 9 de julio de 2007 (2007/4679), de 2 de octubre de 2003 (RJ 2003/6451), y SAP Zamora 130/2004, de 2 de abril (JUR 2004/171298). La STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013/2413) indica que «el eventual cumplimiento defectuoso tan solo podría valorarse si se opone con efectos resolutorios, siempre que equivalga a un incumplimiento esencial que frustre la finalidad del contrato». Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit., p. 72; ORTI VALLEJO, *Los defectos...*, cit., p. 184; DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento...*, cit., pp. 31 y ss.

<sup>65</sup> La STS de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2013/2402) expresa que «[e]l carácter esencial del plazo [...] se erige en un elemento fundamental del contenido de la prestación que condiciona, en este sentido, el cumplimiento mismo de la obligación, y en consecuencia, el juego resultante de la dinámica resolutoria del contrato». Vid. también STS de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2012/11269) y de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014/5911). Al respecto, SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, p. 244 opina que dentro del llamado «retraso que frustra el fin perseguido por el negocio» se encuentran los supuestos de incumplimiento de término esencial. Sin embargo, como veremos más adelante, el *retraso* como forma de incumplimiento obligacional solo tiene razón de ser en la medida en que pese a la ausencia de cumplimiento, aún perviva la posibilidad y la incertidumbre de cumplimiento posterior. En ese sentido, el incumplimiento en término esencial no puede ser considerado *retraso*, sino directamente *incumplimiento definitivo*.

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit., pp. 74 y 75.

<sup>67</sup> Aunque la negativa anticipada a cumplir por parte del deudor no constituye en estricto un incumplimiento, se le ha equiparado a una causal de resolución. Cfr. CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 24. Sin embargo, en algunas formulaciones del Derecho comparado, se asimila al incumplimiento *esencial* aquel supuesto en el que, habiendo intención de no cumplir por parte del deudor, permite creer a la parte que la ha sufrido que ya no podrá confiar en un futuro cumplimiento (art. 8:103 PECL). En ese sentido, DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., p. 92 anota, con razón, que resulta útil en este caso la llamada «voluntad deliberadamente rebelde», no como exigencia de imputabilidad o culpabilidad en el incumplimiento, sino como justificante que permite «pensar en la inutilidad de las esperas, de las demandas o requerimientos». Eso sí, indica el autor, como la rebeldía deliberada es una exigencia demasiado fuerte, «bastaría decir, como el Derecho inglés, *incumplimiento intencional que permite deducir la intención de no cumplir en el futuro*» (la cursiva es mía). Vid. en ese sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 227; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Cuándo es la demora en el pago un incumplimiento resolutorio», en CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.), *Tratado de la compraventa*, t. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1632 y 1633.

imposibilidad de su realización<sup>68</sup>, la inidoneidad o inutilidad de su tardía ejecución<sup>69</sup> y la inexigibilidad de una más prolongada espera por parte del acreedor<sup>70</sup>. Por el contrario, cuando se trata de un *incumplimiento temporal*, nos referimos a una situación en la que pese a la contravención inicial del deudor, aún es posible ejecutar la prestación tardíamente, tanto porque existen posibilidades fácticas de hacerlo como porque aún le interesa al acreedor dicha ejecución. Como se ve, *al no existir frustración del fin contractual, no hay incumplimiento esencial* y, por ende, se trata de una contravención que no puede fundar el remedio resolutorio.

Y es en este sentido en el que funciona el segundo párrafo del art. 1124 CC cuando hace recaer en el acreedor perjudicado por el incumplimiento la posibilidad de optar («podrá escoger», dice el texto) entre el *cumplimiento* o la *resolución* de la obligación. Se entiende que es el acreedor el que en mejor posición se encuentra para evaluar, en virtud del interés que perseguía con el contrato, si necesita aún la ejecución prestacional tardía (por lo cual, la contravención dada será solo *temporal*) o si ya no conseguirá lo que buscaba en el contrato por lo que no le interesará seguir ligado al deudor (por lo cual, la contravención en cuestión será *definitiva*). De este modo, lo temporal o definitivo de un incumplimiento vendrá determinado por las circunstancias del desarrollo de la obligación, y no por la declaración judicial. Así, cuando el juez intervenga a dilucidar en materia de resolución contractual, si bien ha de valorar la esencialidad del incumplimiento al momento de otorgar o confirmar el remedio resolutorio (porque no puede tratarse de una vía meramente arbitraria), dicha esencialidad no se verifica a partir de su pronunciamiento, sino en la contravención misma y su gravedad para el interés contractual perseguido<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Como se ha expuesto, el incumplimiento causado por imposibilidad sobrevenida de la prestación constituye verdadero incumplimiento definitivo y, por tanto, *resolutorio*.

<sup>69</sup> Cuando pese a ser objetivamente posible la ejecución de la prestación, «ya no resulta idónea para la consecución del *fin práctico perseguido con el negocio*» (la cursiva es mía). Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit., p. 79.

<sup>70</sup> El autor indica que en este caso, «*aun pudiendo ser útil al acreedor*, la tardanza en la ejecución de la prestación o en la subsanación de sus deficiencias puede prolongarse de tal manera que resulte *intolerable la sujeción del acreedor al vínculo contractual* en su día constituido» [la cursiva es mía] (FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit., pp. 80 y 81). En mi opinión, este supuesto no es distinto al de «inidoneidad o inutilidad de la prestación tardía o inexactamente ejecutada». Lo «intolerable» de la sujeción del acreedor al vínculo con el deudor ante la prolongada tardanza en la ejecución de la prestación no se debe tanto a la magnitud del tiempo transcurrido, sino al efecto que dicho tiempo genera: la frustración del fin perseguido en el negocio. Aun cuando pese al largo tiempo, la ejecución pueda «serle útil al acreedor» (como indica el autor), dicha utilidad no equivale a la consecución o satisfacción del fin contractual perseguido. Es por ello que el acreedor está facultado a resolver el vínculo.

<sup>71</sup> En ese sentido, CARRASCO PERERA, *Derecho...*, cit., p. 1121 opina que la esencialidad en el incumplimiento como requisito de la vía resolutoria, obedece a que, «como el juzgador carece casi siempre de una información completa de las circunstancias relativas al contrato, a sus motivos, a la rentabilidad para las partes y al incumplimiento, una admisión irrestricta de la pretensión resolutoria permitiría consagrar aspiraciones meramente oportunistas del acreedor, que utilizaría en su favor un incumplimiento cualquiera de la otra parte para escapar de un mal negocio, o de un negocio que ya ha dejado de interesarle».

Por lo tanto, ha de considerarse que todo *incumplimiento esencial* constituye *incumplimiento definitivo*, en la medida en que en ambas figuras se origina la frustración de la consecución del fin contractual por parte del acreedor perjudicado por la contravención prestacional. Este supuesto, por ello, sustenta la vía resolutoria<sup>72</sup>. Por el contrario, el *incumplimiento temporal*, debido a que pese a la infracción prestacional inicial aún pervive la posibilidad de cumplimiento tardío, deja a salvo el fin contractual y, por ende, constituye un *incumplimiento no esencial* que no funda el remedio resolutorio.

### 2.5. El retraso: ¿incumplimiento resolutorio?

Expuesto está el clásico tópico por el que el «mero retraso» no puede ser considerado «incumplimiento verdadero y propio», y por ello, no funda el remedio resolutorio. No obstante, aunque se suele rastrear el origen de esta jurisprudencia en la paradigmática STS de 5 de enero de 1935, Díez-PICAZO opina con razón, que se trató de una conclusión inexacta. Esta sentencia indica expresamente, en realidad, que «el mero retraso no es *en algunos casos* equivalente al incumplimiento»<sup>73</sup>, lo que ciertamente relativiza la conclusión tradicional.

Para analizar con fruto esta cuestión, cabe repetir el hecho de que todo tipo de contravención obligacional puede legitimar la acción resolutoria, siempre que pueda cualificársele de *esencial* (incumplimiento definitivo). Fuera de este ámbito, encontraremos a aquellas situaciones en las que, pese a la existencia de una infracción prestacional, no legitiman la figura del art. 1124 CC por no frustrar el fin contractual (incumplimientos temporales). Por lo tanto, si bien toda contravención constituye incumplimiento, *no todo incumplimiento es resolutorio*<sup>74</sup>.

¿Dónde ha de situarse al retraso? Como todo incumplimiento, el retraso se configura con la *ausencia de cumplimiento* en el *tiempo debido*<sup>75</sup>. Esto supone, evidentemente, la

<sup>72</sup> Hace varios años, Díez-PICAZO, «El retraso...», cit., p. 398 opinaba que «no es el incumplimiento definitivo la única causa de resolución del contrato, sino que la resolución se admite también *aunque el incumplimiento sea no-definitivo* y pueda por ello, grosso modo, considerarse como un retardo o retraso en la ejecución de la obligación» (la cursiva es mía). Sin embargo, ha de analizarse los pareceres posteriores del autor, con particular referencia al llamado incumplimiento esencial, definido por el mismo autor como «aquel que priva sustancialmente a la parte que lo sufre de todo aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato o que *frustra la finalidad perseguida por él*» y, por tanto, aquel que reúne la cualidad necesaria para sustentar el remedio resolutorio. Cfr. *Los incumplimientos...*, cit., pp. 61 y ss., 91 y 97 y ss.; y, *Fundamentos...*, t. 2, cit., pp. 851 y ss., 865 y 867 y ss.

<sup>73</sup> Díez-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 394; y, *Los incumplimientos...*, cit., p. 18.

<sup>74</sup> Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., p. 114, quien indica que «[a] efectos de la pretensión de resolución, la distinción [...] debiera ser *entre incumplimiento resolutorio del que no lo es*» (la cursiva es mía).

<sup>75</sup> Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., p. 27; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, t. 2, cit., p. 656.

existencia de una obligación previa cuya oportunidad de cumplimiento se ha dejado pasar sin hacerlo<sup>76</sup>, lo cual implica dos factores:

- (i) el *tiempo* o la *oportunidad de debido cumplimiento* de la obligación<sup>77</sup>; y,
- (ii) la *ausencia de cumplimiento* como conducta configuradora<sup>78</sup>.

Sin embargo, lo que en particular caracteriza al *retraso* como un tipo autónomo de incumplimiento obligacional es el hecho de que pese a la contravención inicial:

- (i) se mantiene la *viabilidad* de satisfacción posterior *in natura* del acreedor<sup>79</sup>; y,
- (ii) existe *incertidumbre* sobre si habrá o no cumplimiento posterior *in natura* o, en general, si el acreedor terminará siendo satisfecho<sup>80</sup>.

Y es que si definiéramos al *retraso* únicamente como la falta de cumplimiento en el tiempo en que era debido, sin importar si existe o no viabilidad o incertidumbre de cumplimiento tardío, tendríamos que calificar como tal a absolutamente *todos* los tipos de incumplimiento, sin importar sus características, ya que todos comparten esa configuración. Incluso las ejecuciones parciales o defectuosas al tiempo de cumplimiento

<sup>76</sup> Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., p. 27.

<sup>77</sup> Respecto del cual se hace tanto referencia al *vencimiento* de la obligación como a su *exigibilidad*. En referencia al primer concepto, *vid.* por todos CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús; *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 45 y 46; MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio, *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pp. 186 y 187; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho...*, t. 3, cit., p. 238. En referencia al segundo concepto, *vid.* por todos BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., pp. 29 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, t. 2, cit., pp. 666 y 667; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, t. 2, 11ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 186.

<sup>78</sup> Cfr. MANRIQUE DE LARA MORALES, *La mora...*, cit., p. 195. Por otro lado, BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., pp. 29, 42 y 43 añade a la ausencia de cumplimiento, la de cualquier otra causa de extinción de la obligación, lo cual resulta razonable: si llegado el tiempo debido de cumplimiento, la obligación se extingue por cualquier otra causa (por ejemplo, por compensación o confusión de derechos), no habrá *retraso*.

<sup>79</sup> Cfr. CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo...*, cit., p. 46; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996, p. 419; BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., p. 27; MANRIQUE DE LARA MORALES, *La mora...*, cit., p. 196.

