

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
FACULTAD DE DERECHO



LA RESTITUCIÓN EN LA RESOLUCIÓN  
POR INCUMPLIMIENTO DE LOS  
CONTRATOS TRASLATIVOS DEL DOMINIO.

TESIS DOCTORAL presentada por  
Dña. María Jesús Monfort Ferrero  
Bajo la dirección del  
Prof. Dr. Mario E. Clemente Meoro  
Valencia, 1998

UMI Number: U607479

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607479

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
CC. SOCIALS  
BIBLIOTECA

Nº Registre 26414

DATA 09/04/2001

SIGNATURA B10.7 4435

Nº LIBIS: 1036148

Nº Docs: 1036137

# ÍNDICE



ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I: EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, EN ESPECIAL, EL EFECTO RESTITUTORIO.	22
§ 1. Características generales de la resolución por incumplimiento	25
§ 2. Efectos de la resolución	40
1. <i>El efecto resarcitorio o indemnizatorio</i>	45
2. <i>El efecto liberatorio</i>	58
§ 3. El efecto restitutorio	63
3. <i>Concepto de restitución</i>	73
4. <i>Breve referencia a la historia de la restitución</i>	75
5. <i>La restitución en nuestro Código civil</i>	80
6. <i>Clasificación de las restituciones</i>	85
A) Restituciones contractuales y extracontractuales	85
B) Restituciones retroactivas e irretroactivas	85
C) Restituciones unilaterales y sinalagmáticas	85
D) Restituciones normales y anormales	86
7. <i>Fundamento de la restitución motivada por la resolución del contrato: el enriquecimiento sin causa. El cobro de lo indebido</i>	90
8. <i>Reciprocidad de las obligaciones de restitución en la resolución por incumplimiento</i>	111
9. <i>Relación entre la obligación de restitución en la resolución del contrato y la que surge en otros casos de ineficacia o extinción del vínculo contractual</i>	116
A) Restitución de las prestaciones en el caso de nulidad del contrato	119

B) Restitución de las prestaciones en caso de anulabilidad del contrato	126
C) Restitución de las prestaciones en el caso de rescisión del contrato	129
D) Restitución de las prestaciones en caso de revocación del contrato	136
a) Revocación por incumplimiento de cargas	139
b) Revocación por superveniencia o supervivencia de hijos	143
c) Revocación por ingratitud	146
<b>§ 4. Unidad de los efectos de los distintos tipos de resolución</b>	<b>150</b>
<b>CAPÍTULO II: RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN</b>	<b>157</b>
<b>§ 5. Fundamento de la retroactividad</b>	<b>169</b>
<b>§ 6. Clases de retroactividad</b>	<b>176</b>
10. <i>Retroactividad con efecto obligatorio o retroactividad obligacional</i>	177
11. <i>Retroactividad real</i>	178
12. <i>Panorama doctrinal en España</i>	182
<b>§ 7. Excepción a la restitución y, por tanto, a la retroactividad</b>	<b>190</b>
13. <i>Contratos de tracto sucesivo</i>	191
14. <i>Actos de administración</i>	195
<b>CAPÍTULO III: PROBLEMÁTICA DE LAS RESTITUCIONES DE LA COSA Y EL PRECIO</b>	<b>198</b>
<b>§ 8. La restitución del precio</b>	<b>201</b>
15. <i>Actualización del precio</i>	202
A) Introducción: Las deudas pecuniarias. Deudas de cantidad y deudas de valor. Principio nominalístico y correctivos	202
B) La restitución del precio como deuda de cantidad o como deuda de valor	208

16. <i>La restitución del precio si se pactaron arras o cláusula penal</i>	218
<b>§ 9. La restitución de la cosa y las consecuencias inherentes al estado de ésta al tiempo de la devolución</b>	224
17. <i>Restitución de la cosa</i>	224
18. <i>Régimen de las restituciones en caso de que se hayan introducido mejoras o se hayan realizado gastos en la cosa</i>	227
A) Aplicación de la normativa propia de la liquidación del estado posesorio	231
B) Aplicación de la normativa propia de la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa	233
19. <i>Régimen de las restituciones en caso de pérdida de la cosa</i>	241
A) Posibilidad de ejercitar la facultad resolutoria si la cosa se pierde en manos del contratante cumplidor	241
a) Pérdida de la facultad de resolución	242
b) Mantenimiento de la facultad resolutoria	244
c) Exoneración de la obligación restitutoria	246
B) Pérdida sin culpa del deudor	250
a) Regulación del art. 1.122-1º C.C. respecto de la condición suspensiva	251
a') 1ª Interpretación: se extingue la obligación de entrega de aquél que ha perdido la cosa pero no la de la contraparte. El riesgo es del comprador-acreedor	251
b') 2ª Interpretación: Se extinguen ambas obligaciones de entrega. El riesgo es del vendedor-deudor	253
b) Aplicación del art. 1.122 C.C. la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa	255
a') 1ª Interpretación: se extingue la obligación de entrega de aquél que ha perdido la cosa pero no la de la contraparte. El riesgo lo sufre el vendedor-acreedor	256
b') 2ª Interpretación: Se extinguen ambas obligaciones de restitución. El riesgo es del comprador-deudor	257
c) Pérdida de la cosa en el retracto convencional	261



d) Conclusiones	263
e) Pérdida de la cosa en la resolución por incumplimiento	265
a') La parte que tenía en su poder la prestación perdida queda liberada de la restitución (1ª Interpretación)	266
b') Ninguna de las partes debe restituir (2ª Interpretación)	267
c') Sólo restituye el incumplidor	268
d') Ambos contratantes deben restituir	269
C) Si la cosa se perdió mediando culpa del deudor	273
a) Se extingue la obligación de restitución. Indemnización de los daños y perjuicios	273
b) Se mantiene la obligación de restitución más la indemnización de los daños y perjuicios	274
20. <i>Restitución de la cosa si la esta se encuentra legalmente en poder de terceros</i>	274
21. <i>Régimen de las restituciones en caso de deterioro de la cosa</i>	282
A) Si el deterioro de la cosa se debe a caso fortuito o fuerza mayor	284
B) Si el deterioro es imputable al deudor	286
<b>§ 10. Restitución de los frutos e intereses</b>	286
22. <i>Sistemas de restitución de los frutos. Sistema que sigue nuestro Código Civil</i>	288
23. <i>Derecho francés e italiano relativo a la restitución de los frutos e intereses ante la resolución del contrato</i>	290
24. <i>Normativa aplicable a la restitución de los frutos e intereses ante la resolución del contrato</i>	293
A) Aplicación de la normativa reguladora de la condición resolutoria expresa	295
B) Aplicación de las normas reguladoras de la restitución de los frutos en la posesión	299
C) Aplicación de la normativa propia de otros supuestos de ineficacia	303

## INDICE

---

a) De nuevo sobre la aplicabilidad de la normativa reguladora de la liquidación del estado posesorio	305
b) Restitución de frutos por resolución y normativa posesoria	311
c) Doctrina italiana	314
D) Aplicación de las normas relativas al cobro de lo indebido	317
E) Aplicación de la normativa reguladora del retracto convencional	320
F) Aplicación del art. 1.478-2º, relativo al saneamiento por evicción	321
G) Aplicación de la normativa sobre revocación y reducción de donaciones	322
H) Conclusiones	323
25. <i>Cosa ructifera de la que no se obtienen frutos</i>	328
26. <i>Restitución de los frutos in natura o restitución por equivalente.</i>	
<i>La deuda de restitución de frutos</i>	330
27. <i>Cuestiones relativas a la restitución de intereses</i>	335
<b>CAPÍTULO IV: LA READQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD</b>	<b>339</b>
<b>§ 11. Transmisión y retransmisión de la propiedad en el contrato resuelto</b>	<b>341</b>
28. <i>Transmisión de la propiedad mediante un contrato posteriormente resuelto</i>	341
29. <i>La readquisición del dominio</i>	355
A) Primera posibilidad: el vendedor nunca ha dejado de ser propietario. Readquisición por ley	358
B) Segunda posibilidad: el vendedor transmitió la propiedad y ahora debe recuperarla. De nuevo título y modo	366
30. <i>Conclusiones</i>	375
A) En la resolución por cumplimiento de una condición resolutoria expresa (o por inclusión de pacto comisorio)	375
B) En la resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C.	380

31. <i>Momento en que se produce la readquisición</i>	382
<b>CAPÍTULO V: REINSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD</b>	385
<b>§ 12. Constancia registral de la condición resolutoria expresa y del pacto comisorio relativos a actos inscribibles</b>	387
32. <i>Constancia registral de las estipulaciones, cláusulas o pactos que carecen de trascendencia real</i>	389
33. <i>Constancia registral del pacto comisorio</i>	394
34. <i>Consecuencias registrales</i>	395
<b>§ 13. Consecuencias registrales del cumplimiento de la condición resolutoria</b>	397
35. <i>Requisitos para que se reinscriba la propiedad. Necesidad de cancelación del asiento del adquirente</i>	398
36. <i>Requisitos para la reinscripción en caso de pacto comisorio</i>	401
37. <i>Necesidad o no para la reinscripción del consentimiento del comprador y de terceros</i>	407
38. <i>Necesidad de consignación del precio</i>	412
<b>§ 14. Resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C.</b>	419
39. <i>Imposibilidad de acceso al Registro</i>	419
40. <i>Reinscripción en favor del vendedor en la resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C.</i>	425
 <b>CONCLUSIONES</b>	 427
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	439

---

## ABREVIATURAS



A.A.M.N	Anales de la Academia Matritense del Notariado
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil
Arch. civ.	Archivio Civile
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
Cass.	Corte di Cassazione
C.C.AA.	Comunidades Autónomas
C.C.	Código Civil
C.C.J.C.	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
C. Co.	Código de Comercio
C.E.	Constitución Española
Comm. del cod. civ	Commentario del Codice civile
Corriere Giur.	Corriere Giuridico
D.	Digesto
D.G.R.N.	Dirección General de Registros y del Notariado
Dir. e Giur.	Diritto e Giurisprudenza
Econ. Pubbl.	Economia Pubblica
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Foro it.	Il Foro Italiano
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. sist. civ. e comm.	Giurisprudenza sistematica civile e commerciale
Giust. civ.	Giustizia civile
J.C.	Jurisprudencia Civil
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.H.	Ley Hipotecaria
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial
Mass. Giur. it.	Massime di Giurisprudenza italiana

Mass. Foro it.	Massime del Foro italiano
Novis. Dig. it.	Novissimo Digesto italiano
R.A.	Repertorio Jurídico Aranzadi
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
R.D.	Real Decreto
R.D.E.A.	Revista de Derecho Español y Americano
R.D.G.R.N.	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
R.D.N.	Revista de Derecho Notarial
R.D.P.	Revista de Derecho Privado
Rep. Giur. it	Repertorio di Giurisprudenza italiana
R.H.	Reglamento Hipotecario
Rep. Foro it.	Repertorio del Foro italiano
Rev. Trim. Droit civil	Revue Trimestrelle de Droit civil
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Riv. Dir. Comm.	Rivista di Diritto Commerciale
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. Giur. Sarda	Rivista di Giurisprudenza Sarda
R.J.C.	Revista Jurídica de Cataluña
R.J.N.	Revista Jurídica del Notariado
R.N.	Reglamento Notarial
R.O.	Real Orden
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo
Tratt. dir. civ	Trattato di diritto civile

## INTRODUCCIÓN





El estudio que se lleva a cabo en la presente tesis se sitúa en el ámbito del artículo 1.124 C.C. Este artículo faculta a aquella parte que ha cumplido o está dispuesta a cumplir, en las obligaciones recíprocas, a resolver ante el incumplimiento de la otra. Sin embargo, en el Código Civil ni se define lo que es la resolución ni se encuentra ningún artículo que con carácter general se dedique a regular cuáles son los efectos que ésta produce.

Esta falta de regulación expresa de los efectos de la resolución tampoco se ha visto suplida por los trabajos de la doctrina, no obstante, hay que destacar que en los recientes estudios doctrinales la cuestión de los efectos de la resolución va ocupando cada vez un lugar más destacado. Ahora bien, tradicionalmente aquellos autores que han estudiado más profundamente el tema de la resolución han detenido sus indagaciones al llegar al punto de los efectos que ésta produce, limitándose poco más que a señalar que consecuencia de la resolución será la restitución de las prestaciones.

Pero la solución no es tan simple. Una vez resuelto el contrato, a la hora de hacer efectiva la obligación de restitución pueden surgir numerosos conflictos en relación con el alcance de esta obligación, puesto que puede haberse alterado el estado de las cosas que deben ser restituidas. La importancia de los conflictos que se producen ante una obligación de restitución ha llegado, en otros ordenamientos, al punto de crear una rama autónoma dentro del Derecho, cual es el Derecho de restitución.

Este vacío existente en nuestro Derecho, lógicamente, se ha visto reflejado en las decisiones jurisprudenciales. No es difícil apreciar cómo la jurisprudencia, cuando se ha tenido que enfrentar al tema de los efectos de la resolución, en unas ocasiones lo ha

pasado casi por alto limitándose a señalar el efecto liberatorio y el restitutorio y remitiendo la solución de las cuestiones que pudieran suscitarse a la fase de ejecución, y en otras ocasiones ha acudido a diversas normas para solventar la cuestión pero sin seguir un criterio definido en la elección de las mismas.

Por esta falta de normativa expresa hemos escogido como tema de estudio el de los efectos de la resolución por incumplimiento, concretamente el efecto restitutorio, que puede producirse en aquellos casos en que alguna de las prestaciones haya sido cumplida, siendo nuestro objetivo tratar de encontrar la normativa aplicable, y con ello ofrecer alguna solución, a las diversas cuestiones que surgen ante la obligación de restituir.

Dentro de los efectos que puede producir la resolución nos hemos propuesto afrontar únicamente el estudio del efecto restitutorio. Haremos, no obstante, una referencia a otros efectos pero sólo con el objeto de distinguirlos del restitutorio, sin pretender un estudio pomenorizado de los mismos. En concreto creemos conveniente dejar claro en este momento que no vamos a estudiar el efecto resarcitorio, pese a la confusión que puede originar con el efecto restitutorio. En primer lugar, porque no se trata propiamente de un efecto de la resolución, sino del incumplimiento, se llegue o no a resolver el contrato. En segundo lugar, porque se trata de un tema de gran complejidad que merece un trabajo dedicado exclusivamente a esta cuestión.

Igualmente, el estudio que pretendemos llevar a cabo sería excesivamente extenso si tratáramos de analizar los efectos de la resolución por incumplimiento en "las obligaciones recíprocas" con carácter general, ya que nos encontraríamos con determinados contratos que contienen obligaciones recíprocas y que tanto su resolución como los efectos de la misma se encuentran regulados en

una normativa específica, cuyo estudio requeriría un análisis independiente.

Centraremos por este motivo el tema de nuestra investigación en los contratos traslativos del dominio, y en concreto partiremos del contrato de compraventa como prototipo dentro de los negocios que tienen como finalidad la transmisión del dominio. El hecho de situar nuestro estudio en los contratos traslativos del dominio nos permitirá adentrarnos en el estudio del efecto retroactivo y de cómo afecta éste a la readquisición de la propiedad por el que la transmitió mediante dicho contrato. Queda así delimitado cuál es el objeto de nuestro estudio: la restitución de las prestaciones como consecuencia de la resolución por incumplimiento de un contrato traslativo del dominio.

Para el estudio de este efecto habrá que ver, en primer lugar, cuáles son los efectos de la resolución por incumplimiento, para situarlo y distinguirlo de otros posibles efectos. El problema con el que nos encontramos, como hemos advertido, es que en el Código civil no se dice prácticamente nada de los efectos de la resolución por incumplimiento, ni de cómo deben llevarse a cabo las restituciones en caso de resolución. Por ello, será conveniente ver cuáles son y cómo se regulan los efectos de otros casos de ineficacia o extinción del vínculo contractual, porque en ocasiones tendremos que acudir a la aplicación analógica de su normativa reguladora.

En concreto, haremos continuas referencias a otros supuestos de resolución distintos de la resolución por incumplimiento, cuyos efectos sí aparecen regulados en el Código Civil. Así, será necesaria una remisión constante al art. 1.123, referido a la condición resolutoria expresa, que sí se refiere a la restitución de las prestaciones como efecto de la resolución y trata de regular cómo

debe hacerse en caso de que la cosa se haya perdido, deteriorado o mejorado.

Es necesario, por otro lado, un estudio de la retroactividad, íntimamente relacionada con la restitución. Habrá que ver, pues, qué se debe entender por retroactividad, su fundamento, sus clases y sus excepciones. Si con la retroactividad se trata de llegar a la situación económico-jurídica existente con anterioridad a la celebración del contrato, será necesario, a su vez, ver cómo se lleva a cabo la restitución de las prestaciones para determinar si se obtiene este resultado.

Es decir, habrá que ir viendo toda la problemática que suscita la restitución de la cosa y el precio. Respecto al precio los problemas se centrarán en si se debe restituir la misma cantidad que se dió como tal o si debe ser actualizada teniendo en cuenta las alteraciones que haya podido sufrir el valor de la moneda. También en relación con el precio veremos qué ocurre si se pactaron arras o se introdujo en el contrato una cláusula penal, para el caso de incumplimiento del comprador.

Respecto a la restitución de la cosa habrá que averiguar cómo se llevará a cabo ésta si en la cosa se introdujeron mejoras, si se deterioró o se perdió, para lo cual habrá que ver en cada uno de estos casos cuál es la normativa aplicable. Igualmente, en el caso de que la cosa sea fructífera habrá que averiguar la normativa aplicable para saber si los frutos deben o no ser restituidos. Una vez hecho lo anterior estaremos en condiciones de concluir si con la restitución de las prestaciones se vuelve a la situación económico-jurídica anterior a la celebración del contrato, es decir, si entra en juego o no la regla de la retroactividad.

Por último, estudiaremos si con la restitución de las prestaciones se produce o no una readquisición del dominio. Es

decir, si con el contrato que se resuelve se llegó o no a transmitir la propiedad y si a la hora de restituir se restituye la propiedad o simplemente la posesión y, en cualquier caso, como y cuando se produce la readquisición. Podremos determinar entonces cuál es el tipo de retroactividad que, en su caso, se da en nuestro Derecho.



**CAPÍTULO I: EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL  
CONTRATO, EN ESPECIAL, EL EFECTO RESTITUTORIO**





## **CAPÍTULO I: EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, EN ESPECIAL, EL EFECTO RESTITUTORIO.**

### **§ 1. Características generales de la resolución por incumplimiento en relación con sus efectos**

El art. 1.124 se limita a facultar la resolución por incumplimiento dando por supuestos los efectos de ésta, pues dispone que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la ley Hipotecaria»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías distingue según el incumplimiento sea del vendedor o del comprador. Ante el incumplimiento del vendedor se faculta al comprador, en el art. 45 a exigir la indemnización de daños y perjuicios y a, bien exigir el cumplimiento, con posibilidad de

El artículo 1.124 C.C. como ha puesto de manifiesto la doctrina, presenta notables dificultades de comprensión<sup>2</sup>. Es ahora imposible, por cuanto excedería del objeto de este trabajo, un estudio mínimamente detallado de la facultad de resolución contenida en este artículo, por ello vamos a limitarnos a poner de relieve algunas ideas que nos van a ser útiles a la hora de analizar el efecto restitutorio que el ejercicio de la misma produce.

En principio, podemos entender que ante obligaciones recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpla y si el otro ha cumplido o está dispuesto a cumplir, el Código Civil posibilita a éste la opción de exigir bien que se imponga a aquél el cumplimiento forzoso, bien que se resuelva la obligación, de forma que ninguno de los contratantes deba ya cumplir la que le incumbía, y además, también

---

concesión de un nuevo plazo para ello, bien a resolver el contrato (art. 49), si el incumplimiento es esencial o si no cumple después del plazo otorgado para ello. El comprador perderá su derecho a la resolución si no lo ejercita dentro de los plazos que le marca el párrafo 2.

Respecto al incumplimiento del comprador se dispone algo semejante. Tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios, y, además exigir bien el cumplimiento, bien la resolución del art. 64, si el incumplimiento por el comprador constituye un incumplimiento esencial del contrato; o si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario o declara que no lo hará. No obstante, en los casos en que el comprador haya pagado el precio, el vendedor perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace dentro de los plazos que le señala el párrafo 2 del art. 64.

En los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, se dedica la Sección tercera del Capítulo cuarto a la resolución del contrato, y en el art. 4.301 se faculta a una parte a resolver el contrato en caso de inexecución esencial de la otra.

<sup>2</sup> El artículo 1.124 de nuestro Código fue tomado directamente del 1.184 del Código civil francés, que dispone que «la condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte frente a la que el cumplimiento no se efectuó, tiene la elección o de forzar a la otra a la ejecución del convenio, cuando ello sea posible, o de demandar la resolución, con indemnización de daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede concederse un plazo al demandado, según las circunstancias».

puede solicitar, en cualquiera de ambos casos, que se le indemnicen los daños y perjuicios que el incumplimiento haya podido ocasionar.

El art. 1.124 C.C. recoge, pues, un medio de tutela para la parte cumplidora de un contrato con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, facultándole o dándole la posibilidad de resolver el contrato. No es necesario que se pacte por las partes esta posibilidad, pues el Código entiende implícito este pacto en este tipo de contratos y, además, no opera automáticamente, a diferencia de la condición resolutoria, puesto que se requiere que el contratante cumplidor haga uso de su facultad<sup>3</sup>.

Para comprender la resolución del art. 1.124 C.C.<sup>4</sup>, en lo que ahora nos interesa a efectos del tema que estamos tratando, y que tendremos

---

<sup>3</sup> COLÍN, A., y CAPITANT, H., *Traité de Droit civil*, revisado por L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, t. II, *Obligations. Théorie générale. Droits réels principaux*, París, 1959, pág. 568; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, *Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Madrid, 1981, pág. 112; OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral, Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1.124 y 1.504 C.C.*, Pamplona, 1983, pág. 46; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, pág. 200; MONTÉS PENADÉS, L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XV, vol. 2º, Madrid, 1989, pág. 1.196; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 1996, pág. 696; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Obligaciones sinalagmáticas: Resolución por incumplimiento», LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *Parte general. Teoría General del Contrato*, Barcelona, 1994, págs. 197 y sigs; VERDERA SERVER, R., *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padua, 1994, pág. 78; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, págs. 39 y sigs.

<sup>4</sup> Conviene recordar que los requisitos necesarios para que se produzca la resolución del contrato bilateral por incumplimiento, en virtud del art. 1.124 según la jurisprudencia son los siguientes: a) Reciprocidad de las obligaciones, b) cumplimiento previo, o no incumplimiento, del acreedor que pide la resolución [existe una gran cantidad de sentencias en este sentido. Citaremos, a modo de ejemplo, las de 2 de mayo de 1970 (R.A. 2.220), 13 de mayo de 1972 (R.A. 2.394), 10 de mayo de 1979 (R.A. 1.764), 8 de febrero de 1980 (R.A. 933), 10 de noviembre de 1982 (R.A. 6.536), 7 de febrero de 1983 (R.A. 864), 19 de enero de 1984 (R.A. 354), 14 de febrero de 1985 (R.A. 554), 12 de marzo de 1985 (R.A. 1.154), 21 de marzo de 1986 (R.A. 1.275), 23 de septiembre de 1987 (R.A. 6.192), 29 de febrero de 1988 (R.A. 1.310), 5 de junio de 1989 (R.A. 4.298), 20 de junio de

que tener presente a lo largo de todo el trabajo, consideramos conveniente dejar claro que hay que partir de que la "resolución" o la "disolución" lo es respecto de la relación surgida a partir del negocio jurídico o contrato y no de este último<sup>5</sup>.

---

1990 (R.A. 4.799), 16 de abril de 1991 (R.A. 2.696), 31 de enero de 1992 (R.A. 537), 3 de junio de 1993 (R.A. 4.382), 21 de marzo de 1994 (R.A. 2.560), 22 de noviembre de 1995 (R.A. 8.432)]; y c) inexecución por la otra parte de una o varias de las prestaciones. Véase en este punto, «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», A.D.C., t. XXII, fasc. II, abril-junio 1969, págs. 383 a 404.

<sup>5</sup> AULETTA, G.G., «Rassegna di giurisprudenza: risoluzione e rescissione dei contratti», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, págs. 170 y sigs; SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, traducción y concordancias al Derecho Civil por LUNA SERRANO, A., Madrid, 1964, pág. 222 y 223; DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981, pág. 160; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.188; CLEMENTE MEORO, M.E. *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 61., quien afirma que «la resolución no afecta al contrato, sino a la relación contractual. Aunque el término contrato es utilizado en dos sentidos, como acto y como relación jurídica nacida de tal acto, cuando se dice que el contrato se resuelve por el incumplimiento de una de las partes, lo que se afirma es que la relación contractual se extingue, se disuelve, pues los actos no pueden resolverse, sino anularse. El contrato, como acto, no se ve afectado por el incumplimiento; al contrario. Cuando la resolución no tiene eficacia retroactiva, como en los contratos de tracto sucesivo, las prestaciones ejecutadas se justifican por la validez y eficacia del contrato como acto».

ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit. pág. 136, afirma que se puede añadir otro requisito a los anteriormente enumerados, que es la existencia en el deudor demandado de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o aparición de un hecho que de modo definitivo e irreformable lo impida. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1952 (R.A. 1.553), que afirma que «en la interpretación del art. 1.124 del C.C. viene la jurisprudencia de esta Sala señalando las condiciones necesarias para la aplicación de su contenido, que aparte de alguna otra, pueden concretarse en las siguientes: a) la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego; b) La exigibilidad de las mismas; c) Que el reclamante haya cumplido lo que a él le incumbía; y, por último, d) Una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor». En el mismo sentido, Sentencias de 5 de julio de 1941 (R.A. 899), 28 de enero de 1944 (R.A. 223), 9 de marzo de 1950 (R. A. 374), 22 de marzo de 1950 (R.A. 710), 26 de junio de 1952 (R.A. 1.522), 22 de junio de 1959 (R.A. 2.927), 2 de enero de 1961 (R.A. 880) y 25 de marzo de 1964 (R.A. 1.717), 1 de febrero de 1966 (R.A. 304), 31 de octubre de 1968 (R.A. 4.925), 5 de mayo de 1970 (R.A. 2.225), 3 de diciembre de 1971 (R.A. 5.080), 15 de diciembre de 1975 (R.A. 4.579), 28 de febrero de 1980 (R.A. 536), 14 de mayo de 1982 (R.A. 2.573), 7 de febrero de 1983 (R.A. 864), 28 de mayo de 1984 (R.A. 2.552), 27 de noviembre de 1987 (R.A. 8.696), 7 de diciembre de 1989

Por lo que respecta a su posición sistemática, el art. 1.124 se encuentra situado dentro del Código civil en el Título I del libro IV, relativo a los principios generales de las obligaciones. Así pues, este artículo será de aplicación a todos los contratos que contengan obligaciones recíprocas o contratos bilaterales, para los que no exista una norma especial. Pero además está ubicado en el Capítulo III, "De las diversas especies de obligaciones", sección 1ª, "De las obligaciones puras y de las condicionales", con lo que tampoco podemos olvidar que está situado inmediatamente después del artículo regulador de los efectos que produce el cumplimiento de la condición resolutoria explícita. Este argumento de la posición sistemática ha servido para afirmar que los efectos de la resolución del 1.124 C.C. deben ser los mismos que los de la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa, si bien algunos autores consideran que la ubicación sistemática del art. 1.124 responde a un error del legislador<sup>6</sup>.

Aunque un sector doctrinal considere que se trata de una condición impropia<sup>7</sup>, es admitido por la doctrina mayoritaria<sup>8</sup> que, si

---

(R.A. 8.815), 20 de noviembre de 1991 (R.A. 7.973), 9 de junio de 1992 (R.A. 5.176), 31 de diciembre de 1993 (R.A. 9.925), 14 de octubre de 1994 (R.A. 7.553), 30 de octubre de 1996 (R.A. 7.487), entre otras.

<sup>6</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil*, t. XIX, «Art. 1.124», Madrid, 1902, pág. 675; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, 1987, págs. 176 y 191; PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», *A.D.C.*, t. XLII, fase IV, oct.-dic., 1989, pág. 1.153.

<sup>7</sup> Así lo hizo la doctrina clásica francesa, entre otros, LAROMBIÈRE, M.L., *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV, Livre III, du Code Napoléon*, t. IV, París, 1857, t. II, pág. 255 y sigs.; DURANTON, M., *Cours de Droit Civil suivant le Code Français*, t. V, Bruselas, 1841, págs. 250; DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon. Traité des contrats et des obligations*, t. XXV, *Traité des contracts ou des obligations conventionnelles en général*, vol. 2º, París, 1878, pág. 400 y sigs.; PLANIOL, M. Y RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil francés*, París, 1926, t. III, págs. 175 y sigs.; LAURENT, F., *Principes de droit civil*, t. XVII, Bruselas-París, 1878, pág. 80 y sigs.

En España, PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., «Anotaciones al Derecho de Obligaciones de ENNECCERUS-LEHMANN», en su *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol.

bien a la resolución por incumplimiento se le llama también condición resolutoria tácita, no es una verdadera condición<sup>9</sup>.

---

1º, Barcelona, 1954, págs. 199 y 200; DE BUEN, D., *Derecho Civil Español Común*, Madrid, 1930, pág. 491; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1959, pág. 59; MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil*, t. VIII, vol. 1º, Madrid, 1967, págs. 407 y 408; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, t. III, Madrid, 1992, pág. 148; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Cumplimiento del contrato...*, cit., pág. 46.

<sup>8</sup> AULETTA, G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milán, 1942, pág. 223; TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», R.D.P., Madrid, 1929, pág. 320 y sigs; ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario*, t. II, Barcelona, 1948, pág. 335; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. II, vol. 1º, Barcelona, 1933, pág. 199; PINTÓ RUIZ, J.J., «La condición resolutoria tácita», Apéndice a MOSCO, L., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, trad. esp., Barcelona, 1962, págs. 346 y 347; RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Algunos aspectos de la *lex commissoria*», R.C.D.I., 1968, págs. 59 y 60; ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. II, Edic. de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 117; DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral...*, cit., pág. 154; ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, pág. 70; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.192 a 1.195; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos ...*, t. II, cit., págs. 701 y 702; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1995, pág. 332; RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Madrid, 1997, págs. 159 y sigs; MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., «El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria», A.D.C., 1989, pág. 116; ALVAREZ VIGARAY, R., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentario del Código civil*, t. II, Dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, Madrid, 1991, pág. 96; SANTOS BRIZ, J., *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, «art. 1.124», t. IV, Madrid, 1991, pág. 162 a 164.

En el mismo sentido las Sentencias de 28 de enero de 1944 (R.A. 223), 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289).

<sup>9</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 40 y sigs., expone las razones y dice que la «asimilación entre facultad... resolutoria y condición resolutoria ha sido objeto de crítica, sobre la base de las siguientes consideraciones: 1ª La resolución por incumplimiento no tiene su origen en la voluntad negocial, esto es, en un evento futuro e incierto del cual los contratantes hacen depender la extinción de la relación obligatoria, sino que tiene su origen en la ley... 2ª La resolución prevista en el artículo 1.124 no opera de pleno derecho una vez verificado el evento condicionante, sino que sólo *faculta* al acreedor para pedir que se declare la resolución si no perfiere sollicitar el cumplimiento... 3ª La resolución por incumplimiento no actúa de una forma absoluta, ya que los Tribunales se encuentran autorizados a

En relación con el tema de los efectos de la resolución por incumplimiento está la cuestión de si la resolución debe necesariamente ser decretada por el juez, o puede producirse extrajudicialmente. El art. 1.124 C.C. concede, pues, a la parte cumplidora de un contrato, ante el incumplimiento de la otra, la posibilidad de optar entre volver a exigir el cumplimiento o solicitar la resolución del contrato, salvo que se hayan dispuesto otras reglas especiales. Surge, pues, la cuestión de si esta facultad se puede ejercitar extrajudicialmente o, por el contrario, hay que acudir al juez necesariamente.

Podría pensarse, en primer lugar, que el art. 1.124 se aparta de su precedente francés en este punto no siendo necesario recurrir a la autoridad judicial<sup>10</sup>. Sin embargo, también cabe considerar lo contrario,

---

conceder plazo si encuentran causas justificadas para ello. 4ª Sólo una de las partes contratantes, la que no ha recibido la prestación, se encuentra facultada para resolver. 5ª La resolución por incumplimiento no tiene efecto retroactivo respecto de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. 6ª La resolución por incumplimiento puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios. 7ª No es posible elevar a verdadera condición el incumplimiento por una de las partes de su obligación fundamental... 8ª Por último, incluso se ha señalado que, aunque el art. 1.124 C.C. hable de la resolución de las obligaciones por incumplimiento, nada tiene que ver con el supuesto de condición resolutoria, porque, en el fondo, es una acción más bien de tipo rescisorio...».

<sup>10</sup> AUBRY, M.M. y RAU, G., *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, París, 1871, pág. 82 y 83; HUC, T., *Commentaire théorique-pratique du Code Civil*, t. VII, *Contrats et obligations; Effets des obligations; Condition; Solidarité; Indivisibilité; Clause pénale*, París, 1894, pág. 364; JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, t. II, *Téorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les suretés*, París, 1933, págs. 197 y 595; COLIN, A., y CAPITANT, H., *Traité de Droit civil*, t. II, cit., págs. 571 y sigs.; CARBONNIER, J., *Théorie des obligations*, París, 1963, págs. 307 y sigs.

Respecto al Derecho italiano también se exigía el pronunciamiento judicial. GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. IV, *Fonti delle obbligazioni*, Florencia, 1891, pág. 209 y 225; Igualmente, dice SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, cit., pág. 237, que «no puede nunca determinar tal resolución del negocio ni automáticamente ni por voluntad de la parte interesada. Es preciso el pronunciamiento del juez...».

MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.224, dice que «estamos ante una resolución que se produce en virtud del ejercicio de un poder



apoyando esta idea en que el art. 1.124 C.C. dice expresamente que «el Tribunal decretará la resolución que se reclame»<sup>11</sup>.

Ahora bien, lo que sí que parece claro es que en el momento de producirse el incumplimiento no se resuelve el contrato de modo automático, sino que será necesario el ejercicio de la facultad resolutoria por parte del acreedor, puesto que todavía puede optar por

---

especialmente concedido a una parte, que, en defecto de regla específica, se rige por el artículo 1.124, y este ejercicio puede realizarse judicial o extrajudicialmente. En este punto el artículo 1.124 se aparta de su precedente francés, que exigía necesariamente el recurso a la autoridad judicial»; OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral...*, cit., págs. 106-107, afirma que «una vez producido el incumplimiento, surge la facultad del contratante fiel de instar o el cumplimiento forzoso de la obligación o de pedir la resolución de la misma, resolución que puede ser *extrajudicial o judicial...*»; ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, Barcelona, 1995, pág. 417, también dicen que «el art. 1.124 bien claro dispone que “el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo” (*moratoria judicial*). Ello es demostrativo del carácter *ab homine* de esta acción resolutoria cuya actuación puede decretarla el Juez, sin perjuicio, como dice la sentencia de 16 de noviembre de 1956, de que pueda ejercitarse fuera de la vía judicial por declaración del acreedor; pero siempre en caso de resistencia se deberá acudir a la intervención judicial.»

La diferencia más significativa entre nuestro artículo y el del Code está en la expresión «en este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho». El último inciso, sin duda más claro que el del texto español, dice «la resolución debe ser pedida ante los Tribunales, y puede concederse al demandado un plazo según las circunstancias».

<sup>11</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, Madrid, 1995, pág. 177, afirma que «En el art. 1.124, la resolución se produce por declaración judicial. La parte cumplidora puede optar entre exigir el cumplimiento o interponer judicialmente demanda de resolución de la venta. El juez que admita la demanda de resolución examinará si hay causas justificadas que le autoricen a señalar plazo o si se dan los presupuestos del incumplimiento, en cuyo caso decretará la resolución de la venta. La resolución se deriva de la sentencia judicial».

Sobre esta cuestión apunta DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 703, que «el segundo de los puntos en que la evolución jurisprudencial ha sido notable se sitúa en la matización sobre el carácter necesariamente judicial de la resolución. La idea de que la resolución es judicial impregna el texto del art. 1.124. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido permitiendo, como una medida de facilitación de la vida jurídica y económica, que la resolución pueda producirse a través de declaraciones de voluntad extrajudiciales de las partes, aun puntualizando que, en definitiva, son los tribunales quienes tienen que establecer si la resolución llevada a cabo extrajudicialmente estaba bien o mal hecha y quienes, deben discernir sus consecuencias».

exigir el cumplimiento, y, al menos, un acuerdo de las partes. Si no están de acuerdo, es decir, si el deudor no reconoce la resolución, lógicamente será necesario acudir al juez.

Es en este punto donde surge la polémica, puesto que se plantea la duda de si cuando el acreedor acuda al juez para que se pronuncie acerca de la resolución, éste último lo hará mediante una sentencia constitutiva, de modo que antes de ésta aunque el acreedor hubiese optado por la resolución el contrato no se consideraría definitivamente resuelto, o simplemente en una sentencia declarativa para que reconozca la validez de la resolución ya operada<sup>12</sup>.

Se ha considerado que «hay dos modos de actuar y dos momentos de referencia. En el caso de acuerdo o conformidad, la resolución es efecto de este acuerdo y el momento también es éste. En otro caso, la declaración de resolución, dados los poderes del Juez, tiene que ser el efecto de la sentencia»<sup>13</sup>. De acuerdo con ésta afirmación, en caso de

---

<sup>12</sup> En Derecho italiano se considera que la sentencia que establece la resolución debe ser una sentencia constitutiva. (MACRÍ, G. B., «Risoluzione per inadempimento e interessi sulle somme da restituire», *Nuovo diritto*, 1972, págs. 16 a 18; SCOGNAMIGLIO, G., «Obbligazione restitutiva dell'alienante nella rescissione di compravendita ed interessi moratori», *Giur. It.*, 1987, I, 1, pág. 1.854; DALMARTELLO, A., «Risoluzione del contratto», *Novissimo Digesto Italiano*, t. XVI, 1982, 145 y sigs; SPALAROSSA, R., «La risoluzione del contratto per inadempimento», *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*, dirigido por ALPA, G. e BESSONE, M., t. IV, Effetti, invalidità e risoluzione del contratto, vol. 2, Turín, 1991, págs. 892; COSTANZA, M., «Comentario al art. 1.458 C.c.», *Comm. al Codice Civile*, dirigido por P. CENDON, vol. IV, Turín, 1991, pág. 844).

<sup>13</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.226; ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...*, cit., pág. 230; OGAYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral...*, cit., pág. 107, para quien en nuestro Derecho se admite, pues, la resolución extrajudicial de una forma directa e inmediata, sin que sea necesario fijar al deudor un plazo para que cumpla la prestación, sin perjuicio de que si lo señala el acreedor, lo que está legitimado para hacer, la resolución no se producirá hasta que expire el plazo sin que el deudor haya cumplido. Si no hay señalamiento de plazo, que es lo natural y habitual, el vínculo contractual se resuelve en el momento en que la declaración se comunica a la parte incumplidora— a lo que hay que añadir “siempre que la otra parte lo acepte”—; así lo sostiene la doctrina científica.». Aunque en las páginas 1.227-1.228 plantea la duda de

que la resolución se produzca por acuerdo de las partes, los efectos de ésta comenzarán a producirse desde el acuerdo, aunque ciertos efectos se puedan retrotraer al momento de la celebración del contrato, es decir, la resolución se produce desde que hay acuerdo, y en caso de que la resolución sea judicial, los efectos comenzarán a producirse desde la sentencia y no desde que el acreedor optó por la resolución.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que en caso de que la parte incumplidora no acepte la resolución y se acuda a los tribunales, la sentencia que recaiga no será constitutiva de la

---

si la mera declaración del acreedor tiene eficacia resolutoria desde el mismo momento que se produce. Considera este autor que la posición más frecuente arranca de la consideración del supuesto del artículo 1.504, o del pacto comisorio supuesto en el que la mera declaración del acreedor sí tiene eficacia resolutoria. Pero, afirma, que fuera de este ámbito en que el juez tiene prohibido conferir nuevo plazo, al poder someterse a la consideración del juez la gravedad del incumplimiento, así como la posibilidad que tiene de conceder un plazo de gracia, lleva a la concepción de la sentencia que en su caso recaiga como la verdaderamente constitutiva de la resolución.

Es decir, aunque el acreedor declare su voluntad de hacer uso del art. 1.124 y, en virtud del mismo, de resolver el contrato, todavía puede el deudor acudir al juez y éste conceder nuevo plazo para el cumplimiento, con lo que no se habría producido la resolución inmediata. Nos situamos en una posición intermedia entre lo que sería una sentencia meramente declarativa y una sentencia realmente constitutiva. En la opinión de éste autor, se trataría de una disposición condicional, que sólo quedaría subsanada por una sentencia que estimara la resolución, por lo que parece que se hace necesaria una sentencia, al menos para tener seguridad de la firmeza de la resolución. Otra de las dudas que se suscitan es la que se refiere a la situación que se produce como consecuencia de la declaración de resolución realizada por el acreedor que no es contestada por el deudor, ni en sentido positivo ni en sentido negativo, con lo que no puede deducirse nada de su actitud. Se dice que en tal caso también tendría lugar la resolución. El citado autor no se manifiesta de acuerdo a esta corriente, afirmando que no produce tal resolución «salvo en el caso de pacto comisorio o condición resolutoria expresa, puesto que esta posición desconoce la posibilidad de intervención judicial y además no es coherente con la tesis jurisprudencial que ha impuesto la valoración del incumplimiento. Si se acude al juez, afirma este autor, para que acepte la validez y la corrección de la resolución, quien resuelve es el juez desde el momento que estime oportuno, pero el juez». De todo lo anterior puede deducirse que, si bien es posible la resolución extrajudicial, esta se producirá únicamente cuando haya conformidad de ambas partes en la misma, siendo conveniente acudir al juez en todos los demás supuestos, para evitar así situaciones de incerteza en las que se dude si se ha producido o no la resolución.

resolución, sino declarativa, de modo que el juez únicamente declara si la resolución ya producida estaba bien o mal hecha<sup>14</sup>.

La jurisprudencia no sigue en este tema una misma línea. En ocasiones considera que la resolución corresponde al juez, es decir, la resolución es judicial en todo caso, siendo irrelevante el acuerdo de las partes. Así, en la Sentencia de 10 de enero de 1944 (J.C. 8) se decía que aun atribuida a un contratante la facultad de resolver por sí las obligaciones recíprocas, son los Tribunales los que, en definitiva, han de declarar si esa resolución está bien o mal hecha, siendo dichos Tribunales los que asimismo han de discernir sus consecuencias, remitiéndose a las Sentencias de 17 de febrero (J.C. 68) y 17 de junio de 1912 (J.C. 81) y 10 de abril de 1929 (J.C. 189), entre otras.

---

<sup>14</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. II, vol. 1, cit., pág. 196, en donde se afirma que «la resolución puede tener lugar por declaración de una de las partes. Para afirmarlo así, aunque es muy discutido, nos apoyamos en que la resolución es una facultad, como dice el propio art. 1.124; en que no es menester la previa declaración por los tribunales... En los casos en que haya precedido declaración de resolución por el perjudicado, la sentencia que se dicte habrá de entenderse en el sentido de declarar bien hecha la resolución, si a ello se ha opuesto la otra parte»; PINTÓ RUIZ, J., «La resolución del contrato y la regla "periculum est emptoris"», R.J.C., 1975., págs. 385-386; OGAYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral...* cit., pág. 107, quien afirma que la declaración judicial ha de circunscribirse al reconocimiento de la procedencia o improcedencia de la resolución efectuada por el acreedor, esto es, si fue o no bien hecha...»; ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...*, cit., pág. 230; DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral...*, cit., págs. 138 y 139; MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, vol. 1º, cit., págs. 417 a 420; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 722; RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., págs. 171; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *La obligación y el contrato en general*, Barcelona, 1989, pág. 113; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 121 y sigs.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. 2º, *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., Barcelona, 1988, pág. 132; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Obligaciones sinalagmáticas: resolución por incumplimiento», cit., pág. 204; GIL RODRÍGUEZ, J., «Unidad y pluralidad de vínculos», *Manual de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato*, PUIG FERRIOL, L., GETE-ALONSO CALERA, C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SANCHEZ, J.J., Madrid, 1996, págs. 137 y sigs.

En este mismo sentido la D.G.R.N. en Resolución de 3 de junio de 1961 (R.A. 2.754) afirma que «el pacto comisorio, con precedentes en el Derecho romano, en donde nació con la finalidad de que el vendedor no permaneciera indefinidamente ligado al vínculo contractual y recuperase su libertad si el comprador incumplía la obligación de pagar el precio, logró extenderse después a toda clase de contratos sinalagmáticos y amparado por el derecho intermedio, acabó, merced al derecho consuetudinario, por estimarse siempre sobreentendido, si bien la resolución no podía tener lugar sin pronunciamiento judicial, régimen que pasó al Código francés y al artículo 1.124 del Código civil español».

Otras veces ha admitido que la resolución se produzca extrajudicialmente si hay acuerdo de las partes, pero si no hay acuerdo y se acude a los tribunales la sentencia en que se decreta sea una sentencia constitutiva, de modo que no se entienda producida la resolución hasta que ésta recaiga. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de mayo de 1961 (R.A. 2.325), se dice que «es sobradamente conocida la doctrina de esta Sala interpretando el artículo 1.124 del Código civil, en el sentido de que la facultad de resolver las obligaciones recíprocas puede hacerse extrajudicialmente por el perjudicado, cuando el otro obligado no cumpliera lo que le incumbe, siempre y cuando este último, reconocida la infracción, acepte la resolución; pero, si no media tal conformidad y se suscita contienda sólo por vía judicial puede decretarse la resolución de la obligación»<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> En este sentido las Sentencias de 22 de junio de 1911 (J.C. 811, 827), de 12 de diciembre de 1955 (R.A. 648-1956), de 19 de mayo de 1961 (R.A. 2.325), 28 de septiembre de 1965 (R.A. 4.056) y 12 de abril de 1972 (R.A. 1.812), en la que se establece que «la opción resolutoria establecida en dicho precepto no puede estimarse bien hecha, ni surtir, por sí, sus efectos, cuando surge contienda sobre ello, porque ha de estarse a la decisión del órgano jurisdiccional en orden al verdadero incumplidor, al cual incumbe decretar o no la resolución contractual». Igualmente la Sentencia de 21 de octubre de 1988 (R.A. 7.595), ésta última comentada por MORALES MORENO, A.M., «Comentario a la Sentencia de 21 de octubre de 1988», C.C.J.C., núm. 18, sep.-dic., 1988, págs. 927 y sigs.

Por último, en otras ocasiones ha entendido lo contrario, es decir, que la sentencia simplemente declarará estar bien o mal hecha la resolución, es decir, se trata de una sentencia declarativa y no constitutiva de la resolución. Así, en Sentencia de 25 de febrero de 1964 (R.A. 1.148), se establecía respecto a la resolución que «no precisa del ejercicio de una acción judicial, conforme a reiterada jurisprudencia, contenida entre otras en sentencias de 24 octubre de 1941 (Rep. 1091) y 19 marzo de 1949, sin perjuicio de que esta resolución contractual fuese impugnada por la otra parte, en cuyo supuesto los Tribunales decidirán si es justa o si no está ajustada a derecho».

También la Sentencia de 25 de marzo de 1964 (R.A. 1.717) se manifestó sobre el artículo 1.124 del Código Civil en estos terminos: «Que el Código civil español, separándose de los precedentes que le marcaban algunos Códigos extranjeros, como el francés y el italiano, en los cuales se dice que la resolución debe ser pedida judicialmente, regula dicha resolución como una facultad atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato, la cual tiene un derecho de opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que puede ejercitarse—según el sentido en que se ha orientado la jurisprudencia de esta Sala en repetidas sentencias, entre otras, las de 17 de febrero de 1912 (J.C. 68), 19 de junio de 1913 (J.C. 132), 10 de abril de 1929 (J.C. 189), 24 de octubre de 1941 (R. A. 1.091), 28 de enero de 1943 (J.C. 21) y 16 de noviembre de 1956 (R.A. 3.447)—ya en la vía judicial, ya fuera de ella, por declaración del acreedor, a reserva, claro es, de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar en definitiva bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a Derecho».

Igualmente, en la Sentencia de 17 de enero de 1986 (R.A. 104) se establece que «es doctrina reiterada de esta Sala que la resolución de los contratos es acto de voluntad de las partes que entiendan o consideren

que existe incumplimiento de la contraria, y que, por ello, la sentencia judicial se limita a sancionar la validez o invalidez de esa resolución. En el caso del pleito así ha ocurrido al estimarse la reconvencción y considerándose probado que hubo incumplimiento por el comprador reconvenido. No hay, pues, interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil, como se acusa en el motivo quinto y último, puesto que la Sala de Instancia se ha limitado a aplicarse a los hechos probados, sin tergiversar el sentido de la norma aludida».

Por su parte, en la Sentencia de 4 de abril de 1990 ( R.A. 2.694) puede leerse que «la opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido corresponde a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato y puede ejercitarla ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a reserva de que si la declaración de resolución se impugna por la otra parte quede sometida al exámen y sanción de los Tribunales, que declararán si es o no ajustada a derecho, pues los efectos de la resolución han de ser instatos y obtenidos por la vía judicial..., pero la resolución del contrato es acto del contratante que considera incumplido el mismo por el otro... y puede solicitarse mediante voluntad unilateral de quen ha cumplido, siendo la resolución que la acoge proclamación simple de la resolución ya operada».

Finalmente, de forma breve pero clara se manifiesta la Sentencia de 15 de junio de 1992 (R.A. 5.176), que establece al respecto que «la sentencia lo único que hace es declarar que la resolución estuvo bien hecha...»<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Esta segunda solución se encuentra también en las Sentencias de 19 de junio de 1913 (J.C. núm. 835), 24 de octubre de 1941 (R.A. 1.091), 28 de enero de 1943 (R.A. 121), 7 de enero de 1948 (R.A. 13), 10 de marzo de 1949 (R.A. 536-1.950), 16 de noviembre de 1956 (R.A. 3.447), 4 de noviembre de 1958 (R.A. 3.432), 25 de marzo de 1964 (R.A. 1.717), 2 de noviembre de 1965 (R.A. 4.848), 6 de octubre de 1967 (R.A. 3.752), 21 de junio de 1971 (R.A. 3.260), 14 de febrero de 1973 (R.A. 472), 21 de mayo de 1976 (R.A. 2.306), 22 de diciembre de 1977 (R.A. 4.839), 24 de febrero de 1978 (R.A. 589), 8 de febrero de 1980 (R.A. 933), 8 de abril de 1980 (R.A. 1.368), 20 de junio de 1980 (R.A. 2.412), 30 de marzo

De acuerdo con lo que hasta ahora hemos visto, según el art. 1.124 C.C., una vez producido el incumplimiento surge para la parte que ha cumplido la facultad de optar por solicitar el cumplimiento forzoso o resolver el contrato. La resolución puede ser judicial o extrajudicial. En la extrajudicial, normalmente, la parte cumplidora deberá notificar al incumplidor su voluntad de resolver el contrato, aunque nada impide que sea éste último el que plantee al acreedor su imposibilidad de cumplimiento, y a partir de esta comunicación las partes lleguen a un acuerdo de resolución. Por otro lado, es conveniente que la notificación se produzca de modo fehaciente para evitar posteriores problemas probatorios, del mismo modo que se hace en el caso de que se trate de compraventa de inmuebles con precio aplazado según se exige en el art. 1.504 C.C. El deudor puede aceptar esta voluntad de modo expreso o simplemente no impugnándola, pero también puede rechazarla expresamente acudiendo a la vía judicial para que se decrete si se efectuó con arreglo a Derecho<sup>17</sup>.

---

de 1981 (R.A. 1.243), 5 de noviembre de 1982 (R.A. 6.528), 3 de diciembre de 1982 (R.A. 7.546), 8 de julio de 1983 (R.A. 4.203), 2 de mayo de 1984 (R.A. 2.391), 14 de junio de 1988 (R.A. 4.875), 28 de febrero de 1989 (R.A. 1.409), 4 de abril de 1990 (R.A. 2.694), 30 de marzo de 1992 (R.A. 2.308), 24 de octubre de 1995 (R.A. 7.520), 9 de diciembre de 1995 (R.A. 9.611), 17 de febrero de 1996 (R.A. 1.408) y 7 de junio de 1996 (R.A. 4.827), entre otras.

Así, la Sentencia de 20 de junio de 1980 (R.A. 2.412) dispone que «la resolución de las obligaciones sólo puede lograrse, cuando la parte a la que va dirigida no la acepta, mediante su planteamiento ante los Tribunales, ello no quiere decir que, planteada ante ellos 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...». Más recientemente, la sentencia de 15 de junio de 1993 (R.A. 4.836) también afirma que «la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva— claro está— de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada... determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada».

<sup>17</sup> OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral*, págs. 106 y 107; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.227.



Por otro lado, en caso de que no haya acuerdo y las partes decidan acudir a los tribunales, al juez se le conceden dos poderes fundamentales: el de la valoración del incumplimiento y la determinación de si será suficiente para desencadenar la resolución, declarando así bien hecha la resolución, y el de conceder al demandado un nuevo plazo siempre que se justifique según las circunstancias.

Por último, conviene señalar que en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la resolución es extrajudicial, pues conforme a los arts. 49, 64, 72 y 73 es al contratante cumplidor al que le corresponde declarar resuelto el contrato. Algo semejante ocurre en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (art. 7.3.2), en los que el derecho a dar por terminado el contrato corresponde al contratante cumplidor mediante una comunicación, y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 4.301 y sigs.), conforme a los cuales la resolución es una facultad del cumplidor, que también deberá ser notificada al incumplidor

## § 2. Efectos de la resolución

Como hemos visto, el artículo 1.124 C.C. no dice cuáles van a ser las consecuencias que se derivarán si la parte cumplidora del contrato opta por ejercitar su facultad resolutoria, con lo que se hace necesario averiguar qué efectos se van a producir, así como la normativa aplicable a los mismos. Pero junto a la resolución por incumplimiento existen otros supuestos de resolución a los que tendremos que ir haciendo referencia, puesto que respecto de alguno de ellos sí que se regulan sus efectos<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Por resolución podemos entender siguiendo a MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.173 y 1.174, la «extinción sobrevenida

El art. 1.506 C.C., refiriéndose al contrato de compraventa, dice que ésta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, por las específicas señaladas en la regulación de la compraventa y por el retracto convencional y el legal<sup>19</sup>. En principio, en el Derecho civil español nos encontramos con la posibilidad de que las partes pacten la resolución del contrato cuando se produzca determinado evento, es decir, que acuerden introducir una condición resolutoria<sup>20</sup>.

---

de la regla negocial, que va a ser sustituida por la vuelta a la situación anterior al negocio o por otra regla alternativa».

<sup>19</sup> El art. 1.506, cita, pues, entre las causas de resolución del contrato, el retracto convencional y el legal. Sin embargo, respecto de este último la doctrina no acepta que se trate de un supuesto de resolución. Así, entre otros CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al art. 1.506 C.C.», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Madrid, 1991, págs. 989; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, cit., pág. 176, plantea la cuestión sin llegar decantarse expresamente. GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al art. 1.521 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 362, pone de manifiesto que, a diferencia de lo que ocurre en el retracto convencional, en el legal son tres las personas que median, el vendedor, el comprador y el retrayente, y que mientras que «en el retracto convencional la preferencia adquisitiva es propiamente una facultad de readquisición, en el legal es pura facultad adquisitiva». Por ello, a continuación añade que «la relación entre el enajenante y el adquirente de la finca retraída se mantiene firme e inalterable, variando solamente uno de sus elementos personales, que es precisamente en lo que consiste el recurso técnico de la subrogación; por tanto, el retracto legal es un derecho real de adquisición que no actúa ni como condición resolutoria ni imponiendo la obligación de vender...».

<sup>20</sup> Sobre la condición, véase: MAGNO, D., *Studi sul negozio condizionato*, vol. I., Roma, 1930; NATOLI, V., «Della condizione nel contratto», *Comm. Codice Civile. Libro delle obbligazioni*, dir. D'AMELIO y FINZI, Florencia, 1948, págs. 421 y sigs; BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Turín, 1955, págs. 514 y sigs; BARBERO, D., *Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano*, vol. 1º, Turín, 1962, págs. 439 y sigs; *Contributo alla teoria della condizione*, Milán, 1948; «Condizione», *Noviss. Dig. Ital.*, t. III, Turín, 1959, págs. 1.095 y sigs; ZAPULLI, C., *Condizione nei negozi giuridici*, *Nuovo Digesto it.*, t. III, págs. 724 y sigs; RESCIGNO, P., «Condizione», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VIII, 1961; SACCO, R., «La condizione», *Trattato di Diritto Privato*, dir. por RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, t. II, Turín, 1982, págs. 291 y sigs; FITTIPALDI, O., «Della condizione nel contratto», en PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, libro IV, *Delle obbligazioni*, tit. II, cap. III, Turín, 1984, págs. 385 y sigs; MAIORCA, S., «La condizione», *Riv. Dir. Civ.*, t. II, 1984, págs. 211 y sigs. Entre nosotros, PELAYO HORE, S., «Sobre la condición resolutoria», *R.D.P.*, 1948,

Ahora bien, este evento puede consistir en el incumplimiento de su obligación por una de las partes<sup>21</sup>. En este caso estamos ante lo que se ha venido a llamar el "pacto comisorio", cuya naturaleza no está del todo clara, y cuyo régimen y efectos pueden variar respecto de los de la simple condición resolutoria. Es decir, en los arts. 1.503, 1.504 y 1.505 C.C. se regulan unos supuestos de resolución por incumplimiento propios de la compraventa de bienes inmuebles o de bienes muebles, de los que cabe plantearse si son especialidades de la condición resolutoria explícita o de la resolución general por incumplimiento del art. 1.124 C.C.<sup>22</sup>.

---

núm. 375, págs. 36 y sigs.; ROCA SASTRE, R.M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., págs. 369 y sigs; LUNA SERRANO, A., «Condición, término y modo», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, *Elementos de Derecho civil*, t. I, *Parte general de Derecho Civil*, vol. 1º, *El Derecho Subjetivo*, Barcelona, 1990, págs. 229 y sigs; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 995 y sigs; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. I, *Introducción y Parte General*, vol. 2º, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Barcelona, 1985, págs. 301 a 327; ALVAREZ VIGARAY, R., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., págs 96 y sigs; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva*, Valencia, 1991; SANCHO REBULLIDA, F., «Condición, término y modo», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *Parte general. Teoría general del contrato*, Barcelona, 1994, págs. 479 y sigs.

<sup>21</sup> Véase, BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Cumplimiento del contrato...*, cit., págs. 27 y sigs y págs. 63 y sigs.

<sup>22</sup> El artículo 1.504 C.C. presupone la existencia de una cláusula inserta en el contrato por voluntad de las partes en virtud de la cual, si una de ellas no cumple la obligación de pago que le incumbe, cesa para la otra parte la obligación de entregar la cosa, y si ya hubiera cumplido esta obligación podrá pedir la restitución de cuanto hubiere entregado. Esto viene a coincidir con la definición del pacto comisorio, al que se considera como acuerdo de las partes por el que si el precio no se paga en el momento debido, se resuelve automáticamente el contrato.

La inserción en el contrato del pacto comisorio ha planteado problemas a la doctrina en lo relativo a su naturaleza jurídica y a su régimen aplicable en lo no regulado expresamente, puesto que tiene notas comunes tanto con la condición resolutoria expresa, ya que se trata de una condición inserta en el contrato por la voluntad de las partes, como con la resolución por incumplimiento del art. 1.124, pues es precisamente el incumplimiento el que determina la resolución. Y precisamente por lo anterior también

Junto a las anteriores, encontramos también la resolución acordada por las partes al inicio del contrato, conocida como retracto convencional, en la que el vendedor se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida devolviendo el precio y reembolsando determinados gastos (arts. 1.507 y 1.508 C.C.). Pero además, nuestro Código regula otros supuestos tanto de resolución como de extinción del vínculo contractual en los que, si bien no se trata propiamente de resolución, se producen efectos semejantes.

El problema surge porque no existe en el Código civil ningún precepto que, con carácter general, se dedique a la regulación de los efectos de la resolución, pero como sí que se regulan, por ejemplo, los efectos de la resolución por condición resolutoria expresa, en el art. 1.123, por retracto convencional, en el art. 1.507 C.C., y otros que también pueden presentar cierta analogía con el caso que vamos a estudiar, parece conveniente describir cuáles son los efectos que se producen ante otros casos de resolución así como su regulación para ver si pueden trasladarse, o aplicarse de alguna manera al supuesto que nos interesa.

La doctrina al analizar los efectos de la resolución del contrato lo ha hecho de modo tangencial con ocasión del estudio de alguno de los tipos de resolución<sup>23</sup>. Fruto de la escasa atención al tema, parece que se

---

tiene notas que la hacen diferenciarse de una y de la otra. El caso es que si se trata de una compraventa de inmuebles con precio aplazado hay que tener en cuenta el art. 1.504 del mismo texto legal, que impone un régimen resolutorio algo distinto del que se aplica al resto de obligaciones recíprocas.

<sup>23</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., en su «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1986», en C.C.J.C., núm. 11, págs. 3.779, sobre el régimen y las consecuencias de la resolución por incumplimiento, hace las siguientes afirmaciones: «Discutibles y tan apenas discutidos entre nosotros, estos problemas que nacen una vez producida la resolución a pesar de la frecuencia con que se plantean ante los Tribunales. Puesto que no tenemos un estudio doctrinal en profundidad..., injusto sería criticar a los Tribunales por no realizar con resultados plenamente satisfactorios la tarea de sistematización coherente que correspondería a la doctrina científica». PANTALEÓN

han tratado de atribuir efectos distintos según se tratase de una resolución derivada de la inserción de una condición resolutoria expresa en el contrato, de la existencia de pacto comisorio, o mejor, de la resolución de una compraventa a plazos de un bien inmueble, o de la resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C.<sup>24</sup>

Generalmente los autores que han estudiado el tema han atribuido efectos distintos a la resolución en cada uno de estos casos, pero cuando tratamos de sistematizar los efectos que se consideran propios de los diferentes supuestos de resolución, llegamos a conclusiones confusas y poco claras. Es decir, lo que unos autores

---

PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *A.D.C.*, 1993, pág. 1.735, considera que «el régimen de la liquidación de la relación contractual resuelta adolece entre nosotros de una gran oscuridad: ¿pierde la facultad de resolución quien ya no puede restituir lo que recibió del incumplidor, al menos si ello obedece a causa a él imputable?; ¿procede la recíproca restitución de frutos e intereses, o juega el artículo 1.120.I CC? ¿y son de aplicación las reglas de los artículos 451-155 CC?; ¿y *quid iuris* sobre los gastos realizados en la cosa a restituir?...».

<sup>24</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.173 y 1.174, enumera los supuestos en los que se extingue la situación creada por un negocio jurídico:

- 1) El art. 1.460 permite que el comprador «*desista* del contrato»
- 2) Los arts. 1.469 a 1.471 permiten la «rescisión», el «desistimiento» o la «anulación» ante supuestos de falta de pleno cumplimiento en la entrega de la cosa vendida.
- 3) De «desistimiento» habla también el artículo 1.486, en tema de vicios ocultos de la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlo conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.
- 4) Determinados incumplimientos del arrendatario dan lugar a una pretensión, por parte del arrendador, dirigida a la extinción de la relación arrendaticia (arts. 1.569 del Código civil, 114 de la L.A.U. anterior y 83 y concordantes de la L. A. R.).
- 5) A un esquema semejante obedecen los «despidos» y la extinción de las relaciones de servicios (arts. 1.584 del Código civil y 54 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores).
- 6) En ínfima conexión, se encuentra la facultad de desistir que el artículo 1.594 del Código civil concede al comitente en el contrato de obra.
- 7) Ciertos supuestos de disolución del contrato de sociedad (artículos 1.707, 1.700, 4º, etc., del Código civil) obedecen a un esquema semejante.

entienden que son efectos de la resolución del art. 1.124, otros los consideran propios de la del art. 1.504. Pero también los hay que afirman que los efectos que se regulan en el art. 1.123 son comunes a la resolución por pacto comisorio, y otros que no lo son a la anterior, sino a la resolución del art. 1.124 C.C. A lo que hay que sumar, por la conexión que tiene con el tema que estamos tratando, los efectos del retracto convencional del art. 1.507 del C.C., considerado como un derecho convencional de resolución<sup>25</sup>.

Por ello, antes de comenzar el estudio del efecto restitutorio de la resolución del contrato por incumplimiento y en especial el problema de la readquisición de la propiedad, es conveniente dejar claro cuáles van a ser los efectos que, con carácter general, se producen con la resolución del contrato. Además, de este modo la falta de regulación que existe respecto de los efectos de la resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C. podría suplirse acudiendo a la regulación de aquéllos.

Pues bien, el efecto fundamental de la resolución no es otro que la extinción de las obligaciones recíprocas y de los efectos inherentes a la relación contractual. Junto a este efecto, que realmente se puede desdoblar en dos, comunes a los diversos tipos de resolución, nos encontramos con un tercero que sí aparece recogido en el art. 1.124. Vamos a ver ahora cuáles son estos efectos.

### 1. *El efecto resarcitorio o indemnizatorio*

El art. 1.124 dispone que tanto si el contratante cumplidor opta por exigir el cumplimiento, como si prefiere resolver el contrato, en ambos casos se hará con el resarcimiento de daños y abono de intereses. De

---

<sup>25</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. IV, cit., pág. 168; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil Español*, vol. II, Barcelona, 1988, pág. 395.

modo que si se opta por la resolución, además de quedar liberadas las partes del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, y de venir obligadas nuevamente, en su caso, a restituir las prestaciones que hubieran recibido, la parte incumplidora deberá indemnizar los daños y perjuicios que su incumplimiento pudiera haber producido a la contraparte<sup>26</sup>.

Este efecto no es propiamente un efecto de la resolución del contrato sino del daño que produce el incumplimiento del mismo, se llegue o no a resolver el contrato<sup>27</sup>. De modo que si con el

---

<sup>26</sup> También la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de mercaderías dispone, en su art. 81, dedicado a los efectos de la resolución, que la resolución deja a salvo la «indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida». De modo que el ejercicio de la facultad resolutoria no impide solicitar la indemnización correspondiente. Lo mismo se establece en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales, en sus artículos 7.3.5 y sigs., conforme a los cuales la terminación del contrato no excluye el derecho al resarcimiento que origina todo incumplimiento. En los Principios del Derecho Europeo de Contratos, se dedica la Sección 5ª del Capítulo 4º a la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

<sup>27</sup> Como apuntan BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato di Diritto Civile. Delle Obligazioni*, t. I., Milán, 1905, pág. 499; PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho civil*, por ENNECCERUS, L., DIPP, T., WOLF, M., t. II, Derecho de obligaciones, vol. 1º, cit., «esta consecuencia especial es, además, de naturaleza accesoria porque exige la demostración aparte de la realidad de los daños, según reiterada doctrina consagrada por el T.S.... Así, pues, no es una consecuencia que venga necesariamente aparejada con la resolución, que puede no producir daño. El daño, cuando lo haya, no será considerado como resultante de la resolución misma en tanto en cuanto sea imputable a una de las partes»; GIL RODRÍGUEZ, J., «Unidad y pluralidad de vínculos», cit., pág. 139; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pags. 84 y 85, también hace referencia a la cuestión, diciendo que «resolución y resarcimiento pueden darse de manera conjunta, tal y como establece el art. 1.124 del Código Civil, pero titene presupuestos y finalidad distinta. De una parte, el resarcimiento tiene como presupuesto la producción de un perjuicio económico, de manera que sin él no puede haber indemnización. Sin embargo, cabe resolución sin perjuicio económico. Tal sería el caso en que el acreedor, sin haber cumplido todavía, por gozar del beneficio del plazo, pueda resolver con base en los reiterados incumplimientos de la contraparte. Tales incumplimientos le pueden reportar un beneficio si por las oscilaciones del mercado su prestación ha aumentado de valor en relación con la que corresponde a la contraparte, o si el resolvente hizo, ya inicialmente, y mal negocio. Y, con todo, también en este caso cabe resolver. En consecuencia, la resolución, a diferencia de la indemnización, no tiene, en esencia, carácter sancionador o reparador de los perjuicios causados. De otra parte, así como la resolución tiene por objeto dejar sin efecto la organización *cualitativa* del patrimonio de

incumplimiento no se ha producido ningún daño no se podrá solicitar el resarcimiento. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de junio de 1992 (R.A. 5.136), en la que se recoge la doctrina jurisprudencial diciendo que «la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha dicho que tal doctrina no es de aplicación tan absoluta que, en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, sea preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente los han causado»<sup>28</sup>. Sin embargo, aun no siendo el resarcimiento efecto directo de la resolución sino del daño, será necesario hacer alguna referencia al mismo dada la confusión que se ha originado entre resolución, restitución y resarcimiento.

Con la resolución lo que se pretende es la extinción de la relación contractual, la desvinculación de las partes de las obligaciones del contrato. Sólo en determinados casos entrará en juego la restitución como consecuencia de la resolución, pero no es consecuencia necesaria<sup>29</sup>. En el caso de que se hubiera cumplido alguna de las

---

las partes prevista conforme al contrato..., es finalidad de la indemnización de daños y perjuicios la recomposición cuantitativa del patrimonio de sólo el resolvente».

<sup>28</sup> En el mismo sentido, las Sentencias de 5 de julio de 1980 (R.A. 3.085), y 29 de noviembre de 1991 (R.A. 8.577), al decir que «no ofrece menos evidencia, jurisprudencialmente hablando, que ni todo incumplimiento es generador de indemnización o resarcimiento, ni que para indemnizar deba acreditarse la existencia del daño o del perjuicio», y en la de , en la que se dice que «La jurisprudencia de esta Sala, siempre constante, tiene declarado que para condenar a daños y perjuicios hay que probar su existencia...».

<sup>29</sup> SACCO, R., «I remedi sinalagmatici», *Tratatto di Diritto Privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. 10°, *Obbligazioni e contratti*, II, Turín, 1986, pág. 515, distingue entre resolución y restitución y concluye diciendo que la restitución no es presupuesto de la resolución, sino consecuencia; VALCAVI, G., «Sulla natura dell'obbligo di restituzione e di quello di risarcimento del danno conseguente alla risoluzione del contratto per inadempienza», *Foro Padano*, 1992, I, pág. 63 a 68; ZUDDAS, G., «Risoluzione della



prestaciones y, como consecuencia de ello hubieran salido bienes de sus patrimonios originales, con la restitución lo que se pretende es recomponer dichos patrimonios.

Con el resarcimiento lo que se pretende no es recomponer el patrimonio del contratante cumplidor, sino su valor, que como consecuencia de un daño se ha visto disminuido. Sin embargo a la hora de recomponer este valor, la doctrina ha atendido bien al que tenía al celebrarse el contrato (interés negativo), bien al que tendría si el contrato hubiese llegado a buen fin (interés positivo). Así, por interés contractual negativo o *ante contractum* hemos de entender el derecho a ser colocado en la misma situación que se tendría si el contrato nunca hubiera sido celebrado, mientras que el interés contractual positivo, también llamado interés de cumplimiento o *post contractum*, es el derecho a ser colocado en la misma situación económica y patrimonial que se tendría si el contrato hubiera sido perfectamente celebrado y ambas partes hubieran cumplido sus prestaciones. Existen, pues, en la doctrina cuatro opciones respecto al resarcimiento de daños, que en función de la relación que consideran que existe entre restitución y resarcimiento, admiten que el valor del patrimonio se recomponga de una u otra manera<sup>30</sup>:

a) Considerar que, puesto que la resolución con su efecto restitutorio entraña ya un resarcimiento, no cabe ya otro resarcimiento por los daños y perjuicios causados<sup>31</sup>. Esta opción manifiesta una clara

---

venta per inadempimento del compratore e lucro cessante del venditore.», *Riv. Giur. Sarda*, 1995, págs. 9 y 10.

<sup>30</sup> Afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, pág. 726, que algunos autores consideran que el resarcimiento debido al contratante que resuelve debe cubrir únicamente el interés contractual negativo, pero nunca el interés contractual positivo. Este autor, a continuación expone las cuatro opciones.

<sup>31</sup> Esta solución fue adoptada por el Código Civil alemán ya que la doctrina pandectística partió de la incompatibilidad entre los efectos de la resolución y el resarcimiento de los daños por falta de cumplimiento. Sin embargo, pese a que esta fue

confusión entre el efecto restitutorio y el resarcitorio, puesto que los identifica<sup>32</sup>.

b) Admitir, junto con la resolución del contrato, la posibilidad de exigir también el interés contractual negativo, solución también llamada reposición subjetivo-relativa<sup>33</sup>. En esta opción se está

---

la tesis recogida por los §§ 325 y 326 del BGB, la doctrina alemana ha criticado esta solución, considerandola contraria a los intereses del contratante cumplidor. Destaca PANTALEÓN PRIETO, F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit., pág. 1.150, que «cuando quien contrató con el incumplidor no ha realizado aún su prestación, aquella incompatibilidad se ha obviado en la práctica mediante la aceptación, en materia de cálculo de la cuantía indemnizatoria, de la llamada «*abgeschwächte Differenztheorie*», hoy absolutamente dominante en la jurisprudencia y doctrina alemanas, y que algunos autores pretenden que se aplique incluso, cuando el acreedor insatisfecho haya llevado ya a cabo su prestación». Y añade que «la otrora dominante tesis de que la resolución extingue por completo el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiese existido, ha sido completamente abandonada por los juristas alemanes, entre otras razones porque están convencidos de que la resolución no es incompatible con la subsistencia de pretensiones indemnizatorias por *culpa in contrahendo*, cumplimiento defectuoso e, incluso, mora ex § 286. I BGB, siempre que se trate, claro está, de daños extramuros del interés en el cumplimiento en sentido estricto». A esta primera solución ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», cit., pág. 147, le ha llamado simplemente reposición objetiva y se han diferenciado dos grados dentro de la misma, el normal, que supone la reposición de todas las prestaciones intercambiadas a lo largo del contrato, incluyendo frutos, intereses, etc., y el restringido, que se reduce a las prestaciones principales.

<sup>32</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, pág. 727, afirma que una cosa es el resarcimiento de daños y otra, bien distinta, la restitución, de manera que a ésta no se le puede otorgar un alcance indemnizatorio»

<sup>33</sup> Respecto a la segunda tesis, esta fue inicialmente sostenida por CARNELUTTI, F., «Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento», in *Rivista di diritto commerciale*, 1923, t. II, pág. 328 y sigs., y posteriormente seguida por un sector de la doctrina italiana, apoyándose, principalmente, en el carácter retroactivo de la resolución. El citado autor considera que es necesario partir de la distinción entre indemnización en el caso de que se condene a la ejecución del contrato, e indemnización en el caso de que éste se resuelva. Es necesaria la distinción porque, tanto los artículos 1.165 del anterior Código Civil italiano, 1.453 del actual, como el 1.124 de nuestro Código Civil otorgan al contratante cumplidor la posibilidad de optar entre exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, quedando a salvo en ambos casos el resarcimiento del daño.

Así pues, el Código Civil permite en todo caso el resarcimiento de perjuicios, pero, y siguiendo con la opinión del mencionado autor, la indemnización no será la misma, pues tendrá una función diversa, en uno y en otro caso. Lógicamente, si lo que se solicita

es el cumplimiento del contrato la función del resarcimiento será otorgar al contratante cumplidor todos los beneficios que hubiera obtenido si el contrato hubiera producido los efectos esperados. Ahora bien, si lo que se solicita es la resolución, no se puede pretender, además, obtener los beneficios de la plena ejecución del contrato, pues sería una contradicción el pretender por una parte volver a la situación inicial existente previa la celebración del contrato y, por el otro obtener los beneficios de la posible situación final. Por lo que la función del resarcimiento en este segundo caso será acorde con la resolución, esto es, situar al contratante que ha cumplido, o mejor dicho, su patrimonio, en la situación en que se encontraría si el contrato no se hubiera celebrado.

Es decir, el resarcimiento del daño en caso de resolución tiende a borrar las consecuencias negativas que haya podido reportar al patrimonio del contratante cumplidor el hecho de haber cumplido, pues, para volver a la situación anterior al contrato puede no bastar con que se le restituya la prestación, sino que, además deben restituirse los perjuicios que le haya podido reportar el hecho de no haber podido disponer de la misma.

Visto de este modo es como encuentra justificación, de acuerdo con la citada doctrina, la posibilidad de elección, entre el cumplimiento o la resolución, que ofrece la ley; ya que si en cualquiera de los dos casos se pudieran obtener los beneficios de la ejecución del contrato la opción no tendría sentido. Así, aunque en sede de nulidad, no de resolución, FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, pág. 98, ha dicho, en relación con lo anterior, que «si para resarcir el daño causado por la nulidad de un negocio jurídico, se quisiera y pudiera instaurar un estado de cosas idéntico al que se hubiera producido en el caso hipotético de no ser nulo el contrato,... ello equivaldría a convertir en válido el negocio nulo».

Esta tesis ha sido defendida también en nuestro país por un prestigioso sector doctrinal. Así JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987: indemnización en caso de resolución por incumplimiento de contrato sinalagmático. Lucro cesante. Indemnización calculada en moneda extranjera y conversión en moneda nacional. Actualización del importe líquido de la indemnización», en C.C.J.C., núm. 15, 1987, págs. 5.183 y sigs.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Obligaciones sinalagmáticas: resolución por incumplimiento», cit., pág. 207, este autor ha afirmado que «si se opta por la resolución, en congruencia con su naturaleza y efectos retroactivos, el resarcimiento habría de ser del interés contractual negativo, es decir, para colocar al contratante en aquella situación en que se habrá encontrado si el contrato no se hubiese concluido pero no como si el contrato se hubiese cumplido debidamente, pues a ello se ha renunciado al resolver»; también en «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1985», en C.C.J.C., núm. 9, 1985, págs. 2.949 y sigs. y «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1986», igualmente en C.C.J.C., núm. 11, 1986, págs. 3.773 a 3.788; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 271, afirman que «otras consecuencias de la resolución son las referentes al abono de daños y perjuicios. El párrafo 2º del artículo 1.124 se los concede al legitimado para ejercitar la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución, opte por la que opte. Sin embargo, es más que dudoso que, si elige la resolución, pueda pretender otra cosa que no sea la devolución de lo entregado y la aplicación de la normativa vista en el párrafo anterior; concretamente

atribuyendo una característica, cual es la retroactividad, que, en su caso, sería propia del efecto restitutorio, al resarcimiento de los daños. De este modo, «el recurso al pretendido efecto retroactivo o *ex tunc* de la resolución, no tiene otro ámbito de juego que el grupo de difíciles problemas relativos la sentido y alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones ya cumplidas (¿qué ocurre con los frutos, intereses, mejoras o deterioros?) y a la eficacia o no de los actos de administración de las cosas objeto de aquellas prestaciones, realizados por las partes hasta el momento de la resolución»<sup>34</sup>, pero no afectará al ámbito de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

c) Reconocer el interés contractual positivo, pero no el negativo. Hoy en día es defendida por la mayor parte de la doctrina, tanto francesa, como italiana y española<sup>35</sup>. Igualmente, el Tribunal Supremo,

---

el lucro cesante. No se olvide que la resolución tiende a colocar a las partes en la misma posición que tuvieron al contratar, que opera retroactivamente hasta ese momento borrando lo ocurrido. El lucro cesante, por propia definición, implica que el acreedor se quiere colocar en la misma situación patrimonial que si el contrato (cuya resolución se pide) hubiese llegado a buen término, lo que exigiría obviamente que él cumpliera (que es lo que no quiere con la resolución). También el Tribunal Supremo, en alguna de sus sentencias, ha mantenido la opinión anterior. Así, en la Sentencia de 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554) ha dicho que «el efecto de la resolución, solicitada por ambas partes, es volver las cosas al estado preexistente y por consiguiente no puede admitirse que las citadas sociedades, además de reintegrarse de la finca vendida, reciban como plus la cantidad de 28.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios».

<sup>34</sup> En España, PANTALEÓN PRIETO, F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit., págs. 1.153; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, pág. 727, que, desde otra perspectiva, afirma que «no hay ninguna razón para limitar el derecho al resarcimiento de daños, que el art. 1.124 establece, con una regulación que, aunque no lo diga, debe considerarse referida a los parámetros establecidos en el art. 1.106..., una cosa es el resarcimiento de daños y otra, bien distinta, la restitución, de manera que a ésta no se le puede otorgar un alcance indemnizatorio»

<sup>35</sup> Además es la posición que indubitadamente se sigue tanto en Derecho inglés como estadounidense. BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie», Scritti in onore di Giuseppe Auletta, vol. II, 1988, Milano, pág. 279, lo explica del siguiente modo: en el instante anterior a la resolución, el contratante cumplidor ha adquirido (pensemos que se trata del vendedor), el derecho a conservar la parte del precio recibida y que le sea entregada la parte restante, es decir, derecho al

precio, que designa como A; el derecho a conservar el valor de uso de la parte del precio entregada, que designa como B; y el derecho a ser indemnizado por no haber podido disponer de la parte de precio que todavía no le ha sido entregada. Por otra parte, el contratante incumplidor habrá adquirido el derecho a apropiarse del valor de uso del bien hasta el día de la resolución (M), y el derecho a disponer del valor del bien hasta la resolución (N).

Así, afirma el autor, el incremento patrimonial de la parte que obtiene la resolución debe calcularse sustrayendo el valor de la suma de M+N, que es la posición jurídica del adquirente, del valor de la suma A+B+C, que es la posición jurídica del vendedor. Es decir, si las partes no se han limitado a intercambiar la mera titularidad, el incremento patrimonial que debe recibir el contratante cumplidor no podrá ser apropiadamente cuantificado si se limita a valorar la diferencia de valor de las nudas titularidades, siendo necesario tener en cuenta las facultades de goce que las partes también han intercambiado. Por ello, los frutos e intereses, en cuanto que son también valores unidos al valor de uso de las prestaciones, serán definitivamente incorporados al patrimonio de cada uno de los contratantes al igual que el valor de las prestaciones. Si a través de la resolución el ordenamiento tutela el interés del contratante cumplidor a la eliminación del contrato, privando a este de su relevancia jurídica, pero también debe tutelar su interés de conservar el interés al incremento patrimonial derivado del contrato, la resolución deberá conservar los efectos que supongan la satisfacción de dicho interés. Tendremos, entonces, que la resolución, por un lado eliminará, en todo o en parte, las disposiciones programadas en el contrato, y, por otra, dará vida a un nuevo derecho, es decir, a un derecho de crédito por el diferente valor de las posiciones jurídicas adquiridas por el actor y perdidas por efecto de la resolución. Habrá, pues, cierta irretroactividad de la resolución en relación con los frutos e intereses, de modo que el derecho del contratante fiel de conservar el incremento patrimonial resultará satisfecho, en parte en forma específica (ausencia de restitución en cuanto a frutos e intereses) y, en parte, por equivalente (resarcimiento del daño por el diferente valor de las situaciones jurídicas que vendrán respectivamente adquiridas y perdidas por efecto de la resolución); BIGLIAZZI GERI, L., «Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno», *Riv. Crit. dir. priv.* 1966, págs. 29 a 59.

En España, PANTALEÓN PRIETO, F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit., págs. 1.153., critica las afirmaciones de la doctrina española defensora de que la indemnización debe limitarse al interés contractual negativo diciendo que «de la incardinación sistemática del artículo 1.124, del (erróneo) tratamiento de condición resolutoria que el legislador ha querido darle, lo único que cabe decir es lo que dispone el artículo 1.123. 1 *in fine*: que los interesados «deberán restituirse lo que hubiesen percibido», aunque «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria» (art. 1.124. IV). Si se quiere llamar a esto «retroactividad» o «efecto retroactivo», para lo que ofrecería alguna base, aunque débil, la remisión del artículo 1.123. III al párrafo segundo del artículo 1.120, llámese así. Pero pretender seguir deduciendo que la resolución extingue plenamente el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiera existido, al punto de hacerla incompatible con las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo, es, en

en Sentencia de 29 de noviembre de 1991 (R.A. 8577) afirma que «es evidente, jurisprudencialmente considerado el tema, que la frase “resarcimiento de daños y abono de intereses” que se emplea por el legislador en el art. 1.124-II CCiv., comprende no sólo ese indemnizar el mal o deterioro causado por la conducta incumplidora y la satisfacción de los inoportunos intereses sean legales o pactados, sino también la indemnización de los perjuicios causados por dicho proceder, comprendiéndose dentro del término daño tanto el emergente como el lucro cesante».

d) Reconocer, bien de modo opcional, bien acumulativamente, tanto el interes contractual negativo como el positivo, tesis sostenida por una doctrina minoritaria.

En cualquier caso, ambos medios de tutela, el restitutorio y el resarcitorio, se encuentran en íntima relación, pues cuanto menos se pueda recomponer un patrimonio, mayor será el daño a resarcir, y viceversa.

Principalmente la confusión se ha originado entre restitución y resarcimiento porque el llamado efecto resarcitorio ha sido tradicionalmente estudiado de forma independiente, es decir,

---

mi opinión, pura jurisprudencia de conceptos. Jurisprudencia de conceptos que alcanza cotas muy altas cuando, como JORDANO FRAGA, se califica de “jurídicamente imposible” la tesis que aquí se mantiene». Igualmente, considera indemnizable el interés contractual positivo DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 727. También LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Traducción de SANTOS BRIZ, Madrid, 1958, pág. 195, lo justifica diciendo que «el que no cumple la prestación debida está obligado a la indemnización a aquella situación patrimonial en la que se hallaría si el contrato hubiese sido debidamente cumplido. Por lo tanto está obligado a proporcionarle la ganancia que desde un punto de vista económico hubiera podido tener el perjudicado como derivada del contrato si éste se hubiese cumplido»; GIL RODRÍGUEZ, J., «Unidad y pluralidad de vínculos», cit., pág. 140; SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona, 1998, págs. 86 y sigs.; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*cit., págs. 576 y sigs., también considera que el art. 1.124 tutela el interés contractual positivo, no el negativo.

desconectado del efecto restitutorio, lo cual ha conducido a consecuencias injustas al entrar en juego conjuntamente con este último<sup>36</sup>. Hay que destacar, pues, la relación entre restitución de la prestación y resarcimiento del daño y, más concretamente entre restitución por equivalente y el resarcimiento en el ámbito de la responsabilidad contractual<sup>37</sup>, advirtiendo que no es difícil que surja cierta confusión entre ambas figuras, restitución y resarcimiento, debido a que las dos coinciden, en cierto modo, en su objetivo.

---

<sup>36</sup> LUMINOSO, A., «Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento», *Giurisprudenza commerciale soc. e fallimento*, 1990, t. I, págs. 19 a 37, afirma que existen otros motivos que explican la perdurante hostilidad del tema; motivos entre los cuales destaca, en particular, la falta de percepción de los nexos existentes entre daño resarcible y restituciones (en la resolución). Hasta el punto de que —en nuestra opinión— una correcta solución de los problemas relativos al daño en la resolución no sólo permite orientar correctamente los estudios en tema de restitución, sino que también permite despejar los principales vicios que se encuentran en la base de muchas de las opiniones que respecto a este tema se han dado en la doctrina y en la jurisprudencia. La perspectiva a la que ahora hemos hecho mención se revela no exenta de interés (tanto teórico como práctico), puesto que, por un lado ofrece la posibilidad de tomar los numerosos puntos de interferencia existentes entre la disciplina del daño ocasionado por la resolución y el régimen de las restituciones consiguientes a la misma, y, por el otro, muestra con suficiente claridad cómo no es posible profundizar en el análisis de uno de estos dos aspectos de la institución sin tener presente los problemas y las implicaciones sobre el otro; COSTANZA, M., «Risoluzione del contratto e risarcimento del danno», *I Contratti*, 1993, págs. 283 a 287; MARELLA, M.R., «Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento» (nota a Cass.), *Giur. II*, 1985, I, 1, 369 a 376.

<sup>37</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Obligaciones sinalagmáticas: resolución por incumplimiento», cit., pág. 169, apunta que «el Código mezcla hasta cierto punto el tratamiento de todos estos eventos y actitudes, pero aun así no es difícil distinguir en él dos análisis distintos. Uno, desde el punto de vista del deudor, centrado sobre la causación de cualquier suerte de incumplimiento (retraso, cumplimiento inexacto, imposibilidad) y la reparación de los daños ocasionados por él en caso de que, de acuerdo con las reglas de responsabilidad, le sea imputable el incumplimiento. El intérprete ha de resolver, entonces, cuál sea, en el trayecto que media entre la culpa... y el caso fortuito, el punto a partir del cual el incumplimiento no obliga —u obliga— a indemnizar. Otro, más bien, desde el punto de vista de la satisfacción del acreedor, versa sobre las consecuencias de la imposibilidad definitiva de cumplir, en orden a la prestación o no de un equivalente..., pero si la obligación incumplida es sinalagmática, aparece un nuevo aspecto de la cuestión, cual es el de la restitución o no (o entrega, o no) de la contraprestación recibida por el deudor, que no se sujeta, en su solución, al canon de distinción entre culpa y caso».

Cuando se exige el resarcimiento se trata de restablecer en la medida de lo posible el equilibrio que se había perdido por la producción de un daño y, en ocasiones, de colocar al dañado, a expensas del responsable, en la situación, al menos, anterior a la producción del mismo. Y cuando se exige la restitución se trata, igualmente, de situar al acreedor de la restitución en la situación inicial para recobrar el equilibrio perdido. En el caso de la privación de un bien, por ejemplo, esta privación puede ocasionar un perjuicio para el demandante, con lo que podrá exigir el resarcimiento de éste, pero también puede ocasionar un enriquecimiento para el demandado, que dará lugar al nacimiento de una acción de restitución. Como vemos, en este caso coincide el ámbito del resarcimiento y de la restitución y cabría la interposición de ambas acciones.

Estas figuras se distinguen, no obstante, en que a cada una de ellas se le atribuye una causa distinta. Así, mientras que el resarcimiento tiene como causa la producción de un daño (sin entrar aquí en la polémica sobre si dicho daño debe ser o no culposo), la de la restitución podría ser un enriquecimiento injustificado. Lo que ocurre es que en el resarcimiento, al daño que la origina se le suele unir otra causa, que puede ser un error, un riesgo, un incumplimiento etc., y lo mismo ocurre con el enriquecimiento causa de la restitución, al que se le pueden unir otros elementos.

El problema principal que se ha planteado la doctrina surge respecto la relación existente entre cumplimiento, o mejor, la restitución por equivalente y resarcimiento de daños y perjuicios<sup>38</sup>. Desde el punto de vista de la materia que estamos estudiando, el incumplimiento de una obligación (de entrega) puede dar lugar tanto al cumplimiento forzoso de la misma *in natura* o por equivalente,

---

<sup>38</sup> Véase LUMINOSO, A., «Della risoluzione per inadempimento», t. I, vol. 1º, *Commentario del Codice civile SCIALOJA-BRANCA*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1990, págs. 405 y sigs.



como al resarcimiento de los daños, obligación denominada históricamente *id quod interest*, y la relación entre ambos remedios siempre ha originado cierta confusión<sup>39</sup>. Aunque hay que tener

---

<sup>39</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...* vol. II, cit., pág. 681, al hablar del cumplimiento por equivalencia, dice que en el Derecho Romano el «fenómeno de la perpetuación de la obligación determinaba su subsistencia, en el sentido de que en lugar de la prestación debida se colocaba la de pagar una suma de dinero..., las sucesivas vicisitudes de la prestación no se toman en consideración y la responsabilidad del deudor subsiste aunque se produzca una posterior imposibilidad sobrevenida. La suma fijada por el juez se consideraba como "equivalente" pecuniario de la prestación (*aestimatio rei*) y concretaba el interés pecuniario del acreedor en tener la prestación, pero no, o por lo menos no necesariamente, el daño sufrido por él»

Respecto a la doctrina del Derecho Común BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 14 y sigs., apunta que «la cuestión más controvertida fue la relación existente entre el *id quod interest* y la prestación debida no cumplida. Esta relación ha recibido a lo largo de la evolución del *Ius Commune* dos caracterizaciones diversas: la que podríamos calificar de romanista, según la que el *id quod interest* toma el lugar de la prestación incumplida, sustituyéndola de modo que el deudor ya no debe realizarla. Y la que podríamos calificar como moderna, para la cual el *id quod interest* sigue vinculado a la obligación como deber, pero no con la prestación, a la que no sustituye sino a la que se añade... ¿el *id quod interest*, una vez cometida la mora, se halla *in obligatione* de modo que puede pedirse mediante el libelo por derecho de acción o sólo se introduce en la condena en virtud de *officium iudicis*?..., tenemos una fundamental división entre, de una parte, obligaciones de *dare* (en el sentido de transmitir la propiedad), en las que sólo se debe la prestación, único que el acreedor puede pedir en su libelo, de modo que el *id quod interest* sólo viene en sede de condena y por intervención del juez... La segunda gran especie eran las obligaciones de *facere* diferenciadas en mero o puro hacer y mixto hacer, este último referido a una cosa (*tradere y restituere*). En una y otra, el *id quod interest* quedaba incluido dentro de la *actio* correspondiente, y, por tanto, podía ser pedido en el libelo... Respecto de éstas —las obligaciones de *facere*— versan las dos preguntas de Bártolo: una sobre la posición del *id quod interest* en la estructura de la obligación, ¿de qué modo se incurre en la obligación de interés, eliminando la primera obligación contraída referente al "*factum*" o manteniéndose ambas?; y otra sobre el alcance de la fuerza vinculante de la obligación respecto a sus dos objetos, el originario y el sobrevenido: ¿el demandado puede ser compelido específicamente al hecho o sólo al interés? La respuesta de Bártolo a la primera pregunta es la incompatibilidad entre la obligación originaria y la nueva al *id quod interest*, porque de existir conjuntamente podrían pedirse ambas, *facere* e indemnización, lo que sería contrario a la buena fe... Respecto de la segunda pregunta, Bártolo distingue entre mero hacer y mixto hacer. Respecto del primero enumera hasta seis respuestas diferentes... Distinta regulación corresponde a las obligaciones de mixto hacer (*tradere y restituere*). En la de *restituere* porque debido a su carácter complejo de hacer y dar, la compulsión sólo se excluye cuando el deudor no tiene la cosa en su poder...».

presente, insistimos, que «la acción para obtener el equivalente pecuniario en los casos de imposibilidad de la restitución en forma específica, debe considerarse como una acción de enriquecimiento y no confundirse con la deuda de resarcimiento...»<sup>40</sup>.

Respecto a la restitución la confusión entre ambas figuras aparece principalmente cuando la cosa a restituir en nuestro caso se ha perdido, se encuentra en poder de determinados terceros o por cualquier otra razón no se puede hacer la restitución *in natura*, y se ha de restituir por equivalente, es decir, cuando la restitución se hace del valor de la cosa. Igualmente, cuando se trata de restituir los frutos producidos por la cosa a restituir, pues normalmente la restitución de los frutos también se suele convertir en una deuda de valor<sup>41</sup>. Así, si en estos casos simplemente se condena al pago de una cantidad de

---

Así pues, como pone de manifiesto DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Obligaciones sinalagmáticas: resolución por incumplimiento», cit., pág. 170, comienza a distinguirse entre la prestación (originaria o primaria) para cuya consecución, de ordinario, se podía accionar y la prestación (secundaria) del *id quod interest* (la indemnización de los daños sufridos por el acreedor), respecto de la que se introduce la idea —dentro de las muy vivas discusiones y complejas distinciones que sobre el *id quod interest* se prodigaron— de que no es sustitución o subrogado de la prestación incumplida, sino como un incremento o refuerzo que se suma a la primitiva obligación y que se apoya en la culpa o el dolo. Este punto de vista es el que adoptan, luego, DOMAT y POTHIER...».

<sup>40</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 723.

<sup>41</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 681: «En nuestro Código no se puntualiza cuáles son las consecuencias de la obligación por imposibilidad sobrevenida imputable al deudor, lo que permite suscitar la duda en punto a si en estos casos existe un derecho al valor de la prestación o *aestimatio rei*, previo e independiente de la indemnización de los ulteriores daños y perjuicios, o si existe solamente esta última. La opinión de GARCÍA GOYENA pareció inclinarse en esta dirección, al señalar que siempre que la obligación no se extingue por la imposibilidad sobrevenida, pero exista imposibilidad, el derecho del acreedor se concreta en la indemnización. El Código, sin embargo, por razones no bien conocidas, no siguió en este punto al Proyecto de 1851 y ello deja abierta la cuestión. La objetivación de la estimación del valor de la prestación ha sido considerada por algunos autores como una vía de objetivación de la responsabilidad, sobre todo arrancando del perjuicio de que los daños y perjuicios sólo se deben por culpa. Sin embargo, no existe ninguna razón de fondo, una vez que las líneas de la objetivación de la responsabilidad se han dibujado, para separar el régimen de la *aestimatio rei* del de los restantes daños...».

dinero, es difícil saber si ésta estará destinada a la indemnización por los daños y perjuicios causados, o bien a la restitución de la cosa o los frutos en valor.

Concluyendo, la idea que conviene dejar clara es que con la resolución, el que la ejercita pretende deshacer el vínculo contractual, liberarse, y liberar a la otra parte, del cumplimiento de sus prestaciones. Con la restitución, que se deriva en algunos casos de la resolución, lo que se pretende es recomponer el patrimonio de ambos contratantes, a ser posible con los mismos bienes que salieron de él y de no serlo con su equivalente pecuniario, y con el resarcimiento recomponer el valor del patrimonio del contratante cumplidor que como consecuencia de un daño se ha visto disminuido.

## *2. El efecto liberatorio*

Volviendo a lo que son propiamente efectos de la resolución, dentro de la afirmación con la que hemos comenzado, de que el efecto fundamental no es otro que la extinción de las obligaciones recíprocas y de los efectos inherentes a la relación contractual, y de modo más desglosado, vemos que se producen, pues, dos efectos, de los cuales el efecto liberatorio es el primero que se produce.

Con la resolución dejan de desencadenarse los efectos propios del contrato, de modo que para aquellas prestaciones aún no realizadas cesa la obligación de cumplirlas, con independencia de quién sea el sujeto causante de la resolución. Este efecto liberatorio se produce tanto en la resolución por incumplimiento como en los demás supuestos de resolución.

Este efecto viene expresamente declarado en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en su art. 81,

pues establece que «la resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones». Los Principios para los Contratos Comerciales internacionales de UNIDROIT también recoge expresamente el efecto liberatorio en el art. 7.3.5. Igualmente en los Principios de Derecho Europeo de Contratos, el art. 4.305, dispone que la resolución del contrato libera a ambas partes de su obligación de efectuar la prestación.

En la resolución operada a través del art. 1.504 C.C., se producirá en principio, al igual en el caso anterior, el efecto liberatorio, ya que es evidente que la parte que no cumplió su prestación, en este caso el comprador que no pagó, ya no debe cumplir, pues para la otra parte dicho cumplimiento carece ya de interés, al haberlo requerido de resolución.

Respecto de la condición resolutoria expresa, lo lógico es que desde que se celebra el contrato sujeto a condición resolutoria hasta que se cumpla ésta transcurra un periodo de tiempo, y también que durante ese periodo las partes hayan cumplido sus prestaciones, pues, como hemos visto, las obligaciones que contengan una condición resolutoria son exigibles inmediatamente<sup>42</sup>, de modo que lo normal será que no se produzca un efecto liberatorio (es decir, que la parte que no haya cumplido todavía su prestación se vea liberada de cumplirla) de las prestaciones, puesto que si las prestaciones ya se han cumplido no tendrá sentido liberar a las partes de su cumplimiento<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 71; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 101; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.038 y sigs; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, t. II, cit., pág. 350, afirman que si en el contrato se ha insertado una condición resolutoria este será válido y eficaz desde su celebración, aunque si la condición se cumple, aun cuando éste sigue siendo válido dejará de producir efectos, es decir, se resolverá.

<sup>43</sup> En cuanto a los efectos que produce su inserción en un contrato y su cumplimiento hemos de distinguir, para ello, tres momentos o fases en la vida de la condición resolutoria:

a) Fase de pendencia de la condición

En esta situación los derechos y las obligaciones de las partes nacen pero se encuentran indeterminados. El negocio en estado de pendencia produce sus efectos como si fuese puro. Ahora bien, como se ignora si perdurarán estos efectos se produce una situación de pendencia semejante, pero inversa, a la que se produciría si la condición fuera suspensiva. Es decir, el interesado en que se cumpla la condición resolutoria, podrá ejercitar determinadas facultades, puesto que si no se cumpliera la condición se produciría a su favor la readquisición del derecho. La incertidumbre de la condición afecta únicamente a la estabilidad de los efectos, ya que para la persona beneficiada por la resolución nace una expectativa de readquirir. (LUNA SERRANO, A., «Condición, término y modo», cit., pág. 173; SANCHO REBULLIDA, F., «Condición, término y modo», cit., págs. 479 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. I, *Parte General. Modalidades del Negocio Jurídico*, Madrid, 1982, pág. 539 y sigs; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 102 y 103; RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 71). Así, en el contrato sometido a condición resolutoria es posible que desaparezcan los derechos derivados del mismo, puesto que así sucederá en el caso de que tenga lugar el acontecimiento que constituye la condición.

b) En el caso de que la condición no se cumpla

Cuando ya no es posible que la condición se cumpla no se produce la resolución ni los efectos derivados de ésta, sino que se consolidan los efectos propios del contrato, los que hasta el momento se habían producido. El contrato se considera puro y produce sus efectos de modo definitivo (RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 74). La falta o deficiencia de la condición, que se produce cuando se sabe que el hecho ya no se realizará, hace que se consideren definitivos los efectos ya causados, por desaparecer, respecto de ellos, la amenaza de su resolución. (CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1967, pág. 69 y sigs; LUNA SERRANO, A., «Condición, término y modo», cit., pág. 175; SANCHO REBULLIDA, F., «Condición, término y modo», cit., págs. 479 y sigs.)

c) Cumplimiento de la condición

Una vez se origina el acontecimiento en que consiste la condición el contrato queda resuelto. La resolución en este caso se produce automáticamente como afirman ALVAREZ VIGARAY, R., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 95; RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 73 y 74, de pleno derecho, sin necesidad de intervención judicial, ni de requerimiento de una de las partes a la otra, y sin que la parte cumplidora pueda optar por el cumplimiento de la otra en lugar de optar por la resolución, es decir, la cláusula tiene su origen en la voluntad de las partes pero, sin embargo, sus efectos se producen *ex lege*, y esta es una de las principales diferencias que presenta la resolución del contrato originada por la inserción en éste de una condición resolutoria frente a los otros tipos de resolución. En cuanto a los efectos, MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.104, señala que los efectos generales del cumplimiento de la condición son: 1º La convalidación de los actos

Ahora bien, nada impide que si, por el motivo que fuese, alguna de las prestaciones no hubiera sido cumplida en el momento de la realización del evento en que consiste la condición, quede la parte que aún no había cumplido liberada del cumplimiento. Así pues, respecto al efecto liberatorio, si bien lo normal es que no llegue a producirse, puede haber casos en los que sí entrará en juego.

Lo mismo sucede, en principio, en la resolución operada por el ejercicio del retracto convencional<sup>44</sup>. El ejercicio del retracto se configura como una condición resolutoria, por lo que sus efectos, en principio, deberán ser los mismos<sup>45</sup>.

---

realizados por el titular que se consolida al cumplirse la condición. 2º La invalidez de los actos realizados por el titular interino que se extralimita de su poder. El cumplimiento de la condición —dice este autor— produce la absorción de los efectos provisionales y preliminares y la revocación de aquellos otros de carácter precario y sujetos a desaparición con la realización de la condición. 3º Deben referirse al momento de la conclusión del contrato los requisitos de capacidad, validez y eficacia. 4º Resultan inaplicables las mutaciones legislativas producidas en la fase de pendencia, ya que el negocio es perfecto y definitivo desde el momento de su constitución.

<sup>44</sup> El retracto convencional aparece en nuestro Código civil como una cláusula añadida al contrato de compraventa por la que el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida en el plazo y condiciones pactadas, o, a falta de pacto, establecidas en la ley. Así, si se ejercita el retracto la venta anterior quedará resuelta, y si no se ejercita el efecto es que «el comprador adquiera irrevocablemente el dominio de la cosa vendida», como dispone el art. 1.509 C.C. (GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al art. 1.509 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIX, cit., pág. 601). Igualmente, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 321, afirma que «el retracto convencional se califica jurisprudencialmente como condición resolutoria del contrato, pues produce su resolución con efecto retroactivo, como si el comprador no hubiese adquirido la cosa y el vendedor no la hubiera enajenado, salvo que ni aquél ha de devolver los frutos ni éste los intereses del precio [S. de 26 de mayo de 1951 (R.A. 1.332)]. Esa venta se denomina también “venta a carta de gracia”». Sin embargo, MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.167 y 1.168, opina que «el *pactum de retrovendendo* no constituye una verdadera condición resolutoria, sino una simple obligación accesoria..., que da derecho al vendedor a reobtener la cosa, por lo que el efecto retroactivo no ha de ser tan determinante».

<sup>45</sup> ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pág. 329, en la nota 360 bis, afirma que «la misma regla debe aplicarse en el supuesto del *retracto convencional* (art. 1.507 del C.C.), considerado como una condición resolutoria

El efecto liberatorio que produce la resolución del contrato es reconocido ampliamente por nuestra jurisprudencia. Así, aparece recogido en distintas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 2 de enero de 1961 (R.A. 880), que establece que «la doctrina jurisprudencial tiene declarado con gran reiteración fijando el alcance del invocado precepto que él es normativo de la acción de resolución como condición implícita de las obligaciones bilaterales, que responde a un principio de equidad, según el cual es razonable liberar a cualquiera de las partes contratantes de las obligaciones que la incumben, cuando la contraria deja incumplidas las suyas...».

En la Sentencia de 21 de octubre de 1974 (R.A. 3897), también se recoge este efecto, al decir que «la doctrina de esta Sala viene sentando que para fijar el alcance del art. 1.124 citado, es preciso tener en cuenta, que este precepto normativo de la llamada “acción de resolución” responde a un principio de equidad, según el cual, dada la condición recíprocamente subordinada de las obligaciones bilaterales, es razonable liberar a cualquiera de las partes intervinientes de las que privativamente les incumben, cuando el contrario deja incumplidas las suyas...».<sup>46</sup>

---

de la venta. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que una vez ejercitada la facultad que otorga al vendedor el retracto convencional, se produce la resolución del contrato con efecto retroactivo, como si el comprador no hubiese adquirido la cosa y el vendedor no la hubiese enajenado [S. 26 de mayo de 1951 (R.A. 1.332)]; y que la resolución equivale a invalidar y deshacer el vínculo jurídico, dejando las cosas en la situación que tenían antes de celebrarse el contrato [Sentencias de 23 de junio de 1925 (J.C. núm. 47) y 28 de diciembre 1946 (R.A.)]. Es decir, el comprador con el precio y el vendedor con la cosa».

<sup>46</sup> Con idénticas palabras se pronuncia en la Sentencia de 16 de enero de 1975 (R.A. 1.087). Igualmente, la Resolución de la D.G.R.N. de 3 de junio de 1961 (R.A. 2.754), hace referencia al pacto comisario en el Derecho romano diciendo que «nació con la finalidad de que el vendedor no permaneciera indefinidamente ligado y recuperase su libertad si el comprador incumplía la obligación de pagar el precio».

También hace referencia al efecto liberatorio la Sentencia de 24 de octubre de 1986 (R.A.5.954) cuando establece que «se requiere que el montante cuantitativo que, en su caso, signifique el daño originado por el incumplimiento, tenga la suficiente entidad como para determinar que el otro contratante quede exonerado de su obligación de pago, al ser obvio que cualquier incumplimiento no hace permisible postular tal exoneración...».

### § 3. El efecto restitutorio

En principio, tras la resolución se impone la restitución recíproca de las prestaciones, puesto que con ella decae la eficacia de las que ya hubieran sido realizadas y que se ven afectadas por ella, aunque existen excepciones, como más adelante veremos. Ahora bien, no es el art. 1.124 el que así lo establece. Este artículo nada dice de los efectos de la resolución por incumplimiento y tampoco del efecto restitutorio<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Sin embargo, al igual que ocurría con los demás efectos de la resolución, también hace referencia al efecto restitutorio la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de mercaderías, en el apartado segundo del art. 81, al decir que «la parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que hay suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá hacerse simultaneamente».

También recogen la obligación de restitución los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, en su art. 7.6.3, que faculta a cada parte tras la resolución del contrato a solicitar la restitución siempre que pueda restituir *in natura* la prestación que recibió. Sin embargo, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, establecen, como regla general la de irretroactividad, entendiendo esta como que la terminación del contrato afecta a las prestaciones futuras, pero no a las que ya hubieran sido realizadas. Ahora bien, en determinados supuestos se establecen excepciones a la regla general, en las que si que cabe la restitución de las prestaciones realizadas (arts. 4.306 a 4.309). En estos casos se permite restituir los bienes que se hayan desvalorizado, solicitar la devolución del precio pagado por una prestación no recibida o rechazada legítimamente o de la cosa si no se recibió el precio.



El efecto restitutorio puede deducirse de los efectos de la resolución con carácter general<sup>48</sup>. Así lo hace el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de marzo de 1950 (R.A. 704), donde se establece que «esta retroacción, en virtud de la cual se ha de volver a un estado jurídico preexistente, no puede entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo que equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto, sino que precisamente el retorno al estado anterior al vínculo contractual deshecho por modo resolutorio no quedaría logrado sin su consecuencia natural y lógica del reintegro a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, según se halla previsto... por el art. 1.123 del mismo Código con referencia a las obligaciones con condición resolutoria, como lo es la contenida tácitamente en las recíprocas»

Igualmente, en la Sentencia de 7 de julio de 1982 (4.220) dispone que «siendo lo cierto que la pretendida resolución arrastraría, la extinción de las relaciones contractuales no sólo para el futuro sino con efectos retroactivos y buscando una "in integrum restitutio",

---

<sup>48</sup> Sí que lo establece, como a continuación veremos, el 1.123 C.C., que aunque se refiere a la resolución derivada de la condición resolutoria expresa doctrina y jurisprudencia lo consideran aplicable en este punto también a la resolución por incumplimiento. Así, PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. II, vol. 1, cit., pág. 198, quienes apuntan que «considerándose el ejercicio del derecho de resolución análogamente al cumplimiento de una condición resolutoria, las prestaciones recibidas deben restituirse (art. 1.123 ap. 1), observándose al efecto las reglas de los arts. 1.123 ap. 2 en relación con el 1.122...»; Igualmente, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., págs. 722 y 723; BADÍA SALILLAS, A., «En torno al art. 1.504 del C.C.: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor», *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pág. 50; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., pág. 3.784; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los artículos 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.246; PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit., pág. 1.153; GONZÁLEZ POVEDA, P., *Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Madrid, 1997, págs. 133 y sigs.; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 474.

reproduciendo en lo posible la situación anterior al contrato, con la consecuencia de haber de reintegrarse cada contratante de las prestaciones efectuadas por el contrato... con aplicación del 1.123...».

La Sentencia de 5 de mayo de 1980 (R.A. 1.784) recoge también el efecto restitutorio, al decir que «el efecto insito en la resolución de contrato, sin el cual queda desvirtuado, es que cada parte reintegre a la otras las prestaciones que aportaron, como consecuencia natural y lógica del efecto retroactivo de la resolución declarada, tal como claramente se deduce del art. 1.123 del C. Civ. al imponer, en supuesto de cumplirse la condición resolutoria en la obligación de dar, que los interesados se restituyan recíprocamente lo que hubieran percibido».<sup>49</sup>.

Por la restitución de las prestaciones se nos plantea, entre otras cuestiones, la de si la resolución tendrá eficacia retroactiva. Veremos en su momento qué debe entenderse por eficacia retroactiva y si esta puede predicarse de la resolución por incumplimiento.

---

<sup>49</sup> En la jurisprudencia, así lo establecen, entre otras, las Sentencias de 19 de octubre de 1957 (R.A. 3.010), 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289), 21 de noviembre de 1963 (R.A.347-1964), 14 y 17 de marzo de 1964 (R.A.1.594), 23 de noviembre de 1964 (R.A. 5.453), 16 de octubre de 1967 (R.A.3.823), 5 de julio de 1980 (R.A. 3.085), 17 de junio de 1986 (R.A. 3.354), 22 de julio de 1993 (R.A. 6276), 30 de junio de 1994 (R.A. 5.332). En la Sentencia de 31 de mayo de 1985 (R.A. 2.837), en la que puede leerse que «la resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiere celebrado, efecto que opera ex tunc y que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiese tenido existencia, sin perjuicio, claro es del respeto a los terceros adquirentes de buena fe».

Igualmente la Resolución de 3 de junio de 1961 (R.A. 2.754), en la que se considera que «siempre que no se haya estipulado expresamente como cláusula penal yn derecho del vendedor para retener y hacer suyas las cantidades que, como precio o parte de él se le hubiesen entregado por el ejercicio de la facultad resolutoria, surge para las partes, según el artículo 1.123 del Código Civil la obligación de restituirse lo que hubieren recibido, y en su consecuencia, en la compraventa, el comprador deberá restituir la cosa y el vendedor el precio».

Sin embargo, en la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa, el art. 1.123 C.C. sí que impone el efecto restitutorio, al establecer que las partes «deberán restituirse lo que hubieren percibido», aplicandose en caso de pérdida, deterioro o mejora lo dispuesto en el art. 1.122 para las condiciones suspensivas. Así pues, un segundo efecto que se produce siempre que las prestaciones hayan sido cumplidas es también el efecto restitutorio. Una vez se realiza el acontecimiento en que consiste la condición, desaparece la situación de incertidumbre acerca de la perdurabilidad de los efectos producidos, puesto que éstos se extinguen y se revocan los que hasta entonces se hubiesen producido, surgiendo para ello la obligación de restituir<sup>50</sup>. Es decir, no sólo cesan sus efectos sino que las partes deben restituirse las prestaciones, en caso de que alguna de ellas o ambas hubieran cumplido, colocándose en una situación análoga a la previa a la celebración del contrato, en la medida en que esto sea posible.

También en la “resolución” por ejercicio del retracto convencional se produce el efecto restitutorio, pues es precisamente la recuperación de la cosa vendida el objeto o finalidad del retracto. Así pues, con el retracto el vendedor recuperará la cosa vendida, siempre que reembolse al comprador el precio de la venta y los demás gastos mencionados en el art. 1.118 C.C. Sin embargo, en materia de retracto el Código establece una peculiar regulación en lo que concierne a la restitución de los frutos que hubiera producido la cosa objeto del contrato y las cargas que el comprador hubiera impuesto sobre ella, que veremos con mayor detenimiento cuando estudiemos la restitución de frutos en general. No dice nada, sin embargo, respecto a las mejoras, ni

---

<sup>50</sup> ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. 1º, cit., págs. 541 y sigs; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español Común y Foral*, t. I, vol. 1º, Introducción y parte general. Teoría de la relación jurídica, Madrid, 1982, págs. 63 y sigs.; SANCHO REBULLIDA, F., «Condición, término y modo», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *Parte general. Teoría general del contrato*, Barcelona, 1994, págs. 479 y sigs.

respecto a la pérdida o deterioro de la cosa, por lo que parece que en estas cuestiones se aplicarán las mismas reglas que en la resolución producida por el ejercicio de la condición resolutoria expresa.

Igualmente, en la resolución de la compraventa de inmuebles con precio aplazado, parece que la doctrina es unánime al admitir que resuelto el contrato, de conformidad con las exigencias del art. 1.504, las partes deberán restituirse las prestaciones, y que además esta restitución se hará con efectos retroactivos<sup>51</sup>. Ahora bien, dados los problemas existentes en cuanto a la naturaleza del pacto comisorio<sup>52</sup>, en lo que no

---

<sup>51</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al art. 1.504 C.C.», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XIX, cit., pág. 469; ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 180. Ambos citan la Sentencia de 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554), comentada por DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1986», cit., págs. 3.773 y sigs.

<sup>52</sup> En relación con el tema conviene recordar que existen dos teorías, la teoría unitaria y la dualista, que tratan de explicar la relación entre los dos preceptos, el 1.124 y el 1.504 C.C, según destaca ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 171 y sigs. Véase igualmente, TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., «La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad», *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1997, págs. 384 y sigs.

1. Teoría unitaria, que aparece representada en España por BELTRÁN DE HEREDIA, en el prólogo al libro de RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit. págs. 23 a 29 y GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al art. 1.504», cit., pág. 469. Según esta teoría, el art. 1.124 C.C. es la norma general, por lo que sus requisitos y efectos serán de aplicación al art. 1.504. La única diferencia entre ambos preceptos, además de ser el primero legal y el segundo convencional, es que en este último su ámbito se reduce a que el juez no puede conceder nuevo plazo después de realizado el requerimiento. Los dos artículos son complementarios.

El art. 1.504 se configura como un régimen intermedio entre el art. 1.123 en relación con los art. 1.113 y 1.114 y el art. 1.124. Se afirma igualmente que «viene a ser el complemento, complejo e intermedio, de la normativa en nuestro sistema del fenómeno resolutorio». Exponente de esta teoría es la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1985 (R.A. 1.155).

Sin embargo opina ROVIRA JAÉN que la argumentación de esta sentencia no está de acuerdo con la razón histórica de los preceptos y especialmente del art. 1.503, en su párrafo 2º. Continúa diciendo el autor que esta doctrina tiene como consecuencia la extensión de la aplicación del art. 1.504 a todos los supuestos de compraventas inmobiliarias, aun cuando no exista pacto resolutorio expreso, ya que la facultad de resolver se derivaría de la norma genérica del art. 1.124.

están de acuerdo los autores, o al menos, donde surge la confusión, es en determinar por qué normativa se va a regular el efecto restitutorio de esta resolución, si coincidirá con la regulación de la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa, es decir, si se aplicará el art. 1.123<sup>53</sup>, o si mas bien coincide con la regulación de la resolución del art. 1.124<sup>54</sup>, que, en principio desconocemos.

---

2. Teoría dualista. Esta teoría sostiene que existe una clara diferencia entre los arts. 1.124 y 1.504. Así, se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1944 (J.C. 223) diferencia ambos preceptos diciendo que el art. 1.504 atiende al supuesto del pacto resolutorio expreso, mientras que el art. 1.124 a la condición resolutoria tácita, si bien en los dos el régimen jurídico de la resolución contractual es único, como únicos son los supuestos que puede autorizarle e idéntico por tanto el criterio que debe presidir la resolución de los casos que al juzgador se plantean en torno a la expresada cuestión. Igualmente recogen la tesis dualista las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1954 (R.A. 718), 7 de junio de 1963 (R.A. 3.002), 31 de octubre de 1984 (5.156), 22 de octubre de 1985 (R.A. 4.963), que establece que «se ha declarado con reiteración por esta Sala que no puede invocarse con éxito infracción del artículo 1.124 del Código Civil, cuando se ejercita acción resolutoria de compraventa de inmuebles por incumplimiento de la obligación de pago del precio porque esta materia tiene su regulación específica en el artículo 1.504 del propio Código», 20 de noviembre de 1985 (R.A. 5.620), 26 de enero de 1988 (R.A. 147), 12 de mayo de 1988 (R.A. 4.087), 25 de octubre de 1988 (R.A. 7.637), 5 de junio de 1989 (R.A. 4.298) y 7 de junio de 1991 (R.A. 4.430).

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 186, considera que la resolución operada a través del art. 1.504 C.C. producirá como efecto principal, el de la restitución de las respectivas prestaciones, aplicándose como normativa reguladora de la restitución la contenida en el art. 1.123, con lo que el comprador deberá entregar la cosa y el vendedor deberá restituir al comprador el dinero que ya hubiera recibido de este.

<sup>54</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al art. 1.504 C.C.», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XIX, cit., pág. 469. Así pues, afirma este autor, siguiendo la corriente que considera el art. 1.504 C.C. como un supuesto especial integrado en el art. 1.124, que la restitución de la cosa con los frutos se rige por las reglas generales del este último. Aplicando pues esta normativa, en principio y sin perjuicio de lo que veremos en su momento, si el precio aplazado producía intereses se compensarán con ellos los frutos, pero si no los producía el comprador deberá entregar, además de la cosa, los frutos al vendedor, según el art. 1.120 del C.C. Ahora bien, el vendedor deberá satisfacer los gastos hechos por el comprador para su producción, recolección y conservación, de conformidad con el art. 356 C.C. de aplicación en este caso. Pese a lo anterior, es frecuente que se establezca el pacto de que el vendedor no tiene que restituir nada ni indemnizar de manera alguna al comprador, siendo perfectamente válido el mismo aunque puede ser moderado por los tribunales en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.154 C.C. Este artículo dispone: «El juez modificará equitativamente la pena

Pero la confusión en el tema de los efectos de la resolución aumenta por dos razones. Una, porque generalmente la doctrina cuando hace referencia a los efectos de la resolución del art. 1.504, lo hace tratando de establecer las similitudes y diferencias con los otros tipos de resolución, y además, no se ciñe a lo que son propiamente efectos, sino que suele aludir indistintamente a los efectos del pacto comisorio, a los de la resolución, y a los presupuestos para que se produzca dicha resolución. Así, por ejemplo, los autores que consideran el pacto comisorio como una especie de condición resolutoria, cuando hablan de los efectos, que consideran idénticos a los de la resolución por condición resolutoria expresa, dicen que<sup>55</sup>:

a) No es necesaria la intervención judicial, puesto que la resolución se produce de pleno derecho, es decir, automáticamente desde el momento en que se produce el evento que constituye la condición. Ahora bien, como hemos expuesto en páginas anteriores, tampoco en la resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C. es necesaria dicha intervención. Además, se está tratando de ver si es o no necesaria la intervención judicial para que se produzca la resolución, de modo que no se trata, en absoluto, de un efecto, sino que estamos

---

cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Así lo admitieron, entre otras la Sentencia de 7 de junio de 1991 (R.A. 4430), en la que se dice que «como las partes tienen pactada, para este supuesto de resolución contractual..., una cláusula penal consistente en que el comprador perderá los tres millones de pesetas iniciales, que pagó al celebrar el contrato y, además, el cincuenta por ciento de las restantes cantidades que hubiera pagado, esta Sala, actuando ahora como órgano de instancia, según se ha dicho, estima procedente hacer uso de la facultad que le concede el art. 1.154 del Código Civil y moderar equitativamente dicha pena...» y la Resolución de la D.G.R.N. de 3 de junio de 1961 (R.A. 2.754) ya citada, que dispone que «siempre que no se haya estipulado expresamente como cláusula penal un derecho del vendedor para retener y hacer suyas las cantidades que, como precio o parte de él se le hubiesen entregado por el ejercicio de la facultad resolutoria, surge para las partes... la obligación de restituirse lo que hubiesen percibido».

<sup>55</sup> RICCI, F., *Curso teorico-prattico di Diritto Civile*, t. VI, Turín, 1923, pág. 165; COLÍN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción y notas de DE BUEN, D., t. III, Madrid, 1924, págs. 694-695.

ante una cuestión situada en un momento anterior a que se produzca la resolución.

b) Una vez cumplida la condición, no se podrá pedir el cumplimiento del contrato, porque la realización de la condición da derecho a cualquiera de las partes a pedir la resolución. Es decir, al igual que ocurre en el caso de condición resolutoria expresa, la producción del evento es determinante de la resolución. No existe, pues, para la parte cumplidora el derecho de optar entre la resolución o el otorgamiento de un nuevo plazo para el cumplimiento de su prestación. Es decir, la condición pasa a formar parte del contrato como si fuera un elemento esencial del mismo, y no permite la arbitrariedad en su aplicación. Por lo tanto, cabe concluir que en aquellos casos en los que las partes deciden el otorgamiento de un nuevo plazo, la configuración de los elementos esenciales del contrato permite afirmar que estamos ante un nuevo contrato. Por lo que tras la resolución del primer contrato, los efectos de ésta no se producen con todo el rigor, pues se superpondría otro nuevo contrato que originaría la misma situación en que las partes se encuentran en el momento del incumplimiento, lo que haría innecesaria la restitución de las prestaciones, si bien se añadiría de nuevo la obligación de cumplir determinadas prestaciones que habían sido incumplidas en virtud del contrato anterior. Ahora bien, al igual que ocurría en el caso anterior, tampoco es éste un efecto de la resolución.

c) El juez no debe tener poder de apreciación, ya para conceder un plazo al deudor, ya para negar la resolución y conceder otra satisfacción al acreedor. No cabe ninguna duda de que el juez no puede conceder un nuevo plazo al deudor para el cumplimiento, entre otras cosas porque como hemos dicho la resolución se produce de forma automática, siempre que efectivamente haya habido incumplimiento. Ahora bien, la afirmación de que el juez no tiene poder para negar la resolución y conceder otra satisfacción al acreedor es matizable, puesto

que puede ocurrir que las partes hayan acudido a los tribunales por no estar alguna de ellas conforme con que realmente haya habido un incumplimiento contractual. En nuestra opinión en este caso el juez sí que tiene poder para decidir si se ha producido o no un incumplimiento y por tanto también para apreciar que ha existido resolución, o bien para negar la misma, argumentándolo básicamente en que el juez entra a conocer un elemento anterior a la propia resolución, y es su decisión la que determina la resolución o no, pero no como decisión judicial, sino como consecuencia contractual de la existencia o no del cumplimiento. En cualquier caso, tampoco es éste propiamente un efecto de la resolución.

ALVAREZ VIGARAY añade a estos "efectos" el de que si el deudor ha transmitido a un tercero la cosa adquirida, el vendedor puede proceder inmediatamente para recobrar su cosa en contra de dicho tercero. Sin embargo este autor se ve precisado a restringir las consecuencias de considerar condición resolutoria al pacto comisorio. Además, este autor es partidario de que en el 1.504 se recoge un pacto de resolución distinto a la simple condición resolutoria expresa y enumera los "efectos" de esta resolución de la siguiente manera: a) hace innecesaria la intervención judicial; b) cuando el acreedor declara que opta por la resolución, queda excluida la posibilidad de conceder plazos al deudor para el cumplimiento; b) la resolución tiene efecto retroactivo al día de la celebración del contrato. Como vemos, los efectos que enumera este autor coinciden con los que apuntaban aquellos autores que consideran que se trata de una condición resolutoria, con lo que, salvo cuestión de la retroactividad, no estamos verdaderamente ante efectos de la resolución<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...*, cit. pág. 120, El mismo problema encontramos en ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., págs. 177 a 180, cuando señala las diferencias en los efectos de la resolución del art. 1.124 y del art. 1.504 C.C.:



La otra razón, como luego veremos, es que ni el art. 1.123 ni el art. 1.124 C.C. establecen una regulación completa de los efectos de la resolución, quedando muchas cuestiones por resolver. Así, por ejemplo, el art. 1.123, o mejor, el art. 1.122, al que remite, nada dice de la restitución de los frutos si la cosa a restituir es fructífera. Es más, toda la regulación que contiene el art. 1.122, lo es para el caso de que la cosa mejore, se pierda o deteriore pendiente la condición, mientras que nosotros estamos centrando el estudio en una fase posterior, una vez cumplida la condición resolutoria y, por tanto resuelto el contrato, con lo cual también cabe plantearse la aplicabilidad del art. 1.123-1.122 a las restituciones consiguientes a la resolución. Igualmente, tampoco está nada clara la regulación de los efectos de la resolución del art. 1.124, ya

---

a) Resolución judicial y resolución de pleno derecho. Consideran estos autores que en el art. 1.124 la resolución se produce por declaración judicial. La resolución se deriva de la sentencia judicial.

b) La acción resolutoria y el poder resolutorio. En el artículo 1.124 C.C. la parte perjudicada puede optar entre exigir el cumplimiento o la resolución. En el artículo 1.504, también puede optar, si bien esta opción se no se deriva de la aplicación con carácter general del 1.124, sino por no dejar el contrato dependiente de la voluntad de uno de los contratantes, pero, a los efectos que nos interesan, el caso es que no hay realmente diferencia en este punto.

La acción derivada del art. 1.124, continúa ROVIRA JAÉN es de tipo rescisorio y se dirige al juez para que éste declare la resolución de la venta, además es de tipo personal y sólo puede dirigirse contra el comprador, no surtiendo efectos contra los terceros subadquirentes de buena fe. En el art. 1.504, también es de carácter personal, aunque puede ser real si así lo pactan las partes, y se dirige directamente al comprador o a su causahabiente mediante una notificación.

Otra de las diferencias que se apuntan, es que en el art. 1.124, la resolución tiene efectos *ex nunc* (ROCA SASTRE, R.M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 416) y, por tanto, no actúa retroactivamente, es decir se restituyen las prestaciones en el estado en que se encuentren, mientras que en el art. 1.504, los efectos son *ex tunc*. Sin embargo, consideramos que esta opinión puede rebatirse, o, al menos, matizarse, como veremos en el epígrafe oportuno.

Por último, para diferenciar la resolución por incumplimiento del art. 1.124 de la del 1.504, se apunta que respecto a la primera, en cuanto a la prescripción de la acción resolutoria, la jurisprudencia oscila en cuanto a los plazos de prescripción. En ocasiones afirma que prescribe a los 15 años, por aplicación del art. 1.964, y en otras que lo hace a los 4 años [Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958 (R.A. 1.434)], por aplicación del art. 1.299 C.C. Sin embargo en el art. 1.504, el poder resolutorio prescribe a los 15 años por aplicación del art. 1.964 C.C.

que este último nada dice al respecto, con lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia en unas ocasiones han acudido, para suplir esta laguna, al art. 1.123 C.C., como hemos visto, pero en otras se han apoyado en normas distintas.

Desde otro punto de vista, se afirma<sup>57</sup> que el efecto de la resolución derivada del pacto comisorio es distinto, real u obligatorio, según que este haya sido convenido al tiempo de la celebración del contrato o en un momento posterior. La razón que se da es que cuando es convenido con posterioridad, la transmisión de la propiedad al comprador se había efectuado sin limitación alguna y el pacto de resolución posterior afecta sólo al contrato, no a la transmisión de la propiedad ya operada, aunque en nuestra opinión, tanto si se pacta con posterioridad, como si ya se había pactado en el contrato la propiedad se transfiere, si hay entrega de la cosa, no afectando el pacto a esta transferencia.

### *3. Concepto de restitución*

Por ser precisamente el efecto restitutorio de la resolución el tema central de nuestro estudio vamos a dedicarle una mayor atención a la "restitución", deteniéndonos en ver si es posible ofrecer un concepto de la misma, cuál es la restitución que recoge nuestro Código civil y los tipos de restitución.

Resulta difícil, hoy por hoy, en nuestro país, hablar de la "restitución" puesto que no se ha elaborado todavía una teoría general de ésta. Es, por lo tanto, igualmente difícil tratar de ofrecer una definición. La dificultad se encuentra en que se trata de una institución

---

<sup>57</sup> ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...* cit., pág. 113.

que no aparece siempre bajo la misma forma y con ocasión de la misma materia.

Así pues, no existe un único régimen de restitución, ya que se trata de una institución con una considerable variedad de manifestaciones, donde las acepciones y las aplicaciones son numerosas y, por lo tanto, carentes de homogeneidad. Pensemos, por ejemplo, en un contrato de depósito y en un cobro de lo indebido. Ambos pueden dar lugar a la restitución aunque se trate de dos instituciones bien distintas (pues una es un contrato y la otra forma parte de los cuasicontratos), pero la restitución que se derive de cada una de ellas tendrá caracteres diferentes, ya que dependerá de la institución que la ha originado.

Restitución, pues, es una noción genérica con numerosas aplicaciones en las que la única característica común es la de que siempre pretende un retorno al *statu quo ante*<sup>58</sup>, de ahí el supuesto carácter retroactivo de la restitución, y de ahí que ante cualquier restitución se pueda afirmar, entendiéndose con un sentido amplio y con las salvedades que haremos, que tiene carácter retroactivo. Esta característica, de retorno a la situación jurídica anterior, es precisamente la que provoca la confusión, ya que la primera impresión es pensar que existe una cierta unidad de la restitución. Trataremos, en los epígrafes siguientes, de dar una visión general de la restitución ateniéndonos a los escasos estudios doctrinales sobre la materia, para después centrarnos, más concretamente, en la restitución que es consecuencia de la ineficacia contractual.

Teniendo en cuenta los obstáculos anteriores, nos atreveremos a dar una definición de restitución diciendo que es la transferencia, que

---

<sup>58</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, París, 1991, pág. 23; LEVI, N., «Restituzioni», *Riv. Dir. Priv.*, 1935, pág. 218, afirma que en sentido amplio restitución comprende cualquier forma de reintegración en el primitivo estado.

unas veces es de la propiedad y otras simplemente de la posesión, de una cosa, de un sujeto a otro, que ya la tuvo en su poder y que tiene mejor derecho para volver tenerla.

#### 4. Breve referencia a la historia de la restitución

La palabra restitución, como término jurídico, tiene un origen romano. Etimológicamente, *restitutio* viene del latín, *re*, que da una idea de retorno, y *stato*, que significa lugar, situación, posición; luego puede traducirse como una vuelta al lugar o a la situación anterior. Así, en un principio *restitutio-restitutionis* significaba restablecimiento o restauración, pero solamente pasó a significar restitución tal y como hoy la entendemos, es decir, con relación a un bien, en el bajo imperio, en el Digesto. En el antiguo Derecho Romano no se construyó una teoría general de la restitución, ni tampoco se realizó una más concreta sobre las restituciones que se deben producir después de la resolución del contrato. Es más, el Derecho Romano ni siquiera recogía en un principio la facultad resolutoria.

En el Código Teodosiano (430-530 DC) el vendedor no podía obtener la restitución de la cosa, aunque se incumpliera el contrato y no se le pagase el precio. Únicamente le podía ser restituida en el caso de que se hubiera pactado expresamente mediante la inserción de una cláusula en el contrato de compraventa. Sin embargo, en el Digesto (etapa justiniana, 530 DC) sí se preve la resolución del contrato de arrendamiento y del contrato de sociedad. Ahora bien, se trata de una resolución sin efectos retroactivos.

Lo que sí recogen el Digesto y el Código Justiniano es la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso. Es decir, el que cumplía voluntariamente tenía acción para reclamar de la otra parte tan sólo el cumplimiento, pero nunca podía resolver el contrato, con lo que si el

comprador era insolvente, el vendedor corría el riesgo de perder la cosa y el precio<sup>59</sup>.

Por otro lado, el Digesto contiene un título encabezado bajo el nombre *De significatione verborum* (L. 50, tít. 16) donde aparece la expresión "restitución" en múltiples ocasiones, como cláusula de cierre del sistema. En éste pasaje (50. 16. 35), PAULO enuncia el contenido clásico de la institución de la *restitutio* diciendo que se considera que restituye quien devuelve al demandante la posición que éste tendría si se le hubiese devuelto la cosa en el momento de aceptarse el juicio, es decir, la posición para usucapir, y los frutos<sup>60</sup>. A esto añade (50. 16. 75) que se entiende que restituye el que restituye lo que el demandante tendría si no le hubieran entablado controversia, o que cuando el pretor diga que se restituya la obra hecha, el demandante debe conseguir también la indemnización por el daño causado, pues el término restitución comprende toda la utilidad del demandante (50. 16. 81).

Además, de estos pasajes del Digesto se deduce que «la cosa debe ser restituida al actor *cum omni causa*», es decir, con todo aquello que el actor hubiese tenido si la cosa hubiese vuelto a su poder en el momento del inicio del proceso<sup>61</sup>. Por tanto, se hacía referencia a un

---

<sup>59</sup> ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...*, cit., págs. 19 y sigs.

<sup>60</sup> *Restituere autem is intelligitur que simul et causam actori reddit, quam si habiturus esset si statim iudiciis accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum.* También se encuentra esta fórmula en otros pasajes, así, Gayo, 50.16.22, dice que restituir es más amplio que exhibir, pues exhibir es presentar una cosa y restituir es también hacer poseedor y dar los frutos, aparte de otras muchas cosas más que comprende la palabra restituir (*Plus est in restitutione quam in exihitione... restituere est possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur*).

<sup>61</sup> Paulo, 50.16.35. Aunque no se reduce a la mera fórmula de la *omnis causa*. CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», *A.D.C.*, oct-dic., 1987, pág. 1.059, respecto a este texto de Paulo dice que «enuncia en este pasaje (50.16.35) no el significado del término, sino el contenido clásico de la institución *restitutio*: la cosa debe ser restituida al actor *cum omni causa*, esto es, con todo aquello que el actor hubiese

proceso sin que quedase clara cuál era la situación entre las partes, o, dicho de otro modo, cuál era el motivo de la restitución que había dado lugar al proceso. Posteriormente, en el Derecho Común, se desvincula el concepto de restitución del proceso<sup>62</sup>.

Sin embargo, el principio de restitución tendente a situar las cosas en el estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato fundada en la retroactividad no lo encontramos con anterioridad a la promulgación del Code Napoléon.

En el Antiguo Régimen podemos hallar de nuevo diversas aplicaciones de la restitución, concretamente en Derecho canónico y en Derecho civil. Conserva el carácter excepcional que tuvo desde su origen en el sentido de ser un último remedio fundado en la equidad,

---

tenido si la cosa hubiese vuelto a su poder en el momento del inicio del proceso». El autor, cita, a su vez a KASER, M., *Restituere als prozessgegenstand*, 1932, 2.ª, 1968, págs. 7 y sigs.

<sup>62</sup> Así, como afirma CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit, pág. 1.060, «La fórmula *restituere* se generaliza en el Derecho Común, desconectada de la atadura procesal que supone en el Derecho romano la *litits contestatio*. Según Althusio, *restituere significat rem exhibere non tantum, sed etiamcum universa sua causa, accessione, fructu, usura, interesse, omni commodo, tan occasione rei, quam ex ipsa rei praeveniente (Dicaelogicae libri tres, I, XXXIV, 7)*».

Por ello, podemos afirmar que el significado actual de "restitución" está bastante alejado del concepto romano. En derecho Romano, afirma MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, cit., pág. 27, que la *restitutio in integrum* era una medida procesal que utilizaba el pretor cuando quería anular un acto jurídico y poner a las partes en la situación primitiva, lo cual no quiere decir que se produjera una restitución, como hoy la entendemos, de una de las partes a la otra. Igualmente, había otra categoría, el delito pretoriano, mediante la cual el pretor, desde la época clásica, sancionaba un cierto número de comportamientos. Así, por ejemplo, la acción de dolo o de violencia con las que la víctima podía obtener una condena pecuniaria. La restitución aparece en estos casos, así como en otras acciones pretorianas, subsidiariamente. Tanto en el antiguo derecho romano, como en el clásico se distinguen las acciones reipersecutoras que tienden exclusivamente a la restitución de un bien o de su valor, de las acciones penales, que tienden a imponer una pena. Pero el derecho de los delitos conoce una evolución a partir de la época clásica y la distinción va desapareciendo de modo que el carácter penal puede evitarse mediante la restitución.

Igualmente, el derecho romano conoce una forma particular de restitución, que es la repetición de lo indebido que viene sancionada por la *condictio indebiti*.

pero se extiende a sectores diversos (contrato, propiedad, derecho patrimonial de familia, etc.). Esta diversificación se acompaña de una juridificación, de modo que la restitución de los frutos comienza a regularse en diversas ordenanzas reales. La historia de las restituciones en Derecho civil está marcada por una cierta estabilidad, aunque hay que tener en cuenta que, al menos en Derecho continental, siempre ha ido unida a las dos instituciones más estables del derecho civil: la propiedad y las obligaciones<sup>63</sup>.

En relación con el pacto comisorio, producida la resolución se llevaba a cabo la liquidación mediante la restitución de la cosa, de los deterioros sufridos y de los frutos. El vendedor debería restituir la parte del precio que ya hubiere percibido y el comprador la cosa y los frutos. Pero la jurisprudencia moderó la retroactividad en favor del comprador, pues se le libera de restituir los frutos cuando pierde el pago inicial<sup>64</sup>.

Como tal pacto lo recogió también nuestro Derecho. En primer lugar, en el Código de Eurico podemos leer: «Si se ha dado una parte del precio, y parte se ha prometido, no se impugne por ello la venta; mas si el comprador no pagó en el tiempo convenido la restante porción del precio, pague intereses por la parte que debe; a no ser que se conviniere resolver la venta.»<sup>65</sup> El Fuero Juzgo recoge, en lo relativo a esta materia, la regulación proveniente del Código de Eurico.

---

<sup>63</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, cit., pág. 29.

<sup>64</sup> D. 18. 3. 4. §1: «*Sed quod ait Nerantius, habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, quum pretium, quod numeravit, perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.*»

«Pero tiene razón lo que dice Neracio, que á veces el comprador se lucra con los frutos, cuando perdió el precio que pagó. Así, pues, el parecer de Neracio, que es equitativo, tiene entonces lugar, cuando el comprador dio alguna parte del precio.»

<sup>65</sup> Liber Iudiciorum, V, 4, 5: «*Si pars pretii data est, pars promissa, non propter haec vindictio facta rumpatur; si emptor ad placitum tempus non exhibuerit praetii relinquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res vendita reformetur.*»

Las Partidas, en cuanto a la resolución de los contratos, también adoptan la regulación romana, considerando la resolución como algo excepcional. Por ello, cuando una de las partes incumple, la otra únicamente puede exigir el cumplimiento y no la resolución. Ocurría también que en los contratos innominados, al no existir vínculo obligatorio, la parte cumplidora no podía exigir a la otra que cumpliera, sino que sólo podía pedir la restitución de lo que había entregado. También se admite la resolución de la venta en el caso de que el incumplimiento recaiga sobre condiciones o pactos sin los cuales no se hubiera contratado<sup>66</sup>. En cuanto a la venta con pacto de ley comisorio, encontramos la regulación de la misma en Partidas 5, 5, 38<sup>67</sup>. La resolución de esta venta tendrá efectos retroactivos<sup>68</sup>.

En España DOMINGO DE SOTO<sup>69</sup> señala, para que nazca el derecho de restitución, tres condiciones: 1) que la entrega del bien esté fundada en una deuda anterior; 2) que haya equivalencia entre la cosa poseída y la que debe restituirse, y; 3) que el derecho de restitución no dependa de una simple injuria ni sea un derecho de compensación o indemnización.

---

<sup>66</sup> Partida V, tít. V. ley 58.

<sup>67</sup> En Partidas 5, 5, 38, se dispone que «Se el vendedor e el comprador ponen pleito entre sí que el comprador pague el precio a día señalado, e si no lo pagare aquel día que sea desfecha por ende la vendida, que tal pleito como este es valedero e gana por ende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fue dado, si al plazo non le fue fecha la paga toda o la mayor parte della: e desfazese la vendida. Pero con todo esto, en su escogencia es del vendedor, de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida, o de revocarla, teniendo para sí la señal, o la parte del precio, segund que de suso es dicho. E después que oviere escogido una destas cosas sobredichas, non se puede después arrepentir, de manera que dexa aquella por aver la otra».

<sup>68</sup> GÓMEZ, A., *Variarum Resolutorum Iuris Civilis Communis et Regii, Cum Additiones Joannis de Ayllon Laynez*, Madrid, 1653; COVARRUVIAS Y LEYVA, D., *Variarum Resolutionum, cum Additiones, Observationes et notae DE FARIA*, Lugduni, 1701; HERMOSILLA, G.A., con las adiciones a la obra de GREGORIO LÓPEZ, *Additiones, Notae, Resolutiones, ad 7 partit.* 1634.

<sup>69</sup> DOMINGO DE SOTO, en *De Iustitia et iure*, L. IV, Q. VI, art. 1.



Partiendo de los requisitos anteriores LUIS DE MOLINA considera que el término restitución puede tomarse en tres sentidos: uno amplio, que se da cuando por alguna razón fundada en derecho deba ser entregada una cosa a un tercero; una menos amplia, que se refiere a los supuestos caracterizados por la entrega de una cosa siempre que con anterioridad a la misma haya una *iniusta retentio*;<sup>70</sup> que la obligación de entregar derive de un contrato, es decir, comprendería únicamente la recuperación de la cosa robada y la reivindicación.

### 5. La restitución en nuestro Código civil

En nuestro Derecho, así como en el Derecho italiano o el francés, no se contiene una disciplina general de las restituciones, sino referencias en temas concretos<sup>71</sup>. En nuestro Código Civil ha desaparecido la *petitio hereditatis*, que era el único modelo donde se recogían los principios restitutorios del enriquecimiento<sup>72</sup>. Por otro

---

<sup>70</sup> *De iniusta et iure*, Disp. 714.

<sup>71</sup> Cosa que destaca DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988, pág. 70, al decir que «en nuestro Derecho, la construcción del Law of Restitution no parece hoy por hoy posible, al menos como un carácter unitario. Nuestro Derecho de Restituciones se encuentra disuelto y parcialmente englobado en el Derecho de Contratos... y el Derecho de Cuasicontratos, tiene un carácter notoriamente residual que no permite el esfuerzo constructivo».

Así, el Código Civil se refiere a la restitución, por ejemplo, en el art. 187, relativo al patrimonio del ausente, en los arts. 645 a 647, en materia de donaciones, en el art. 978, sobre la restitución de bienes reservables, en los arts. 1.303 a 1.306 que regulan las restituciones que son consecuencia de la nulidad de los contratos, en los arts. 1.747, 1.749 y 1.750 en el comodato, en los arts., 1.766, 1.769 y 1.774 a 1.776, sobre el Depósito, y, por último, en el art. 1.871 que hace referencia a la restitución de la cosa pignorada.

<sup>72</sup> CARRASCO-PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., págs. 1.061 y sigs., pone de relieve que han existido dos modelos en la teoría de la restitución que han pretendido una sistematización unitaria de este derecho. Estos son el modelo escolástico y el modelo anglosajón:

#### A) Modelo escolástico

Este modelo plantea un elenco de problemas de escaso interés para el jurista actual que siempre parten de la separación entre la esfera interna del derecho de la restitución y la esfera externa o de su exigibilidad jurídica. Esta teoría considera

fundamentales dos premisas: 1º Que toda restitución nace o de la injusta detentación de un bien conseguida por hecho ilícito, o de la mera circunstancia de poseer un bien de otro sin que haya mediado injuria o mala fe por parte del poseedor de este bien; y, 2º Que el segundo tipo de restitución que hemos mencionado se rige de acuerdo con el principio de que el poseedor de buena fe restituirá siempre la cosa y los frutos *in natura* si los conserva en su poder.

### B) Modelo anglosajón

En el lenguaje propio del Common Law, la expresión «restitución» tiene un uso tan amplio que ha formado un auténtico cuerpo de reglas y normas, convirtiéndose en una parte del Derecho Privado dotada de autonomía propia (Law of Restitution). Así, el término «restitución», como destaca DI MAJO, A., «Restituzioni e responsabilità nell'obbligazioni e nei contratti», *Rivista critica di diritto privato*, sept., 1994, pág. 292, designa no sólo un remedio contra una violación sustancial del contrato (*Breach of contract*) de modo que tiene carácter contractual, sino un remedio más general contra cualquier forma de atribución que se encuentre privada de justificación (*consideration*), de modo que tiene, en este otro caso, carácter extracontractual.

En este modelo hay que destacar la obra fundamental de GOFF, R., y JONES, G., *The law of restitution*, Londres, 1ª ed. 1968, 2ª ed., 1978 (ésta última es la que hemos consultado). En nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», cit., pág. 68, que afirma que la primera edición es de 1966, apunta también que «una consagración de la regla aparece en el año 1937, en el *Restatement of the Law of Restitution, quasi Contract and Constructive Trust*, donde se dice "A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other". La analogía de esta regla con los principios de carácter romano es manifiesta y DAWSON señala —como no podía por menos de ser— el parentesco entre ella y Digesto 50, 17, 206». A partir de esta obra la doctrina anglosajona comenzó a estudiar en profundidad la materia y la "restitución" fue cobrando entidad propia. Así, destacan también las obras de BIRKS, P., *The Law of restitution*, Londres, 1984; *An Introduction to the Law of restitution*, Londres, 1985 y de PALMER, *The Law of restitution*, Londres, 1978.

En la obra de GOFF Y JONES se dice que se entiende por derecho de restitución aquel que comprende todas las acciones, fundamentalmente cuasi contractuales, aunque también las de otro tipo, que estén fundadas en el principio de enriquecimiento injusto. Ahora bien, el derecho de propiedad no forma parte del derecho de la restitución, y si en virtud de la transferencia indebida que da lugar a la obligación de retransmitir, la propiedad no hubiera salido de su titular, no hay cuestión en la que intervenga el derecho de la restitución. DÍEZ-PICAZO en la obra citada anteriormente, pág. 69, añade que respecto de este enriquecimiento «funciona la institución del *Waiver of tort*, que hace posible al dañado una opción entre la acción nacida del *tort* para ser resarcido del daño o renunciar a ella, ejercitando una acción de reclamación de lo obtenido (*id quod pervenit*), obteniendo un remedio análogo al que permite en el Derecho continental el Derecho de enriquecimiento».)

DÍEZ-PICAZO y CARRASCO PERERA, señalan cuál es el contenido del Derecho de Restitución para los autores ingleses. Así, «GOFF y JONES dividen el área del derecho de la restitución en tres grandes grupos: 1) El demandante atribuye una ventaja a un

lado, el Código no hace generalizaciones en lo relativo al ámbito restitutorio de las acciones cuasicontractuales, hoy en día reducidas a la "gestión de negocios ajenos" y al "pago de lo indebido"<sup>73</sup>. La única

---

tercero, atribución que carece de causa (*mistake, compulsion, ineffective contract, total failure of the consideration*). 2) El demandado recibe la ventaja por intermedio de un tercero. 3) El enriquecimiento se produce por acto ilícito y se recupera mediante la técnica cuasi contractual del *waiver of tort*.

Para BIRKS el enriquecimiento injusto puede ocurrir *by subtraction* y *by wrongs*. Al primer tipo pertenecerían los desplazamientos basados ya en una transferencia no voluntaria del objeto restituible, ya por la libre aceptación (*free acceptance*) de una atribución patrimonial por parte del demandado que sabe se le está imponiendo una ventaja indebida». Así pues, el Derecho de Restituciones anglosajón se comprende, básicamente, de tres materias: 1) la posición jurídica de los incapaces; 2) las ventajas o beneficios obtenidos mediante los actos ilícitos, los cuales se recuperan mediante el *waiver fo tort*, que es una técnica cuasicontractual<sup>3</sup>) la ingerencia de terceros en el patrimonio ajeno, donde se reconoce el derecho a la indemnización.

Por lo que a nosotros nos interesa, el derecho de restitución anglosajón se compone, pues, de una parte importante del derecho de los contratos, principalmente de la parte relativa a los problemas de ineficacia del título, como señala CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...* cit., págs. 480 y sigs., que pone de relieve que una vez resuelta la relación obligatoria, si el acreedor ha cumplido total o parcialmente su obligación, puede ejercitar una pretensión restitutoria (*restitutori remedy*). Corresponden al actor una serie de acciones con base en el enriquecimiento injusto que de otra manera obtendría el deudor y tienen su origen y sirven para los cuasicontratos. Con base en que estas acciones no son contractuales se mantuvo que era necesaria la *rescission ab initio* para que pudieran ser ejercitadas, esto es, que existiendo el contrato no cabía acudir a las acciones restitutorias, da carácter típicamente cuasicontractual, y sólo si por algún vicio de la voluntad se tenía el contrato como inexistente cabía ejercitarlas. Este principio, afirma, fue negado por la Cámara de los Loes en *Fibrosa Spolda Akcyjna v. Fairbarirn Lawson Combe Barbour Ltd.*, para un supuesto de resolución por *frustration*, pero estableciendo, con carácter general, que cabe ejercitar acciones restitutorias en caso de resolución», y sobre todo del derecho de cuasicontratos.

<sup>73</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», *A.D.C.* oct-dic., 1987, pág. 1.064. En este punto la doctrina ha tratado de extender el ámbito de los artículos 1.895 y sigs. con el objeto bien de convertirlo en una *condictio generalis sine causa* para todo desplazamiento patrimonial indebido, bien de convertirlos en el régimen restitutorio de los contratos ineficaces del art. 1.303 C.C. Así, NUÑEZ LAGOS, R., «Pago de lo indebido sin error», en *R.G.L.J.* 179, pág. 129 y sigs.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1300 a 1.314 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, pág. 291 y sigs. Igualmente, una reciente línea jurisprudencial considera que los arts. 1.895 y sigs. C.C., constituyen la consecuencia restitutoria adecuada a la restitución consecuencia de la nulidad de los contratos, puesto

norma reguladora de la restitución con carácter general que contiene nuestro Código Civil es la que se encuentra en el art. 348. 2, en el que simplemente se establece que el propietario de un bien puede recuperarlo de quien lo posee, sin importar, por tanto, el modo por el que el tercero llegó a poseer. Tampoco establece nada sobre el alcance y el efecto de la reivindicación.

Dentro del sentido amplio del término "restituir", y de acuerdo con nuestro Código Civil<sup>74</sup>, podemos diferenciar los siguientes supuestos:

1) Una restitución con carácter general, que supone la restitución de un bien ajeno que se detenta sin derecho y sin importar el título por el que se posee. Dentro de esta primera acepción con carácter general, podemos situar la reivindicación del art. 348 C.C., la restitución de lo cobrado indebidamente del art. 1.895 C.C., y la restitución sucesoria de los artículos 197 y sigs.

2) Restitución de bienes en razón a la pérdida de eficacia del título por el que se posee, que es el supuesto que nos interesa pues hace referencia a los casos de ineficacia contractual por defecto de la

---

que aunque no existe error, se entregó lo que materialmente no se debía. [Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1984 (R.A. 5.156)].

<sup>74</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., págs. 1.068 y sigs. Este autor, en la pág. 1.105, dice cuales son las características de la regulación del Código Civil en materia de restitución:

1.º La restitución está directamente conectada con la indemnización reparadora del daño.

2.º No existe, con carácter general una norma que establezca la atribución de la propiedad de los frutos al que resulte propietario de la cosa, es decir al que está legitimado para que se le restituya el bien.

3.º Son de aplicación al derecho de la restitución las normas que el Código Civil contiene relativas a las liquidaciones posesorias, esto es, los arts. 451 y sigs, independientemente del título por el que se posea. Aunque esta consideración es de aplicación a la restitución en general, la estudiaremos con mayor profundidad en el epígrafe dedicado a la restitución de los frutos.

obligación, con lo que responden a este modelo los arts. 1.124, 1.295, 1.123, 1.303, 1.486, 1.619 C.C., entre otros.

3) Restitución de bienes en razón de un título preferencial cuya eficacia queda dilatada en el tiempo, aunque en nuestra opinión no siempre se da, en estos casos, una verdadera restitución. Aquí podemos situar la entrega que se produce una vez cumplida la condición suspensiva; la que se produce en el caso de la reserva vidual, o troncal, en las sustituciones fideicomisarias, etc.

4) Restitución derivada de la obligación de reentrega en contratos o derechos reales caracterizados por la cesión del uso temporal a un tercero en concepto distinto del de dueño, por lo que lo que se restituye no es la propiedad, sino todo lo más la posesión: usufructo, art. 487, arrendamiento, depósito, art. 1.766, comodato, art. 1.747, prenda art. 1.871, etc.

5) Entrega de bienes en cumplimiento de una obligación de dar, también llamada restitución solutoria, aunque en nuestra opinión este último supuesto constituye una simple entrega y no formaría parte del concepto de restitución.

Junto a la restitución de la cosa surge el problema de la restitución de los frutos e intereses derivados de la misma, así como el de las atribuciones realizadas en ella que repercutan en provecho del legitimado, o bien aquellas situaciones en las que este último no pueda recibirla debido a la conducta llevada a cabo por el obligado a la entrega. Pero estas cuestiones serán estudiadas en sus epígrafes correspondientes.

## 6. Clasificación de las restituciones

Siguiendo la clasificación que realiza MALAURIE<sup>75</sup> de los distintos tipos de restitución, cabe distinguir entre:

A) Restituciones contractuales y extracontractuales. Una primera clasificación que se puede hacer es la que distingue entre restituciones contractuales y restituciones extracontractuales, pero aunque la distinción entre contractual y extracontractual puede resultar útil para otras instituciones, no parece serlo cuando se aplica a las restituciones. Así, por ejemplo, las de naturaleza legal, que son extracontractuales, se encuentran sometidas al régimen de las restituciones contractuales, de modo que no se puede distinguir, por ejemplo, entre la restitución de un usufructo legal y la de uno convencional.

B) Restituciones retroactivas e irretroactivas. Otra distinción se da entre restituciones retroactivas y restituciones irretroactivas. Conforme a las primeras la restitución de la cosa deberá hacerse en el estado en que se encontraba cuando se entregó. Sin embargo, se dice que la restitución es irretroactiva cuando la cosa se devuelve tal y como se encuentre en el momento en que deba hacerse la restitución. Las primeras serían, por ejemplo, las que se derivan de la nulidad, resolución, rescisión, etc.<sup>76</sup>, mientras que como ejemplo de las segundas podemos citar la restitución de un préstamo.

C) Restituciones unilaterales y sinalagmáticas. En tercer lugar, se distingue también entre restitución unilateral, en la que sólo una de las

---

<sup>75</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, cit., pág. 33.

<sup>76</sup> Según indica MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, cit., pág. 33., aunque como veremos en el epígrafe correspondiente la cuestión de la retroactividad o no de dichas restituciones es muy controvertida. Consideramos, pues, que no se puede afirmar su retroactividad con carácter general, y de ahí las críticas que se hacen a esta clasificación. Así pues, tampoco esta clasificación carece de críticas, pues se dice que el carácter retroactivo de la restitución no es un criterio, puesto que encontramos a veces contratos nulos o resueltos, de tracto sucesivo, en los que la restitución no es retroactiva.

partes estaría obligada a la restitución, y que sería aquella que se da, por ejemplo, en la reivindicación, en la repetición de lo indebido o en la restitución de un préstamo; y la sinalagmática, en la que ambas partes resultan obligadas a restituir, como la que sigue a la nulidad o a la resolución cuando ambas prestaciones habían sido cumplidas. En este caso, las obligaciones de restitución son recíprocas, lo que justifica la aplicación, por ejemplo, de las reglas de la compensación<sup>77</sup>.