<sup>80</sup> Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso...*, cit., p. 27; MANRIQUE DE LARA MORALES, *La mora...*, cit., p. 195. En particular, sobre la *incertidumbre* en el cumplimiento posterior, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., pp. 427 y 428 indica que «[s]i ésta no existe porque o bien el objeto de la prestación ha devenido absolutamente imposible, o bien un incumplimiento tardío no satisfaría el interés del acreedor (término esencial), el retraso deberá configurarse como *incumplimiento definitivo* y no como temporal». A mi juicio, que la prestación devenga en imposible o que un incumplimiento tardío no satisfaga el interés del acreedor constituyen más la ausencia de *posibilidad* o *viabilidad* que la de una *incertidumbre* en el cumplimiento posterior. Entiendo, por el contrario, mejor aplicado este elemento en los casos en que pese a existir posibilidades fácticas o jurídicas de cumplir tardíamente, la incertidumbre desaparece por la misma conducta del deudor. Calza aquí el supuesto de negativa de cumplimiento. En este caso, pese a que existe viabilidad para cumplir ulteriormente, si el deudor comunica a su contraparte que no cumplirá con su obligación, habrá desaparecido la *incertidumbre* sobre la futura ejecución prestacional y, por tanto, se habrá producido un incumplimiento que amerita la vía resolutoria. Cfr. CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., p. 24; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 227; GIL RODRÍGUEZ, «Cuándo es...», cit., pp. 1632 y 1633.

son *incumplimientos*, porque no representan realizaciones exactas del programa prestacional configurado en interés del acreedor cuando era debido hacerlo.

En ese sentido, DE LA HAZA DÍAZ explica que «cuando una persona, llegado el plazo para cumplir, no cumple está realizando la conducta descrita en el artículo 1124 CC como fundamento para que la contraparte ejercite la acción resolutoria; está *incumpliendo* desde el momento en que, obligado a cumplir, *no realiza su prestación*; lo que no se sabe ‘a priori’ es si esa omisión es manifestación de un mero retraso o de un incumplimiento grave y definitivo»<sup>81</sup>. Por tanto, para saber cuándo nos encontramos frente a un incumplimiento temporal (retraso en sentido amplio) se ha de determinar si existen tanto la viabilidad como la incertidumbre de cumplimiento ulterior, por cuanto estos factores constituyen elementos esenciales de la estructura del *retraso* como tipo de incumplimiento obligacional<sup>82</sup>.

Dado lo expuesto, considero sustentable que un *retraso* en sentido jurídico no puede ser considerado incumplimiento resolutorio. Al haber aún posibilidad de cumplimiento posterior por ser factible objetiva y subjetivamente –porque aún le interesa al acreedor–, no existe frustración del fin contractual. No hay incumplimiento *definitivo* que es el que funda la vía resolutoria, sino solo incumplimiento temporal<sup>83</sup>. De hecho, para quienes afirman que es posible «resolver un contrato por retraso del deudor», este remedio no se justifica únicamente en el hecho de la inejecución *per se*, sino aunado a otras circunstancias que, a fin de cuentas, frustran el fin contractual perseguido por el acreedor. Es decir, se termina concluyendo que la resolución en estos casos encuentra su fundamento, finalmente, en que el incumplimiento se ha tornado *definitivo* o *esencial*<sup>84</sup>.

En la doctrina, FERNÁNDEZ URZAINQUI<sup>85</sup> considera que «[e]l retraso supone [...] una prolongación de esa situación de no cumplimiento, que *puede desembocar* en *incumplimiento definitivo*; pero, para ello, es preciso que, junto a la demora en la ejecución [...] de la prestación debida, concurren o confluyan otros factores [...]». Por su parte, DE LA HAZA DÍAZ expone que el TS otorga la resolución por «simple retraso» cuando aparece unido a *otras circunstancias* como la imposibilidad sobrevenida, la voluntad

<sup>81</sup> DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento...*, cit., p. 22. La cursiva es mía.

<sup>82</sup> Estos elementos también pueden presentarse en los cumplimientos parciales o defectuosos, en la medida en que pese a la contravención sea posible aún un *verdadero cumplimiento posterior*. Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora...*, cit., p. 422.

<sup>83</sup> En ese sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 223 señala que «[e]l retraso, salvo que se trate de supuestos de término esencial absoluto o relativo [...] no da lugar a un incumplimiento definitivo, precisamente porque la realización de la prestación es posible y satisfactoria». Coincido con el sentido de este razonamiento, aunque considero que los casos de incumplimiento en obligaciones de término esencial no pueden ser considerados como *retraso* (en la connotación técnica que empleo aquí), sino directamente como *incumplimientos definitivos*.

<sup>84</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, «El retardo...», cit., p. 395.

<sup>85</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, «El incumplimiento...», cit., p. 74. La cursiva es mía. Para este autor, el carácter definitivo constituye uno de los requisitos del *incumplimiento resolutorio*.

rebelde del deudor –con base en el viejo criterio jurisprudencial– o la *frustración* de la finalidad del negocio. Asimismo, el «simple retraso» puede considerarse *incumplimiento resolutorio* cuando el periodo de retraso es tan prolongado como para justificar la extinción contractual<sup>86</sup>. En este caso, la larga demora termina por frustrar el fin contractual y es por ello que se justifica el remedio resolutorio. En cierto modo, el *retraso* es incumplimiento resolutorio precisamente porque «deja de ser retraso» al perderse la viabilidad de cumplimiento por frustración del interés del acreedor. Más determinante es VERDERA SERVER, quien sentencia que «para que un retraso en la entrega pueda constituir un incumplimiento resolutorio *debe poder calificarse de incumplimiento definitivo* [...]»<sup>87</sup>.

Y en la misma jurisprudencia, se puede citar la STS de 26 de junio de 1990 (RJ 1990/4897), en la que el comprador, requerido de resolución por no pagar el precio por un lapso de tiempo mayor a 10 años, se opone a esta vía resolutoria, solicitando se aplique el tercer párrafo del art. 1124 CC que faculta al juez a otorgar un plazo para el cumplimiento. El TS otorga la resolución porque el *retraso* ha sido tan prolongado que *equivale* a la imposibilidad *sobrevenida de la prestación*. En sus palabras, «cuando la norma del p. 2 del artículo 1124 se refiere a que el cumplimiento resultare imposible para poder optar por la resolución, no alude desde luego a una imposibilidad material, sino que se puede incluir, entre otros supuestos, a la sobrevenida por el *transcurso de largo tiempo sin cumplir el comprador su prestación en la forma pactada*»<sup>88</sup>. En parecido sentido, la reciente STS de 25 de mayo de 2016 (RJ 2016/4301) apunta que «un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificará la resolución del contrato cuando, por su duración o sus consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato»<sup>89</sup>. Asimismo, la STS de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/5960) indica que «[a]l tratar el tema de la *frustración de los fines del*

<sup>86</sup> DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento...*, cit., p. 27. En ese sentido, CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., pp. 321 y ss., indica que el retraso faculta a resolver el contrato cuando determina una *frustración del fin práctico* perseguido por el negocio o cuando va aunado a una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» (nuevamente el viejo criterio jurisprudencial del TS).

<sup>87</sup> VERDERA SERVER, Rafael, «Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de vivienda. Sentencia 13 noviembre 2013», en *CCJC*, n. 95, 2014, pp. 487 y 488.

<sup>88</sup> La cursiva es mía. En estricto estas líneas pudieran ser criticables en la medida en que el TS equipara el *retraso prolongado* a la *imposibilidad sobrevenida* de la prestación. Sin embargo, aunque considero acertado el fallo del tribunal, creo que habría sido mejor entendido si se argumentaba que el mencionado retraso prolongado de más de 10 años constituía un *incumplimiento definitivo* (concepto más general que abarca al de imposibilidad sobrevenida) en la medida en que suponía, para el acreedor, una frustración del fin que él perseguía al momento de celebrar el contrato de compraventa.

<sup>89</sup> Sentencia analizada por GREGORACI, Beatriz, «Resolución por retraso. A propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaléon Prieto)», en *ADC*, t. 69, n. 3, 2016, pp. 1097 y ss. Pese al tenor de la sentencia, a mi juicio el retraso es *esencial* precisamente porque de las circunstancias del caso es razonable concluir que el largo lapso de tiempo frustra, finalmente, los fines contractuales que el acreedor perseguía. En el caso concreto, la demora en la entrega de unas locomotoras para el inicio de una actividad empresarial malogró la posible y real rentabilidad del negocio, dadas las exigencias del tráfico mercantil. A ello hay que añadir que el acreedor no toleró el retraso, tal y como lo comprobó el TS.

*contrato*, con cierre de toda posibilidad de cumplimiento cuando por su extemporaneidad es eficaz para satisfacer el fin previsto por los otorgantes, tiene declarado la jurisprudencia que una vez desaparecida la legítima expectativa de la parte en cuanto al *resultado previsto* e insito en la *causa*, la prestación, aunque físicamente posible, ya no es satisfactoria para el acreedor, que se ve privado de alcanzar el logro económico perseguido con el vínculo negocial, cuya conservación no procede y sí la resolución por incumplimiento»<sup>90</sup>. Por último, en la STS de 30 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5748), la resolución es denegada porque pese al retraso de más de dos años por parte de la empresa constructora en obtener la licencia de primera ocupación, el TS se basó en el hecho de que el demandante «siguiera pagando el precio de la vivienda después incluso de la obtención de la licencia de primera ocupación, acto propio inequívocamente favorable a su *voluntad de mantener vigente y cumplir el contrato*, conforme al art. 1258 CC, pese a los retrasos luego denunciados en su demanda». Se concluye, entonces, que el cumplimiento por parte de la constructora satisfacía aún el interés de demandante.

De este modo, es evidente que la figura del retraso se desvanece jurídicamente cuando dada la contravención, desaparecen las posibilidades y la incertidumbre de ejecución tardía de la prestación. Ni siquiera el retraso moratorio, a mi entender, legitima la acción de resolución, por cuanto, como señala GIL RODRÍGUEZ, «ni la típica situación de mora deja expedita la facultad resolutoria ni la puesta en mora es requisito para acceder a la resolución»<sup>91</sup>. De hecho, tal parece ser la premisa del art. 1200, 1º párr. PMDOC, que establece que «[e]n caso de *retraso* o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad». Como se ve, en este texto no se considera al *retraso* como un incumplimiento esencial. No justifica el remedio resolutorio por cuanto existe aún la posibilidad de cumplimiento tardío, lo que explica la posibilidad de que el acreedor otorgue un plazo adicional de cumplimiento<sup>92</sup>.

En coherencia con lo hasta aquí desarrollado, ha de concluirse que el *retraso*, entendido como un incumplimiento temporal en el que perviven alternativas para la tardía ejecución prestacional, *no constituye* por ello *incumplimiento definitivo* ni, por tanto, puede fundar el remedio resolutorio.

<sup>90</sup> Cfr. CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., p. 323.

<sup>91</sup> GIL RODRÍGUEZ, «Cuándo es...», cit., p. 1628. Se trata de una posición asentada por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 2, pp. 832 y 833, y compartida por CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., pp. 347 y ss. En contra, CRISTÓBAL MONTES, *La mora...*, cit., pp. 173 y ss., y con algunos matices, RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 225. En jurisprudencia, *vid.* STS de 20 de julio de 1994 (RJ 1994/6513), que expresa posible «solicitar la resolución sin necesidad de que se hubiera constituido en mora».

<sup>92</sup> En ese sentido, CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento...», cit., p. 5 sostiene que el supuesto previsto en el art. 1200, párr. 1 constituye un *incumplimiento no esencial* que «exige para resolver que el acreedor fije un plazo razonable al deudor para que cumpla o subsane la falta de conformidad».

## 2.6. El tratamiento de los incumplimientos no esenciales

¿Qué sucede cuando un acreedor demanda la resolución por un *incumplimiento temporal o no esencial*? Siguiendo a Díez-PICAZO, el Derecho comparado admite que «cuando los incumplimientos no son esenciales, debe permitirse al deudor la posibilidad de subsanar el incumplimiento, cumpliendo, aunque sea tardíamente»<sup>93</sup>. Así pues, en el art. 1226, 1º y 2º párr. CC francés<sup>94</sup>, se prevé la posibilidad de interpelar al deudor para que cumpla en un *plazo razonable*, transcurrido el cual sin éxito, el acreedor «tendrá derecho a *resolver el contrato*».