D) Restituciones normales y anormales. La clasificación más importante, afirma la doctrina<sup>78</sup>, es aquella que distingue entre

---

<sup>77</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, cit., pág. 34, quien además considera que en caso de resolución del contrato existe reciprocidad aun cuando haya sido cumplida una sola de las prestaciones y por tanto sólo deba restituir una de las partes a la otra. Esta reciprocidad origina que las restituciones (aunque en realidad sería la restitución) se deban examinar, conjuntamente, y no por separado. Sin embargo, GUELFUCCI-TIBERGE, C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, tesis, París, 1989, pág. 847, opina que en este caso no existe reciprocidad y que, por tanto, hay que centrarse sólo en la única restitución, de una o varias cosas pero por parte de un solo sujeto, que debe hacerse. Así, aquellos autores que consideran que se deben tratar conjuntamente lo explican diciendo que se trata de un caso en que, en apariencia, no hay reciprocidad puesto que puede haber sido ejecutada una sola de las prestaciones y que, por consiguiente, una sola dará lugar a la restitución. Pero, realmente, el carácter sinalagmático del contrato se proyecta también sobre las restituciones, puesto que la prestación restituida está en relación con aquella que no ha sido ejecutada. Piénsese, por ejemplo, en una compraventa en la que sólo se haya cumplido la obligación de pagar el precio. La restitución del precio tiene como contrapartida la cosa que había quedado en poder del vendedor; la regulación de la indemnización tendrá en cuenta este desequilibrio, de modo que, el comprador que no ha llegado a tener en su poder la cosa podrá reclamar los intereses en compensación por la ausencia de goce del bien. Además, hay que tener en cuenta que el objetivo de la restitución es el de establecer el equilibrio perdido, cosa que sólo se puede hacer teniendo en cuenta el conjunto de las prestaciones.

Por otro lado, estos autores consideran que las reglas de restitución de frutos por el poseedor, que, como veremos, un sector de la doctrina considera aplicables a las restituciones consecuencia de la resolución, parecen inapropiadas para regular estas restituciones, puesto que no tienen en consideración la reciprocidad de las obligaciones de restitución. Lo mismo ocurre con las normas que regulan la repetición de lo indebido: no están adaptadas a este género de restitución, puesto que también en este caso se trata de una obligación de restitución unilateral.

<sup>78</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, cit., pág. 35, que dedica un epígrafe a «la summa divisio: Les restitutions normales et anormales». La distinción, sin embargo, es difícil, ya que encontramos casos en que resulta verdaderamente complicado distinguir si se trata de una restitución normal o anormal. Así, por ejemplo, en el caso de la restitución consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria

restituciones normales y restituciones anormales. Se consideran normales aquellas restituciones que derivan de un contrato, como la del usufructo, préstamo, etc., e incluso se considera normal la restitución que es consecuencia de la resolución por el cumplimiento de una condición resolutoria. Se llama anormales, sin embargo, a aquellas restituciones que provienen de una situación de conflicto, o, en definitiva, una situación de anormalidad. Así, por ejemplo, en la reivindicación, la nulidad o la resolución, en la repetición de lo indebido etc., se ha producido una situación anormal al no haberse cumplido el contrato, no encontrarse la cosa en poder de su propietario, haberse hecho un pago que no se debía, etc. En cierto sentido, con esta restitución lo que se pretende es un retorno a la normalidad. Devolver el bien a su propietario, después de la nulidad o la resolución, se puede considerar lo "normal". Pero el hecho que ha dado lugar a la restitución es anormal, pues la restitución resulta de una reivindicación, nulidad o resolución, es decir, de una situación patológica que no tiene nada que ver con un contrato de restitución.

Cuando la restitución es normal el estado en el que la cosa debe ser restituida, es decir, de acuerdo con la clasificación que hemos visto anteriormente, si es o no retroactiva, está determinado por el título en virtud del cual el deudor posee la cosa<sup>79</sup>. Así, por ejemplo, en el

---

expresa, que hemos calificado de "normal", siendo que al fin y al cabo procede de la resolución de un contrato es una situación anormal. Sin embargo, es evidente la razón de que esta restitución se encuentre entre las que hemos calificado de "normales", puesto que ha sido prevista e incluida en el contrato por voluntad de las partes, con lo que «la perturbación que la resolución aporta a la situación inicial ha sido en cierto modo buscada por las partes», y otro tanto podríamos decir del retracto convencional.

<sup>79</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, cit., pág. 35, continúa diciendo que los vínculos entre la restitución y la institución de la que dependen no pueden ser desconocidos. Cuando la restitución resulta de un contrato de restitución (por ejemplo de un contrato de préstamo o de un depósito), o de una situación generadora de la restitución, como un usufructo, la restitución se presenta como un acto de ejecución. En estos casos la restitución ha entrado en el ámbito que es propio del contrato,



usufructo, el art. 522 C.C. sólo exige al usufructuario que terminado el usufructo entregue al propietario la cosa usufructuada, se entiende en el estado en que se encuentre, mientras que en el contrato de depósito, el art. 1.769 C.C. exige que la cosa sea devuelta con todos sus productos y accesiones. En la restitución normal, generalmente el juez no tiene ningún poder de apreciación, puesto que el contrato de restitución o la situación que origina la restitución tiene por objeto natural la propia restitución, que, además, ha sido prevista por las partes. La restitución normal también se llama restitución "perfecta".

A la restitución anormal, por el contrario, se le ha llamado también restitución "imperfecta". Lo que se debe restituir, es decir, el estado en que se restituirá la cosa y si se hará o no con lo que ésta haya producido, varía según la institución de la que la restitución sea consecuencia. Además, en la regulación que los Códigos ofrecen de estas instituciones se suele decir poco de cómo deben efectuarse las consiguientes restituciones y normalmente hay que buscar la normativa que resulte más adecuada para ser aplicada a cada una de éstas.

La restitución en estos casos no es siempre automática, como suele ocurrir en la restitución normal. El acreedor o el juez disponen de un poder discrecional para obtener la restitución. Por eso la restitución anormal no puede ser ejecutada con el mismo rigor que la normal. Con mayor facilidad en estos casos, la restitución en valor sustituye a la restitución *in natura*. Por otro lado, la ausencia de unidad de la restitución está unida a su carácter anormal. Puesto que su origen se encuentra en la perturbación del orden jurídico, la anormalidad toma las formas más diversas. En fin, sea la restitución normal o anormal, siempre tiene por objeto la reintegración del bien en el

---

convirtiéndose en una de las obligaciones esenciales de éste. El régimen de la restitución resulta, pues, sumamente dependiente de la relación fundamental de la que surge.

patrimonio inicial (o, en materia de sucesiones, en lo que debería ser la continuación de éste).

Por otro lado, cuando la restitución está fundada sobre una situación anormal, por ejemplo sobre la repetición de lo indebido, o sobre una reivindicación, una obligación jurídica de restitución sustituye a un hecho, que será en estos casos la posesión o el pago de lo indebido. En este caso la normativa que regulará la restitución deberá girar en torno a la buena o mala fe del aceptante<sup>80</sup>.

Sin embargo, una situación un tanto distinta, por tener algunos aspectos en común con la restitución normal, se da cuando la restitución resulta de la extinción de un contrato o de la relación jurídica originada por éste, pues en estos casos la restitución no puede estar sometida, como veremos más adelante, simplemente a criterios de buena o mala fe. Aquí, una nueva situación jurídica sustituye a la antigua, aunque la situación que ha dado lugar a la restitución, es decir, el contrato, ejerza una cierta influencia sobre el régimen de las restituciones que siguen a la nulidad o a la resolución del contrato.

Por último, es conveniente advertir que la restitución que proviene de estas situaciones de anormalidad se suele confundir con otros medios de tutela. No se plantean problemas de confusión con otras figuras afines cuando la restitución es "normal". Sin embargo, la respuesta del ordenamiento ante las posibles situaciones de anormalidad en el ámbito contractual o fuera de él, dada la variedad de éstas, no es siempre la misma<sup>81</sup> cosa que puede ocasionar cierta confusión entre éstas.

---

<sup>80</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en droit civil*, cit., pág. 57.

<sup>81</sup> Respecto a los de carácter contractual DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 674, al hablar de los tipos de protección que la ley otorga en favor del acreedor, las enumera de la siguiente manera: «1ª Las medidas de tutela preventiva del crédito; 2ª La pretensión de cumplimiento; 3ª La ejecución forzosa de la prestación; 4ª El resarcimiento de los daños; 5ª Las acciones de conservación de la garantía patrimonial y de la solvencia; 6ª Las especiales medidas de protección en los

La acción de restitución de un bien, en estos casos, se suele confundir a menudo con la acción de reparar un perjuicio o de indemnizar un enriquecimiento injusto, ya que las tres tienen como finalidad restablecer un equilibrio que se había perdido, precisamente por haberse producido una situación que no era la esperada, sea un error, una privación involuntaria o un enriquecimiento injusto<sup>82</sup>.

*7. Fundamento de la restitución motivada por la resolución del contrato: el enriquecimiento sin causa. El cobro de lo indebido*

Hemos expuesto anteriormente que una vez producida la resolución en el caso de que sólo una de las prestaciones se hubiera cumplido e incluso aun habiéndose cumplido ambas, si sólo actuara el efecto liberatorio, se produciría un enriquecimiento injusto<sup>83</sup> por parte

---

casos de relaciones obligatorias sinalagmáticas: la excepción de cumplimiento contractual y la resolución por incumplimiento; PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pág. 1.727, enumera entre los medios de tutela frente al incumplimiento: a) la pretensión de cumplimiento; b) remedios sinalagmáticos, entre los que se encuentra la resolución del contrato; y c) remedios indemnizatorios, en los que cabría diferenciar la responsabilidad contractual en sentido estricto, condicionada a que el incumplimiento dañoso sea imputable al deudor... y la indemnización de los gastos del contrato...; VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, págs. 42 y sigs., quien distingue entre tutela satisfactoria, mediante la cual se pretende que el titular de un derecho consiga precisamente las mismas utilidades derivadas de la ley o del contrato, y no unas utilidades equivalentes, y tutela resarcitoria, en la que ocurre precisamente esto último, obteniéndose el equivalente monetario. Junto a las anteriores, la tutela restitutoria o repristinatoria tiende a restaurar la situación en que el sujeto se encontraba antes de la conclusión del contrato —es decir, antes del hecho que ha originado la situación de anormalidad—.

<sup>82</sup> MALAURE, M., *Les restitutions en droit civil*, cit., pág. 41.

<sup>83</sup> Pensemos en que, como afirma ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, pág. 81, «los modos de adquirir una ventaja son incontables, pueden consistir tanto en la adquisición de un derecho, o en el aumento o incremento del valor de un bien que hemos adquirido... El enriquecimiento por incremento de valor de un bien admite muchas variantes, como son las construcciones

del contratante incumplidor, y que para evitar esto a este primer efecto se le sumaba otro, el restitutorio, que tendía a volver a la situación de equilibrio económico existente antes del contrato. Así pues, el principal fundamento del efecto restitutorio es evitar que se produzca un enriquecimiento injusto<sup>84</sup>.

Por enriquecimiento injusto o sin causa podemos entender, en sentido propio o técnico, «un desplazamiento de valor, que provoca un incremento patrimonial en determinado sujeto de derecho, a costa del patrimonio de otro, producido aparentemente de una manera conforme a Derecho, pero, en el fondo, sin causa o justificación que le sirva de base, y que atribuye al perjudicado una acción de restitución»<sup>85</sup>.

---

sobre inmuebles, mejoras, accesiones, enriquecimientos derivados de la devaluación de la moneda, por adquisición efectiva del goce de un objeto (posesión)...»

<sup>84</sup> CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992, pág. 244, dice que «si la resolución sólo produjera efectos *ex nunc* y la parte incumplidora no tuviera que reintegrar lo recibido, se enriquecería injustamente a costa de la otra parte», y cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1980 (R.A. 2.412), en la que se establece: «tal resultado no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, pues ello conduciría a proteger un enriquecimiento injusto...»

<sup>85</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho privado*, t. I, Obligaciones y contratos, Madrid, 1948, pág. 495; ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, cit., en la pág. 12 apunta que «al hablar de enriquecimiento injusto, los autores pueden referirse pues a cuatro realidades diversas: en primer lugar, a un principio general de Derecho que informa el ordenamiento jurídico; en segundo lugar, a la fundamentación y ampliación de la técnica cuasicontractual; en tercer lugar, a una acción subsidiaria fundada en el principio general de Derecho; y, por último, a una acción (de enriquecimiento sin causa) que busca equilibrar el valor que de un patrimonio ha pasado a otro sin serle correctamente atribuido por el orden jurídico». En cuanto a la funcionalidad de la acción, considera que «se refiere así tanto al justo complemento de los negocios abstractos, como rectificadora de los desequilibrios patrimoniales producidos por las atribuciones impropias. Éste, por otra parte, como veremos después más detenidamente, parece haber sido el verdadero sentido de la *condictio* en el Derecho romano clásico...». Véase también BARBIERA, L., *L'iniustificato arricchimento*, Nápoles, 1964.

Como hemos dicho anteriormente también los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito cultural fundamentan el derecho a la restitución en general en un enriquecimiento injusto. Así, tanto en el derecho alemán como el francés<sup>86</sup>, el suizo y el italiano se afirma que las restituciones obedecen a reglas de enriquecimiento sin causa siendo esta obligación de restituir de carácter personal. También en el Derecho del *Common Law* la cuestión se reconduce a la idea de enriquecimiento sin causa.

La categoría moderna del enriquecimiento sin causa tiene su origen remoto, al igual que lo tenía la resolución del contrato, en la regulación romana de las *condictiones*.<sup>87</sup> En cierto modo también aquí se encuentra el origen de la restitución, puesto que mediante la *condictio* se llevaban a cabo algunas singulares reclamaciones, principalmente la reclamación de una *datio* cuando el demandado no poseía título o razón suficiente para retener el objeto, y por ello nos vamos a detener un poco en su exposición<sup>88</sup>. Así, encontramos otro

---

<sup>86</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pág. 417, cita, si bien refiriéndose a la nulidad y no a la resolución, a la doctrina francesa (CARROUMET, C., *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. III, París, 1990, pág. 551, nota 53; GHESTIN, J., «Le contrat: formation», en *Traité de Droit civil*, París, 1988, pág. 1.604), la cual admite que la acción personal de la nulidad es muy cercana o del mismo tipo que la *condictio indebiti*, respecto de un Código que carece (asimismo el italiano o el alemán, cuyas doctrinas siguen caminos similares) de norma expresa paralela a nuestro artículo.

<sup>87</sup> El enriquecimiento sin causa aparece en Derecho Romano también en el Digesto 50, 17, 206, en un texto de POMPONIO que dice: «Por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria» (*Ex iure naturae aequum est nemine cum alterius detrimento aut injuria fieri locupletioem*). Sin embargo, como apunta ARIAS RAMOS, J., «En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, Madrid, 1946, pág. 27, este texto no tenía valor propiamente normativo, pues se recogía en el Libro Nono *Ex variis lectionibus* que contenía *regulae iuris*, que eran como refranes jurídicos que expresaban y condensaban una sabiduría jurídica generalizada.

<sup>88</sup> CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado», *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1995, págs. 447 a 449, dice que «en la tradición jurídica de raíz romana los supuestos que ulteriormente se englobarían en la doctrina del enriquecimiento injustificado se resolvían a través de las llamadas *condictiones*, derivadas de la *legis actio per conditionem*, tendentes a conseguir una

texto, también de POMPONIO, en Digesto 50, 17, 14, que se refiere a la *condictio indebiti*, en el que se dice que «es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro»<sup>89</sup>.

También aparece la *condictio causa data, causa non secuta* de donde nace la noción de resolución por inejecución, que se producía cuando con un fin no deshonesto se daba una cantidad para obtener un determinado resultado y éste no se producía. Así, en los contratos innominados se concedía de modo excepcional la resolución a través de esta *condictio*, puesto que en estos contratos el convenio de voluntades y la entrega de la cosa no crean una relación obligatoria, de modo que el incumplimiento de una de las partes no faculta a la otra a exigir el cumplimiento, sino sólo a que se le restituya la cosa prestada<sup>90</sup>.

La regla del Digesto 50, 17, 206, fue posteriormente normativizada al recogerse en el Corpus Iuris Canonici, en el capítulo 48 del Título *De Regulis Iuris* del Sexto de las Decretales y en nuestro Derecho fue

---

restitución. En la evolución del Derecho romano y con posterioridad fueron surgiendo diferentes *condictiones* concretas. En primer lugar, la *condictio indebiti*, de la que deriva el actual cuasicontrato del cobro de lo indebido, mediante la cual quien cobra lo que no se le debe tiene el deber de restituirlo. La *condictio ob causa datorum* o *causa non secuta* permitía que quien había dado algo a cambio de que el receptor hiciera algo en el futuro o en contemplación de un acontecimiento también futuro, pudiera recuperarlo, caso de que el receptor incumpliera o el evento no se produjera. La *condictio ob turpem vel iniustam causam*, mediante la cual si se entrega o promete algo para que el receptor realice algo deshonesto o injusto, y lo es sólo para el receptor, hay obligación de restituir incluso si se alcanza el resultado. En la Compilación justiniana se agrega con carácter residual una conocida como *condictio sine causa*, que venía a cubrir las insuficiencias de las anteriores. Junto a las *condictiones*, se conoció en Roma la llamada *actio in rem verso* que permitía poner coto al enriquecimiento indirecto...»; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988, pág. 142 y sigs.

<sup>89</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», cit., pág. 71, afirma que «el origen del enriquecimiento sin causa en las *condictiones*, que es cierto para las elaboraciones llevadas a cabo en el Derecho Moderno, lo es igualmente en lo que se refiere al origen histórico de las *regula iuris*».

<sup>90</sup> Véase Códex 4, 54, 6; 4, 44, 14 y 4, 38, 8; Instituta 2, 1, 41, y Digesto 18, 1, 6.

recogido en Partidas 7, 34, 17<sup>91</sup>. También las Partidas, en lo que respecta a las *condiciones* regula en la Partida 5<sup>a</sup>, título 14, que lleva la rúbrica «De las deudas que se pagan a aquellos a quienes no se debe», diferentes clases de *condiciones*.

La doctrina de las condiciones fue objeto de un profundo desarrollo por los juristas alemanes del S. XIX. Esta doctrina al establecer los casos de aplicación del enriquecimiento injustificado distingue la *condictio indebiti* y la *condictio causa data causa non secuta*, señalando que los dos tipos centrales del enriquecimiento injustificado son, de un lado, el enriquecimiento derivado de una prestación que se ha efectuado con la finalidad de cumplir una obligación erróneamente presupuesta, y, de otro, el enriquecimiento derivado de una prestación, que ha sido ejecutada sobre la base de una presuposición de futuro<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> En esta Partida se dispone que «ninguno non deue enriquescer tortizeramente con daño de otro. Aunque ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, cit., pág. 15, afirma que «las Partidas recogen un vago principio general cuya eficacia práctica es muy relativa, y, desde luego, no parece que pueda hablarse propiamente de la existencia de una acción de enriquecimiento».

La Partida 7, título 33, Ley 13, contiene la regla «el aun dixieron que ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño dotri; et que la culpa de uno non debe empescer a otro que non haya hi parte».

Respecto al pago de lo indebido la Partida 5<sup>a</sup>, Título 14, Ley 28, dispone: «Cuydan a creen alas vegadas los homes, que son tenudos de dar o de fazer pagas de cosas que non deven... E por ende dezimos que en cualquier destas cosas sobredichas, o en otras semejantes destas, que alguno fiziesse paga por yerro que provandolo quel deve ser tornado en todas guisas, lo que asi oviesse pagado» de *Las siete partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado GREGORIO LÓPEZ, del Consejo Real de Indias de Su Majestad*. Salamanca, 1955 (Reproducción anastática, ed. B.O.E., Madrid, 1974).

<sup>92</sup> WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, Frankfurt, 1906; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», cit., pág. 86. Este último autor, siguiendo a ARIAS RAMOS, J., «En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa», cit, págs. 29 y sigs., dice que en relación con el tema existen dos grandes tesis. «Para una primera, representada por SAVIGNY (*Sistema de Derecho Romano actual*, t. III, apéndice XIV, de la traducción española de Jacinto Messia y Manuel Poley, págs. 320 y sigs.), la *condictio* es un medio de complementar la reivindicación. Mediante ella el propietario reclama la cosa de aquel a quién se la entregó y que no tiene suficiente título de retener. Partiendo de este núcleo primitivo,

Con posterioridad a las partidas el Código Civil español no hace referencia al enriquecimiento sin causa aunque sí dedica una sección, la sección 2ª del Capítulo I del Título XV del Libro cuarto, al pago de lo indebido. Así pues, el tema fue prácticamente olvidado por nuestra doctrina. Únicamente algunas sentencias del Tribunal Supremo resolvieron aplicando el enriquecimiento sin causa<sup>93</sup>.

Pero, la doctrina del Tribunal Supremo fue evolucionando<sup>94</sup>. En un primer momento lo que se prohibía era un enriquecimiento, o un procedimiento para enriquecerse torticero, en el sentido de que fuese un hecho antijurídico causante de un daño. Además, se observa en esta jurisprudencia una cierta confusión entre los daños resarcibles y el enriquecimiento restituible. Más tarde en la jurisprudencia comenzó a notarse el influjo de la obra de NUÑEZ LAGOS<sup>95</sup>, el cual entendía que «el eje cardinal de la teoría del enriquecimiento está en el tránsito de un valor sin causa de un patrimonio a otro», señalando como

---

siempre según esta tesis, la *condictio* se habría extendido a otras hipótesis por dos vías, que fueron: la de la *datio* efectiva prescindiendo del compromiso de devolver, que da lugar a la llamada *condictio indebiti* y en general a la *condictio sine causa*, y la de los compromisos de devolución aunque no haya efectiva *datio*. La otra tesis, representada por PERNICE y por GIRARD, parte de la idea de que el que retiene sin causa una cosa procedente de otro es deudor de la restitución, lo que parece provado por un texto que ULPIANO (D. 12, 5, 6) atribuye a SABINO: *id quod iniusta causa apud aliquem sit, posse condici.*».

<sup>93</sup> Véase BORRELL SOLER, J., «L'enriquiment indegut», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1926. Dice ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, cit., pág. 15, que «la jurisprudencia sigue una trayectoria paralela a la doctrina; en un primer momento, concibe el principio como una vaga regla de Derecho que prohíbe los enriquecimientos torticeros, es decir, aquéllos conseguidos de manera tortuosa y contraria a la buena fe; progresiva y paralelamente a la evolución doctrinal, va configurando una acción autónoma, y va sustituyendo la terminología... Finalmente, después de la guerra civil, a partir de una sentencia cuyo ponente fue don José CASTÁN, estructura una acción autónoma, definida por el concepto de causa, y de la que progresivamente delimita en sus condiciones de ejercicio».

<sup>94</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», cit., pág.19 y sigs.

<sup>95</sup> NUÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*, Madrid, 1934. Véase las págs. 5, 11 y 102.



requisitos para que se aplique la doctrina del enriquecimiento sin causa, el enriquecimiento del demandado, el empobrecimiento del actor y una relación entre uno y otro. El problema se centraba entonces en determinar cuál debía ser la causa que justificara el desplazamiento patrimonial.

Posteriormente, PUIG BRUTAU mantuvo, con continuas citas a la doctrina anglosajona y alemana, la conveniencia de configurar el Derecho del enriquecimiento como un derecho de restitución. De este modo dice que «existe el concepto de *restitución* para evitar un enriquecimiento injusto. Y tanto corresponden a este último concepto los casos concretos en que para evitar un enriquecimiento existan previsiones legislativas, como los casos en que se logra el mismo resultado a base del criterio que resulta de las decisiones judiciales que invocan el principio general de que nadie puede enriquecerse con perjuicio ajeno y sin justificación», concluyendo que «sería de desear que el Derecho sobre el enriquecimiento injusto quedara liberado de su asociación formal con el contrato y que la expresión "cuasi contrato" fuese reemplazada por otra, como la de "restitución"»<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol 2º, cit., págs. 603 y sigs.

Respecto al enriquecimiento sin causa, los cuasicontratos y la restitución, ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, cit., en las págs. 23 y 24 dice que «las obligaciones cuasicontractuales están diferenciadas por su origen en un orden negativo: no provienen ni de la voluntad ni de la culpa. No implican una agrupación por su esencia, se trata de una agrupación meramente residual. Normalmente, cuando se reúnen en una categoría jurídica varias figuras o supuestos dispersos, la razón de ello es la existencia de un contenido comun..., pues bien, nada de esto sucede con los cuasicontratos, para fundamentarlos, echan mano del principio general de Derecho que prohíben los enriquecimientos torticeros, con lo cual —a la larga— se van a confundir el principio general con la doctrina de las *condictiones* produciendo el desconcierto que se observa en los estudios sobre el tema. Va a suceder, y es muy lógico pensarlo, que si el enriquecimiento injusto es fundamento *único* de algunas pretensiones restitutorias..., no hay razón para no ampliar la restitución algunos supuestos que no tienen su amparo ni en la voluntad, ni en la culpa, ni en la ley, pero que podrían encajar en el fundamento genérico del enriquecimiento injusto... Así, aquel principio de Derecho, aquella regla moral, va a ir atrayendo progresivamente las pretensiones restitutorias que en el Derecho romano clásico tutelaba la *condictio*, y cuya unidad esencial y conceptual está

Más tarde, la doctrina alemana consideró que era necesario tratar de construir una tipología de las pretensiones de enriquecimiento partiendo del parágrafo 812 del BGB, que dice que quien ha obtenido algo por prestación o de otro modo, está obligado a restituir el enriquecimiento. Así, ya podía distinguirse entre la restitución del que obtiene una prestación y la restitución del que obtiene algo de otro modo, lo cual se tradujo en la idea de intromisión<sup>97</sup>.

De estos dos tipos propuestos veremos un poco más el que ahora nos interesa, es decir, la *condictio* de prestación. Ésta se da cuando el enriquecimiento que la produce se ha originado en virtud de una prestación, la cual debe ser entendida, como advierte DIEZ-PICAZO, no como comportamiento que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor, sino como una marcha atrás en los efectos del comportamiento prestacional<sup>98</sup>. Se trata, continúa diciendo este autor, de un aumento patrimonial ocurrido conscientemente y que además constituye una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio, pero que ha sido frustrado y

---

en un adecuado estudio de la dinámica de la *causa* como elemento ordenador y distributivo de los bienes. El enriquecimiento sin causa, así considerado, tiene la unidad esencial y conceptual requerida de una categoría jurídica: explica el por qué debe restituirse, es decir, por qué existe una obligación, aun cuando no haya ni voluntad ni culpa, con lo cual queda desmaterializada y absorbida la propia categoría de los cuasicontratos».

<sup>97</sup>En la doctrina francesa, véase, LAROMBIERE, M.L., *Théorie et Pratique des Obligations*, t. II, París, 1857, págs. 98 y sigs.; DEMOGUE, R., *Traité des Obligations en général*, I, t. III, cit. págs. 121 y sigs., 218 y sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato di Diritto Civile. Delle Obligazioni*, vol. IV, Milán, 1915, pág. 521 y sigs.; JOSSERAND, L., *Cours de Droit Civil Français*, t. II, cit., pág. 308 y sigs.; CARBONNIER, J., *Droit Civil*, t. II, *Les Biens et les Obligations*, París, 1967, págs. 719 y sig.

<sup>98</sup>CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado», cit., pág. 461, lo explica diciendo que «cuando un sujeto ejecuta o promete una prestación a otro, que se enriquece, pretendiendo con ello pagar (*solvendi causa*), devenir acreedor (*credendi causa*), o incluso regalar (*donandi causa*), pretendiendo alcanzar un determinado resultado (saldar la deuda, constituir el crédito, obtener una ventaja en el futuro), y dicho resultado no se alcanza, tiene derecho a la restitución».

por tanto determina la necesidad de la restitución, para lo cual se otorga la correspondiente pretensión<sup>99</sup>.

Dentro de la *condictio* de prestación también se encuentra englobada la prestación en virtud de un contrato resuelto por incumplimiento. Ahora bien, debido a la influencia de la doctrina francesa una gran parte de los problemas del Derecho de *Conditiones* han pasado a la regulación del Derecho de Contratos. Por ello, actualmente se considera que la regulación de las prestaciones fundadas en contratos ineficaces no es materia de *condictio*, sino aplicación estricta de las reglas del Derecho de Contratos.

Ahora bien, el Código guarda silencio en lo relativo al efecto restitutorio que se produce en los casos de resolución de los contratos sinalagmáticos por incumplimiento o por desaparición sobrevenida de la base del negocio. Al no decir nada el Código no resulta descabellado

---

<sup>99</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», cit., págs. 100 a 103. De acuerdo con lo anterior nos encontramos con los siguientes tipos de la *condictio* de prestación:

La *condictio indebiti*, cuyo objeto es la restitución de las prestaciones realizadas *sovendi causa*, siendo que no existía obligación de pago, y la restitución de las prestaciones *obligandi* o *donandi causa*, si no se ha producido la finalidad perseguida por las mismas.

La *condictio causa data causa non secuta*, que se da cuando no se ha obtenido el resultado que se perseguía con la prestación dentro de un negocio jurídico, y respecto a la cual se ha dicho que en realidad se encontraría comprendida dentro de la anterior.

La *condictio ob turpem vel iniustam causam*, que se aplica cuando la finalidad de la prestación se encontraba determinada de modo que el accipiente al recibirla contraviene una obligación legal o las buenas costumbres.

La *condictio ob causam finitam*, en la que la causa existía en el momento en que ésta fue ejecutada, pero que desapareció posteriormente, como cuando se cumple una condición resolutoria o deviene ineficaz el negocio causal por una anulación producida posteriormente.

Véase, igualmente, ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III, *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1961., págs. 488 y 489; ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, cit., pág. 63 y sigs.

el acudir a la *condictio* para resolver el problema de la restitución de las prestaciones en este caso<sup>100</sup>.

No obstante, DIEZ-PICAZO<sup>101</sup> considera que, en el sistema del Código Civil esta facultad de resolver las obligaciones por incumplimiento es un caso particular de aplicación de la idea de condición resolutoria, por lo cual le será aplicable lo dispuesto en el art. 1.123, que a su vez se remite al 1.122 C.C.

Así pues, como hemos visto, buena parte de las hipótesis que en otros Derechos pertenecen al campo de la *condictio indebiti*, en nuestro sistema vienen cubiertas por las reglas restitutorias dadas en materia contractual para los casos de contratos nulos, anulables, rescindibles o resolubles.

---

<sup>100</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 551, afirma que «los desplazamientos patrimoniales operados eventualmente en supuesto cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico. En hipótesis, en ausencia de otra previsión legal, el contratante que realizó la prestación podría, bien reivindicar la cosa entregada, bien repetir lo indebidamente pagado o ejercitar una acción de enriquecimiento»; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, pág. 54, igualmente dice que «el pago de una obligación inválida o invalidada es un pago indebido...El hecho al que la ley liga el nacimiento de la obligación de restituir es el pago indebido de las obligaciones inválidamente asumidas... Así, cabría entender que la obligación de restitución derivada de un contrato nulo o anulado es un supuesto, uno más, de la obligación de restituir derivada del "cobro de lo indebido", regulada en el Código Civil en los artículos 1.895 a 1.905.

Es cierto que tanto la obligación de restitución derivada del pago de una obligación nula (jurídicamente inexistente) cuanto la obligación de restitución derivada del pago por error del *solvens* acerca de la existencia de una obligación son aplicación del principio del enriquecimiento injustificado.» Aunque a lo anterior añade que «todos aquellos supuestos en que los que falte una causa negocial justificante del pago, podrían haber recibido un tratamiento unitario. No sucede así. La obligación de restitución derivada del contrato nulo o anulado es una obligación autónoma respecto de la obligación de restitución derivada del "cobro de lo indebido"... Pese a todo, podrá aplicarse a la restitución derivada de la nulidad, y con carácter subsidiario, las reglas del cobro de lo indebido para suplir o integrar lagunas...».

<sup>101</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», cit., pág. 104

En cualquier caso, lo que sí parece admitirse es el carácter de subsidiariedad de la acción derivada del enriquecimiento sin causa, de modo que, siempre que exista una acción prevista por el Derecho positivo que permita evitar el empobrecimiento, debe recurrirse primero a dicha acción y sólo si la misma no puede ejercitarse, o si tal acción no existe, podrá invocarse un enriquecimiento sin causa<sup>102</sup>.

Si se considera que los efectos de la resolución derivada del art. 1.124 se regulan por las normas de su misma sección relativas a la condición resolutoria expresa, sólo cabría acudir a la acción de enriquecimiento sin causa de modo subsidiario. Pero si no se entiende aplicable esta normativa cabría plantearse el tener que acudir a la acción de enriquecimiento sin causa. La doctrina añade que las obligaciones de restituir no son otra cosa que *condictiones* del tipo de la *condictio indebiti*, aun cuando no haya error en el pago, lo que habrá de tenerse en cuenta para completar, en lo que proceda, con lo dispuesto

---

<sup>102</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa», cit., pág. 191; Añade LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. II. *Derecho de obligaciones*, vol. 3º, *Contratos y Cuasicontratos*, Barcelona, 1986, págs. 632 y sigs, puesto que «la acción de enriquecimiento del art. 1.901 cubre un campo muy amplio, en el cual coincide en parte con otras acciones. Algunos piensan que esa última acción sólo nace a falta de cualquier otra, porque es *subsidiaria*, y así lo repite frecuentemente el T. S. pero en sentencias en las cuales tal carácter subsidiario no es la *ratio decidendi*», y añade que la subsidiariedad ha de entenderse «no ya en el sentido de no poder ejercitarse habiendo viva otra, sino de que nunca llega a nacer. O sea, de que sólo se da cuando el empobrecido no tenga, para obtener lo que le es debido, ninguna pretensión nacida de contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito, no pudiendo ser intentada para escapar a las reglas por las cuales la ley ha definido expresamente los efectos de un derecho o de un contrato determinado»; RAMS ALBESA, J., «El supuesto genérico del enriquecimiento sin causa», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, 1995, págs. 433 y sigs.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1996 (R.A. 2.182) se establece que «además de la perfecta aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, que ha efectuado la sentencia recurrida, en el presente caso, se dan todos los requisitos necesarios para que entre en juego la figura jurídica del enriquecimiento injusto o sin causa, de la que se deriva un doble límite: llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra; figura jurídica ésta, perfectamente aplicable «ex abundantia» al presente caso, que aunque carece de regulación legal específica en el derecho común, es reconocida unánimemente como un principio general».

en los arts. 1.895 y siguientes lo no regulado en los arts. 1.303 y sigs. del C.C.<sup>103</sup>

Respecto al contenido de la acción de enriquecimiento, hay que distinguir si el enriquecido es de buena o de mala fe. En el supuesto de que sea de buena fe, el empobrecido no puede exigir más que la reconstitución de su patrimonio, del mismo modo que al patrimonio enriquecido no se le puede imponer más que ser reconducido a su nivel inicial. Además, el enriquecimiento deberá persistir en el día que se interpone la demanda<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 3º, 1986, cit., pág. 377, cita la Sentencia de 31 de octubre de 1984 (R.A. 5.156), en la que se dice que «las atribuciones patrimoniales operadas en el supuesto de pago de rentas en cumplimiento de cláusula inválida lo son sin causa o fundamento jurídico, a pesar de haber sido producidas a través de una prestación voluntaria, por lo que la acción para obtener la restitución puede calificarse de *condictio indebiti*, aunque en el supuesto contemplado no juegue el error como requisito, a diferencia de lo que ocurre *prima facie* en el pago de lo indebido, pero que no impide encuadrar las acciones derivadas del 1.303 en la previsión del 1.091, pues en efecto se pagó cosa que nunca se debió»; RAMS ALBESA, J., «El supuesto genérico del enriquecimiento sin causa», cit., págs. 433 y sigs.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 552, también dice, respecto a la acción de nulidad que «por su naturaleza, son *condictiones* del tipo de la *condictio indebiti*, (aunque el error en el pago no juegue aquí como requisito), lo que habrá de tenerse en cuenta para completar, en lo que proceda, con lo dispuesto en los arts. 1.895 y ss. lo no regulado suficientemente en los arts. 1.303 y ss.» En el mismo sentido, la Sentencia de 31 de octubre de 1984 (R.A. 5.158), establece que «conforme al artículo mil trescientos tres del Código Civil, declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato; principio que reflejado en la *litis presente* implica sostener que las atribuciones patrimoniales operadas en el supuesto de pago de rentas en cumplimiento de cláusula inválida lo son sin causa o fundamento jurídico, a pesar de haber sido producidas a través de una prestación voluntaria, por lo que la acción para obtener la restitución puede calificarse de “*condictio indebiti*”, aunque en el supuesto contemplado no juegue el error como requisito, a diferencia de lo que ocurre “*prima facie*” en el pago de lo indebido, pero que no impide encuadrar las acciones derivadas del artículo mil trescientos tres en la previsión del mil novecientos uno, pues en efecto se pagó cosa que nunca se debió...».

<sup>104</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 3º, cit., pág. 631; RAMS ALBESA, J., «El supuesto genérico del enriquecimiento sin causa», cit., págs. 440 y 441.

Pero si fuera de mala fe, se discute si será aplicable el art. 1.896 C.C. por analogía. En contra se argumenta que nos hallamos ahora en un terreno ajeno a la responsabilidad por acto ilícito, aunque también cabría alegar que en dicho precepto no sólo se recogen supuestos de enriquecimiento injusto provenientes de acto ilícito.

Ahora bien, en la actualidad existen diferencias entre la acción de restitución y la acción de enriquecimiento<sup>105</sup>. La obligación de indemnizar que se deriva de un enriquecimiento sin causa es una acción de enriquecimiento, como se puede leer en el art. 1.895 C.C. «cuando se recibe alguna cosa..., surge la obligación de restituirla». En el caso del enriquecimiento sin causa, también se trata de restablecer el equilibrio perdido.

Pero no hay que olvidar que la acción de enriquecimiento sólo prosperará si el enriquecimiento subsiste en el momento de la interposición de la acción, de modo que si la cosa ha sido consumida o se ha destruido, el demandante no recibirá nada<sup>106</sup>. Por el contrario, si lo que se ejercita es una acción de restitución y la cosa desaparece, el demandante podrá recibir o bien el valor del bien, o bien una cosa equivalente. Además, la acción de enriquecimiento no trata de situar las cosas en el estado en que se encontraban antes de producirse el enriquecimiento, sino que simplemente asegura una indemnización a aquel que ha sufrido el perjuicio y la acción de restitución no tiene en

---

<sup>105</sup> No debe entenderse como acción de enriquecimiento en sentido estricto afirmaciones como la anteriormente citada de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 723, cuando afirmaba que «la acción para obtener el equivalente pecuniario en los casos de imposibilidad de la restitución en forma específica, debe considerarse como una acción de enriquecimiento y no confundirse con la deuda de resarcimiento...».

<sup>106</sup> NUÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*, cit. pág. 687; LACRUZ BERDEJO, J.L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», cit. pág. 601; ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, cit., pág. 157, quien afirma que «parece una afirmación común, que el Derecho sólo tiene en cuenta, en el régimen de restitución de la acción, el enriquecimiento actual; es decir, el enriquecimiento que persiste en el momento de la demanda».

cuenta el enriquecimiento del deudor, sino que lo único que pretende es devolver un bien a su patrimonio de origen.

En cuanto al Derecho de restituciones en general, como ya hemos apuntado anteriormente, su construcción se ha ido haciendo poco a poco a lo largo de los últimos años, estando a la cabeza en la construcción de la misma el Derecho anglosajón, y no se encuentra ni mucho menos terminada, al menos en el ámbito del Derecho continental. Como ya hemos señalado, no está formada, por el momento, una teoría general de la restitución. Así, podemos decir que «el moderno Derecho de Restituciones constituye un intento de dotar de unidad a toda una problemática cuya relación con el enriquecimiento injusto ponen de manifiesto los autores que se ocupan del tema, aunque no se deje de señalar el carácter ambiguo que ello presenta».<sup>107</sup>

En cualquier caso, no vamos a tratar de elaborar una teoría general de las restituciones, entre otras cosas porque excedería del ámbito de esta tesis, pero sí convendrá estudiar cómo se regulan las restituciones en relación con el cobro de lo indebido, por la conexión que tiene con el tema y por si nos pudiera ser útil a la hora de analizar las restituciones que se producen como consecuencia de la resolución del contrato<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», cit., pág. 69, este autor cita, respecto a la evolución del Derecho de Restitución a MARTINEK, «Der Weg des Common Law zur allgemeiner Bereicherungsklage - Ein später Sieg des Pomponius?», en *Rabel Zeitschrift*, 47, 1983, págs. 248 y sigs.

<sup>108</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1314 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 417, considera, si bien respecto de la nulidad, que «el error en el pago no juega aquí como requisito, a diferencia de lo que ocurre, *prima facie*, en el pago de lo indebido (art. 1.895). Pero —además del siempre discutible papel del error en el pago de lo indebido— cabe la posibilidad de encuadrar las acciones *ex* artículo 1.303 en la previsión del artículo 1.901, pues en efecto se pagó cosa que nunca se debió y, de otro lado, no hay por qué excluir la aplicación de la última parte de este artículo. Se ha podido objetar que el *accipiens*, en el pago de lo indebido, adquiere la propiedad de la cosa, por lo que la



La *condictio indebiti* puede entenderse en un sentido amplio y en uno estricto. En sentido amplio se refiere al acto de recibir algo a que no había derecho, sin necesidad de que el acto en virtud del cual se recibe sea un pago y en la que el requisito del error se difumina. Esta manera de entender la *condictio* se asemeja bastante a la *condictio sine causa*. Pero también puede entenderse en un sentido estricto conforme al cual únicamente vendría referida a pagos y un requisito fundamental es el error del que paga<sup>109</sup>.

---

*condictio* tiende precisamente a la readquisición de la propiedad perdida por el *solvens*, mientras que nunca adquiere la propiedad quien recibió la cosa en virtud de título nulo...».

Igualmente, CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., pág. 1.065, destaca que el Tribunal Supremo considera, en una reciente vía jurisprudencial, que los arts. 1.895 y sigs. constituyen la consecuencia restitutoria adecuada a la restitución que surge de la nulidad de los contratos, ya que, si bien no existe error, en estos casos se entregó lo que materialmente no se debía, y cita la Sentencia de 31 de noviembre de 1984 (advertimos que debe existir una errata, puesto que noviembre sólo cuenta con 30 días), aunque también advierte que en otras ocasiones el T.S. tiende a resolver conforme a las normas de nulidad por ilicitud de la causa supuestos como el de venta por precio superior al reglamentario, que muy bien tendrían acomodo en el pago de lo indevido, citando la STS de 20 de mayo de 1985 (R.A. 2.403).

<sup>109</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», cit., pág. 110. BALLARÍN HERNANDEZ, R., *El cobro de lo indevido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Madrid, 1985, pág. 35, afirma que «el sistema romano de las *condictiones*... ha pasado a nuestro Derecho por conducto de las Partidas (Partida V, título 14, leyes 28 a 40, sobre la *condictio indebiti*; leyes 41, 43, 44, y 46, sobre la *condictio ob turpem causam*; y leyes 50 y 51, sobre la *condictio sine causa*). Pero los redactores del C.c., forzados por la Ley de bases a mantener el concepto de los cuasi contratos Base 21), se limitaron a incluir toda la teoría de las *condictiones* dentro de la regulación del cuasi contrato de cobro de lo indevido (arts. 1.895 a 1.901), lo que en realidad equivalía a una ampliación del ámbito de la *condictio indebiti*. Esta evolución estructura en dos órdenes de remedios el sistema corrector español. A ellos se refieren las Ss. 12- 1- 1943 y 23- 1- 1956: a) Como institución jurídica recogida en una serie abundante de preceptos legales, siquiera sea en forma inconexa, sin verdadera y propia sistematización generalizador. En este sentido conviene señalar que, en nuestro sistema, generalmente las hipótesis del fracaso funcional de cada estructura típica están también categorizadas mediante la previsión de un mecanismo restitutorio complementario, concebido para corregir las consecuencias económicas injustas. Por eso, con frecuencia, materias que en sistemas de abstracción serían gobernadas por la acción general de *in rem verso*, aparecen reconducidas en el derecho español, por las acciones típicas del fracaso estructural. b) Como un principio general del Derecho, aplicable como fuente de carácter subsidiario.»

Respecto a cual de estas dos formas de entender la *condictio indebiti* es la que acoge nuestro Código Civil, algunos autores han entendido que «en el cuasicontrato del cobro de lo indebido se engloban dos *condictiones*, la específica y estricta del pago de lo indebido y la *sine causa generalis*, que suple y encierra en su contenido todas las *condictiones* del sistema»<sup>110</sup>. Sin embargo, hay otro sector doctrinal que afirma que en el Código civil no existe una *condictio sine causa generalis*<sup>111</sup>.

No obstante lo que hemos apuntado anteriormente, respecto a que ciertas hipótesis que podrían encuadrarse en campo de la *condictio indebiti* en nuestro sistema vienen cubiertas por las reglas restitutorias dadas en materia contractual para los casos de contratos nulos, anulables, rescindibles o resolubles, se ha afirmado por nuestra doctrina que dentro de los supuestos de pago de lo indebido, y por tanto como uno de los sujetos a repetición por la acción del art. 1.895 C.C. suele citarse sin mayores explicaciones el del pago de una obligación de las llamadas anulables<sup>112</sup>, aunque parece que se están refiriendo a contratos anulables como originariamente nulos y carentes de causa desde un principio.

Sin embargo, la doctrina sí admite una interpretación del art. 1.895 C.C. en la que parece caber el sentido amplio del que antes hablábamos. El art. 1.895 dispone: «Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». Llama la atención que no se habla de

---

<sup>110</sup> NUÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*, cit., pág. 151.

<sup>111</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», cit., pág. 110 y 111.

<sup>112</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., «El pago de lo indebido», en *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, pág. 504; RODRÍGUEZ DEL BARCO, J., «El pago de lo indebido por error», *R.D.P.*, 1961, págs. 808 a 824; VILA RIVAS, C., *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, Barcelona, 1989, pág. 68.

pago de lo indebido sino de cobro, cosa que puede dar lugar a pensar que se pueden albergar, dentro de este precepto, otras hipótesis además del pago de lo indebido (aunque más lógico sería entender que cobro no es más que la otra cara de pago). Esto es así porque en el Diccionario de la lengua de la Real Academia cobrar significa, entre otras cosas, adquirir. Quedaría aún el obstáculo de cómo interpretar el error. Esta interpretación fué propuesta por DIEZ-PICAZO como una posible interpretación, válida como otras, pero no como la única. Sin embargo no ha sido seguida por el resto de nuestra doctrina<sup>113</sup>. No obstante, conviene que tratemos de aproximarnos un poco a la regulación del cobro de lo indebido.

Nuestro Código considera que existe cobro de lo indebido cuando se origina una relación entre dos personas en la que una entrega y otra recibe la posesión en concepto de dueño de una cosa, por creer el primero que está obligado a realizar la tradición por causa de un contrato y por creer el segundo que tiene derecho a recibir la cosa por cualquier otra justa causa distinta de la que cree el *tradens*<sup>114</sup>. Por ello la ley dispone que quien recibió la posesión en concepto de dueño está obligado a devolverla, y si no devuelve la cosa a quien se la entregó, éste podrá solicitar la devolución judicialmente. Ahora bien, la prueba de que la cosa ha sido entregada corresponde al demandante. En cualquier caso, aun cuando el demandado no niegue haber recibido la cosa el demandante, deberá probar que nunca estuvo obligado a la entrega para que la ley haga entrar en juego la presunción de que hubo error.

---

<sup>113</sup> Así, por ejemplo, VILA RIVAS, C., *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad...*, cit., pág. 29, dice que «es totalmente irrelevante que se haya abolido en el artículo 1.895 C.C., la expresión "pago", y se haya sustituido por la de "cobro"».

<sup>114</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, vol. 2º, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Barcelona, 1989, pág. 500 y sigs.

Las razones por las que un pago es indebido pueden ser de lo más variadas: bien porque se produzca un error en las personas, a quien se paga o quien tiene la obligación de pagar, bien porque falle la causa, es decir, porque entre el que paga y el que recibe no exista ninguna relación obligatoria, o porque la que existió ya se haya extinguido. En relación con este último supuesto, se ha afirmado que «un *indebitum ex causa* se origina como consecuencia de la declaración de nulidad de la relación jurídica que vinculaba al *solvens* y al *accipiens*, que opera con efectos retroactivos. El pago ha quedado *a posteriori* aislado por inexistencia o nulidad de la obligación que lo justificaba». A lo anterior se añade que «el régimen jurídico de este *indebitum* queda fijado por los artículos 1.303, 1.307 y 1.308, aunque los dedicados a regular la restitución de lo indebido según el *accipiens* sea de buena o mala fe podrán ser aplicados de modo subsidiario.

Otra especialidad a tener en cuenta es la falta de relevancia del error. En el cobro de lo indebido, este requisito es constitutivo; el *solvens* debe pagar por error. En cambio, convirtiéndose un pago en indebido por anularse la relación que lo sustentaba, y respecto a la cual significaba su cumplimiento, la restitución se acuerda sin necesidad de error»<sup>115</sup>. En nuestra opinión, esta misma idea se puede aplicar cuando el contrato haya sido declarado resuelto, si bien los artículos que regularán la restitución serán otros, a cuya determinación y estudio dedicaremos algunos epígrafes. En cualquier caso, lo que queremos destacar de nuevo en este momento es la aplicación subsidiaria de la

---

<sup>115</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., «Cobro de lo indebido», *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Batlle Vázquez*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 383, quien también se plantea: «¿Existe un *indebitum ex causa* en el pago de una obligación condicional antes de que condición se cumpla? El artículo 1.121, 2º, del Código civil faculta al deudor para repetir lo pagado, pero debe interpretarse bajo el presupuesto del pago hecho por error acerca de la existencia o cumplimiento de la condición... En cambio, si el deudor pagó, conscientemente de que estaba *pendente conditione*, puede inferirse que ha realizado una atribución patrimonial *ob causam futuram*, un pago anticipado en previsión de que la condición se cumpla, sujeto a restitución en caso contrario...».

restitución del cobro de lo indebido también a la restitución por resolución del contrato.

En la regulación de las restituciones consecuencia del cobro de lo indebido el Código Civil, en principio, distingue según que la recepción indebida se haya hecho de buena fe o de mala fe. Esta regulación del Código nos permite aproximarnos a las consecuencias que la situación subjetiva de la adquisición va a determinar en la readquisición, con lo cual la readquisición no se limitará a concretar la reposición de la situación al momento anterior a la realización de la acción<sup>116</sup>.

#### A) *Accipiens* de mala fe

El art. 1.896 se refiere a la restitución del aceptante de mala fe y se dice que deberá abonar el interés legal si se trata de capitales y los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere, se entiende, desde que se recibió indebidamente la cosa<sup>117</sup>. Además,

---

<sup>116</sup> En la doctrina francesa, en la que no se habla de cobro de lo indebido, sino de pago y repetición de lo indebido, si bien la regulación de las restituciones es prácticamente la misma, véase AUBRY, M.M. y RAU, G., *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, cit., págs. 727 y sigs.; DEMOGUE, R., *Traité des Obligations en général*, I, *Sources des Obligations*, t. III, París, 1923, págs. 139 y sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato di Diritto Civile. Delle Obligazioni*, vol. IV, cit., págs. 490 y sigs. Y en el mismo sentido, la Italiana GIORGI, G., *Teoría delle obbligazioni*, vol. V, Florencia, 1886, págs. 94 y sigs.; RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, págs. 538 y sigs.; ANDREOLI, G., *La ripetizione dell'indebito*, Padua, 1940; BRECCIA, U., «Il pagamento del indebito», *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro Rescigno, t. 9, págs., 755-807; *La ripetizione dell'indebito*, Milán, 1974, pág. 267 y sigs.

<sup>117</sup> Afirma BALLARÍN HERNANDEZ, R., *El cobro de lo indebido...*, cit., pág. 68 que «por lo que se refiere a las conductas no ajustadas a la buena fe, su inclusión entre los arts. 1.895 y ss., destinados a la regulación del cuasicontrato de cobro de lo indebido no debe desorientar: son supuesto de cobro indebido, pero no son manifestaciones del cuasicontrato de cobro de lo indebido porque su ilicitud les priva de toda significación cuasicontractual ex art. 1.887, y su enclave institucional debe buscarse, fuera de esa significación, entre las conductas activas u omisivas virtualmente dañosas para los demás a que se refiere el art. 1.902 C.c. para asumirlas como fuentes de las obligaciones de indemnizar. En este sentido, según se ha anticipado, el art. 1.896 C.c. debe entenderse como una norma de remisión a las de la posesión de mala fe para regular la liquidación de la tenencia indebida por parte del *accipiens* y en favor del *solvens*, y a las de culpa

añade, deberá responder de los menoscabos de la cosa, independientemente de la causa de los mismos y de los perjuicios que se hayan irrogado al que la entregó. Por menoscabos debe entenderse los daños indemnizables de la cosa específica. Deben distinguirse perjuicios y menoscabos puesto que, puesto que el concepto de perjuicios a que se refiere el legislador parece que es el del art. 1.107 C.C., de modo que el *accipiens* responderá de todos los perjuicios que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación de restituir<sup>118</sup>. En cuanto a los gastos y mejoras deberá ser considerado como poseedor de mala fé, por lo que le serán de aplicación los arts. 453 y sigs. C.C.<sup>119</sup>

Por otro lado, si se pierde la cosa que se debe restituir la obligación se convierte en la de entrega del equivalente pecuniario. Ahora bien, la duda que surge es la de en qué momento deberá valorarse la cosa. Las soluciones son tres: el momento del pago, el momento del perecimiento de la cosa, y el del mayor valor que haya alcanzado la cosa desde su entrega. Parece que la solución más adecuada es ésta última, para evitar el daño que en otro caso sufriría el *solvens*<sup>120</sup>.

---

aquiliana o extracontractual para regular las consecuencias dañosas que la conducta, a sabiendas indebida, de recibir, haya determinado para el otro, sea el propio *solvens*, sea un tercero».

<sup>118</sup> BALLARÍN HERNANDEZ, R., «Comentario al art. 1.896 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, Madrid, 1991, pág. 1.959, respecto a los menoscabos apunta que «si lo entregado fue cosa cierta y determinada, seguramente el *solvens* podrá dejar de cuenta del *accipiens* la cosa deteriorada y exigir su valor total»; SANTOS BRIZ, J., «Comentario al art. 1.897 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, cit., pág. 82 y 83.

<sup>119</sup> SANTOS BRIZ, J., «Comentario al art. 1.897 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, cit., pág. 83.

<sup>120</sup> ROCA SASTRE, R.M., «El enriquecimiento sin causa», *Estudios de Derecho privado*, t. I, Obligaciones y contratos, Madrid, 1948, pág. 510 y 511; GULLÓN BALLESTEROS, A., «Cobro de lo indebido», cit., pág. 390, dice al respecto que «parece claro que el *solvens* tiene por lo menos derecho a reclamar el valor en el momento de la entrega, que es cuando entra la cosa en el patrimonio del *accipiens*, enriqueciéndolo indebidamente. Pero si desde entonces al tiempo de perecimiento alcanzó mayor valor,

Respecto al momento a partir del cual deben abonarse los intereses, se entiende que es desde que la cosa fue cobrada indebidamente y hasta el momento en que se recobre<sup>121</sup>.

B) *Accipiens* de buena fe

Sin embargo, si la cosa se hubiere recibido de buena fe, el art. 1.897 C.C. dice que sólo responderá en cuanto le haya supuesto un enriquecimiento, de las desmejoras o pérdidas de la cosa y de sus accesiones, y en el caso de que hubiera enajenado la cosa bastará con que restituya el precio o ceda la acción para hacerlo efectivo. Es decir, las cosas determinadas se restituirán en el estado en que encuentren, siendo los riesgos de cuenta del *solvens*.<sup>122</sup>

Respecto a la restitución de los frutos, el Código no dice nada, por lo que puede deducirse que el *accipiens* de buena fe hará suyos los frutos e intereses que produzca la cosa recibida, y sólo deberá restituir

---

es éste el que debe entregarse, pues de lo contrario sufriría un daño el *solvens* al no poderse beneficiar de él como consecuencia de no cumplir el *accipiens* su obligación de restitución en forma específica, y sabemos que el primero ha de ser resarcido de todos los perjuicios que se irrogaren»; SANTOS BRIZ, J., «Comentario del art. 1.897 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, cit., pág. 82.; BALLARÍN HERNANDEZ, R., «Comentario al art. 1.896 C.C.», *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 1.959.

<sup>121</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., «Cobro de lo indebido», cit., pág. 388, afirma que «aunque el Código civil guarda silencio sobre este punto, el tiempo comenzará a contarse desde el cobro de lo indebido. En ese momento sabía ya el *accipiens* que cobraba indebidamente y estaba en el deber de restituir. Por otra parte, admitir como fecha del cómputo la de la reclamación del *solvens* implica reconocer la licitud de un enriquecimiento indebido de aquél..., por lo que se refiere a los perjuicios que tiene derecho a reclamar el *solvens*, indica que el *accipiens* responderá de ellos “hasta que la recobre”»; SANTOS BRIZ, J., «Comentario del art. 1.897 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, cit., pág. 80; BALLARÍN HERNANDEZ, R., «Comentario al art. 1.896 C.C.», *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 1.959, quien añade que «los intereses no son moratorios sino indemnizatorios y no están sujetos a la prescripción quinquenal del art. 1.966».

<sup>122</sup> BALLARÍN HERNANDEZ, R., «Comentario del art. 1.897 C.C.», *Comentario del Código civil*, cit., pág. 1.960 y sigs; SANTOS BRIZ, J., «Comentario al art. 1.897 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, cit., pág. 83.

los que se produzcan desde el momento de la interposición de la demanda<sup>123</sup>. En cuanto a las cosas genéricas, si bien el Código tampoco ofrece directamente una solución, se entiende que deberá restituirse una cantidad igual a la ingresada, y tratándose de cosas fungibles, el valor que tuvieran en el momento de pasar a ser propiedad del que cobró indebidamente. Por último, respecto a los gastos y mejoras, al ser considerado como poseedor de buena fe, se le aplicarán los artículos correspondientes reguladores de la liquidación del estado posesorio<sup>124</sup>.

8. *Reciprocidad de las obligaciones de restitución en la resolución por incumplimiento.*

En el caso de que las prestaciones derivadas del contrato que posteriormente se resuelve por incumplimiento, hubieran sido cumplidas en todo —se entiende incorrectamente cumplidas— o en parte, cabe plantearse si la obligación de restitución que surge como consecuencia de la resolución, es una obligación recíproca. Las obligaciones que pueden dar lugar a la resolución del contrato son sólo las recíprocas, y, podemos decir que las obligaciones son recíprocas cuando ambas partes de la relación se encuentran obligadas de modo interdependiente. Así, cada deber de prestación funciona como contravalor o contraprestación de la otra<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> BALLARÍN HERNANDEZ, R., «Comentario de los arts. 1.896 y 1.897 C.C.», *Comentario del Código civil*, cit., págs. 1.959 y 1.961.

<sup>124</sup> SANTOS BRIZ, J., «Comentario al art. 1.897 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIV, cit., pág. 85.

<sup>125</sup> LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique des Obligations*, t. II, pág. 259 y sigs.; HUC, T., *Commentaire théorique-pratique du Code Civil*, t. VII, cit., pág. 10; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato di Diritto Civile. Delle Obligazioni*, vol. I, cit., pág. 6; GIORGI, G., *Teoría delle obbligazioni*, t. IV, cit., pág. 213.

En España PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. 1º, Madrid, 1946, págs. 93 y sigs. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., págs. 369 y sigs., donde añade que «en la idea de "obligación recíproca" utilizada por el legislador no basta la pluralidad de deudas y de créditos, y el hecho de que cada una de las deudas o créditos se encuentre a cargo o en favor de cada uno de los



El Tribunal Supremo también ha entendido la reciprocidad en este sentido. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 18 de noviembre de 1994 (R.A. 8.844), ha considerado que la excepción de incumplimiento es «una de las consecuencias jurídicas derivada de la interdependencia en que se hallan, en las obligaciones recíprocas, las dos atribuciones patrimoniales, cada una de las cuales debe su origen a la otra»<sup>126</sup>.

El art. 1.123 C.C., sin aludir a la reciprocidad, dice que los interesados deberán restituirse lo que hubiesen percibido. Tampoco se refiere a ella el art. 1.295, relativo a la rescisión, pero sí lo hacen los arts. 1.303 y 1.308, en materia de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad del contrato, al establecer que los contratantes «deben restituirse recíprocamente...», y que «mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir lo que por su parte le incumbe»<sup>127</sup>.

---

interesados, sino que es también decisiva la existencia de “reciprocidad”..., el Código no explica en qué consiste esta “reciprocidad”. Sólo podemos conocerla a través de sus efectos, que son, fundamentalmente, dos: la facultad de resolver el vínculo en los casos de incumplimiento y la especial forma de producción de la mora»; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Obligaciones sinalagmáticas: resolución por incumplimiento», cit., pág. 197, afirma que «cuando caada parte está dotada de una exigencia y gravada con un deber recíprocos; cuando cada relación se establece sirviendo de causa a la otra, de modo que ambas partes son, a la vez, deudores y acredores, y por la misma razón; cuando la prestación de un contratante se quiere por el otro como equivalente de la que él realiza, podemos hablar de obligaciones *sinalagmáticas*»; FERNANDEZ CANTOS, J.L., «La resolución de los contratos por causa de incumplimiento», *R.G.L.J.*, jul.-ago. 1960, núms. 1 y 2, t. XLI, pág. 52.

<sup>126</sup> Entre otras, véase Sentencias de 28 de febrero de 1981 (R.A. 636), 29 de febrero de 1988 (R.A. 1.310), 10 de mayo de 1989 (R.A.3.680), 1 de diciembre de 1989 (R.A. 8.782), 24 de mayo de 1991 (R.A. 3.835), 27 de noviembre de 1992 (R.A. 9.447), 21 de marzo de 1994 (R.A. 2.560), 16 de mayo de 1996 (R.A. 4.348).

<sup>127</sup> PÉREZ, GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. I, 2º, vol. 2º, cit., pág. 746; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III, cit., pág. 459 que «esta devolución, por ser recíproca, está sujeta a la regla general de la simultaneidad propia del contrato bilateral, por lo que cada parte puede oponerse a la restitución si la otra no restituye simultáneamente (*exceptio non adimpleti contractus*).

El Tribunal Supremo también ha entendido aplicables estos artículos en lo relativo al efecto restitutorio y, en concreto, a la reciprocidad de la obligación de restitución, en la Sentencia de 5 de mayo de 1980 (R.A. 1.784), donde establece que el art. 1.123 C.C. impone «que los interesados se restituyan recíprocamente lo que hubieran percibido; consecuencia que es regulada en los arts. 1.295, 1.303, 1.307 y 1.308 del mismo Código para los casos de rescisión y nulidad...»

Es posible entender, aplicando de modo analógico estos artículos, y puesto que también en el caso de resolución surge la obligación de restituir para ambas partes y en ambos casos la restitución responde a los mismos principios<sup>128</sup>, que esta obligación tiene carácter recíproco. Pero considerar que las obligaciones restitutorias son recíprocas significa, como hemos visto, que son interdependientes y que cada obligación es causa de la otra, mientras que en nuestro caso la obligación de restitución de una parte no tiene su causa en la obligación de restitución de la otra, sino en que la ley atribuye esta consecuencia a la resolución<sup>129</sup>.

Además, si lleváramos el carácter recíproco a sus últimas consecuencias se llegaría al absurdo de que, por un lado, ante el incumplimiento de la obligación de restitución de uno de los

---

Esta regla..., está expresamente sancionada en estas restituciones efecto de la nulidad... La misma regla de simultaneidad en las devoluciones se consagra en la rescisión»; BADÍA SALILLAS, A., «En torno al art. 1504 del C.C....», cit., pág. 51.

<sup>128</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 415.

<sup>129</sup> Igualmente, respecto a la nulidad, afirma LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit., pág. 85, que «la causa de la obligación de cada uno no es causa de la obligación del otro. La causa de la obligación de cada uno es la ley, que impone la restitución para la restauración de la situación primitiva. Esa reinstauración exige que cada uno devuelva lo que recibió, pero eso no significa, exactamente, que cada deber de prestación aislado carezca de sentido. La inicial inexistencia de la obligación de restitución por parte de uno (no recibió, luego no tiene que devolver) no impide, para nada, la existencia aislada del deber del otro».

contratantes, el otro no estaría obligado a restituir, y de otra parte, si uno cumpliera y el otro no, el cumplidor estaría facultado para resolver de nuevo la resolución ya operada.

En cuanto a la primera de las consecuencias de la reciprocidad, es decir, que si uno de los contratantes no cumple su obligación de restitución, el otro dispone de una excepción de incumplimiento, en cierto modo sí que se produce en el caso de resolución. Así, por ejemplo, para que el contratante resolvente pueda reinscribir su propiedad en el Registro se exige previamente la consignación del precio<sup>130</sup>. Igualmente, tratándose de bienes muebles o de inmuebles no inscritos, cuando el contratante resolvente pretenda la resolución, lógicamente, salvo pacto en contrario, el incumplidor exigirá que se le ponga a disposición la prestación que él entregó.

Sin embargo, la segunda consecuencia es del todo inadmisibles. Ninguna parte está facultada para liberarse a sí misma ni a la otra parte de la obligación de restituir, principalmente porque las obligaciones de restitución no tienen su origen en la voluntad de las partes, sino en la ley, y la resolución exige que las obligaciones nazcan de un contrato válido<sup>131</sup>. De modo que ante el incumplimiento de una de las partes de

---

<sup>130</sup> Véase el epígrafe correspondiente a la consignación del precio.

<sup>131</sup> SACCO, R., *Il Contratto, Trattato di diritto Civile Italiano*, dirigido por F. VASALLI, t. II, vol. 6º, Turín, 1975, pág. 940; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314», *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 563; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit., pág. 87, considera impensable la resolución por incumplimiento de la obligación de restitución puesto que la resolución presupone un contrato válido; ROSSI, V., «L'exceptio inadimpleti contractus negli obblighi de restituzione nascenti da sentenza di risoluzione del contratto», *Dir. e Giur.*, 1995, págs. 190 a 200; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 115 y 116, considera que «la expresión "obligaciones recíprocas" parece que ha de entenderse referida a los contratos de que surjan obligaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, y que sólo en las relaciones contractuales cabe acudir a la resolución por incumplimiento. En las obligaciones sinalagmáticas nacidas *ex lege* sólo cuando así lo disponga la propia ley cabrá entender factible la resolución; en los demás supuestos sólo podrá exigirse el cumplimiento de la obligación, esto es, el cumplimiento, en definitiva de lo dispuesto en la ley».

su obligación de restitución, la otra podrá exigir la ejecución de la sentencia o el cumplimiento forzoso. Sin embargo, es posible considerar que cuando el contrato se resuelve por acuerdo, el contrato resolutorio puede ser a su vez resuelto, teniendo en cuenta, precisamente, que las prestaciones de este nuevo contrato son recíprocas<sup>132</sup>.

Por ello, podemos concluir diciendo que las obligaciones de restitución por resolución del contrato son recíprocas en el sentido de que ambos contratantes, cumplidor e incumplidor, quedan obligados a restituir, hay obligación de ambas partes y de una frente a la otra. El deber de prestación de uno no funciona propiamente como contravalor del deber de prestación del otro, sino como medio para reinstaurar la situación anterior al contrato<sup>133</sup>. De modo que, por su origen legal y por ser efecto de la resolución y no de la voluntad de las partes, no le son aplicables con todo rigor las consecuencias que el Código establece para las obligaciones recíprocas.

---

<sup>132</sup> SACCO, R., «I rimedi sinalagmatici», *Tratato di diritto privato*, t. 10, dirigido por P. RESCIGNO, *Obbligazioni e Contratti*, vol. II, Turín, 1986, pág. 512.

<sup>133</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit., pág. 83, afirma que «obligación recíproca significa en los artículos 1.303 y 1.308 C.C., obligación de ambas partes y obligación de cada uno frente a la otra, pero la falta de cumplimiento de una de las obligaciones no repercute de manera transcendente en la otra, pues ambas obligaciones no son propiamente interdependientes. La obligación de restitución derivada del contrato nulo es una obligación impuesta por la ley. Cada uno de los acreedores puede exigir el cumplimiento, aunque no haya cumplido aquello a que por su parte es obligado, lo único que sucederá es que el otro puede exigir, a su vez, el cumplimiento y se condenará a ambos a restituir».

9. *Relación entre la obligación de restitución en la resolución del contrato y la que surge en otros casos de ineficacia o extinción del vínculo contractual.*

Consideramos conveniente ahora hacer referencia a los efectos de otros supuestos de ineficacia o extinción del contrato, en concreto al efecto restitutorio, sin perjuicio de que retomemos alguna de las cuestiones más adelante al tratar aspectos más concretos de la restitución. Y conviene hacer esta referencia porque en diversas ocasiones nos veremos en la necesidad de acudir a estos artículos, tanto por la remisión que hace el art. 1.124 al art. 1.295 C.C., como para la posible aplicación analógica de los restantes<sup>134</sup>. Así lo ha hecho el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, dando una interpretación unitaria en algunos aspectos a los artículos reguladores de los efectos de la nulidad, de la rescisión y de la resolución.

Recoge esta doctrina del Tribunal Supremo la citada Sentencia de 5 de mayo de 1980 (R.A. 1.785), en la que después de considerar aplicable a la "condición resolutoria tácita" lo dispuesto en el art. 1.123 relativo a la restitución de las prestaciones, establece que es una consecuencia «regulada en los arts. 1.295, 1.303, 1.307 y 1.308 del mismo Código para los casos de rescisión y nulidad, aspectos de la ineficacia del contrato, que si bien difieren en su concepto del de resolución, coinciden en

---

<sup>134</sup> PÉREZ GONZALEZ, B., Y ALGUER, J., traducción al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. II, vol. 1º, cit., pág. 198, afirman que «esta consecuencia fundamental que tiene el ejercicio del derecho de resolución de producir la extinción del contrato permite afirmar la procedencia de la aplicación por analogía de los arts. 1.303, 1.307 y 1.308 del C.C., que también presuponen la extinción del contrato, y a los cuales es indispensable recurrir cuando lo exija la insuficiente reglamentación de las consecuencias de la resolución contenida en los arts. 1.114, 1.120, y 1.122 y 1.123; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol 2º, cit., págs. 1.161 y 1.162.

cuanto a los efectos que producen de reintegro entre los contratantes de las prestaciones realizadas por ellos»<sup>135</sup>.

En la Sentencia de 30-12-1996 (R.A. 2182), el Tribunal Supremo ha afirmado que «artículo 1303 del Código Civil, es perfectamente aplicable, tal como lo hace la sentencia recurrida, al caso controvertido. Sin duda, dejando aparte disquisiciones jurídicas hiperbólicas, el artículo mencionado es aplicable a todo tipo contractual afectado de cualquier clase de invalidez, y que tiene como teleología el conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.»

La aplicación del art. 1.303 C.C. se puede justificar, como lo hace un sector de la doctrina, diciendo que «de la regla —*resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis*— se desprende que se produce la resolución o que la resolución opera para ambas partes, por lo que la resolución desencadena una vuelta atrás, una restitución de las partes

---

<sup>135</sup> Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1957 (R.A. 3.010), se establece que «es innegable que, tratándose de una norma que contempla el alcance retroactivo de la resolución, tanto da para el efecto de aplicarla, que se trate una condición expresa, como que se trate de una condición tácita resolutoria según ha declarado la sentencia de este Tribunal de 10 de marzo de 1950 (Rep. Jurisp. 704) que ha aplicado a los supuestos del artículo 1.124 del Código civil lo que, para los de rescisión y nulidad y para las obligaciones afectadas por una condición resolutoria se halla establecido por los artículos 1.295, 1.303, 1.307, 1.308 y 1.123, del expresado Código...», y lo mismo puede leerse en las Sentencias de 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289), 21 de noviembre de 1963 (R.A. 4638), 14 de marzo de 1964 (R.A. 1.594), 16 de octubre de 1967 (R.A. 3.823), 5 de julio de 1980 (R.A. 3.085), 7 de julio de 1982 (4.220), 31 de mayo de 1985 (R.A. 2.837) y 22 de julio de 1993 (R.A. 6276). Igualmente, en la Sentencia de 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554) se establece en el fundamento segundo que «es opinión comunmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos..., tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123», y en el fundamento quinto vuelve a recurrir a dichos artículos. También la Sentencia de 21 de abril de 1987 (R.A. 2.719), dice que «las consecuencias inherentes a resolución de obligaciones decretada en aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 1.124 del Código Civil, de la de devolver la cosa en los términos que el artículo 1.303 del propio Código establece...».

al momento anterior de celebración del contrato y si por aplicación del art. 1.303 —los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses— observamos que el efecto es el mismo y que por lo tanto la aplicación del 1.303, por analogía a la resolución contractual, es posible»<sup>136</sup>.

La Sentencia de 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289) ha afirmado que «el perjudicado tiene derecho a elegir entre el cumplimiento o la resolución, resolución que ha de ser del contrato, único medio que el perjudicado por el incumplimiento tiene para liberarse de las obligaciones que aquél le impone, por lo que dicha resolución supone la extinción de la relación contractual, no sólo para el futuro sino con carácter retroactivo, con la consecuencia de integrarse cada contratante, de sus prestaciones por razón del contrato, cual sucede en los casos de nulidad y de rescisión y en la condición resolutoria expresa del artículo 1.123 del Código civil».<sup>137</sup>

Ahora bien, la doctrina no es unánime a la hora de considerar que los artículos 1.303 y 1.295 C.C. son aplicables analógicamente al supuesto de resolución por incumplimiento. Así, otro sector doctrinal considera que «los artículos 1.295 y 1.303 del Código Civil no son directa ni analógicamente aplicables en materia del alcance de los deberes recíprocos de restitución derivados de la resolución del

---

<sup>136</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, cit., pág. 202. Igualmente, la autora dice: «Para resolver esta cuestión relativa a cómo proceder a la restitución recíproca de las cosas que han sido materia de contrato y con la finalidad de conseguir nuevamente que las partes se sitúen en la misma posición que tenían antes de celebrar el contrato, utilizaremos por aplicación analógica el art. 1.303 del Código».

<sup>137</sup> En el mismo sentido la Sentencia de 23 de noviembre de 1964 (R.A. 5.453), dispone que «la extinción de la relación contractual sobrevinida como consecuencia de la aplicación del artículo 1.124 del Código produce sus efectos... según se halla previsto expresamente para los casos de rescisión y nulidad en los artículos 1.295, 1.303, 1.307 y 1.308 del Cuerpo legal citado, y por el 1.123 del mismo con referencia a las obligaciones con condición resolutoria», o, también la de 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554), ya citada.

contrato por incumplimiento», a lo que se añade que no comparte la idea de «la sustancial identidad de los efectos retroactivos de la nulidad, la rescisión y la resolución»<sup>138</sup>.

#### A) Restitución de las prestaciones en el caso de nulidad del contrato

La restitución de las prestaciones en los contratos nulos, o anulables una vez son anulados<sup>139</sup>, aparece regulada en el Código Civil

---

<sup>138</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit., págs. 1.154, de acuerdo con éste autor, los efectos de la resolución del contrato, y concretamente el relativo a la restitución de las prestaciones, se regulara por lo dispuesto en los arts. 1.123 y 1.122 C.C. al que remite el anterior, pero, en ningún caso procederá la aplicación analógica de los artículos que se ocupan de la rescisión y de la nulidad del contrato, ni tan siquiera en el tema relativo a la restitución de frutos, no regulado en el art. 1.123. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1986», cit., pág. 3.783 y 3.784, afirma, en primer lugar, que la remisión que realiza el art. 1.124 a los arts. 1.295 y 1.298 C.C., lo es sólo en lo relativo a los terceros adquirentes de buena fe, pero no se trata en ningún caso de una remisión en lo relativo a la restitución de las prestaciones, y, respecto a la posible aplicación analógica de estos artículos, considera que «las normas que disciplinan los efectos de la rescisión, o de la nulidad, son expresión de la idea general de reposición de las cosas en el estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato y, en este sentido, armonizan con una concepción de la resolución como extinción de las obligaciones con efecto retroactivo al tiempo de la perfección del contrato..., pero que resulta contradicha en tantas sentencias en que la resolución opera realmente como cumplimiento por equivalente..., la aplicación analógica de los artículos 1.295-1º y 1.303... presenta notables problemas. El primero de todos: ¿hay, realmente, en la regulación de la resolución, una laguna que colmar? El propio Tribunal Supremo... entiende aplicables a la “facultad de resolver las obligaciones” contemplada en el artículo 1.124 el artículo 1.123, sobre restitución de lo percibido al realizarse la condición resolutoria y,..., las normas dadas para el caso simétrico de realización de la condición suspensiva. Este camino parece correcto, pues, sin perjuicio de que la facultad resolutoria por incumplimiento no sea una verdadera condición, parece claro que el legislador la trata sistemáticamente como tal, de manera que la *sedes materiae* no es irrelevante para la disciplina de los efectos de la resolución por incumplimiento».

<sup>139</sup> ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III, cit., pág. 459; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario del art. 1.303 C.C.» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol 2º, pág. 399, dice que «la doctrina coincide en entender que tanto los contratos nulos como los anulables una vez anulados se encuentran exactamente en la misma situación». Sin embargo, como luego veremos, si



en el art. 1.303, que dispone: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restitirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes». Así pues, como ha existido un contrato, aunque posteriormente hubiera sido declarado nulo, pueden haberse desplegado los efectos típicos del contrato en cuestión, y más aún en el contrato anulable que era en un principio válido, de modo que, una vez declarada la nulidad, deben deshacerse estos efectos. Hay que añadir que, junto al art. 1.303 C.C., los arts. 1.305<sup>140</sup> y 1.306<sup>141</sup> establecen una regulación específica respecto a los contratos nulos por ilicitud de la causa o por causa torpe<sup>142</sup>.

El hecho de que estos contratos hayan podido producir efectos es, por tanto, una realidad que el derecho no puede ignorar, y hará que actúe con el fin de que estos efectos desaparezcan. Por ello, los efectos

---

bien el efecto de la restitución es el mismo, y aparece regulado por el mismo artículo, probablemente la readquisición de la propiedad consecuencia de la restitución de las prestaciones no se llevará a cabo del mismo modo; AMORÓS GUARDIOLA, M., «La ineficacia del negocio jurídico», *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pág. 178.

<sup>140</sup> Así, en el caso de ilicitud de la causa, el art. 1.305 C.C. determina que a las cosas objeto de las prestaciones, en lugar de tener que ser restituidas, se les dará la aplicación que dispone para el caso el Código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Aunque si un contratante resulta no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

<sup>141</sup> Respecto a la nulidad por causa torpe, el art. 1.306 C.C. da las reglas que vamos a ver a continuación distinguiendo si ambos contratantes hubiesen actuado culposamente o solo uno de ellos. Si ambos han actuado mediando culpa, ninguno podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. Pero si sólo un contratante ha actuado de manera culposa, no podrá este repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. Ahora bien, el otro contratante no tendrá obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido, pero sí podrá reclamar lo que hubiese dado.

<sup>142</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2º, Barcelona, 1987, pág. 382, apunta que en estos preceptos juegan dos conceptos distintos de causa, la del contrato, que si es ilícita, produce la nulidad, y la de la *datio*, que siendo torpe excluye la repetición. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Ineficacia e invalidez de los contratos», cit., págs. 572 a 575, ha suprimido el correspondiente párrafo.

típicos del contrato nulo son los que van encaminados precisamente a destruir lo que no debiéndose haber producido, aconteció en la realidad<sup>143</sup>

Hemos visto que los efectos de un contrato resuelto por incumplimiento eran normalmente dos, el efecto liberatorio, respecto de las prestaciones aún no realizadas, y el efecto restitutorio, respecto de las ya cumplidas. Pues bien, de estos dos efectos la nulidad únicamente producirá el restitutorio para el caso de que alguna de las prestaciones hubiere sido ya realizada. No se producirá, sin embargo, el efecto liberatorio, puesto que de nada hay que liberar en este caso ya que las partes en ningún momento han estado obligadas a cumplir las prestaciones que se derivaban de un contrato nulo.

Sí puede hablarse, sin embargo, de un efecto aniquilatorio, que consiste en la declaración de privación de toda eficacia jurídica al contrato y que implica que el contrato, o la apariencia de contrato, deberá ser valorado como si nunca hubiera existido. Precisamente por ello las partes no han estado nunca vinculadas, no han surgido obligaciones entre ellas de modo que nunca se ha podido exigir su cumplimiento<sup>144</sup>.

En virtud de lo anterior, el principal efecto derivado de un contrato nulo es la obligación de restitución, en el caso de que alguna

---

<sup>143</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit., pág. 37, y califica estos efectos de «efectos anti-efectos» o «efectos destructivos de efectos», pero que no por ello dejan de ser efectos jurídicos, reconocidos y amparados por el derecho». En el mismo sentido DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», en *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 550; AMORÓS GUARDIOLA, M., «La ineficacia del negocio jurídico», cit., pág. 163, recordando las palabras de FEDERICO DE CASTRO, dice que la nulidad tiene efecto inmediato, «se produce *ipso iure*, sin necesidad de intervención judicial, aunque éste será inevitable en algunos casos, en concreto cuando sea necesaria para borrar la apariencia de validez del negocio, lo que puede ocurrir cuando está autorizado en documento fehaciente o inscrito en el Registro público».

<sup>144</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario al art. 1.303 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 412.

de las obligaciones derivadas del contrato hubiera sido cumplida<sup>145</sup>. La sola declaración de nulidad justifica suficientemente la posterior restitución de las prestaciones, puesto que ésta es un efecto inmediato de aquella<sup>146</sup>. Aun así, el art. 1.303 C.C. justifica el nacimiento de una acción de restitución recíproca, para el caso de que con la sola declaración de nulidad las partes no se restituyan las prestaciones, con la que se pretende, también en este caso, volver a la situación jurídica existente con anterioridad a la celebración del contrato. Respecto a esta acción de restitución se dice que no es imprescindible y que otros

---

<sup>145</sup> MESSINEO, F., *Istituzione di diritto privato*, vol. I, Milán, 1942, pág. 224; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Apuntes de Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1913, pág. 313; PÉREZ, GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. I, 2º, vol. 2º, cit., pág. 745; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit., pág. 38, afirma que «el más significativo de estos efectos, que consideramos “típicos de la nulidad”, es la llamada “obligación de restitución”: No hay ningún deber jurídico de cumplir las obligaciones previstas en un contrato nulo, pero si todas o parte de ellas se han cumplido, se hace preciso deshacer lo hecho, restablecer la situación anterior, mediante la devolución de lo mutuamente entregado en cumplimiento del contrato nulo».

<sup>146</sup> Así lo entiende también nuestro Tribunal Supremo, pues en Sentencia de 22 de noviembre de 1983 (R.A. 6.492) dice que la restitución «es un efecto inmediato y elemental, que no altera la armonía entre lo pedido y lo concedido, de la anulación decretada, efecto tendente a evitar, sin necesidad de un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra y a dar cumplimiento —*iura novit curia*— a la disposición del art. 1.303 del Código Civil», la Sentencia de 12 de junio de 1991 (R.A. 4.448), respecto a la restitución de los frutos, o la Sentencia de 24 de octubre de 1992 (J.C. núm. 951), en la cual se dice que «declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses... no necesita petición expresa de parte, pudiendo ser declarada por el Juez en virtud del principio *iura novit curia*, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra...». Sin embargo no toda la doctrina está de acuerdo con estas afirmaciones. Véase, por ejemplo, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 415, quien afirma que «nada legitima al juez para decretar de oficio la restitución si resulta con claridad —acaso por manifestación expresa— que quien solicita declaración de nulidad no quiere plantear ninguna otra cuestión en ese pleito».

ordenamientos jurídicos, como el alemán, el francés o el italiano, prescinden de ella<sup>147</sup>.

Ahora bien, la acción de restitución derivada de la nulidad del contrato puede que no sea imprescindible, pero sí lo es, porque así lo impone el art. 1.303 C.C., el efecto restitutorio para el caso de que se hayan cumplido las prestaciones, pues de no restituirse la prestación cumplida se produciría un enriquecimiento injustificado a favor de una de las partes. Por ello, si bien no todos los ordenamientos próximos al nuestro regulan una acción de restitución, sí reconducen la cuestión a otras figuras como la acción de enriquecimiento injusto o de cobro de lo indebido, que tienen como finalidad, igualmente, la restitución de las prestaciones cumplidas.

Se producirá, consecuentemente, la restitución de las prestaciones con efectos retroactivos<sup>148</sup>. En cuanto a qué tipo de retroactividad, real u obligacional, es la que sigue a la nulidad, parece que, en principio, podría tratarse de una retroactividad real absoluta, pues declarada la nulidad automáticamente las partes se sitúan, en la medida de lo posible, en la posición en que se encontraban con anterioridad al contrato. La única obligación que nacerá para el contratante que hubiera recibido la prestación, si esta consistía en la entrega de cosa determinada, será la de restituir la posesión al verdadero propietario, pero sólo eso, la posesión, puesto que la propiedad no había sido

---

<sup>147</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario al art. 1.300 a 1.314 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 401.

<sup>148</sup> MESSINEO, F., *Istituzione di diritto privato*, vol. I, cit., pág. 223; PÉREZ, GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M.*, «Derecho de obligaciones», t. I, 2º, vol. 2º, cit., pág. 745; AMORÓS GUARDIOLA, M., «La ineficacia del negocio jurídico», cit., pág. 168, entre los efectos de la nulidad cita «la llamada "restitutión" de la situación jurídica: Eficacia retroactiva de la declaración de nulidad, que viene a restablecer la legalidad y justifica por sí misma la restitución de las contraprestaciones (precio y cosa vendida en la compraventa)».

transmitida. El objeto de la prestación se había recibido sin causa y por ello el que recibió la cosa será mero poseedor, pero nunca propietario.

La restitución, por tener naturaleza personal, la pueden pedir aquellos que hayan sido parte en el contrato y hayan ejecutado su prestación, aun cuando no sean los propietarios de la cosa entregada. Este, el propietario, dispondrá de la acción reivindicatoria, pero no de la acción de restitución, siempre que no sea parte. Es importante, por tanto, evidenciar que la restitución es una acción que exclusivamente existe entre aquellos que han sido parte del contrato, por lo que su nacimiento no se vincula al objeto, sino que es inherente al contrato ya que si existe un subadquirente la acción de restitución no se ejercita sobre éste por no ser parte en el contrato. Por ello no pueden pedir tampoco la restitución los terceros que hubieran instado la nulidad del contrato. Del mismo modo, la restitución se pide al contratante que recibió la prestación y no a un tercero posible subadquirente de la cosa. Frente a este podrá ejercitarse la acción reivindicatoria, siempre que no quede obstaculizada por otra justa causa<sup>149</sup>.

El art. 1.303 C.C. impone, junto a la restitución de la cosa la de sus frutos, si la cosa fuera fructífera. Sin embargo, el artículo no determina qué frutos, si los percibidos o los debidos percibir, ni desde cuándo deben restituirse, si desde que se entregó la cosa o desde que se declaró la nulidad. La solución del problema podría encontrarse en la Sentencia de 10 de febrero de 1970 (R.A. 792), que al respecto establece que el artículo 1.303 «hace mención solamente de la restitución

---

<sup>149</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual....*, cit. pág. 100 y sigs; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.» *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 420, afirma que «la restitución sólo puede pedirse al contratante que recibió la prestación. Se trata de una acción personal que no permite recuperar la cosa sino mientras se encuentre en manos del *accipiens*, pues el art. 1.303 se restringe a quienes fueron parte en el contrato... Otra cosa es que si el *accipiens* dispuso de la cosa... a favor de un tercero, éste tampoco la hizo suya, por lo que el propietario... podrá ejercitar la acción reivindicatoria»; «Comentario al art. 1.303 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 552.

genérica de los frutos y deja, como es natural, la especificación de su alcance a los textos que regulan, según los casos, dicha restitución, en atención a la buena o mala fe que haya presidido la posesión del contratante restituyente de la cosa y sus frutos»<sup>150</sup>. La doctrina añade que en la restitución de cosa fructífera y respecto de los frutos, pese a que nada establece el art. 1.303, deberá atenderse a la buena o mala fe del contratante poseedor, y serán de aplicación los arts. 451, 455 y 1.896 C.C.

Así pues, por el momento podemos afirmar en tema de frutos que «el contratante que ni conoció ni debió conocer la invalidez del contrato hace suyos los frutos percibidos y nada ha de abonar en este concepto; mientras que quien se encuentra en el caso contrario—mala fe—ha de abonar los frutos percibidos y los que su contratante hubiera podido percibir<sup>151</sup>», sin perjuicio de que retomemos el tema en el epígrafe dedicado al estudio de la restitución de frutos posterior a la resolución del contrato, y de las conclusiones a que lleguemos en él.

---

<sup>150</sup> Sin embargo, no aplicaron las normas reguladoras de la liquidación del estado posesorio las Sentencias de 9 de febrero de 1949 (J.C. 29), en la que respecto a la posible moderación en la restitución de los frutos por el contratante capaz que obro de buena fe, se establece que «aunque por méritos de equidad pudiera mitigarse el rigor de la referida doctrina regulando trato jurídico distinto para la restitución al contrayente capaz, según éste haya obrado o no a sabiendas de la incapacidad de la otra parte contratante, no hay antecedentes en estos autos que permitan dicho trato distinto», ni la de 8 de octubre de 1965 (J.C. 627), en la que se considera que «declarada por el Tribunal "a quo" la nulidad del contrato de compraventa, el pronunciamiento relativo a la devolución de la cosa con los frutos producidos en los términos consignados en la parte dispositiva del fallo era el obligado por imperativo del precepto que se supone erróneamente interpretado siendo correcta su aplicación al supuesto fáctico de la sentencia impugnada». LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit. pág. 67 y sigs., expone las dos posiciones jurisprudenciales, la de aplicar los artículos reguladores de la liquidación del estado posesorio, o bien la de considerar el art. 1.303 aisladamente.

<sup>151</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 553; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., pág. 425.

Finalmente, se regula en el artículo 1.307 C.C. cómo debe hacerse la restitución en el caso de que la cosa se hubiere perdido. Así, según este artículo la pérdida de la cosa no es obstáculo a la restitución. Lo que ocurre es que la obligación de restitución *in natura* se convierte en una obligación de restitución por equivalente, de modo que se deberán restituir los frutos percibidos, si éstos no se hubieren perdido, y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha.

#### B) Restitución de las prestaciones en caso de anulabilidad del contrato

Como hemos dicho en el apartado anterior, hay autores que afirman que los efectos de los contratos nulos, o anulables una vez son anulados<sup>152</sup>, aparecen regulados en el Código Civil en el art. 1.303 y que eran exactamente los mismos para ambos tipos de ineficacia. Sin embargo, cabe matizar esta idea diciendo que las consecuencias que producirá el contrato anulado no serán siempre las mismas que las que produce uno nulo, ya que «no es exactamente lo mismo la ineficacia con efectos retroactivos, que la falta de eficacia inicial<sup>153</sup>». Estamos de

---

<sup>152</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 399, dice que «la doctrina coincide en entender que tanto los contratos nulos como los anulables una vez anulados se encuentran exactamente en la misma situación». Sin embargo, como luego veremos, si bien el efecto de la restitución es el mismo, y aparece regulado por el mismo artículo, probablemente la readquisición de la propiedad consecuencia de la restitución de las prestaciones no se llevará a cabo del mismo modo; AMORÓS GUARDIOLA, M., «La ineficacia del negocio jurídico», cit., pág. 178.

<sup>153</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., págs. 559 a 561; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit. págs. 46 y 47; AMORÓS GUARDIOLA, M., «La ineficacia del negocio jurídico», cit., pág. 180, afirma que la anulación «implica la invalidez retroactiva del negocio y afecta a los derechos en el basados, es cierto que esa eficacia frente a terceros de la declaración de nulidad tiene su límite en la protección de los terceros con publicidad y buena fe».

SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho Civil*, cit., pág. 314, mientras que respecto del negocio nulo se limita a decir que no produce efectos, en el negocio anulable afirma que produce sus efectos mientras no se pronuncia la anulación, se

acuerdo en que los efectos de ambas se regulan en el art. 1.303 C.C., pero no en que éstos sean exactamente los mismos, o al menos para poder realizar esta afirmación se requiere alguna explicación.

También hemos afirmado respecto al contrato nulo, que éste producía únicamente el efecto restitutorio, pero no el efecto liberatorio. Sin embargo, no se puede realizar tal afirmación en relación con el contrato anulable. El contrato anulable es válido y produce todos sus efectos, es decir, el contrato anulable hace nacer obligaciones a ambas partes, produce, pues, los efectos propios del contrato en cuestión, en tanto no sea anulado<sup>154</sup>. Por lo tanto, una vez producida la anulación cesan las correspondientes obligaciones de las partes, esto es, entra en juego el efecto liberatorio, que actúa respecto al futuro, en el que las partes ya no deben cumplir sus obligaciones<sup>155</sup>. Ahora bien, no se trata de que una vez recaiga la sentencia de anulación se vaya a producir la extinción de la relación contractual, sino que lo que se anula es el contrato en sí, y además *ab initio*, por lo que la anulación tiene efectos retroactivos, salvo que la ley disponga lo contrario. Es decir, la anulación también produce efectos para el pasado. Una vez impugnado el contrato, los efectos ya producidos desaparecen como si el contrato nunca hubiera sido realizado, entrando en juego el efecto restitutorio.

---

comprende que, en principio, la declaración de anulación tenga carácter retroactivo, es decir, que anule el negocio no sólo para el futuro sino también para el pasado, eliminando en cuanto sea posible los efectos ya producidos por el negocio entre las partes y con relación a terceros.

<sup>154</sup> En contra, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Ineficacia e Invalidez de los contratos», cit., pág. 573, quien afirma que «el contrato anulable debe considerarse originariamente inválido e ineficaz ya que, en el terreno conceptual, en la medida en que el Ordenamiento no le imputa más que un efecto provisional, no le imputa en absoluto el efecto designado como querido por las partes..., adquirirá validez si es confirmado»; «Comentario al art. 1.300 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., 1981, págs. 244 y 245.

<sup>155</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, cit., t. I, pág. 468, afirma que «el ejercicio de la acción de anulación o, en su caso, la excepción de anulación y la sentencia que recaiga en el pleito ponen fin a la fase provisional y determinan la ineficacia de un contrato que hasta ese momento había tenido un eficacia claudicante».



En relación con el efecto restitutorio cabe plantearse si la posibilidad de anulación está ligada a la posibilidad de restitución, de modo que, en ocasiones, si la cosa no se puede restituir por dolo o culpa de quien tiene la posibilidad de impugnar, y no es posible volver a la situación inicial, no se podrá pedir la anulación del contrato, cosa que no ocurre cuando el contrato es nulo<sup>156</sup>. Es decir, cuando el que está legitimado para entablar la acción de anulación del contrato ha hecho desaparecer la cosa, mediando dolo o culpa, de modo que ya no podría restituirla *in natura*, la consecuencia a esta actuación no es la restitución por equivalente, sino que se le va a privar de la posibilidad de solicitar la anulación del contrato. No ocurrirá lo mismo, sin embargo, si el que ha hecho desaparecer la cosa es la otra parte, quien, en su caso, estará obligado a restituir por equivalente.

En cuanto al tipo de retroactividad que se produce en los contratos anulados, parece ser que es también, como ocurre en los contratos nulos, una retroactividad real, en la que producida la anulación las cosas vuelven automáticamente al poder de quien se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato. Esto es así porque realmente no hubo transmisión de la propiedad, ya que aunque en un principio pudieron concurrir el título y el modo exigidos, puesto que el contrato inicialmente es válido y hubo entrega, posteriormente cae el título, con lo que se pierde la propiedad automáticamente y vuelve al transmitente también de modo automático.

Por lo demás, y como hemos apuntado anteriormente, el art. 1.303 C.C. en cuanto a la restitución de las prestaciones con sus frutos e

---

<sup>156</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit. pág. 47.

El art. 1.314 C.C. dispone que «también se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella. Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad».

intereses, resulta aplicable a los contratos anulados<sup>157</sup>, por lo que la explicación que hemos dado en el epígrafe anterior en relación con la restitución se debe entender reproducida para este.

### C) Restitución de las prestaciones en el caso de rescisión del contrato

Antes de comenzar a analizar los efectos de la rescisión conviene recordar que en el Código Civil podemos encontrar dos tipos de acciones rescisorias, las de la rescisión por lesión y las de la rescisión por fraude, cuyos efectos difieren según la actuación, sin perjuicio de que el Código no sistematice esta diferencia de efectos.

Los efectos de la rescisión del contrato aparecen regulados, con carácter general, en el Código Civil en el art. 1.295<sup>158</sup>, que establece: «La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia,

---

<sup>157</sup> Es más, parece ser que el art. 1.303 C.C. estaba pensado en un principio para los supuestos que hoy llamamos de anulabilidad, pues en el momento de redacción del Código no se recogía la diferencia entre nulidad y anulabilidad. Así lo entiende el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de marzo de 1909 (J.C. 11), pues decía que «el Capítulo del Código Civil correspondiente a la nulidad de los contratos se refiere, según los términos del art. 1300 y sentido de todos los demás, no a los radical y esencialmente nulos, que deben considerarse como inexistentes, sino a aquellos otros susceptibles de confirmación, según la relación que debe establecerse entre aquel artículo y el 1.310».

<sup>158</sup> Como antecedentes de este precepto pueden citarse los artículos 1.308 del Anteproyecto del Código que era igual al actual, y los arts. 1.172, 1.173 y 1.174 del proyecto de 1851. El primero de ellos decía que «la rescisión obliga, recíprocamente, al tercero y a las personas beneficiadas, a la devolución de la cosa que fue materia del contrato con los frutos, y de su precio con los intereses». El art. 1.173 establecía que «no tendrá lugar la restitución cuando el que la pide no pueda devolver la cosa que, en virtud del contrato, recibió su tutor o curador. Tampoco lo tendrá cuando la cosa no pudiere devolverse por el tercero que contrajo de buena fe y sin haberse constituido en mora». Por último, el 1.174 disponía que «el beneficio de la restitución solamente tiene lugar contra el tercero que contrató con el tutor o curador, y no contra los ulteriores adquirentes, a no ser contra el que hubiera procedido de mala fe».

sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión».

Parece ser que, en principio, los efectos son los mismos que venimos viendo hasta ahora para los demás supuestos de ineficacia, esto es, se devuelve la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses. Parece que con la rescisión se producen también tanto el efecto liberatorio, puesto que rescindido el contrato cesan las obligaciones de las partes derivadas de éste, como el restitutorio, que aparece claramente recogido en el art. 1.295 C.C. Además, de este efecto restitutorio también se dice que es retroactivo, pues con la restitución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses se trata de situar a las partes en la posición económica y jurídica anterior a la celebración del contrato<sup>159</sup>.

Sin embargo, en el párrafo segundo de este artículo encontramos una primera diferencia respecto de los artículos que venimos estudiando. Conforme a éste, únicamente entrará en juego la rescisión y sus consecuencias cuando el que la pretenda pueda devolver aquello

---

<sup>159</sup> SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, t. II, Madrid, 1958, pág. 323; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Común y Foral*, t. III, cit., pág. 640; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos ...*, vol. II, cit., pág. 315; MORENO QUESADA, B., «Comentario a los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XVII, vol. 2º, Madrid, 1995, pág. 202, dice que «Se ha defendido a este respecto que la rescisión opera *ex tunc*, en cuanto que, al decir de un sector de la doctrina, el efecto principal de la acción rescisoria es destruir todas las consecuencias del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tenían cuando aquél se celebró, conclusión que se apoya en la obligación impuesta por el artículo 1.295 de devolver las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses».

a que por su parte estuviese obligado. Algo semejante se decía respecto de la anulabilidad cuando la cosa no se podía devolver por dolo o culpa del que pretendía ejercitarla. En este caso no se exige dolo o culpa, sólo se dice que la parte que no pueda restituir tampoco podrá solicitar la rescisión. De este modo, según una interpretación de la doctrina<sup>160</sup>, el presente artículo aunque se encuentre situado en sede de efectos cuyo contenido esencial es el régimen de éstos, perfecciona el régimen de la rescisión al exigir un requisito ineludible en el ejercicio de la rescisión, cual es la posible restitución de la prestación a la parte que insta la rescisión.

Ahora bien, parece más conveniente y conforme con el artículo la interpretación que entiende que el que se pueda restituir o no la prestación, no es un requisito para la interposición de la acción de rescisión, sino para que puedan producirse los efectos de ésta, de modo que la acción podrá interponerse aunque en ese momento no pueda restituirse la prestación y habrá que esperar al momento en que se dicte sentencia declarando procedente la rescisión para saber si persiste todavía la situación y si la rescisión producirá o no sus efectos<sup>161</sup>.

Después de este inciso, como decíamos, parece que los efectos de la rescisión por lesión y los de la rescisión por fraude no son los mismos

---

<sup>160</sup> DE BUEN, D., «Rescisión de los contratos», *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XXVII, pág. 330; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español común y foral*, t. III, cit., pág. 639.

<sup>161</sup> MORENO QUESADA, B., «Comentario a los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., quien, sin embargo añade en la pág. 196, que «cabe instar la rescisión, ejercitando la acción correspondiente, y obtener una sentencia declarando rescindible el contrato, por concurrir y haberse acreditado los diversos presupuestos exigidos para ello; pero no podrá, en cambio, producirse la ejecución, "llevarse a efecto la rescisión", porque falta la posibilidad de devolución de lo percibido que juega, por consiguiente, como elemento que condiciona la efectividad de la rescisión...», y a continuación cita la Sentencia de 12 de enero de 1916 (J.C. 14), que decía que «las disposiciones y reglas contenidas en este artículo 1.295 se contraen a la rescisión que hubiese sido declarada procedente, aun cuando determine circunstancias que puedan impedir llevarla a efecto»; «Comentario al art. 1.295», en *Comentario del Código Civil*, t. II, pág. 532.

puesto que mientras la rescisión por lesión, que obliga a la devolución de las cosas y el precio, parece que tiene efecto retroactivo obligacional<sup>162</sup>, los efectos de la rescisión por fraude, en la que se considera como si los bienes enajenados fraudulentamente no hubieran sido nunca transmitidos, nos recuerdan más aunque parezca contradictorio, bien a la retroactividad real, bien a la irretroactividad<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> AMORÓS GUARDIOLA, M., «La ineficacia del negocio jurídico», cit., págs. 185 y sigs., afirma que «los efectos de la acción rescisoria son distintos según los diferentes casos a que afecta: 1) En la rescisión por lesión con eficacia restitutoria, surga la obligación de devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses (art. 1295.1). De esta manera, vuelven las cosas a su estado anterior. No se da el efecto retroactivo real, sino el meramente obligatorio o *inter partes*. A diferencia de la anulabilidad, el negocio rescindido no pierde su condición de válido. Por eso la rescisión no desata la ineficacia de los negocios derivados del que se ha rescindido. Además, y como ya hemos apuntado, no cabe la rescisión cuando las cosas objeto del contrato estén legalmente en poder de terceros de buena fe».

<sup>163</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 527, dice que «a la variedad de supuestos de la rescisión corresponde la diversidad de efectos de la acción... bastará con insistir en la trascendencia de la distinción entre los casos de rescisión por lesión (art. 1.291, 1º y 2º, 1073, etc.), con su eficacia restitutoria, y aquellos otros en favor de los acreedores, en los que se dará la eficacia revocatoria (art. 1.111)»; MORENO QUESADA, B., «Comentario a los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, cit. págs. 202 a 204, también distingue, diciendo que «para determinar la eficacia de la rescisión, debe distinguirse entre los casos en que ésta tenga alcance restitutorio y los de alcance revocatorio. Tratándose de estos últimos, el que su eficacia no opera *ex tunc* se deduce de la circunstancia de que su efecto revocatorio resulta paralizado frente a un subadquirente oneroso de buena fe..., y que las cosas enajenadas se reputan como si no hubieran salido del patrimonio del enajenante fraudulento.... Se considera como si los bienes enajenados fraudulentamente no hubieran sido transmitidos (*atque si nihil alienatum esse*), pero tan sólo en la medida necesaria para que el acreedor impugnante pueda resarcirse del importe de su crédito»; «Comentario al art. 1.292 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 532; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, *Concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*, Madrid, 1993, pág. 235, afirma que «a pesar de ser un supuesto discutido por la doctrina, nos inclinamos por la posición de Federico DE CASTRO Y BRAVO, que atribuye efecto real y retroactivo a dicha rescisión, lo que determina, en nuestra opinión, una equiparación a los efectos de la resolución o revocación retroactiva real y *ex tunc*...»; AMORÓS GUARDIOLA, M., «La ineficacia del negocio jurídico», cit., pág. 185, después de afirmar la eficacia retroactiva obligacional de la rescisión por lesión, continúa diciendo: 2) En la rescisión por fraude de acreedores (acción revocatoria o pauliana) con eficacia revocatoria, los efectos de la acción se darán contra cualquier tercer adquirente por título gratuito o cómplice en el fraude, aunque haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.

La razón es que en caso de que la cosa enajenada fraudulentamente se encuentre en manos de un subadquirente oneroso de buena fe subsistirá la enajenación una vez el acreedor defraudado se haya resarcido del importe de su crédito.

Es decir, no juega en este caso la retroactividad real, o al menos sólo opera respecto de la parte necesaria para la satisfacción de su crédito, mientras que la parte restante se considerará efectivamente enajenada<sup>164</sup>. En estos casos en los que una parte del contrato subsiste, aquello que no causa perjuicio, se habla de una rescisión parcial. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1958 (R.A. 2.150), en la que se dice que «si se atiende a la validez del contrato rescindible y al carácter subsidiario y limitado de la rescisión con arreglo al artículo 1.294 del Código, ésta ha de detenerse cuando se ha logrado la reparación de los efectos del fraude, y quedan satisfechos los derechos del acreedor perjudicados, doctrina sustancialmente declarada en sentencia de 10 de diciembre de 1904, que admite la rescisión parcial, combatida en el recurso».

Sin embargo, en ambos casos, tanto en el de la rescisión por lesión como en el de la rescisión por fraude, si pensamos en este último caso sólo en la parte que debe restituirse, es decir, en lo que perjudicó a sus acreedores, el contrato que posteriormente se rescinde era válido y con el se había transmitido la propiedad de la cosa y el precio. De modo que había convertido en nuevo propietario al adquirente con lo que para que la propiedad vuelva al transmitente será necesario un acto de retransmisión del *accipiens*. El art. 1.295 C.C. sólo obliga a la

---

Eficacia real de la rescisión que se convierte en personal cuando o se da la concurrencia de esos requisitos».

<sup>164</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pág. 527, añade que la acción pauliana o revocatoria que se da contra cualquier tercero adquirente por título gratuito o cómplice en el fraude tiene eficacia real frente a la acción rescisoria, que es de naturaleza personal.

devolución, no impone automáticamente la readquisición como efecto de la rescisión.

En cualquier caso, parece que el efecto restitutorio derivado de la rescisión tiene eficacia retroactiva obligatoria, puesto que, con la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses se trata de volver las cosas al estado anterior, sin que el negocio rescindido pierda su validez y, por tanto, sin que los negocios derivados de éste sean ineficaces. Así, la doctrina afirma que «el contrato no deja de ser válido una vez rescindido, por lo que el efecto retroactivo de la rescisión es meramente personal y para nada afecta a posteriores adquirentes de buena fe, que adquirieron de quien en aquel momento era verdadero propietario»<sup>165</sup>.

Pasando ya a la restitución de frutos e intereses, su regulación en el art. 1.295 C.C. ha recibido fuertes críticas doctrinales<sup>166</sup>. En nuestra opinión, las críticas que merece la regulación del Código en materia de restitución de las prestaciones son precisamente las relativas a los aspectos, problemas o cuestiones que deja sin regulación. Al igual que ocurre con la resolución, quedan muchas lagunas, puesto que no se

---

<sup>165</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º, 1986, cit., pág. 408; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Ineficacia e Invalidez de los contratos», cit., pág. 618; MORENO QUESADA, B., «Comentario a los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, cit. pág. 203, afirma, aunque refiriéndose solamente a los supuestos de rescisión restitutoria, por lesión, que «se le ha podido considerar retroactiva, pero sólo en el llamado efecto retroactivo obligatorio; se piensa que ejercitada la acción rescisoria en tales supuestos, las obligaciones de devolver las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, que establece el artículo 1.295, suponen el volver las cosas al estado anterior, en su aspecto económico; limitación que viene dada porque, a diferencia de lo que ocurre con la anulación del negocio, el negocio rescindido no pierde por ello su primitiva condición de válido por lo que no conlleva la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, celebrados en base de su validez»; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pág. 527.

<sup>166</sup> Así, MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XX, pág. 962, lo critica diciendo que «disposición menos meditada que ésta y que tan poco haya tenido en cuenta las condiciones de la materia a que venía a ser aplicable, es posible que no haya otra en el Código».

dice nada sobre qué frutos son los que deben ser restituidos (percibidos o debidos percibir, etc.), ni desde cuándo deben restituirse, tampoco se dice nada sobre las mejoras, gastos, deterioros o pérdida de la cosa, aunque por lo menos habla de restitución de cosa y precio con frutos e intereses, cosa que ni siquiera se hace en materia de resolución por incumplimiento.

En lo relativo a la restitución de los frutos plantea el problema, al igual que hemos visto en el caso de la nulidad y como veremos con más detalle respecto de la resolución, de la normativa aplicable, en concreto, de la posibilidad de aplicación de los artículos reguladores de la liquidación del estado posesorio, arts. 451 y sigs. La doctrina suele considerar que, respecto a los frutos que deben restituirse en el caso de rescisión del contrato, las consideraciones que pueden hacerse son similares a las que hemos visto en caso de nulidad del contrato y que desarrollaremos más detalladamente en un epígrafe posterior<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º, 1986, cit., pág. 408; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Ineficacia e Invalidez de los contratos», cit., pág. 618; MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, vol. 2º, cit., pág. 791; MORENO QUESADA, B., «Comentario a los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, cit. pág. 207, entiende que el «efecto restitutorio recíproco, es como un mínimo producido por la rescisión que, en este sentido, sustituye y se sobrepone a la regla del artículo 451. Pero partiendo de ese mínimo efecto, nada impide que como consecuencia del juego de la mala fe, los efectos para el poseedor que lo fuera en este concepto, se agraven...», con la aplicación de los artículos de la posesión. Y lo mismo dice en su «Comentario al art. 1.295 C.C.», en *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 532.

La Sentencia de 9 de marzo de 1932 (J.C. 21) también aplicó estos artículos en su considerando tercero, al establecer «que tampoco ha imfringido dicho Tribunal los artículos 455, ni el 1.295 del tan repetido Código civil al condenar al comprador a devolver los frutos producidos y los que el vendedor hubiera podido percibir, pues el primero de dichos artículos establece el principio de que llevado a efecto la rescisión, se devolverán las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y el segundo de tales artículos que se reputa infringido, determina la extensión de dichos frutos cuando el poseedor es de mala fe; y como el comprador de que se trata lo estima la Sala sentenciadora de mala fe, de las cosas compradas por él, como cómplice del fraude, es manifiesto que en ninguno de dichos artículos resulta infringido en tal pronunciamiento».



Y lo mismo cabe decir respecto a la restitución de la cosa si en ella se han introducido mejoras, también en este caso se plantea la aplicación del art. 456 C.C., conforme al cual las cosas deberán ser devueltas con las mejoras y accesorios producidos por obra de la naturaleza<sup>168</sup>.

Por último, ya hemos dicho qué ocurre en caso de pérdida de la cosa en manos de aquel que solicita la rescisión del contrato, la rescisión no será eficaz. Sin embargo si la cosa se pierde en manos del otro contratante, sí que producirá efectos la rescisión del contrato, sólo que el contratante que no puede devolver la cosa deberá restituir su equivalente dinerario. Ahora bien, ocurre que no hay ningún precepto en que esto se establezca, con lo que la solución apuntada tampoco está exenta de problemas, tal y como ocurre en caso de resolución, que más adelante estudiaremos.

D) Restitución de las prestaciones en caso de revocación del contrato

Conviene hacer una breve referencia también a la restitución de lo donado ante la revocación o reducción de la donación. Vamos, pues, a tomar como paradigma de contrato traslativo del dominio que puede ser revocado la donación<sup>169</sup>. La donación que aparece regulada en el

---

<sup>168</sup> MORENO QUESADA, B., «Comentario a los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, cit. pág. 207; «Comentario de los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», en *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 533.

<sup>169</sup> No vamos a entrar aquí en la polémica doctrinal acerca de si la donación es un contrato, aunque la doctrina mayoritaria lo considera como tal: SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, t. III, Madrid, 1891, págs. 670 y 671; DE BUEN, D., *Notas a Colín y Capitant, Curso elemental de Derecho Civil*, trad. esp., t. VIII, Madrid, 1928, pág. 454; CEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930, pág. 198; MANRESAY NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. IV, Madrid, 1932, págs. 20 y sigs., quien duda entre ambas posibilidades; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. III, Valladolid, 1937, pág. 440;

Código civil es un contrato que provoca *per se*, es decir, sin necesidad de posterior tradición o entrega de la cosa, la transmisión de la propiedad<sup>170</sup>, por ello el art. 609 lo menciona entre los modos de

---

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, cit., págs. 219 y sigs.; CALVO SORIANO, A., «Tradición y donación», *A.A.M.N.*, t. III, 1946, pág. 449; SANCHEZ BLANCO, J., «Sobre la naturaleza y forma de la donación», *I.J.*, 1952, págs. 307 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1961, pág. 521; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», *R.D.P.*, 1971, págs. 803 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 3º, cit., pág. 121, también lo define como «un contrato en virtud del cual una de las partes, procediendo con espíritu de liberalidad, y por tanto sin esperar corresponsivo, y empobreciendo su patrimonio, proporciona a la otra parte un correlativo enriquecimiento o ventaja patrimonial, sea transfiriéndole un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación»; RAMS ALBESA, J., en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, «La donación», *Elementos...*, t. II, vol. 2º, cit., 1995, pág. 89; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, cit., pág. 114 la considera, igualmente, como un contrato; «Comentario al art. 618 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. VIII, vol 2º, cit., pág. 7 y sigs.; ROCA I TRIAS, E., «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación», en *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1995, pág. 601 y sigs., entiende que se trata de «un contrato en cuya virtud una parte, donante, atribuye bienes a otra, donatario, sin contraprestación por parte de éste». Sin embargo, parece que opinan lo contrario, entre otros, LALAGUNA DOMINGUEZ, E., «Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza jurídica de la donación», *R.D.P.*, 1964, págs. 275 y sigs., donde admite ambas soluciones; «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa», cit., págs. 383 y sigs.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 336, donde afirman que «dándole el calificativo de acto precisamente quiere acentuar la separación de la donación de la órbita propia de los contratos como meros títulos hábiles para transferir el dominio, creadores de obligaciones de donación traditoria o traslativa, en cuya virtud el donante no se obliga a transmitir, sino que efectiva e inmediatamente transmite la cosa donada», aunque consideran que no hay obstáculo para admitir la donación obligacional.

<sup>170</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho civil*, t. II, Derecho de obligaciones, vol. 3º, cit., pág. 126, advierte que «la virtualidad transmisiva de la donación misma sin necesidad de entrega, no es cuestión pacífica», pero concluye diciendo que «la donación puede presentarse, ya transmitiendo al perfeccionarse ella misma la titularidad de las cosas donadas, ya creando un derecho de crédito en el donatario y la correspondiente deuda en el donante, y por tanto sirviendo de título a la ulterior transferencia. En ambos casos es contrato,..., pero en el primero es, además, *modo de adquirir*, concepto que no debe oponerse al de contrato...»; RAMS ALBESA, J., «La donación», cit., pág. 90; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 336, entienden que la donación es «un negocio de disposición que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial... y

adquirir el dominio y los demás derechos reales, sin exigir, como hace con el resto de los contratos transmisivos del dominio, la tradición.

Sin embargo, hay una serie de causas fijadas taxativamente por el Código que hacen que la donación sea revocable, es decir, que la propiedad de lo donado vuelva al donante. Ahora bien, para que el donatario pierda la propiedad de lo que había recibido por donación no basta la concurrencia de una de estas causas, sino que será necesario un acto del donante que las haga valer. Así, la revocación es un tipo de ineficacia sobrevenida del contrato que sólo se producirá por la voluntad del legitimado para pedirla<sup>171</sup>. Ahora bien, normalmente para la revocación no basta una declaración de voluntad del donante, sino que será necesaria una sentencia en la que así se establezca. Nada impide que extrajudicialmente el donatario acepte la revocación y

---

no un negocio del que surgiría para el donatario un derecho a exigir del donante el cumplimiento de la obligación de entrega a fin de adquirir la propiedad de lo donado»; ROCA I TRIAS, E., «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación», cit., pág. 604, dice que «la donación tipo regulada en el Código Civil como contrato provoca *per se* la transmisión de la propiedad..., es un contrato con causa gratuita, cuyo efecto es la transmisión de la propiedad del objeto donado».

<sup>171</sup> ROCA I TRIAS, E., «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación», cit., pág. 611; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 644 a 646 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. VIII, vol. 2º, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 331, dice que «la revocación es... una suerte de rescisión, en el sentido amplio de este término, y el propio artículo 645 dice que "*Rescindida la donación...*", por lo que, de algún modo, viene a cuento la semejanza de la situación con otras que se dan en los artículos 1.290 y siguientes, así que resulta adecuado utilizar el espíritu de alguno de ellos...»; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema ...*, vol. II, cit., pág. 344, considera, respecto a las causas de revocación, que no juegan «como condiciones resolutorias, pues el donatario nunca tiene, por el mero hecho de la donación, un dominio sometido a tal condición, ni su concurrencia origina automáticamente la ineficacia del negocio, sino la *facultad de privarle de efectos*»; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 3º, cit., pág. 145, citando a CASULLI, afirma que «no puede identificarse con la ineficacia, la invalidez o la rescisión, que presupone una causa contemporánea a la formación del negocio mismo, mientras que la ingratitud o la sobrevenida de hijos son hechos extraños al negocio de donación y acaecidos cuando éste es ya perfecto y ha producido sus efectos», sin embargo, en la pág. 148, se refiere a ella llamandola "resolución", y a la correspondiente acción "acción rescisoria".

restituya lo donado, pero si esto no es así, será necesario el ejercicio de la acción de revocación en los plazos establecidos para obtener la restitución<sup>172</sup>.

El principal efecto de la revocación es la restitución de lo donado, pero las consecuencias de la revocación de donaciones no son siempre las mismas, dependen de cuál haya sido la causa de la revocación. El Código Civil establece tres causas de la revocación: 1) el incumplimiento de condiciones; 2) la superveniencia o supervivencia de hijos, y 3) la ingratitud del donatario. Vamos a ir viendo cuáles son los efectos de la revocación de la donación según cuál sea la causa que la haya provocado:

a) Revocación por incumplimiento de cargas<sup>173</sup>

En este caso hay autores que consideran que se trata más bien de un supuesto de resolución que de una revocación, y que por ello entra también en juego el art. 1.124 C.C.<sup>174</sup>. La revocación por esta causa

---

<sup>172</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, cit., págs. 156 y 157, dice que «cabe estimar que para la revocación de donaciones no basta una declaración de voluntad (revocatoria) extrajudicial, sino que las llamadas causas de revocación originan una acción a favor del donante, para pedir la revocación judicial..., una vez acontecido el hecho..., el donante puede declarar de cualquier manera al donatario su voluntad revocatoria y su propósito de recuperar lo donado, y si éste, extrajudicialmente, se aviene a devolvérselo, no hay problema; pero, la reclamación judicial encaminada a la restitución, sólo es posible durante los plazos que luego se verán».

<sup>173</sup> ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, t. III, cit., pág. 598; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, cit., pág. 340; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 348; ROCA I TRIAS, E., «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación», cit., pág. 612 y 613, afirma que «no se trata de los casos en que se imponen condiciones, bien suspensivas, bien resolutorias, sino de cargas modales, puesto que si se tratase de condiciones y éstas no se cumplieren, ello provocaría la ineficacia de la donación y no sería necesario proceder a su revocación».

<sup>174</sup> DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., págs. 374 a 376, quien cita como sostenedores de esta idea a LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3º, cit., 1979, pág. 66; GARCÍA GOYENA, F., «Comentario al art. 964 C.C.», *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1952. En contra

extingue la donación con efectos retroactivos, de modo que los bienes donados volverán al donante como si nunca hubiesen sido donados<sup>175</sup>. En virtud de este efecto retroactivo, el art. 647 C.C. dispone que quedarán nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre los bienes donados hubiese impuesto, quedando

---

cita a DOMINGUEZ, *La revocación de la donación modal*. La citada autora considera que «el juego del artículo 1.124 significa que, a tenor, bien de la letra de éste, bien del sentido que al mismo ha dado la jurisprudencia...: 1º La revocación no es posible si lo que se incumple de la carga impuesta no es básico o esencial...; 2º El Tribunal podrá, cuando está justificado, conceder al donatario incumplidor plazo para cumplir, a tenor del 1.124,...; 3º También podrá pedir [el donante] la resolución [revocación] aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible...».

<sup>175</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. IV, cit. pág. 249, habla de los efectos de la revocación de donaciones con carácter general, diciendo que «tiene carácter real o *ex tunc*, puesto que destruye la donación con efectos retroactivos, reponiendo las cosas, salvo alguna excepción, al ser y estado que tenían antes de la donación. Es consecuencia de ello: 1º En cuanto a los bienes donados, que vuelven por efecto de la revocación al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria...»; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, cit., pág. 164; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario...*, t. II, cit., pág. 235 y 531, afirma que «la acción de revoación de donaciones por incumplimiento del modo o carga que se impusieron por el donante... tiene un efecto real y retroactivo, afectante a ulteriores adquisiciones...», y que «la revocación por incumplimiento de cargas tiene un efecto restitutorio real, de carácter retroactivo y *ex tunc*...»; ROCA I TRIAS, E., «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación», cit., pág. 613, considera que «el efecto de la acción es retroactivo», aun cuando los frutos se deban abonar desde el momento en que dejó de cumplir las cargas impuestas en la donación.

Sin embargo, DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., págs. 414 y 415, señala que «se dice que el Código da a la revocación, en el presente caso, efectos retroactivos, a diferencia de lo que se dice ocurre cuando tiene lugar por superveniencia o supervivencia de hijos o por ingratitud, casos en que se afirma que la revocación no es retroactiva... La razón de ello —se piensa— es que quien desde un principio debía cumplir la carga y desde entonces viene sin hacerlo, de algún modo merece ese trato más duro, y, por su parte, el donante debe tener derecho a recobrar la cosa como estaba cuando la donó..., mas por lo que toca al que antes de la revocación adquirió del donatario la cosa, ni parece que se deba distinguir entre un caso y otro, ni la ley establece diferente regulación en cada uno de ellos... La retroacción de los efectos de la revocación tiene el límite de que no choque con adquisición de la cosa o de gravámenes sobre ella por terceros, cuando tales adquisición o gravamen deban ser mantenidos según la propia ley...».

a salvo los derechos de determinados terceros conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, a la que dicho artículo se remite.

Si la donación fue de bienes inmuebles y las cargas o condiciones que el donatario ha incumplido se hallaban inscritas en el Registro, en virtud del art. 37-1º L.H. la revocación de la donación perjudicará a los terceros, pero si no se hallaban inscritas quedarán a salvo sus derechos pese a la revocación de la donación<sup>176</sup>. Sin embargo, si la donación fue de bienes muebles, los terceros adquirentes sí que se verán afectados por la revocación, puesto que la única excepción que contempla el Código parece referirse a los bienes a los que se aplica la Ley Hipotecaria. Ahora bien, la doctrina considera respecto a estos bienes que «la misma necesidad de protección a la buena fe existe en materia mobiliaria, y aquí el precepto amparador del tercero será el artículo 464»<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> El artículo 37 de la Ley Hipotecaria establece que «las acciones... revocatorias... no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta ley. Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior:... 2º Las de revocación de donaciones, en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro».

<sup>177</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. IV, cit. pág. 249, apunta, como ya hemos citado, que los bienes vuelven al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 348, quien, además, añade, respecto a los efectos de la revocación que «en rigor no será la nulidad de sus adquisiciones o hipotecas, sino pérdida de eficacia sobrevenida en razón de la revocación del título del donatario». Igualmente, VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil*, t. III, cit., pág. 456, pues dice este autor que «cuando se trate de muebles el artículo puede dar lugar a injusticia, puesto que no señala entonces que la retroacción de la revocación tenga límites»; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado*, t. XI, vol. 2º, Madrid, 1943, pág. 899, advierte que la ley no ha tenido en cuenta más que las donaciones de bienes raíces, y se pregunta: ¿Y si se tratase de bienes muebles en que la posesión suple al título cuando la adquisición es de buena fe? Pero no da respuesta. Mi opinión es que, aunque la ley calle sobre el caso de los muebles; su espíritu los engloba también...»; DÍAZ ALABART, S., «Comentarios al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., pág. 416, dice que «lo mismo si se trata de que lo donado fue un mueble que el donatario transmitió o gravó a favor de tercero, que si fue un inmueble que también

Para el caso de que los terceros adquirentes resulten amparados y el donatario no pueda restituir *in natura* el bien donado, el Código ofrece una solución con ocasión de la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos que la doctrina considera también aplicable a este supuesto de revocación. Así pues, el Código le impone la obligación de restituir su valor al tiempo de hacer la donación, o bien de entregar el importe en que haya sido hipotecado. Se trata, advierte la doctrina, de una deuda de valor y no de una deuda de suma de dinero, por lo que el precio que tenía la cosa en el tiempo que se donó deberá ser actualizado<sup>178</sup>.

Apunta la doctrina que cuando la cosa se pierde, deteriora o mejora en caso de revocación por incumplimiento de cargas «el espíritu de la ley ha de ser tratar como poseedor de mala fe al donatario..., y, eso presupuesto, procede aplicar las reglas que el Código dicta (arts. 453 y ss.) para la recuperación de la posesión..., si bien la mala fe no debe apreciarse si no a partir de cuando se incurrió en incumplimiento»<sup>179</sup>.

En cuanto a la restitución de los frutos, en el caso de que la cosa a restituir fuera fructífera, el art. 651-2º C.C. obliga al donatario a devolverlos «después de dejar de cumplir la condición». El artículo debe interpretarse en el sentido de que los frutos deberán devolverse, no desde el momento de la interposición de la demanda, como ocurre en otros casos de revocación de donaciones, sino desde el momento en

---

transmitió o gravó a favor de tercero, aunque el artículo hable sólo del caso de inmueble».

<sup>178</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., págs. 348 y 349.

<sup>179</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. IV, cit., pág. 249, dice respecto a la restitución de los frutos que «en cuanto a los frutos, que el donatario ha de devolver los que hubiere percibido después de dejar de cumplir la condición»; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., pág. 417.

que se produce el incumplimiento de las condiciones impuestas por el donante, es decir, desde el momento en que resulte imposible el cumplimiento de éstas. Salvo esta diferencia, que los frutos se restituirán a partir del incumplimiento, la regulación parece que debe ser la misma que en los demás casos de revocación, por lo que nos remitimos a lo que se diga al tratar éstos.

b) Revocación por superveniencia o supervivencia de hijos

En este segundo supuesto, a diferencia de lo que ocurría en el anterior, la revocación no produce efecto retroactivo, en el sentido de que con la revocación no se pretende volver a la situación previa a la donación, sino al momento de la interposición de la demanda<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 3º, cit., pág. 151, se plantea si esta revocación «no sería tal, sino resolución automática», puesto que la donación «queda revocada por el mero hecho de ocurrir» alguno de los indicados eventos. «Mientras en los de incumplimiento de cargas o ingratitud dicen los arts. 647 y 648 que «la donación será revocada a instancia del donante». Sin embargo, el hecho de que la acción de revocación por superveniencia de hijos prescriba a los cinco años no resulta muy compatible con la resolución automática al producirse el evento, que siendo realmente automática, debería causar la reversión inmediata al donante de las titularidades donadas, quedando sólo al donatario reintegrar la posesión de lo que ya no era suyo desde el nacimiento o (en su caso) noticia de la supervivencia del hijo. Y además, conforme al art. 651, el donatario no ha de devolver los frutos sino desde la interposición de la demanda, como si la revocación sólo fuera efectiva a partir de ese momento y mediante pronunciamiento judicial. Así lo acepta la S. 8 marzo 1972»; RAMS ALBESA, J., «La donación», cit., pág. 107; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol., III, cit., pág. 597 y 598; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. IV, cit., pág. 251; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, cit., pág. 162; ROCA I TRIAS, E., «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación», cit., pág. 612, dice al respecto que «la revocación tiene como efecto privar de eficacia a la donación desde el momento en que tiene lugar el hecho que la provoca; por tanto, no tiene efectos retroactivos al momento del otorgamiento de la donación y, en consecuencia, subsisten los efectos de los negocios otorgados por el donatario. Por ello, cuando la cosa no puede devolverse porque se hallan en poder de terceros, el donatario debe entregar su valor apreciado por lo que valían los bienes donados al tiempo de la donación»; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario...*, t. II, cit., págs. 235 y 529, donde apunta que del art. 645 C.C. «se deduce el carácter personal de la acción de revocación por esta causa y su eficacia *ex nunc* o no retroactiva respecto a terceros...».



El donatario deberá restituir los bienes al donante y si éstos hubiesen sido enajenados o se hubiesen perdido, se restituirá su valor, debiéndose entender también esta obligación como una deuda de valor y no como una deuda de suma de dinero. El Código, en el art. 645-3º, dice, además, cuál debe ser el momento de la valoración de los bienes, pues señala que «cuando los bienes no pudieren ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación», siendo también ésta una deuda de valor.

Respecto a la enajenación de los bienes donados por el donatario, la doctrina<sup>181</sup> distingue tres momentos de los que hace depender la firmeza de la enajenación: 1º) las enajenaciones realizadas hecha la donación pero antes de que se produzca el evento que posibilita la revocación, que son válidas e inatacables<sup>182</sup>; 2º) las realizadas entre el momento en que se produce el hecho y la demanda de revocación, son igualmente válidas, salvo que hubiera intención de defraudar, en cuyo caso, una vez revocada la donación, además de estar obligado a restituir el valor de los bienes, deberá indemnizar el perjuicio que haya sufrido el donante; 3º) por último, las que presentan mayores problemas son las enajenaciones realizadas después de interpuesta la demanda de revocación. Respecto a ellas, hay autores que consideran que la revocación afecta a todos los actos realizados con posterioridad a la interposición de la demanda, ya que este es el momento a partir del cual deben restituirse los frutos, según el art. 651 C.C. En estos casos se ha dicho que lo determinante no es la interposición de la demanda, sino el conocimiento de la misma. Pero, además, consideran que el acto de enajenación debe ser inatacable aunque sólo el adquirente sea el que

---

<sup>181</sup> DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., págs. 334 y sigs.

<sup>182</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, cit., pág. 246, quien dice que «los efectos de la —revocación— que ahora estudiamos son puramente personales o *ex nunc*, pues sólo se producen desde la interposición de la demanda, y por consecuencia, los actos de enajenación o gravamen anteriores a dicho momento son válidos, y el donante no tiene acción contra los terceros adquirentes».

ha obrado de buena fe. Así pues, para que se mantenga la enajenación se requiere, según esta posición doctrinal, la onerosidad de la adquisición, puesto que siendo gratuita debe ceder ante el derecho del revocante a recobrar la cosa, y que el adquirente no tenga o deba haber tenido conocimiento de que ya se demandó la revocación<sup>183</sup>.

En el caso de que los bienes hubieran sido hipotecados, el donante podrá liberar la hipoteca, pagando la cantidad correspondiente, pero tendrá derecho a que el donatario se la restituya, y lo mismo ocurrirá cuando en lugar de una hipoteca se le impongan al donante otras cargas, como puede ser un usufructo o una servidumbre<sup>184</sup>. Ahora bien, esto no significa que el donante tenga derecho a imponer la liberación del gravamen al tercero que sea titular del mismo, sino que, «cuando con la conformidad de éste el gravamen sea liberable, tendrá derecho el donante a hacerlo y reclamar del donatario lo que pague por ello»<sup>185</sup>.

Respecto a la restitución de los frutos, el art. 651-1º también impone su devolución, aunque solamente los producidos desde la interposición de la demanda, mientras que los producidos con anterioridad los hará suyos. Más adelante haremos una referencia más detallada al problema de la restitución de los frutos, puesto que es lo mismo, con la salvedad que ya hemos apuntado, lo que se dispone en los tres supuestos de revocación de donaciones.

---

<sup>183</sup> DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., págs. 335 a 337, dice que «los efectos de la revocación ni siquiera se remontan hasta la fecha de la demanda. Si bien a partir de ésta, como se estima que desde entonces es litigiosa la cosa donada, podrá rescindirse el acto por el que se dispuso de ella...», y cita el art. 1.291-4º.

<sup>184</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 345; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., pág. 339; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, cit., pág. 146.

<sup>185</sup> DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., págs. 339 y 340.

c) Revocación por ingratitud

También se dice, respecto de este tipo de revocación, que los efectos se producen *ex nunc*, es decir que tampoco la restitución en este caso produce efectos retroactivos, puesto que los efectos se retrotraen únicamente al momento de la interposición de la demanda<sup>186</sup>. Los efectos de la revocación por causa de ingratitud son los mismos que los que hemos visto en la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos<sup>187</sup>.

Por tanto, también en este caso el donatario deberá restituir los bienes donados, y, si éstos hubiesen sido hipotecados o enajenados, el art. 649 C.C. dispone que se mantendrán las enajenaciones e hipotecas siempre que fueren anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad.

En el caso de pérdida o enajenación a terceros de buena fe, la obligación de restituir *in natura* se convertirá en una obligación de restitución del equivalente dinerario, atendiéndose, para realizar la valoración, al valor que tenían los bienes al tiempo de la donación, según dispone el art. 650 C.C. En cuanto a la restitución de los frutos,

---

<sup>186</sup> PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, cit., pág. 342; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, cit., pág. 253; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, cit., pág. 160; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario...*, t. II, cit., pág. 235, afirma que «esta causa de revocación de donaciones es diferente del efecto que produce la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, que no tienen efecto retroactivo, y por tanto no afectan a terceros por aplicación del Derecho civil...», y en la pág. 527, que «la doctrina mayoritaria destaca el efecto restitutorio obligacional, no retroactivo y *ex nunc* de la acción de revocación por causa de ingratitud, la cual, por su propia naturaleza no afecta a terceros...».

<sup>187</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, cit., pág. 253; DÍAZ ALABART, S., «Comentario a los arts. 649 y 650 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., págs. 460 y sigs. dice, refiriéndose a la relación que existe entre los arts. 649 y 650 con el art. 645, que «basta aquí señalar: 1º, los pasajes de éstos que con distinta letra significan lo mismo que lo que dice aquél; 2º, lo que omiten, pero vale para ellos lo establecido en el 645; 3º, lo que dicen y vale también para el 645, aunque éste calle».

también en este caso se deberán restituir al donante, pero sólo los producidos desde el momento de la interposición de la demanda.

Por último, hay que hacer referencia a la reducción de la donación, puesto que también en este caso habrá una parte de lo donado que deberá ser restituida. En principio y siempre que sea posible, la restitución que deba hacerse por reducción de la donación deberá ser también *in natura*, y cuando no sea posible, porque se haya perdido, consumido, o porque la cosa donada sea indivisible se restituirá su valor<sup>188</sup>. Los efectos de esta restitución se producen también *ex nunc* y además hay que tener en cuenta que, conforme al art. 654 C.C., «esta reducción no obstará para que tenga efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos», de modo que sólo deberá restituir éstos a partir del momento de la interposición de la demanda, y además, sólo los que correspondan a la parte de la donación que deba reducirse. Respecto a las mejoras, pérdida o deterioro de la cosa, el art. 1.045-2º, dice que «el aumento o deterioro físico (de la cosa donada) posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario».

Expuesto lo que dispone el Código en materia de restitución ante la revocación de donaciones, vemos que también hay lagunas en la regulación de este tipo de restitución. No dice nada el Código de lo que ocurrirá si la cosa a restituir ha sido mejorada, o si ha sufrido deterioros, e incluso la regulación que hace de los frutos resulta, en nuestra opinión, insuficiente. Por ello la doctrina ha propuesto que, en lo referente a los gastos, mejoras y aumentos de valor de la cosa

---

<sup>188</sup> Aunque DE COSSIO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, t. I., Madrid, 1975, pág. 507, considera que la «reducción no consiste, como pudiera creerse, en la restitución de los bienes llamados, sino en el pago... del valor del exceso». También el art. 1.045 C.C., dice que «no han de traerse a colación... las mismas cosas donadas, sino su valor...».

donada, la equidad exige que se indemnicen conforme a las reglas de la posesión de buena fe<sup>189</sup>.

También respecto a la restitución de frutos la doctrina considera aplicables las normas reguladoras de la liquidación del estado posesorio. Ahora bien, algún autor critica la actitud de la doctrina al estudiar esta restitución de frutos, puesto que se limita a decir que «los preceptos son extremadamente justos y concluyen que ni requieren aclaración ni han de motivar dudas ni dificultades»<sup>190</sup>. Sin embargo, como acabamos de apuntar, consideramos esta regulación insuficiente, lo que provoca que se planteen dudas en determinadas cuestiones. Así, cabe plantearse qué ocurre con los gastos que haya originado al donatario la producción, recolección y conservación de los frutos que se deban restituir. La solución que se propone, de acuerdo con la remisión general que se hace a los artículos de la posesión, es que el donante debe abonarlos al donatario, remitiéndose a los arts. 336 y 451 C.C.<sup>191</sup>

Respecto a si deben restituirse sólo los frutos percibidos o también los debidos percibir, en principio las soluciones son tres: la primera es considerar que, puesto que el Código habla sólo de frutos percibidos, los debidos percibir no hay que abonarlos en ningún caso<sup>192</sup>; la segunda, consiste en considerar que bien desde la interposición de la demanda, en unos casos, bien desde el incumplimiento de las cargas, en otro, deben restituirse tanto los frutos percibidos como los debidos percibir, pues esta es la regla general; y, la tercera, sería pensar que la restitución

---

<sup>189</sup> DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., págs. 345 y 346.

<sup>190</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado*, t. XI, vol. 2º, cit., pág. 900; MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil*, t. V, Madrid, 1951, pág. 198; DÍAZ ALABART, S., «Comentario a los arts. 649 y 650 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., pág. 463.

<sup>191</sup> DÍAZ ALABART, S., «Comentario a los arts. 649 y 650 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., pág. 464.

<sup>192</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, cit., págs. 160, 162 y 165; CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (II)», *A.D.C.*, 1988, I, págs. 29 y 30.

de unos u otros frutos dependerá de la buena o mala fe del donatario<sup>193</sup>.

En cuanto a los deterioros o perjuicios ocasionados en la cosa mientras el donatario es dueño, se dice que la eventualidad de la revocación no es razón suficiente para que se indemnicen<sup>194</sup>. Así, apunta la doctrina que no habiendo regulación expresa hay que acudir al art. 457 C.C., en materia de posesión, e interpretarlo del siguiente modo: «El donatario de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa donada, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El donatario de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor

---

<sup>193</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 3º, cit., pág. 70, plantea esta posibilidad. Por esta solución se inclina DÍAZ ALABART, S., «Comentario a los arts. 649 y 650 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., pág. 468; RIVERO HERNANDEZ, F., «Compraventa y permuta», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, *Elementos...*, t. II, vol. 2º, 1995, cit., pág. 56.

<sup>194</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 3º, cit., pág. 146. Aunque estas ideas las manifiesta en el epígrafe dedicado a la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos, consideramos que es aplicable también a los demás casos de revocación; RAMS ALBESA, J., «La donación», cit., pág. 105 y sigs., ha eliminado el párrafo del antiguo volumen 3º; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, vol. 2º, cit., pág. 165; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 349, entienden, en este caso al hablar de la revocación por incumplimiento de cargas, aunque consideramos la idea aplicable a los otros supuestos, que «la liquidación del estado posesorio se aborda parcialmente en el párrafo 2º del artículo 651, pues sólo se ocupa de los frutos de la cosa donada. El donatario debe devolver los percibidos desde que dejare de cumplir la condición (carga). El Código civil lo trata desde ese momento como un poseedor de buena fe al que se interrumpe legalmente la posesión (vid. art. 451, p. 1º). No lo trata como un poseedor de mala fe, en cuanto no le obliga a devolver "frutos percibidos y los que el poseedor legítimo (aquí donante o herederos) hubiera podido percibir" (vid. art. 455). Por tanto, para la liquidación de otras partidas (gastos necesarios, mejoras, deterioro o destrucción de la cosa) se aplicarán las normas generales de los artículos 451-457, en lo que atañen a los poseedores de buena fe. Este punto de vista del Código no es criticable. No hay posesión indebida o no legítima por el mero hecho de no cumplir la carga, ya que el donante puede o no revocar la donación, en otras palabras, puede o no darle importancia al incumplimiento».

cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa donada al donante»<sup>195</sup>.

Es decir, en caso de que obrara de buena fe, que se presumirá siempre antes de la interposición de la demanda, no deberá restituir, pero si obra de mala fe, deberá restituir su valor, de acuerdo con el art. 645. Pero, además, hay que tener en cuenta que «destruida o menoscabada en poder del donatario la cosa donada, se presumirá que fue por su culpa (art. 1.183), por lo que responderá por tal pérdida a menos que pruebe que no fue culpable o que esté exento de responsabilidad incluso por culpa. La buena o mala fe apreciables en el donatario estarán generalmente ligadas a no haberle sido o sí haberle sido demandada ya la revocación de la donación»<sup>196</sup>.

#### § 4. Unidad de los efectos de los distintos tipos de resolución.

Por último, conviene que nos volvamos a referir a la cuestión de si son los mismos los efectos que producen los diversos supuestos de resolución.

---

<sup>195</sup> DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., pág. 341.

<sup>196</sup> DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 645 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 2º, cit., pág. 341, si bien lo dice con ocasión de la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos. Al igual que en el caso de enajenación de la cosa, en este caso de pérdida o deterioro, considera conveniente distinguir tres momentos: 1) desde que se donó el bien hasta que se produce el evento que puede dar lugar a la revocación, como el donatario es dueño de la cosa, no responderá de nada tanto si la cosa se perdió o deterioró mediando culpa o no del donatario, pero sí responderá en los casos en que se justifique haber procedido con dolo (art. 457); 2) desde que se produce el hecho que puede dar lugar a la revocación hasta la demanda, el donatario sigue siendo propietario absoluto, por lo que parece que la solución debe ser la misma que la que acabamos de ver, 3) a partir de la demanda, al no ser el donatario ya propietario absoluto, en el sentido de que conoce que en cualquier momento puede perder la propiedad, se le debe considerar como poseedor de mala fe.

La resolución, cualquiera que sea, implica la celebración de un contrato válido y eficaz, pero que en un momento determinado, y por motivos diversos (que bien puede ser el incumplimiento, se haya pactado o no por las partes, o bien puede ser la realización de un determinado evento que en el momento de la celebración del contrato era futuro e incierto), deja de producir efectos tanto para el futuro como para el pasado, con lo que no se producirán los efectos normales del contrato que todavía no se habían producido, y, además, se borrarán los ya existentes en el pasado. Y esto ocurre en todo tipo de resolución, por ser las notas características que forman parte de ésta.

Lo que ya no será exactamente lo mismo en cada uno de los casos de resolución es el proceso a través del cual se puede llegar a producir<sup>197</sup>. Es decir, en unos casos se conceden más facultades al juez que en otros, o se permite ejercitar la resolución a una de las partes y no a la otra, o se exige una notificación o requerimiento etc., pero esto, como ya hemos señalado, no son propiamente efectos.

Ahora bien, una vez se admite, por el juez o por las partes, que el contrato va a resolverse, los efectos de la resolución, entendida ésta como una forma de deshacer una relación contractual válida en un

---

<sup>197</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.246; DÍAZ ROMERO, M. R., «La jurisprudencia en torno a la liquidación de mejoras útiles en los supuestos de resolución contractual», *A.D.C.*, t. XLIX, fasc. IV, oct.-dic. 1996, págs. 1.753 y 1.754, afirma que «aún teniendo en cuenta que la facultad resolutoria por incumplimiento no es una verdadera condición, el legislador la trata sistemáticamente en sede de condiciones, y ello es razón de suficiente peso para entender que quiso, con ello, que se aplicara la normativa de éstas a los efectos de la resolución por incumplimiento», a lo que, más adelante añade: «La consecuencia práctica del ejercicio del derecho de resolución y el cumplimiento de la condición resolutoria es la misma, la resolución del contrato con los consiguientes efectos retroactivos y, por lo tanto, restitutorios. Aunque no olvidemos que difieren en el mecanismo de resolución, ya que el art. 1.124 concede una facultad que puede ser o no ejercitada por el perjudicado, y sólo desde el momento de su ejercicio se entenderá resuelto el contrato, y el art. 1.123 produce la resolución automática tras el cumplimiento de la condición, siempre que, claro está, así lo quiera la parte afectada por la condición...».



principio, son necesariamente los mismos en todos los casos, al menos, con carácter general el efecto liberatorio y el efecto restitutorio.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha manifestado esta idea en alguna de sus sentencias. Por ejemplo, la Sentencia de 24 de febrero de 1988 (R.A. 1.301; La Ley, 1988-2, 826), referida a la resolución por incumplimiento del art. 1.504, dispuso que «se produce una situación de incumplimiento del artículo 1.504 del Código civil que, según reiterada jurisprudencia (SS TS de 4 de octubre de 1986 —R 5.237 —; 30 de octubre de 1986 —R 6.065 —; 26 de enero de 1987 —R 355 —; entre otras), no contradice, sino que complementa, lo dispuesto en el artículo 1.124, cuyos efectos resolutorios específicos enlaza también la jurisprudencia, con los de la resolución que se produce por incumplimiento de una condición resolutoria (SS TS de 21 de noviembre de 1963 —R 4.638 —; 17 de enero de 1986 —R 104 —; 17 de junio de 1986 —R 3.554 —; 21 de abril de 1987 —R 2.719 —; entre otras)...»<sup>198</sup>.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1944 (R.A. 223) dice que si bien el art. 1.504 atiende al supuesto del pacto resolutorio expreso, mientras que el art. 1.124 a la condición resolutoria tácita, en los dos «el régimen jurídico de la resolución contractual es único, como únicos son los supuestos que pueden autorizarle e idéntico por tanto el criterio que debe presidir la resolución de los casos que al juzgador se plantean en torno a la expresada cuestión».

Los efectos que produce la resolución son los mismos. Sin embargo, hay que plantearse, y ello lo iremos viendo a lo largo del presente trabajo, si la regulación de estos efectos es la misma, según provengan de uno u otro tipo de resolución. Es decir, lo que nos queda

---

<sup>198</sup> Esta misma idea puede deducirse de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1977 (R.A. 3.053) y de 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554).

por averiguar es si la restitución de la prestación consecuencia de la resolución por incumplimiento se regirá por las mismas normas, por ejemplo, que la restitución de la prestación consecuencia de la resolución por cumplimiento de una condición resolutoria expresa. Concretando todavía más, si será el mismo el régimen de restitución de los frutos, de abono de mejoras o de restitución en caso de pérdida o deterioro de la cosa o si la propiedad se readquirirá de la misma manera en unos casos y en otros.

De este modo, con el efecto liberatorio se extingue la relación, con el efecto restitutorio las partes vuelven a la situación primitiva, anterior a la celebración del contrato, y con el efecto resarcitorio se trata de colocar a la parte cumplidora en la situación que se encontraría si el contrato hubiera llegado a buen fin, o dicho de otro modo, se trata de corregir las consecuencias dañosas del incumplimiento<sup>199</sup>. De ahí que no deba perderse de vista la relación existente entre el efecto restitutorio y el efecto resarcitorio, porque, como ha puesto de manifiesto algún autor, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tendido a atribuir al efecto restitutorio una finalidad resarcitoria con lo que se llegaba a situaciones injustas en las que se tendía a beneficiar excesivamente al contratante cumplidor<sup>200</sup>.

Podemos afirmar, pues, que, en general, toda resolución del contrato produce, al menos y siempre que alguna de las prestaciones se haya cumplido, dos efectos. El primero de ellos y fundamental puesto que se produce en todo caso es el efecto liberatorio, que opera *ex nunc*, respecto de las prestaciones todavía no realizadas, que en virtud de la resolución cesa la obligación de realizar. El segundo de los efectos sólo se dará en el caso de que alguna de las prestaciones del contrato se haya

---

<sup>199</sup> Siempre que entendamos que con la indemnización se trata de proteger el interés contractual positivo, puesto que hay autores que, como vimos, consideran que el interés protegible es el negativo.

<sup>200</sup> LUMINOSO, A., «Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento», cit., págs. 19 a 37.

ejecutado. Este es el efecto restitutorio o recuperatorio, relativo, por tanto, a las prestaciones ya realizadas, y del que cabe plantearse si opera *ex tunc*, ya que, como veremos en el epígrafe siguiente, se ha afirmado que con este efecto se trata de eliminar las consecuencias de la ejecución total o parcial del contrato, lo cual nos introduce en el tema de la retroactividad o irretroactividad de la resolución<sup>201</sup>.

Teniendo en cuenta estos dos efectos, vemos que no es posible afirmar sin más, como se ha venido haciendo tradicionalmente, que la resolución produce efectos retroactivos. La resolución produce, en principio los dos efectos que hemos visto, y sólo respecto del efecto

---

<sup>201</sup> En relación con el tema, puesto que en Derecho italiano se considera que la sentencia en la que se establece la resolución es constitutiva, la doctrina italiana se planteaba cómo era posible que, teniendo este carácter, la resolución tuviera eficacia retroactiva. Así, se consideraba necesario conciliar estas dos afirmaciones.

La clave del problema, concluyó la doctrina italiana, estaba precisamente en distinguir entre el efecto liberatorio y el efecto restitutorio, de modo que la sentencia que pronuncia la resolución es constitutiva únicamente respecto del efecto liberatorio. Sólo distinguiendo entre estos dos efectos es posible conservar la eficacia *ex nunc* de la sentencia constitutiva sin vaciar de contenido el carácter retroactivo de la restitución, que en Derecho italiano viene impuesto en el art. 1.458-1 C.C. Es decir, la sentencia constitutiva determina un cambio *ex nunc* mediante el efecto liberatorio, al cual la ley añade un efecto *ex tunc*, el recuperatorio (MACRÍ, G. B., «Risoluzione per inadempimento e interessi sulle somme da restituire», cit., págs. 16 a 18; SCOGNAMIGLIO, G., «Obbligazione restitutoria dell'alienante nella rescissione di compravendita ed interessi moratori», cit., pág. 1854; DALMARTELLO, A., «Risoluzione del contratto», cit., 145 y sigs; SPALAROSSA, R., «La risoluzione del contratto per inadempimento», cit., págs. 892).

Posteriormente la jurisprudencia italiana recogió estas ideas. Así, la Sentencia de Cass. 7 de mayo de 1976, en *Rep. Giur. It.*, 1976, voz «Obbligazioni e contratti», núm. 236, había establecido que el pronunciamiento de la resolución del contrato, produce dos efectos; a) Un efecto liberatorio, relativo a las prestaciones todavía no realizadas, y que ya no deberán realizarse; b) un efecto restitutorio, relativo a las prestaciones ya realizadas, que cada parte tiene derecho a repetir de la otra. Así pues, mientras el efecto liberatorio se manifiesta *ex tunc* y responde al carácter constitutivo del pronunciamiento, el efecto restitutorio, sin embargo, no puede sino actuar retroactivamente. Las cosas recibidas deben por tanto ser restituidas con todos los accesorios y las utilidades que en el periodo intermedio se hayan producido... En el mismo sentido, Cass. 10 de mayo de 1980, núm. 3.073, *Rep. Giur. it.*, 1980, pág. 420; 23 de agosto de 1985, núm. 4.510, *Rep. Giur. it.*, 1985, pág. 398; 12 de junio de 1987, núm. 5.143, *Giust. civ.*, 1987, t. I, pág. 2.222, entre otras.

restitutorio cabe plantearse si opera retroactivamente<sup>202</sup>. Tradicionalmente se ha afirmado que la resolución produce efectos retroactivos, entendiendo la retroactividad en el sentido de que restituyéndose las prestaciones, las partes tienden a colocarse en la posición anterior al contrato, pero el problema de la retroactividad va más allá de esta afirmación.

Así pues, cuando nos preguntamos, como más adelante haremos en el epígrafe correspondiente, si la resolución produce efectos retroactivos, léase, según hemos dicho, si la restitución tiene eficacia retroactiva, a lo que nos estamos refiriendo es a si las prestaciones deben restituirse en el estado en que se encuentren, en cuyo caso no habría retroactividad, o si las prestaciones deben restituirse en el estado en que se encontraban al tiempo en que fueron entregadas, de modo que sí se podría hablar de retroactividad, con las repercusiones que una u otra consideración tienen tanto en la cuestión de si se readquiere la propiedad o es que nunca se perdió, como en tema de frutos, mejoras, deterioros, etc.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> Aunque también hay autores que vienen a decir lo mismo planteándolo justo al revés. Así, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, pág. 260, afirma que «la resolución por incumplimiento cancela retroactivamente los efectos del contrato, y, en virtud de su efecto retroactivo, tiende a colocar a las partes en la misma situación que si el contrato no se hubiera celebrado. Este efecto se produce y consigue principalmente mediante la restitución de las prestaciones que se hayan realizado y la extinción de realizar o ejecutar las obligaciones todavía no cumplidas».

<sup>203</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pág. 260, dice que «el efecto de la retroactividad plantea cuestiones más complejas como son la suerte que han de correr los frutos producidos por las cosas entregadas hasta el momento en que se produce la restitución, el mantenimiento o la cancelación de los actos de administración realizados por el deudor cuyo derecho sobre la cosa se resuelve, y finalmente el régimen de las expensas realizadas y deterioros ocasionados a las cosas objeto del contrato».



## **CAPÍTULO II: RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN**



## CAPÍTULO II: RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN.

Como hemos indicado anteriormente, en nuestra opinión es del efecto restitutorio del que puede predicarse el carácter retroactivo, y será este aspecto uno de los más relevantes de nuestro estudio, por cuanto que la posibilidad o no de cancelar *ex tunc* los efectos del contrato nos va a crear uno de los principales problemas, dada la ausencia de régimen uniforme. Además, hay que tener en cuenta, en relación con el efecto restitutorio en los contratos traslativos del dominio, que en la resolución no se trata de restituir únicamente el bien objeto del contrato, sino la propiedad que se había perdido.

Tradicionalmente<sup>204</sup>, tal y como apuntábamos al finalizar el epígrafe anterior, se ha optado por afirmar sin más que la resolución del contrato produce efecto retroactivo, tanto por la doctrina<sup>205</sup>, como

---

<sup>204</sup> En la doctrina francesa, DURANTON, M., *Cours de Droit Civil*, cit., pág. 239; LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique del Obligations*, t. II, págs. 250 y sigs.; AUBRY, C., y RAU, C., *Cours de Droit Civil Français*, t.IV, cit., pág. 81; HUC, T., *Commentaire théorique-pratique du Code Civil*, t. VII, cit., págs. 340 y 372; JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, t. II, cit., pág. 201; CARBONNIER, J., *Théorie des obligations*, París, 1963, pág. 244.

<sup>205</sup> En España, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios*, t. III, Madrid, 1982, págs. 81 y 82; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, t. I, *Parte General*, Valladolid, 1925, pág. 461; PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Traducción al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M., t. II, vol. 1º, cit., pág. 197 a 199; DE BUEN, D., *Derecho Civil Español Común*, cit., pág. 488; ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», cit., págs. 142, dice que «es verdad que las actuaciones (prestaciones, etc.) son hechos que, materialmente, no pueden borrarse. Ni es posible retrotraer el tiempo, ni el curso de los hechos. Pero lo característico de la acción humana... es que unos mismos acontecimientos fácticos pueden ser dotados de muy



por la jurisprudencia, aunque con excepciones, como luego veremos. Ahora bien, el tema de la retroactividad o irretroactividad de los efectos de la resolución ha sido puesto en duda por otra parte de la doctrina, que entiende que la resolución produce únicamente efectos *ex nunc*<sup>206</sup>.

diversos "sentidos" o significaciones... Por esto las prestaciones que tuvieron el sentido de un traspaso de hecho de la cosa, de una transferencia de propiedad..., podrán perder esa significación, y, que, desde un momento futuro, y en méritos de una acción resolutoria, retroadquieran, para desde entonces en adelante, otro sentido nuevo, en de haber sido, en su día, unas "prestaciones sin causa"; CASTAN TOBEÑAS, J., en *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. IV, cit., pag. 146, entiende que aunque la resolución del art. 1.124 no se considere una verdadera condición resolutoria sí se aplica por analogía a esta condición impropia el efecto retroactivo atribuido a las condiciones propias; ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...*, cit., págs. 237 y sigs; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. 2º, cit., págs. 135 y 136; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.246; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1985: Incumplimiento de contrato; resolución: indemnización de daños y perjuicios. Cláusula penal. Fianza; beneficio de excusión; extinción por novación o prórroga de la obligación principal», *C.C.J.C.*, núm. 9, sept.-dic. 1985, págs. 2.954 y sigs; «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., págs. 3.778 y sigs; JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la Sentencia de 23 de octubre de 1990», *C.C.J.C.*, núm. 24, 1990, pág. 1.105; BADOSA COLL, F., *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, pág. 172; SANTOS BRIZ, J., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., pág. 540; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 105; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos ...* vol. II, cit., pág. 724 y *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 1979, pág. 863, donde afirma que «los efectos de la resolución no sólo se proyectan para el tiempo venidero, sino que se producen con efecto retroactivo. Por consiguiente, cada una de las partes deberá reintegrar o restituir a la otra las cosas o las prestaciones que hubiesen sido entregadas o ejecutadas»; DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral...*, cit., pág. 196. «Decimos en seguida que el sistema español—como además todos los ordenamientos jurídicos románicos—ha elegido esta segunda hipótesis, así que la regla general es que la resolución extingue el vínculo como si el contrato nunca hubiera sido concluido»; RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 176; ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 277, afirma que «la doctrina entiende que la resolución produce efectos retroactivos, y alcanza a los actos dispositivos y constitución de derechos reales sobre la finca objeto de la restitución. De acuerdo con esta idea se aplica la máxima *resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum.*»; GIL RODRÍGUEZ, J., «Unidad y pluralidad de vínculos», cit., pág. 141.