Esta facultad de concesión se recoge también en Alemania e Italia. El §323, 1º párr. BGB ordena que «si en el caso de un contrato con obligaciones recíprocas el deudor no ejecuta lo debido o no lo hace conforme con el contrato, el acreedor puede, luego de haber fijado sin éxito un *periodo adicional para el cumplimiento o la subsanación*, resolver el contrato» (figura denominada «*Nachfrist*»<sup>95</sup>). Por su parte, art. 1454, 1º párr. CC italiano determina que en los contratos con obligaciones recíprocas, «a la parte que incumple, la otra parte puede intimar por escrito *para que cumpla dentro de un plazo razonable* con la declaración de que transcurrido inútilmente dicho plazo, se considerará definitivamente resuelto el contrato». Asimismo, esta idea del plazo adicional otorgado por el acreedor a favor del deudor está recogida en algunos instrumentos internacionales como los arts. 47.1 y 63.1 CISG, el art. 8:106 PECL, el art. III.3:103 (1) DCFR, el art. 7.1.5 (1) Principios UNIDROIT y el art. 115 CESL<sup>96</sup>.

De estas formulaciones puede concluirse la idea de que en todo *incumplimiento no esencial*, puede admitirse la posibilidad de otorgar al deudor un *periodo adicional de cumplimiento* tras el cual podrá acudir al remedio resolutorio si este hubiera transcurrido sin cumplimiento alguno. Una idea recogida con bastante claridad en la CESL, cuyo art. 115.1 indica que «[e]l comprador podrá resolver el contrato en caso de retraso en la *entrega no esencial* en sí mismo si notifica la fijación de un *plazo adicional de duración razonable para que se proceda al cumplimiento* y el vendedor *no cumple* su obligación en dicho plazo» (la cursiva es mía), así como su art. 135.1, que otorga la misma facultad al vendedor «en caso de retraso en el cumplimiento *no esencial*» por parte del comprador. Como se aprecia, en caso de una contravención prestacional no calificable como «esencial», el texto condiciona la facultad resolutoria al otorgamiento de un plazo adicional para el cumplimiento y a que dicho plazo hubiera transcurrido sin éxito<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Cfr. Díez-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., p. 97.

<sup>94</sup> Vigentes desde el 1 de octubre de 2016 por la Ordonnance n. 2016-131 que reformó el régimen general de obligaciones.

<sup>95</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 209, SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución...*, cit., p. 458, INFANTE RUIZ, Francisco José, *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid, 2008, p. 214.

<sup>96</sup> Cfr. BLANDINO GARRIDO, «El incumplimiento...», cit., p. 339.

<sup>97</sup> La diferencia –sustancial, por cierto– con el texto del CC es el hecho de que la fijación del plazo adicional de cumplimiento en la CESL corresponde al acreedor perjudicado, mientras que en el art. 1124 CC, corresponde al juez después de valorado el incumplimiento del deudor.

¿Puede aplicarse este mecanismo en el ordenamiento español? El tenor del tercer párrafo del art. 1124 CC podría hacer pensar en la necesidad de la vía judicial, cuando hace recaer en el juez la facultad de «decretar la resolución que se reclame»<sup>98</sup>. Sin embargo, en opinión de ÁLVAREZ VIGARAY, es posible que la resolución contractual opere *ipso iure*, «en virtud de una declaración de voluntad del acreedor por la que notifica al deudor su resolución de dar por resuelto el contrato, si no cumple su obligación en el plazo que discrecionalmente le fija», de tal modo que si este transcurre en vano, la resolución «tendrá lugar al expirar ese plazo»<sup>99</sup>.

En mi opinión, se trata de una alternativa admisible en el ordenamiento<sup>100</sup>, sustentada en que:

- (i) la autonomía de la voluntad por la cual el acreedor, si así lo quiere, puede conceder al deudor el plazo adicional que crea conveniente, considerándose que es su interés el que está en juego en la ejecución de la prestación; y que,
- (ii) el acreedor está legitimado por el art. 1124 CC a resolver el contrato (en ello radica el carácter de *facultad*) si ha cumplido o está dispuesto a cumplir, y si además ha sufrido un incumplimiento que tras el transcurso del plazo adicional en vano se convierte en un *incumplimiento esencial o definitivo*.

Por otra parte, se ha aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia que la facultad de resolver puede ejercitarse extrajudicialmente, a través de una declaración unilateral recepticia, sin forma especial, dirigida al incumplidor. Eso sí, sin perjuicio de la necesidad

<sup>98</sup> Como sucedía en Francia, en donde la resolución no operaba de pleno derecho, sino a través de la necesaria vía judicial (*ex anterior art. 1184 CC francés*). En la actualidad, a partir de la Ordonnance n. 2016-131 que reformó el régimen general de obligaciones (en vigencia desde el 1 de octubre de 2016), los arts. 1224 y ss. CC francés abren la resolución a los efectos de una cláusula resolutoria o a través de la notificación en ese sentido por parte del acreedor en caso de incumplimiento «suficientemente grave» del deudor.

<sup>99</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, «Comentario al artículo 1124», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y OTROS (Dir.), *Comentario al Código Civil*, t. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 99; y, *La resolución...*, cit., pp. 253 y ss. Coinciden DÍEZ-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., pp. 97 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», cit., p. 1733; GIL RODRÍGUEZ, «Cuándo es...», cit., p. 1632; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., pp. 229-232, proponiendo un binomio incumplimiento definitivo-plazo adicional. Por su parte, ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, «Resolución del vendedor de cosa mueble por mora o impago del comprador», en CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.), *Tratado de la Compraventa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 1644, nota al pie 3, opina que la resolución por declaración unilateral no es una figura atípica, pues se encuentra regulada en el art. 1505 CC.

En la jurisprudencia, la STS de 20 de junio de 1980 (RJ1980/2412) indica que, aunque era reiterada la doctrina jurisprudencial de que la resolución solo podía lograrse por vía judicial, «ello no quiere decir que planteada ante ellos [los tribunales] y reconocida la situación de incumplimiento alegada, no pueda producir su normal efecto al tiempo en que se ejercitó y llevó a cabo extrajudicialmente por el cumplidor, y en consecuencia para que a partir de entonces y con alcance retroactivo cesen sus efectos».

<sup>100</sup> Al respecto, *vid.* unos apuntes para una futura regulación de la *Nachfrist* en el Derecho español en SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución...*, cit., pp. 477 y ss., quien se aúna a la propuesta de PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», cit., p. 1733 para incorporar el modelo previsto en el §323 BGB.

de intervención de los tribunales si el deudor impugnara la medida o si se negara a restituir lo recibido<sup>101</sup>. De hecho, el ejercicio extrajudicial de la resolución está contenido en el art. 1199, 2º párr. PMDOC cuando de manera explícita se establece que la resolución «ha de ejercitarse –si el incumplimiento es esencial– mediante notificación a la otra parte»<sup>102</sup>. Por otro lado, en caso de incumplimiento no esencial, se prevé la necesidad de que el acreedor otorgue al deudor un plazo razonable adicional para el cumplimiento, transcurrido el cual sin éxito, aquel podrá resolver (art. 1200 PMDOC).

De todo lo anterior, se puede considerar admisible que:

- (i) cuando el acreedor considere que el incumplimiento sufrido *ha frustrado su interés*, podrá notificar al deudor su decisión de dar por resuelto el contrato;
- (ii) cuando el incumplimiento sufrido por el acreedor *no sea esencial*, es decir, no frustre aún la finalidad perseguida en el contrato, este podrá otorgar un plazo adicional de cumplimiento al deudor, transcurrido el cual sin éxito, deberá ejercitarse la facultad resolutoria;
- (iii) en caso de discusión sobre el remedio resolutorio aplicado, los tribunales deberán intervenir para establecer si la resolución llevada a cabo estaba bien o mal hecha, discerniendo sus consecuencias<sup>103</sup>.

En ese sentido, ¿cómo habría de aplicarse el tercer párrafo del art. 1124 CC que hace recaer en el juez la potestad de decretar la resolución o de otorgar un plazo al deudor? En línea con lo argumentado, este texto será aplicable cuando el acreedor perjudicado por el incumplimiento hubiera decidido como primera opción la de demandar judicialmente la resolución o cuando hecha la resolución extrajudicialmente, hubiera controversia respecto de su licitud. Al respecto, Díez-PICAZO<sup>104</sup> considera que si el incumplimiento que sufre el acreedor no puede ser valorado como un incumplimiento esencial o definitivo, se entiende que no puede fundarse en él el remedio resolutorio, y con ello, cabría otorgar aún la posibilidad al deudor de cumplir tardíamente (sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios que su contravención pudiera haber generado) a través de la fijación judicial de un plazo<sup>105</sup>. Así, las «causas justificadas» a las

<sup>101</sup> En la doctrina, *vid.* DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Coord.) y OTROS, *Curso de Derecho Civil*, t. 2, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008, p. 220; ÁLVAREZ VIGARAY, «Comentario al artículo 1124», *cit.*, p. 99; LACRUZ BERDEJO, José Luis y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2007, p. 198; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, *cit.*, pp. 475 y 476; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, t. 2, *cit.*, p. 813; CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, *cit.*, p. 132; SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución...*, *cit.*, pp. 353 y ss., 370 y ss. En la jurisprudencia, *vid.* STS de 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6528) y de 7 de junio de 1996 (RJ 1996/4827).

<sup>102</sup> CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento...», *cit.*, p. 7.

<sup>103</sup> Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, t. 2, *cit.*, p. 813.

<sup>104</sup> Cfr. Díez-PICAZO, *Los incumplimientos...*, *cit.*, p. 98.

<sup>105</sup> Para la doctrina mercantilista española, esta facultad judicial regulada en el CC no puede ser aplicada en contratos mercantiles, ya que lo impide el art. 61 CdC. Este señala que «no se reconocerán términos de gracia, cortesía, u otros, que bajo cualquiera denominación, *difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles*». En ese sentido, es evidente que el plazo adicional previsto en el art. 1124, 3º párr. CC supone

que hace referencia este párrafo se configuran cuando el incumplimiento sufrido por el acreedor no califique como esencial o definitivo<sup>106</sup>. Evidentemente, ha de tratarse de un plazo razonable, considerándose las posibilidades de ejecución del deudor, la susceptibilidad de la prestación para serle útil al acreedor y, desde luego, el riesgo que puede correr este último<sup>107</sup>.

### 3. LA «ESENCIALIDAD» CONVENCIONAL DEL INCUMPLIMIENTO: LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS

Se ha venido debatiendo sobre la legitimidad de las partes de un contrato para cualificar *ex voluntate* el incumplimiento que ha de fundar el remedio resolutorio, más allá del criterio de esencialidad desarrollado a propósito del art. 1124 CC. La doctrina mayoritaria<sup>108</sup> –y unánime hasta hace algunos años– sostiene la licitud de las cláusulas resolutorias. Estas son estipulaciones por las cuales las partes otorgan trascendencia resolutoria a un determinado incumplimiento, en virtud del ejercicio de la autonomía privada. De este modo, constatado el incumplimiento previsto en el pacto, se considera que ningún tribunal ha de entrar a evaluar si este tiene carácter esencial en términos objetivos para que el afectado cuente con la facultad de resolver el contrato<sup>109</sup>.

#### 3.1. *Los alcances de la supletoriedad del art. 1124 CC: el núcleo imperativo*

un término que hace diferir el *cumplimiento* de la obligación (el cumplimiento, *no* el vencimiento), y por ende, constituye un supuesto prohibido por la norma especial mercantil. Cfr. LANGLE RUBIO, Emilio, *Manual de Derecho Mercantil Español*, t. 3, Bosch, Barcelona, 1959, p. 11; GARCÍA-PITA Y LASTRES, José, *Derecho mercantil de obligaciones. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, p. 100.

<sup>106</sup> Díez-PICAZO, *Los incumplimientos...*, cit., pp. 98 y 99 llama la atención sobre el hecho de que el párrafo tercero del art. 1124 CC «no ha sido, casi nunca, objeto de un examen detenido», ya que la doctrina «no ha ayudado a la labor de los jueces definiendo cuales son las ‘causas justificadas’ de las que el precepto habla».