<sup>206</sup> ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 416, dice que «esta acción resolutoria del art. 1.124 del Código civil ya

En cualquier caso, hemos de dar a la retroactividad una importancia relativa puesto que realmente se trata de una «fórmula normativa de reglamentación de intereses», de modo que «la retroactividad no es un carácter necesario y constante, sino sólo una nota natural y dispositiva, que puede ser excluida por disposición de las partes o por la naturaleza de la relación»<sup>207</sup>.

Con la retroactividad se trata de restablecer entre las partes la misma situación económico-jurídica existente con anterioridad al contrato. Sin embargo, pese a la aceptación que ha tenido por la doctrina y por la jurisprudencia, tampoco encontramos en el Código Civil un precepto que, con carácter general, reconozca la retroactividad de la resolución. Lógicamente, tampoco se dispone nada al facultar la resolución por incumplimiento.

---

hemos dicho que es de tipo rescisorio, cuya naturaleza semejante a la *condictio* tiene un fondo de equidad, y es de carácter personal. Como tal no obra retroactivamente, o *ex tunc*, pues deja a salvo los derechos de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe».

En la doctrina italiana, sostienen el efecto irretroactivo de la resolución, en lo relativo a la restitución de los frutos e intereses: AULETTA, A., *La resolución por incumplimiento*, cit., págs. 140, 272 y 292 y sigs; BIGIAMI, W., «Irretroattività della risoluzione per inadempimento», *Riv. dir. comm.*, 1934, I, págs. 701 y sigs.

<sup>207</sup> LAROMBIERE, M.L., *Téorie et Pratique des Obligations*, t. II, cit., pág. 279; GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni*, vol. IV, cit., pág. 425; MESSINEO, F., *Istituzione di diritto privato*, vol. I, cit., pág. 211; PÉREZ GONZALEZ, B., Y ALGUER, J., *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. I, 2º, vol. 2º, cit., pág. 667; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.102 y 1.103, quién añade que «el legislador ha buscado el criterio mejor y más útil para resolver los conflictos que entre las partes puedan surgir, puesto que según la visión moderna, parece responder mejor al nexo hipotético que por disposición de la parte une el evento previsto a la regulación de intereses concebida, y también más conforme a la función esclarecedora que, según la intención práctica normal de las partes, se asigna al evento respecto del negocio... La retroactividad como fórmula, no es nunca absoluta ni constituye una panacea, sino que resulta flexibilizada o por disposición de las partes o por la naturaleza misma de las cosas»; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 105.

El art. 1.120 C.C., relativo a las obligaciones condicionales sí que se refiere a la retroactividad, ya que establece que «los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla. Esto no obstante, cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición...». Así pues, la retroactividad puede venir justificada, para aquel sector doctrinal que considere aplicables a la resolución por incumplimiento las consecuencias que regula el Código civil para el caso de cumplimiento de la condición resolutoria expresa, por considerar que este artículo también puede resultar aplicable a cualquier tipo de resolución<sup>208</sup>.

Esta misma idea parece desprenderse también de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1977 (R.A. 3.053), en la que se expone: «En primer lugar, relativo a los efectos de la resolución contractual operada por aplicación de la norma del artículo 1.124 del Código civil... la referida resolución lleva como consecuencia la retroacción total de sus efectos al momento mismo del nacimiento del contrato..., a tenor de lo que se dice en el último párrafo del artículo 1.123 del Código civil, hay que estar a lo dispuesto en el párrafo segundo del 1.120 del propio Cuerpo legal...».

Ahora bien, la doctrina se ha cuestionado el ámbito de aplicación del art. 1.120, llegando a descartarse, por un sector de la misma, su aplicación no sólo a la resolución por incumplimiento, sino también a la condición resolutoria expresa, de modo que la retroactividad a la que

---

<sup>208</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 277, acude a este artículo para fundamentar legalmente la retroactividad de la resolución; ALVAREZ VIGARAY, R., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», en *Comentario del Código Civil*, cit., t. II, pág. 95.

se refiere este artículo sólo operaría respecto de la condición suspensiva<sup>209</sup>.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente a favor de la retroactividad sin necesidad de acudir al argumento anterior, diciendo que «la extinción de la relación contractual sobrevinida como consecuencia de la aplicación del artículo 1.124, produce sus efectos no sólo para el tiempo venidero, sino con alcance retroactivo por virtud del cual se ha de volver a un estado jurídico preexistente...; el retorno al estado anterior al vínculo contractual deshecho por modo resolutorio, no quedaría logrado sin su consecuencia natural y lógica del reintegro a cada uno de los interesados, en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato<sup>210</sup>».

---

<sup>209</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., en la pág. 1.096, dice que «aun en las obligaciones de dar, en que el efecto del cumplimiento de la condición retroactúa, habrá que contemplar si este mismo principio puede regir cuando el *dare* no tiene función traslativa, sino restitutoria», y, más adelante, en la pág. 1.100, afirma que «consciente el legislador de la dificultad, cuando no imposibilidad, de cancelar todas las mutaciones sobrevinidas, impone el efecto general de carácter retroactivo con suma cautela, aplicándolo en este precepto a las condiciones suspensivas que afectan a las obligaciones de dar de carácter traslativo, con lo que se descartan los supuestos de obligaciones de hacer o de no hacer, e incluso, según entiendo, las obligaciones que tienen por objeto una restitución...». En el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., págs. 1.735, nota 54.

<sup>210</sup> Véase las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1950 (R.A. 704), 26 de febrero de 1952 (R.A. 724), 19 de octubre de 1957 (R.A. 3.010), 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289), 21 de noviembre de 1963 (R.A. de 1964, 347), 14 de marzo de 1964 (R.A. 1.594), 23 de noviembre de 1964 (R.A. 5.453), 19 de diciembre de 1964 (R.A. 5.449), 16 de octubre de 1967 (R.A. 3.823), 14 de noviembre de 1972 (R.A. 4.289), 28 de junio de 1977 (R.A. 3.053), 8 de abril de 1980 (R.A. 1.368), 11 de enero de 1980 (R.A. 1.412), 5 de mayo de 1980 (R.A. 1.784), 20 de junio de 1980 (R.A. 2.412), 5 de julio de 1980 (R.A. 3.085), 18 de diciembre de 1981 (R.A. 5.272), 8 de mayo de 1982 (R.A. 2.561), 7 de julio de 1982 (R.A. 4.220), 10 de enero de 1985 (R.A. 169), 31 de mayo de 1985 (R.A. 2.837), de 10 de junio de 1985 (R.A. 3.192), 28 de junio de 1985 (R.A. 2.627), 28 de noviembre de 1985 (R.A. 5.910, La Ley, 1986-1, 908), 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554), 1 de junio de 1987 (R.A. 4.021) y 11 de junio de 1991 (R.A. 4.444), 11 de febrero de 1992 (R.A. 1.207), 15 de junio de 1995 (R.A. 4.858) y 23 de octubre de 1995 (R.A. 7.104).

Igualmente, considera el Tribunal que la retroactividad debe predicarse tanto de la resolución por incumplimiento como de los otros tipos de resolución. Así en la Sentencia de 31 de mayo de 1985 (R.A. 2.837) se dice que «la resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiere celebrado, efecto que opera *ex tunc* y que lleva consigo la obligación de restituir a cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiese tenido existencia, sin perjuicio, claro es, del respeto a los derechos de terceros adquirentes de buena fe, y la resolución del contrato supone la extinción de la relación contraída no sólo para el futuro, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones por razón del negocio, cual sucede en los casos de nulidad y rescisión y en la condición resolutoria expresa del artículo 1.123 del Código civil [Sentencias de 14 de noviembre 1962 (R.A. 4.289), 21 de noviembre de 1963 (R.A. 1964, 347), 14 de marzo de 1964 (R.A. 1.594) y 16 de octubre de 1967 (R.A. 3.823)]<sup>211</sup>.

---

Así, por ejemplo en la Sentencia de 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554) puede leerse: «Es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc*, sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código civil al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123...».

<sup>211</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., « Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.247, cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1985 (R.A. 2.837) y de 28 de noviembre de 1985 (R.A. 5.910).

Pero el principio de retroactividad de la resolución tiene excepciones. Así, la colocación de las partes en la situación anterior al contrato exige, en principio la restitución de las prestaciones que sí hubieran sido cumplidas, por lo que si ninguna de las partes ha realizado su prestación, la restitución no es necesaria, basta la extinción *ex nunc* de ambas obligaciones y el nacimiento, en su caso, de una obligación por parte del deudor de indemnizar los perjuicios producidos por el incumplimiento<sup>212</sup>. Es decir, en estos casos no tiene sentido el efecto restitutorio, puesto que nada hay que restituir, pero sí que entran en juego los efectos liberatorio y en caso de que se hubiera producido daño, el resarcitorio.

Otra de las excepciones al principio de retroactividad la encontramos en los contratos de tracto sucesivo. Así pues, cabe plantear, ante la diferente configuración del cumplimiento de los contratos de tracto sucesivo, qué repercusión tiene la resolución por incumplimiento, ya que la dinámica de dichos contratos permite apreciar el incumplimiento y consumación correlativa de algunas prestaciones a las que puede seguir un incumplimiento determinante de resolución.

De este modo, parece evidente descartar la aplicación de una retroactividad en la que los efectos se produjesen no sólo sobre las prestaciones incumplidas, sino también sobre aquellas que ya estén

---

<sup>212</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit. pág. 237. En el mismo sentido MARESCA, G., «Impossibilità della restitutio in integrum e risolvibilità, rescindibilità, annullabilità del contratto», *Riv. Dir. civ.*, 1977, t. II, págs. 78 a 93, que también afirma que la resolución opera retroactivamente entre las partes hasta el momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*) y la retroactividad tiene lugar cuando al menos una de las partes haya cumplido, porque sin ninguna de las obligaciones correspondientes ha sido cumplida, en tal caso falta el presupuesto de la retroactividad y los efectos de la resolución consisten sólo en la disolución del vínculo, y en el nacimiento de una obligación de resarcimiento del daño a cargo de la parte incumplidora. Es decir, si las prestaciones no han sido cumplidas se producen sólo el efecto liberatorio y el rescisorio.

consumadas. Tal regla, si bien no está expresamente recogida en sede de resolución, se puede considerar aplicable.

En el contrato de tracto sucesivo, al que más adelante nos dedicaremos más detenidamente, la práctica jurídica nos permite observar cómo estos contratos tienen básicamente como objeto bienes o prestaciones que por su condición hacen muy difícil volver a una situación anterior, entre otras cosas porque las partes han ido viendo satisfechos sus intereses a medida que las prestaciones se iban cumpliendo. Así DÍEZ-PICAZO añade que «la regla de la retroactividad de los efectos resolutorios... no se aplica cuando la resolución afecta a relaciones obligatorias duraderas, que total o parcialmente se encontraban ya consumadas. La resolución en tales casos extingue el vínculo obligatorio con efectos *ex nunc*»<sup>213</sup>. Para justificar la retroactividad en la resolución del art. 1.124 se ha afirmado también que «si no se admitiera el efecto retroactivo carecería de explicación suficiente el ap. 4 del art. 1.124 y la remisión que contiene a los arts. 1.295 y 1.298 y a la ley hipotecaria, tendente a evitar que la restitución consiguiente a la resolución perjudique a los terceros adquirentes de buena fe<sup>214</sup>».

En el derecho italiano, el art. 1.458 del Codice Civile también regula la retroactividad de los efectos de la resolución al decir que la resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, si bien exceptúa la retroactividad en el caso de los contratos de ejecución periódica o continuada. Es decir, con la resolución se obliga a la restitución de la prestación que se hubiera cumplido con efectos *ex tunc*, al momento de la celebración del contrato<sup>215</sup>. Igualmente, también se preve la retroactividad para el caso

---

<sup>213</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 724.

<sup>214</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., traducción al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M., t. II, vol. 1º, cit., pág. 197.

<sup>215</sup> En Italia, tanto con referencia al anterior Código Civil como al actual, GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni*, vol. IV, cit., pág. 228; MESSINEO, F., *Istituzione*

de cumplimiento de la condición resolutoria expresa en el art. 1.360 del Código Civile, donde se dice que los efectos del cumplimiento de la condición se retrotraen al tiempo en el que se concluyó el contrato.

La obligación restitutoria, que se configura como una deuda de valor, implica o bien la restitución de la cosa, si la prestación tenía por objeto un bien determinado, o bien de su equivalente pecuniario. En este sentido, la jurisprudencia italiana (Cass. 2.456/69) añade que la determinación de los valores que haya que restituir se lleva a cabo por referencia al precio existente en el momento en que se produce la resolución, y no al precio del momento de la celebración del contrato, afirmación que pone en duda toda la teoría de la retroactividad. Además, también contribuye a poner en duda esta teoría el hecho de que los frutos e intereses que produzca la cosa objeto de la prestación sólo deben restituirse desde el momento de la sentencia que determine la resolución y no desde el momento en que se tomó posesión de la cosa<sup>216</sup>.

---

*di diritto privato*, vol. I, cit., pág. 211; *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 3º, Diritto delle obbligazioni (Parte generale), Milán, 1959, pág. 684; SACCO, R., *Il contratto*, cit., págs. 945 y sigs; SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, cit., pág., 234; RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª ed. italiana, anotada y concordada con la legislación española por SERRANO SUÑER, R., y SANTA-CRUZ TEJEIRO, J., t. I, *Introducción y parte general. Derecho de las personas. Derechos reales y posesión*, Madrid, 1979, pág. 301; BELFIORE, A., voz «Risoluzione per inadempimento», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Milán, 1989, pág. 1.328; GRASSO, B., «Comm. al art. 1458», in *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di PIETRO PERLINGIERI, Nápoles, 1991, pág. 748; PELLEGRINI, G. M., «Commentario al art. 1.458 del Codice Civile», in *Codice Civile*, a cura di RESCIGNO, Milán, 1992, págs. 1.641 y sigs.; GALGANO, F., «Degli effetti del contratto», *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1993, pág. 9, también dice que si se trata de la resolución por incumplimiento se resuelve con efecto retroactivo entre las partes (art. 1.458), o sea, desde la fecha del contrato.

La jurisprudencia así lo establece. En Cass., 30 aprile 1958, n. 1442, *Giust. civ.*, Mass. 1958, 521, se dice que por efecto de la retroactividad inherente a la resolución, el actor puede readquirir la cosa, con efecto *ex tunc*, cuando ésta exista todavía en manos de la otra parte... ».

<sup>216</sup> Cass. 23 luglio 1964 n. 1986, *Giust. civ.* 1965, I, 132.



Ahora bien, tanto en el derecho alemán como el suizo se afirma que la resolución no opera retroactivamente y que las restituciones obedecen a reglas de enriquecimiento sin causa, siendo esta obligación de restituir de carácter personal y teniendo en cuenta que el efecto liberatorio interviene solamente *ex nunc*. En el *Common Law* tampoco se considera la retroactividad como una regla absoluta<sup>217</sup>, más bien es la irretroactividad la que se considera regla absoluta. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la regla general es la de la irretroactividad porque «se parte de la contemplación de contratos en que ninguna de las partes ha ejecutado sus prestaciones, y de contratos de tracto sucesivo... Pero cuando los contratos son de tracto único y han sido ejecutados por una de las partes, la que resuelve, la extinción no sólo tiene efectos *ex nunc* sino también *ex tunc*»<sup>218</sup>. La cuestión se reconduce, también, a la idea de enriquecimiento sin causa.

---

<sup>217</sup> CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos...*, cit., pág. 222, afirma que «la resolución por incumplimiento sólo produce efectos desde el momento que el acreedor "elige" resolver, no dispensa ni al deudor ni al acreedor de cumplir aquellas obligaciones debidas antes de la resolución», pero también es posible exigir la restitución, pues «resuelta la relación obligatoria, si el acreedor ha cumplido total o parcialmente su obligación, puede preferir, en lugar de exigir indemnización, si se dan las circunstancias para que ello sea posible, ejercitar una acción restitutoria», pero «si el acreedor había transmitido la propiedad del bien, no puede ejercitar acción para recuperar el bien, sino que tendrá que exigir indemnización (*damages*), o el precio pactado (*agreed sum*)... Para evitar esta situación es frecuente pactar que la propiedad del bien no pasará al comprador hasta que se haya pagado el precio..., de manera que mientras el comprador no pague el precio pactado, se le tiene por depositario (*bailee*), y si deja de pagar, el vendedor está legitimado para recuperar los bienes que se encuentren en su poder».

<sup>218</sup> CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 487, y añade que «la diferencia fundamental se encuentra en que mientras en nuestro sistema la resolución, cuando tiene efectos retroactivos, da lugar a la restitución de las mismas cosas que fueron objeto del contrato..., en el Derecho inglés siempre consiste en una cantidad de dinero...».

## § 5. Fundamento de la retroactividad

La doctrina, principalmente la italiana y la francesa, intentó justificar la retroactividad con los siguientes argumentos<sup>219</sup>:

Para GASCA<sup>220</sup> la retroactividad de la resolución por incumplimiento se justifica acudiendo a la voluntad presunta de las partes, así como a la analogía con la condición resolutoria expresa. GIORGI<sup>221</sup> expone que, según los autores las razones de la retroactividad se encuentran en la presunta intención de las partes y en la naturaleza de la condición resolutoria, que, una vez cumplida, tiene efecto retroactivo. Pero según él, sólo la primera de estas dos razones puede tenerse en cuenta, puesto que, a su parecer, la condición resolutoria expresa es una institución jurídica muy diversa de la resolución por incumplimiento.

---

<sup>219</sup> Seguimos en este punto la exposición hecha por ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., págs. 237 a 239; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», en *Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.101 y sigs., refiriéndose a la retroactividad de la condición, comienza por advertir que ha perdido buena parte de su interés la fijación del fundamento del principio de retroactividad, y expone la polémica doctrinal diciendo que para unos hay que buscar el fundamento del principio de retroactividad en una *ficción legal*, para otros, la retroactividad sirve para obtener una *realidad jurídica* presente aproximadamente igual a la que existiría de no haberse dado el periodo de pendencia. Según una tercera posición, el negocio ha de producir efectos inmediatamente, si bien de un modo distinto al que prevalecerá cuando la condición se cumpla, por lo que, en vista de la *preexistencia del negocio*, la condición viene a revelar, a confirmar si se quiere, que tales efectos ya se estaban produciendo, y tal es el sentido de la retroacción. Finalmente, cabe pensar que el fundamento de la retroacción se encuentre en la *voluntad presunta de las partes*».

<sup>220</sup> GASCA, C.L., *Tratatto della compravendita civile e commerciale*, vol. II, Turín, 1915, pág. 647. Así, este autor afirma que «la otra consecuencia de la resolución del contrato, sea convencional o judicial, es su retroactividad. La resolución opera *ex tunc* y tiene el mismo efecto de la condición resolutoria, pone las cosas en el estado en que se encontraban si el contrato no hubiere tenido lugar, en cuanto sea posible».

<sup>221</sup> GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni*, t. IV, cit., pág. 228, dice que las razones de esta retroactividad se encuentran, según los escritores, tanto en la presunta intención de las partes, como en la naturaleza de la condición resolutoria verdadera y propia, la cual, la cual, al igual que la suspensiva, una vez cumplida, tiene efecto retroactivo. Pero de estas dos razones elijeremos solo la primera: es decir, la presunta intención de las partes.

Siguen también la posición anterior, en la doctrina francesa HUC<sup>222</sup> y JOSSERAND<sup>223</sup> quien también la justifica basándola en la voluntad de las partes, y considera que operaría igual que la condición resolutoria ordinaria.

Sin embargo, otro sector doctrinal ha criticado esta fundamentación jurídica. Así, se ha dicho que el fundamentar la retroactividad de la resolución por incumplimiento que recoge la ley en la voluntad presunta de las partes se encuentra en la obsesión de la doctrina de finales del siglo pasado en justificarlo todo con ese mismo argumento, pero resulta muy difícil comprobar cuál hubiera sido la voluntad de las partes<sup>224</sup>.

Igualmente se ha criticado la postura que fundamenta la retroactividad en la analogía con la condición resolutoria expresa. Así, se ha dicho que la opinión de que la resolución por incumplimiento tiene efecto retroactivo por analogía con la condición resolutoria, como la de atribuir los efectos que se regulan para la condición resolutoria expresa a la resolución por incumplimiento se basa en la sistemática del Código Civil<sup>225</sup>, reflejo de la empleada por el Código de Napoleón, que también incluye la resolución por incumplimiento en la sección

---

<sup>222</sup> HUC, T., *Commentaire théorique-pratique du Code Civil*, t. VII, cit., pág. 340.

<sup>223</sup> JOSSERAND, L., *Derecho Civil*, traducción de S. CUNCHILLOS, t. II, vol. 1, Buenos Aires, 1950, pág. 270, donde afirma que «como la resolución del contrato es interpretativa de la voluntad de las partes, opera retroactivamente a la manera de la condición resolutoria ordinaria».

<sup>224</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pág. 238.

<sup>225</sup> Por ejemplo, entre otros PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., traducción al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M., t. II, vol. 1º, cit., en la pág. 197 justifica el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento diciendo que «para sentar esta afirmación de principio, nos creemos autorizados por la sistemática del art. 1.124, incluido en la sección de las obligaciones condicionales», y añade que aunque no se trate de una verdadera condición resolutoria «ello no obsta a que se aplique por analogía a esta condición impropia el efecto retroactivo atribuido a las condiciones propias».

dedicada a las condiciones y a continuación del artículo que habla de los efectos de la condición resolutoria, y que es, sin duda, errónea. La posición de la resolución por incumplimiento en el Código Civil ha sido duramente criticada por la doctrina que ha afirmado que «esta sistemática es desacertada y en la actualidad está admitida unánimemente la diversa naturaleza de ambas, por lo que este argumento no tiene fuerza»<sup>226</sup>. En cualquier caso, no es suficiente acudir a la analogía con la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa dando por supuesto que ésta tiene carácter retroactivo sin dar una fundamentación jurídica para este caso.

ENNECCERUS-LEHMANN<sup>227</sup> añaden que si se trata de resolución convencional la restitución de la prestación se justifica en que la parte contraria a la que tiene el derecho de resolver ha de contar con el nacimiento en cualquier momento de la obligación de restituir, y en la resolución por incumplimiento lo justifica precisamente en el incumplimiento. El razonamiento de ENNECCERUS-LEHMANN también ha sido criticado, diciendo en lo referido al derecho convencional de resolución, en realidad ocurre con frecuencia que la parte que no cumple no tenía desde el primer momento el propósito de dejar inejecutado el contrato sino que ha ocurrido por circunstancias posteriores y entonces es difícil decir que en todo momento tiene presente esta posibilidad<sup>228</sup>, y en lo que se refiere a la resolución legal, decir que la retroactividad se fundamenta en el incumplimiento, es decir bien poco acerca de la misma.

---

<sup>226</sup> ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...*, cit., pag. 239.

<sup>227</sup> ENNECCERUS, L.-LEHMANN, H., «Derecho de obligaciones», t. II, vol. 1, del *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLF, M., Barcelona, 1933, pág. 193, nota 6.

<sup>228</sup> ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...*, cit., pag. 239.

Sin embargo, recientemente la jurisprudencia italiana ha encontrado el fundamento de la retroactividad bien en la necesidad de quitar valor a la causa justificativa de las atribuciones patrimoniales, bien en la necesidad de restablecer la situación patrimonial anterior al contrato<sup>229</sup>.

En nuestro Derecho<sup>230</sup> también hay quien ha fundamentado la retroactividad de la resolución por incumplimiento acudiendo a la analogía con la condición resolutoria expresa, o mejor, a la posición sistemática en el Código del art. 1.124, razones por las que le resultaría de aplicación el art. 1.120 C.C., que es el que establece la retroactividad de la resolución<sup>231</sup>. Sin embargo, tiene razón Díez-PICAZO cuando afirma, respecto a la retroactividad de la resolución por incumplimiento, que «puede encontrar apoyo igualmente en el art.

---

<sup>229</sup> Cass., 18 febrero de 1980, núm. 1.192, *Rep. Giur. it.*, 1980; 20 de mayo de 1976, núm. 1.815, *Giur. it.*, 1977, en la que se dispone que la disposición a la que se alude, el art. 1.458 del Codice Civile, con base en la cual la resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, significa sólo que la resolución quita valor a la causa justificativa de las obligaciones que derivan de la relación y produce entonces exclusivamente efectos patrimoniales. Pendiente el juicio de resolución, el contrato no puede considerarse resuelto, aunque el pronunciamiento judicial tenga efecto retroactivo con el fin de restablecer el equilibrio patrimonial.; En el mismo sentido, Cass., 10 de marzo de 1981, núm. 1.357, *Arch. civ.*, 1981, pág. 419.

<sup>230</sup> Las posiciones doctrinales en nuestro derecho en lo relativo a la fundamentación jurídica de la retroactividad vienen expuestas por CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 498 y sigs.

Como resumen de las posiciones doctrinales que vamos a exponer a continuación, la Sentencia de 7 de julio de 1982 (R.A. 4.220) afirma al respecto que la resolución del contrato «arrastraría la extinción de las relaciones contractuales, no sólo para el futuro sino con efectos retroactivos y buscando una *in integrum restitutio*, reproduciendo en lo posible la situación anterior al contrato, con la consecuencia de haber de reintegrarse cada contratante de las prestaciones efectuadas por el contrato, al igual que en los casos de rescisión por lesión (art. 1.295), de anulabilidad (1.303) e incluso de condición resolutoria expresa, como el que contempló la Sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289), con aplicación del art. 1.123, de tal suerte que la liquidación habría de hacerse aplicando para regular la mutua restitución las reglas del art. 1.122, siempre del Código Civil».

<sup>231</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Traducción al *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. II, vol. 1º, cit., pág. 199; JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la Sentencia de 23 de octubre de 1990», cit., pág. 1.105.

1.120, especialmente previsto para las obligaciones condicionales, que resultaría aplicable por la inclusión de la resolución de las obligaciones recíprocas en la regulación de aquella materia. Ahora bien, no debe olvidarse que el sistema de retroactividad de los efectos de la obligación condicional del art. 1.120 debe considerarse específicamente ligado a las condiciones suspensivas, de manera que es muy difícil encajarlo en el supuesto de la resolución, en el que el Código establece reglas especiales en los párrafos segundo y tercero del art. 1.123»<sup>232</sup>.

Hay también autores que consideran que la resolución produce efectos retroactivos al igual que ocurre con la rescisión del contrato, bien apoyándose en la analogía con ésta, bien apoyándose en la remisión que el propio art. 1.124 C.C. hace al art. 1.295<sup>233</sup>. Ahora bien, respecto a ésta última remisión, en nuestra opinión el art. 1.124 la hace sólo en lo relativo a los terceros<sup>234</sup>, con lo que tampoco puede servir de fundamentación.

Sin embargo, esta remisión sí que puede servir de fundamento a la retroactividad en otro sentido. Así, la retroactividad se fundamenta diciendo que si la resolución no tuviera carácter retroactivo no tendría

---

<sup>232</sup>DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, cit. vol. II, cit., pág. 724. En el mismo sentido PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pág. 1.735, nota 54.

<sup>233</sup>ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pag. 254; CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., págs. 1.066 y 1.069.

<sup>234</sup>DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., págs. 3.782 y sigs.; PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Resolución por incumplimiento e indemnización », cit., pág. 1.154; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., págs. 706 y 725; MONTÉS PENADÉS, V.L. «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., nota de la pág. 1.171, según el cual en la primera fe de erratas que acompaña a una de sus impresiones trataron de corregir la remisión, errando a su vez. LÓPEZ Y MELÓN añaden que «nada aclara en este caso el Proyecto del Código Civil, Libro IV, porque el lugar correspondiente a la remisión en el artículo 1.141 figura en blanco». A todo esto podemos concluir diciendo que «el art. 1.124 no pretende una remisión a los preceptos que regulan la rescisión, sino a los nuevos efectos de concretar la protección de terceros adquirentes, las normas que se ocupan de ello dentro y fuera del Código Civil».

sentido la remisión anterior, que evita precisamente que actúe el efecto retroactivo respecto de determinados terceros<sup>235</sup>. No obstante, este argumento tampoco se ve exento de críticas, puesto que «lo que el artículo 1.124-4 C.C. dispone es que los terceros sólo vendrán obligados a restituir cuando no resulten protegidos conforme a los arts. 1.295 y 1.298 C.C. y la Ley Hipotecaria, pero no que esa restitución tenga que producirse de manera que queden las partes igual que si el contrato no se hubiese celebrado»<sup>236</sup>.

Una última fundamentación, que se ha propuesto por la doctrina española, es la que se apoya en la idea de que la resolución es un supuesto de ineficacia contractual sobrevenida, de modo que «cuando el acreedor cumplidor insta la resolución del contrato éste deviene ineficaz desde el momento mismo de su celebración y procede, consiguientemente, la resitución de cuanto se haya realizado en su ejecución»<sup>237</sup>. Sin embargo, en contra de esta argumentación se ha dicho que no es un supuesto de ineficacia sobrevenida del contrato, sino de la relación que surgió a raíz del éste, de modo que el contrato fue eficaz y continúa siendo eficaz<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983: Tercería de dominio. Venta de cosa ajena. Resolución por incumplimiento. Tercero de buena fe. Cuestión nueva», *C.C.J.C.*, núm. 3, sep.- dic., 1983, págs. 719 y sigs.

<sup>236</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 501 y 502; PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit., págs. 1.153 y sigs, para el que «el recurso al pretendido efecto retroactivo o *ex tunc* de la resolución no tiene otro ámbito de juego que el grupo de difíciles problemas relativos al sentido y alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones ya cumplidas (¿que ocurre con los frutos intereses, mejoras o deterioros?) y a la eficacia o no de los actos de administración y disposición de las cosas objeto de aquellas prestaciones, realizados por las partes hasta el momento de la resolución».

<sup>237</sup> JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la Sentencia de 26 de noviembre de 1987», cit., pág. 5.192; «Comentario a la Sentencia de 23 de octubre de 1990», cit., págs. 1.103 a 1.107.

<sup>238</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, cit. vol. II, cit., págs. 705 y 706, 723 y 724.

Vista la dificultad de encontrar una fundamentación jurídica definitiva a la retroactividad de la resolución por incumplimiento, la doctrina ha terminado por afirmar que «la retroactividad es lo más acorde con el sistema general del Código, en que la restitución no constituye un puro deber jurídico liquidatorio, sino que produce efectos recuperatorios en virtud de la sentencia o de la decisión de resolver. Pero entiendo que en lugar de afirmar esa retroactividad con base en un ajuste de la resolución a los principios del sistema, procede estudiar si cabe calificar de retroactivo el alcance de los deberes recíprocos de restitución en punto a frutos, intereses, actos de administración y disposición, mejoras, deterioros y pérdidas»<sup>239</sup>.

Antes de pasar a analizar cómo se lleva a cabo la restitución de la cosa en caso de que haya producido frutos, se hayan introducido mejoras, o se encuentre perdida, deteriorada, etc., hay que tener en cuenta que la doctrina ha distinguido diversos tipos de retroactividad, por lo que consideramos conveniente ver cuáles son estos tipos, para ver cuál es la que se produciría, en su caso, en nuestro derecho respecto de la resolución por incumplimiento.

---

<sup>239</sup> PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit., págs. 1.153 y sigs; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 497 y 498,



## § 6. Clases de retroactividad

Como acabamos de exponer, la retroactividad de la resolución llevaría consigo la obligación de cada una de las partes de restituir lo que por razón del contrato haya recibido de la otra y además en el estado en que lo recibió. Los efectos que se engloban bajo el término retroactividad son muy variados y cambian según los casos.

Se hace precisa una clasificación previa de la retroactividad, por razón de sus efectos, para así poder apreciar a qué clase de retroactividad pertenece la que es propia de la resolución, por incumplimiento o por condición resolutoria, que se regula en nuestro Código Civil. Pero, antes de exponer los tipos de retroactividad que acepta la doctrina, hay que advertir que en la doctrina española todavía hay autores que sólo se refieren a un tipo de retroactividad, la retroactividad real que luego veremos, de modo que cuando aceptan o niegan la retroactividad de la resolución se refieren únicamente a la real, entendiendo que la obligacional no es propiamente retroactividad.

La clasificación de la retroactividad en función de los efectos que produce<sup>240</sup> más utilizada por la doctrina es la que distingue entre retroactividad real y retroactividad obligacional, por un lado, y entre retroactividad absoluta y retroactividad relativa por otro<sup>241</sup>:

---

<sup>240</sup> Como apunta CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos ...*, cit., pág. 250, «la cuestión se centra en determinar cómo afecta la resolución a las relaciones jurídico-reales de las que el contrato ha sido título».

<sup>241</sup> MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Nápoles, 1950, pág. 267-269. Igualmente DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 104, exponen lo siguiente: «La retroacción se divide en *real* y *obligatoria*. La primera supone que las partes, al cumplirse la condición, se encuentran sin más en la misma situación jurídica que si no hubiesen condicionado el negocio. Es automática, opera *ipso iure*. Así, por ejemplo, se entiende que el adquirente bajo condición suspensiva ha sido propietario desde que se realizó el negocio condicional y el enajenante dejó de serlo desde ese momento. La

10. *Retroactividad con efecto obligatorio o retroactividad obligacional*

De acuerdo con este tipo de retroactividad las partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en el estado en que se encontraban en el momento de la celebración del contrato. Es decir, quedan obligadas a situarse recíprocamente en la misma situación en que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato.

Cada una de las prestaciones, y por ello se habla de retroactividad, volverá a su primitivo propietario en el estado en que la entregó. Pero además, y por ello se dice que es obligacional, vuelve al primitivo

---

retroacción *obligatoria* mantiene válido y eficaz todo lo ocurrido *pendente conditione*, pero las partes quedan *obligadas* a colocarse en la situación creada por el advenimiento de la condición. En el ejemplo anterior, al adquirente bajo condición suspensiva hay que *transmitirle efectivamente* la propiedad de la cosa para que pueda ostentar la propiedad sobre ella pues el mero cumplimiento de la condición no le hace propietario»; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.099 y sigs., afirma que el efecto de la retroactividad «puede ser conseguido bien a través de un mecanismo automático, que de algún modo borre o haga desaparecer, sin más, lo ocurrido durante la fase de pendencia, en cuanto se oponga al resultado previsto como consecuencia del cumplimiento de la condición, o bien puede conseguirse estableciendo el deber (o si se prefiere, la obligación) a las partes de realizar lo procedente para que, haciendo desaparecer los obstáculos o impedimentos que puedan haber surgido en el ínterin, se alcance la plenitud de los efectos previstos para la relación tal y como quedará cuando la condición se cumpla. De ahí que se hable de una *revocación real*, esto es, automática, y de una retroactividad *meramente obligatoria*... se habla también, con sentido diverso al anteriormente empleado, de una *retroacción obligatoria*, porque afecta a relaciones de esta naturaleza, y de una *retroacción real*, que trata de hacer desaparecer disposiciones reales efectuadas en el entretiempos»; CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos...*, cit., pág. 250, también recoge esta distinción, diciendo que «la retroactividad es real si la resolución determina la readquisición del derecho real con retransmisión automática. La retroactividad es obligacional si como consecuencia de la resolución las partes quedan simplemente obligadas a colocarse recíprocamente en la situación existente antes de contratar».

propietario, que había perdido la propiedad sobre la cosa, en virtud de un acto de quien la recibió, que había pasado a ser, por el contrato traslativo del dominio, el nuevo propietario. En un contrato traslativo del dominio, el transmitente pierde la propiedad con la entrega de la cosa y la transfiere al adquirente. Con la resolución de dicho contrato el transmitente readquiere la propiedad gracias a un acto del que adquirió la cosa, que con la resolución quedó obligado a restituir.

La retroactividad obligacional admite excepciones, puesto que, si no es posible restituir la cosa por encontrarse en poder de determinados terceros, por ejemplo, se suple la restitución del bien en concreto por la restitución del equivalente pecuniario, respetando la propiedad del tercer adquirente. Así pues, podemos interpretar la retroactividad obligacional en el sentido de que las partes adquieren un puro y simple derecho de crédito a la restitución de la prestación o de su equivalente pecuniario.

#### 11. *Retroactividad real*

Con la llamada retroactividad real<sup>242</sup> se pretende, sin más, es decir, automáticamente, volver a la misma situación jurídica existente con anterioridad a la celebración del negocio en cuestión, por lo que, en principio, no se limitará a producir efectos entre las partes sino que será también oponible a los terceros subadquirentes del bien objeto de la prestación cumplida<sup>243</sup>. También puede entenderse diciendo que es

---

<sup>242</sup> BIGIAMI, W., «Irretroattività della risoluzione per inadempimento», cit., págs. 695 y sigs; AULETTA, A., *La risoluzione per inadempimento*, cit., pág. 249 y sigs; ALVAREZ VIGARAY, R., «La retroactividad de la condición», *A.D.C.*, 1964, t. XVII, fasc. IV, oct.-dic., págs. 829 y sigs.

<sup>243</sup> Recientemente parece ser ésta la retroactividad que el Tribunal Supremo aplica a la resolución. Así, en Sentencia de 9 de junio de 1992 (R.A. 5.176) se dice «al concurrir cuantos requisitos exige el art. 1.504, el contrato quedó automáticamente resuelto de forma extrajudicial y la vivienda volvió a la vendedora por los efectos retroactivos inherentes a la resolución, volviéndose al estado jurídico preexistente». En el mismo sentido, la Sentencia de 15 de junio de 1995 (R.A. 4.858) establece: «La eficacia

aquella que, al producirse la resolución, coloca sin más a las partes en la misma situación jurídica en que estarían si el contrato no se hubiera celebrado.

Consecuencia de lo anterior es que, en este tipo de retroactividad, la readquisición del derecho real que se pretendía transferir mediante el contrato resuelto se produce automáticamente, sin necesidad de ninguna actuación por la parte que lo pretendía adquirir. La readquisición de la propiedad se produce por la sola resolución del contrato. Es decir, resuelto el contrato se considera que el transmitente nunca dejó de ser propietario del bien y que el adquirente nunca llegó a serlo, de modo que la obligación de restitución lo es sólo de la posesión, pero no de la propiedad, puesto que esta nunca se perdió.

En este caso la resolución impide, no sólo la adquisición del derecho por el contratante en cuestión, sino también la de aquellos que sucesivamente hubieran "adquirido" el mismo bien, salvo que opere su favor un título autónomo de adquisición, como la prescripción<sup>244</sup>. Igualmente, el que había tenido en su poder la cosa deberá restituir todos los frutos que ésta hubiera producido y lo mismo deberá hacer el actor, en la resolución por incumplimiento, en el caso de que hubiera recibido parte de la prestación o una prestación defectuosa, salvo la posible compensación de unos frutos con otros.

Algunos autores afirman que esta es la retroactividad que se deriva de la acción de nulidad o anulabilidad, puesto que en ellas verdaderamente el transmitente nunca dejó de ser propietario, aunque también dicen que es la propia de la resolución por cumplimiento de la

---

retroactiva de la resolución, al producir sus efectos desde la fecha de celebración del contrato y no desde la extinción...».

<sup>244</sup> AULETTA, G., *La risoluzione per inadempimento*, cit., pág. 250.

condición resolutoria<sup>245</sup>: este tipo de retroactividad se puede clasificar, a su vez, en absoluta y relativa a la que ya hemos hecho referencia, e incluso algún autor distingue entre retroactividad *ex tunc*, y retroactividad *ex nunc*<sup>246</sup>.

a) Retroactividad real absoluta, es la retroactividad que acabamos de exponer, es decir, una retroactividad oponible a todos los terceros sin mayor distinción. Por ello se la conoce también como retroactividad real *erga omnes*.<sup>247</sup> Este tipo de retroactividad es a la que se refería el Código Civil italiano de 1861 y que tanta polémica creó. Fue precisamente para evitar este tipo de retroactividad por lo que la doctrina italiana comenzó a propugnar la irretroactividad de los efectos de la resolución, en lugar de referirse simplemente a retroactividad obligacional o a retroactividad real relativa, que es la que parece que se recoge en su vigente Código Civil<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pág. 267-269; GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni*, t. IV, cit., pág. 425; SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, cit., pág. 237, afirma que la ley excluye para la cláusula resolutoria expresa por incumplimiento, así como para la mal llamada condición resolutoria implícita «la retroactividad absoluta, característica de la condición»; RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, cit., pág. 301, afirma que «si la condición era resolutoria, el negocio, no desde un cumplimiento, sino desde el principio, se considera como inexistente; todos los efectos producidos se reputan como jamás verificados y se considera la relación como que no ha existido nunca, y mientras se confirman los actos dispositivos hechos por el enajenante, carecen de eficacia los hechos por el adquirente *sub condicione*. Esta retroactividad no es meramente obligatoria, no lleva consigo una obligación de restituir, de anular, de resarcir el daño; es real, actúa directamente sobre las relaciones creadas y sobre los actos realizados *medio tempore*, restableciendo la situación jurídica...».

<sup>246</sup> MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit. pág. 268.

<sup>247</sup> SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, cit., pág. 241, dice, respecto de la condición resolutoria que «la retroactividad de la condición es una retroactividad plena, que no se agota entre las partes de la relación (retroactividad interna o relativa, prevista, por ejemplo, en el art. 1.458 C.C.; cfr. art. 1.303 C.C. esp.), sino que produce también sus efectos frente a terceros (retroactividad externa o absoluta)».

<sup>248</sup> AULETTA, G., *La risoluzione per inadempimento*, cit., pág. 249 y sigs; BIGIAMI, W., «Irretroattività della risoluzione per inadempimento», cit., págs. 695 y sigs.

b) Retroactividad real relativa, que es aquella cuyos efectos se producen únicamente entre las partes o entre éstas y determinada clase de terceros, como los de mala fe o los que han adquirido a título gratuito. Con este tipo de retroactividad, al igual que vimos en la retroactividad obligacional, se trata de proteger a determinados terceros, puesto que quien adquiere en virtud de un contrato corre siempre el riesgo de encontrarse posteriormente despojado de su derecho, normalmente por razones que le son de difícil conocimiento, como, por ejemplo, vicios de la voluntad, o resolución por incumplimiento del contrato que celebró previamente el que le transmitió el derecho.

Dicho de otro modo, la retroactividad real relativa es oponible a los terceros pero dejando a salvo las adquisiciones realizadas por terceros de buena fe, a título oneroso y que hayan inscrito su derecho en el Registro. Ahora bien, sólo una pequeña parte de autores hablan de esta retroactividad<sup>249</sup>. La mayor parte de la doctrina tiende a identificar la retroactividad real con la retroactividad absoluta y desconocen esta categoría.

c) Retroactividad con efecto real *ex nunc* es la que no produce un simple derecho a la restitución, característica propia de la retroactividad obligacional, sino la readquisición del derecho real con retroacción automática al día de la sentencia. Es decir, lo que caracteriza este tipo de retroactividad es que la readquisición es automática (no surge una obligación de retransmitir por parte del adquirente), pero no se entiende readquirido el derecho real desde el momento de la celebración del contrato, sino desde el momento en que recae sentencia decretando la resolución, por lo que, en mi opinión, no se trata de una verdadera retroactividad sino de reconocer al juez el poder de

---

<sup>249</sup> MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit. pág. 268; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pág. 545, la incluye en su clasificación.

retransmitir la propiedad. La propiedad se perdió, pero en virtud de la sentencia se readquiere automáticamente.

d) Retroactividad con efecto real *ex tunc* es aquella en la que el actor readquiere la cosa que había transmitido al demandado con base en el antiguo título, pero su derecho no es oponible a los terceros, salvo los efectos de la inscripción de la demanda de resolución. MOSCO considera que a esta categoría de retroactividad pertenece la del art. 1.458 del C.C. italiano de 1942<sup>250</sup>.

Resumiendo esta exposición de la retroactividad, se habla de una retroactividad llamada obligacional en virtud de la cual las partes están obligadas a restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraban en el momento de la celebración del contrato y en la medida de lo posible, de modo que la readquisición del derecho real transmitido no se produce automáticamente. Esta retroactividad no afecta a terceros subadquirentes de la cosa. Y una retroactividad real, que supone la readquisición inmediata de la cosa objeto del contrato, bien desde el momento de la celebración del mismo, bien desde el pronunciamiento de la sentencia que declara la resolución, y que afecta a terceros subadquirentes, a todos, o bien respeta la adquisición de determinados terceros de buena fe.

## 12. Panorama doctrinal en España

Aunque, como ya hemos visto, la mayor parte de nuestros autores afirman la retroactividad de la resolución, no toda la doctrina opina que de nuestra resolución se obtenga algún efecto retroactivo. En este sentido se ha dicho que «la acción resolutoria por su naturaleza semejante a la *condictio* y por su fondo de equidad, tiene carácter

---

<sup>250</sup> MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit. pág. 268.

personal; no obra retroactivamente, sino *ex nunc*, o deja salvo los derechos de terceros adquirentes de buena fe... si fuera una acción derivada de una condición resolutoria, actuaría a modo de *distractus* en el sentido de restaurar retroactivamente la situación primitiva, reincorporando automáticamente la cosa enajenada al primitivo patrimonio de donde salió»<sup>251</sup>.

Estas afirmaciones, pese a que parece tajante la negativa a la retroactividad, también pueden interpretarse en el sentido de que lo que están negando es que la retroactividad que se deriva del art. 1.124 sea una retroactividad real oponible a terceros en la que la cosa enajenada se reincorpore automáticamente al patrimonio originario. Pero son compatibles con una retroactividad obligacional que deje a salvo las adquisiciones de terceros de buena fe.

En cualquier caso, dada la regulación que ofrece el Código Civil hemos de descartar, respecto de la resolución por incumplimiento, la posibilidad de una retroactividad real absoluta, puesto que por la remisión que se hace al los arts. 1.295 y 1.298 quedan a salvo los derechos de terceros adquirentes de buena fe<sup>252</sup>.

Es posible plantearse la cuestión de si estamos ante una retroactividad real relativa o ante una retroactividad meramente obligacional. Como hemos apuntado anteriormente, algunos autores

---

<sup>251</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario*, t. II, Barcelona, 1954, págs. 341 y 342; ROCA SASTRE, R.M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 416; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit. pág. 533, que considera que la acción resolutoria del 1.124 C.C. es personal *ex nunc* y de efecto restitutorio obligacional y no retroactivo...».

<sup>252</sup> Como antecedente de este párrafo puede citarse el art. 1.043 del Proyecto de C.C. español de 1851, que establecía: «La resolución de que se trata en el artículo anterior, cuando se funde en la falta de pago por parte del adquirente de bienes inmuebles o de otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no ha sido estipulado expresamente e inscrita en el Registro público en la forma prevenida en el art. 20 de este libro. Respecto de los bienes muebles, haya habido o no estipulación expresa, nunca tendrá lugar contra el tercero que los adquirió de buena fé».



afirman que de los antecedentes de esta regulación en el Código Civil se desprende que la retroactividad era una retroactividad real relativa<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios*, t. III, Madrid, 1982, págs. 81 y 82, comenta el texto de este artículo en los siguientes términos: "El Registro público es la única regla y guía para adquirir y conservar con seguridad la propiedad de las cosas inmuebles; el que no tiene fundado en él su derecho para lo uno o lo otro, mal podrá hacerlo valer contra el tercero que adquirió de buena fe e inscribió su derecho. En cuanto a la resolución por falta de pago del precio..., sin los requisitos de este artículo..., quedará aquel advertido de que no se pagó el precio y del riesgo que tiene la adquisición"; PÉREZ GONZALEZ, B., Y ALGUER, J., en sus Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M., t. II, vol. 1º, cit., pág. 197, afirman que «el ejercicio del derecho de resolución, en nuestra opinión, extingue la relación obligatoria como si nunca hubiera sido concluida, teniendo esta extinción efecto retroactivo. Para sentar esta afirmación de principio..., nos creemos autorizados por la sistemática del artículo 1.124, incluido en la sección de las obligaciones condicionales, por el concepto de la condición resolutoria (art. 1.114) y por el efecto retroactivo de las codiciones (art. 1.120)... En rigor, el derecho real de resolución no puede calificarse de condición en sentido tecnico... Pero ello no obsta a que se aplique por analogía a esta condición impropia el efecto retroactivo atribuido a las condiciones propias. Abona el efecto retroactivo la opción que se otorga al perjudicado en el art. 1.124-2 refiriéndose como antitética a dos posibilidades: la exigencia del cumplimiento que equivale al mantenimiento del contrato y la resolución, que es lo contrario al mantenimiento»; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pág. 251 a 253. El autor lo argumenta de la siguiente manera: «Uno de los principales antecedentes de este párrafo del artículo 1.124 es el artículo 1.043 del Proyecto de Código civil español de 1851, que dice así: "La resolución de que se trata en el artículo anterior, cuando se funde en la falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles o de otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no ha sido estipulado expresamente e inscrita en el Registro público en la forma prevenida en el artículo 20 de este libro. Respecto de bienes inmuebles, haya o no habido estipulación expresa, nunca tendrá lugar contra el tercero que los adquirió de buena fe"; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil*, t. III, Madrid, 1954, pág. 82., da una interpretación en tal sentido; BADÍA SALILLAS, A., «En torno al art. 1.504 del C.C....», cit., págs. 51 y 52; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario ...*, t. II, cit., pág. 235, pero sólo respecto de la condición resolutoria expresa y de la derivada del pacto de *lex commissoria*.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 105, también comparten esta opinión, respecto de la condición resolutoria expresa, al afirmar que «la retroacción real es la seguida en la regulación legal de la condición. De ahí que la simplemente obligatoria, como excepción, deba ser objeto de voluntad expresa en la figura negocial creada por las partes (vid. la sentencia de 21 de octubre de 1967). Por otra parte, la normativa de la retroacción es dispositiva, no imperativa (vid. art. 1.120. p. 1), y por ello las partes pueden configurarla como quieran». Ahora bien, Díez-PICAZO parece opinar lo contrario en sus *Fundamentos ...*, vol. II, cit., pág. 363.

Pero otros autores opinan que cabe que se trate de una retroactividad obligacional, porque el hecho de que no sea oponible a terceros de buena fe no está en absoluto reñido con la retroactividad obligacional<sup>254</sup>. Uno de los argumentos que se han dado a favor de la retroactividad obligacional se apoya precisamente en la remisión del art. 1.124 al 1.295 C.C., pues este artículo comienza diciendo: «La rescisión obliga a la devolución...»<sup>255</sup>. Así, del tenor literal de este artículo se desprende que una vez producida la rescisión, la resolución en nuestro caso, la restitución de las prestaciones no opera automáticamente, sino que simplemente obliga a las partes a restituir<sup>256</sup>.

DE CASTRO comenta este artículo diciendo: «La eficacia resolutoria se ha podido considerar retroactiva, pero sólo en el sentido del llamado

---

<sup>254</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 363, afirma que «no es problema que puede entenderse resuelto en virtud de una simple aplicación del art. 1.120. Este precepto ha de ser puesto en relación con los arts. 609 y 1.095 C.C. Ello lleva a la conclusión de que la propiedad sólo nace para el adquirente cuando se haya de considerar efectivamente entregada la cosa, en aplicación de las normas relativas a la tradición. Por tanto, no hay verdadera retroacción y el acreedor sólo adquiere el derecho...».

<sup>255</sup> Pero también se puede argumentar en contra de esta interpretación que el art. 1.124 se remite al 1.295, no en su totalidad, sino sólo en lo relativo a los terceros, y que por tanto no afecta a la resolución como deba llevarse a cabo la restitución de las prestaciones en sede de rescisión.

<sup>256</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio Jurídico*, cit., pág. 527. En el mismo sentido, CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos...*, cit., pág. 252, dice que «aunque el efecto de la rescisión es la de tornar las cosas al estado anterior, en su aspecto económico, no se da el efecto retroactivo real. A diferencia de lo que ocurre con la anulación del negocio, el negocio rescindido no pierde por ello su primitiva condición de válido; de aquí que la rescisión no determine la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, celebrados con base en su validez. El problema consiste en determinar si la remisión que el artículo 1.124.4 hace al artículo 1.295 lo es a los solos efectos de los derechos de terceros o también en cuanto a los efectos propios de la retroactividad de la resolución. En principio, atendiendo al tenor literal del artículo 1.124.4 la remisión se limita a garantizar los derechos de los terceros adquirentes, pero si tenemos en cuenta el apuntado fundamento del efecto retroactivo obligatorio de la rescisión, esto es, que el negocio rescindido no pierde su primitiva condición de válido, podemos concluir que por el mismo fundamento también la retroactividad de la resolución tendrá efecto meramente obligatorio».

efecto retroactivo obligatorio. Ejercitada la acción rescisoria, nace la obligación de devolver las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses; es decir, la de tornar las cosas al estado anterior, en su aspecto económico. No se da, en cambio, el efecto retroactivo llamado real. A diferencia de lo que ocurre con la anulación del negocio, el negocio rescindido, no pierde por ello su primitiva condición de válido. De aquí que la rescisión no determine la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, celebrados en base de su validez».

Pese a la claridad tanto del artículo como del comentario de DE CASTRO en relación con la retroactividad obligatoria, algún autor<sup>257</sup>, al desplazar estas conclusiones relativas a los efectos de la rescisión a la resolución, insiste en decir que se trata de una retroactividad real relativa apoyándose en la idea de que no puede perjudicar al tercero adquirente de buena fe a título oneroso. Sin embargo, en sede de rescisión también se dice que la retroactividad no afectará al tercer adquirente de buena fe y aquí sí admite que se trate de una retroactividad obligacional. No obstante, reiterando los argumentos anteriores, el hecho de que la retroactividad, o mejor, la restitución sea inoponible a determinados terceros es irrelevante a la hora de determinar si se trata de una retroactividad relativa real, o de una retroactividad obligacional<sup>258</sup>.

También encontramos en nuestra doctrina otros autores que entienden que la retroactividad que resulta de la resolución es una retroactividad obligacional, apoyándose en que la resolución se refiere

---

<sup>257</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...*, cit., págs. 254 y 255.

<sup>258</sup> Así, por ejemplo, en Italia es comunmente admitido por la doctrina que la retroactividad a que se refiere el art. 1.458 del *Codice Civile* es meramente una retroactividad obligacional, y, sin embargo, este mismo artículo deja a salvo los derechos de terceros adquirentes de buena fe.

a negocios obligatorios, y por tanto, si dichos negocios no producen efectos reales, tampoco su resolución los puede producir<sup>259</sup>.

Por lo que respecta a nuestra jurisprudencia, también hemos visto que tradicionalmente ha admitido el carácter retroactivo de la resolución. En cuanto al tipo de retroactividad, parece que el Tribunal Supremo se inclina más hacia una retroactividad obligacional.

El Tribunal no se expresa claramente respecto al tipo de retroactividad, pero parece desprenderse una retroactividad obligacional de la Sentencia de 28 de junio de 1977 (R.A.3.053), en la que se dice que la resolución por incumplimiento «no es un supuesto de invalidez originaria, cual sucede en los casos de nulidad absoluta en que el acto viene a quedar como si nunca hubiese existido, no produciendo, por tanto, efecto alguno (*quod nullum est nullum producit effectum*), sino que produce una ineficacia sobrevenida, es decir, que existe un contrato válido... que luego, por una causa posterior deja de producir sus efectos; y además, porque durante el tiempo de su vigencia puede haberse producido alguno...».

En la Sentencia de 31 de mayo de 1985 (R.A.2.837) se señala igualmente que «la resolución del contrato sinalagmático por

---

<sup>259</sup> PÉREZ, GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. I, 2º, vol. 2º, cit., págs. 667 y 718, respecto a la condición resolutoria expresa, afirma, en la pág. 667, que «la fuerza retroactiva atribuida por la ley al cumplimiento de la condición sólo tiene efecto obligatorio, porque en el art. 1.120 se trata meramente de regular efectos de negocios obligatorios. Por tanto, hasta donde alcance el efecto retroactivo las partes vienen obligadas a otorgarse recíprocamente lo que hubieran tenido si el efecto se hubiese producido en el momento anterior», y en la pág. 718, que «el cumplimiento de la condición determina la “resolución” o cesación de los efectos hasta dicho momento producidos, lo que tiene lugar: a) Retroactivamente. b) De manera automática por lo que se refiere a los efectos obligatorios, siendo necesaria la tradición (art. 609) con respecto a los demás cuando el efecto real se siga de la resolución de una relación obligatoria (no en los demás casos cf. art. 609); PINTÓ RUIZ, J.J., «La condición resolutoria tácita», cit., págs. 398-399; DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral...*, cit., pág. 202.

incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiese celebrado, efecto que opera *ex tunc* y que lleva consigo la obligación de restituir a cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiese tenido existencia, sin perjuicio, claro es, del respeto a los derechos de terceros adquirentes de buena fe, tesis mantenida asimismo por esta Sala en las sentencias citadas en el recurso y también en las de 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289), 21 de noviembre de 1963 (R.A. 347- 1964), 14 de marzo de 1964 (R.A. 1.594) y 16 de octubre de 1967 (R.A.3.823), a cuyo tenor la resolución del contrato supone la extinción de la relación contraída no sólo para el futuro, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones por razón del negocio, cual sucede en los casos de nulidad y rescisión y en la condición resolutoria expresa del art. 1.123 del Código Civil»<sup>260</sup>.

Sin embargo, parece que se manifiesta a favor de una retroactividad real, si bien respecto de la resolución del art. 1.504 C.C., la Sentencia de 9 de junio de 1992 (R.A. 5.176), al establecer que «al concurrir cuantos requisitos exige el art. 1.504, el contrato quedó automáticamente resuelto de forma extrajudicial y la vivienda volvió a la vendedora por los efectos retroactivos inherentes a la resolución, volviéndose al estado jurídico preexistente».

Igualmente, en la Sentencia de 15 de junio de 1995 (R.A. 4.859) ante la solicitud del recurrente de que el Tribunal declare su dominio sobre el local, responde éste que «la eficacia retroactiva de la resolución, al producir sus efectos desde la fecha de celebración del contrato y no desde su extinción..., obliga a la desestimación del motivo», lo cual puede interpretarse en el sentido de que no era necesaria la declaración,

---

<sup>260</sup> En el mismo Sentido, las Sentencias de 28 de noviembre de 1985 (R.A. 5.910), 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554) y 21 de abril de 1987 (R.A. 2.719), entre otras.

puesto que por efecto de la retroactividad, el local seguía siendo del dominio del recurrente.

Resultaría prematuro llegar ahora a una conclusión sobre si la resolución por incumplimiento produce o no efectos retroactivos. Para ello es necesario ver cuáles son los efectos de la resolución en relación a los frutos, mejoras, deterioros y pérdida de la cosa que se entregó en virtud del contrato. Una vez vistas las vicisitudes de la restitución de las cosas objeto del contrato estaremos en mejor posición para concluir si nuestra resolución tiene o no carácter retroactivo.

Una vez hecho esto, para determinar si la retroactividad que, en su caso, se da en nuestro derecho es real (siempre relativa) u obligacional es conveniente el análisis de nuestro sistema de transmisión de la propiedad. De este modo, la solución dependerá de si con el contrato que ha quedado resuelto se había transmitido la propiedad del bien objeto de la prestación, con lo que lo único que puede surgir es una obligación de retransmitirla, o no se había llegado a transmitir la propiedad, y en este caso sí se restituiría la prestación automáticamente al contratante cumplidor (en realidad porque todavía es él el propietario), y la única obligación del incumplidor sería restituirle la posesión del bien. De modo que la conclusión acerca del tipo retroactividad de nuestro derecho la vamos a dejar de momento pendiente hasta la segunda parte de la tesis, momento en el cual estaremos en mejores condiciones de pronunciarnos a favor de una u otra clase de retroactividad.

### § 7. Excepción a la restitución y, por tanto, a la retroactividad

Como excepción a la retroactividad, en general, podemos citar, aquellos casos en los que nada puede restituirse puesto que ninguna de las partes ha realizado la prestación que debía. Si las partes no han cumplido con las prestaciones que se establecían en el contrato, ya se encuentran en la misma situación en que estaban antes de la celebración del mismo por lo que no es necesaria la retroactividad, y lo mismo sucede cuando se resuelve un contrato preparatorio de otro contrato.

También cabe hablar de irretroactividad en aquellos casos en los que el contrato sólo se resuelva parcialmente, manteniéndose determinados efectos ya producidos, puesto que en este caso la retroactividad sólo afectaría a la parte que efectivamente se resuelve.

Hay que tener en cuenta que determinados efectos del contrato se mantendrán aun en el caso de resolución de todo el contrato; es más, comenzarán a producirse precisamente al resolverse el contrato. Nos referimos a los que se produzcan en virtud de cláusulas del contrato tendentes precisamente a regular los efectos del mismo para el caso de resolución, como pueden ser las cláusulas penales, pactos de sumisión expresa, regulación de intereses, etc.

En este sentido establece la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en su art. 81, que «la resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución».

En los Principios de Derecho Europeo de Contratos, se dispone en el art. 1.305, párrafo segundo que la resolución no producirá efecto sobre las estipulaciones del contrato relativas a la reglamentación de controversias, así como sobre las demás cláusulas llamadas a producir efecto precisamente en el caso de resolución.

Lo mismo ocurre en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales, de UNIDROIT, que en su art. 7.3.5 deja fuera de los efectos de la terminación del contrato, las cláusulas relativas a la resolución de controversias y las que precisamente estén llamadas a producir efecto con posterioridad a la resolución.

Igualmente, las prestaciones ya ejecutadas en aquellos contratos que no sean de ejecución instantánea se mantienen y la resolución únicamente afectará a la prestación-contraprestación en la que se ha producido el incumplimiento y a las prestaciones que todavía no hubieran sido cumplidas.

Por último, cabe plantearse si entrará en juego la regla de la retroactividad respecto de determinados actos de administración de los bienes objeto de las prestaciones. Vamos a centrarnos en estos dos últimos supuestos por ser los que mayores dudas suscitan.

### 13. *Contratos de tracto sucesivo*

Por contratos de tracto sucesivo, también llamados de ejecución continuada o periódica, hemos de entender aquellos que hacen surgir obligaciones que se repiten en el tiempo para ambas partes, a través de parejas prestaciones (prestación-contraprestación), de modo que el equilibrio se mantiene a medida que vayan cumpliéndose, continuadamente en el tiempo, ambas prestaciones recíprocas.



Ya hemos visto, respecto a estos contratos, como la doctrina unánimemente afirma que se ven exceptuados del efecto retroactivo<sup>261</sup>. La resolución en estos contratos opera sólo para el futuro, *ex nunc*, es decir, sólo actúa el efecto liberatorio, y el resarcitorio en su caso, quedando el pasado inalterado precisamente con el fin de no ocasionar un grave perjuicio para el equilibrio sinalagmático.

El fundamento de esta idea se encuentra en la consideración de que cada una de las parejas de prestación-contraprestación que se van produciendo tienen, tanto desde el punto de vista económico como jurídico, carácter autónomo. Esta autonomía es relativa puesto que las recíprocas prestaciones no tienen como origen contratos diferentes, sino que nacen de un único contrato y por tanto se encuentran relacionadas con las demás, pero pueden económica y jurídicamente individualizarse y separarse del resto de prestaciones, anteriores o posteriores, sin que se vea perjudicada la finalidad del contrato<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique des Obligations*, t. II, cit., pág. 284 y sigs.; GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni*, t. IV, cit., pág. 434; PINTÓ RUIZ, J.J., «La condición resolutoria tácita», cit., pág. 401; ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», cit., pág. 142; DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral...*, cit., pág. 198; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales...*, cit., pág. 133; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.247; JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la Sentencia de 23 de octubre de 1990», cit., pág. 1.108; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 724; PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit., pág. 1.154; «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pág. 1.734; GIL RODRÍGUEZ, J., «Unidad y pluralidad de vínculos», cit., pág. 141; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 503 y sigs.

<sup>262</sup> MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pág. 281; DALMARTELLO, A., «Risoluzione del contratto», cit., 1969, pág. 126 y sigs; MARESCA, G., «Impossibilità della restitutio in integrum e risolubilità...», cit., pág. 85; IUDICA, G., «Risoluzione per inadempimento», *Riv. Dir. Civ.*, 1991, II, págs. 745; PINTÓ RUIZ, J. J., «La condición resolutoria tácita», cit., pág. 401; CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos ...*, cit., pág. 246, quien dice que «se ha señalado que en los contratos de tracto único la retroactividad pretende, como hemos visto, evitar que una de las partes se enriquezca a costa de la otra, lo cual no ocurre en el caso de los contratos de tracto sucesivo respecto de las prestaciones ya ejecutadas por ambas partes con carácter recíproco. Al contrario, la retroactividad, en estos casos, produciría un enriquecimiento injusto».

Para que no actúe la retroactividad y se mantengan las prestaciones ya realizadas será necesario que a cada prestación cumplida siga una correspondiente contraprestación, de manera que se vaya manteniendo el equilibrio contractual. La retroactividad sí operará, por el contrario, aun en el caso de contratos de ejecución continuada, si es sólo una de las partes la que va cumpliendo sus prestaciones sucesivamente en el tiempo, pero la otra ya había cumplido por entero la suya al inicio del contrato o la cumplirá a su terminación, puesto que en este caso la resolución del contrato podría suponer un enriquecimiento injusto a favor de alguna de las partes.

Se ha planteado la doctrina la duda de si este carácter autónomo de las prestaciones de los contratos de ejecución continuada lleva consigo no sólo que la resolución no afecte a las prestaciones ya ejecutadas, sino incluso que deje intactas también las prestaciones sucesivas, lo cual ocurrirá por incumplimiento, pero no por condición resolutoria, que resuelve definitivamente el contrato. Se trata de que la resolución afecte únicamente a una determinada pareja de prestación-contraprestación, que no habría obligación de cumplir, pero que quede a salvo el contrato en sí, de modo que las partes continuarán ejecutando las prestaciones sucesivas que todavía quedaran por cumplir<sup>263</sup>. La doctrina italiana afirma esta posibilidad<sup>264</sup>, pero apoyándose más que en razones jurídicas en razones de conveniencia práctica. Se ha tratado de justificar basándose en la voluntad de las partes y en las exigencias del comercio, diciendo que las prestaciones ya cumplidas no se han visto privadas de causa, pues ésta se encontraba en la correspondiente contraprestación, etc.

---

<sup>263</sup> AULETTA, G., *La risoluzione per inadempimento*, cit., pág. 283; MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pág. 282.

<sup>264</sup> AULETTA, G., *La risoluzione per inadempimento*, cit., pág. 283; MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pág. 282; STOLFI, M., «Apunti critici sui contratti di durata», *Studi in memoria di Scorza*, Roma, 1940, pág. 17.

Sin embargo, la teoría de la independencia de las prestaciones también ha recibido críticas. Se ha dicho en su contra que si se limita la resolución a una concreta pareja de prestaciones sin afectar a las prestaciones futuras se favorece al contratante incumplidor, que pese a haber incumplido una prestación verá intacto el contrato. Por ello se considera que basta el incumplimiento de una de las prestaciones para que la parte cumplidora pueda pedir la resolución de todo el contrato, que si bien no afectará a las prestaciones ya realizadas, sí a las que aún debieran realizarse, y ello porque el incumplimiento de una de las prestaciones, sin causa justificada, puede terminar con la confianza que el contratante cumplidor había depositado en el otro, necesaria, aún más, en un contrato de tracto sucesivo<sup>265</sup>.

En el Derecho español no tenemos un artículo que regule los efectos de la resolución en los contratos de tracto sucesivo, como, por otro lado, tampoco lo tenemos respecto a la resolución por incumplimiento de los contratos de ejecución instantánea. Sin embargo, el Código Civil italiano sí que lo regula expresamente en el art. 1.458 párrafo 1º, al decir que respecto a estos contratos el efecto de la resolución no se extenderá a las prestaciones ya realizadas.

Aunque el Código no diga nada a cerca de estos contratos, el Tribunal Supremo ha admitido que frente a ellos no juega el principio de retroactividad. Así la Sentencia de 1 de mayo de 1950 (R.A. 728) dispone que «desde el momento en que vencía cada uno de los términos señalados en el contrato para el pago de la renta, la obligación recíproca de satisfacerla se convertía en pura, incurriendo en mora el arrendatario al no abonar su importe en las fechas señaladas y quedando intactos los efectos del contrato anteriores al momento de la resolución».

---

<sup>265</sup> FERRI, L., «Vendita con esclusiva», *Dir. prat. comm.*, 1933, t. I, págs. 3 y sigs; «Le polize di abbonamento nell'assicurazione», *Studi Urbinati*, 1936, pag. 17; MOSSA, L., *Il contratto di somministrazione*, Roma-Atenas, 1915, págs. 165 y sigs.

#### 14. Actos de administración

Como hemos dicho anteriormente, una posible segunda excepción a la retroactividad opera frente a los actos de administración que se hayan llevado a cabo sobre la cosa que debe ser restituida. Tradicionalmente, la doctrina francesa entendió que los actos de administración realizados pendiente el cumplimiento del contrato debían ser mantenidos, no obstante la retroactividad de la resolución<sup>266</sup>.

Igualmente, la doctrina italiana propugnaba el mantenimiento de los actos de administración, por entender que su desaparición era contraria a los intereses de la otra parte. Así, se presumía que el vendedor había conferido un mandato tácito a la otra de administrar los bienes <sup>267</sup>. Sin embargo, consideran que van más allá de los simples actos de administración, aquellos actos en los que se han conferido

---

<sup>266</sup> Véase, LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique del Obligations*, t. II, pág. 229; AUBRY, M.M. y RAU, G., *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, cit., pág. 81, quien considera respecto de los actos de administración realizados por el adquirente *medio tempore* que deben ser mantenidos por el vendedor que readquiere la propiedad,, HUC, T., *Commentaire théorique-pratique du Code Civil*, t. VII, cit., págs. 344 y 345. En contra, LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, cit., pág. 153.

<sup>267</sup> En la doctrina italiana RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, cit., pág. 301, afirma que «si se verificó una enajenación bajo condición resolutoria, los actos de gestión hechos en el intervalo por el adquirente, subsisten, y son válidos, no pudiendo ser destruidos con una simple ficción...»; GIORGI, G., *Teoría delle obbligazioni*, t. IV, cit., págs. 230 y 231, quien citando a GALLAVRESI entendía que «atribuir a las partes la intención de que, resuelto el contrato por no haber satisfecho una de ellas su propia obligación, tengamos que considerar como no ocurridos los actos de simple administración, realizados en el tiempo intermedio, no se puede absolutamente. En ningún contratante es presumible una intención tan contraria, no sólo a su interés privado, sino también frente al interés público y en oposición a la cual toda seria y regular administración resultaría imposible. Todo hace, en cambio presumir que una de las partes haya conferido a la otra un mandato tácito de administrar la cosa y es en base a una semejante presunción, a la cual no resiste en modo alguno .la letra de la ley, que nosotros decidimos deberse por el acreedor respetar los actos de ordinaria administración, realizados de buena fe por el deudor»

derechos a terceros, enajenando, hipotecando o gravando de otro modo la cosa enajenada. En realidad, estos actos son actos de disposición que afectan a terceros en virtud de la máxima *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*, salvo que se trate de una compraventa de inmuebles y se encuentren protegidos por el Registro<sup>268</sup>

Volviendo al Derecho español, ni en el artículo 1.124 C.C., ni en la regulación del Código relativa a la condición resolutoria expresa, se contiene ninguna disposición relativa a los actos de administración. Sin embargo, en materia de retracto convencional el art. 1.520 C.C. dispone que «el vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe, y según costumbre del lugar en que radique».

Hay un sector doctrinal que considera esta regulación aplicable de modo análogo tanto a la resolución por incumplimiento como por cumplimiento de la condición resolutoria. Por lo tanto, respecto de determinados actos de administración, concretamente los arrendamientos hechos de buena fe, no operaría el principio de retroactividad<sup>269</sup>.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina no debe extenderse a otros supuestos de resolución la regulación contenida en el art. 1.520 C.C., sino que «el supuesto del arrendamiento funciona como única excepción al efecto retroactivo de la resolución de la venta como consecuencia del retracto convencional»<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> GIORGI, G., *Teoría delle obbligazioni*, t. IV, cit., págs. 231-232 y 428 y sigs.

<sup>269</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pág. 263. Además, este autor añade que «los actos de administración se mantienen, porque así lo exigen razones de interés individual y sobre todo de interés general, que piden que las cosas objeto del contrato bilateral sean debidamente administradas».

<sup>270</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los arts. 1.445-1.541», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XIX, cit., págs. 623 y sigs; CLEMENTE

Si por actos de administración entendemos aquellos que regulan el disfrute de la cosa, y conservación de ésta, tales como los necesarios para la producción de frutos, rentas, los que la predisponen para un mejor disfrute sin modificarla sustancialmente, parece claro que respecto a estos se tiene que seguir la regla de la irretroactividad, puesto que la realización de estos actos era necesaria en una posesión conforme a la buena fe. Cosa distinta es el tema de los frutos y rentas u otros provechos que se hayan obtenido de tales actos, respecto de los que más adelante veremos si opera o no la retroactividad.

Consideramos que la retroactividad entrará en juego respecto de aquellos otros actos de administración que puedan suponer un gravamen al readquirente, como pueden ser las cargas e hipotecas a que se refiere el art. 1.520 C.C.. También suponen un gravamen los arrendamientos y por tanto deben ser incluidos en la regla general de la retroactividad. Es cierto que el art. 1.520 propugna su mantenimiento, pero esto se hace por vía de excepción y por tanto no debe ser trasladado a otros supuestos de resolución. Así pues, también tendrán carácter retroactivo los arrendamientos, salvo los urbanos durante los 5 primeros años, pero no por aplicación del art. 1.520, sino por la protección legal que se brinda al arrendatario durante este tiempo (art. 13 L.A.U.).

---

MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 526, quien afirma que «la regla general que se desprende del art. 1.520, así como de los arts. 480 C.C., 13 L.A.R. y 13 L.A.U., es que los actos de administración llevados a cabo por el *accipiens* durante el tiempo en que poseyó el bien no vinculan al *solvens*, salvo que existan terceros expresamente protegidos por alguna norma legal —como el arrendatario urbano durante los cinco primeros años de contrato—».



### CAPÍTULO III: PROBLEMÁTICA DE LAS RESTITUCIONES DE LA COSA Y EL PRECIO





## CAPÍTULO III: PROBLEMÁTICA DE LAS RESTITUCIONES DE LA COSA Y EL PRECIO.

### § 8. La restitución del precio

Como consecuencia de la resolución por incumplimiento las partes deben restituirse recíprocamente la cosa y el precio del contrato. La restitución del precio, en el caso de que el contrato sea de compraventa, no plantea graves problemas, puesto que el dinero siempre puede restituirse.

Unicamente merece alguna reflexión la restitución del precio en lo relativo a si debe actualizarse o no la cantidad entregada, o qué ocurre cuando se pactaron arras o se incluyó en el contrato una cláusula penal, puesto que el vendedor debe restituir el precio percibido, con deducción de las retenciones pactadas, o con detracción de una parte del mismo por el vendedor a título de arras o de cláusula penal<sup>1</sup>, que normalmente se aplicarán a la indemnización de daños y perjuicios<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 285.

<sup>2</sup> Además el art. 1.152 C.C. dispone que «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado».

15. *Actualización del precio*

A) Introducción: Las deudas pecuniarias. Deudas de cantidad y deudas de valor. Principio nominalístico y correctivos.

Cuando ante la resolución del contrato debe restituirse el precio nos encontramos frente a una obligación pecuniaria<sup>3</sup>. Dentro de las obligaciones pecuniarias se distinguen dos tipos, las deudas de dinero y las deudas de valor<sup>4</sup>. Las deudas pecuniarias son de dinero, también llamadas de cantidad de dinero o nominales, cuando el dinero funciona estrictamente como medio de cambio, es decir, se entrega dinero a cambio de recibir una cosa o servicio. Es la que tiene por objeto una cantidad de dinero en sentido estricto y por su valor nominal.

<sup>3</sup> Sobre el tema, además de las obras citadas en notas posteriores, véase POTHIER, R.J., *Traité du prêt de consommation*, París, 1810; KNAPP, V., *Staatliche Theorie des Geldes*, Leipzig, 1905; NUSSBAUM, A., *Teoría jurídica del dinero: el dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero*, traducción española de SANCHO SERAL, L., Madrid, 1929; *Money in the Law*, Chicago, 1939; *Derecho monetario nacional e internacional*, traducción de SCHOO, Buenos Aires, 1954; ASCARELLI, T., *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padua, 1928; «Obbligazioni pecuniarie (art. 1.277-1.284), *Commentario del Codice Civile*, dirigido por A. SCIALOJA y E. BRANCA, Bolonia-Roma, 1959; MORI-CHECCUCCI, U., «Nullità della vendita immobiliare, restituzione del prezzo, rivalutazione monetaria», *Giur. it.*, 1950, t. I, vol. 1, págs. 91 y sigs.; HERNANDEZ GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, t. I, Madrid, 1960, pág. 348; INZITARI, B., *Moneta e valuta*, Padua, 1983.

<sup>4</sup> FLORES MICHEO, R., «Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil», *R.D.P.*, 1955, págs. 1044 y 1.045; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III, cit., pág. 64; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, cit., págs. 96 y 97; BONET CORREA, J., «Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de dinero», *R.D.N.*, 1976, págs. 73 y sigs.; VATTIER FUENZALIDA, C., «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *R.C.D.I.*, 1980, págs. 55 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, cit., pág. 60; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 259; SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «Obligaciones pecuniarias», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, Madrid, 1994, págs. 102 y 103; GETE-ALONSO CALERA, C., «El dinero como objeto de la relación obligatoria», *Manual de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato*, PUIG FERRIOL, L., GETE-ALONSO CALERA, C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SANCHEZ, J.J., Madrid, 1996, pág. 95.

Sin embargo, en la deuda de valor el dinero actúa como medida de valor de otras cosas o servicios respecto de los cuales el dinero funciona como equivalente o sustitutivo. La deuda de valor tiene a su vez dos vertientes distintas, o bien se refiere a la estimación dineraria de un bien distinto al dinero, o bien al dinero en sí, pero teniendo en cuenta su valor intrínseco o su poder adquisitivo<sup>5</sup>. Por ello se dice que en la deuda de valor lo debido no son cosas, y ni siquiera dinero, sino un valor destinado a entrar en el patrimonio del acreedor en su integridad al momento del pago, el cual se expresa en términos monetarios solamente a efectos liquidatorios y contables, de modo que la deuda de valor es sólo una obligación pecuniaria *per relationem* entre el valor que constituye el objeto de la prestación y la suma de dinero por medio de la que éste se expresa»<sup>6</sup>.

La distinción entre deudas de cantidad y deudas de valor tiene importancia en orden a los riesgos que originan los cambios de valor del dinero, pues mientras que las deudas de valor no se verán afectadas por las posibles fluctuaciones de la moneda, no ocurre lo mismo ante las deudas de cantidad. Sin embargo, frente a esta distinción también se ha dicho que la diferencia es «meramente terminológica, puesto que diferencia sólo existe por la diversa modalidad de liquidación de la deuda, según que el objeto de la prestación en piezas monetarias se concrete al surgir la obligación, o bien que sea determinado con posterioridad al momento de su cumplimiento, pues, en todo caso, siempre se habrá de medir un valor

---

<sup>5</sup> SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «Obligaciones pecuniarias», cit., pags. 102 y 103, donde afirma que «la deuda de valor tiene dos significados, coincidentes en su esencia...: o se debe la estimación dineraria de algo distinto al dinero, o se debe dinero pero no sólo en cuanto "medio" de cambio sino en cuanto "bien" de cambio, un dinero de determinado valor intrínseco o de determinado poder adquisitivo. En el primer aspecto son deudas de valor las que tienen por objeto el *id quod interest* ..., mientras en las obligaciones pecuniarias el dinero entra *in obligatione*, en las deudas de valor entra *in solutione*».

<sup>6</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», cit., pág. 59.

y la medida usada para la operación será la misma, como ocurre en la deuda de valor cuando cesa de ser tal para resultar una deuda pecuniaria»<sup>7</sup>.

Respecto a las deudas de cantidad hay dos soluciones frente a los cambios del poder adquisitivo de la moneda, la nominalista y la valorista. Conforme al principio nominalista, el deudor cumple pagando la misma cantidad de dinero que se pactó aun en el caso excepcional de que la moneda sufra una depreciación o se revalorice. Hay, pues, una gran seguridad en lo que se tiene que pagar pero a cambio se origina un riesgo para alguna de las partes que sufrirá las consecuencias de esta alteración de la moneda, puesto que puede dar lugar a una situación de empobrecimiento o enriquecimiento injusto.

Sin embargo, conforme al principio valorístico no se produce esta situación injusta puesto que el deudor cumple no entregando la misma cantidad de monedas sino otra cantidad pero con igual poder adquisitivo. De este modo la deuda de cantidad se convierte en una deuda de valor, o dicho de otro modo, se aplica a las deudas pecuniarias la técnica de las deudas de valor<sup>8</sup>. La solución es sin duda más justa, pero también más insegura, pues el deudor no sabe con certeza cuál es la cantidad de dinero que finalmente tendrá que pagar<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> LOJACONO, V., *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milán, 1955, pág. 176.

<sup>8</sup> BONET CORREA, J., «Metalismo, nominalismo...», cit., pág. 69, afirma que el valorismo monetario, que nace como una reacción al nominalismo dinerario despliega su efectividad en base al principio general concretado en el "valor real" del dinero, es decir, el que adquiere en el tráfico, por lo que se contrapone a aquel valor nominal fijo, impuesto, estático y ficticio, vulnerable a las alteraciones. A lo que añade, en la pág. 75, que «el movimiento valorista..., lo que trata de aplicar es la técnica de las deudas de valor a las deudas pecuniarias».

<sup>9</sup> Como afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., págs. 261 y 262, «la primera solución, es decir, la solución valorista parece más justa, porque mantiene mejor el principio de conmutatividad del tráfico jurídico y de equivalencia de las prestaciones. Sin embargo, determina un evidente grado de inseguridad, por cuanto que obliga a una continuada reconversión de cantidades y en definitiva a una incertidumbre acerca del alcance de la obligación. En la práctica es

Por ello se ha dicho que las obligaciones pecuniarias en sentido propio lo son sólo las deudas de cantidad o de suma, mientras que las deudas de valor no son sino correctivos encaminados a enderezar los efectos que la aplicación del principio nominalista produce<sup>10</sup>.

Aunque nuestro Código Civil no se pronuncia sobre la cuestión de forma expresa, tanto la doctrina<sup>11</sup> como la jurisprudencia<sup>12</sup> admiten

---

además de muy difícil aplicación y constituye una fuente inagotable de litigios. La segunda solución es seguramente menos justa en términos absolutos, pero permite una mayor facilidad en el tráfico jurídico»; SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «Obligaciones pecuniarias», cit., págs. 106 y sigs.

<sup>10</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., «Problemas de las obligaciones pecuniarias...», cit., págs. 58 y 59.

<sup>11</sup> CLEMENTE DE DIEGO, F., *Apuntes de Derecho Civil español, común y foral*, cit., pág. 42; FLORES MICHEO, R., «Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil», cit., págs. 1.047 y 1.048, considera que «el criterio nominalista, aunque se pretende encarnar en los artículos 1.170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, más que una consecuencia irremediable de ellos, está en todos los principios de nuestro Derecho positivo»; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956; OSSORIO MORALES, J., *Lecciones de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos (Parte General)*, Granada, 1956, pág. 69; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III, cit., pág. 468; GARRIGUES, J., «El dinero y la deuda dineraria», *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, págs. 79 y sigs.; HERNANDEZ GIL, F., *Derecho de Obligaciones*, t. I, cit., pág. 348; BONET CORREA, J., «Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de dinero», *R.D.N.*, 1976, págs. 56 y sigs.; VATTIER FUENZALIDA, C., «Problemas de las obligaciones pecuniarias...», cit., págs. 53 y sigs., afirma que «es apenas del caso recordar que no existe en nuestro Código Civil una declaración formal y expresa en el sentido de adoptar una determinada teoría monetaria, si bien el contexto histórico —manifestado, por ejemplo, en la Ley Bancaria de 1856 y en la Ley Monetaria de 1864— y el Derecho comparado han hecho pensar a la casi totalidad de los autores, salvo alguna opinión aislada, que el Código se inspira y acoge el principio nominalista; aunque el artículo 1.170 no lo proclama explícitamente, se ha demostrado que el nominalismo está presupuesto en el citado precepto, del mismo modo como lo hace la expresión "otro tanto" que emplea el artículo 1.753..., y lo explicita tanto la regla como la excepción que contempla el artículo 312 del Código de Comercio...; no es de compartir, por consiguiente, la opinión según la cual, "en realidad, el Código Civil español no acogió el principio nominalista", y nos parece dudosa, cuando menos, la interpretación del artículo 1.170, apartado primero, en el sentido de entender tal principio como un simple criterio interpretativo...; en rigor, pues, el Código Civil consagra el principio nominalista con carácter subsidiario, en una norma de Derecho dispositivo que, si bien es susceptible de ser modificada por la autonomía privada, no da lugar a un derecho potestativo de optar entre la "especie pactada" y la moneda de curso legal, sino en los casos de objetiva imposibilidad...»; ALBALADEJO

que en nuestro Derecho rige, como regla general, el llamado principio nominalístico. Es decir, en principio las deudas pecuniarias lo son de cantidad de dinero y se cumplen pagando dicha cantidad, independientemente de que por el transcurso del tiempo o por otros motivos haya variado el poder adquisitivo de la moneda.

Para evitar los riesgos que este principio origina existen medidas de corrección legales, judiciales<sup>13</sup> y convencionales. En cuanto a las convencionales, las partes suelen pactar, introduciendo en el contrato las llamadas "cláusulas de estabilización", de modo que la deuda de cantidad de dinero se convierta en una deuda de valor<sup>14</sup>. Así pues, no

---

GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, cit., pág. 68; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., págs. 262 y sigs.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «Obligaciones pecuniarias», cit., pág. 104, quien afirma que «lo característico de las obligaciones pecuniarias frente a las que, de otra manera, tienen por objeto el dinero, es que en aquéllas rige el principio nominalista: la denominación legal de la moneda en que se cuenta el dinero debido, lleva ya implícita la determinación de su valor; y esta determinación se impone al acreedor y al deudor con independencia de las fluctuaciones del valor efectivo del dinero»; GETE-ALONSO CALERA, C., «El dinero como objeto de la relación obligatoria», *Manual de Derecho Civil*, t. II, cit. pág. 103; SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona, 1998, pág. 230.

<sup>12</sup> El Tribunal Supremo así lo ha establecido en múltiples ocasiones, entre otras en las Sentencias de 27 de octubre de 1868 (J.C. 270), 29 de octubre de 1895 (J.C. 387), 23 de abril de 1929 (J.C. 238), 22 de marzo de 1947 (J.C. 46), 9 de enero de 1950 (R.A. 19), 29 de septiembre de 1966 (R.A. 4.128), 22 de noviembre de 1966 (R.A. 4.991), 27 de mayo de 1967 (R.A. 3.263), 27 de noviembre de 1986 (R.A. 6.617), etc.

<sup>13</sup> NEUMAYER, K., «Exposición y crítica de la modificación judicial de las obligaciones dinerarias afectadas por la crisis», *R.D.P.*, 1951, págs. 484 y sigs.; RUIZ VADILLO, E., «Sistemas de rectificación de las alteraciones del valor monetario», *Revista de Derecho Judicial*, núm. 21, 1965, págs. 9 y sigs.; BONET CORREA, J., «Metalismo, nominalismo y valorismo...», cit., pág. 76, apunta que ha sido el movimiento valorista el que ha infuido para que se produzca la revisión judicial de los contratos.

<sup>14</sup> Sin embargo, VATTIER FUENZALIDA, C., «Problemas de las obligaciones pecuniarias...», cit., págs. 82 y 83, considera que «las deudas de valor no deben ser confundidas con las cláusulas de estabilización, en general, y con las cláusulas de escala móvil, en particular, porque son de estructura diversa aun cuando la función de revalorización sea en uno y otro supuesto la misma; estas cláusulas se insertan en deudas de dinero en sentido estricto, las que no por ello se convierten en deudas de valor, y tienen por finalidad dar elasticidad a una cantidad de valor predeterminada en el

se pagará la misma cantidad de dinero pactada, sino lo que valga esa cantidad, bien actualizándola, bien con referencia al valor de otros bienes, al tiempo en que efectivamente tenga que hacerse el pago<sup>15</sup>.

También ha habido remedios legales ante inflaciones o devaluaciones de la moneda de extraordinaria gravedad y que han tenido carácter coyuntural. Así, por ejemplo, en España encontramos leyes con esta finalidad, como la Ley de Desbloqueo, de 7 de diciembre de 1939<sup>16</sup>, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 23 de junio de 1942,

---

título consuetudinario de la obligación, valor que no es necesariamente el mismo valor real y actual que debe el deudor en una obligación de valor...».

<sup>15</sup> Podemos encontrar dos tipos de cláusulas de estabilización: 1) Aquellas en las que las partes tratan de sustituir en sus negocios y transacciones la moneda por otro signo diferente, como, por ejemplo, que el pago se haga en moneda extranjera; 2) Aquellas en las que las partes determinan la relación que existe entre la suma de dinero y el valor de un bien distinto, quedando obligados a reajustar la suma de dinero según la proporción, de modo que se paga en la misma moneda pero reajustándola, por ejemplo con otra moneda extranjera.

El Tribunal Supremo normalmente ha admitido las cláusulas valor [Sentencias de 28 de noviembre de 1957 (R.A. 3.427), de 23 de febrero de 1963 (R.A. 1.148), de 22 de noviembre de 1966 (R.A. 377-1967) y de 31 de octubre de 1969 (R.A. 5.108)], pero ha negado eficacia a las cláusulas de pago en oro, plata o moneda extranjera [Sentencias de 23 de noviembre de 1946 (R.A. 127-1947), de 9 de enero de 1950 (R.A. 19), de 4 de enero de 1951 (R.A. 73), de 28 de noviembre de 1957 (R.A. 3.427), de 22 de diciembre de 1961 (R.A. 259-1962)]. Aunque, como pone de relieve DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 270, «la jurisprudencia ha tropezado, sin embargo, supuesta la inadmisibilidad de las cláusulas de pago en oro, plata y moneda extranjera y la admisibilidad de las cláusulas de valor, con la dificultad que surge para dilucidar cuándo existe una estipulación de uno u otro tipo... Nuestra jurisprudencia, acertadamente, no ha dado al problema una respuesta de carácter general y parece haber situado la cuestión en la línea de una interpretación singular de cada negocio jurídico de constitución de la obligación, tratando de adivinar cuál fue la voluntad real de los contratantes y, en particular, si éstos se dirigían o no a excluir la utilización de la moneda de curso forzoso. La solución parece ser la siguiente: Si la voluntad de los contratantes fue pura y simplemente excluir como medio solutorio la moneda de curso legal y forzoso, el pacto debe ser considerado como nulo y no produce ningún efecto. En cambio, si la voluntad real de los contratantes consistió en prevenir el riesgo de una devaluación, admitiendo en todo caso la moneda legal, como medio solutorio, pero imponiendo únicamente un ajuste de la prestación, las cláusulas pueden ser consideradas como cláusulas valor».

<sup>16</sup> FLORES MICHEO, R., «Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil», cit., págs.1.057 y 1.058, explicaba dicha ley diciendo que se trataba de



en su art. 3, el Texto Refundido de la Ley de arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, art. 96, etc. Cabe plantearse si se dictará una ley semejante con la sustitución definitiva de la peseta por el euro.

B) La restitución del precio como deuda de cantidad o como deuda de valor.

Centrándonos en el tema de nuestro estudio, a la restitución del precio afecta especialmente la cuestión de las fluctuaciones de la moneda, puesto que desde que se recibió el precio hasta que nace la obligación de restitución, en ocasiones habrá transcurrido un periodo de tiempo considerable en el que, dada la situación de la economía moderna, normalmente se habrá alterado el valor de la cantidad recibida.

Cabe plantearse si la obligación de restitución del precio se debe considerar como una deuda de dinero o como una deuda de valor, en el caso de que las partes no hayan pactado cláusulas de estabilización para el caso de resolución del contrato. Es decir, el precio del contrato de compraventa se considera una deuda de cantidad de dinero<sup>17</sup> puesto que lo que el comprador se obliga a entregar es una determinada cantidad de dinero y, salvo que se pacte una cláusula de

---

la sustitución de un sistema monetario por otro, «la peseta roja, afectada de una enorme inflación, por la peseta nacional, entonces sólida y sana. Después de la legislación de bloqueo que evitó los riesgos inherentes a la fusión de ambas comunidades de pago surgió la ley reguladora del desbloqueo, dictada bajo estos dos principios: 1º La revalorización de los créditos extinguidos, revisando los pagos hechos, pero con carácter excepcional para no provocar un transtorno en la economía y una inseguridad en el tráfico que ocasionara un mal mayor que el que se trataba de evitar; y 2º La desvalorización de los créditos vivos según el método objetivo de los coeficientes decrecientes, calculados de modo que siguieran la creciente inflación de la peseta roja».

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., págs. 269 y 270.

estabilización, las variaciones monetarias no influyen en su cumplimiento por la vigencia del principio nominalista. Pero cabe plantearse si tratándose de la restitución de éste debe restituirse la misma cantidad que se recibió en este concepto o si deberá actualizarse al momento de la resolución, o incluso al de la restitución, teniendo en cuenta las fluctuaciones del mercado.

El problema consiste, pues, en determinar si la obligación de restitución del precio se cumple entregando la misma cantidad que se recibió como tal, o bien en considerar que por el perjuicio o enriquecimiento injusto que las variaciones monetarias pueden haber causado en una de las partes, la deuda debe convertirse en una deuda de valor, ya que se consideran deudas de valor las de restitución de la cosa perdida o de un enriquecimiento injustificado, las de resarcimiento de daños y perjuicios, etc<sup>18</sup>.

Veamos, en primer lugar, como resuelve la cuestión la doctrina italiana. El problema se planteó a finales de los años cuarenta, cuando ya se aceptó, y en general se sigue aceptando, que la restitución del precio en la resolución del contrato es una deuda de cantidad a la que tiene que aplicarse el principio nominalístico<sup>19</sup>. La suma perdida o la

---

<sup>18</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., págs. 269 y 270.

<sup>19</sup> Afirma ASCARELLI, T., «Obbligazioni pecuniarie», cit., págs. 546 y sigs., que en la hipótesis de resolución será de cantidad de dinero la deuda de quien haya recibido una suma que deba restituir como consecuencia de la resolución. Lo mismo ocurre en las hipótesis de nulidad, anulabilidad y revocación de la donación, en las que debe ser restituido el bien donado sin importar las oscilaciones en el mercado entre el momento en que se recibió y el de la restitución. La identidad entre la suma debida y la suma recibida será juzgada en los términos de la predeterminada unidad de medida y no ya en relación con el poder de adquisición; PUGLIESE, G., «Restituzione della somma ricevuta in base ad un contratto annullato e principio nominalistico», *Foro it.*, 1950, I, pág. 873; DI MAJO, A., voz «Obbligazioni pecuniarie», *Enc. del dir.*, t. XXIX, Milán, 1979, pág. 269, quien afirma que la deuda de restitución de sumas pagadas tiene la misma naturaleza de la originaria deuda del precio en la cantidad de moneda convenida tenía naturaleza de medio de pago y no de medio de adquisición; MIRABELLI, G., «Delle obbligazioni», *Commentario del Cod. civ.*, libro IV, *Dei contratti in generale*, art. 1.321-1.469, Turín, 1980, pág. 634; INZITARI, B., «La moneta», *Tratt. di dir. comm.*,

diferencia entre el precio entregado y el precio que posteriormente se restituye, en virtud de las oscilaciones del poder de adquisición de la moneda, se deberá tener en cuenta a la hora de la valoración del daño resarcible a la parte cumplidora<sup>20</sup>. La jurisprudencia italiana adoptó también este criterio<sup>21</sup>.

---

dirigido por F. GALGANO, Padua, 1983, págs. 133 y 134; LUMINOSO, A., «Mora, interessi e maggior danno nell'inadempimento delle obbligazioni restitutorie (pecuniarie) da risoluzione del contratto», *Riv. Giur. Sarda*, 1991, págs. 693 y sigs.

Sin embargo, ALLORIO, E., «L'incidenza della svalutazione nell'obbligo di restituzione del prezzo e una necessaria distinzione processuale», *Giur. it.*, 1950, I, pág. 791, dice que carece de sentido someter la cuestión a la aplicación del principio nominalístico, desde el momento que en caso de resolución del contrato la obligación de restitución nace de la sentencia constitutiva, por lo tanto, en una fecha posterior a la desvalorización. Además, frente a la cuestión que plantea el Tribunal de porqué una deuda que surge originariamente como deuda de cantidad por el comprador se transforma después, en la restitución, en una deuda de valor, contesta que no entiende cómo se les ha escapado a estos expertos juristas que en los dos momentos no estamos ante la misma obligación con sujetos intercambiados, sino ante dos obligaciones distintas, respecto a las cuales el problema se plantea de manera independiente.

<sup>20</sup> En lo relativo a si la obligación resarcitoria de este daño se trata de una deuda de valor o de cantidad, la doctrina se encuentra dividida. La mayoría de los autores admiten que se trata de una deuda de valor. Así, ASCARELLI, T., «Obbligazioni pecuniarie», cit., págs. 478 y sigs; DE MATTEIS, R., «Obbligazione restitutoria tra debito di valuta e debito di valore», *Riv. Dir. Civ.*, 1986, II, pág. 665 y sigs; LUMINOSO, A., «Della risoluzione per inadempimento», cit., págs. 302 y sigs. Sin embargo, también hay autores que sostienen lo contrario, PESTALOZZA, C., «Valore e valuta», *Riv. Dir. Comm.*, 1944, I, págs. 215 y sigs; NICOLÓ, R., «Effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazioni», *Foro it.*, 1944-46, IV, págs. 47 y sigs., entre otros.

<sup>21</sup> Entre otras, Cass. 10 enero 1952, *Foro it.*, 1952, t. I, núm. 43, pág. 167; 20 junio 1953, *Mass. Guir. it.*, 1953, núm. 1885, pág. 416; 6 octubre 1956, *Mass. Guir. it.*, 1956, núm. 3383, pág. 707; 26 abril 1965, *Mass. Guir. it.*, 1965, núm. 744, pág. 263; 20 mayo 1969, *Mass. Guir. it.*, 1969, núm. 1769, pág. 732; 10 mayo 1980, núm. 3073, *Rep. Foro it.*, 1980; 5 agosto 1982, núm. 4401, *Rep. Foro it.*, 1982; 30 junio 1982, núm. 940, *Rep. Foro it.*, 1982; 12 mayo 1982, núm. 2968, *Mass. Guir. it.*, 1982, pág. 745; 4 diciembre 1992, núm. 12942, *Corriere Guir.* pag. 322.

En cuanto a la indemnización, la Corte de Casación en Cass., 9 julio 1949, núm. 1.741, *Mass. Foro it.*, 1949; 8 abril 1952, *Foro it.*, 1953, t. I, 39, procede a una revalorización de la suma del daño según el coeficiente de desvalorización. Sin embargo, consideran aplicable el principio del valor nominal: Cass. 30 julio 1952, *Foro it.*, 1953, t. I, 814; 3 diciembre 1956, *Mass. Foro it.*, 1956, núm. 3828 y 25 enero 1958, *Mass. Foro it.*, 1958, núm. 188.

Ahora bien, debiéndose indemnizar este daño se ha tenido en cuenta el art. 1.224-2 del Codice civile, conforme al cual el daño sólo se indemnizará desde el momento de la constitución en mora respecto a la obligación de restitución, y siendo que en Derecho italiano la sentencia de resolución es constitutiva de la misma, sólo a partir del pronunciamiento judicial surge la obligación de restituir. El daño de la desvalorización es resarcible sólo dentro de los límites del art. 1.224-2, por lo que hay que averiguar el momento en el cual sea imputable al vendedor un retardo en el cumplimiento de la obligación restitutoria<sup>22</sup>.

Pero también se ha dicho que en este caso no nos encontramos con un daño causado por la falta de disponibilidad de una suma de dinero como consecuencia de un retraso en el cumplimiento de la obligación de restitución, sino de una obligación resarcitoria que tiene por objeto la pérdida de una cierta suma de dinero cuantificable en base al valor del cual viene privado el patrimonio del comprador<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> DE MATTEIS, R., «L'obbligazione restitutoria tra debito di valuta e debito de valore», cit., pág. 671; DELFINI, F., «Risoluzione per inadempimento, restituzioni e principio nominalistico», *I Contratti*, 1993, págs. 154 a 156.

En la Sentencia de Casación de 4 de diciembre de 1992, núm. 12942, cit., pág. 324, (comentada por DI MAJO, A., «Risoluzione del contratto ed effetti restitutori: Debito di valore o di valuta?», *Corriere Giur.* 1993, pág. 326, por DELFINI, F., «Risoluzione per inadempimento, restituzioni e principio nominalistico», cit., págs. 154 a 156 y por GUIZZI, G., «La configurazione dell'obbligazione restitutoria come debito di valuta nella dialettica risoluzione-risarcimento: per una rilettura della teoria generale della risoluzione per inadempimento», *Giurisprudenza Commerciale*, t. I, 1994, págs. 774 a 766), se dice que en lo que respecta a la resolución del contrato por incumplimiento, se ha afirmado que la obligación de restituir la suma recibida constituye una deuda de cantidad y no de valor, insensible al fenómeno de la desvalorización monetaria, salvo que el acreedor no demuestre un particular perjuicio, resarcible en el sentido del art. 1.224 C.C., por indisponibilidad de la suma anticipada. En el mismo sentido, Sent. 3 de julio de 1954, núm. 2.304, 17 de octubre de 1957, núm. 3.900, 16 de octubre de 1981, núm. 5.426 y 30 de enero de 1990, núm. 587.

<sup>23</sup> LUMINOSO, A., «Orientamenti della giurisprudenza in materia di incidenza della svalutazione monetaria sul risarcimento del danno», *Dir. e Giur.*, 1968, pág. 157; DE MATTEIS, R., «L'obbligazione restitutoria tra debito di valuta e debito de valore», cit., pág. 676 y sigs., afirma que mientras que en el caso de aplicación del art. 1.224, el objeto de la obligación resarcitoria es sólo el daño causado por la mora, en nuestro caso es

Tal vez esta consideración haya motivado el cambio de orientación actual.

En los últimos años se ha retomado la cuestión como consecuencia del cambio de orientación que ha adoptado la jurisprudencia en alguna de sus sentencias, y que ya había apuntado la doctrina<sup>24</sup>, que ha comenzado a considerar esta deuda como una deuda de valor en los casos de incumplimiento culpable o conducta ilícita. Esta jurisprudencia considera que la obligación de restitución de una suma de dinero, consecuencia de la resolución del contrato, configura una deuda de cantidad cuando recae sobre la parte cumplidora, pero constituye una deuda de valor cuando la obligada a la restitución sea la parte que con su incumplimiento ha dado lugar a la resolución del contrato<sup>25</sup>.

---

la suma entendida como valor del cual viene privado el patrimonio del acreedor y por tanto adecuada al actual valor de la moneda, que tiene como finalidad reparar un daño que, no trayendo origen en el retraso en el cumplimiento de una obligación restitutoria, surge como la pérdida de una cierta suma de dinero; INZITARI, B., «La moneta», cit., pág. 130.

<sup>24</sup> MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pág. 278, apuntaba que si el incumplimiento es culposo el deudor deberá reembolsar al acreedor la suma de todos los daños de mora y los derivados de la desvalorización monetaria; DI MAJO, A., voz «Obbligazioni pecuniarie», cit., pág. 269, que, a lo que hemos citado anteriormente, añade que en la hipótesis de comportamiento o acto ilícito del deudor de suma, esta misma deuda tendrá una referencia distinta, la del resarcimiento del daño al acreedor; DELFINI, F., «Risoluzione per inadempimento, restituzioni e principio nominalistico», cit., pág. 155, dice que la obligación de restitución que recae sobre la parte que ha ocasionado la resolución tiene naturaleza resarcitoria, lo cual quiere decir que tiene como objeto una deuda de valor, sustraída del principio nominalístico; SGROI, R., «Art. 1458», *Rasegna di Giurisprudenza sul Codice Civile*, diretta da NICOLO R-STELLA RICHTER, M., t. III, 1, Milán, 1990, pág. 1.899; CLERIGO, G., «Inadempienza contrattuale e determinazione del risarcimento monetario», *Econ. Pubbl.*, 1992, pág. 267 y sigs.

<sup>25</sup> Así, entre otras, Cass. 15 abril 1980, *Rep. Giur. it.*, 1980, núm. 2458, voz «daños en materia civil», núm. 12 y Cass. 23 agosto 1985, núm. 4510, *Rivista di Diritto civile*, 1986, t. II, pág. 665, que opta por la configuración de la obligación como resarcitoria, afirmando su naturaleza de deuda de valor «en cuanto trae origen no sólo del efecto solutorio de la sentencia, sino también del comportamiento culposo de la parte obligada, consustancial a su incumplimiento»; Sentencia de Casación de 4 de diciembre

Ante este cambio de orientación se ha reaccionado diciendo que el incumplimiento no es fuente de la obligación de restitución sino causa de resolución del contrato, que es la verdadera y exclusiva fuente de la obligación de restitución del vendedor, y lo que ha hecho la jurisprudencia ha sido transformar la originaria obligación restitutoria en una obligación resarcitoria, como consecuencia del incumplimiento. Esta conversión, se ha dicho, resulta inaceptable puesto que el incumplimiento alteraría la originaria identidad de la obligación restitutoria<sup>26</sup>. Sin embargo, otros autores parecen estar de acuerdo con esta nueva solución<sup>27</sup>.

Volviendo al Derecho español, la restitución del precio tendrá también el carácter de deuda de cantidad. Las partes tienen la posibilidad de pactar cláusulas de estabilización que determinarían la transformación de la deuda, en deuda de valor. La no utilización de las mismas hace que la obligación se rija por el principio nominalista subyacente en el derecho español<sup>28</sup>. Además, hay que tener en cuenta que no se establece ninguna excepción de este principio en orden a la restitución, ni en materia de resolución ni en otros supuestos de ineficacia, ya que sólo se habla de restitución del "precio con los

---

de 1992, núm. 12.942, cit., pág. 324, que como hemos visto, ha sido objeto de varios comentarios.

<sup>26</sup> DE MATTEIS, R., «L'obbligazione restitutoria tra debito di valuta e debito de valore», cit., pág. 666.

<sup>27</sup> Además de los que hemos citado anteriormente, GUIZZI, G., «La configurazione dell'obbligazione restitutoria come debito di valuta nella dialettica risoluone-risarcimento...», cit., pág. 765 y 766.

<sup>28</sup> Como apunta HIRSCHBERG, E., «Los cimientos teóricos del principio nominalista», *R.D.P.*, 1982, pág. 451, «una de las premisas sobre las que se fundamenta el enfoque nominalista es que las partes aceptan la solución nominalista porque de lo contrario hubieran realizado el contrato sobre la base de cláusulas de valor. *A partir de este enfoque se ha desarrollado una teoría general del riesgo.* Las partes saben que el valor del dinero no es, de hecho, estable, y que se realizan contratos en términos de dinero, debe suponerse que supusieron los riesgos implícitos en el valor del dinero».

intereses”, o de restitución de lo que las partes “hubiesen percibido”<sup>29</sup>. Ahora bien, todavía cabe plantearse si una depreciación o revalorización del dinero que origine un perjuicio o un enriquecimiento a las partes, puede subsanarse de alguna manera.

En el caso de que la moneda pierda valor, si el que sufre el perjuicio es el comprador cumplidor, porque cumplió su obligación de pagar el precio pero no recibió la cosa, junto con la resolución del contrato podrá solicitar, en virtud del art. 1.124, el resarcimiento de daños y perjuicios, entre los cuales se encontrarán los sufridos por la depreciación de la moneda.

Sin embargo, si el comprador fue el incumplidor, que no pagó la totalidad del precio, a éste no se le atribuye la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, con lo que deberá sufrir los perjuicios de la depreciación monetaria, sin que tampoco pueda entablar una acción de enriquecimiento puesto que la parte cumplidora no se enriqueció a su costa.

En el caso contrario de que la moneda aumente de valor, si el comprador era el cumplidor, el posible perjuicio del aumento de valor es del vendedor incumplidor, mientras que si el comprador era el incumplidor, el vendedor cumplidor que deberá restituir una cantidad

---

<sup>29</sup> VATTIER FUENZALIDA, C., «Problemas de las obligaciones pecuniarias...», cit., págs. 59 y 60, afirma que «el régimen jurídico especial de las obligaciones pecuniarias se aplica únicamente a los supuestos que tienen su encaje en el esquema típico de las deudas de cantidad o suma de dinero que, para simplificar, hemos denominado deudas de dinero. Referidas solamente a éstas debemos entender, por consiguiente, la norma que establece la irrepitibilidad del pago que se ha hecho en dinero cuando se ha gastado o consumido de buena fe por el *accipiens* aun cuando el *solvens* carezca de capacidad o poder de disposición sobre el dinero con el que ha efectuado el pago; lo mismo que las normas en virtud de las cuales, en los casos de nulidad, rescisión o resolución, la restitución del precio o contraprestación o el pago de la respectiva indemnización de daños y perjuicios ha de hacerse por la entrega de una determinada cantidad de dinero».

de valor superior, podrá de nuevo solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios un reajuste de dicha cantidad<sup>30</sup>.

El Tribunal Supremo no ha manifestado una línea uniforme. En ocasiones también lo ha entendido de esta manera, de modo que si admite la actualización monetaria, ésta no se produce en la restitución del precio, sino que se reconduce a la indemnización de daños y perjuicios. Otras veces, sin embargo, si que ha actualizado el precio a restituir directamente, tal vez acudiendo a las técnicas de corrección judicial a que anteriormente hacíamos referencia<sup>31</sup>.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de 6 de mayo de 1988 (R.A. 4.018)<sup>32</sup> admite la actualización del dicha suma de dinero al decir que «las sentencias de instancia, en correcta hermenéutica, han hecho aplicación del precepto genérico del artículo 1.124 del Código sustantivo para pronunciarse, bajo la base fáctica de ese incumplimiento del vendedor, incontestando el recurso, en el sentido de que sea reintegrado el precio que en 9 de agosto de 1973 fue entregado al vendedor, con la consiguiente equivalencia del valor de dicho precio, habida cuenta de la depreciación monetaria sufrida desde entonces y reconocida y certificada por el órgano oficial providente sobre el particular, por cuya razón el tema de la mora, no ha sido determinante

---

<sup>30</sup> En el mismo sentido, CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 522 y sigs.

<sup>31</sup> Véase, GONZÁLEZ POVEDA, P., *Resolución de la compraventa de inmuebles...*, cit., págs. 136 a 138.

<sup>32</sup> En el caso, la demandante compró cuatro pisos al recurrente firmándose los documentos privados en los que con la calificación de promesa de compraventa se obligaban los vendedores a vender dichos pisos en proyecto. El vendedor percibió el precio convenido de 1.560.000 pesetas en 9 de agosto de 1973, sin que hasta la fecha hubiera cumplido ni devuelto el dinero entregado. La compradora solicita la devolución del precio y la indemnización de daños y perjuicios. Ante esto, el recurrente pone de manifiesto que se trataba de una promesa de compraventa, sin sujeción a plazo y que no se ha verificado ninguna reclamación judicial previa o requerimiento extrajudicial de cuya fecha haya de partir la constitución en mora, con lo que no se explica la indemnización de daños y perjuicios. El Tribunal aclara que la indemnización se debe a la depreciación monetaria y no a la mora.



en ningún aspecto del pronunciamiento de la Sala "a quo" acogiendo el de la sentencia de primer grado, restaurando así el equilibrio patrimonial resultante del incumplimiento contractual»

Sin embargo, en la Sentencia de 18 de septiembre de 1991 (R.A. 6.055)<sup>33</sup> si que se actualiza el precio a restituir, sin necesidad de acudir a la indemnización de daños y perjuicios. Así, establece que «el precepto que, como principal, se dice infringido, ordena, con toda nitidez, el deber de restituirse los interesados lo que hubieren percibido, y la restitución, como noción jurídica, no se satisface sino con un criterio de estricta justicia conmutativa, esto es, con una adecuada equivalencia entre lo recibido y lo devuelto, y, si son cantidades dinerarias las que se consideran, cuando no media culpa, ni dolo respecto del incumplimiento de la condición, que sucede por circunstancias extrínsecas a las partes, mal puede pretenderse que la restitución se produzca al valor nominal del dinero, que como es cosa fungible por naturaleza, sin riesgos de pérdida, deterioro o mejora, en el sentido a que se refiere el artículo 1.122, puede y deber ser restituido, en su valor actual, como con acierto declara la sentencia impugnada».

En contra de la actualización del precio, tanto en la restitución de éste como en el resarcimiento de daños y perjuicios, se manifiesta el

---

<sup>33</sup> En el supuesto contemplado, el recurrente señala, en cuanto al inciso referido a la actualización de los valores, que no se había pedido en la demanda ni en todo el proceso por las partes se había hecho alusión alguna a esta cuestión, de donde se infiere que al ser la justicia civil rogada y no existir una exacta concordancia entre lo solicitado y lo resuelto, el órgano jurisdiccional se había excedido en sus poderes ya que había resuelto fuera de lo pedido, citando numerosas sentencias sobre incongruencia. Sin embargo, el Tribunal responde diciendo que «en el caso presente, no es preciso efectuar gran esfuerzo de lógica jurídica al intérprete para elucidar que la propia petición contenida en la demanda del actor-recurrente, al determinar expresamente que el alcance de la sentencia, se extendiera, según, además, es consecuencia legal, "al consiguiente reintegro a cada parte de las cosas y del valor de las prestaciones que aportaron" por razón del contrato, llevaba, de suyo, al pronunciamiento que se hizo, ya, que otra actuación, hubiera sido negatoria del pedimento, en tanto en cuanto el valor real de las cantidades a devolver, no podía ser el nominal de la fecha en que se hicieron, sino el adecuado a las circunstancias del momento de su devolución».

Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de noviembre de 1988 (R.A. 8.410)<sup>34</sup>, en la que, en el motivo cuarto, afirma que «es evidente que la devolución del importe del precio en su valor actualizado, por el declive general del valor de la moneda no se contempla en forma clara por el ordenamiento jurídico más que en casos especiales, de suerte que por la aplicación de las normas sustantivas que propugna la recurrente no puede entenderse de conformidad con las tesis mantenidas en los motivos y en la Jurisprudencia siempre que se ha hecho aplicación de esa tesis ha sido por la voluntad concorde manifestada en forma expresa o implícita dada la excepcional naturaleza y condiciones del contrato objeto de estudio, lo que no acaece en el de autos; es por eso, por lo que la doctrina jurisprudencial y científica se ha manifestado en todo caso, con la base de estudio de las denominadas "cláusulas valor", "cláusulas valor oro", "cláusulas de estabilización", etc., tendentes todas ellas a corregir el desequilibrio económico en el sinalagma negocial por la devaluación monetaria —Sentencia de 19 de noviembre de 1.984 (R. 5.563)—, que requieren, como se dice, esa voluntad nítidamente manifestada por las partes contratantes o deducida en forma inequívoca de las circunstancias particulares de caso —Sentencias de 4 de julio de 1944 (R. 949), 30 de octubre de 1964 (R. 4.856), 9 de febrero de 1967 (R. 558) y 28 de enero de 1971 (R. 356), entre otras—. En consecuencia es correcta la afirmación de la sentencia recurrida de que "la obligación de devolución, es conforme queda dicho, del valor de la cosa al tiempo de la obligación y no de la devolución"».

---

<sup>34</sup> En este caso, el comprador cumplidor solicitaba, como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor de entrega de unas plazas de garaje, la restitución del precio, no en la cuantía monetaria correspondiente a su valor nominalista, sino en el equivalente al que correspondería en su valor real a la fecha de su reintegro o reembolso, es decir, el valor actualizado, basándose para ello en las previsiones que el recurrente deduce para el caso de incumplimiento voluntario y unilateral de una de las partes del contrato cuestionado.

16. *La restitución del precio si se pactaron arras o cláusula penal*

Es muy frecuente, sobre todo en las compraventas inmobiliarias a plazos, que las partes pacten que en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del comprador, es decir, en caso de que éste no pague la totalidad del precio, pierda las cantidades que ya hubiera entregado. Este pacto normalmente es considerado como una garantía tendente a compensar la ocupación o el uso del bien vendido. De modo que, tanto la doctrina<sup>35</sup> como la jurisprudencia<sup>36</sup> en la mayoría

<sup>35</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, cit., pág. 269 y sigs.; «Comentario al art. 1.154 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 487; CABANILLAS SANCHEZ, A., «Comentario al art. 1.154 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 160; RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Algunos aspectos de la *lex commissoria*», cit., págs. 89 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al art. 1.504 C.C.», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XIX, cit., pág. 469; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 312.

<sup>36</sup> El Tribunal Supremo ha catalogado como penales este tipo de cláusulas en las Sentencias de 5 de febrero de 1914 (J.C. 57), 3 de julio de 1915 (J.C. 141), 8 de enero de 1945 (J.C. 9), 21 de mayo de 1948 (R.A. 773), 11 de marzo de 1957 (R.A. 751), que dice que «lo convenido es una cláusula penal y al negarse en la sentencia recurrida que tenga ese carácter se icurre en el error manifiesto de calificarla de otro modo», 13 de junio de 1962 (R.A. 3.168), 3 de marzo de 1967 (R.A. 1.242), que dispone que «conforme a la estipulación 8ª el vendedor, en caso de impago por el comprador de cualquiera de los plazos convenidos, haría suya la cantidad de 190.000 pesetas que recibió; y si bien es cierto que ello constituye una cláusula penal y es moderable conforme a lo dispuesto en el artículo 1.154...», 23 de diciembre de 1969 (R.A. 6.204) y 26 de enero de 1980 (R.A. 167), de 17 de noviembre de 1997 (R.A. 7.894), en la que se establece que «no cabe entender se estructurase arras penitenciales para habilitar el desistimiento contractual, con pérdida sólo de la suma inicialmente entregada, porque ese tipo de cláusula, suele recoger lo que en el rol de los negocios habitualmente se estipula como sanción para los casos de incumplimiento de las prestaciones convenidas en los contratos de compraventa, y que, de ordinario, se refieren al no pago de las cantidades asumidas, y porque aquí, en el caso de autos, está perfectamente estipulado ese efecto punitivo, con carácter bilateral... Es evidente, pues, que tal cláusula es estrictamente penal o punitiva, esto es, adosando un efecto económico o incrementando la sanción resolutoria, y es más, incluso, con un concepto equivalente al resarcimiento por indemnización de daños y perjuicios, marcado con límite mínimo».

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990 (R.A. 8.033) entiende que no se trata de una cláusula penal. Frente a esta consideración GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario a la Sentencia de 22 de octubre de 1990», *C.C.J.C.*, núm. 24, 1990, pág. 1.089, apunta que «la función predicada por el Tribunal Supremo para el pacto acordado (compensar la ocupación) no es realmente sino una

de las ocasiones, lo ha considerado como cláusula penal, pudiendo, por tanto, ser moderada por los tribunales, puesto que de otra manera se llegaría al absurdo de que cuanto mayor fuera el grado de cumplimiento resutaría mayor la pena.

Sin embargo, también hay quien ha considerado que este pacto no es propiamente una cláusula penal, sino que más bien debería considerarse como arras. Así, se dice que «el pacto en las compraventas inmobiliarias, de que ahora hablamos, en cuanto a su naturaleza, está más cerca de las arras penales que de la cláusula penal, con la particularidad, desde luego, respecto de las arras penales típicas, de que en este caso la entrega no se produce en un único acto, sino que puede producirse en varios (...) y la consecuencia derivada de ello de la variabilidad (...) de la suma (...) que actúa como indemnización o base para su cálculo»<sup>37</sup>.

En cualquier caso, tanto las arras como la cláusula penal están sometidas al control de oficio por parte de los tribunales, que podrán moderarlas en virtud de lo dispuesto en el art. 1.154 C.C., el cual tiene carácter imperativo, de modo que no puede ser excluido por la voluntad de las partes<sup>38</sup>.

---

función liquidadora del daño... Al hilo de lo anterior digamos que tal "pérdida de las cantidades entregadas" es, en general, una de las cláusulas penales más utilizadas y sobre la cual..., el problema suele centrarse en proyectar la facultad moderadora del artículo 1.154...».

<sup>37</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 16 de septiembre de 1987 », C.C.J.C., núm. 15, 1987, págs. 5.012-5.013; JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 C.C.*, Madrid, 1992, págs. 186 y sigs.; ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 287.

<sup>38</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 16 de septiembre de 1987», cit., págs. 5.012-5.013; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág. 348; *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 C.C.*, Madrid, 1992, págs. 182 y sigs.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., págs. 174 y 175.

Respecto a las arras<sup>39</sup>, si el comprador cumple y paga la totalidad del precio pactado, las arras, pagadas inicialmente, se consideran como parte del precio, mientras que si incumple, el vendedor podrá retenerlas como arras, que harán la función de indemnización de daños y perjuicios que le pueda ocasionar el incumplimiento<sup>40</sup>. Sin embargo, si es el vendedor el que incumple, deberá simplemente restituirlas, pero no deberá devolverlas duplicadas, ya que nos encontramos en el ámbito del art. 1.124 y no del 1.554 C.C.

Así lo entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de junio de 1986 (R.A. 3.574), en la que los recurrentes, en el motivo quinto, consideraban que «la acción actuada no es la derivada del artículo mil cuatrocientos cincuenta y cuatro del Código Civil, como entiende la sentencia recurrida, en cuanto la vendedora no ejercitó la facultad o derecho potestativo de desistir del contrato devolviendo las arras duplicadas, sino la indemnizatoria de los daños y perjuicios que se le ocasionaron como consecuencia del incumplimiento contractual imputable a dicha vendedora como entendió la sentencia del Juzgado al situar la cuestión debatida en el campo de actuación del artículo mil ciento veinticuatro del Código Civil pues así se deduce de los términos citados del indicado suplico», a lo que el citado Tribunal respondió que «debe acogerse la fundamentación del quinto motivo del recurso en cuanto ataca la afirmación de la sentencia que identifica al arrepentimiento o desistimiento del contrato regulado en el artículo mil cuatrocientos cincuenta y cuatro, con el incumplimiento culpable del contrato tipificable en el artículo mil ciento veinticuatro,

---

<sup>39</sup>HERNANDEZ GIL, F., *Las arras en el derecho de la contratación*, Salamanca, 1958, pág. 44, las define como «la suma de dinero o cosa fungible que sin constituir el total del precio, uno de los contratantes entrega a otro preventivamente, a la conclusión del contrato o durante el mismo para confirmarlo o excepcionalmente como medio para desistir de él». Sobre las arras, véase además ROYO MARTINEZ, M., «Notas sobre la función de las arras en la contratación», *Anales de la Universidad Hispalense*, 1949, págs. 21 y sigs; AFONSO RODRÍGUEZ, M.E., *Las arras en la contratación*, Barcelona, 1995.

<sup>40</sup> AFONSO RODRÍGUEZ, M.E., *Las arras en la contratación*, cit., pág. 124.

identificación inadmisibles en cuanto el desistimiento implica el lícito ejercicio de una facultad o derecho potestativo concedido por el ordenamiento jurídico y el incumplimiento supone la vulneración del contenido obligacional asumido por la parte».

Podemos considerar, por otro lado, que «el pacto de arras implica una retención dineraria inmediata y gradual por el vendedor, que tiene carácter real y es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad»<sup>41</sup>. La posibilidad de pactar las arras junto con el pacto comisorio, como hemos visto anteriormente, es aceptada por la doctrina española.

Pero también puede ocurrir que las partes incluyan directamente en el contrato una cláusula penal<sup>42</sup>. La cláusula penal es una

---

<sup>41</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 287; AFONSO RODRÍGUEZ, M.E., *Las arras en la contratación*, cit., pág. 124, afirma que «la prestación arral, como prestación pecuniaria entregada por el comprador al vendedor al tiempo de celebración del contrato, está dotada de una eficacia punitiva y sancionadora del incumplimiento contractual, de tal modo que, salvo en aquellos casos en que expresamente los contratantes la hayan previsto como precio al ejercicio de una facultad de lícito desistimiento, las arras operan como pena frente a la falta de ejecución de la prestación principal. Es decir..., celebrado un contrato de compraventa, el comprador entrega al vendedor una parte del precio; prestación pecuniaria que, entregada a título arral sirve para probar la existencia de vinculación contractual, de tal modo que, llegado el término de cumplimiento del contrato, el comprador cumple entregando el resto del precio pactado, del que forma parte la dación inicial realizada. Pero por encima de esta finalidad probatoria, las arras desarrollan fundamentalmente, como ya he indicado, una eficacia garantizadora y sancionadora, por la presión que ejerce sobre los contratantes la amenaza de perder lo entregado o restituir doblado lo recibido, si cualquiera de ellos falta a los compromisos contractuales... Resulta así, pues, que la prestación arral realizada se traduce, en caso de incumplimiento, en una pena a dicho comportamiento infractor, de tal modo que ocurre habitualmente que la parte cumplidora da por resuelto el vínculo contractual, previa demanda de restitución de lo entregado o devolución por duplicado de lo recibido, según que la parte incumplidora haya sido, el receptor o el dador de la suma, respectivamente».

<sup>42</sup> Véase, DURANTON, M., *Cours de Droit Civil*, t. V, cit., págs. 358 y sigs.; LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique des Obligations*, t. III, cit., pág. 1 y sigs.; AUBRY, M.M., y RAU, G., *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, cit., pág. 113; JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, t. II, cit., pág. 351; GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni*, t. IV, cit., págs. 532 y sigs.; ROCA SASTRE, R.M., y PUIG BRUTAU, J., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *Estudios de Derecho*

obligación accesoria para el caso de que la obligación principal se incumpla que, sin embargo, tiene una función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena, ya una función liquidadora del daño<sup>43</sup>, o sea, la de evaluar por anticipado los perjuicios que habría de ocasionar al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación o una función estrictamente penal, consistente en sancionar o castigar dicho incumplimiento<sup>44</sup>. En cuanto a su acceso al Registro, se dice que por su carácter obligatorio no es posible su inscripción, en virtud de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Hipotecaria<sup>45</sup>. Sin embargo, la Dirección

---

*Privado*, t. I., Madrid, 1948, págs. 269 a 285; ESPÍN CÁNOVAS, D., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *R.D.P.*, 1946, págs. 145 a 169; *Manual de Derecho Civil Español*, t. III, pág. 287; RUIZ VADILLO, E., «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», *R.D.P.*, 1975, págs. 38 y sigs; ORTI VALLEJO, A., «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», *R.G.L.J.*, oct. 1982, págs. 282 y sigs; RUIZ RICO RUIZ MORÓN, J., «Comentario a la STS de 3 de marzo de 1993», *C.C.J.C.*, núm. 31, ene-mar. 1993, págs. 251 y sigs.; SERRANO GARCÍA, J.A., «Comentario a la Sentencia de 5 de octubre de 1995», *C.C.J.C.*, núm. 40, ene-mar. 1996, págs. 205 a 224; BLANCO GÓMEZ, J.J., *La cláusula penal en las obligaciones civiles, relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, 1996.

<sup>43</sup> ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la Sentencia de 8 de febrero de 1989», *C.C.J.C.*, núm. 19, 1989, págs. 191 a 240.

<sup>44</sup> Sentencia de 22 de octubre de 1990 (R.A. 8.033). En el comentario a dicha sentencia GUILARTE GUITIÉRREZ, V., «Comentario a la Sentencia de 22 de octubre de 1990», cit., pág. 1.088, dice que «la pena puede ser cumulativa o sustitutiva. En el primer caso la pena resulta exigible además de la usual indemnización cumpliendo con ello una clara función coercitiva o punitiva al proyectar sobre el deudor que incumple una mayor onerosidad... Al lado de ella, la cláusula penal puede desempeñar una función liquidatoria de la indemnización, en cuyo caso la pena es sustitutiva de aquélla. Existiendo una tercera posibilidad, irrelevante en el presente caso, en que la pena se configura como prestación alternativa del deudor entre asumir tal penalidad o cumplir la obligación principal... la regla general es la de atender a una función sustitutiva, salvo pacto en contrario».

<sup>45</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., págs. 543 y sigs., afirma que el pacto de cláusula penal, por ser de naturaleza meramente obligacional, no puede afectar a terceros, y en consecuencia, no ha de ser inscribible en el Registro. Critica también este criterio VIDAL FRANCÉS, P., «Comentario a las resoluciones de la D.G.R.N. de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991», *R.C.D.I.*, enero-febrero, 1992, págs. 186 y 187.

General de Registros y del Notariado ha admitido su inscripción a partir de la Resolución de 5 de febrero de 1990 (R.A. 727)<sup>46</sup>.

Por último, respecto a la restitución del precio en el caso de compraventa de inmuebles inscrita en el registro, hay que hacer referencia a la necesidad de consignación del mismo que requiere el art. 175-6º R.H.<sup>47</sup> para la cancelación de forma automática, tanto de la

---

<sup>46</sup> En las Resoluciones esde 5, 6 y 7 de febrero de 1990 (R.A.727), (R.A.728), (R.A.729), comentadas por BERTEGÓN SANZ, C., y CURIEL LORENTE, F., «Comentario a las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990», *R.C.D.I.*, núm. 610, 1992, págs. 1.452 a 1.472, se establece que «el otro tema debatido hace referencia a la inscribibilidad de la cláusula penal prevista para el caso de resolución, la que es negada por el Registrador por tratarse de estipulaciones personales carentes de trascendencia real. La cuestión, sin embargo, dista de ser sencilla; dada la unidad negocial configurada en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real al simultaneo cumplimiento de cierto contenido obligacional, así como la posible actuación extrajudicial del supuesto y la hipotética aparición de terceros interesados, se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo que la eficacia plena de cada una de ellas no puede determinarse aisladamente sino en conjunción con las restantes; por ello, la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional, de cada una de sus estipulaciones...». TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., «La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad», *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1997, pág. 433, considera que actualmente ya es admitida la inscripción de la cláusula penal.

<sup>47</sup>ROVIRA JAÉN, F.J., «El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral», *R.C.D.I.*, núm. 615, 1993, pág. 349 y sigs., expone brevemente la historia de este artículo diciendo que «la L.H. de 1861 y su Reglamento silenciaron este tipo de cancelación automática, porque sólo previeron la cancelación con consentimiento del titular registral en sus artículos 82 y 83 L.H. Pero al poco tiempo de la vigencia de estos preceptos surgieron discrepancias entre la ley oficial y la práctica registral, de esta manera: — En el ámbito legal. El R.H. de 1870, en su artículo 72, admitió la cancelación, en ciertos casos, sin necesidad de consultar al titular inscrito. — Pero los Registradores, fervorosos seguidores de la L.H. de 1861, y la propia Dirección General, prescindió del artículo 72 R.H. y exigió el consentimiento del titular egistral para la cancelación aplicando el artículo 82 anterior (Resolución de 19 de enero de 1877). Sin embargo, fuera del ámbito registral, la tendencia era favorable a la cancelación automática... Para poner fin a esta situación, en que la Dirección General y los Registradores hacían caso omiso de R.H., el Real Decreto de 20 de mayo de 1880 establecía que “para cancelar las inscripciones de constitución de derechos reales impuestos sobre bienes vendidos sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias exige, además del documento que acredita haberse anulado o rescindido la venta, otro en que conste que se ha consignado en la Caja de Depósitos el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en



inscripción hecha a favor del vendedor como de terceros, a la que se refiere el art. 82 L.H. Sin embargo, remitimos el análisis de esta cuestión al Capítulo V, dedicado a la reinscripción en el Registro de la Propiedad, por tratarse de un requisito para la reinscripción.

**§ 9. La restitución de la cosa y las consecuencias inherentes al estado de ésta al tiempo de la devolución.**

*17. Restitución de la cosa*

Existen dos modos de cumplir la obligación de restitución; *in natura*, o restituyendo la misma cosa que fue entregada, y por equivalente, para el caso de que no pueda hacerse *in natura*, que consiste en la restitución de su valor pecuniario, aunque también se habla de restitución por equivalente cuando se trata de restituir una cosa genérica y se restituye otro tanto del mismo género.

Pero, desde que se entrega la cosa hasta que efectivamente se restituye, normalmente transcurre un periodo de tiempo, de ahí la contradicción de la restitución, pues como afirmaba la doctrina la restitución en la resolución del contrato tiene en cierto modo como objeto el retorno al *statu quo ante*, es decir, eficacia retroactiva, a la que ya nos hemos referido, pero no se puede olvidar que verdaderamente ha pasado el tiempo y durante ese periodo el bien a restituir puede haber sufrido ciertas transformaciones y es en relación con estas transformaciones como se debe tener en cuenta el principio de retroactividad.

---

su caso procedan, haya de ser devuelto"... Fue el R.H. de 1915 el que incluyó las disposiciones del R.D. de 1880 y R.O. de 1883 en sus artículos 150 y sigs.

Por ello, como hemos expuesto en epígrafes anteriores, toda restitución de la propiedad lleva aparejada una serie de problemas relativos al régimen de los beneficios o provechos obtenidos de la cosa durante el tiempo que ha permanecido en manos del deudor restituyente, como frutos e intereses, así como los relativos a indemnizaciones, régimen de gastos hechos en la cosa y, finalmente, el problema de quién ha de soportar las consecuencias negativas de la pérdida o deterioro del bien que ha de ser restituido. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el adquirente que ahora resulta obligado a restituir haya llevado una actividad sobre el bien que haya introducido en éste mejoras o producido desperfectos, puede haberla transformado, reemplazado o incluso destruido.

La mayor dificultad que nos vamos a encontrar es la de averiguar la normativa aplicable a cada uno de estos problemas, puesto que el art. 1.504 C.C. sólo establece requisitos formales relativos al mecanismo para llegar a la resolución de la compraventa de inmuebles, y el art. 1.124 C.C. se limita a decir que, en caso de incumplimiento, la parte cumplidora estará facultada para resolver el contrato, pero ni uno ni otro dicen qué ocurre una vez resuelto el contrato, es decir, las consecuencias de la resolución<sup>48</sup>.

El art. 1.123 C.C, sí que regula, aunque tampoco exento de lagunas, los efectos del cumplimiento de la condición resolutoria expresa, que como ella misma indica, una vez producido el evento se resuelve el contrato inicialmente válido y eficaz. Pues bien, el artículo 1.123 señala, como principal efecto de la resolución, la restitución de las prestaciones. A continuación, en el párrafo segundo, remite al art.

---

<sup>48</sup> Sin embargo, en Derecho italiano, aunque el art. 1.458 se limita a decir que la restitución produce efecto retroactivo entre las partes, el art. 1.493, en sede del contrato de compraventa, sí que dispone que «en caso de resolución del contrato el vendedor debe restituir el precio y reembolsar al comprador los gastos y los pagos legítimamente realizados en virtud de la venta. El comprador debe restituir la cosa, si ésta no hubiera perecido como consecuencia de los vicios»

1.122 como norma aplicable para el caso de que la cosa objeto de la restitución se haya perdido, deteriorado o mejorado, de modo que quede determinado quién va a sufrir los riesgos o quién se va a beneficiar de los provechos.

Aunque la aplicación de estos artículos depende en principio de un hecho futuro e incierto y no de la conducta de los obligados, a diferencia de lo que ocurre en la resolución por incumplimiento, al primer artículo al que hemos de acudir para ver cuáles serán los efectos de éste segundo tipo de resolución es al 1.123 C.C., pues, como ya vimos, afirma la doctrina que «se aplica en este punto lo dispuesto en el art. 1.123 C.C., que, aun cuando está previsto para las genuinas condiciones resolutorias, es perfectamente aplicable a la situación que nos ocupa»<sup>49</sup>.

No obstante, aunque nadie duda de que tras la resolución se produce el efecto restitutorio, hay aspectos de éste, como quién sufre o se beneficia del estado de la cosa al tiempo que tiene que entregarse, o de los provechos o gastos que ha originado la misma, que pueden resolverse de distinta manera según el precepto que decidamos aplicar. Respecto a estos aspectos es necesario encontrar la normativa aplicable, y esto es lo que vamos a tratar de hacer en los epígrafes siguientes.

---

<sup>49</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 723. Aunque también hay autores, como DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., págs. 3.773 y sigs, que consideran que el primer artículo de referencia debe ser el 1.295 C.C., dada la remisión que el art. 1.124 hace al anterior, al decir que «la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123».

18. *Régimen de las restituciones en caso de que se hayan introducido mejoras o se hayan realizado gastos en la cosa*

Antes de comenzar con el estudio del régimen aplicable, podemos definir la mejora como «el resultado derivado de la actividad humana, mediante la realización de un gasto pecuniario o el desarrollo de una prestación de trabajo personal, o de circunstancias extrañas a la misma, que provoca un incremento de valor de la cosa a que se incorpora o un aumento permanente de su utilidad o rendimiento productivo»<sup>50</sup>. Los gastos, sin embargo, son definidos como detracciones patrimoniales no sólo integradas por pagos pecuniarios, sino también por actos y servicios de prestaciones personales cuando se trata de bienes inmuebles o incluso de prestaciones reales por la entrega de cosas y bienes<sup>51</sup>.

Conviene advertir también que el Código Civil suele utilizar indistintamente los términos gasto y mejora aunque los conceptos no son equivalentes, pues si bien toda mejora implica un gasto, no todo gasto supone una mejora de la cosa, aunque a los gastos útiles se les considera mejoras<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> DÍAZ ROMERO, M.R., «La jurisprudencia en torno a la liquidación de mejoras útiles en los supuestos de resolución contractual», cit., pag. 1.749; *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid, 1997, pag. 6; DORAL Y SILLERO, «Análisis económico y jurídico del régimen de la liquidación en el Código Civil», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, 1984, págs. 57 y 58; GENTILE, F.S., *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Nápoles, 1958, pag. 32; LUNA SERRANO, A., «Las mejoras fundiarias rústicas», *Temis*, núm., 18, 1965, pag. 63; MIRABELLI, G., «Miglioramenti e addizioni», *Novissimo Digesto italiano*, vol. X, 1957, pag. 669; MORENO QUESADA, B., *La mejora de los bienes. Supuestos legales y teoría general*, Madrid, 1990, pag. 169; VATTIER FUENZALIDA, C., «Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico», *A.D.C.*, 1984, págs. 64 y 65.

<sup>51</sup> BONET CORREA, J., «El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1977», *A.D.C.*, 1978, pag. 452 y sigs.

<sup>52</sup> ROCA I TRIAS, E., «Liquidación del estado posesorio. Posesión y Registro de la Propiedad», en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, pag. 198, comienza diciendo: «Los gastos útiles, también denominados mejoras...»

En relación con la introducción de mejoras en la cosa, nos encontramos con la cuestión de si es o no un obstáculo a la restitución que la cosa haya sufrido una transformación de gran entidad, es decir, que la cosa se haya transformado hasta el punto de poder afirmar que se trata de una cosa distinta (por ejemplo, el terreno que se entregó, ha sido construido). Lo más lógico en estos casos sería pensar que la cosa en sí no ya no existe y remitirnos a la normativa que resulte aplicable en caso de pérdida. Sin embargo, cuando se trata de bienes inmuebles, en Derecho francés se dice que *superficies solo cedit*, es decir, que el propietario del suelo recibe también lo construido en él. Sin embargo, respecto a los bienes muebles no se da una solución tan radical<sup>53</sup>. En cualquier caso, en nuestra opinión lo más acertado será ver en cada supuesto práctico si el cambio se puede considerar mejora, o si realmente se trata de un bien distinto, en cuyo caso es más conveniente considerarlo pérdida.

El art. 1.124 C.C. no hace referencia a la normativa que se debe aplicar cuando a la cosa que debe restituirse se le hayan introducido mejoras y tampoco dice nada respecto de los gastos. De modo que, una vez más nos encontramos ante la labor de averiguar cuáles deben ser las reglas que han de regir la liquidación de las mejoras y gastos, que, lógicamente, provoca el efecto restitutorio de las prestaciones. En este caso, sin embargo, sí que existe normativa aplicable al caso de la condición resolutoria expresa, ya que el art. 1.123 C.C. remite al art. 1.122, que dedica los apartados quinto y sexto a la introducción de mejoras pendiente la condición, en la cosa que ha de ser entregada (o restituida).

Antes de continuar tratando de encontrar cuál sería la normativa aplicable a la restitución de mejoras y gastos, hay que tener en cuenta la posibilidad de que la solución se encuentre en el propio art. 1.124. De

---

<sup>53</sup>LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique des Obligations*, t. II, págs. 268 y sigs.

acuerdo con este artículo, tanto las mejoras como cualquier otro gasto que haya efectuado el contratante cumplidor sobre la cosa, deberán ser abonadas por el incumplidor, ya que la parte cumplidora tendrá derecho al «resarcimiento de daños y abono de intereses», de modo que todos los gastos pueden considerarse “perjuicios” en el patrimonio de la parte cumplidora, por lo que se le deberán resarcir<sup>54</sup>.

Sin embargo, no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, cuando las mejoras hubieran sido introducidas por el contratante incumplidor, que también viene obligado a la restitución de la cosa, y, al menos, respecto de éste resulta necesario averiguar si se le restituyen y encontrar la normativa aplicable.

Conviene, también, hacer referencia a los gastos necesarios hechos para la obtención de los frutos. Respecto a ellos, sin embargo, consideramos que no se plantean problemas, pues, su abono dependerá de si los frutos deben ser resituídos o no. Si los frutos deben restituirse, lo lógico será que también se abonen los gastos necesarios para su obtención, así como los que sean necesarios para la conservación del bien, ya que, en otro caso, se produciría un enriquecimiento injusto por parte de aquel que recibe la cosa con sus frutos pero no abona lo que se ha invertido tanto en la conservación como en la producción de los frutos, y ello en virtud del art. 453-1<sup>55</sup>,

---

<sup>54</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., pág. 3.787. Este autor critica la argumentación del Tribunal que entiende aplicable los arts. 1.295 y 1.303 al caso en cuestión, en cuanto a que sólo deben restituirse las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, olvidando el «propio artículo 1.124, que señala “resarcimiento de daños y abono de intereses” como consecuencia anexa a la resolución». De modo que «los gastos en proyectos, etc., realizados por el comprador constituirían daños ocasionados por la confianza depositada en el contrato (interés contractual negativo), que la parte incumplidora habría de indemnizar».

<sup>55</sup> MARTÍN PÉREZ, A., «Comentario a los arts. 451 a 453 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, 1980, pág. 295 y sigs.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario al art. 453 C.C.», en *Comentario del Código Civil, Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, t. I, Madrid, 1993,

así como de lo que se deduce de los arts. 455, 472-3º, 1.518-2º y 1.898 C.C.<sup>56</sup>.

En este sentido también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de noviembre de 1990 (R.A. 9.219), diciendo que «el resarcimiento que debe concederse al actor Sr. S., viene impuesto por un elemental principio de justicia estricta, que, a nivel del ordenamiento jurídico, se reconoce en los arts. 7, apartados 1 y 2, 1.105, 1.184 y 1.258 del Código Civil, que se inspiran en las exigencias de la buena fe que han de presidir las relaciones humanas en su proyección a la vida jurídica, y lo contrario, supondría, indudablemente, incurrir en un abuso del derecho y propiciar un enriquecimiento injusto, con desconocimiento del derecho a la tutela efectiva que consigna el art. 24. 1 de la Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875), pero es que, además, el resarcimiento encuentra fundamento en el art. 453 del Código, al resultar innegable que al Sr. S. correspondió, y tuvo, la posesión de la finca en tanto se realizó la demolición hasta la fecha en que quedó resuelto el contrato».

Pues bien, respecto de las mejoras y gastos útiles, en principio nos encontramos con las siguientes posibilidades:

---

págs. 1.229 y 1.220; Díez-Piçazo y Ponce de León, L., *Fundamentos ...*, vol. 3º, cit., págs. 680 y 681; Roca i Trias, E., «Liquidación del estado posesorio. Posesión y Registro de la Propiedad», cit., pág. 198; Díaz Romero, M.R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, cit., pág. 34 y sigs.

<sup>56</sup> BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazione restitutorie», cit., pág. 383; PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pág. 1.735, nota 54, dice que «los gastos necesarios deben abonarse (arg. art. 453. I CC)»; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 527.

A) Aplicación de la normativa propia de la liquidación del estado posesorio.

El régimen relativo a las mejoras que se establece en las normas reguladoras de la liquidación del estado posesorio se encuentra contenido en los arts. 453-2° C.C., que habla de gastos útiles, respecto al poseedor de buena fe, y en el art. 455 C.C. en cuanto al de mala fe. Conforme al régimen establecido en el art. 453-2°, los gastos que le hayan supuesto la introducción de mejoras útiles en la cosa se deberán abonar al poseedor de buena fe, el cual dispondrá de un derecho de retención de ésta hasta que se le satisfagan. Además, el que vence en la posesión, esto es, la contraparte a la que se le tiene que restituir el bien, podrá optar, bien por satisfacer el importe de los gastos, bien por abonar la diferencia de valor que tendría la cosa sin la mejora, y el que tiene una vez introducida ésta.

La aplicación de este artículo implica que se considere poseedor de buena fe al adquirente en virtud de un contrato que puede ser resuelto, ya que en caso de que se demuestre su mala fe no sería de aplicación este artículo, sino el 455 C.C., que únicamente hace referencia a los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo, respecto a los cuales se dice que no se abonarán al poseedor de mala fe pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

No se hace referencia, pues, respecto de los gastos hechos por la introducción de mejoras útiles, pero puede deducirse que ni se abonarán al poseedor de mala fe, ni será posible su retirada, aun cuando se pueda hacer sin causar desperfectos en la cosa, ni será posible la compensación con los desperfectos del art. 488 C.C.

Igualmente, consideran que las mejoras o gastos útiles deberán abonarse, el art. 1.518-2° y el art. 1.652-1° C.C. Así, el primero de los



citados artículos, en materia de retracto convencional, al que como vimos había autores que calificaban como un supuesto de resolución del contrato por voluntad de las partes, dispone que ejercitado el retracto convencional el vendedor debiera abonar los gastos útiles que el comprador hubiera hecho en la cosa vendida.

El art. 1.652-1º C.C., en sede de censo enfiteutico, dispone que en caso de comiso, o en el rescisión por cualquiera causa del contrato de enfiteusis, el dueño directo deberá abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, siempre que este aumento subsista al tiempo de devolverla. A lo que añade que serán compensables los deterioros por culpa o negligencia del enfiteuta con las mejoras.

El Tribunal Supremo tuvo en cuenta este régimen, en concreto las normas de la posesión, para la resolución por incumplimiento, en la Sentencia de 7 de julio de 1911 (J.C. 15) en el ámbito del art. 1.504 C.C., entendiendo que la sentencia recurrida no infringió el art. 453 C.C., puesto que sólo merecían el concepto de útiles las obras cuyo importe se mandó abonar mientras que todas las demás carecían del carácter de permanencia.

Más recientemente, la Sentencia de 30 de noviembre de 1990 (R.A. 9.219) insiste en la condición de poseedor del adquirente y añade que «el resarcimiento encuentra fundamento en el art. 453 del Código, al resultar innegable que al Sr. S. correspondía y tuvo la posesión de la finca en tanto se realizó la demolición hasta la fecha en que quedó resuelto el contrato». Igualmente la Sentencia de 15 de febrero de 1991 (R.A. 1.272) aplica el art. 453 C.C. al considerar que las mejoras que se habían realizado debían ser «resarcibles, ya que de quedar en beneficio del propietario actual se produciría una evidente infracción del principio que veda el enriquecimiento injusto».

B) Aplicación de la normativa propia de la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa.

El Código sí que establece una regulación de la restitución de las mejoras en el art. 1.122-6° C.C., al que remite el art. 1.123, con ocasión de las condiciones resolutorias expresas. Así, el citado precepto dispone en sus números 5° y 6° que «si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor. Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario». Respecto al derecho del usufructuario, dice el art. 487 C.C. que podrá retirar las mejoras que hubiere introducido, siempre que fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes, luego si no es posible retirarlas porque esto perjudica los bienes, ceden también en favor del propietario, sin que el obligado a restituir tenga por ello derecho a indemnización.

Igualmente remite a la normativa del usufructo el art. 1.573 C.C. en materia de arrendamientos, puesto que dispone que el arrendatario tiene el mismo derecho que se concede al usufructuario respecto de las mejoras útiles y voluntarias.

Algunos autores han manifestado su conformidad con la aplicación de estos artículos a la resolución por incumplimiento, aunque sólo respecto de aquella de las partes que ha incumplido, puesto que consieran que la que ha cumplido tendrá siempre derecho a su abono<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., pág. 3.787, comparte la opinión del Tribunal Supremo en cuanto a la idea de «aplicar a la resolución por incumplimiento los preceptos de la sección en que se halla el artículo 1.124; pero, coherentemente, sólo respecto de aquél cuyo incumplimiento opera —... —como condición resolutoria». ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 305, también considera aplicable el art. 1.122 a las mejoras (y deterioros) de la cosa cuando se ejercite la resolución por pacto resolutorio. Sin embargo, en la pág. 180, dice que «una vez que ha tenido lugar la constitución en mora del comprador incumplidor, no se deben aplicar las reglas del usufructuario para la restitución de las pérdidas, deterioros o mejoras, sino las del poseedor de mala fe.»

La jurisprudencia, en la mayoría de las ocasiones, también ha solventado el problema de las mejoras introducidas en la cosa que debe restituirse acudiendo a los arts. 1.123 y 1.122-6° C.C. Así, por ejemplo, la Sentencia de 10 de marzo de 1950 (R.A. 704) dispone que «esta retroacción, en virtud de la cual se ha de volver a un estado jurídico preexistente, no puede entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo que equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto, sino que precisamente el retorno al estado anterior al vínculo contractual deshecho por modo resolutorio no quedaría logrado sin su consecuencia natural y lógica del reintegra a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, según se halla previsto expresamente para los casos de rescisión y de nulidad en los artículos 1.295, 1.303, 1.307 y 1.308 del Código civil, y por el art. 1.123 del mismo Código con referencia a las obligaciones con condición resolutoria, como lo es la contenida tácitamente en las recíprocas».

Cabe destacar también la Sentencia de 7 de julio de 1982 (R.A. 4.220) en la que puede leerse que «siendo lo cierto que la pretendida resolución arrastraría la extinción de las relaciones contractuales no sólo para el futuro, sin con efectos retroactivos y buscando una *inintegrum restitutio*, reproduciendo en lo posible la situación anterior al contrato, con la consecuencia de haber de reintegrarse cada contratante de las prestaciones efectuadas por el contrato, al igual que en los casos de rescisión por lesión (artículo 1.295), de anulabilidad (1.303) e incluso de condición resolutoria expresa, como el que contempló la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 1962 con aplicación del artículo 1.123, de tal suerte que la liquidación habría de

---

Sin embargo otras sentencias aplican los artículos 1.295 y 1.303 C.C. por entender que sean estas normas aplicables en el ámbito general del art. 1.124.

hacerse aplicando para regular la mutua restitución las reglas del artículo 1.122, siempre del Código civil».

Más concretamente, la Sentencia de 6 de febrero de 1984 (R.A. 576) dispone que «el referente al alcance de la devolución del objeto que en su día se vendió, como consecuencia de la resolución del contrato, se relaciona con lo decidido por la sentencia recurrida, en el sentido de que, por tratarse de la resolución de un contrato de compraventa, sus efectos se retrotraen al momento en que el contrato se celebró, con la consiguiente devolución de la cosa en el estado anterior, siendo de aplicar, porque de resolución se trata, la normativa relativa a lo único que aquí puede entrar en juego, es decir a las “mejoras” que, según el artículo 1.123 habrá de ser la contenida en el número 6 del 1.122, a cuyo tenor el comprador sólo tiene el derecho que el 187 concede al usufructuario, que es el de retirarlas si ello es posible...».

Igualmente, la Sentencia de 17 de junio de 1986 (R. A. 3.554) cuando se refiere a la posibilidad del derecho a las mejoras del adquirente que ve resuelto el contrato dispone que «aún en caso afirmativo, sólo darían derecho al comprador a retirarlas, si pudiera hacerlo sin detrimento de los bienes, pero en ningún caso a indemnización, según disponen los artículos 1.123, en relación con los artículos 1.122 y 487, todos ellos del Código civil».

En la Sentencia de 24 de febrero de 1988 (R.A. 1.301; La Ley, 826, 1988-2) también se dice que «aunque el artículo 1.124, no contenga una condición, en su sentido estricto, sino una facultad legal, también llamada “condición resolutoria tácita”, porque, en definitiva, su efecto es el mismo, la resolución del contrato que permite aplicar los artículos 1.122.6 y 1.123.2 del Código civil, en virtud de los cuales al deudor incumplidor no corresponden, sobre las mejoras realizadas a sus expensas, sino los derechos que corresponden al usufructuario que, según el artículo 487 del propio Código, son los de retirar las mejoras,

si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes, no el de ser indemnizado con su importe, ya que no es de aplicación al caso el artículo 361 que se refiere a las consecuencias de litigios sobre posesión en general, y no a aquéllos en los cuales, como ocurre en el presente, las vicisitudes de la posesión están lógicamente enlazadas a las del cumplimiento o incumplimiento de un contrato traslativo».

Recientemente, en la Sentencia de 13 de octubre de 1995 (R.A. 7.080)<sup>58</sup> también se afirma que «las consecuencias que estos efectos resolutorios deben producir son los específicamente señalados en los artículos 1.123-2; 1.122-6 y 487 del Código Civil... En este punto se ha de disentir con la sentencia recurrida, pues existiendo normas específicas que regulan los efectos de la resolución de un contrato traslativo por incumplimiento de lo pactado, no pueden ser de aplicación las normas que regulan la liquidación de un estado posesorio, o las consecuencias de los litigios sobre posesión en general, que es la normativa aplicada en la sentencia que se combate. Esta determinación específica de los preceptos legales aplicables, que se postula acertadamente en el recurso, viene avalada por la pacífica jurisprudencia de esta Sala, establecida fundamentalmente en la S. de 24 de febrero de 1988»<sup>59</sup>.

De las dos soluciones que hemos expuesto, en principio parece más correcta esta segunda, esto es, la de acudir en primer lugar a los artículos 1.122 y 1.123 C.C., reguladores del régimen liquidatorio de las obligaciones condicionales. Por una parte, porque, como ya hemos afirmado en diversas ocasiones, aunque los distintos tipos de resolución difieren en sus mecanismos, una vez se produce la resolución, los efectos son básicamente los mismos, con la peculiaridad

---

<sup>58</sup> Sentencia comentada por MARSAL GUILLAMET, J., «Comentario a la Sentencia de 13 de octubre de 1995», C.C.J.C., núm. 40, ene.-mar. 1996, págs. 255 y sigs.

<sup>59</sup> La misma línea siguen otras sentencias, como la de 28 de junio de 1977 (R.A. 3.053), que acude al art. 1.123 para la liquidación de los gastos, pero no al art. 1.122, al que aquel se remite, sino al art. 1.120 C.C., por tratarse de obligaciones de hacer o no hacer.

de la restitución de los frutos en el retracto convencional. Por ello, si el art. 1.124 C.C. no regula cómo debe llevarse a cabo la resolución lo lógico es acudir al art. 1.123 (y al art. 1.122, por la remisión que aquél hace), teniendo en cuenta, además, su ubicación sistemática.

Por otra parte, porque no nos parece necesario distinguir entre buena o mala fe del mejorante. Una vez expuesta la regulación que establecen los artículos 1.122 y 1.123 C.C, podemos observar que en ellos no se distingue, en ningún momento, la buena o mala fe del adquirente mejorante, tal vez porque en los supuestos de establecimiento de una condición resolutoria no se considera necesario hablar de buena o mala fe, sino del riesgo que corre el comprador sujeto a condición si realiza mejoras en la cosa y posteriormente se resuelve el contrato, puesto que el art. 1.123 se refiere a condiciones cuyo cumplimiento no es exigible a ninguna de las partes. Pero cosa distinta ocurre con respecto al art. 1.124 C.C., donde precisamente el contrato se resuelve por el incumplimiento de una de las partes, es más, de aquella parte que ha introducido mejoras en la cosa.

Sin embargo, tampoco parece conveniente, al menos desde el punto de vista práctico, hacer una diferenciación entre poseedor de buena fe o de mala fe en lo relativo a la restitución de las mejoras consecuencia de la resolución por incumplimiento, puesto que la introducción de mejoras en la cosa que posiblemente ha de restituirse no es indicativo de la buena o mala fe del adquirente. Así, se ha dicho que «la parte cuya posesión se encuentra afectada por el cumplimiento o no de una condición, conoce su posición y su posible obligación de restituir si llega el caso, y la realización de cualquier gasto mejoratorio se llevaría a cabo en tal situación de interinidad e incertidumbre de derechos. Por ello, no actuaría de buena fe al ejecutar tales mejoras, porque conociendo su posición, las estaría imponiendo

conscientemente al que habrá de sucederle en la posesión, y realizaría un desembolso con conocimiento de su posible inutilidad para él»<sup>60</sup>.