<sup>107</sup> Cfr. MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 1.124», cit., p. 1251. En ese sentido, ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro, *Notas de Contratos Mercantiles, pro manuscripto*, Universidad de Piura, Piura, 2015, p. 35 opina que, a diferencia del *délai de grâce* francés (que otorga plazos de dos años), el plazo regulado en el art. 1124 CC debe ser *breve* y *perentorio*, como los plazos de cortesía de las antiguas Ordenanzas de Bilbao. Por otro lado, GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, «El incumplimiento del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Tratado de contratos*, t. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1172 advierte que el plazo suplementario otorgado unilateralmente por el acreedor al deudor es sustitutivo e incompatible con el contemplado en el art. 1124 CC, 3º parr. Así, la prueba de haber existido aquel dejaría sin justificación alguna el otorgamiento de un nuevo plazo por vía judicial.

<sup>108</sup> En ese sentido, PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», cit., p. 1733, nota al pie 49; CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., pp. 418 y 419; MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 1.124», cit., p. 1212; GREGORACI, Beatriz, *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 33. Desde antaño, MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código Civil*, t. XIX, 2º ed., Madrid, 1957, p. 673 ya defendía la libertad de las partes para pactar la resolución de forma distinta a la indicada en el art. 1124 CC.

<sup>109</sup> Desde un punto de vista funcional, se ha distinguido a las cláusulas resolutorias de las *condiciones* resolutorias. En las primeras, dado el incumplimiento previsto, se activa una facultad del acreedor para acudir a la vía resolutoria. En las segundas, por su parte, configurada la contravención, la resolución operará *ipso iure*. No obstante, es también cierto que en la jurisprudencia, el TS suele denominar indistintamente como «condición resolutoria» a lo que, en estricto en esta distinción, constituiría una *cláusula resolutoria*.

Entre los argumentos en que se basa el sector mayoritario se encuentra aquel que refiere la supletoriedad del art. 1124 CC, para los casos en los que las partes han pactado algo distinto sobre las contravenciones que ameritan el remedio resolutorio. Se ha dicho, en ese sentido, que la citada norma se aplica a toda relación jurídica de obligaciones recíprocas, siempre que las partes en ella no hubieran dispuesto algo distinto en virtud de su autonomía privada. Esta supletoriedad supone que si las partes en el contrato deciden otorgar «esencialidad convencional» a un incumplimiento que a la luz de la norma no la tiene, carece de sentido que el juez entre a analizar dicha cualificación: bastará verificar si el incumplimiento previsto acaeció o no para otorgar la facultad resolutoria a la parte afectada. En palabras de GREGORACI, en una cláusula resolutoria, las partes «han decidido también no hacer uso de la norma dispositiva, porque no es la que responde a sus intereses»<sup>110</sup>.

Frente a este argumento se ha manifestado la postura de un sector minoritario, aunque autorizado<sup>111</sup>. En un trabajo reciente, el profesor CARRASCO PERERA sostiene que «[l]a exigencia de sustancialidad o esencialidad en el incumplimiento no se ha forjado en la jurisprudencia antigua (y buena) como una regla *supletoria a falta de una declaración expresa*, sino como una regla *material* instaurada para neutralizar las estrategias oportunistas y la destrucción innecesaria del *surplus* bilateral creado por el contrato»<sup>112</sup>.

En mi opinión, es correcta la consideración de la cláusula resolutoria como una fuente de «esencialidad convencional» del incumplimiento, por lo que en ese sentido, me adhiero a la postura mayoritaria. Sin embargo, es necesario explicar la llamada supletoriedad del art. 1124 CC en sus justos términos, ya que a mi entender no puede considerarse dispositivo o supletorio todo el contenido del mencionado artículo, porque en él existe un núcleo imperativo: su primer párrafo.

<sup>110</sup> GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., p. 34. Hacen referencia expresa al carácter supletorio del art. 1124 CC, MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 1124», cit., p. 1197 y CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., p. 418.

<sup>111</sup> En ese sentido, CARRASCO PERERA, Ángel, «Resolución e indemnización de daños», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y GARCÍA PÉREZ, Carmen (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 536 y ss., y más recientemente, «Condición resolutoria y término en la resolución por incumplimiento: una historia mal contada en homenaje al oportunismo de compradores de vivienda» (en línea), en *Blog del Centro de Estudios de Consumo*, setiembre, 2016. Disponible en URL <<http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/09/Resolucion-condicion-resolutoria-y-termino-esencial-.pdf>>; BUSTO LAGO, José Manuel, «Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla “rebus sic stantibus”, frustración de las expectativas del comprador. Sentencia 26 abril 2013 (RJ 2013/3268)», en *CCJC*, n. 93, 2013, p. 586; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 1124», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.) *Comentario al Código Civil*, t. 6, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8237 y 8238; VERDERA SERVER, «Cláusula resolutoria...», cit., pp. 481 y ss.

<sup>112</sup> CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», cit., n. 12, con cursiva en el original.

Como explica CASTÁN TOBEÑAS, la facultad resolutoria implícita<sup>113</sup> en las obligaciones recíprocas «*se impone por ministerio de la ley sin declaración de los sujetos del negocio que la incorpore en el mismo*»<sup>114</sup>. Esto quiere decir que, en el caso de un incumplimiento esencial en términos objetivos (ámbito del art. 1124 CC), la ley *impone* una facultad resolutoria, esto es, la potestad de la parte afectada por dicho incumplimiento para elegir ejercer o no el remedio resolutorio. Si bien finalmente quedará en manos del acreedor el *ejercicio* de dicha potestad, es imperativo su *reconocimiento* para el caso de una contravención que frustre la finalidad contractual. Y es que, como se ha expuesto en este trabajo, el remedio resolutorio regulado en la citada norma encuentra su fundamento en la causa de los contratos sinalagmáticos y, en ese contexto, en la conservación del equilibrio contractual. No se trata necesariamente de un perfecto equilibrio económico, pero sí de uno que conlleve a ambas partes del pacto a la consecución de los fines que cada una planteó al momento de contratar. Por dicho motivo, pongo en tela de juicio la admisibilidad de cláusulas que restrinjan de modo absoluto la posibilidad de acudir a la resolución contractual en caso de incumplimiento esencial<sup>115</sup>. Considerar lo contrario supondría *obligar al acreedor afectado por un incumplimiento esencial a permanecer vinculado a un contrato cuyo fin ha quedado frustrado*<sup>116</sup>.

Por lo expuesto, no es conveniente indicar latamente que «el art. 1124 CC proporciona la regulación de la resolución del contrato *a falta de pacto*»<sup>117</sup>. Aún si existiera un acuerdo que regule la vía resolutoria, este deberá amparar la facultad del acreedor por acudir a dicha vía en caso de un *incumplimiento objetivamente esencial*. Así, por un lado y como se ha dicho, habrá de considerarse inválida la cláusula que excluya de modo absoluto la facultad de resolución contractual para el caso de un incumplimiento esencial en términos objetivos (*ex art. 1255 CC*). Por otro lado, si una cláusula solo otorgase trascendencia resolutoria a contravenciones que objetivamente no son esenciales, aunque válido el pacto, el art. 1124 CC habrá de aplicarse para el caso de un

<sup>113</sup> Llamada por el autor «condición resolutoria tácita o sobreentendida», distinguiéndola de la condición en sentido estricto. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., t. 3, p. 148.

<sup>114</sup> CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., t. 3, p. 148. La cursiva es mía. Parece llamar la atención de la misma idea SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución...*, cit., p. 71, aunque la autora indica que la facultad del art. 1124 CC «es un remedio que la ley *ofrece*» al contratante perjudicado por el incumplimiento de la otra parte. En mi opinión, la ley ofrece la opción de acudir al remedio resolutorio, pero impone la situación, verificado el incumplimiento esencial, por la que el acreedor se encuentra en posibilidad de hacerlo si así lo quiere.

<sup>115</sup> Más allá de lo regulado por la ley para otros casos como el de contratos de consumo (art. 85.4 TRLGDCU), y en particular lo considerado en el art. 87 TRLGDCU, que considera abusivas las cláusulas que *determinen la falta de reciprocidad en el contrato*, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor.

<sup>116</sup> En contra, MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 1124», cit., p. 1197 y CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., p. 418, para quienes es tal el carácter dispositivo y supletorio del art. 1124 CC que su aplicación se limita a la falta de una declaración de voluntad que precise, limite o –incluso– *excluya* la resolución entre las consecuencias del incumplimiento.

<sup>117</sup> GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., p. 34.

incumplimiento objetivamente esencial y no podrá negarse la facultad resolutoria a favor del acreedor por el hecho de no estar previsto tal incumplimiento en el contrato<sup>118</sup>.

### 3.2. Las cláusulas resolutorias y su amparo en la legislación civil

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el mandato legal del art. 1124 CC *surge y termina allí mismo*, en su primer párrafo. Aunque el reconocimiento de la facultad de resolver se encuentra prevista imperativamente, la *forma de ejercerla* no lo está. Prueba de ello es que, pese a los rasgos eminentemente judiciales que se verifican en los términos del art. 1124 CC, es aceptada la vía extrajudicial para obtener el remedio resolutorio<sup>119</sup>. Incluso el mismo tenor del art. 1504 CC, más allá de sus particularidades, abre la posibilidad de ejercer extrajudicialmente la facultad resolutoria (por vía notarial<sup>120</sup>).

Por otro lado, que sea imperativo que todo incumplimiento esencial amerite el remedio resolutorio, *no lo es* que dicho remedio deba aplicarse *únicamente* a tal supuesto de hecho. Para la doctrina mayoritaria es claro que en virtud de los arts. 1098 y 1091 CC, se otorga fuerza de ley a los pactos establecidos por las partes, así como el reconocimiento de la *autonomía privada* ex art. 1255 CC, por la que los contratantes pueden acordar las cláusulas y condiciones *que tengan por conveniente*, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. Se trata de un argumento recogido por el TS, para quien «[l]a jurisprudencia [...] en reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los contratantes y de la fuerza vinculante de la “lex privata” por ellos creada, atribuye entidad resolutoria al incumplimiento cuando la estricta observancia de la obligación incumplida forme parte de lo pactado en el contrato [...]»<sup>121</sup>. En ese mismo sentido, el Alto Tribunal ha dicho que «el art. 1255 del CC permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria»<sup>122</sup>.

Más gráfica aún es la STS de 29 de marzo de 2012 (RJ 2012/8003), donde el TS considera a la autonomía privada como fuente de «esencialidad del incumplimiento». Expone que

<sup>118</sup> Particular relevancia tiene este problema en los casos de cláusulas resolutorias que enumeren una lista taxativa de incumplimientos resolutorios en la que ninguno de ellos sea esencial en términos objetivos.

<sup>119</sup> Cfr. DE PABLO CONTRERAS, «Incumplimiento...», cit., p. 220; ÁLVAREZ VIGARAY, «Comentario al artículo 1124», cit., p. 99; LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos...*, cit., t. 2, p. 198; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 475 y 476; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, t. 2, cit., p. 813; CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, cit., p. 132; SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución...*, cit., pp. 71, 353 y ss., 370 y ss.

<sup>120</sup> Cfr. SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, «Comentario al artículo 1504», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1639.

<sup>121</sup> Enunciado recogido de la STS de 20 de noviembre de 2013 (RJ 2014/448), que cita a la STS de 23 de octubre de 2013 (RJ 2013/7811).

<sup>122</sup> Argumento contenido en la STS de 25 de mayo de 2016 (RJ 2016/4301), STS de 7 de abril de 2016 (RJ 2016/4289) y STS de 30 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5899), que citan a la STS de 30 de abril de 2010 (RJ 2010/4360).

«para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial y, en un intento de sintetizar, que de esa condición se hace merecedor (a) aquel que la tenga por haber sido esa *la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes*, a quienes corresponde crear la "lex privata" por la que se ha de regular su relación jurídica; (b) el que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo; y (c) aquel que, con independencia de la entidad de la obligación incumplida, produzca la consecuencia de privar sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor» (la cursiva es mía)<sup>123</sup>.

Por su parte, el sector minoritario que se opone a este poder de «esencialidad convencional» de las partes se ha expresado en gran medida en el contexto de contratos de compraventa inmobiliaria y, en especial, en la obligación de entrega de la vivienda. Esta postura parte de criticar la jurisprudencia del TS que, en ese ámbito, suele fallar a favor de la resolución, por parte de los compradores, cuando las partes han pactado una cláusula resolutoria para el caso de retraso en la entrega. Así pues, el profesor CARRASCO PERERA, apuntando al TS, indica que «[l]a jurisprudencia existente está relajando el estándar histórico del "incumplimiento esencial". Unas veces porque quieren salir en socorro de compradores de inmuebles que se encontrarían hoy con inmuebles sobrevalorados y deudas de precio aplazado impagables, otras por la entronización sucesiva de la absurda doctrina de que no es preciso un estándar de incumplimiento esencial cuando se hubiera acordado una condición resolutoria expresa»<sup>124</sup>. Más recientemente, apuntando esta vez al acreedor afectado por un incumplimiento previsto en cláusula resolutoria, considera «*contrario a la buena fe* ejercitar una resolución por incumplimiento no esencial, pues semejante conducta revela que se hace uso de este remedio para escapar de un contrato que ha devenido más caro que el mercado»<sup>125</sup>.

En una posición intermedia cabría situar a ÁLVAREZ VIGARAY, para quien, por un lado, el tribunal no dispone de poder alguno que le permita no otorgar la resolución cuando se ha estipulado una cláusula resolutoria. Sin embargo, en su opinión, el principio de

<sup>123</sup> Es particularmente relevante la *hoja de ruta* propuesta por el Tribunal en el fundamento 6º de la STS de 25 de mayo de 2016 (RJ 2016/4301) para establecer si un retraso en el cumplimiento de la obligación justifica la resolución del contrato: 1.- En primer lugar, ha de analizarse *si las partes han pactado una cláusula resolutoria que contemple al retraso como evento resolutorio*. 2.- De no existir dicha cláusula, hay que valorarse si el retraso es esencial en sí mismo, para lo cual hay que verificarse si existe término esencial o si existe una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. 3.- Si tras dicha valoración, el retraso se considera no esencial, el retraso puede justificarse como resolutorio si por su duración o consecuencias, no cabe exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato. *Vid.* GREGORACI, «Resolución...», cit., pp. 1109 y 1110.

<sup>124</sup> CARRASCO PERERA, «Resolución...», cit., p. 538.

<sup>125</sup> CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», n. 12, la cursiva es mía. Este autor argumenta que, dado el desplome del boom inmobiliario, los compradores acuden a la vía resolutoria como remedio para recuperar las –grandes, en pleno auge– cantidades entregadas, resultando «bienvenida cualquier contingencia que pudiera arrastrar al vendedor al incumplimiento de plazos» (en la misma obra, n. 2).

autonomía de la voluntad no otorga a las partes una facultad tan amplia como para consentir que se estipule que *un incumplimiento levísimo y descuidable* puede dar lugar a la resolución, por cuanto ello sería contrario a la buena fe<sup>126</sup>.

En mi opinión, aunque la autonomía de la voluntad constituye, de por sí, un fuerte argumento a favor de la admisión de las cláusulas resolutorias como medio de «esencialidad convencional», cabe acudir también a su funcionalidad en el ordenamiento jurídico. En primer lugar, las cláusulas resolutorias constituyen pactos admisibles, más allá de que no exista una regulación general expresa que les sea aplicable. Se trata de algo que puede apreciarse desde el mismo tenor de la norma vigente: el art. 1504 CC es bastante claro cuando indica una posibilidad de cláusula resolutoria para un supuesto específico. Pero lo más relevante aún es que del texto del mismo artículo ha de entenderse que el CC asume la admisibilidad de cláusulas resolutorias que funcionan conforme a *los propios términos en los que fueron pactadas*. De no ser así, no tendría sentido:

- (i) que el art. 1504 CC especifique como supuesto de hecho un posible pacto en el que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar *de pleno derecho la resolución*, pues si lo hace es porque se entiende admisible cláusulas resolutorias sobre otras obligaciones u otras formas de configurarse la resolución; o,
- (ii) que especificado el pacto al que hace referencia el art. 1504 CC, se prevea una *consecuencia jurídica distinta*: la posibilidad de pago tardío ínterin no haya requerimiento judicial o notarial<sup>127</sup>.

Si la norma hace mención a una cláusula resolutoria con un efecto determinado es porque el legislador considera admisibles otras posibilidades de pactos resolutorios con sus propios términos. Asimismo, si no se admitieran este tipo de pactos en otros contratos, no se explica por qué el legislador, previendo posible una cláusula resolutoria con su propia consecuencia, impone un *efecto distinto y particular* a un *supuesto de hecho determinado*.

Por otro lado, la crítica del sector minoritario apunta al ejercicio de las cláusulas resolutorias por incumplimientos objetivamente no esenciales<sup>128</sup>. Sin embargo, si las partes estuvieran obligadas a acordar estos pactos únicamente sobre incumplimientos

<sup>126</sup> ALVAREZ VIGARAY, *La resolución...*, cit., p. 106.

<sup>127</sup> El art. 1504 CC señala: «En la venta de bienes inmuebles, *aun cuando se hubiera estipulado* que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar *de pleno derecho la resolución del contrato* [...]». Evidentemente, si la ley prevé esta cláusula resolutoria como supuesto de hecho para su propia regulación es bajo la premisa de que son admisibles este tipo de pactos a todos los contratos. La cuestión radica en que solo para la compraventa inmobiliaria de precio aplazado con pacto de resolución por el impago del precio, la cláusula resolutoria en cuestión tendrá un efecto distinto al pactado por las partes. En los demás casos, habrá de estarse a los propios términos acordados.

<sup>128</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», cit., n. 12.

esenciales, ¿por qué habría de admitirse esta figura cuando se tiene el mandato del art. 1124 CC y la posibilidad de ejercer la resolución extrajudicialmente<sup>129</sup>? Y es que precisamente, una de las funciones de la cláusula resolutoria es la de prevenir la asunción de costes de transacción por acudir a la vía judicial<sup>130</sup>. No obstante, es aún más relevante el hecho de que las partes buscan anticipar la apreciación de los incumplimientos que, más allá del criterio objetivo, frustran los fines que ellas tienen en el contrato, sustituyendo así la posterior evaluación judicial<sup>131</sup>.

Por último, contra la eficacia de los propios términos en los que ha sido redactada una cláusula resolutoria, la doctrina minoritaria considera que el mismo art. 1504 CC «prueba suficientemente que ni la fijación de un término de cumplimiento en la compraventa de inmuebles hace esencial el plazo ni lo hace tampoco que se haya incorporado una condición resolutoria expresa»<sup>132</sup>. Ante este argumento, es conveniente señalar que al examinarse la *ratio legis* de la citada norma<sup>133</sup>, puede considerársela como una regla excepcional y para un supuesto de hecho específico: la compraventa inmobiliaria con precio aplazado y con pacto comisorio sobre el impago de dicho precio por parte del

<sup>129</sup> Como expone INFANTE RUIZ, *Contrato...*, cit., p. 69, «la inclusión de una cláusula resolutoria expresa en el contrato evita la valoración de la gravedad del incumplimiento, lo que es su razón de ser frente a la resolución “implícita” del art. 1124 CC» (la cursiva es mía). Bastante gráfica es la siguiente cita de ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba, *El contrato de franquicia. Definiciones y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 490, nota al pie 144: «Compárese las STS de 11 de mayo de 1978, 15 de abril de 1987, 27 de febrero de 1989, donde el juez se limita a señalar el incumplimiento y a aceptar los efectos de la resolución pre pactada, frente a la STS de 28 de febrero de 1989, en la que se permite cuestionar no sólo la producción del incumplimiento, sino también la procedencia del mismo, exigiendo para la viabilidad de la acción los mismo requisitos que en el art. 1124 CC, pese a tratarse de resolución basada en cláusula contractual. Se llega con ello a una situación similar a la de la condición resolutoria tácita del régimen ordinario, ya que aunque el tribunal acepta los efectos resolutorios de pleno derecho de la estipulación, se condicionan los mismos a la gravedad del incumplimiento apreciada libremente por los jueces y a la producción indubitada e irreparable de daño suficiente, sin atender, en principio, a la posible voluntad agravatoria de las partes, que pueden pactar la asunción de comportamientos no culpables».

<sup>130</sup> Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, Civitas, Madrid, 1999, p. 22.

<sup>131</sup> Cfr. IRURZUN GOICOA, Domingo, «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en MARTÍNEZ RADIO, Antonio (Dir.), *Estudios de Derecho Privado*, t. 2, EDESA, Madrid, 1965, p. 15. Por su parte, MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, «Condiciones potestativas, incumplimiento contractual y cláusula resolutoria expresa. STS de 16 mayo 2012, en *CCJC*, n. 91, 2013, pp. 211 y ss. indica que las cláusulas resolutorias que definen el incumplimiento sirven para evitar la litigiosidad en torno al tipo de incumplimiento a efectos de la resolución. En ese sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las cláusulas...*, cit., p. 22.

<sup>132</sup> CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», cit., n. 16. Se trata de una idea ya enunciada por el autor en *Derecho...*, cit., p. 1225. En ese mismo sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 1124», cit., p. 8238 y VERDEA SERVER, «Cláusula resolutoria...», cit., p. 480.

<sup>133</sup> A saber, la prohibición del carácter automático que tenía la *lex commissoria* del Derecho romano en los contratos de compraventa con precio aplazado. Así pues, la falta de automaticidad de la resolución por incumplimiento del comprador beneficia tanto al vendedor, quien ostenta a su libre arbitrio la facultad de ejercer la resolución o exigir el cumplimiento, como al comprador, quien tiene posibilidad de pagar aunque haya transcurrido el plazo para ello y mientras el vendedor no le requiriera la resolución. Cfr. GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., pp.59-61.

comprador<sup>134</sup>. La excepcionalidad descrita líneas arriba (la norma prevé una condición resolutoria sobre una obligación y un efecto específico), así como los motivos que la originaron en 1889, impiden razonablemente que se pueda extraer del art. 1504 CC una regla general aplicable a todos los casos en los que se presente este tipo de pactos. Como sentencia CLEMENTE MEORO, «[s]i se considera que el principio general es el de autonomía privada (art. 1255 CC), el art. 1504 vendría a ser una excepción, en cuanto impide el pacto comisorio, esto es, que el impago del precio opere automáticamente como condición resolutoria»<sup>135</sup>. Y por ese mismo fundamento de excepcionalidad, ha de sostenerse que los poderes del juez en el caso del art. 1124 CC (incluyendo el análisis de la esencialidad del incumplimiento) no tienen cabida en el supuesto previsto en el art. 1504 CC<sup>136</sup>.

### 3.3. Las cláusulas resolutorias y la buena fe

Entiendo cuestionable también defender el ejercicio de este tipo de cláusulas únicamente por incumplimientos esenciales y sostener que no hacerlo así es *contrario a la buena fe*. En una cláusula negociada libremente se presupone que las partes, como sujetos capacitados para declarar su voluntad, quieren aquello que expresan en el contrato. La buena fe aquí no funciona como un rasero sobre el contenido de lo pactado

<sup>134</sup> Tal y como lo reconocen DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. 4, p. 158; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos...*, cit., p. 58; MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 1.124», cit., pp. 1221; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Requerimiento y Resolución en la Compraventa Inmobiliaria*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 88; GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., p. 70 (y en ese mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO en el «Prólogo» a su obra, pp. 15 y ss.); RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 194; VAQUERO PINTO, María José, «Diferencias entre arts. 1124 y 1504 CC: teoría y realidad», en CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.), *Tratado de la Compraventa*, t. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 1653; y, ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Comentario al artículo 1504», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. 8, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 10647. Para otro sector, se entiende extendida la aplicación del art. 1504 CC a todo contrato de compraventa inmobiliaria con pago de precio aplazado, *exista o no* pacto comisorio de por medio. Esta última postura ha sido defendida a nivel doctrinal por MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código Civil*, t. XXIII, Madrid, 1906, p. 732; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, t. 10, 5ª ed., Reus, Madrid, 1950, p. 305; MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, «El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (Art. 1504 del Código Civil)», en *ADC*, 1971, n. 2, p. 493; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 1.504», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDESA, Madrid, 1991, p. 463; MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, «Comentario al art. 1504», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y OTROS (Dir.), *Comentario al Código Civil*, t. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 984; JORDANO FRAGA, *La resolución...*, cit., pp. 29-31; BADENES GASSET, Ramón, *El contrato de compraventa*, t. 2, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 828 y 829. Más recientemente, DÍAZ ROMERO, Griselda, «La condición resolutoria expresa y el Registro de la Propiedad», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 124.

<sup>135</sup> CLEMENTE MEORO, Mario, «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 325.