No obstante, en contra puede argumentarse que si, pese a conocer su posición y su obligación de restituir en caso de que no cumpla su obligación, el adquirente se decide a introducir una mejora en la cosa, será porqué está decidido a cumplir, pues no es una conducta lógica mejorar una cosa a sabiendas de que no va a permanecer en su patrimonio. En cualquier caso, el momento de mejorar no cabe hablar de buena o mala fe puesto que aun no ha habido incumplimiento. Es decir, aunque ciertamente hubiese sido más diligente esperar al cumplimiento de su obligación de modo que el contrato resultara irresoluble y pasase a ser propietario definitivo de la cosa, tampoco es razón suficiente para pensar que si mejora la cosa está actuando de mala fe.

Otra cosa sería si las mejoras se hubiesen introducido con posterioridad a la resolución del contrato, es decir, a sabiendas de que el contrato estaba resuelto y de que debía restituir la cosa. En este caso la normativa aplicable sí sería la de los arts. 453 y sigs., pues la mejora no se habría introducido en el bien bajo la incertidumbre de la posible resolución, sino como un poseedor que sabe que debe restituir la cosa, con lo que sí podría ser considerado como un poseedor de mala fe<sup>61</sup>.

Parece más adecuado acudir, en primer lugar, y siempre que las mejoras se hayan realizado antes de la resolución del contrato, a la regulación de los arts. 1.122 y 1.123 C.C.<sup>62</sup>. Pero también podemos

---

<sup>60</sup> DÍAZ ROMERO, M. R., «La jurisprudencia en torno a la liquidación de mejoras útiles en los supuestos de resolución contractual», cit., pág. 1.758 y 1.759.

<sup>61</sup> DÍAZ ROMERO, M. R., «La jurisprudencia en torno a la liquidación de mejoras útiles en los supuestos de resolución contractual», cit., pág. 1.758.

<sup>62</sup> DÍAZ-ROMERO, M.R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, cit., págs. 151 y 152, afirma que «no podemos olvidar la semejanza de caracteres, la clara ubicación sistemática, la ya mencionada igualdad de efectos que producen ambas formas de resolución, ejercicio de la facultad resolutoria (art. 1.124) y

considerar preferible la aplicación del régimen el establecido con ocasión de la rescisión del contrato de enfiteusis del art. 1.652.1 C.C., que establecía el abono de los gastos útiles y mejoras al *accipiens*. La razón principal de la aplicación de este régimen es que el supuesto que se regula en el art. 1.652-1 C.C. es el más análogo al de resolución por incumplimiento que se puede encontrar en el Código civil<sup>63</sup>.

---

cumplimiento de condición resolutoria (art. 1.123), así como la necesidad de interpretar las normas jurídicas en relación con el contexto. De todo ello se deduce la conclusión de considerar como normativa reguladora de la liquidación de la posesión, en estos casos, la contenida en los artículos 1.122 y 1.123 Cc. Además, debemos puntualizar y advertir que, si bien cabe calificar de poseedor de buena fe al contratante incumplidor, respecto de su situación posesoria, no parece tan clara la calificación de buena fe de su actividad en cuanto a la realización de las mejoras, porque tal inversión resulta arriesgada hasta el efectivo cumplimiento de sus obligaciones. Hasta entonces, la condición de propietario o, en su caso, de legítimo poseedor con un posible derecho a la realización de tales inversiones, no es tampoco definitiva, y por ello, corre el riesgo de que, producido el incumplimiento de sus correspondientes obligaciones, pueda devenir el efecto resolutorio y ver disminuido su patrimonio por la pérdida de tales mejoras o su indemnización, si no es posible retirar dichas mejoras sin detrimento del bien (art. 1.122-3º, 487 Cc). Por último, debemos apuntar que esta normativa será de aplicación una vez declarado resuelto el contrato, es decir, una vez ejercitada por el contratante cumplidor la acción resolutoria y declarada judicialmente la resolución. Pero si el poseedor realiza mejoras después de dicha declaración, serán de aplicación los artículos 453 y ss., pues el mejorante ya no actúa bajo la incertidumbre de la resolución, sino como un mero poseedor. Invierte, así, su concepto posesorio y le será aplicado el art. 455 al ser considerado de mala fe».

<sup>63</sup> MARSAL GUILLAMET, J., «Comentario a la Sentencia de 13 de octubre de 1995», cit., págs. 261 y 262 dice que «el dato lo aporta el artículo 1.652.I del Código Civil, que concede al dueño útil el derecho al abono de las mejoras con independencia de la causa de resolución del contrato, e incluso en caso de comiso, que podría ser ocasionado por el impago de las pensiones (art. 1.648.I CC). Aparentemente, los artículos 1.518.2º y 1.652.I del Código Civil no se refieren a las mismas mejoras. En el primero no se especifican los *gastos útiles*, mientras que en el segundo se exige que el incremento de valor provocado por las mejoras subsista en el momento de la restitución. Sin embargo, en el artículo 1.518.2º del Código Civil se presupone la subsistencia de las mejoras, porque sólo se entra a cuestionar su liquidación si el propietario experimenta un enriquecimiento como consecuencia de los gastos efectuados por el poseedor (art. 453. II final CC). La precisión del artículo 1.652.I del Código Civil, debida a la duración indefinida de la relación enfiteútica (art. 1.608 CC), es innecesaria en el artículo 1.518.2º del Código Civil, porque el plazo para ejercitar el retracto convencional es más breve (art. 1.508 CC). Por todo ello, se puede concluir que, por aplicación analógica de los artículos 1.518.2º y 1.652.I, el comprador tiene derecho al abono de las mejoras



Así pues, podemos concluir diciendo que si en la cosa a restituir se han introducido mejoras, bien por su naturaleza, bien a expensas del deudor, será de aplicación, en primer lugar, lo dispuesto en el art. 1.123 y su remisión al 1.122 C.C. Es decir, si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor. Si se mejora a expensas del deudor, podrá retirar las mejoras siempre que sea posible hacerlo sin detrimento de los bienes. Si no es posible retirar las mejoras, el acreedor deberá abonarlas, cuando hayan aumentado el

---

realizadas sobre la cosa comprada con anterioridad a la resolución del contrato por incumplimiento, siempre que éstas subsistan».; PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pág. 1.735, nota 54, afirma que «en cuanto las mejoras, no es fácil negar la aplicación de los artículos 487 y 488 CC, dada la remisión de la regla 6ª del artículo 1.122 a la que se remite por su parte el artículo 1.123. II; aunque resulta más razonable la norma del artículo 1.652. I CC»; CARRASCO PERERA, A., «*Ius aedificandi*» y *accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Madrid, 1986, págs. 296-297, dice que el régimen de los arts. 453 y sigs. es el aplicable por una razón de intereses en juego, pues «el que está sometido a una condición resolutoria se asimila al usufructuario en el hecho de que, en una manera u otra, conoce o prevé la existencia de un tiempo determinado de posesión de la cosa. El que realiza mejoras en la cosa entregada bajo condición resolutoria, como el usufructuario, conoce la provisionalidad de la situación, o al menos, su interinidad. Debe haber calculado en el tiempo, porque le consta, la rentabilidad y amortización de la mejora. Pero en el artículo 1.124 el deudor no puede saber, al inicio de su posesión, que ésta es claudicante, no puede calcular un tiempo de amortización de la mejora, pues desconoce la eventualidad de un fin en su posesión, ya que, como tantas veces ocurre, la resolución no es más que la resultante de una falta de liquidez sobrevenida»; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 533 y 534, añade que, sin embargo, a éste régimen general deben hacerse tres precisiones:

1ª Debe reconocerse al contratante no incumplidor el derecho a rechazar la restitución *in natura*, y la facultad de optar por la restitución por equivalente.

2ª No debe ostentar tal derecho si conforme a la disciplina del específico contrato existente entre las partes no tiene el contratante derecho al abono de las mejoras, sino sólo derecho a retirarlas.

3ª Será considerado de mala fe, y se le aplicará el art. 455 C.C., el contratante incumplidor que realizó los gastos útiles o mejoras una vez resuelto el contrato.

Sin embargo, en nuestra opinión, el hecho de que el deudor tenga intención de cumplir y de que la resolución no sea más que la resultante de una falta de liquidez sobrevenida, no impide que el deudor deba saber que mientras no cumpla con su obligación es posible la resolución del contrato, por lo que también se da situación de interinidad. Por otro lado, el que está sometido a una condición resolutoria no tiene su final tan cierto como el usufructuario, sino que también puede actuar confiando en que el hecho en que consiste la resolución no va a producirse.

valor de la finca, siempre que el aumento subsista al tiempo de la devolución, por aplicación analógica del art. 1.652.1 C.C. Ahora bien, si el abono de las mejoras supone al contratante cumplidor una limitación de su facultad de resolución, podrá rechazar la restitución in natura y optar por una restitución por equivalente.

19. Régimen de las restituciones en caso de pérdida de la cosa.

A) Posibilidad de ejercitar la facultad resolutoria si la cosa se pierde en manos del contratante cumplidor

Antes de comenzar con la pérdida de la cosa que debe ser restituida es conveniente hacer referencia a un problema previo. El problema que ahora se nos plantea se refiere al caso en que el adquirente cumplidor, estando aun constante la relación contractual, es decir, no habiendo ejercitado todavía la facultad resolutoria, no pueda cumplir su obligación de restituir *in natura* la cosa que ha recibido, bien por haberla enajenado, bien porque ésta haya perecido, por su culpa o por caso fortuito. Cabe plantearse si es posible el ejercicio de la facultad resolutoria si el legitimado para ello no puede restituir al contratante incumplidor la prestación que de él recibió.

Respecto a este asunto, nos podemos plantear dos cuestiones. La primera consiste en averiguar, como acabamos de exponer, si podrá en estos casos resolverse el contrato. El segundo problema surge de la cuestión anterior, esto es, en el caso de que la respuesta sea afirmativa, y se admita el ejercicio de la facultad resolutoria, si el contratante cumplidor se encuentra o no exonerado de su obligación de restitución, tanto si la cosa se perdió por su culpa, como si el hecho ocurrió fortuitamente o si bien su obligación de restitución se

mantiene aunque convirtiéndose también en este caso en una restitución por equivalente<sup>64</sup>.

En cuanto a la primera cuestión que hemos planteado, la de si en estos casos en los que el que pretende la resolución no puede restituir por haberse perdido la cosa, no podrá ejercitar su facultad resolutoria, o bien, si se resolverá el contrato estando obligada la parte cumplidora a restituir por equivalente, las dos posibilidades tienen argumentos a favor y en contra.

a) Pérdida de la facultad de resolución

Esta primera posibilidad cuenta básicamente con dos argumentos.

1º Aplicación del art. 1.295 C.C. con base en la remisión que lleva a cabo el art. 1.124 C.C. La primera solución puede defenderse diciendo que en este caso procede la aplicación del art. 1.295 C.C., al que remite el art. 1.124, el cual dispone que «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado»<sup>65</sup>. Así pues, si respecto a la rescisión, ésta no se puede

---

<sup>64</sup> BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie», cit., pág. 270 y sigs., plantea la cuestión diciendo que respecto a la obligación restitutoria del contratante cumplidor aparecen dos ordenes de problemas. En primer lugar, se trata de comprobar si el contratante fiel se encuentra o no exonerado de la restitución, provenga la pérdida del hecho propio o del riesgo del caso fortuito. Si a lo anterior damos una respuesta negativa, a tal problema debemos añadir el de si, puesto que no se puede restituir, el contrato resultará irresoluble, o bien si la obligación de restituir *in natura* se convertirá en una obligación de restitución del equivalente.

<sup>65</sup> No obstante, como ya vimos en el epígrafe correspondiente, también hay autores que interpretan de manera diversa el citado artículo. Así, MORENO QUESADA, B., «Comentario de los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Ministerio de justicia, Madrid, 1993, en la pág. 532, afirma que «al vincular a ésta la circunstancia de que el que la pretenda pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado, o a que se hallen las cosas en poder de terceras personas que hayan actuado de mala fe, se ha suscitado la

ejercitar cuando el que la pretende no puede restituir, tampoco podrá ejercitarse la resolución.

2º Aplicación analógica del art. 1.166 C.C. Cabe también negar el ejercicio de la facultad resolutoria con base en la aplicación analógica del art. 1.161-1 C.C, el cual dispone que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente aun cuando fuese de igual o mayor valor que la debida»<sup>66</sup>.

A los argumentos anteriores podemos añadir que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en su art. 82, niega al comprador cumplidor su derecho a ejercitar la resolución del contrato cuando por un acto a él imputable le fuera imposible su restitución, salvo que las hubiere vendido en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso

---

duda de la naturaleza de esta exigencia: frente a quienes pretenden ver en ellos unos condicionantes más para que pueda instarse la rescisión, ha de estimarse que no se trata de requisitos para el ejercicio de la acción que la pone en marcha, sino de circunstancias de hecho que permitirán, una vez acordada la rescisión, que despliegue los efectos propios de la misma (las devoluciones a que se refiere este mismo precepto) que es lo que significa la expresión "llevarse a efecto" en él utilizada»; y en la pág. 533, que «el no poder devolver aquello a que por su parte estuviese obligado, el que haya pretendido, y conseguido, la rescisión, que es obstáculo para que se lleve a cabo, para que se ejecute, significa precisamente eso: por lo que, de un lado, no impide ejercitar la acción y conseguir la declaración judicial de su procedencia, porque ésto se debe a una actuación que se produce con anterioridad a la constancia de esa imposibilidad; y, de otro, suspende la ejecución de la rescisión decretada, lo que es congruente con el carácter de obligación sinalagmática que tiene la de devolver consagrada en este precepto»; «Comentario al art. 1.295 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 196 y sigs. Sentencia de 12 de enero de 1916 (J.C. núm. 14), que decía que «las disposiciones y reglas contenidas en este artículo 1.295 se contraen a la rescisión que hubiese sido declarada procedente, aun cuando determine circunstancias que puedan impedir llevarla a efecto»

<sup>66</sup> PÉREZ GONZALEZ, B., Y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. II, vol. 1º, cit., pág. 204, afirman, en relación con la pérdida de la cosa que debe ser restituida, que si el titular de la facultad de resolución, o su representante legal o su auxiliar, transforma la cosa recibida o una parte importante de la misma, en una cosa de otra especie, se excluye el derecho de resolución por la aplicación analógica del art. 1.166 C.C.

normal, antes de descubrir el incumplimiento. Ahora bien, en este caso, el comprador estará obligado a abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas, conforme al art. 84.

b) Mantenimiento de la facultad resolutoria

Sin embargo, esta segunda posibilidad puede defenderse diciendo que la remisión que hace el art. 1.124 al 1.295 no es una remisión en bloque a todo este artículo, sino que lo es sólo a los efectos de los terceros, es decir, únicamente a los párrafos segundo y tercero de éste artículo. Todavía cabría considerar la aplicación analógica de este artículo, pero frente a ella cabe también oponer la mejor aplicación del art. 1.123 C.C., conforme al cual la pérdida de la cosa no impide la resolución del contrato, como veremos a continuación, y la del 1.308 C.C., en sede de nulidad, que tampoco impide el ejercicio de la acción de nulidad sino compeler a la otra parte a cumplir su obligación de restitución<sup>67</sup>.

Por otro lado, respecto a la posible aplicación del art. 1.166-1, consideramos que éste no puede resultar aplicable a la cuestión de si es posible ejercitar la resolución, puesto que se refiere a una cuestión distinta. Es decir, el art. 1.166-1 C.C. se refiere al "deudor de una cosa" y en el momento en que nos encontramos, posterior al incumplimiento pero anterior a la resolución, el que pretende ejercitarla todavía no es deudor de la restitución<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, pág. 321, afirma que «la restitución o el ofrecimiento de hacerla no es exigido para instar la nulidad, sino tan sólo para pedir la restitución de lo entregado».

<sup>68</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 221, afirma que «el art. 1.166-1 C.C. resulta aplicable al obligado a entregar una cosa, pero el resolvente no está obligado a restituir más que desde que opta por la resolución».

La posibilidad de aplicación de este artículo cabría, en su caso, en un momento posterior, una vez ejercitada la resolución, cuando el contratante cumplidor ya se hubiera convertido en deudor de la prestación que recibió en virtud del contrato, de modo que no podrá cumplir su obligación entregando cosa distinta.

Cabe también acudir, para fundamentar el mantenimiento de la facultad resolutoria, a la regulación del saneamiento por vicios ocultos, puesto que en ella la pérdida de la cosa tampoco es un obstáculo para el ejercicio de la acción redhibitoria, ni siquiera cuando la pérdida se deba a culpa o negligencia del comprador.

Un último argumento en favor de esta posibilidad es que en las obligaciones de hacer o no hacer es posible la resolución pese a que no quepa la restitución *in natura* de dichas prestaciones<sup>69</sup>.

Además, en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, a diferencia de lo ocurría en la Convención de Viena, no se impide el ejercicio de la facultad de dar por terminado el contrato si se produjo la pérdida de la cosa, pues lo único que se establece, en el art. 7.6.3, es que si la restitución *in natura* o en especie no fuese posible o apropiada, se deberá compensar en dinero. Es decir, la obligación de restitución *in natura* se convierte en una obligación de restitución del equivalente dinerario. Sin embargo, aunque pueda instar la resolución, si una parte no puede restituir la

---

En consecuencia, tal precepto no sería aplicable a la imposibilidad de restituir anterior a la opción por resolver. Y en cuanto a la posibilidad de plicarlo a la imposibilidad de restituir posterior a la resolución, hay que tener en cuenta el juego de otros preceptos y, significativamente, las reglas sobre el riesgo de pérdida de la cosa debida».

<sup>69</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 223, así lo considera, al decir que «si sólo cupiese resolver en aquellos supuestos en que el resolvente puede restituir la prestación recibida, no habría posibilidad de resolver en aquellos otros en que la prestación ejecutada fuera una prestación de hacer, pues no cabe restitución —al menos *in natura*— de las prestaciones de hacer».

prestación que recibió no podrá exigir a la otra que restituya. Sólo el que puede restituir el mismo bien que recibió puede exigir la restitución, *in natura* o pecuniaria, de la otra parte<sup>70</sup>.

Así pues, consideramos mejor argumentada esta segunda posibilidad<sup>71</sup>, de modo que a pesar de que el contratante cumplidor haya perdido la cosa objeto de la prestación esto no constituye un impedimento a la hora de entablar la acción resolutoria, y más teniendo en cuenta que el principal argumento de defensa para considerar que decae la facultad resolutoria es la aplicación del art. 1.295 C.C., siendo que, como ya vimos, no es cuestión pacífica que en este artículo se requiera la posibilidad de restitución para poder entablar la acción rescisoria. Pero todavía cabe plantearse si, una vez ejercitada la resolución, el contratante cumplidor se verá exonerado de su obligación de restitución.

c) Exoneración de la obligación restitutoria

Centrándonos ahora en la segunda cuestión, en el Derecho italiano, tanto doctrina como jurisprudencia oscilan entre las dos posibles soluciones. Cabría pensar<sup>72</sup>, apoyándose en el art. 1.479. 2 del Codice Civile, el cual exonera de la obligación de restitución al adquirente de cosa ajena en caso de perecimiento por caso fortuito, que el contratante cumplidor debe quedar exonerado. Sin embargo, partiendo del art. 1.492-3° C.C, el cual obliga al adquirente de cosa con

---

<sup>70</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 223 y 224.

<sup>71</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., «Unidad y pluralidad de vínculos», cit., pág. 141; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 224, considera que «la irresolubilidad del contrato vendría a suponer, de hecho una coactiva prosecución de la relación incumplida y, por tanto, una ablación sin indemnización del derecho del contratante no incumplidor, esto es, una ablación carente de adecuada contrapartida».

<sup>72</sup> AULETTA, G., *Risoluzione per inadempimento*, cit., pág. 473 y 474.

vicios ocultos a soportar el riesgo de la pérdida por caso fortuito, no exonera de la obligación de restituir al cumplidor<sup>73</sup>..

Sin embargo en Derecho español no disponemos de estas mismas normas. Respecto a la venta de cosa ajena no dispone nada nuestro Código en lo relativo a la posibilidad de resolver la venta, y únicamente se establece la responsabilidad por evicción. Y en cuanto al perecimiento por caso fortuito de cosa vendida con vicios ocultos, el art. 1.488 C.C. establece que el comprador podrá reclamar el precio que pagó con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse, a diferencia del art. 1.492-3º del Código Civil italiano que dispone que el comprador sólo podrá pedir la reducción del precio. Así pues, en nuestro Derecho no hay ninguna norma que permita la exoneración del cumplidor de restituir su prestación.

Para resolver la cuestión conviene relacionarla con el efecto resarcitorio. Es decir, si al contratante cumplidor se le reconoce el derecho al resarcimiento por el interés contractual positivo, lo lógico es que también deba soportar los riesgos del perecimiento de la cosa. Esto es así porque si al contratante cumplidor se le van a otorgar las ventajas que se esperaban del correcto cumplimiento del contrato y entre las partes del contrato se va a considerar como definitivamente integrado en su patrimonio el valor de la posición jurídica pactada, lo lógico será que también deba sufrir las desventajas de esa misma posición jurídica<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> BIANCA, C. M., «La vendita e la permuta», *Tratt. di dir. civ.* dirigido por VASSALLI, F., Turín, 1972, pág. 862 y 863, considera que la resolución no debe ser un instrumento para... cargar a la parte incumplidora con el riesgo de un daño que no está en relación con el incumplimiento mismo.

<sup>74</sup> BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie», cit., pág. 357.



Respecto a cómo debe restituir y qué es lo que restituirá lo veremos a continuación conjuntamente con la pérdida de la cosa en manos del contratante incumplidor<sup>75</sup>.

Pues bien, respecto a la obligación de restitución en caso de que la cosa a restituir se hubiera perdido, el art. 1.123 remite al 1.122 en sus números primero y segundo. Hay que distinguir, y así lo hace el Código en el art. 1.122, referido a la condición suspensiva, tanto para el caso de pérdida como de menoscabo de la cosa, si esto sucede mediando o no culpa del deudor en la obligación de restitución, es decir, si la pérdida de la cosa es o no imputable a aquel que la tenía en su poder, independientemente de que se trate de la parte cumplidora o de la que incumplió el contrato.

Igualmente, hay que distinguir dos momentos, si la cosa peca o se deteriora aún no resuelto el contrato, es decir, estando pendiente la condición, o producido el incumplimiento pero aún no habiéndose optado por la resolución, o si esto ocurre una vez cumplida la condición y resuelto el contrato, es decir, cuando ya ha nacido la obligación de restitución.

No es nuestra intención extendernos en el estudio de la pérdida de la cosa en este segundo momento, puesto que este caso se rige por las normas generales de la doctrina de los riesgos, cualquiera que fuera la resolución que hubiera motivado la restitución. En este caso nos encontramos ante dos obligaciones puras (o una, si sólo una de las prestaciones había sido cumplida), de entrega de bienes (cosa y precio) que habían sido objeto de un contrato anterior, respecto de las cuales no existe ninguna norma especial que les sea de aplicación, por lo que tendremos que acudir a las normas generales de los artículos 1.096, 1.182 y 1.452 C.C.

---

<sup>75</sup> En la doctrina francesa, véase LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique des Obligations*, t. II, cit., págs. 274 y sigs.

De acuerdo con estos artículos sufrirá el riesgo el acreedor de la restitución. Pero si el obligado se constituye en mora (desde la resolución del contrato comienza la obligación de restitución y por tanto, era exigible), serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega. Conforme a esta normativa, si la cosa se pierde con posterioridad a la resolución del contrato, el riesgo será de cuenta del deudor de la restitución, siempre que éste se hubiere constituido en mora, es decir, si el cumplimiento se le había exigido judicial o extrajudicialmente, o si la otra parte ya hubiera cumplido o se hubiera allanado a cumplir su obligación de restitución, cosa que será lo normal en caso de resolución por incumplimiento.

Sin embargo, en el primero de éstos dos momentos todavía no ha surgido la obligación de entrega, por lo que cabe plantearse si la solución puede ser la misma que en el supuesto anterior, o si es conveniente encontrar otra normativa más acorde con el hecho de que la pérdida se ha producido en un momento anterior, de la situación de pendencia en que se encontraba el que la perdió y de que posteriormente nace la obligación de restitución.

La pérdida de la cosa objeto de una de las prestaciones, una vez más, no aparece regulada respecto a la resolución por incumplimiento, con lo que se hace necesario determinar si la normativa aplicable será la de la condición resolutoria expresa, o si debemos, en este caso, acudir a la aplicación de alguna otra norma, como podría ser, por ejemplo, la aplicación analógica del art. 1.307 C.C., es decir, a la normativa establecida para el caso de las restituciones que son consecuencia de los contratos nulos.

Respecto a la condición resolutoria expresa, la cuestión restitutoria aparece regulada, aunque esta regulación no está exenta de problemas, en el art. 1.123 C.C., que se remite al art. 1.122 C.C., también en materia de pérdida de la cosa que debe ser entregada, antes de que

nazca la obligación de entrega. Pues bien, como hemos advertido, para este estudio distinguiremos si la pérdida es imputable al deudor de la restitución o si no lo es.

#### B) Pérdida sin culpa del deudor

La pérdida por caso fortuito puede ser entendida en un sentido amplio. Puede entenderse como una desaparición material que reviste los caracteres de irresistibilidad, exterioridad e imprevisibilidad. Pero también se puede decir que hay pérdida fortuita de una cosa cada vez que por razones económicas, jurídicas o físicas el bien ha perdido su valor. Ahora bien, los perjuicios económicos no presentan siempre los caracteres anteriores, por lo que suele excluirse de la pérdida la que se produce por motivos económicos.

Antes de continuar conviene destacar que los Principios del Derecho Europeo de Contratos, dedican su art. 4.309 a la recuperación de una prestación que no es susceptible de restitución. Así, se dice que después de la resolución del contrato, la parte que efectuó una prestación que ahora es irrestituible, y por la que no recibió pago ni contrapartida, podrá solicitar a el deudor una suma razonable correspondiente al valor que tenía la prestación. Es decir, en caso de pérdida fortuita de la cosa, la otra parte que sí que ha cumplido su obligación de restitución, podrá solicitar la restitución por equivalente, o lo que es lo mismo, una cantidad razonable por el valor de la prestación<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> El art. 4.309 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, dispone literalmente: «*Recouvrement pour une prestation insusceptible de restitution.*

*Après résolution du contrat, la partie qui a effectué une prestation insusceptible de restitution, et pour laquelle elle n'a pas reçu paiement ou une autre contre-partie, peut obtenir une somme raisonnable correspondant à la valeur qu'a eue la prestation pour le co-contractant».*

Vamos a partir, pues, del análisis de los apartados 1º y 2º del art. 1.122 C.C. y de cómo resultaría, en su caso, su aplicación a la condición resolutoria, para después concluir si es posible trasladar esta normativa a las restituciones que deben efectuarse tras la resolución por incumplimiento.

a) Regulación del art. 1.122-1º C.C. respecto de la condición suspensiva

En caso de pérdida de la cosa sin culpa del deudor, dice el art. 1.122. 1º, que «quedará extinguida la obligación». Surge aquí la primera de las cuestiones en torno a este punto, esto es, cabe preguntarse a qué se refiere el Código cuando dice que queda extinguida la obligación, si únicamente a la obligación de entrega de la parte que tenía la cosa en su poder en el momento de la pérdida, o a las obligaciones de ambas partes. Pues bien, caben dos interpretaciones:

a') 1ª Interpretación: se extingue la obligación de entrega de aquél que ha perdido la cosa pero no la de la contraparte. El riesgo es del comprador-acreedor.

Hay que partir del criterio general de la imputación de los riesgos en nuestro Derecho, que, como ahora veremos, es el de que el deterioro fortuito de la cosa lo sufre el acreedor, sin que el Código requiera en él la condición de propietario. Este criterio general de la imputación de los riesgos se encuentra contenido en el art. 1.452, que se refiere sólo al daño o provecho de la cosa vendida y no al perecimiento total de la misma, y que remite a los arts. 1.096 y 1.182 C.C..

El art. 1.182 C.C. sí se refiere al *periculum interitus*. Este artículo también dispone, a los efectos que nos interesan, que cuando la obligación consista en la entrega de una cosa determinada, si ésta se perdiera o se destruyere quedará extinguida la obligación. Como

vemos, la solución parece la misma que la que nos ofrece el art. 1.122-1°. Pero la diferencia se encuentra en que el artículo 1.182 dice claramente que «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada». En este caso ya no se plantea la duda, es decir, se extingue sólo la obligación de entrega quedando subsistente la correlativa de pagar el precio.

De acuerdo con la aplicación de los arts. 1.452 y 1.182, nos encontramos con que si la cosa se ha perdido sin culpa del vendedor, que es quien debe entregar la cosa, y estando ya todo dispuesto para la entrega, queda extinguida su obligación. Pero la obligación del comprador de pago del precio sigue vigente, con lo que el riesgo, aplicando esta normativa, sería del comprador-acreedor de la cosa.

Una primera interpretación del art. 1.122-1° sería la que trata de hacerse en concordancia con los criterios generales de la imputación de riesgos que acabamos de ver. De este modo, cuando el art. 1.122-1° dice «quedará extinguida la obligación», debemos entender que sólo se extingue la obligación de entrega del vendedor pero no la del comprador de pagar el precio. Así pues, el vendedor no deberá ya entregar la cosa, pero si que podrá exigir el precio. El riesgo en este caso lo correría el comprador-acreedor de la cosa que debe ser entregada pues se quedará sin la cosa y sin el precio.

Para sostener esta interpretación es posible apoyarse también en el principio de retroactividad del art. 1.120 C.C., de acuerdo con el cual si se cumple la condición suspensiva sus efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato. Teniendo en cuenta esta norma se considera que el comprador era el propietario desde el momento de la celebración del contrato, lo cual les permite llegar a la conclusión de que cuando el Código habla de que se extingue la obligación, tanto en el art. 1.122-1° como en el art. 1.452, se refiere únicamente a la obligación de entrega de la cosa del vendedor, pero no

a la obligación del comprador de pagar el precio, por lo que será este último quien soporte los riesgos<sup>77</sup>.

b') 2ª Interpretación: Se extinguen ambas obligaciones de entrega. El riesgo es del vendedor-deudor.

Sin embargo, respecto al perecimiento total de la cosa es también posible adoptar la solución contraria<sup>78</sup>. La doctrina tradicionalmente

<sup>77</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, J., y ALGUER, B., Anotaciones a ENNECCERUS-LEHMANN *Derecho de obligaciones*, t. II, Barcelona, 1950, pág. 36, opinan que «de la combinación del art. 1.122, regla 1ª, con el art. 1.452, se obtienen las siguientes consecuencias: se extingue la obligación del vendedor, pero esta extinción no determina la desaparición del deber del comprador de pagar el precio, supuesto, claro está, que el art. 1.452 deba interpretarse en ese sentido»; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XIX, 2ª ed., Madrid, 1957, págs. 775 y 776, considera al vendedor como un mero depositario de la cosa, entendiendo que la cosa se pierde para el comprador que era ya su dueño; ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pág. 325, añade que «en consecuencia, el principio de la retroactividad hace que la obligación se encuentre, una vez cumplida la condición, como si ésta nunca hubiese existido, como si el contrato *ex tunc* desde su conclusión fuera perfecto y eficaz. En consecuencia, es el art. 1.120 del C.C. el que parece hacernos desembocar en el *periculum emptoris*. Efectos favorables y nocivos se retrotraen al día en que se constituyó la obligación, el negocio por una ficción se considera como si siempre hubiera sido puro. En tal caso ¿qué más normal que hacer entrar en juego el art. 1.452 del C.C. e imputar el riesgo al comprador?». Sin embargo, este mismo autor, más adelante, continúa diciendo: «Pero si está claro que el vendedor-deudor soporta el *periculum rei*, ¿lo es igualmente que soporta el *periculum obligationis*? O lo que es igual, ¿puede exigir el precio al comprador? Creemos que el vendedor sufre también el *periculum obligationis* o riesgo de la contraprestación. No puede exigir el abono del precio. En definitiva, *periculum est venditoris*».

<sup>78</sup> CLEMENTE DE DIEGO, F., *Apuntes de Derecho Civil español, común y foral*, cit., pág. 193; VIÑAS MEY, J., *Derecho Civil español*, t. II, Madrid, 1926, pág. 21; COSSÍO Y CORRAL, A., «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», *R.D.P.*, mayo 1944, pág. 375; BÉRGAMO LLABRÉS, A., «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Conferencias del cursillo del año 1946, Barcelona, 1947, pág. 171, afirma: «si la cosa perezca totalmente *pendente conditione*, y a pesar de ello se cumple ulteriormente a la condición, parece que la lógica jurídica, en función del principio de retroactividad consagrado por el art. 1.120, debería llevarnos a la conclusión de que el contratiempo del peligro ha de encajarlo el comprador: ésta es la solución que propugnan, entre otros, CASTÁN y los anotadores españoles de ENNECCERUS. Pero yo creo sinceramente que, en tal supuesto, la equidad debe prevalecer sobre la lógica jurídica, y que en consecuencia, el perecimiento total de la cosa *pendente conditione* debe eximir al vendedor de la obligación de entrega y al comprador de la del pago del precio. Esta solución parece abonada por la semejanza de redacción entre el art. 1.122 del C.C. español y el 1.163 del C.C. italiano; y, además, por

ha interpretado que cuando dice el Código que se extingue la obligación, no se refiere sólo a la obligación condicional (con lo que el vendedor-deudor queda eximido de entregar la cosa, pero el comprador-acreedor está obligado a pagar el precio), sino también a la otra obligación correspondiente. Se extinguen las obligaciones que habían surgido una vez cumplida la condición suspensiva, las de

---

el léxico concreto de la regla 5ª del art. 1.122, a tenor de la cual «si la cosa se perdió sin culpa del deudor quedará extinguida *la obligación*»; porque al recalcar este precepto legal que lo que se extingue es la obligación en conjunto y no la mera obligación del deudor es evidente que quiere significar que, en tal supuesto, debe procederse como «si la venta no hubiera sido jamás concluída»; SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, t. II, cit., pág. 489; SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Barcelona, 1965, págs. 179 y 183, quien considera que «parece equitativo y lógico que si el contrato no puede alcanzar su eficacia y fin último y está paralizado el juego de derecho y obligaciones, al deudor de la cosa no ha de considerársele como mero custodio, puesto que la incertidumbre trasciende hasta el deber mismo de entrega; al cumplirse la condición es cuando puede apuntarse el nacimiento a favor del comprador de un verdadero derecho patrimonialmente apreciable... *de ahí que se considere comúnmente que el perecimiento de la cosa «pendente conditione» debe eximir al vendedor de la obligación de entrega y al comprador de la del pago del precio, en razón a la falta de eficacia definitiva del contrato; o sea, que los riesgos corren a cargo del vendedor*», y añade que «la solución primera es la que nos parece más acertada y no desacorde con la literalidad del número 1º del artículo 1.122, al concluir que «si la cosa se perdió sin culpa del deudor quedará extinguida *la obligación*» —no su obligación—, es decir, sin secuelas prestatorias para las partes...» ; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.142, 1.148 y 1.149 dice: «Cuando se insertan en relaciones sinalagmáticas,..., hay que pensar que la extinción de la obligación a que se refiere la regla primera,..., no debería afectar a la correlativa obligación de la contraparte. Sin embargo, se inserta aquí lo que antes hemos denominado una «exigencia técnica», que impide la aplicación del principio general: se trata de que la obligación no puede nacer, aun cuando el Código diga «se extingue», por falta de objeto... No pudiendo nacer esta obligación, queda sin base, o sin causa, la correlativa, por lo que, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones puras, el riesgo lo corre el deudor»; ALVAREZ VIGARAY, R., «La retroactividad de la condición», cit., págs. 856 y sigs., afirma que «la pérdida de la cosa debida que se produzca durante la pendencia de la condición sin culpa del deudor, tiene como consecuencia el que no nazca la obligación aunque la condición se cumpla después, resulta... cuando se trata de obligaciones bilaterales, tampoco nace por falta de causa la obligación correlativa, esto da lugar a que, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de compraventas no condicionales, deba entenderse que el comprador no estará obligado a entregar el precio»; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos ...*, vol. II, cit., pág. 366.

entregar la cosa y el precio. Conforme a esta interpretación, el perecimiento de la cosa afecta al vendedor-deudor, pues ha perdido la cosa y no se le va a pagar el precio.

b) Aplicación del art. 1.122 C.C. La resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa

Como hemos apuntado en varias ocasiones, el art. 1.123 C.C. remite al art. 1.122. Puesto que ahora se trata no de entrega sino de restitución, las reglas que establece el art. 1.122 para el caso de condición suspensiva deben aplicarse invirtiendo la posición de los sujetos. Es decir, «en el caso de la condición resolutoria, la transmisión efectuada es inmediatamente operativa, y las posiciones quedan definidas de modo tal que el adquirente actual será deudor y, por tanto, transmitente eventual, y el transmitente actual será acreedor de la retransmisión (no siempre, pero generalmente restitución) y, en su caso, deudor del precio convenido para el caso de retransmisión»<sup>79</sup>.

No obstante, trasladar la regulación que establece el Código respecto de las condiciones suspensivas a las resolutorias puede crear problemas, ya que «el principal obstáculo parece encontrarse en la idea de que la condición resolutoria opera para desmontar una relación que trae causa de unas atribuciones patrimoniales que se han de "restituir" en el supuesto de cumplimiento o realización de la condición. Esto es una traslación a la que la realización del evento dejará algo así como sin justificación»<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.155.

<sup>80</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.156, continúa diciendo: «Aún con mayor razón cuando se piensa en una relación bilateral: cosa de A hacia B, precio de B hacia A. Cumplida la condición que —se piensa— «resuelve» esa atribución, la cosa vuelve de B a A y el precio de A a B... Y como se han de restituir los interesados «lo que hubieren percibido» (cosa y precio) se habría de concluir que el perecimiento de la cosa no libera del pago (restitución) del precio... Así entendido, el



a') 1ª Interpretación: se extingue la obligación de entrega de aquél que ha perdido la cosa pero no la de la contraparte. El riesgo lo sufre el vendedor-acreedor.

Siguiendo la interpretación que trataba de compatibilizar el art. 1.122-1º y el 1.182 C.C., e invirtiendo los términos, es decir, suponiendo que nos encontremos ante una condición resolutoria, la obligación que se extingue es únicamente la del deudor-comprador de restituir la cosa, pero no la del acreedor-vendedor de devolver el precio<sup>81</sup>. Con lo que la solución a la que se llega es que el riesgo lo sufriría en este caso el vendedor-acreedor, puesto que tendrá que restituir el precio pero no va a recibir de nuevo la cosa<sup>82</sup>.

Hay que tener en cuenta, acudiendo de nuevo a la retroactividad para justificar esta misma solución, que si se considera que la resolución produce un efecto retroactivo real, por efecto del mismo, el

---

párrafo 1º del artículo 1.123 dejaría sin efecto lo prevenido en el párrafo 2º, cuando señala que, respecto del pericimimiento, se aplicará a quien debe hacer la restitución, las reglas que el artículo 1.122 del Código civil establece respecto del *deudor*.».

<sup>81</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 220 y 221, dice que «la aplicación de estas reglas —previstas para el deudor de la obligación de restituir para el caso de verificarse la condición resolutoria, determina las siguientes consecuencias:

a') Si la cosa se perdió sin culpa del obligado a restituirla, se extingue la obligación de restituir.

b') Si la cosa se perdió por culpa del obligado a restituirla, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios, que se compensará, en su caso, con la cantidad que la contraparte deba restituir.

Como cabe apreciar, la pérdida o deterioro de la cosa no impide la resolución —el contrato deja de producir efectos y se trata de borrar los ya producidos—. A lo que afecta es a la restitución. Si la restitución no es posible sin culpa del obligado, se extingue su obligación de restituir».

<sup>82</sup> Esta solución también es mantenida por GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni*, t. IV, cit., págs. 438 y 439, que afirma que producida la resolución, ninguna consecuencia del contrato debe permanecer. Todo lo que pueda ser cancelado debe destruirse, y todo debe volver a su comienzo, como si el contrato no se hubiera concluido. Esta es la voluntad más probable de las partes, que debe ser mantenida, por ello, si se pierde la cosa, la pérdida la debe soportar el vendedor tal y como ocurriría si el contrato no se hubiera celebrado.

acreedor de la restitución, el vendedor, no ha dejado de ser el propietario de la cosa, por lo que será él quien deba soportar los riesgos. Ahora bien, hay que advertir que el recurso a la teoría de los riesgos no tiene en cuenta la situación particular que se produce en éste genero de restituciones. Hay un sector doctrinal en Francia que ha criticado la aplicación de la teoría de los riesgos al perecimiento de la cosa que debe ser restituida, considerando que los riesgos deben ser soportados por el obligado a la restitución<sup>83</sup>.

b') 2ª Interpretación: Se extinguen ambas obligaciones de restitución. El riesgo es del comprador deudor.

Sin embargo, teniendo en cuenta la segunda interpretación que hemos visto respecto a la condición suspensiva, y trasladándola a la condición resolutoria, resultaría que el perecimiento total de la cosa extinguiría la obligación restitutoria en su totalidad.

El comprador-deudor quedará eximido de restituir la cosa, que ha perecido en su poder, pero el vendedor-acreedor tampoco estará obligado a restituir el precio<sup>84</sup>. Esto teniendo en cuenta que el

---

<sup>83</sup> GHESTIN, J., *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat: formation*, cit., pág. 926; GUELFUCCI-TIBERGER, C., *Nulité, restitutions et responsabilité*, cit., pág. 813. Las razones que dan estos autores son las siguientes: a) la pérdida, fortuita o no, de la cosa hace imposible una restitución *in natura* y constituye un obstáculo a una acción de resolución, apoyándose en que tampoco es posible iniciar una acción de rescisión; b) los riesgos los debe soportar el deudor de la restitución, en virtud del art. 1.182 del Código civil francés; c) hay que distinguir la cuestión de los riesgos del contrato de la cuestión de los riesgos de la cosa. Es razonable considerar que los riesgos de la pérdida fortuita de la cosa deben ser soportados por el detentador, siendo, además, que el título es retroactivamente aniquilado. Por ello, el adquirente, si le es imposible restituir *in natura*, deberá restituir por equivalente.

<sup>84</sup> Esta es la solución aportada por DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon.*, t. XXV, cit., pág. 461, quien afirma que el comprador bajo condición resolutoria es el propietario, y por ello, sometido al daño de la pérdida (A lo que GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni*, t. IV, cit., pág. 441 y 442, responde que la propiedad, el mismo Demolombe nos lo ha enseñado, no es el criterio regulador del riesgo y peligro, sino que el criterio se encuentra en la máxima *debitor rei certae, fortuito interitur rei liberatur.*) Demolombe continúa diciendo que el comprador soporta el riesgo porque *pendente conticione* él es deudor bajo condición suspensiva.; AUBRY, M.M. y RAU, G., *Cours de*

vendedor ya hubiera recibido el precio, pero si no lo hubiera recibido todavía, el comprador, pese a que haya desaparecido la cosa, deberá pagarlo, pues, cuando el Código dice «quedará extinguida la obligación», en nuestro caso debe interpretarse como la obligación restitutoria, o mejor, las obligaciones de restituir cosa y precio, pero no las obligaciones derivadas del contrato, que no se extinguen. De modo que, de acuerdo con esta interpretación el riesgo lo sufriría el comprador-deudor que pierde la cosa y no se le va a restituir el precio<sup>85</sup>.

Ahora bien, si seguimos esta segunda interpretación encontramos problemas con las conclusiones a las que llegamos al aplicar la norma del art. art. 1.122-1º a la condición resolutoria<sup>86</sup>. Ello es así porque

---

*Droit Civil Français*, t. IV, cit., pág. 70 y sigs.; LAURENT, F., *Principes de droit civil*, t. XVII, cit., pág. 110.

<sup>85</sup> SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, t. II, cit., pág. 489, dice que «no consideramos, en cambio, aceptable, que la misma norma se aplique a las compraventas bajo condición resolutoria pendiente..., y estimamos que en ellas, una vez entregada la cosa al comprador, los riesgos son de éste»; SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor...*, cit., pág. 183, afirma que «perdida la cosa que habría de restituirse, sin culpa del deudor —comprador adquirente—, éste queda libre de la obligación de restituir, ya que ha desaparecido el objeto de la prestación; los riesgos serán de su cuenta y el vendedor enajenante no habrá de devolver el precio antelativamente percibido al concertarse el contrato; queda extinguida la obligación en todos sus efectos de intercambio devolutivo de prestaciones».

<sup>86</sup> ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pág. 329; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.158, dice que «cuando el artículo 1.123, párrafo 2º, del Código civil dispone que, respecto de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, el «deudor de la restitución» ocupe la posición del deudor en las relaciones jurídicas bajo condición suspensiva, la regla funciona bien en los casos de deterioro o mejora (art. 1.122, reglas 3ª y 6ª), pero el deber de restitución *in integrum* que dispone el propio artículo 1.123 en el párrafo 1º, sólo admite el exacto paralelismo si se piensa que las reglas 1ª y 2ª del art. 1.122 imponen el riesgo al *acreedor*...y no al *deudor*. Pues en el supuesto de condición suspensiva el deudor es transmitente y, como hemos visto, razones *textuales* (la referencia a la obligación, que parece referirse a toda la relación, con todas las prestaciones), *históricas* (la explicación de POTHIER y de la exégesis, respecto de la imposibilidad *técnica* de una eficacia de la condición que actuaría frente a la inexistencia del objeto inútilmente) y *sistemáticas* (la conexión con la solución del propio artículo 1.122, reglas 3ª y siguientes, que imponen los riesgos al

aplicando el art. 1.122-1º se llega a la conclusión de que ni la cosa debe restituirse, pues ha perecido, ni debe restituirse el precio, pues el art. 1.122-1º dice que se extingue la obligación, lo cual está en abierta contradicción con el párrafo 1º del art. 1.123, pues este comienza diciendo que los interesados deberán restituirse lo que hubiesen recibido.

Por ello, autores que han manifestado que se extinguen ambas obligaciones respecto a la condición suspensiva, cuando se trata de trasladar la norma a la condición resolutoria afirman que si bien el comprador-deudor se verá liberado de su obligación de restitución, no así el vendedor, que deberá restituir el precio, siendo aquí la regla aplicable la de *periculum est venditoris*.

Así pues, dentro del grupo de autores que sostienen la segunda interpretación respecto de la condición suspensiva (se extinguen ambas obligaciones), encontramos dos posiciones distintas cuando se trata de aplicar la norma a la condición resolutoria:

Una de ellas parece que llega a una solución diversa de la que llegaba ante la condición suspensiva, pues se afirma que «perecida la cosa fortuitamente, no habrá de restituirla, pero, por imperativo de la regla que contiene el párrafo 1º del artículo 1.123, tendrá derecho al precio que pagó, pues los interesados se han de restituir *todo lo percibido*, y el vendedor-transmisor originario, hoy adquirente (después del cumplimiento de la condición) debe devolver el precio

---

acreedor, para marcar la diferencia, la relación con los principios del sistema, que manifiestan los artículos 1.452, 1.095, 1.182, etc., e incluso la posibilidad de resolución *ex* artículo 1.124, como veremos) impulsan al intérprete a decidir que en el artículo 1.122 *periculum est debitoris*. El deudor de entrega es el transmisor, el vendedor. Quedará liberado de su obligación y, produciéndose entonces la extinción de la relación obligatoria, no podrá reclamar la contraprestación (en su caso, el precio). Asume, pues, el *periculum rei* y el *periculum obligationis*.

que recibió aun cuando, en principio, no va a recibir la cosa, que ha perecido fortuitamente»<sup>87</sup>.

Sin embargo también cabe la consideración de que la interpretación debe ser la misma que para la suspensiva, es decir, el comprador-deudor queda libre de su obligación de restituir la cosa, pero el vendedor-acreedor tampoco debe restituir el precio<sup>88</sup>.

Por ello en nuestra opinión los autores que defendían la primera interpretación son más coherentes, pues al entender el art. 1.122 de manera que sólo determina la extinción de una de las obligaciones restitutorias, esta interpretación permite una aplicación en los mismos términos a la condición resolutoria. Así pues, ante el pericimientto fortuito pendiente la condición, si después se cumple ésta y deben las partes restituirse las prestaciones, el comprador no deberá restituir la cosa, pero el vendedor sí restituirá el precio<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.158 y 1.159. En el mismo sentido, ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pág. 329 y 330, respecto a la interpretación que el mismo autor hacía del art. 1.122. 1 y su traslado a la condición resolutoria que es una «opinión que nos parece de todo punto inadmisibile..., si, por circunstancias fortuitas, la cosa pereció o desapareció cuando la condición afectaba al negocio, evidentemente el comprador, como deudor de la cosa determinada, queda liberado (art. 1.182 del C.C.). Pero en ningún caso libera al vendedor, deudor de una suma de dinero, en que el precio consiste, y que, por no devenir de imposible cumplimiento, deberá restituir al comprador por imperativo del art. 1.123, ap. 1»; BÉRGAMO LLABRÉS, A., «El riesgo en el contrato de compraventa», cit., pág. 172, entiende que «el adquirente deviene deudor de cosa cierta y determinada, respecto de aquel que se la había vendido; y el vendedor, a su vez, debe una suma de dinero correspondiente al precio que le fué pagado y a los intereses relativos hasta el momento de la resolución. De ahí que si por un evento fatal la cosa perece totalmente antes de que la condición resolutoria se verifique, en tal hipótesis, para el comprador no puede tener vida la obligación de restituirla, porque a esta eventual obligación de dar le falta ya el objeto».

<sup>88</sup> SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, t. II, cit., pág. 489; SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor...*, cit., pág. 183.

<sup>89</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, J., y ALGUER, B., *Anotaciones a ENNECCERUS- LEHMANN Derecho de obligaciones*, t. II, Barcelona, 1950, pág. 667; PINTÓ RUIZ, J., «La resolución...», cit., pág. 720, afirma: «Nosotros, y también muchos autores, estiman que lo mismo ocurre cuando la condición es resolutoria. Ello es claro, si el contrato no está

Luego las dos posibles interpretaciones de las que hemos partido, si bien llegaban a conclusiones diversas cuando se trataba de aplicar el art. 1.122. 1º a la condición suspensiva, coinciden en lo que se refiere a la resolutoria. El comprador-deudor se verá libre de restituir la cosa cuando ésta haya perecido por caso fortuito o fuerza mayor, estando bajo su dominio, pero el vendedor-acreedor deberá restituir el precio, con lo que el riesgo lo sufrirá éste último. A parte queda un pequeño sector doctrinal que sigue manteniendo que se extinguen ambas obligaciones restitutorias.

c) Pérdida de la cosa en el retracto convencional

En el retracto convencional, que como hemos visto, tanto el Código Civil, como una gran parte de la doctrina considera que producía los efectos de una condición resolutoria, la doctrina no manifiesta una opinión unánime en lo que se refiere a la pérdida de la cosa. En principio, es posible considerar que esto mismo que acabamos de exponer relativo a el perecimiento de la cosa pendiente la condición resolutoria, es aplicable al supuesto de *retracto convencional*, teniendo en cuenta su posible calificación como condición resolutoria de la venta<sup>90</sup>.

---

sujeto a una eficacia, firme, definitiva, no se ha acercado tanto la cosa al patrimonio del comprador, y no ha devenido el momento de la venta perfecta que determina el desplazamiento del riesgo».

<sup>90</sup> ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pág. 329 y 330, nota 360 bis, dice que «la misma regla debe aplicarse en el supuesto del *retracto convencional* (art. 1.507 del C.C.), considerado como una condición resolutoria de la venta. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que una vez ejercitada la facultad que otorga la vendedor el retracto convencional, se produce la resolución del contrato con efecto retroactivo, como si el comprador no hubiese adquirido la cosa y el vendedor no la hubiese enajenado (S. 26 mayo 1951); y que la resolución equivale a invalidar y deshacer el vínculo jurídico, dejando las cosas en la situación que tenían antes de celebrarse el contrato (Sentencias 23 junio 1925 y 28 diciembre 1946). Es decir, el comprador con el precio y el vendedor con la cosa. Pero si ésta pereciera fortuitamente, el comprador retendrá el precio —hay que regresar a la situación precontractual— pero

Sin embargo, pese a que el Código Civil califica el retracto convencional como un caso de resolución de la compraventa, el problema de la desaparición de la cosa pendiente la ejecución del retracto, puede no tener la misma solución. Ello se debe a que lo normal será que el vendedor-retrayente no ejercite el retracto si la cosa ha perecido. Lógicamente si el vendedor conoce la pérdida de la cosa, y el ejercicio del retracto depende únicamente de su voluntad, si las consecuencias fueran las mismas que las que acabamos de exponer para la condición resolutoria, nunca ejercitará el retracto. Si ejercitara el retracto se arriesgaría a perder la cosa y el precio, ya que, como hemos expuesto, el riesgo de pericimientto en estos casos era del vendedor. Todo lo más se podría interpretar diciendo que el vendedor tampoco debe devolver el precio, en cuyo caso, tampoco le convendría ejercitar el retracto.

Cabe plantearse qué ocurre cuando el ejercicio del retracto convencional es obligatorio. Podría interpretarse el retracto diciendo que realmente estamos ante dos compraventas distintas pero coligadas, en las que puede haber un término temporal prefijado. Es decir, la primera compraventa tendrá una duración determinada al término de la cual deberá necesariamente ejercitarse el retracto y celebrarse la segunda compraventa. La primera compraventa tendrá efectos reales inmediatos, y si la pérdida de la cosa se produce antes del cumplimiento de la obligación de entrega en esta primera compraventa, se regirá por las reglas generales. La segunda compraventa, que está sometida a término inicial, implicará la resolución de la primera, de modo que si se produce la desaparición

del objeto, antes de esta segunda compraventa sería de aplicación la regla 1ª del art. 1.122 C.C.<sup>91</sup>

De este modo, si bien no podíamos no admitir un total paralelismo en la solución del tema en la condición suspensiva y en la resolutoria, es posible aceptar la misma solución tanto en la condición suspensiva, como en el retracto convencional. Con lo que, aplicado al retracto, ni el comprador tiene que restituir la cosa, ni el vendedor que pagar el precio. Dicho de otro modo, parece que en este caso el «quedará extinguida la obligación», puede perfectamente referirse a la obligación de ejercitar el retracto.

#### d) Conclusiones

Una vez analizada la remisión que el párrafo 2º del art. 1.123 hace al art. 1.122. 1º, y su aplicación tanto a la condición resolutoria expresa como al retracto convencional, podemos observar una cierta contradicción entre el primero y el segundo párrafo del art. 1.123 C.C. Es decir, lo que en definitiva dispone el artículo es que, resuelto el contrato, las partes deben restituirse las prestaciones. Sin embargo, las soluciones a las que hemos llegado después de la remisión al art. 1.122. 1º son que, o bien sólo el vendedor-acreedor está obligado a la restitución, o bien ninguna de las dos partes debe restituir lo que recibió, con lo que parece necesario buscar una solución más acorde con el espíritu restitutorio del art. 1.123 C.C.

---

quedará liberado de cumplir la obligación de devolver la cosa, que se hizo imposible (art. 1.182 C.C.). En consecuencia, *periculum est venditoris*.

<sup>91</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los artículos 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t, XV, vol. 2º, cit., pág. 1.159.



Así, DÍEZ-PICAZO, soluciona la cuestión diciendo sin más que «la restitución habrá de hacerse entregando las mismas cosas que fueron objeto de la obligación. Cuando las cosas sean irrestituibles, la obligación de restitución se convertirá en una obligación de valor»<sup>92</sup>. Como veremos más adelante la doctrina fundamenta esta posibilidad en la aplicación del art. 1.307 C.C. Pero no es necesario acudir a la aplicación analógica del art. 1.307, sino que basta tener en cuenta el espíritu del art. 1.123 C.C. y considerar de aplicación preferente su párrafo primero.

Podemos concluir diciendo que si ambas prestaciones se habían cumplido, que es lo normal en el caso de compraventa sujeta a condición resolutoria, y perece la cosa que se encontraba en manos del adquirente sin mediar culpa, éste no se verá liberado de su obligación de restitución de la cosa, sino que esta obligación se transforma en otra de restitución del equivalente pecuniario. El adquirente estará obligado a restituir el equivalente y el transmitente lo estará a restituir el precio que recibió, y, en su caso, ambas cantidades podrán compensarse la una con la otra.

---

<sup>92</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 368, afirma que «el párrafo segundo del art. 1.123 ordena que se le apliquen al que deba hacer la restitución las mismas disposiciones que el art. 1.122 contiene respecto al deudor bajo condición suspensiva para los casos de pérdida de la cosa, deterioros o mejoras. Como hemos dicho, al acreedor-adquirente es un deudor condicional de la restitución y las reglas del art. 1.122 encuentran, en cada caso, aplicación. Únicamente es de señalar la inaplicabilidad del derecho de resolución de la obligación, que habrá de ser sustituido por una obligación de valor». Algo semejante se desprende de MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al código Civil español*, t. VIII, vol. 1º, cit., pág. 403, quien afirma que «a diferencia de las excepciones y salvedades que vimos hacía ese otro artículo a la expresada regla de retroactividad en cuanto a restitución de lo percibido, en este otro, en el art. 1.123, ninguna excepción se consigna, ni su texto autoriza para suponer otra más que la de indudable licitud, originada en algún convenio particular que expresamente la establezca...»; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XIX, cit. pág. 757; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.161 y 1.162.

e) Pérdida de la cosa en la resolución por incumplimiento

Después de haber visto qué sucede en caso de pérdida de la cosa cuando ésta se produce durante el periodo de pendencia de la condición resolutoria, o antes de ejercitarse el retracto en el caso del retracto convencional, y vista también la conveniencia de encontrar otra norma, u otra interpretación del art. 1.123 C.C., que permita la conversión de la obligación de restitución en una obligación de valor, cabe preguntarse qué ocurre si la cosa perece cuando ya ha sido entregada al comprador, sin culpa de éste, pero antes de que haya cumplido su obligación de pago del precio, es decir, cuando todavía puede ejercitar la facultad resolutoria que le concede el art. 1.124 C.C.

En este caso, como también sucede, aunque en menor medida, en la resolución por incumplimiento del art. 1.504 C.C., y, como acabamos de ver, en el retracto convencional, el ejercicio de la resolución depende de la voluntad del acreedor.

La consecuencia de la resolución, que es lo que busca el que la ejercita, es la restitución de la cosa y la cosa ha perecido, por lo que, como tal, ya no se le puede restituir. Por otro lado, el acreedor, que ejercita la resolución, puede no tener la obligación correspondiente de restituir su prestación (el precio), puesto que tal vez todavía no lo había recibido ya que ejercita la resolución por el incumplimiento de la otra parte (del pago del mismo). Con lo que, o bien este acreedor actuará como el del retracto convencional, esto es, si la cosa ha perecido, no ejercitará su derecho a la resolución, asumiendo el riesgo voluntariamente, pues va a perder tanto la cosa como el precio (o al menos la parte del precio que aun no hubiere recibido), o bien ejercitará la resolución. Veamos las distintas posibilidades:

a') La parte que tenía en su poder la prestación perdida queda liberada de la restitución (1ª Interpretación)

Supongamos que la cosa perece en manos del contratante incumplidor, que se ejercita la facultad resolutoria y que el cumplidor había recibido sólo una parte del precio, pero decide resolver puesto que la otra parte no cumple su obligación de pagar el resto. Consecuencia de la resolución del contrato es la restitución de las prestaciones. Aplicando el art. 1.123 C.C. entendido en el sentido de que sólo se extingue la obligación de restitución de aquél que ha perdido la cosa<sup>93</sup>, ésta no se le restituirá, puesto que ha perecido sin culpa del incumplidor, pero la parte cumplidora sí deberá restituir la prestación (o la parte del precio) que hubiera recibido. El riesgo es de la parte cumplidora en este caso. Luego si esto es así, lógicamente optará por no ejercitar la resolución, puesto que resultará perjudicado.

Sin embargo, si la cosa hubiere perecido en manos del contratante cumplidor, sin su culpa, a éste sí que le convendrá ejercitar la resolución de acuerdo con esta interpretación del art. 1.123, puesto que no estará obligado a restituir la prestación que recibió, pero si se le restituirá la que él había entregado.

A esta misma solución se llega aplicando las normas de la teoría general de los riesgos, arts. 1.182 y 1.452 C.C. conforme a los cuales el que sufre la pérdida no estará obligado a restituir, pero sí la otra parte, sea o no la parte cumplidora. En cualquier caso, no tiene por qué tratar

---

<sup>93</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», cit., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, págs. 1.158 y 1.159; ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pág. 329 y 330; BERGAMO LLABRÉS, A., «El riesgo en el contrato de compraventa», cit., pág. 172. Otros autores, aunque parten de otra interpretación del art. 1.122. 1 C.C., respecto a la condición suspensiva, llegan a la misma conclusión respecto al riesgo producido pendiente la condición resolutoria. Así, PÉREZ GONZÁLEZ, J., y ALGUER, B., *Anotaciones a ENNECCERUS- LEHMANN Derecho de obligaciones*, t. II, Barcelona, 1950, pág. 667.

de compaginarse la normativa de la pérdida de la cosa que en caso de resolución deberá restituirse con la regulación de la pérdida de la cosa debida. El supuesto es distinto, no se ha producido la pérdida de la cosa debida, puesto que en el momento que se perdió todavía no había nacido la obligación de entrega.

b') Ninguna de las partes debe restituir (2ª Interpretación)

Pero, de acuerdo con la otra de las interpretaciones que hemos visto del art. 1.123 extinción de la obligación debía entenderse en sentido amplio<sup>94</sup>. Si la cosa ha perecido en manos del contratante incumplidor, éste no estará obligado a restituir la cosa, pero el cumplidor tampoco lo estará a devolver la prestación que hubiese recibido, con lo que ninguno de los contratantes está obligado a restituir. Esta posición también se fundamenta en que, roto el sinalagma, nada hay que devolver. Luego, vistas así las cosas el cumplidor tampoco ejercitaría su derecho a la resolución, puesto que si lo ejercitara su situación sería la misma que en la que se encontraría si no lo hubiese resuelto.

Si por el contrario la cosa hubiere perecido en manos del contratante cumplidor que ejercita la resolución, sin mediar culpa de éste, de acuerdo con esta interpretación del art. 1.123 C.C., no estará obligado a restituir lo que hubiere recibido, pero tampoco el contratante incumplidor restituirá su prestación. Luego tampoco en este caso le convendrá ejercitar su facultad de resolución<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, t. II, cit., pág. 489; SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor...*, cit., pág. 183.

<sup>95</sup> CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 543, respecto a la aplicación de la solución de que ninguno debe restituir a la resolución por incumplimiento, considera que «tal solución no es aplicable a la resolución por incumplimiento porque parte de una situación de equilibrio entre los contratantes que no se da, por definición, en los supuestos de resolución por incumplimiento. En efecto, el art. 1.122-1º parte de que ninguno de los contratantes ha ejecutado su prestación, pues no se ha verificado la condición que suspende su obligación, pero en el caso de resolución por incumplimiento uno de los contratantes no ha cumplido o no la ha hecho en condiciones de

Así las cosas, parece ser que la normativa del art. 1.123. 2º, es decir, la remisión que se hace al art. 1.122. 1º, no resulta adecuada, en ninguna de estas dos interpretaciones que de la misma hace la doctrina, cuando debe aplicarse a la resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C. En cualquiera de estos casos es la parte diligente y cumplidora la que debe sufrir los riesgos. Ciertamente, en estos supuestos en que el vendedor, por ejemplo, ha cumplido entregando la cosa, y no ha recibido el precio, siendo que el ordenamiento jurídico le dota de la facultad de resolución como una medida de protección de su interés, resulta absurdo y contrario a toda justicia que ante el perecimiento fortuito de la cosa deba soportar él los riesgos.

c') Sólo restituye el incumplidor

Por ello cabe pensar en una tercera posibilidad en la que la parte cumplidora resulte beneficiada<sup>96</sup>. De acuerdo con esta solución, si la cosa perece en poder del contratante cumplidor, éste no deberá restituir la prestación pero si recibirá la que había entregado, de modo que la parte incumplidora si deberá cumplir su obligación de restitución. Esta solución coincide con la posibilidad que apuntábamos en primer lugar para el caso de que la cosa perezca en manos del contratante

---

identidad, integridad y tempestividad. Es por ello que si aplicásemos la regla del art. 1.122 C.C. y considerásemos que ninguno de los contratantes ha de restituir en caso de pérdida fortuita de la prestación se llegaría en realidad a la transmisión del riesgo al contratante no incumplidor si optase por la resolución, ya que no podría reclamar la prestación por él ejecutada.... Y puesto que no tendría interés en la resolución —por no tener derecho a la restitución— la consecuencia abocaría de hecho a la irresolubilidad del contrato incumplido como consecuencia de la pérdida fortuita de alguna de las prestaciones. Sólo en el supuesto de que el resolvente no hubiese ejecutado todavía su prestación —por tener plazo a su favor— pero hubiese recibido la defectuosa o inexacta prestación de la contraparte, que luego se perdió, podría interesarle la resolución en que no cupiera restitución, pero entonces se produciría un resultado igualmente injusto, el que el contratante incumplidor tuviera que sufrir un riesgo, el de pérdida de su prestación, que no deriva propiamente del incumplimiento contractual».

<sup>96</sup> CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 538.

cumplidor. Ahora bien, la diferencia se encuentra en que si la cosa se ha perdido fortuitamente encontrándose en poder del contratante incumplidor éste no queda liberado de su obligación de restitución, sino que deberá cumplirla restituyendo por equivalente.

Esta solución podría fundamentarse bien considerando que la resolución por incumplimiento tiene carácter sancionador y que por ello todos los riesgos deben ser soportados por la parte incumplidora, bien sobre la base de equiparar la situación del contratante incumplidor con la del deudor moroso del art. 1.182 C.C., por lo cual debería ser éste el que sufriera la pérdida de la cosa debida.

Sin embargo, en contra de ésta posibilidad se ha dicho que hace soportar al contratante incumplidor tanto la pérdida propia como la ajena, cosa que resulta de muy difícil justificación. Además, convierte la resolución en un instrumento para obtener ventaja del incumplimiento de la otra parte y para imputar a ésta el riesgo de un daño que no se encuentra en relación con su incumplimiento<sup>97</sup>. Como vimos al referirnos a la posible exoneración de su obligación de restitución del contratante cumplidor, la doctrina italiana sostuvo esta solución, pero, sin embargo, en nuestro Derecho no había ninguna norma que permitiese esta exoneración.

d') Ambos contratantes deben restituir

Por último, parece de nuevo conveniente encontrar una norma que permita convertir la obligación de restitución en una obligación de valor, y llegar a la misma solución que finalmente llegábamos respecto a la condición resolutoria expresa, que ambos deben restituir, uno la

---

<sup>97</sup> BIANCA, C.M., «La vendita e la permuta», cit., pág. 967, y a BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazione restitutorie», cit., págs. 271 y sigs., quien, como también vimos, para resolver la cuestión la relacionaba con el efecto rescisarcitorio; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 542.

prestación que efectivamente recibió, el otro su equivalente dinerario. En cualquier caso, la desaparición de un bien no debe ser obstáculo a la restitución, únicamente que la restitución *in natura* se convertirá en una restitución por equivalente, como vimos en el epígrafe dedicado a la restitución. De modo que, esta solución resulta más favorable a los intereses del contratante cumplidor y también más justa para el incumplidor. Así, DÍEZ-PICAZO afirma, al igual que lo hacía respecto de la condición resolutoria expresa que «en aquellos casos en que la restitución *in natura* no sea posible, deberá producirse a través del equivalente pecuniario»<sup>98</sup>. Pues bien, dos son los fundamentos jurídicos en los que podemos apoyar esta idea:

1. Como hemos apuntado al inicio de éste epígrafe, parece posible tratar de aplicar analógicamente el art. 1.307 C.C. en sede de nulidad, que se refiere a las restituciones que deberán hacerse en caso de pérdida de la cosa. Respecto a la posibilidad de aplicación de este artículo, la

---

<sup>98</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos ...*, vol. II, cit., pág. 368. También en Derecho italiano se opta por esta solución. Así, BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazione restitutorie», cit. págs. 267 y sigs., afirma que prevalece la orientación que impone al *accipiens* soportar el riesgo del caso fortuito y del perecimiento debido a su negligencia, lo cual significa que normalmente vendrá obligado a la restitución por equivalente. Para sostener esta afirmación, la doctrina se apoya, continúa diciendo el citado autor, bien en la normativa de la repetición de lo indebido, bien en el principio de retroactividad. Respecto a este último, debe entenderse, no como una vuelta a la situación anterior al contrato, sino la tarea de reconstruir el patrimonio del contratante cumplidor, es decir, habría que valorar la cosa en el momento de la celebración del contrato, no en el del perecimiento. Igualmente, este autor también relaciona la imposibilidad de restitución *in natura* con el resarcimiento del daño, al afirmar que en caso de que el contratante incumplidor no se encuentre en grado de cumplir la obligación de restituir la cosa recibida, necesariamente se tendrá o el nacimiento de una obligación de entregar el valor de la cosa, o incluirlo en sede de determinación del daño a resarcir (pág. 281).

En Derecho francés, también la doctrina considera que la restitución debe hacerse, en principio, *in natura*, siguiendo la regla de que el bien se debe reintegrar en el patrimonio del propietario. Pero, también se dice que si el bien se ha perdido o ha sufrido graves deterioros por culpa del deudor, la obligación de restitución se convierte en una obligación de restitución por equivalente. La obligación de restitución dará lugar a una obligación de reparación, conforme a los principios de responsabilidad. Así, por ejemplo, MORANÇAIS - DEMEESTER, M. L., «La responsabilité des personnes obligées à restitution», *Rev. Trim. Droit civil*, oct.-dic., 1993, pág. 759.

doctrina no encuentra grandes obstáculos, afirmándose que «la especialidad del tratamiento viene de la propia idea de restitución del *receptum* que hemos de aceptar aun cuando, como veremos más adelante, no resulte del todo exacta. Nada se implica en cuanto al topos de la “retroactividad”, que siempre hay que aceptar *cum grano salis*. En nuestra hipótesis las cosas no podrán volver a ser como antes: el primer transmitente no recuperará la cosa, que ha perecido»<sup>99</sup>.

En cualquier caso, en nuestra opinión acudir al art. 1.307 para solucionar el tema de las restituciones cuando ha perecido la cosa no es una solución contraria a la idea de la retroactividad, pues, como en este caso, lógicamente las cosas no podrán volver a ser como antes, con este precepto se trata, al menos, de que la situación económica de las partes, en caso de condición resolutoria expresa, o del contratante cumplidor sí vuelva a ser como antes.

Este artículo, además, no distingue si la cosa se perdió interviniendo culpa del obligado a la restitución, pues comienza diciendo «siempre que», es decir, tanto si pereció por su culpa como si no. Por ello, se ha considerado, en nuestra opinión acertadamente, que el artículo será de aplicación tanto en caso de percecimiento de la cosa por caso fortuito como en el de percecimiento culpable<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.162.

<sup>100</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., t. XVII, vol. 2º, pág. 315, afirma que «sus términos absolutos, la palabra *siempre* con la que comienza, y la razonable consideración de que, admitiendo diversos sentidos, ha de entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, llevan a pensar que la situación regulada es precisamente la de pérdida por caso fortuito»; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual....*, cit., pág. 108, dice, respecto del artículo 1.307 C.C., que «tampoco parece tenerse en cuenta si la cosa se perdió por caso fortuito o por negligencia del poseedor. Es significativo que el precepto utilice el término “siempre”». Además, afirman estos autores, el artículo carece de precedentes tanto en Derecho español como en Derecho comparado, siendo el más cercano el Proyecto de 1851.



Incluso hay autores que no descartan la posibilidad de aplicar también este artículo a los casos de pérdida de la cosa pendiente condición resolutoria expresa, que finalmente se cumple, pues resulta más coherente, por un lado, con el primer párrafo del art. 1.123, que impone la restitución de las prestaciones, antes que acudir a la regla primera del art. 1.122, y por otro lado «con cuanto tantas veces ha dicho la jurisprudencia sobre unidad de tratamiento en los casos de nulidad, rescisión y resolución»<sup>101</sup>. Precisamente por ello también la jurisprudencia ha aplicado la solución que ofrece el art. 1.307 incluso a la “resolución” consecuencia del ejercicio del retracto convencional.

2. También es posible fundamentar que la restitución debe hacerse por ambas partes, convirtiéndose la obligación de restituir cosa perdida en una obligación por equivalente, apoyándonos en el art. 1.488 C.C. Este artículo, respecto a los vicios ocultos, dispone que si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse. De modo que, aplicándolo al caso que nos interesa, decir que podrá el comprador reclamar el precio con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse, equivale a decir que el vendedor deberá restituir el precio y el comprador deberá restituir el equivalente pecuniario de la cosa, por lo que si la cosa se pierde fortuitamente el riesgo será de cuenta del obligado a la restitución<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.161 y 1.162. El autor cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1983 (R.A. 5.846), que, si bien si se refiere a la retroactividad, encontramos ninguna referencia a la unidad de tratamiento en los casos de nulidad, rescisión y resolución.

<sup>102</sup> PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pág. 1.735. nota 54; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 544.

C) Si la cosa se perdió mediando culpa del deudor

La cosa también puede haberse perdido interviniendo culpa del deudor de la restitución. En este caso, nos encontramos, en cuanto a la regulación aplicable, ante la misma situación que hemos visto para el caso de que la cosa hubiera perecido por caso fortuito o fuerza mayor. Esto es, el art. 1.123 C.C. en su párrafo 1º preceptúa que deberán restituirse las prestaciones. Sin embargo, para el caso de imposibilidad de restitución de la cosa, el párrafo 2º remite a las «disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente». Aunque, como acabamos de apuntar, también cabría la aplicación del art. 1.307 C.C.

El artículo precedente, el 1.122-2º C.C. dispone que si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste quedará obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. El problema que surge es que, aparte de la obligación de resarcir daños y perjuicios, ¿qué ocurre con las restituciones que deben hacerse tras la resolución del contrato? Pues bien, caben, en nuestra opinión, dos posibles interpretaciones.

a) Se extingue la obligación de restitución. Indemnización de los daños y perjuicios

Una primera posibilidad es considerar que la solución es la misma que la del párrafo primero, es decir, en principio queda extinguida la obligación, teniendo en cuenta las distintas interpretaciones que del mismo hace la doctrina y que ya vimos en el epígrafe precedente. La única variación respecto al caso de pérdida por caso fortuito o fuerza mayor, sería que si la cosa se perdió por culpa del obligado a la restitución, éste estará obligado a resarcir los daños y perjuicios.

b) Se mantiene la obligación de restitución más la indemnización de los daños y perjuicios

La segunda posibilidad, más acertada en nuestra opinión, consiste en considerar, al igual que hemos hecho al analizar la pérdida de la cosa sin mediar culpa del deudor, que ambas partes deben restituir sus prestaciones, o su equivalente. Para ello hemos de acudir, igualmente, bien al art. 1.307 C.C., y por los mismos motivos a los que hacíamos referencia, bien al art. 1.487, en sede de vicios ocultos. Con base en el art. 1.307, en caso de pérdida interviniendo culpa del deudor las partes deberán restituirse reciprocamente las prestaciones, y como la restitución *in natura* de una de ellas es imposible, el deudor deberá restituir el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha, más el resarcimiento de daños y perjuicios que ha supuesto la no entrega de la cosa sino de su equivalente pecuniario. En virtud del art. 1.487 C.C., si la pérdida fuere consecuencia del incumplimiento, el riesgo lo sufrirá el incumplidor.

20. *Restitución de la cosa si la esta se encuentra en poder de terceros*

El art. 1.124 C.C. se refiere expresamente a los terceros subadquirentes<sup>103</sup>, o adquirentes posteriores, o titulares de algún derecho real sobre la cosa en su último párrafo, cuando dice que todo lo dispuesto anteriormente «se entiende sin perjuicio de los derechos

---

<sup>103</sup> Véase, DURANTON, M., *Cours de Droit Civil*, t. V, cit., pág. 253; LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique del Obligations*, t. II, pág. 228 y 231 y sigs.; AUBRY, M.M. y RAU, G., *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, cit., pág. 85; HUC, T., *Commentaire théorique-pratique du Code Civil*, t. VII, cit. págs. 375 y sigs.; JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, t. II, cit., pág. 200.

MENGGONI, L., «Risoluzione per inadempimento e tezi subacquirenti», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1948, t. I, págs. 300 y sigs.; «Acquisto a non domino», *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, I, Turín, 1987, págs. 69 a 81; SANTORO PASSARELLI, F., F., *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, cit., pág. 223.

de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria<sup>104</sup>.

En cuanto a los citados artículos del Código Civil en materia de rescisión, como hemos visto, el art. 1.295 después de establecer que con la rescisión del contrato las partes deberán restituirse respectivamente las cosas con sus frutos, y del precio con sus intereses, añade, en el párrafo segundo que no «tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe». Por su parte, el art. 1.298 C.C. se refiere a los terceros adquirentes de mala fe en fraude de acreedores, los cuales están obligados a la devolución de la cosa, y, en el caso de por cualquier causa les resultase imposible, deberán

---

<sup>104</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., págs. 548 y 549, considera que es necesario reinterpretar esta remisión, puesto que «puede llegarse a pensar que la acción resolutoria del artículo 1.124 es de efectos reales, al remitirse en bloque a los artículos 1.295, 1.298 y a la Ley Hipotecaria... La explicación de estas remisiones es la siguiente: a) Respecto a la remisión al art. 1.295 C.C. no ofrece ningún problema. Se trata de la remisión a los efectos de las acciones rescisorias de tipo general en que, según dijimos, no hay efecto restitutorio real, ni retroactividad. Por tanto, la remisión a ese artículo confirma que estamos en el plano meramente obligacional y que sólo afecta a terceros en el caso de mala fe; b) Respecto a la remisión al art. 1.298 C.C.... sólo tiene sentido cuando en el supuesto del artículo 1.124 hay los requisitos del fraude de acreedores, en cuyo supuesto es aplicable no sólo el art. 1.298 C.C., sino también la Ley Hipotecaria... c) Respecto a la remisión a "lo dispuesto en la Ley Hipotecaria", tiene en primer lugar una explicación histórica ya apuntada anteriormente, cuando la Ley Hipotecaria partía de los efectos reales de la expresión del aplazamiento en la inscripción, que, a pesar de ser un supuesto del art. 1.124 C.C. era considerado de efectos reales... Actualmente, aparte de la posibilidad de aplicar la normativa de la acción pauliana del artículo 37 L.H. cuando se den los requisitos, según hemos visto, la remisión a la Ley Hipotecaria en el artículo 1.124 C.C., puede significar cumulativamente estas dos conclusiones: 1ª Que la resolución de obligaciones recíprocas a que se refiere este artículo 1.124 ha de regularse por la Ley Hipotecaria cuando se incorpore el pacto de "lex commissoria" de los artículos 11 L.H. y 1.504 C.C., pero no cuando no se pacta expresamente la resolución. 2ª Que aunque la acción resolutoria del artículo 1.124 C.C. sea de efectos personales, en tanto en cuando pretende un efecto restitutorio implica un "ius ad rem", que es susceptible de anotación preventiva de demanda, y cuando ésta se practique afectará a terceros conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

indemnizarles de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado.