<sup>136</sup> Esto último no está aún claro en la jurisprudencia del TS. En un espléndido análisis, GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., pp. 69-103 identifica en ella el problema de una ampliación del ámbito objetivo de aplicación del art. 1504 CC a todos los casos de compraventas inmobiliarias, *exista o no* cláusula resolutoria. Ante ello, determina las razones de corte estadístico y jurídico por las cuáles ha de mantenerse la excepcionalidad del citado artículo y su plena vigencia en su propio ámbito.

pues para ello se encuentran los límites del art. 1255 CC<sup>137</sup>: funciona como regla que obliga precisamente a *cumplir lo acordado*<sup>138</sup>. Tal y como expone ALFARO ÁGUILA-REAL, «la validez de los acuerdos entre particulares no se legitima por la justicia de su contenido [...] sino porque han sido adoptados libremente por los particulares», así pues, «la libertad reconocida por el ordenamiento *no es la libertad para alcanzar un acuerdo (objetivamente) justo, sino para alcanzar un acuerdo que al contratante le parezca justo*»<sup>139</sup>.

Entonces, ¿cómo funciona en realidad la buena fe en el ámbito de lo negociado? Es tenida en cuenta en el ordenamiento como causa de limitación del *ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico*, y, por ello, impone que este deba ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte<sup>140</sup>. La buena fe no entra aquí en la determinación del *contenido del derecho* porque las partes, en virtud de su autonomía, ya lo han hecho en el contrato, sino en el *ejercicio o ejecución* de dicho contenido<sup>141</sup>. Así se encuentra expresado en el art. 7.1 CC que ordena que «[l]os derechos *deberán ejercitarse* conforme a las exigencias de la buena fe».

Bastante ilustrativa es la STS de 26 de enero de 1980 (RJ 1980/167)<sup>142</sup>, cuando expone que «no puede afirmarse que la conducta de la vendedora se ajustase a esos postulados

<sup>137</sup> GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., p. 53 sentencia que «en el ámbito de las cláusulas negociadas el Derecho dispositivo y la buena fe no opera como parámetros de concreción del límite de contenido». En tal sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las cláusulas...*, cit., p. 19.

<sup>138</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Comentario al artículo 82», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 737.

<sup>139</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 87 y 89, con cursiva en el original.

<sup>140</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, «Prólogo» a WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, trad. José Luis Carro, Civitas, Madrid, 1986, p. 19.

<sup>141</sup> DÍAZ MORENO, Alberto, «El artículo 1504 del Código civil. Resolución unilateral y privada del contrato. STS de 29 abril 1998 (RJ1998/3269)», en *Revista de Derecho Privado*, n. 2, 1999, p. 157 señala que «[l]o que se ha de ventilar en el proceso subsiguiente a la resolución es si el ejercicio de la facultad resolutoria *entraña un abuso por parte del contratante* que pretende poner fin al programa de intercambio» (la cursiva es mía). Por su parte, MARTÍNEZ FLOREZ, *Las cláusulas...*, cit., p. 23 advierte de la posible afectación a terceros en el ámbito concursal, «porque las cláusulas resolutorias *pueden constituir* un cauce para que la parte beneficiada por las mismas *recupere la prestación realizada por ella sin sufrir el concurso de los demás acreedores de su contraparte* [...]» (la cursiva es mía). También en ese sentido, PLANA ARNALDOS, María Carmen, «Cláusula resolutoria pactada para el caso de retraso en la obligación de entrega en contrato de compraventa de inmueble futuro», *CCJC*, n. 102, 2016.

<sup>142</sup> Sentencia analizada por JORDANO FRAGA, *La resolución...*, cit., p. 105; VAQUERO PINTO, «Diferencias...», cit., p. 1662 y GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., pp. 88 y ss. El caso trata sobre un contrato de compraventa de un solar y una nave industrial. Dicho contrato contenía una cláusula resolutoria por la cual se otorgaba derecho al vendedor para resolver el contrato en caso de impago, por parte del comprador, de dos letras. Asimismo, por cláusula penal, en caso de ocurrir la resolución aludida, el vendedor podía conservar las cantidades percibidas. Lo relevante es que, pese a que el comprador había impagado seis letras, *el vendedor continuó cobrando las letras siguientes* y, luego de aproximadamente *dos años desde el cobro de la última letra*, requirió judicialmente al comprador la resolución del contrato, en virtud de la cláusula resolutoria antes señalada.

[los del art. 7 CC], sino que fueron desconocidos al intentar *ejercer anormalmente o con voluntad de lucro excesivo* en perjuicio ajeno un derecho de resolución contractual dirigido a la obtención de un beneficio injusto, pues por tal ha de calificarse su aplicación estricta y a la letra de una cláusula penal que le permitiría quedarse con la cosa vendida y con los cuatro quintos de su precio ya percibido, *con la alegación extemporánea de un parcial incumplimiento del comprador, antes tolerado y no denunciado, volviéndose así contra una propia conducta creadora de una ajena confianza que ahora no puede ser defraudada*»<sup>143</sup>.

Por lo tanto, en cuanto al *contenido de lo pactado* en un contrato, más que una cuestión de buena fe, lo relevante es la *voluntad* de las partes. Es evidente que son los contratantes (y no el juez) los sujetos más idóneos para valorar, en el momento originario del contrato, la trascendencia de un determinado incumplimiento<sup>144</sup>. Esta posición ha de permitirles especificar con la mayor claridad posible las contravenciones consideradas esenciales para los fines que las partes buscan obtener en el contrato, pues solo así la cláusula resolutoria cumplirá con la función de prevenir el análisis de trascendencia en términos objetivos por parte del juez<sup>145</sup>. Por el contrario, una cláusula que califique a un incumplimiento en términos muy abiertos no excluirá, en lo absoluto, la aplicación del régimen del art. 1124 y su desarrollo jurisprudencial<sup>146</sup>. Tampoco lo hará, como se ha explicado ya, un incumplimiento esencial que no haya estado comprendido en una cláusula resolutoria, aunque esta contenga otras contravenciones<sup>147</sup>.

En todo caso, cabe la aplicación del art. 1281 CC, por el cual un contrato con cláusula resolutoria en términos claros habrá de *interpretarse* de acuerdo con el «sentido literal de sus cláusulas». Ello porque a diferencia de otras situaciones como el término esencial, en donde la denominación «esencial» de un término no basta para que este adquiera tal cualidad<sup>148</sup>, una cláusula resolutoria se identifica claramente por su estructura: supuesto

<sup>143</sup> GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., pp. 85 y ss. analiza otras SSTs en donde el Alto Tribunal se basa en el mandato de buena fe en el ejercicio de derechos (art. 7 CC) para denegar la resolución.

<sup>144</sup> Cfr. DÍAZ MORENO, «El artículo 1504...», cit., p. 159, en referencia a la cláusula resolutoria del art. 1504 CC.

<sup>145</sup> IRURZUN GOICOA, «La cláusula...», cit., p. 15, señala que «[l]a cláusula que detalle y especifique con claridad qué incumplimiento da lugar a la resolución evitará toda inseguridad acerca de la suerte que ha de correr el contrato». En ese sentido, GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., p. 39, nota al pie 12.

<sup>146</sup> Coincido en ese sentido con el planteamiento de VERDERA SERVER, «Cláusula resolutoria...», cit., p. 481, cuando plantea el siguiente problema: «si en un contrato las partes se limitan sin más a transcribir el contenido del art. 1124 CC, producido un incumplimiento [...], ¿debe analizarse si ese incumplimiento es resolutorio, conforme a la conocida doctrina jurisprudencial, o debe sin más darse por resuelto el contrato? La respuesta es, a nuestro juicio, obvia, puesto que la mera transcripción de este precepto no excluye la aplicación de los criterios generados en torno a esta norma». Sin embargo, cabe acotar que si en el caso mencionado el art. 1124 CC se aplica es porque su mera transcripción en un contrato *no constituye una cláusula resolutoria en sentido propio*.

<sup>147</sup> En ese sentido, la STS de 1 de abril de 2014 (RJ 2014/2155), que señala que «una vez descartada la aplicación de la condición resolutoria expresa para esta hipótesis, ha de estarse a los criterios legales y jurisprudenciales que rigen en relación con el art. 1124 CC».

<sup>148</sup> Cfr. INFANTE RUIZ, *Contrato...*, cit., p. 37.

de hecho y consecuencia jurídica. Con tal complejidad, resultará muy difícil cuestionar el hecho de que las partes la hayan querido incorporar en su contrato, con todo lo que ello supone.

#### 3.4. *La facultad resolutoria como derecho subjetivo otorgado negocialmente*

La doctrina crítica también ha dicho que no se puede prescindir de la regla material por la cual solo sería admisible ejercer una cláusula resolutoria por incumplimiento esencial, pues de ser así, «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 sólo con mucha mala fe se puede defender»<sup>149</sup>. A mi entender, la crítica no considera el hecho de que, como regla general, el acaecimiento de un incumplimiento previsto en una cláusula resolutoria *genera una facultad o potestad* a favor del acreedor afectado. Como sucede con todo derecho subjetivo, dicha facultad no es ilimitada, por lo que el favorecido con ella, como se ha indicado ya, no puede ejercerla a su capricho. Sostiene INFANTE RUIZ que dado el incumplimiento previsto en la cláusula, es necesaria la declaración del sujeto afectado a su contraparte en la que se haga valer su facultad de resolución. Si no lo hace, «la inactividad injustificada del favorecido, después de un *periodo de tiempo razonable*, tendrá como consecuencia el mantenimiento del contrato, al poder interpretarse como una renuncia al ejercicio de la facultad resolutoria de acuerdo con el principio de buena fe *ex art. 1258 CC*»<sup>150</sup>. Por tal motivo, lo cuestionable en esta facultad es su ejercicio de forma extemporánea y, más aún, cuando hubiera transcurrido un periodo de tiempo tal que pueda considerarse razonablemente que el acreedor ha tolerado el incumplimiento (cuando ante la pasividad del afectado, el deudor cumple con su obligación) y ha decidido proseguir con el vínculo contractual.

No es cuestionable, por el contrario, que el acreedor favorecido por la cláusula resolutoria ejerza desde el mismo momento del incumplimiento la facultad de resolver el contrato<sup>151</sup>. La configuración del supuesto de hecho previsto por dicha cláusula otorga

<sup>149</sup> CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», cit., n. 12.

<sup>150</sup> INFANTE RUIZ, *Contrato...*, cit., p. 64.

<sup>151</sup> Lo que critica, con términos muy expresivos, GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y GARCÍA PÉREZ, Carmen (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 307 cuando señala que «ahora es el adquirente del piso comprado sobre plano el que espera impaciente en la puerta de la notaría a que *llegue el día previsto para la entrega sin que se haya verificado para realizar el acta de requerimiento y manifestaciones* con el propósito de hacer efectivas las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta y recuperar el precio pagado por un inmueble que ahora vale la mitad, para acceder en mejor condiciones al *outlet* del mercado inmobiliario» (la cursiva es mía). También CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», cit., n. 11, al criticar la jurisprudencia del TS, expone que esta «promueve el ejercicio oportunista y abusivo de la facultad de resolución, cuando se llega al extremo de permitir que *el comprador resuelva el día después de la llegada del plazo y se dé curso a esta resolución* aunque el vendedor ofrezca inmediatamente el cumplimiento en la contestación al requerimiento resolutorio» (la cursiva es mía). En contra, aunque aún más extrema que la postura que

al acreedor un derecho subjetivo y, como tal, «una situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa»<sup>152</sup>. En ese sentido, la facultad de resolver es conferida *por acuerdo entre las partes* (autonomía de la voluntad) desde el momento en que se celebra el contrato, y es activada por el acaecimiento del supuesto por ellas previsto. Por tal motivo, salvo que los mismos contratantes hayan dispuesto algo contrario, el acreedor afectado por el incumplimiento goza de un ámbito de libre ejercicio y no puede serle exigible esperar un futuro cumplimiento<sup>153</sup>.

Por ejemplo, en las SSTs de 29 de noviembre de 2012 (RJ 2013/191), 3 de julio de 2013 (2013/5913), 13 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7821) y 4 de mayo de 2016 (2016/2217) se resuelven casos de compraventas inmobiliarias con cláusulas resolutorias por la no entrega de las viviendas en el tiempo convenido<sup>154</sup>. En todas ellas, configurado el incumplimiento previsto, los compradores decidieron ejercer, en virtud del mencionado ámbito de libre ejercicio, la facultad de resolver el contrato. Pese a que con posterioridad al requerimiento (y antes de la demanda judicial) los vendedores ofrecieron la materialización de su prestación<sup>155</sup>, el Alto Tribunal otorgó el remedio resolutorio a favor de los compradores con base en que la aposición de una cláusula resolutoria constituye el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y, según el mismo Tribunal, convierte al plazo pactado en «término esencial». Y es que la configuración del incumplimiento es la que activa el derecho, atribuido *inter partes*, a favor del comprador, quien como titular puede ejercerlo *a su arbitrio* (aunque no a su arbitrariedad, algo que no se aprecia en ninguno de estos casos). Por lo tanto, resultaría contradictorio que aquella parte que otorgó libremente un derecho subjetivo mediante pacto, cuestione su ejercicio dentro de la esfera atribuida, pretendiendo modificar *a posteriori* el suceso que puso en vigor dicho derecho.

defiendo es la de INFANTE RUIZ, *Contrato...*, cit., p. 64, para quien ocurrida la contravención, el acreedor afectado debería contar con un periodo de tiempo (*spatium deliberandi*) en la que el deudor ni siquiera podría cumplir. A su juicio, admitir este cumplimiento «haría totalmente inútil la cláusula resolutoria».

<sup>152</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, t. 1, vol. 1, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 610.

<sup>153</sup> Empleándose el razonamiento de DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil...*, cit., p. 642 sobre el derecho subjetivo, al pactarse una cláusula resolutoria se produce un acto de confianza hacia el titular de la facultad de resolución (el acreedor) y con una finalidad determinada (la posibilidad de resolver el contrato verificado el incumplimiento previsto). Como señala el citado autor, «el poder se entrega por y para algo, tiene su propio fin [...]».

<sup>154</sup> Todas estas sentencias han sido examinadas por el profesor CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», cit., nn. 5, 6, 7, 8 y 9, y en particular, el profesor VERDEIRA SERVER, «Cláusula resolutoria...», pp. 467-492 analiza la STS de 13 de noviembre de 2013.

<sup>155</sup> Eso sí, salvo por el caso contenido en la STS de 13 de noviembre de 2013, todos los vendedores entregaron la vivienda, como mínimo, después de *veinte días* desde el requerimiento de resolución.

Así pues, pese a las voces en contra<sup>156</sup>, lo trascendente en el ejercicio de esta facultad no es la diferencia temporal entre el requerimiento de resolución y un eventual cumplimiento posterior, sino la que existe entre el *incumplimiento* y el *requerimiento de resolución*. El lapso entre estos dos sucesos, como se ha dicho, debe ser razonable, de modo que el ejercicio de la facultad resolutoria no se realice de modo extemporáneo o más allá de lo prudente.

### 3.5. Las cláusulas resolutorias como «cláusulas de estilo»

Otro argumento empleado por esta doctrina crítica es la consideración de la mayoría de las cláusulas resolutorias expresas como «cláusulas de estilo»<sup>157</sup>. En particular, se ha denunciado que al devenir tan universales este tipo de pactos en las compraventas inmobiliarias, son muy pocas las posibilidades de ser excluidos en los contratos, sin importar si se trata de una cláusula «negociada» o «impuesta» como condición general de contratación. En palabras del profesor CARRASCO PERERA, «no podemos representarnos que en un escenario de negociación no coartada pueda el consumidor tener algún interés real en que dicha cláusula [...] no se incorpore», y sentencia que «[h]ay poco qué negociar sobre si en una compraventa (y más de inmuebles) se incorpora o no una condición resolutoria por incumplimiento»<sup>158</sup>.

A mi entender, es correcta la apreciación estadística de este sector sobre el gran protagonismo que ha ganado la cláusula resolutoria como pacto en los contratos de compraventa inmobiliaria. Sin embargo, incluso si asumiéramos que por ende «hay poco que negociar» sobre la posibilidad de no incorporar este tipo de estipulaciones, lo determinante es que aún «se puede negociar», algo que ha sido demostrado en el caso resuelto en la STS de 5 de febrero de 2014 (2014/825): una compraventa sobre vivienda celebrado el 25 de octubre de 2007. En él, las partes acordaron una cláusula resolutoria para el caso en que transcurriera el plazo de entrega infructuosamente, lo cual constituye el supuesto resolutorio más frecuente en este tipo de contratos. Sin embargo, lo particular de este caso se refleja en la misma cláusula: «No obstante, no se entenderán como imputables al vendedor ni, por tanto, *constituirán causa de resolución del contrato*, los retrasos en la entrega de la vivienda que, una vez concluidas las obras, *se puedan producir por demora en la obtención de las autorizaciones administrativas preceptivas para proceder a la ocupación de la vivienda [...]*» (la cursiva es mía). La entrega de la vivienda debió realizarse como máximo el 28 de setiembre de 2009. Sin embargo, el vendedor, pese a la finalización oportuna de las obras, no pudo cumplir con la entrega en el tiempo pactado al no contar con la licencia de primera ocupación. Por este motivo, el comprador decidió requerir por burofax la resolución del contrato el 5 de noviembre

<sup>156</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», cit., n. 4, para quien resulta cuestionable que el TS otorgue el remedio resolutorio cuando existió cumplimiento posterior al requerimiento de resolución y la infracción obligacional aún no parecía esencial a tenor de las circunstancias.

<sup>157</sup> Cfr. VERDEA SERVER, «Cláusula resolutoria...», cit., p. 482 y CARRASCO PERERA, *Derecho...*, cit., p. 1111.

<sup>158</sup> CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», cit., n. 13.

del mismo año. Es el 20 de noviembre cuando el vendedor obtiene finalmente la mencionada licencia y, por tanto, se encuentra ya en condiciones de cumplir.

Al examinar el caso, el TS reconoció que «pactada una condición resolutoria expresa, subordinada al cumplimiento de un plazo, su incumplimiento puede generar la resolución del contrato». No obstante, el mismo Tribunal verifica que en la cláusula sexta del contrato, «se pactó que no se computarían los retrasos en la obtención de la licencia de primera ocupación». Por lo tanto, *en virtud de la letra de lo pactado* y a la consideración del retraso como «no imputable al vendedor», se decidió no conceder la resolución contractual<sup>159</sup>. Se trata de una postura coherente con la resolución del Pleno del TS en su sentencia de 10 de setiembre de 2012 (2013/2266), donde se declaró que la regla general es que la falta de obtención de la licencia de primera ocupación en el plazo previsto no es un incumplimiento esencial, salvo que *las partes hayan pactado lo contrario* o que de las circunstancias se entienda que no va a ser posible su expedición en un plazo razonable por contravención de la legislación urbanística<sup>160</sup>.

Considero que este caso constituye un buen ejemplo de incorporación de una cláusula resolutoria a un contrato de compraventa inmobiliaria que va en la línea de la «universalidad» expuesta por el sector crítico, pero que, a su vez, permite al vendedor no verse afectado por el ejercicio de una facultad resolutoria, a causa de un incumplimiento no controlable por él<sup>161</sup>. Ha de recordarse que la resolución pretende remediar un incumplimiento esencial en sentido objetivo, sin que sea relevante su imputación al deudor<sup>162</sup>. Como señala DÍAZ MORENO<sup>163</sup>, es en el momento genético del contrato cuando los contratantes deben hacer «su cálculo de riesgos y beneficios» y, por ende, «la valoración de la trascendencia del incumplimiento». Reitero, por tanto, que aunque hay poco qué negociar, lo determinante es que *se puede negociar*, y con más razón cuando el que propone el contenido del contrato es un profesional.

<sup>159</sup> No fue motivo de la negativa a la resolución, por tanto, que unos días más tarde el vendedor consiguiera la licencia de primera ocupación que había solicitado antes de que el comprador declarara la resolución, como parece entender CARRASCO PERERA, «Condición resolutoria...», cit., n. 10, al analizar la misma sentencia. Lo determinante fue el contenido textual de lo pactado por las partes y, dentro de él, la no consideración como causa de resolución de la tardanza en la obtención de la licencia de primera ocupación. De tal modo que, si dicha especificación no se hubiera acordado en el contrato, es más que probable que el Alto Tribunal hubiese concedido la resolución al comprador.

<sup>160</sup> Cfr. GREGORACI, *Cláusula resolutoria...*, cit., p. 51. Criterio aplicado en la STS de 1 de abril de 2014 (RJ 2014/2155).

<sup>161</sup> Situación que habría sido conveniente aplicar en los casos de las SSTS de 29 de noviembre de 2012 (RJ 2013/191), 3 de julio de 2013 (2013/5913), 13 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7821) y 4 de mayo de 2016 (2016/2217), empleadas por la doctrina crítica para sustentar su postura.

<sup>162</sup> Por tal motivo, en la cláusula referida en el ejemplo, más que considerar al retraso en la obtención de la licencia como «no imputable» al vendedor para denegar la resolución, lo fundamental es que en la misma cláusula se menciona que dicho retraso «no constituirá causa de resolución del contrato». Como se aprecia, esta última es una delimitación negativa *netamente objetiva* del supuesto de incumplimiento resolutorio.

<sup>163</sup> DÍAZ MORENO, «El artículo 1504...», cit., p. 159, en referencia a la cláusula resolutoria del art. 1504 CC.

### 3.6. La fijación del plazo, término esencial y cláusula resolutoria

Por último, coincido con el profesor CARRASCO PERERA cuando critica la idea de que la fijación del plazo inequívoco para el cumplimiento equivale a término esencial. Es más, ni tan siquiera el empleo del calificativo «esencial» es determinante para considerar a un término como tal en sentido jurídico<sup>164</sup>. Sin embargo, pese a la ausencia de una disciplina general que regule la cláusula resolutoria y el término esencial en el ordenamiento español<sup>165</sup>, puede entenderse que ambas figuras comparten una función en común: determinar el supuesto que activa el remedio resolutorio<sup>166</sup>.

La posibilidad de que exista un término esencial subjetivo (es decir, *ex voluntate*) para el cumplimiento de una obligación permite que dicha figura se exprese a través de diferentes fórmulas, incluyendo evidentemente su anexión a una cláusula resolutoria. De hecho, si el solo calificativo «esencial» no es determinante para considerar a un término pactado como tal es porque ello ha de observarse también de las circunstancias del convenio y, en particular, del resto del clausulado<sup>167</sup>. Por ello, es perfectamente posible considerar a un plazo como esencial para el cumplimiento si dicha circunstancia va aunada a una cláusula resolutoria en el contrato. Como expone INFANTE RUIZ, «el término esencial puede aparecer en una cláusula resolutoria expresa o manifestarse a través de ella»<sup>168</sup>. Esto, en definitiva, ampara las continuas referencias, por parte del TS, a un término esencial de cumplimiento cuando las partes han pactado una cláusula resolutoria<sup>169</sup>.

## 4. CONCLUSIONES

<sup>164</sup> INFANTE RUIZ, *Contrato...*, cit., p. 39 presenta el ejemplo de un contrato de subarriendo de obra, en donde se acordó que «el plazo pactado tiene carácter de *término esencial*, y en su consecuencia la empresa subcontratista *incurrirá en mora* por el simple incumplimiento del plazo fijado para la ejecución de la obra» (la cursiva es mía). Opina correctamente el autor, cuando expone que este supuesto no es de término esencial, pues «[d]e acuerdo con el pacto referido, parece más bien que las partes quisieron excluir la intimación de la mora en caso de retraso en el cumplimiento, es decir, configuraron un supuesto de mora *ex re*, de manera que a partir de la fecha de vencimiento las consecuencias propias de la mora se trasladarían a la parte deudora».

<sup>165</sup> A diferencia de lo que sucede en el CC italiano, en donde el art. 1456 CC regula la figura de «cláusula resolutoria», y el art. 1457 CC contiene al «término esencial», con sus respectivos efectos.

<sup>166</sup> Así lo expresa la STS de 1 de abril de 2014 (RJ 2014/2155) cuando señala que «un determinado plazo de cumplimiento de las obligaciones pactadas –en el caso del contrato de compraventa, el plazo de entrega de la cosa vendida, que incumbe al vendedor como su obligación más característica– se tendrá como esencial, con efectos resolutorios en caso de incumplimiento, si las partes quisieron darle ese carácter. Esto supone que para saber si fue esa la intención de las partes es imprescindible interpretar el contrato».

<sup>167</sup> Cfr. INFANTE RUIZ, *Contrato...*, cit., p. 37 y ss. *Vid.* un análisis jurisprudencial sobre el término esencial y las circunstancias objetivas del contrato en MACANÁS, Gabriel, «Término esencial –pactado o no– para la entrega de vivienda vendida y resolución de contrato», en *CCJC*, n. 102, 2016.

<sup>168</sup> INFANTE RUIZ, *Contrato...*, cit., p. 70.

<sup>169</sup> Situación advertida por VERDERA SERVER, «Cláusula resolutoria...», cit., p. 486, cuando expone que «[e]xiste, por lo demás, una tendencia en el Tribunal Supremo que parte de la combinación entre la previsión de una cláusula resolutoria y la fijación de un plazo de entrega para concluir que, entonces, ese plazo se ha configurado como un término esencial».

PRIMERA.- La resolución contractual encuentra plena justificación cuando el incumplimiento es esencial, esto es, cuando la contravención sufrida por el cumplidor le prive sustancialmente de todo aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato o que frustra la finalidad perseguida por él. Dada la frustración del fin contractual que genera, el incumplimiento esencial implica necesariamente una imposibilidad de cumplimiento tardío por parte del deudor. Por tal motivo, ha de asumirse que el incumplimiento será esencial cuando sea *definitivo*.

SEGUNDA.- El retraso, como todo incumplimiento, se configura con la ausencia de cumplimiento en el tiempo debido. Sin embargo, lo que caracteriza esencialmente al retraso como un tipo autónomo de incumplimiento obligacional es el hecho de que pese a la contravención inicial, se mantiene la *viabilidad* de cumplimiento posterior aunque exista una *incertidumbre* sobre si dicho cumplimiento llegará o no a producirse. Estos dos elementos estructurales permiten concluir que un retraso, en sentido jurídico, *no puede ser considerado incumplimiento resolutorio*: no hay frustración del fin contractual porque aún hay posibilidades de cumplimiento tardío.

TERCERA.- El art. 1124 CC tiene un núcleo imperativo: su primer párrafo. En él, la ley *impone* una facultad resolutoria, esto es, la potestad de la parte afectada por dicho incumplimiento para elegir ejercer o no el remedio resolutorio. Si bien finalmente quedará en manos del acreedor el *ejercicio* de dicha potestad, es imperativo su *reconocimiento* para el caso de una contravención que frustre la finalidad contractual. Considerar que las partes pueden optar por desechar toda posibilidad de resolver el contrato supondría *obligar al acreedor afectado por un incumplimiento esencial a permanecer vinculado a un contrato cuyo fin ha quedado frustrado*.

CUARTA.- Del texto del art. 1504 CC, puede asumirse que la ley ampara la admisibilidad de cláusulas resolutorias que funcionan conforme a los propios términos en que fueron pactadas, sin que se reduzcan únicamente a las compraventas inmobiliarias. De no ser así, no tendría sentido que el art. 1504 CC señale un efecto *específico* (la resolución de pleno derecho) para un *posible* (que puede o no puede haberlo) pacto comisorio. Si hace esta especificación es porque la ley admite cláusulas resolutorias sobre otras obligaciones u otras formas de configurarse la resolución. Tampoco tendría sentido que el legislador, previendo posible una cláusula resolutoria con su *propia consecuencia*, imponga un *efecto distinto y particular*: la posibilidad de pago tardío ínterin no haya requerimiento judicial o notarial.

QUINTA.- Si las partes estuvieran obligadas a pactar cláusula por únicamente incumplimientos graves, no tendría sentido admitir cláusula resolutoria alguna (ni siquiera la del art. 1504 CC) si se tiene el mandato del art. 1124 CC. Se entiende que en una cláusula resolutoria, las partes no solo buscan prevenir costes de transacción, sino también anticipar la apreciación de los incumplimientos que, más allá del criterio

objetivo, frustran los fines que ellas tienen en el contrato, sustituyendo así la posterior evaluación judicial.

SEXTA.- La buena fe no funciona como regla aplicada al *contenido de lo pactado*, sino como causa de limitación al *ejercicio de los derechos pactados*. Por tal motivo, la facultad de resolución otorgada por cláusula resolutoria no es ilimitada, pues el favorecido con ella no puede ejercerla a su capricho. Dado el incumplimiento previsto en la cláusula, es necesaria la declaración oportuna del sujeto afectado a su contraparte en la que haga valer su facultad resolutoria. Sería cuestionable cuando el titular de la facultad hubiera dejado transcurrir un periodo de tiempo tal que pueda considerarse razonablemente que el acreedor ha tolerado el incumplimiento (cuando ante la pasividad del afectado, el deudor cumple con su obligación) y ha decidido proseguir con el vínculo contractual. No es cuestionable, por el contrario, su ejercicio desde el mismo momento del incumplimiento. Lo trascendente no es la diferencia temporal entre el requerimiento de resolución y un eventual cumplimiento posterior, sino la que existe entre el *incumplimiento* y el *requerimiento de resolución*.

SÉTIMA.- Aunque se diga que las cláusulas resolutorias han pasado a ser «cláusulas de estilo» y que, por tal motivo, «hay poco qué negociar» frente al comprador de un inmueble, lo relevante es que *se puede negociar*, y con más razón cuando el que propone el contenido del contrato es un profesional. En ese sentido, el vendedor profesional bien puede introducir en la cláusula de resolución elementos que le permitan no verse perjudicado por el ejercicio de una facultad resolutoria a causa de un incumplimiento no controlable por él.

OCTAVA.- La fijación del plazo inequívoco para el cumplimiento *no equivale* a término esencial. El carácter esencial de un término ha de concluirse de las circunstancias del convenio y, en particular, del clausulado. No obstante, lo que es evidente es que bien puede considerarse que un tiempo de cumplimiento ligado a una cláusula resolutoria puede asumirse como término esencial, por cuanto ambas figuras (cláusula resolutoria y término esencial) comparten una función en común: determinar el supuesto que activa el remedio resolutorio.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, t. 2, 11<sup>º</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2002.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, «Resolución del vendedor de cosa mueble por mora o impago del comprador», en CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.), *Tratado de la Compraventa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, «Comentario al artículo 1124», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y OTROS (Dir.), *Comentario al Código Civil*, t. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 4<sup>º</sup> ed., Comares, Granada, 2009.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Comentario al artículo 1504», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. 8, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BADENES GASSET, Ramón, *El contrato de compraventa*, t. 2, 3<sup>º</sup> ed., Civitas, Madrid, 1995.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998.

BLANDINO GARRIDO, María Amalia, «El incumplimiento del contrato», en VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (Ed.), *El derecho común europeo de la competencia y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 2015.

BUSTO LAGO, José Manuel, «Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla “rebus sic stantibus”, frustración de las expectativas del comprador. Sentencia 26 abril 2013 (RJ 2013/3268)», en *CCJC*, n. 93, 2013.

CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Condición resolutoria y término en la resolución por incumplimiento: una historia mal contada en homenaje al oportunismo de compradores de vivienda» (en línea), en *Blog del Centro de Estudios de Consumo*, setiembre, 2016. Disponible en URL <<http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/09/Resolucion-condicion-resolutoria-y-termino-esencial-.pdf>>

CARRASCO PERERA, Ángel, «Resolución e indemnización de daños», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y GARCÍA PÉREZ, Carmen (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español y foral*, t. 3, 16<sup>º</sup> ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1992.

CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2000.

CLEMENTE MEORO, Mario, «El retraso y la resolución en la compraventa de inmuebles», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CLEMENTE MEORO, Mario, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009.

CLEMENTE MEORO, Mario, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2131, año 65, mayo de 2011.

COLLINS, Hugh, *The Law of Contract*, 4ª ed., LexisNexis Butterworths, London, 2003.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1984.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, t. 1, vol. 1, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (Coord.) y OTROS, *Curso de Derecho Civil*, t. 2, 2ª ed., Colex, Madrid, 2008.

DÍAZ MORENO, Alberto, «El artículo 1504 del Código civil. Resolución unilateral y privada del contrato. STS de 29 abril 1998 (RJ1998/3269)», en *Revista de Derecho Privado*, n. 2, 1999.

DÍAZ ROMERO, Griselda, «La condición resolutoria expresa y el Registro de la Propiedad», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis, «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», en *ADC*, n. 22, 1969.

DÍEZ-PICAZO, Luis, «Prólogo» a WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, trad. José Luis Carro, Civitas, Madrid, 1986.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6º ed., t. 2, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.

ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba, *El contrato de franquicia. Definiciones y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco, «El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales», en *A.C.*, 1997, n. 1.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 1.504», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Madrid, 1991

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José, *Derecho mercantil de obligaciones. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Cuándo es la demora en el pago un incumplimiento resolutorio», en CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.), *Tratado de la compraventa*, t. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, «El incumplimiento del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Tratado de contratos*, t. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, «La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y GARCÍA PÉREZ, Carmen (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 1124», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.) *Comentario al Código Civil*, t. 6, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, «Prólogo» a DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

GREGORACI, Beatriz, *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

GREGORACI, Beatriz, «Resolución por retraso. A propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaléon Prieto)», en *ADC*, t. 69, n. 3, 2016.

INFANTE RUIZ, Francisco José, *Contrato y término esencial*, La Ley, Madrid, 2008.

IRURZUN GOICOA, Domingo, «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en MARTÍNEZ RADIO, Antonio (Dir.), *Estudios de Derecho Privado*, t. 2, EDERSA, Madrid, 1965

JORDANO BAREA, Juan, «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita», en *ADC*, n. 4, 1951.

JORDANO FRAGA, Francisco, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Civitas, Madrid, 1992.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2007.

LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000.

LANGLE RUBIO, Emilio, *Manual de Derecho Mercantil Español*, t. 3, Bosch, Barcelona, 1959  
LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento de daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999.

MACANÁS, Gabriel, «Término esencial –pactado o no– para la entrega de vivienda vendida y resolución de contrato», en *CCJC*, n. 102, 2016.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, t. 10, 5ª ed., Reus, Madrid, 1950.

MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio, *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, Civitas, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, «Comentario al art. 1504», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y OTROS (Dir.), *Comentario al Código Civil*, t. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MIGUEL TRAVIESAS, Manuel, «Obligaciones recíprocas», en *RDP*, 1929.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Comentario al artículo 82», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011.

MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, «Condiciones potestativas, incumplimiento contractual y cláusula resolutoria expresa. STS de 16 mayo 2012», en *CCJC*, n. 91, 2013.

MONTÉS PENADÉS, Vicente, «Comentario al artículo 1.124», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDESA, Madrid, 1989.

MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código Civil*, t. XIX, 2ª ed., Madrid, 1957.

MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código Civil*, t. XXIII, Madrid, 1906.

MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, «El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (Art. 1504 del Código Civil)», en *ADC*, 1971, n. 2.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, «Resolución contractual por incumplimiento y obligaciones accesorias», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 30, 2013.

ORTI VALLEJO, Antonio, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Comares, Granada, 2002.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, n. 46, 1993.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Prólogo» a GREGORACI, Beatriz, *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Requerimiento y Resolución en la Compraventa Inmobiliaria*, Aranzadi, Elcano, 2001.

PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER Y MICÓ, José, «Notas» a ENNECCERUS, Ludwig y OTROS, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2, vol. 1, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1934.

PLANA ARNALDOS, María Carmen, «Cláusula resolutoria pactada para el caso de retraso en la obligación de entrega en contrato de compraventa de inmueble futuro», *CCJC*, n. 102, 2016.

PUIG PEÑA, Federico, «La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral», en *RGLJ*, n. 221, 1966.

ROCA TRÍAS, Encarnación, «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2132, año 65, junio de 2011.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, «Comentario al artículo 1124», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, «Comentario al artículo 1504», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

VAQUERO PINTO, María José, «Diferencias entre arts. 1124 y 1504 CC: teoría y realidad», en CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.), *Tratado de la Compraventa*, t. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

VERDERA SERVER, Rafael, «Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de vivienda. Sentencia 13 noviembre 2013», en *CCJC*, n. 95, 2014.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro, *Notas de Contratos Mercantiles, pro manuscripto*, Universidad de Piura, Piura, 2015.

Fecha de recepción: 14.12.2016

Fecha de aceptación: 22.03.2017