Respecto a la normativa de la Ley Hipotecaria a que se remite el art. 1.124, hay que tener en cuenta sus arts. 34 y 37. Así, el art. 34 L.H. protege al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso algún derecho de un titular registral con facultad de disposición, manteniéndolo en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro<sup>105</sup>. Y el art. 37 L.H. dispone que «las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta ley». Excepcionalmente las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro, así como las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero:

a) Cuando hubiese adquirido por título gratuito.

b) Cuando habiendo adquirido por título oneroso hubiese sido cómplice en el fraude.

El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí sólo, complicidad en el fraude. En el caso de que la

---

<sup>105</sup> Sin embargo, GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario...*, t. II, págs. 234, 271, 281, 481, 533 y sigs., y 647 y sigs., considera que el art. 34 no se refiere a la resolución del art. 1.124, sino sólo a las acciones de nulidad, anulabilidad y resolución con eficacia real, y retroactiva *ex tunc*. Así, dice, por ejemplo, que la «resolución a que se refiere el artículo 34 L.H. ha de ser necesariamente la *resolución de efectos retroactivos*, «*ex tunc*», y de efectos reales, según el Derecho civil...», o que «la referencia del artículo 34 LH a las causas de resolución, ha de entenderse en relación con la llamada condición resolutoria explícita, y no en relación con la condición resolutoria tácita del artículo 1.124 (compárese artículos 11 L.H. y 37 L.H.), de tal manera que la simple constancia de haberse aplazado el pago del precio sin constar la condición resolutoria, no es causa de resolución respecto a terceros a los efectos del artículo 34 L.H.

acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan».

Conviene hacer, antes de continuar con la cuestión, algunas consideraciones. En primer lugar, que en vista de lo anterior podemos afirmar que si la resolución produce algún efecto retroactivo no se tratará de una retroactividad real absoluta, puesto que deja a salvo los derechos de terceros adquirentes de buena fe.

Por otro lado, hay que advertir que aunque el art. 1.295 dice «tampoco tendrá lugar la rescisión», debe entenderse que en realidad no se refiere a la rescisión sino a sus efectos, de modo que la rescisión sí tendrá lugar pero no el efecto restitutorio, entendido como obligación de devolución *in natura*.<sup>106</sup> Por ello, llevada la cuestión al caso de resolución, el que las cosas se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe no impide la resolución, sino que se limita al alcance restitutorio de la misma.

En líneas generales lo dispuesto en el Código Civil y en la legislación hipotecaria coincide, con la salvedad de que esta última se refiere a bienes inmuebles de titulares que tengan su derecho inscrito en el Registro<sup>107</sup>. Los terceros que han adquirido de buena fe, es decir,

---

<sup>106</sup> MORENO QUESADA, B., «Comentario de los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 354.

<sup>107</sup> ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. II, cit., pág. 687, afirman que «existe plena armonía, en este punto, entre el Código civil y la Ley Hipotecaria; pero para demostrarlo más, es preciso referirse a dos objeciones posibles: a) Se dice que el art. 37 habla de tercero cómplice en el fraude, y que este concepto de complicidad no es equivalente al de simple *conocimiento* del fraude, o sea de ausencia de buena fe. A esto hay que oponer que tal concepto de *complicidad* no se emplea en su sentido propio, sino en el de sinónimo de *falta de buena fe...*». MANRRESA Y NAVARRO, J.M., «Comentario a los arts. 1.295-1.298 C.C.», cit., vol. 2º, pág. 792; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., pág. 537, considera que la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-1946 hace que «la remisión del último párrafo del artículo 1.124 C.C. quede ahora en cierto modo mal colocada, pues la Ley Hipotecaria no opera en relación con el artículo 1.124 C.C., que es de efectos

sin tener conocimiento de la posibilidad de resolución del contrato, o, en el caso de bienes inmuebles, confiando en lo publicado por el Registro, resultan protegidos y no se verán perjudicados por la resolución<sup>108</sup>. El Código no exige que esta adquisición de buena fe sea a título oneroso, pero debe entenderse así por ser el art. 1.295 un precepto relativo a contratos onerosos, con contraprestaciones recíprocas, y lo mismo ocurre respecto al 1.124<sup>109</sup>. Sin embargo si el tercer adquirente lo fue de mala fe, o era cómplice en el fraude, estará obligado a la restitución de la cosa al resolvente, y si ésta se hubiese perdido a indemnizarle los daños y perjuicios.

---

obligacionales y se refiere a la llamada condición resolutoria tácita. Pero el sentido es claro, atendiendo a sus precedentes y a la reforma actual, y significa, en definitiva, que, actualmente, *la resolución del artículo 1.124 Cc no afecta a terceros, salvo que se configure como condición resolutoria explícita o pacto de "lex commissoria" conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria*.

Por esta razón, las precisiones referidas a la legislación hipotecaria las estudiaremos en el epígrafe correspondiente a los efectos registrales de la resolución.

<sup>108</sup> DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral...*, cit., pág. 203, expone que «el reenvío conjunto a estos dos artículos, contenido en el artículo 1.124, es interpretado justamente por la doctrina en el sentido de que los efectos de la resolución del contrato no afectan a los derechos que los terceros hayan adquirido de quien se presentaba como el legítimo titular en el momento de la adquisición: la sucesiva resolución del contrato que anula la titularidad de derechos transferidos por el titular aparente a los terceros no puede repercutir en la esfera jurídica de estos últimos, a condición, claro está, de que los terceros fuesen de buena fe, o sea no tuviesen conocimiento de la causa de invalidez del contrato y no pudiesen así dudar de la legitimidad de la transmisión a ellos de los derechos por parte del titular aparente». Dicen ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. II, cit., pág. 648, que «será, por tanto, muy difícil, por el carácter personal de la acción rescisoria, que ésta pueda perjudicar a subadquirentes que reúnan la condición de terceros hipotecarios, a menos que al tiempo de la adquisición estuviere *anotada preventivamente la demanda de rescisión* correspondiente. Esta anotación será seguramente el único medio para que la causa de rescisión conste explícitamente en el Registro de la propiedad»; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., pág. 520.

<sup>109</sup> PINTÓ RUIZ, J.J., «La condición resolutoria tácita», cit., pág. 397; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 725; ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. II, cit., pág. 675. En contra, MORENO QUESADA, B., «Comentario de los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 534; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario...*, t. II, cit., págs. 524 y 547.

En el caso de que la cosa no pueda ser restituida por encontrarse legalmente en poder de terceras personas, dice el art. 1.295 C.C. que podrá «reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión», que en nuestro caso será la parte incumplidora que enajenó la prestación recibida antes de cumplir. Pero esta afirmación puede interpretarse de dos formas distintas. Puede pensarse que el perjudicado no podrá obtener la restitución de la cosa pero sí solicitar la indemnización por el interés contractual positivo. Es decir, referida a todo aquello a lo que tendría derecho si el contrato hubiera sido plenamente eficaz<sup>110</sup>.

Sin embargo, también es posible considerar que corresponde al perjudicado, en nuestro caso el resolvente, tanto la restitución por equivalente como la indemnización de los perjuicios<sup>111</sup>. Es más acertada, en nuestra opinión esta segunda consideración, ya que resulta más acorde con la solución apuntada para el caso de pérdida de la cosa, donde también nos encontramos ante una imposibilidad de restitución *in natura*.

Cuando la cosa se encuentra legalmente en poder de terceros de buena fe es imposible igualmente la restitución *in natura*, pero nada impide que se acuda a la restitución por equivalente, siendo que como efecto de la resolución las partes deben restituirse lo que hubieren percibido. El art. 1.295 es de aplicación en cuando salvaguarda los

---

<sup>110</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 123, afirman que «en la rescisión del contrato cabe pensar en otorgar a la parte perjudicada una indemnización más amplia, el interés contractual positivo, como si se hubiera deado una resolución por incumplimiento. No se olvide que los contratos rescindibles son válidos. La indemnización debe abarcar todo aquello a lo que tendría derecho si el contrato hubiese sido plenamente eficaz»; MORENO QUESADA, B., «Comentario de los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 534.

<sup>111</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 725, dice que «aunque las cosas hayan pasado a poder de terceros, la rescisión se produce y el contratante incumplidor deberá restituir el valor»; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 547.



derechos de determinados terceros, pero en cuanto a los efectos de la resolución es más conveniente seguir recurriendo a la normativa que venimos aplicando a la resolución, es decir, la restitución por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios que dispone el art. 1.224, sin necesidad de acudir a la solución que ofrece el 1.295 C.C. Hay que añadir también que el resultado económico no será el mismo en ambos casos, restitución por equivalente e indemnización, en su caso, e indemnización del interés contractual positivo, cuando sea mayor el valor de la prestación a restituir que el del interés de cumplimiento del resolvente<sup>112</sup>.

Ahora bien, si el que enajenó la cosa fue el contratante cumplidor que posteriormente pretende la resolución del contrato, deberá restituir por equivalente, pero, puesto que la parte cumplidora no podrá solicitar la indemnización con base en el art. 1.124, sí podrá hacerlo apoyándose en el 1.295 C.C.<sup>113</sup>, o bien ejercitar una acción de enriquecimiento si con la venta el resolvente se hubiere enriquecido.

El mismo problema que hemos apuntado se plantea si el adquirente era de mala fe, que, si todavía fuera posible, deberá restituir al perjudicado o resolvente el bien objeto del contrato. Pero en

---

<sup>112</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 547.

<sup>113</sup> Respecto al caso de rescisión, dice MORENO QUESADA, B., «Comentario a los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., págs. 212 y sigs., que «en el supuesto de la imposibilidad de devolución por el reclamante, de aquello a que estuviese obligado ¿procederá la indemnización?... La verdad es que en lo referente al juego respectivo de intereses no son muy distintos los que se reflejan en el 1º que los del 2º párrafo; su lógica consecuencia es que ni en uno ni en otro caso tenga lugar o pueda llevarse a efecto la rescisión; y lógico resultado parece que debiera ser también la posibilidad, igualmente en ambos supuestos, de reclamar la indemnización de perjuicios al causante de la lesión. Parece como si la dicción empleada por el legislador impidiera la interpretación favorable a permitir que cuando el que haya pretendido la rescisión no pueda devolver lo que por su parte estuviese obligado, proceda la indemnización de perjuicios por el causante de la lesión; debe pensarse, sin embargo, que si hay una razón de justicia para conceder también en el otro caso esa posibilidad».

caso de imposibilidad de restitución *in natura*, el art. 1.298 dispone que deberá indemnizar al acreedor o resolvente los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado. Entendemos que al tercer adquirente de mala fe le corresponde, en principio, únicamente la restitución del bien, y que la indemnización de los daños de la enajenación le corresponderán al enajenante, es decir, al contratante incumplidor. Aunque respecto a esta indemnización el tercero respondera subsidiariamente<sup>114</sup>.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de julio de 1993 (R.A. 6.276)<sup>115</sup>, respecto de la enajenación por el comprador incumplidor a terceros de buena fe protegidos por la Ley Hipotecaria, considera que ante la imposibilidad de restitución, ésta se «transforma en pago de daños y perjuicios por equivalente». A lo anterior añade que «las viviendas se le entregaron al mismo, y que en consecuencia aquel adquirente actuando como tal dueño, procedió a enajenarlas a un tercero de buena fe, es claro que los efectos de la resolución acordada, y que procede por el incumplimiento contractual deberán ajustarse a los términos..., esto es, procurando en lo posible, que las partes queden en situación análoga a la que preexistía antes de contratar, según el juego conjunto de los arts. 1.124 y 1.303 C.C...., por ello, en razón a que no es posible el principal pronunciamiento condenatorio, es decir, que... se reintegren por los demandados los derechos del actor como titular de los que integraron la susodicha donación, al haber sido los objetos del

---

<sup>114</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 725, señala que «el tercero adquirente de mala fe está obligado a la restitución y, subsidiariamente, tiene una deuda del equivalente pecuniario frente al demandante de la resolución. El Código no resuelve la relación que pueda existir entre la deuda del equivalente del contratante incumplidor y la del tercero, que nada impone que deban considerarse como solidarias. Por esta razón la deuda del tercero de mala fe debe considerarse como subsidiaria de la deuda del contratante incumplidor».

<sup>115</sup> En el supuesto de hecho de la Sentencia, se había celebrado un contrato de compraventa, cesión y transmisión de derechos. Una de las partes cede y transmite los derechos sobre un solar para la construcción de viviendas, a cambio de 11 de las mismas. El cesionario incumplió su obligación de pagar el precio e hizo suyas las viviendas que posteriormente enajenó a terceros de buena fe.

citado "donatum"... , esto es, las 11 viviendas construidas, transmitidas a terceros de buena fe, hay que concluir en que, ante esa imposibilidad, y por una especie de juego sucesivo de la subrogación real al convertirse tales derechos..., en el equivalente económico del precio adquisitivo de las viviendas en cuestión...».

Sin embargo, en la Sentencia de 11 de junio de 1991 (R.A. 4.444), no mantiene al tercero en su derecho por considerar que al poseedor intermedio sólo puede protegérsele si ostenta tal posesión de buena fe, lo que no ocurre en este caso por no poder acreditar la existencia de contrato que alegó<sup>116</sup>.

#### 21. Régimen de las restituciones en caso de deterioro de la cosa

Antes de comenzar a exponer el régimen de las restituciones en caso de deterioro hay que distinguir, al igual que hemos hecho en el caso de pérdida de la cosa, dos momentos, si la cosa se deteriora aun no resuelto el contrato, es decir, estando pendiente la condición, o producido el incumplimiento pero aún no habiéndose optado por la resolución, o si esto ocurre una vez cumplida la condición y resuelto el contrato. Tampoco ahora nos extenderemos en el deterioro la cosa en este segundo momento, puesto que este caso se rige por las normas generales, de modo que el deterioro lo sufrirá el acreedor de la

---

<sup>116</sup> En la citada Sentencia se establece literalmente que «declarada la resolución, se ha volver a un estado jurídico preexistente, retornando al estado anterior, con reintegro por cada contratante de las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, o lo que es lo mismo, los efectos se producen "ex tunc", sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los arts. 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria..., pero, a pesar de que se le dió la posibilidad para ello al demandarlo, el hoy recurrente no ha demostrado ni que le amparase la Ley Hipotecaria ni que la cosa objeto del contrato (la finca) se hallare legalmente en su poder».

restitución, salvo que el deudor se encontrase en mora, cualquiera que fuera la resolución que hubiera motivado la restitución<sup>117</sup>.

Respecto a los deterioros de la cosa originados una vez resuelto el contrato, el Tribunal Supremo ha considerado en Sentencia de 6 de octubre de 1986 (R.A.5.239) que «producido el impago del precio o parte del mismo y verificado el requerimiento, automáticamente opera la resolución, a partir de ese momento sobre el comprador que posee la finca indebidamente, conforme al artículo 435 es poseedor de mala fe y, de acuerdo con el 457, responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente se haya retrasado en la entrega de la cosa»<sup>118</sup>.

Pero si el deterioro se ocasionó pendiente el cumplimiento, una vez más se hace necesario encontrar la normativa aplicable al caso de restitución de la cosa, que, con o sin culpa del obligado a la misma, ha resultado deteriorada, principalmente cuando esta restitución sea consecuencia de la resolución por incumplimiento, puesto que el art. 1.124 C.C., como ya hemos dicho en diversas ocasiones, no contiene la regulación de los efectos de la resolución.

De nuevo hay que acudir a el art. 1.123 C.C., relativo a los efectos de la condición resolutoria expresa. Este artículo, después de imponer en su párrafo primero la restitución de las prestaciones al

---

<sup>117</sup> Así lo soluciona la Sentencia de 15 de febrero de 1994 (R.A. 1.315), en la que se razona diciendo que «el día 26 de junio de 1980 el contrato quedó resuelto para el comprador (actor), mientras que para los vendedores (demandados) lo fue el 17 de marzo del mismo año, fecha del requerimiento notarial de resolución, aceptada el siguiente 26 de junio. Lo cierto es, por tanto, que desde el año 1980 los vendedores tuvieron a su disposición completa, sin trabas ni obstáculos que pudieran derivarse de la no aceptación de la resolución, los bienes que anteriormente habían vendido en 1978. La espera en volver a vender durante seis años es claro que genera riesgos... pero en modo alguno deben ser soportados por el incumplidor, el cual sólo debe indemnizar los daños al momento de la resolución.»

<sup>118</sup> En la citada Sentencia no podía entrar en juego la mora al no entregarse ni ofrecerse la restitución de lo ya pagado, por lo que incumplía también el vendedor.

cumplimiento de la condición resolutoria, remite, también en lo relativo a los deterioros que haya sufrido la cosa pendiente la condición, al art. 1.122 C.C., en este caso a sus reglas tercera y cuarta.

Así, en dichas reglas se parte de la distinción, como ocurría en caso de pérdida de la cosa, de si el deterioro se ha producido mediando o no culpa del deudor, culpa entendida en el sentido de imputabilidad, no de mera falta de diligencia, teniendo en cuenta además, que, de acuerdo con el art. 1.183 C.C. la culpa se presume<sup>119</sup>. Por ello vamos a distinguir nosotros también si el deterioro es o no imputable al deudor, y también como resulta la aplicación de la norma a la condición resolutoria expresa y a la resolución por incumplimiento.

A) Si el deterioro de la cosa se debe a caso fortuito o fuerza mayor

Cuando el deterioro no es imputable al deudor y siempre que se produzca pendiente la condición<sup>120</sup>, el menoscabo será de cuenta del acreedor, de acuerdo con la regla tercera del art. 1.122 C.C. También la doctrina justifica esta solución acudiendo a la retroactividad del art. 1.120 C.C. Así, se ha afirmado respecto a la condición suspensiva que, «en la atribución de los deterioros de la cosa vendida *pendente conditione* juega pulcramente el principio de retroactividad, dichos deterioros deben quedar a cargo del comprador»<sup>121</sup>. De modo que,

---

<sup>119</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t, XV, vol. 2º, cit., pág. 1.150.

<sup>120</sup> Nos ceñimos al caso de que el deterioro de la cosa se produzca pendiente la condición, o, en la resolución por incumplimiento, pendiente la opción de resolución, puesto que si el deterioro se produce una vez resuelto el contrato, no hay más que acudir a las normas que con carácter general regulan el riesgo, arts. 1.452, 1.096, y 1.182 C.C., conforme a los cuales el riesgo es del acreedor en tanto que el deudor no se constituya en mora.

<sup>121</sup> BÉRGAMO LLABRÉS, A., «El riesgo en el contrato de compraventa», cit., pág. 171; ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos...*, cit., pág. 264, que afirma que «la obligación de abonar los daños causados se justifica por el efecto retroactivo de la resolución, que tiende a situar a las partes en el mismo estado en que se encontrarían, si, el contrato no se hubiera celebrado. Por lo tanto, sólo se han de abonar los deterioros imputables al deudor, no los que se hayan causado por hechos que no le sean

trasladando el caso a la condición resolutoria, si la cosa se deteriora estando pendiente la condición, en poder del adquirente y posteriormente se cumple la condición resolutoria, de forma que el adquirente se convierte en deudor pues tiene que restituir la cosa, el riesgo lo sufrirá el transmitente-acreedor, que deberá devolver íntegra la prestación que recibió pero que le será restituida la cosa que entregó, deteriorada.

Este precepto ha sido criticado por un sector de la doctrina, ya que se considera que se debía haber permitido al acreedor la posibilidad de optar entre la resolución del contrato (en nuestro caso la devolución de la cosa más el equivalente dinerario del deterioro), o la reducción proporcional de la prestación a su cargo<sup>122</sup>, lo que en nuestro caso significa que el riesgo en este caso es de cargo del deudor, puesto que restituirá o el valor total de la cosa (cosa deteriorada más valor del deterioro), o la cosa deteriorada, pero a su vez sólo recibirá una parte del precio que pagó. Y lo mismo sucederá en la resolución por incumplimiento, en la que el riesgo del deterioro de la cosa lo sufrirá el deudor de la restitución, sea el contratante incumplidor del contrato, o el cumplidor.

---

imputables». Este autor cita, en el mismo sentido a MOSCO, L., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., págs. 280 y 281.

<sup>122</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos ...*, vol. I, Madrid, 1996, pág. 540 y t. II, cit., pág. 366; ALVAREZ VIGARAY, R., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.» *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 93; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 546, afirma que «el riesgo lo sufren recíprocamente ambos contratantes (propietarios del bien), viniendo obligados a restituir por equivalente la diferencia entre el valor del bien antes y después del deterioro». Y añade en nota que «no cabe entender que por aplicación del art. 1.122-3º C.C. el riesgo es del acreedor de la prestación, pues tal regla resulta aplicable cuando se trata de obligaciones unilaterales. Cuando se trata de obligaciones sinalagmáticas el criterio de reciprocidad parece que debe permitir al acreedor la opción entre demandar la resolución del contrato o exigir la reducción proporcional de la contraprestación a su cargo».

B) Si el deterioro es imputable al deudor<sup>123</sup>

Sin embargo, si la cosa se deteriora por culpa del deudor, dice la regla cuarta, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos. Pero hay que tener en cuenta que la norma esta pensada para ser aplicada a la condición suspensiva, luego en nuestro caso, puesto que se trata ya de una resolución, deberá optarse por el cumplimiento, es decir, deberá restituirse la cosa indemnizándose los perjuicios que suponga el deterioro.

Trasladando la norma a la resolución por incumplimiento resulta que si la cosa se deterioró, producido el incumplimiento pero antes de que el cumplidor haya optado por la resolución del contrato, en manos del contratante incumplidor y por culpa de éste, deberá tal y como acabamos de ver, restituir la cosa en el estado en que se encuentre indemnizando el perjuicio del deterioro. Y si la cosa se deterioró estando en poder del cumplidor y por su culpa, o bien indemnizará también el deterioro, o bien lo compensará con la indemnización a que tenga derecho<sup>124</sup>.

### § 10. Restitución de los frutos e intereses

Apunta algún autor que jamás ha sido tomada en serio la descripción y caracterización que los arts. 354 y 355 del Código Civil

---

<sup>123</sup> En la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, el deterioro imputable de la cosa en manos del comprador resolvente le impide ejercitar su derecho a la resolución, salvo que antes de descubrir el incumplimiento hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas, en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal. En este caso, podrá ejercitar su derecho a la resolución pero deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas.

<sup>124</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 546.

hacen de los frutos<sup>125</sup>. Se trata, sin duda, de una exageración, pero lo cierto es que estos artículos no han tenido en cuenta ni todos ni los más importantes provechos obtenidos de la explotación de un bien. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha optado por adoptar un concepto amplio de fruto, que dé cabida a otros provechos no contemplados por el Código. De acuerdo con este concepto amplio se puede entender por fruto cualquier tipo de ganancia de una economía capitalista. Partiendo de esta consideración, será fruto tanto el beneficio de la explotación de una unidad de producción, sea o no agrícola, como el rendimiento de un capital en dinero, sea bajo la forma de interés, de participación, o de dividendo<sup>126</sup>.

Pero, tratando de concretar más la noción de fruto, éste se debe distinguir del interés producido por una suma de dinero. La relación que existe entre fruto e interés es la de género y especie. Así, podemos

---

<sup>125</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», *A.D.C.*, 1987, pág. 1.088.

El art. 354 C.C. establece que: «pertenecen al propietario: 1º Los frutos naturales. 2º Los frutos industriales. 3º Los frutos civiles.»

El art. 355 C.C. da una definición de cada uno de estos tipos de frutos, diciendo que: «Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales. Son frutos industriales los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo. Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas vitalicias, perpetuas u otras análogas.»

<sup>126</sup> Dentro del concepto amplio de frutos podemos incluir los frutos propiamente dichos, es decir, los naturales e industriales, las rentas, tanto consideradas como rendimiento de capital como prestaciones homogéneas y periódicas, los intereses, como fruto que consiste en el rendimiento del dinero, y, en general, los provechos, entendidos como aprovechamientos de la cosa que participan de la naturaleza del bien capital, como los productos de los bosques o minas. Sin embargo, no tienen la consideración de frutos ni aun en su sentido amplio las plusvalías, el consumo, que sin embargo ha sido considerado como un enriquecimiento, por lo que en los sistemas restitutorios basados en el enriquecimiento sí se ha sometido al mismo tratamiento que los frutos, el provecho obtenido por la modificación o cambio de forma del bien ajeno, el uso y el lucro obtenido por la negociación con bienes restituibles.

CARRASCO PERERA, A., en su artículo «Restitución de provechos (I)», *cit.*, pág. 1.088, parece distinguir dentro de los provechos por un lado los frutos, y por el otro aquellos provechos que no se consideran frutos, y que son: plusvalías, uso, consumo, lucro representativo, lucro de negociación y otros provechos en general.



decir que mientras que la producción de los frutos es variable, los intereses pueden ser conocidos con carácter previo a su producción, y que los frutos resultan de la conjunción del trabajo del hombre y de la naturaleza de la cosa, mientras que los intereses sólo dependen del paso del tiempo y de que la ley o la voluntad de las partes así lo haya establecido.

Conviene distinguir, también, el concepto de fruto del de plusvalor. El plusvalor es, como su propio nombre indica, un suplemento de valor que no tiene existencia propia y que se origina por una alteración del estado de la cosas, mientras que el fruto es un accesorio que se analiza como una renta y que está destinado a ser consumido<sup>127</sup>. El plusvalor es un elemento que se incorpora al bien y que pertenece necesariamente al acreedor de la restitución. Sin embargo, los frutos pueden ser separados de la cosa.

*22. Sistemas de restitución de los frutos. Sistema que sigue nuestro Código Civil.*

En cuanto a los sistemas de restitución de los frutos se han propuesto varios, de los que podemos destacar los siguientes<sup>128</sup>:

1º Un sistema de abono de gastos, consistente en someter la cuestión de la restitución de los frutos al mismo régimen al que se sujetan los gastos, es decir, los frutos corresponden al poseedor legítimo o el que resulta propietario siempre que este abone a su vez los gastos de producción y la remuneración por la actividad personal: el poseedor de buena fe no hace suyos los frutos, sino que debe

---

<sup>127</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en Droit Civil*, cit., pág. 150.

<sup>128</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., págs. 1.100 y sigs, hace una exposición detallada de estos sistemas.

restituirlos, siempre que se le restituya a su vez lo que él haya invertido en su producción.

2° Un sistema indemnizatorio, es decir, un sistema en el que el poseedor de buena fe restituye los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido obtener además de responder por pérdida o deterioro del bien, y el poseedor de mala fe restituye los frutos percibidos en cuanto éstos representan el valor de la privación del goce del propietario y responde de los daños como si se tratase de un incumplidor doloso.

3° Sistema del enriquecimiento, propuesto por la ciencia jurídico-teológica española de los siglos XVI y XVII, que considera que el poseedor de buena fe deberá restituir aquello que le haya podido suponer un enriquecimiento, mientras que el poseedor de mala fe restituye todos los provechos obtenidos de la cosa y responde de todo el daño.

4° Sistema de frutos en función de la industria del poseedor, según el cual el poseedor de buena fe retendrá los frutos que hubiera obtenido de la cosa por su trabajo o industria y la aplicación de su propio capital, por lo que se restituyen todos los frutos naturales pero no los industriales y carece de importancia que el poseedor se haya enriquecido.

5° Un último sistema es el que da relevancia al título por el cual se posee. El poseedor de buena fe con título adquiere los frutos naturales, aunque deberá restituirlos, aun una vez consumidos, si con ellos se hubiera enriquecido. Ahora bien, si carece de título no adquiere los frutos naturales. En cuanto al poseedor de mala fe, si goza de un título restituye los frutos percibidos, pero si no lo tiene restituirá tanto los percibidos como los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir.

Ahora bien, el sistema de restitución que ha adoptado nuestro Código Civil, con ocasión de la regulación de la restitución de frutos por el poseedor no coincide exactamente con ninguno de los propuestos en las líneas precedentes. El Código Civil establece un sistema que se ha calificado de sencillo por la doctrina. La regulación que se establece es la siguiente:

1º El poseedor de buena fe adquiere la totalidad de los frutos, sean naturales o industriales y no debe restituir el enriquecimiento que pueda reportarle el disfrute del bien.

2º Consecuencia de lo anterior es que no se le deben reembolsar los gastos que haya acarreado la producción de los mismos, y tampoco responde del daño que suponga al propietario la privación de la cosa.

3º Es irrelevante para el Código si se posee en virtud de un título o no<sup>129</sup>.

*23. Derecho francés e italiano relativo a la restitución de los frutos e intereses ante la resolución del contrato*

En la doctrina francesa, se ha admitido casi unánimemente un sistema de hecho análogo al romano, en el que se aplican las normas relativas a la adquisición de frutos por el poseedor, aun cuando la adquisición se realice del mismo propietario y resulte ser el título nulo o rescindible<sup>130</sup>. Sin embargo, si bien de la afirmación anterior parece deducirse que las normas sobre liquidación del estado posesorio tienen una gran fuerza expansiva, hay que tener en cuenta que se exceptúa la aplicación de las mismas cuando existe regulación expresa para casos

---

<sup>129</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», *A.D.C.*, 1975, pág. 557.

<sup>130</sup> AUBRY, M.M. y RAU, G., *Cours de Droit Civil Français*, t. II, París, 1897, pág. 406.

concretos sobre restitución o retención de frutos, y precisamente este parece ser el caso de la condición resolutoria o de la resolución por incumplimiento en las obligaciones recíprocas<sup>131</sup>.

Sin embargo, en la doctrina francesa, respecto a la restitución de los frutos en la resolución del contrato, algunos autores, consideran que el adquirente debe restituir todos los frutos, puesto que la restitución debe ser integral<sup>132</sup>, otros acuden a las normas de la liquidación del estado posesorio<sup>133</sup> y la jurisprudencia aplica las reglas de la responsabilidad.

Los autores que consideran aplicable las normas de la posesión entienden que el adquirente, en estos casos, puede ser considerado un poseedor de buena fe. Sin embargo, hay autores que justifican la adquisición de frutos por la compensación entre los frutos y los intereses, si bien diferencian tres supuestos: a) Los frutos son percibidos por el adquirente sea de buena o de mala fe, siempre y

---

<sup>131</sup> LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique des Obligations*, t. II, págs. 260 y sigs.; DURANTON, M., *Cours de Droit Civil*, t. V, cit., págs. 251 y 252; AUBRY, M.M. y RAU, G., *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, cit., pág. 81 y 82, dicen que la retroactividad de la condición resolutoria deja sin efecto la percepción de los frutos *medio tempore*, de modo que si el adquirente no restituye los frutos podrá ser condenado al resarcimiento de daños y perjuicios; PLANIOL, M. Y RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. III, cit., págs. 180-187. Por ello, estos autores afirman en relación con la resolución que la primera excepción a la aplicación de esta norma tiene lugar cuando el título del adquirente se encuentra retroactivamente destruido por el efecto de una condición resolutoria o por el ejercicio de una acción de resolución fundada en el art. 1.184 o en los arts. 954 y 1.654, que no son más que aplicaciones particulares del principio general formulado en el art. 1.184... La aplicación del art. 549 no es conciliable con la retroactividad intencional de este género de resoluciones... Estas disposiciones particulares excluyen la aplicación del principio general del art. 549».

<sup>132</sup> LAROMBIÈRE, M.L., *Théorie et pratique des obligations*, t. II, pág. 260 y sigs.; DURANTON, M., *Cours de Droit Civil*, t. V, cit., págs. 252; PLANIOL, M. Y RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. III, cit., págs. 180-187; LAURENT, F., *Principes de droit civil*, t. XVII, cit., pág. 85 y sigs.

<sup>133</sup> DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon. Traité des contrats et des obligations*, t. XXV, cit., pág. 400 y sigs. En la doctrina actual, véase, BOUSIGES, A., *Les restitutions apres annulation ou resolution d'un contrat*, Tesis, Poitiers, 1982, págs. 159 y sigs.

cuando el transmitente no tenga que abonar los intereses del precio; b) No podrá aplicarse la compensación anterior cuando el adquirente no haya llegado a recibir la cosa, de modo que el transmitente sí tendrá que abonar los intereses; c) Por el contrario, si es el vendedor el que no ha recibido el precio, el adquirente, aun cuando sea de buena fe, estará obligado a restituir los frutos.

Así pues, tanto la teoría de la posesión como la de la compensación tienen en común que el adquirente sólo hace suyos los frutos percibidos, cosa que no ocurre si se sostiene la teoría de la responsabilidad. De acuerdo con esta última teoría, las restituciones se dirigen a reparar un perjuicio derivado de la extinción del contrato. Sin embargo, esta teoría tiende a sustituir la restitución, que es una consecuencia natural de la resolución del contrato, por la responsabilidad, cosa que lleva a una confusión entre reparación y restitución<sup>134</sup>.

En Derecho italiano tanto la aplicación, a las restituciones que se derivan de la resolución, de las normas de liquidación del estado posesorio como las relativas al pago de lo indebido, se conocen como doctrina de la retroactividad en sentido débil. Hay que distinguir la situación que existía con el Código anterior de la que encontramos hoy en día con el actual. Conforme al Código anterior, al exigirse para la

---

<sup>134</sup> Así, en una Sentencia de la Corte de Casación de 11 de abril de 1973 (B.III, pág. 280), se dice que una vez aceptado que la ruptura del contrato fue imputable únicamente al incumplimiento de los adquirentes, los atrasos de la renta ya producidos deben seguir perteneciendo al vendedor. Los jueces que han conocido el fondo del asunto han constatado la existencia del perjuicio, teniendo en cuenta así, dentro de los límites de su poder soberano, las modalidades y el entendimiento de la reparación. En este sentido, PLANIOL, M y RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. XI, París, 1926, pág. 1.243; AUBRY y RAU, *Droit civil français*, t. II, cit., pág. 407, dice que la resolución de un acto traslativo de propiedad opera en general con efecto retroactivo, de modo que el adquirente será considerado como si nunca hubiera sido propietario, con lo que caen también los derechos reales que hubiera constituido sobre la cosa; aunque no se podrá hacer desaparecer retroactivamente el derecho de administración y de goce que le pertenecieron en virtud de su título. Por lo tanto, no deberá restituir los frutos, sino, en su caso, los daños e intereses.

buena fe la existencia de un título válido, no era posible aplicar las normas de la liquidación de la posesión de buena fe a las adquisiciones *a domino* que resultaban nulas o resueltas<sup>135</sup>.

La solución que daba la doctrina respecto a la restitución de los frutos tras la resolución del contrato era que debían restituirse los producidos *medio tempore*, excepto cuando fuera posible compensarlos con los intereses del precio ya pagado. Frente a la objeción de que la retroactividad no puede cancelar el hecho del goce de la cosa, es posible replicar que la adquisición de los frutos no entra en este concepto, y que lo lógico es que las partes hubieran querido esta restitución, puesto que de otro modo se produciría un enriquecimiento injusto de una de las partes, y causaría un daño a la otra<sup>136</sup>.

Sin embargo, el Código vigente actualmente en Italia desvincula la buena fe del título, por lo que ya es posible la aplicación de estas normas, pues el adquirente se considera poseedor de buena fe independientemente de que el título en virtud del cual posee sea declarado nulo o se destruya de otro modo<sup>137</sup>.

Esta sería también la situación más acorde con las normas de nuestro Derecho, aunque, si consideramos que el título, o al menos la apariencia de título, opera como presupuesto psicológico de la buena fe, es decir, que quien posee sin título o a sabiendas de que su título

---

<sup>135</sup> MESSINEO, F., *Istituzione di diritto privato*, vol. I, cit., pág. 309, afirma que teóricamente nada se opone a que la posesión constituya el ejercicio de hecho de cualquier tipo de derecho subjetivo, capaz de ejercicio continuado. Sin embargo, en el Derecho positivo italiano, la posesión tiene valor jurídico únicamente respecto a los derechos reales y ni siquiera a todos.

<sup>136</sup> GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni*, vol. IV, cit., págs. 229-230 y 426 y sigs.

<sup>137</sup> SACCO, R., «Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno temuto», *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI. vol. III, fasc. 7 Milán, 1960. Este autor afirma que «la posesión es una situación de hecho, autónoma respecto de las adquisiciones y pérdidas de los derechos producidos por el contrato y posteriormente eliminados en virtud de anulación».

está viciado (o, como en nuestro caso, de que no va a cumplir su prestación), no puede actuar de buena fe, no habría, pues, buena fe por parte del que debe restituir por causa de la resolución del contrato por su propio incumplimiento y por tanto no serían aplicables las normas reguladoras de la restitución de los frutos por el poseedor de buena fe<sup>138</sup>. Más adelante volveremos sobre este punto.

*24. Normativa aplicable a la restitución de los frutos e intereses ante la resolución del contrato.*

La cuestión de los frutos presenta un caracter especial en el derecho de restitución. En principio, podemos pensar que puesto que ni el art. 1.124 ni el art. 1.123 C.C. establecen ninguna regulación expresa respecto a la restitución o no de los frutos, es porque el régimen de los frutos estará sometido a las reglas generales, es decir, a la teoría de la liquidación del estado posesorio. Ahora bien, la restitución o no de los frutos está marcada por el equilibrio que debe estar siempre presente en la teoría de la restitución, sobre todo la restitución consecuencia de la resolución del contrato.

Conviene señalar que la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de Mercaderías dispone en su art. 84 que «el vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago». Igualmente, impone al vendedor que cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas, «deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las

---

<sup>138</sup> En este sentido MANRRESA Y NAVARRO, J.M., en sus *Comentarios al Código Civil Español*, t. VIII, sexta ed., Madrid, 1967, pág. 870 apunta que «la responsabilidad en el defecto que anule el contrato, al par que priva de acción para invadir éste, determina también la mala fe del que así posee las cosas, a sabiendas de los vicios que concurrieron en el título que motivó la adquisición de las mismas por su parte».

mercaderías o de una parte de ellas». De modo que, conforme a esta Convención las partes deberán restituirse la cosa con sus frutos o beneficios y el precio con sus intereses. Y deberán restituirse desde el momento del pago o de la entrega.

Volviendo ya al Código Civil, vamos a ir viendo que artículos podrían ser de aplicación al caso que estamos estudiando.

A) Aplicación de la normativa reguladora de la condición resolutoria expresa

Puesto que el art. 1.124 no se refiere a los efectos de la resolución del contrato, en primer lugar habrá que acudir al art. 1.123 C.C., que como ha apuntado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia<sup>139</sup>, resulta de aplicación a la resolución por incumplimiento, y ver cómo se regula la restitución de los frutos en la resolución del contrato por cumplimiento de una condición resolutoria expresa<sup>140</sup>. Sin embargo, este artículo se limita a decir que los interesados «deberán restituirse lo que hubieren percibido», y a remitirse al artículo anterior en lo relativo a pérdida, deterioro o mejora de la cosa, pero, como acabamos de adelantar, no hace referencia a la restitución de los frutos.

---

<sup>139</sup> Sentencias de de 10 de marzo de 1950 (J.C. 704), 19 de octubre de 1957 (R.A. 3.010), 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289), 21 de noviembre de 1963 (R.A. 4638), 14 de marzo de 1964 (R.A. 1.594), 23 de noviembre de 1964 (R.A. 5.453), 16 de octubre de 1967 (R.A. 3.823), 5 de mayo de 1980 (R.A. 1.785), 7 de julio de 1982 (4.220) y 31 de mayo de 1985 (R.A.2.837), 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554), entre otras.

<sup>140</sup> DÍAZ ROMERO, M.R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, cit., pág. 252, dice que «los supuestos de resolución y cumplimiento de condición resolutoria y suspensiva merecen un tratamiento conjunto, por la semejanza de caracteres, la igualdad de consecuencias prácticas y la ubicación sistemática, y tienen un régimen especial de liquidación posesoria (arts. 1.123 y 1.122.6), que en realidad se deriva o coincide en sus principios con las reglas posesorias».



Una primera posibilidad es considerar aplicable a la restitución de las prestaciones consecuencia de la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa lo dispuesto en el art. 1.120-1º C.C., dado su encuadre sistemático, ya que se encuentran situados en la misma Sección, al igual que el art. 1.124. El art. 1.120-1º establece que «cuando la obligación —condicional de dar— imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición»<sup>141</sup>, de modo que las partes no deberán restituirse ni frutos ni intereses<sup>142</sup>.

Así lo hace el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de julio de 1980 (R.A. 3.085), que ante una la resolución por incumplimiento en la que ambas prestaciones habían sido entregadas, aplica el art. 1.120 en relación con el art. 1.123 C.C, y opta por «compensar la doble y recíproca obligación adicional de reintegro de los intereses que haya podido producir la citada cantidad de 7.100.000 pts., que tiene aún en su

---

<sup>141</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. I, 2º, vol. 2º, cit., pág. 667, afirma que «el C.C. no dice de una manera expresa que la condición resolutoria tenga efecto retroactivo, pero —refiriéndonos a la obligación de dar— observamos que el art. 1.120 ap. 1 prop. 1, que establece el efecto retroactivo, no distingue entre las condiciones suspensivas y las resolutorias y que el art. 1.123 sanciona que cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido. A mayor abundamiento es de tener presente que las reglas del art. 1.122 para los casos de mejora, pérdida o deterioro de la cosa debida bajo condición suspensiva, son referidas y aplicadas por el art. 1.123 ap. 2 al que deba hacer la resitución, cuando se trata de condiciones resolutorias, quien se halla en igual caso que el deudor en la condición suspensiva»; ÁLVAREZ VIGARAY, R., «Comentario a los arts. 1.122-1.124 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., págs. 95, quien dice que «en la compraventa el vendedor debe la restitución del precio y el comprador habrá de devolver la cosa con sus incrementos o accesiones; parece que no habrá lugar a la restitución de frutos e intereses, pues, aunque el art. 1.123 no se remite al 1.120 I, prop. 2ª, la remisión era innecesaria pues este precepto establece la retroactividad de la condición sin distinguir entre condiciones suspensivas y resolutorias, además de que las razones para la no restitución son las mismas en una y otra clase de condiciones»; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., págs. 534 y 535.

<sup>142</sup> Sobre la compensación de frutos e intereses, véase LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique del Obligations*, t. II, cit., pág. 282 y sigs.

poder el vendedor, con los posibles beneficios de la participación empresarial adquirida, pues estaría en pugna con elementales criterios de equidad y se rompería el equilibrio económico perseguido como consecuencia de la resolución contractual, sancionando un enriquecimiento a todas luces injusto, permitir que el vendedor recurrente retuviese la cuantios productividad de una suma dineraria tan considerable mientras, por el contrario, se condenaba al comprador a la devolución de lo percibido...».

Si consideramos aplicable a la resolución por incumplimiento esta normativa ni el comprador deberá restituir los frutos que hubiera producido la cosa, ni el vendedor los intereses del precio, ya que quedarán compensados los unos con los otros. No obstante, hay que tener en cuenta que el art. 1.120 C.C. parte de que ambas prestaciones han sido cumplidas y por ello pueden compensarse frutos e intereses, pero no sería de aplicación cuando sólo una de las prestaciones se ha cumplido, cosa que ocurre a menudo en la resolución por incumplimiento, o cuando la cosa en que consiste una de las prestaciones no es fructífera, pues nada puede compensarse en estos casos.

El art. 1.123 no se remite expresamente al art. 1.120 C.C., de modo que es posible pensar que no le es de aplicación<sup>143</sup>. Así pues, una segunda posibilidad consiste en considerar que los efectos de la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria se

---

<sup>143</sup> DE BUEN, D., *Derecho Civil Español Común*, cit., pág. 490; PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pág. 1.735, nota 54. Aunque también hay autores que entienden que la remisión era innecesaria, como ÁLVAREZ VIGARAY, R., «Comentario a los arts. 1.122-1.124 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., págs. 95; CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., pág. 1.120, refiriéndose a la resolución por incumplimiento, añade que «el Código paladinamente ha establecido en estos casos que no desea una compensación impropia de frutos e intereses, a diferencia del artículo 1.120 (que no es hipótesis restitutoria) o del artículo 1.519 (donde esta compensación *fortaitaire* probablemente responde a otras razones)».

encuentran regulados en el art. 1.123 y que éste se remite al art. 1.122, pero en ningún momento al art. 1.120 C.C., luego no le resulta aplicable. Pero aun en este caso, considerando aplicable sólo el art. 1.123<sup>144</sup>, nos volvemos a encontrar con dos posibles interpretaciones.

Una primera interpretación podría hacerse pensando que, puesto que ni el art. 1.123 C.C., ni el 1.122 al que se remite, establecen nada respecto de la restitución de los frutos e intereses, es porque éstos no deben restituirse<sup>145</sup>. Es decir, el adquirente sólo estaría obligado a restituir lo que hubiese percibido pero no los productos posteriores de la cosa.

La otra posible interpretación podría hacerse diciendo que, como el art. 1.123 dice que los interesados «deberán restituirse lo que hubiesen percibido», se refiere a todo lo que hubiesen percibido, es decir, tanto a la cosa y el precio, como a los frutos e intereses que estos hubieren producido<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Como apunta MONTÉS PENADÉS, V. L., en «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., pág. 1.152, el art. 1.123 omitió un segundo párrafo del art. 1.041 del Proyecto Isabelino, que decía: «La restitución se hará, además, con frutos e intereses por aquel he hubiera faltado al cumplimiento de su obligación». El art. procede, a su vez, del art. 1.183 del Código civil francés, y su origen remoto se encuentra en el Digesto 18, 2, 3, D. 18, 3, 4 y 5; y en Partidas, 5ª, 5, 38 y 40. La supresión de este artículo, siguiendo al citado autor, manifiesta la intención del legislador de deslindar la condición resolutoria expresa de la "tácita". Pero, en nuestra opinión, también indica como en un principio el legislador consideró aplicables los efectos de la resolución por condición resolutoria expresa a la resolución por incumplimiento de una de las partes, y de ahí la ausencia de regulación de dichos efectos para esta última».

<sup>145</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., págs. 3.784 y 3.785.

<sup>146</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...* cit., pág. 519, afirma que «entiendo que la cuestión de los frutos e intereses en la restitución consecuencia de la resolución por incumplimiento puede venir dada por la aplicación literal del art. 1.123 C.C., que según opinión generalmente admitida se considera a ella aplicable. El art. 1.123 establece que los interesados "deberán restituirse lo que hubieren percibido", de donde resulta que no sólo han de restituir el bien-madre, sino también los frutos e intereses percibidos».

Así pues, como la normativa reguladora de la condición resolutoria expresa puede no darnos una solución definitiva sobre la restitución de los frutos, conviene seguir buscando otras normas que puedan resultar aplicables tanto para averiguar como si se produce la restitución de los frutos en la resolución por incumplimiento, como para dar una interpretación correcta al art. 1.123 C.C.

B) Aplicación de las normas reguladoras de la restitución de los frutos en la posesión.

Como hemos dicho anteriormente, la regulación de la restitución de los frutos en el Código Civil se encuentra en gran parte cubierta por las normas de liquidación de la posesión de los arts. 451 y sigs<sup>147</sup>.

Este punto nos interesa en la medida en que, según se desprende del mismo, podrían también ser de aplicación estas normas al caso que estamos estudiando, al de aquel que ha adquirido un bien que posteriormente debe restituir por falta de pago. Pero también, hay que ver si pueden aplicarse estos artículos complementando lo dispuesto por el art. 1.123, puesto que este último podía resultar insuficiente, e incluso por haberse ejercitado el retracto convencional, pese a que

---

<sup>147</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. III, Madrid, 1995, pág. 675, considera que «es posible una primera interpretación que podríamos denominar extensiva, con arreglo a la cual los artículos mencionados encuentran aplicación en todo supuesto de cesación de una posición... Esta interpretación choca, sin embargo, con el inconveniente de que existen en nuestro Código reglas especiales que contemplan especiales situaciones posesorias... Una segunda posible interpretación a la que cabría llamar restrictiva, entiende que los conflictos que los arts. 451-458 C.C. tratan de resolver, son aquellos que se plantean entre un reivindicante victorioso y un anterior poseedor en concepto de dueño obligado a restituir...», y concluye diciendo que «cabe pensar que las normas contenidas en los arts. 451-458 C.C. contienen un régimen jurídico general aplicable a todos aquellos casos de entrega de una posesión, que no estén sometidos a una disciplina normativa especial».

durante el periodo de posesión del bien no sólo sea poseedor sino también propietario de la cosa<sup>148</sup>.

El art. 451 C.C. dispone que «el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión»<sup>149</sup>, y el art. 452 añade que «si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción, y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión». Sin embargo, conforme al art. 455 C.C., «el poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir».

Las normas reguladoras de la liquidación del estado posesorio distinguen, pues, entre poseedor de buena o de mala fe. Ante esta distinción, cabe plantearse si es posible que la parte incumplidora de un contrato sea de buena fe, siendo que no ignora que si incumple

---

<sup>148</sup> Respecto a la restitución de frutos consecutiva a la realización de la condición resolutoria expresa, MALAURIE, M., *Les restitutions en Droit Civil*, cit., págs. 165 y sigs., expone lo siguiente: el adquirente cuyo título se ha destruido por el ejercicio de la condición resolutoria, no está obligado a restituir los frutos que había percibido. Esto no se justifica por las normas de adquisición de frutos por el poseedor de buena fe ya que el adquirente bajo condición resolutoria conoce la precariedad de su título. No puede ser considerado como poseedor de buena fe, en todo caso como precarista. El particularismo de la condición resolutoria ha conducido a la jurisprudencia a mantener los actos de administración, y existe cierto ligamen entre el derecho a los frutos y los actos de administración. Por otro lado, la adquisición de los frutos por el adquirente bajo condición resolutoria está justificada por una compensación entre los frutos y los intereses del precio, ya que el adquirente conserva los frutos y el transmitente no tiene que abonar los intereses. Aunque no se trata de una verdadera compensación, sino de una correlación, puesto que faltan los caracteres de liquidez y fungibilidad necesarios para que opere la compensación.

<sup>149</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos reales*, vol. 1º, *Posesión y Propiedad*, Barcelona, 1990, pág. 111, considera que «“hace suyos”, en el art. 451, significa que el poseedor adquiere, no simplemente la posesión de los frutos, sino la propiedad, y tanto de los consumidos como de los que conserva o reinvierte. Significa, además, que esos frutos los hace suyos definitivamente, esto es, que no ha de restituirlos luego, ni tampoco su importe (observese que la *adquisición inmediata* y la *no restitución ulterior* son dos cuestiones distintas)».

podrá venir obligado a restituir lo que hubiera recibido de la otra parte. Ahora bien, hay que tener en cuenta, también, que si se entiende que la mala fe deriva del incumplimiento, podemos afirmar que durante todo el periodo anterior a éste era de buena fe, por tanto, a la hora de la liquidación de los frutos habría que distinguir antes y después del incumplimiento, debiéndose aplicar un régimen distinto en uno y en otro momento.

Además, si entendemos que la parte incumplidora actúa siempre de mala fe por el hecho de haber incumplido, éste tendría que restituir siempre los frutos e intereses, mientras que al considerarse a la parte cumplidora de buena fe, esta otra no debería restituirlos nunca, con lo que, si ambas partes tuvieron las prestaciones en su poder, se rompe el carácter recíproco de la restitución al que anteriormente hacíamos referencia<sup>150</sup>.

Sin embargo, un sector de la doctrina ha entendido que «puede haber buena fe (del art. 433) en una posesión correcta conforme a Derecho, pero sobre la que actúe un título que pueda hacerla retroactivamente ineficaz [el impago del art. 1.124, por ejemplo]... Las

---

<sup>150</sup> BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie», cit., págs. 249 y 250, y 295, quien señala que sólo la lógica de la pena puede justificar un sistema que, salvo casos marginales, consiente que el contratante cumplidor se apropie de los frutos de ambas prestaciones contractuales; LUMINOSO, A., «La tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto», *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, págs. 490 y sigs.; «Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento», en *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, vol. 1º, *Profili generali*, Milán, 1992, págs. 502 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., págs. 1.116-1.120.

Según CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 513, el contratante incumplidor será siempre considerado como poseedor de buena fe, de modo que «sólo empleando un concepto objetivo de buena y mala fe, y considerando que es de mala fe, desde este punto de vista, el contratante incumplidor, y de buena fe el no incumplidor, cabría aplicar los arts. 451 y 455 a la resolución por incumplimiento. Sin embargo, ello supondría que mientras el contratante incumplidor tendría que restituir los frutos e intereses en cualquier caso, su contraparte no habría de hacerlo en ninguno, lo que determinaría la quiebra del carácter recíproco de la restitución, cuando ambos contratantes hayan gozado de las prestaciones conforme al contrato».

normas de liquidación posesoria se habrían desprendido del carácter preventivo propio de la reivindicación, alcanzando a las restituciones reversivas en las que el dominio hubiera previamente y de forma válida pasado al sujeto posteriormente obligado a restituir<sup>151</sup>». Pero dentro de esta línea hay quien matiza la idea considerando que si bien en principio esto parece correcto, pues en Derecho español la buena fe actúa independientemente del título, también hay que tener en cuenta que «en nuestro Código hay normas específicas para disciplinar las relaciones *inter partes* que en ciertos supuestos mencionan también lo relativo a frutos»<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., pág. 1.107. En el mismo sentido DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», cit., págs. 557-637.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de febrero de 1991 (R.A. 1.272) ha manifestado al respecto que «de la declaración judicial que anula el contrato de compraventa, por incumplimiento, consistente en el impago parcial del precio por el comprador demandado, no puede seguirse sin más, que las obras llevadas a cabo por éste en la cosa objeto del contrato mientras estuvo en su poder, fueron realizadas de mala fe, ya que ello supondría aceptar un efecto automático de la resolución del contrato que, contra la presunción citada del art. 436 del Código y sin previa declaración de mala fe por los Tribunales... negaría la continuidad en la buena fe del poseedor que adquirió con título inicialmente válido y eficaz, a la vez que el hecho de que, al menos hasta un cierto momento,..., permaneció viva la situación de buena fe en que se adquirió la posesión de la finca, deduciendo, sin ninguna otra consideración, la mala fe que ha de venir de una declaración en este preciso sentido...».

Respecto a la buena fe del contratante incumplidor señala BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie», cit., pág. 248 que «en la resolución contractual el *accipiens*, tanto el cumplidor como el incumplidor, ha de ser calificado, por definición, de buena fe: en el momento del pago no conoce (ni puede conocer) el carácter indebido de la prestación efectuada por la contraparte, por la simple pero decisiva razón de que en aquel momento la prestación era efectivamente debida. Eso significa que la presunción *iuris tantum* de buena fe que con carácter general asiste al *accipiens*, no puede no convertirse, en relación con el supuesto específico del indébito nacido de la resolución, en una suerte de presunción *iuris et de iure*, en una presunción, en definitiva, que no deja ningún espacio útil a la idea según la cual la buena o mala fe del *accipiens* debiera (pudiera) ser realmente objeto de controversia en el plano fáctico».

<sup>152</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», cit., pág. 559.

C) Aplicación de la normativa propia de otros supuestos de ineficacia

Otro sector doctrinal, por el contrario, considera que para la aplicación de los artículos reguladores de la posesión se requiere que el negocio traslativo lo realice una persona que no sea titular del bien, o un titular que no pueda disponer, ya que «el campo de las nulidades *inter partes*, o sea, de los negocios traslativos *a domino*, está regido por los artículos 1.300 y siguientes, y uno de sus efectos característicos es la devolución de la cosa con sus frutos, según resulta del art. 1.303»<sup>153</sup>. A lo que habría que añadir, pese a que doctrina y jurisprudencia no lo mencionan, los supuestos de rescisión y resolución.

Estamos de acuerdo con que para estos supuestos podrían ser de aplicación los preceptos citados, pero es posible argumentar en contra que tampoco estos preceptos solucionan el problema de cómo y en qué casos debe hacerse la restitución de dichos frutos y si se refiere a todos o a parte de los frutos, pues el art. 1.303 C.C. se limita a decir que «los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas he hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses», e igualmente el 1.295 C.C. que «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses», por lo que pueden suscitar cuestiones como desde cuándo deben restituirse, si son los percibidos o los debidos percibir<sup>154</sup>, etc.

---

<sup>153</sup> GÓMEZ ACEBO, F., «La buena y la mala fe en el Código Civil», R.D.P., 1952, págs. 192-237.

<sup>154</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (II)», cit., págs. 29 y 30, afirma que «siempre que el Código civil imponga textualmente una restitución de frutos percibidos sin hacer referencia expresa a los podidos percibir por el actor (cfr. arts. 1.095, 1.295, 1.303, 1.468, 882, 760, 651, 1.770, etc.) no cabe lugar a preguntarse, como alguna vez se ha hecho, si en esta mención quedan incluidos los *percipiendi* o si la regla en concreto es especial frente al artículo 455. Porque la cuestión se decide siempre



No obstante, el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554), acude a la aplicación del art. 1.295 con base en la remisión que lleva a cabo el art. 1.124, al decir que «en caso de resolución de las obligaciones recíprocas deben devolverse las respectivas prestaciones y quien recibió el precio debe reintegrarlo con sus intereses, según el artículo 1.295, intereses que deben ser, a falta de pacto, los legales... motivo al que debe acompañar el éxito y ello por... imperativo del, también, citado artículo 1.295, al que se remite el artículo 1.124 para el caso de resolución contractual, pues si los efectos de tal resolución, como se ha dicho, son volver las cosas al estado preexistente como si el negocio no se hubiera celebrado...»<sup>155</sup>.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de aplicación del artículo 1.295 a la resolución por incumplimiento, hay que tener en cuenta que «la remisión que al mismo hace el art. 1.124-3 es a los solos efectos de los terceros, esto es, a los párrafos 2º y 3º. Y el supuesto del art. 1.124 no es de ineficacia funcional del contrato —y tampoco de ineficacia estructural—. Lo que juega como argumento en contra de la aplicación del art. 1.295 a la resolución por incumplimiento»<sup>156</sup>. Sin embargo, todavía cabría la aplicación analógica de estos artículos, al menos para decantarnos por una de las interpretaciones que hemos visto del art. 1.123 C.C.

---

preguntando si en el supuesto concreto existe o no algún fundamento por el que el restituyente deba indemnizar de los daños al legitimado. Y si los hay (y siempre existe tal fundamento) no queda duda de que estos frutos se restituyen, no por aplicación del art. 455, sino por aplicación de la regla general de que lucro cesante es indemnizable, siempre que se dé alguna razón de responder (dolo, culpa)».

<sup>155</sup> Igualmente, en la Sentencia de 5 de julio de 1980 (R.A.3.085), se entiende que la resolución «impone la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses, como también resulta de la remisión que al art. 1.295 hace en su párrafo final el 1.124», aunque a continuación, como hemos visto anteriormente entiende compensados frutos e intereses por aplicación del art. 1.120 C.C.

<sup>156</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 519.

a) De nuevo sobre la aplicabilidad de la normativa reguladora de la liquidación del estado posesorio.

En cualquier caso, y sin entrar todavía en si hay que acudir o no a los arts. 1.295 y 1.303 C.C., para suplir la laguna del art. 1.124, como acabamos de advertir, se ha planteado la doctrina que la remisión a estos artículos no soluciona el problema de cómo y en qué casos debe hacerse la restitución de los frutos y si se refiere a todos o a parte de ellos, con lo que sigue siendo necesario averiguar si estos artículos deben o no complementarse con otras normas. Por ello, vamos a volver a la aplicación de las normas sobre liquidación del estado posesorio, a las que se ha acudido para completar lo dispuesto en los artículos 1.295 y 1.303 C.C.

Como hemos señalado anteriormente, la doctrina ha orientado su estudio más a investigar si las normas reguladoras de la restitución de frutos por el poseedor de buena fe resultan aplicables al poseedor en virtud de un contrato nulo o anulable, que al de la resolución por incumplimiento, que ha sido tratado muy por encima.

Así, prácticamente no se dice nada del poseedor-propietario cuyo título está llamado a la resolución por su propio incumplimiento, ni siquiera por el cumplimiento de una condición resolutoria inserta en el contrato, y que, por tanto, debe restituir la cosa con sus frutos. Aunque hay que advertir que en la jurisprudencia no es raro que el artículo 1.303 se aduzca, con mayor o menor fortuna, fuera del ámbito de la nulidad, refiriendo su sentido esencial a la resolución por incumplimiento o a otras formas de ineficacia<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», en *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, cit., t. XVII, vol. 2º, pág. 412.

Sentencias de 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289), 21 de noviembre de 1963 (R.A. 4638), 14 de marzo de 1964 (R.A. 1.594), 16 de octubre de 1967 (R.A. 3.823), de 7 de julio de 1982 (4.220) y 31 de mayo de 1985 (R.A.2.837), y 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554), entre otras.

Veamos ahora lo que dice la doctrina y la jurisprudencia respecto de la posesión con título *a domino* nulo o anulable para posteriormente obtener alguna conclusión respecto a la restitución cuando se posee con título *a domino* obtenido mediante un contrato que se resuelve.

Con anterioridad a la promulgación de nuestro Código Civil resultaban comúnmente aplicables las normas de la posesión<sup>158</sup>. Sin embargo, una vez promulgado éste había que acudir, ante la restitución de los frutos por causa de nulidad del contrato, al art. 1.303 C.C., del que se decía que no resultaba del todo compatible con los arts. 451 y sigs.

La solución que se adoptó por un sector de la doctrina<sup>159</sup> fue la de aplicar el art. 1.303 para regular las relaciones entre las partes, y los arts. 451 y sigs. para regular los casos en que la restitución ha de hacerla el poseedor a tercera persona ajena al acto de adquisición.

Llevando esta misma solución al caso que estamos estudiando resultaría que sería de aplicación el art. 1.123 C.C. cuando, ante el cumplimiento de una condición resolutoria o resolución por incumplimiento, la cosa con sus frutos se deba restituir al vendedor, y

---

<sup>158</sup> La Sentencia de 18 de diciembre de 1862 (J.C. 309), estableció que «no es jurisprudencia admitida por los Tribunales que siempre que se declara la nulidad de un contrato, en virtud del cual se hayan enajenado fincas, y se manden devolver éstas con restitución de frutos, haya de verificarse en todos los casos de los percibidos o debidos percibir desde que aquéllas entraron en poder del comprador; y que antes, por el contrario, los Tribunales tomando en consideración, como en este litigio, las diversas circunstancias y antecedentes consignados en los autos, aprecian en uso de sus facultades el hecho de si se han retenido con buena fe hasta que se haya ésta interrumpido por la contestación a la demanda; no habiendo, por tanto, infringido la sentencia que limita a esta época la restitución de frutos jurisprudencia alguna admitida por los Tribunales».

<sup>159</sup> SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1900, págs. 443-444; GÓMEZ-ACEBO, F., «La buena y mala fe en el Código Civil», *R.D.P.*, 1952, pág. 208; MARTÍN PÉREZ, A., *Derechos reales, I, Doctrinas generales. La posesión*. (Sobre las explicaciones del curso 1956-1957 como encargado de cátedra en la Facultad de Derecho de Madrid), Zaragoza, 1958, pág. 160; «Comentario al art. 451 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., t. IV, pág. 288 y sigs.

el 451 cuando ante estos mismos supuestos la cosa se deba restituir a un tercero. Ahora bien, teniendo en cuenta que el arts 1.123 puede no darnos una solución definitiva, por las distintas interpretaciones posibles a que antes hemos hecho referencia, respecto a la restitución de los frutos, cabe plantearse de nuevo la aplicación de la normativa relativa a la liquidación del estado posesorio.

De otra parte, volviendo a la nulidad, otros autores consideraron que en cualquier caso, para regular la restitución de los frutos por el poseedor en virtud de un contrato declarado nulo, se aplicarán los arts. 451 y sigs<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. I. *El Derecho real. La posesión. La propiedad. Sus límites. Adquisición y pérdida. Ejercicio de acciones*, Barcelona, 1971, págs. 119-120; MANRRESA Y NAVARRO, J.M., en sus *Comentarios al Código Civil Español*, t. IV, sept., Madrid, 1972, pág. 337, y t. VIII, sexta ed., Madrid, 1967, pág. 870, comentando los artículos 451 a 458 afirma que «el art. 1.303, como especial para las relaciones entre los contratantes, cuando exista nulidad, excluye en su caso la aplicación de 451»; sin embargo, al comentar el art. 1.303 dice que «cuando nos ocupamos de la rescisión, hicimos referencia, para supuesto análogo, a las reglas del código formuladas con motivo de la posesión, y que son las únicas aplicables para resolver los problemas que en cuanto a frutos y mejoras pueden presentarse en estos casos de devolución». Esta aparente contradicción es interpretada por DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», cit., pág. 560, diciendo que se trata de un sistema mixto en el que «el poseedor de buena fe restituye los frutos percibidos, contra el art. 451, por imponerlo el art. 1.303; si se prueba mala fe restituirá además lo que el poseedor legítimo hubiera podido percibir», a lo que añade que se trata de una extraña doctrina, que mutila aplicándola parcialmente la disciplina de la posesión; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario al art. 451 C.C.», en *Comentario al Código Civil*, dirigido por , t. I, cit., pág. 1.215, dice que «es especialmente discutible y discutido si los arts. 451 y ss. se aplican también a los casos de nulidad o anulabilidad del contrato, porque el art. 1.303 ya establece una regulación sobre el tema, sin distinguir entre buena y mala fe, como hacen los arts. 451 y 455. Parece preferible aplicar estos artículos también a los casos de nulidad o anulabilidad, entendiendo que el art. 1.303 sólo contiene una genérica alusión a la restitución de los mismos que debe hacerse conforme a los artículos que regulan la liquidación del estado posesorio»; DÍAZ ROMERO, M.R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, cit., pág. 252, considera que «la aplicación de los artículos 453 y ss. es compatible con los artículos 1.303 y 1.295 en los verdaderos casos de nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato, que deben distinguirse de las reivindicaciones en sentido estricto, ya que estos artículos sólo imponen una obligación general de restituir que aquéllos concretan».

En cuanto a la jurisprudencia, es contradictoria en lo relativo a la aplicación o no de las normas de la posesión en caso de nulidad<sup>161</sup>. En algunas de sus sentencias parece que considera aplicable la normativa posesoria. La Sentencia de 17 de febrero de 1922 (J.C. 56) parte de la compatibilidad entre los artículos 451 y 1.303 del Código y considera que el art. 1.303 tiene carácter general frente al 451 que se refiere concretamente a la restitución de los frutos. Esta sentencia rechaza el argumento presentado por el recurrente que proponía la solución contraria, esto es, la especialidad del art. 1.303 y la generalidad del art. 451 C.C.

También la Sentencia de 10 de febrero de 1970 (R.A. 792) recoge esta doctrina cuando afirma, refiriéndose al art. 1.303 que «este artículo hace mención solamente de la restitución genérica de frutos y deja como es natural la especificación de su alcance a los textos que lo regulan... en atención a la buena o mala fe que haya presidido la posesión...; cuando la sentencia condena simplemente al abono de los frutos debe referirse solamente a los que fueron percibidos y no a los que hubieren podido percibirse o los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir porque para comprenderse estos hubiere sido necesario que la sentencia imputara de una manera expresa a estos demandados una mala fe, de conformidad con los arts. 434, 435 del C. Civ., y como la declaración de nulidad de los contratos no lleva consigo la declaración de mala fe, ni es inseparable la una de la otra...; y que no se opone a lo

---

<sup>161</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., pág. 1.117, dice que «el Tribunal Supremo, en una Jurisprudencia que hoy puede considerarse mayoritaria, ha sostenido que el art. 1.303 no excluye lo dispuesto en el art. 451, apoyando semejante doctrina en dos suertes de razones: 1) El artículo 1.303 sólo contendría el aspecto obligacional de la restitución derivada de un contrato nulo; las consecuencias reales habrá que entenderlas remitidas a las normas que reglamentan la liquidación de la gestión posesoria; 2) el artículo 1.303 contiene sólo una referencia general a los frutos, que deberá ser concretada en cada caso según los criterios ofrecidos por los artículos 451 y 455... A las razones expuestas por el Tribunal Supremo podríamos añadir aún un tercer argumento: la compensación *impropia* de los frutos con los intereses...».

dispuesto en los arts. 434 y 435 del C. Civ., el precepto general del 1.303 del mismo cuerpo legal...».<sup>162</sup>

Sin embargo, de otras sentencias del Tribunal Supremo podemos deducir justo lo contrario, la inaplicabilidad en estos casos del art. 451 C.C. Así, cabe citar la Sentencia de 1 de febrero de 1974 (R.A. 433), en la que el Tribunal, *obiter dicta*, apunta que la devolución de los frutos se decreta en estos casos automáticamente, sin jugar ningún papel la buena o mala fe del poseedor. Como vemos el Tribunal Supremo no nos da una solución definitiva<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> Siguiendo la primera dirección encontramos también las Sentencias de 4 de marzo de 1893 (J.C. 67) y 17 de mayo del mismo año (J.C. 179), 11 de julio de 1903 (J.C. 38), 8 de abril de 1912 (J.C. 4), 14 de junio de 1976 (J.C. 198), donde se establece que «aunque es forzoso partir de la regla contenida en el artículo 1.303 del C.c. que determina, desde el punto de vista *obligacional* los efectos de la nulidad de un contrato... este aspecto *obligacional* del precepto necesariamente tiene que ponerse en relación con la situación *real* del orden posesorio que haya podido surgir, que sólo podrá resolverse con arreglo a las normas pertinentes contenidas en el propio Código, entre las cuales es fundamental el art. 451...». Igualmente la de 14 de marzo de 1983 (R.A. 1.475), en la que también se solicita la nulidad del contrato cuando realmente debería entablarse una acción reivindicatoria, y como dice MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. «Comentario al art. 451 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. I, cit., pág. 1.215, «desde esta perspectiva todo se confunde y la cuestión suscitada de si es aplicable el 1.303 o los arts. 451 y 455, ni siquiera se plantea».

<sup>163</sup> La segunda dirección, es decir, la restitución de frutos conforme al art. 1.303, aparece en las Sentencias de 9 de febrero de 1949 (J.C. 414) y 8 de octubre de 1965 (J.C. 627), en la que se dispone que «en el recurso de casación interpuesto y formalizado por el demandante se articula un solo motivo por el cauce del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusando la interpretación errónea del artículo 1.303 del Código Civil y la violación por inaplicación del 451 del mismo cuerpo legal, motivo que deviene inestimable porque declarada por el Tribunal «a quo» la nulidad del contrato de compraventa, el pronunciamiento relativo a la devolución de la cosa con los frutos producidos en los términos consignados en la parte dispositiva del fallo era el obligado por imperativo del precepto que se supone erróneamente interpretado, siendo correcta su aplicación al supuesto fáctico de la sentencia impugnada; y como por otra parte el artículo 451 del Código Civil que se supone violado se refiere a ciertos efectos característicos de la posesión de buena fe, materia ajena a lo que es objeto de controversia, su aplicación era improcedente, todo lo cual determina la inviabilidad del recurso que debe ser desestimado por no haberse infringido ninguno de los preceptos que se invocan en el mismo».

Resumiendo, la relación entre los arts. 451 y 1.303 C.C. puede interpretarse de dos maneras:

1º La primera consistiría en considerar que el arts. 1.303, a lo que podemos añadir los arts. 1.295, 1.123, 1.124 C.C. etc., contienen una regulación completa respecto a la restitución de los frutos que hace innecesario el tener que acudir al art. 451, que tendría un carácter más general para los supuestos de restitución de frutos no regulados expresamente por otras normas. Según los artículos anteriores, el poseedor que ve interrumpida la posesión resultaría obligado a restituir todos, y sólo, los frutos percibidos.

Esta primera interpretación enlaza con lo que en Italia se ha llamado «doctrina de la retroactividad en sentido fuerte», que para llegar a la misma conclusión acude de nuevo a la retroactividad. Así, según esta doctrina debido a la retroactividad, que opera también respecto de la nulidad, anulabilidad y rescisión, se impone automáticamente al adquirente, sea o no la parte cumplidora, la obligación de restituir frutos e intereses desde el día que recibió la cosa, siendo, por tanto, irrelevantes tanto las normas posesorias, como las reguladoras del cobro de lo indebido<sup>164</sup>.

Esto es así porque, debido al principio de retroactividad se debe colocar a los contratantes en la misma situación económica en que hubieran estado si el contrato no se hubiese celebrado, y por ello, la única interpretación que puede darse a los artículos 1.303 y 1.295 C.C., cuando dicen que las partes deberán restituirse la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses, es entender que deberán restituirse todo lo

---

<sup>164</sup> AULETTA, G., *La risoluzione per inadempimento*, cit., pág. 292; BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie», cit., pág. 262; ENRIETTI, E., «Della risoluzione del contratto», *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, I, Commentario dirigido por M. D'AMELIO-E. FINZI, Florencia, 1948, pág. 837; DALMARTELLO, A., «Risoluzione del contratto», cit., págs. 145 y 146; MACRÍ, G.B., «Risoluzione per inadempimento ed interessi sulle somme da restituire», cit., págs. 16 a 18.

que hubieran percibido, es decir, la totalidad de los frutos e intereses percibidos. Sin embargo, esta interpretación ha sido criticada diciendo que no tiene sentido que deba restituir los frutos percibidos la parte que, por otro lado, tiene derecho al resarcimiento del daño por el interés contractual positivo<sup>165</sup>.

2º La segunda interpretación consiste en aplicar, a cualquier restitución de frutos por un poseedor, los arts. 451 C.C. y sigs., sobre la base de considerar que cuando los artículos reguladores de la nulidad, rescisión, resolución, etc., hablan de restitución de los frutos se están remitiendo implícitamente a la regulación que de los mismos lleva a cabo el Código Civil en los arts. 451 y sigs, por ser ésta una regulación con carácter general<sup>166</sup>.

Es decir, consiste en considerar que el contratante que ni conoció ni debió conocer la invalidez del contrato, el contratante de buena fe, adquiere los frutos percibidos sin tener que abonar nada por ello, pero el contratante de mala fe deberá restituir tanto los frutos percibidos como los que el otro contratante hubiera podido percibir<sup>167</sup>. Así pues, el problema se resuelve acudiendo tanto a las normas reguladoras de la restitución en la posesión, como a las que lo hacen en el caso de adquisición de lo indebido, arts. 451, 455 y art. 1.896 C.C.

b) Restitución de frutos por resolución y normativa posesoria.

Respecto a la aplicación de la normativa de la liquidación del estado posesorio a la restitución de frutos por resolución del contrato, podemos considerar que, sin prescindir totalmente, dado su carácter

---

<sup>165</sup> BIANCA, V., «La vendita e la permuta», *Tratt. dir. civ.*, cit., pág. 678 y sigs.

<sup>166</sup> En contra, PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pág. 1.735, nota 54, quien afirma que «la norma del artículo 451 C.C. es excepcional, en cuanto contraria al principio general de los artículos 353 y 354 CC».

<sup>167</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 425.



expansivo, de los arts. 451 y sigs., de los que cabe utilizar sus ideas rectoras, estos artículos no son directamente aplicables a las restituciones posteriores a la resolución del contrato, puesto que «la restitución de los frutos en estos casos obedece a principios peculiares, que excluyen la aplicación directa de las reglas en materia de posesión... cabe todavía la posibilidad de utilizar las ideas rectoras de la disciplina de los frutos en la posesión como base de argumentación o principio de razonamiento en el proceso de acercamiento de la norma al caso concreto». Sin embargo, los recursos a los artículos de la posesión «no deben concebirse como supuesto de aplicación de los arts. 451 y siguientes, sino como manifestación de la unidad sistemática del ordenamiento y de la virtualidad que en él tiene toda norma para irradiar criterios de valoración susceptibles de incidir en las parcelas más lejanas»<sup>168</sup>.

Siguiendo con esta idea, es posible afirmar que ni son directamente aplicables las normas de restitución de frutos en la posesión, ni resulta correcto aplicar los artículos 1.303 y 1.295, ni siquiera analógicamente, sino que debe aplicarse el art. 1.123, y su remisión al 1.122; y si estos preceptos nada dicen respecto a la restitución de frutos, como hemos visto anteriormente, es, ni más ni menos, porque ante la resolución del contrato únicamente deberán restituirse las prestaciones, es decir, sin abonar frutos ni intereses<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición de frutos por el poseedor», cit., pág. 572 y 573.

<sup>169</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., págs. 3.784 y 3.785. Así, el autor afirma que «... si esto es así, no habría laguna que colmar con otros preceptos ajenos a la sección en que se encuentra el artículo 1.124. Si se aplican los de esta sección, la de los artículos 1.295 y 1.303 queda excluida también porque son, en detalles decisivos, incompatibles: concretamente, en el tema de los frutos e intereses, cuyo pago está previsto en los últimos citados (por más que la previsión plantee graves dificultades a la doctrina), mientras que de los artículos 1.123 y 1.120 se concluye que el obligado a restituir por cumplimiento de la condición no ha abonar ni frutos ni intereses».

Consideración con la que ya no estamos de acuerdo, como veremos más adelante.

Igualmente, es posible seguir considerando aplicable el art. 1.123 C.C.<sup>170</sup>, pero, frente a la solución anterior conforme a la cual hay que acudir únicamente a éste artículo, llegar a una solución diferente a la anterior, entendiendo que el vendedor deberá devolver los intereses recibidos, y el comprador los frutos percibidos durante la pendencia, aunque teniendo en cuenta que en la práctica durante el tiempo de pendencia de la condición no se restituirán los frutos, sino que se entenderán compensados con los intereses, aplicando el art. 1.120 C.C. Hasta aquí esta nueva propuesta viene a coincidir con la anterior.

Ahora bien, cuando se trata de ver si se restituirán los intereses producidos a partir del momento en que el comprador se ha constituido en mora, cabría también aplicar los artículos de la posesión, y afirmar que una vez constituido en mora el comprador debe considerarse poseedor de mala fe, de modo que si retiene la posesión de la finca, art. 455 C.C., deberá restituir el valor de los frutos por el tiempo que dura el retraso en la devolución de la posesión. Y, una vez resuelta la venta, si el vendedor pide la restitución de los frutos, deberá abonar al comprador los gastos de producción, recolección y conservación (art. 452 C.C.)<sup>171</sup>.

Otra posición, al igual que ocurría en el caso de la nulidad, consistiría en considerar que, a falta de criterios generales de

---

<sup>170</sup> La Resolución de la D.G.R.N. de 3 de junio de 1961 (R.A. 2.754) considera que es de aplicación el art. 1.123 C.C., en virtud del cual las partes habrán de restituirse lo que hubieran percibido, «y, en su consecuencia, en la compraventa, el comprador deberá restituir la cosa y el comprador el precio», y aun cuando la cita ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 303, al hablar de la restitución de frutos e intereses cuando se pactó la resolución del contrato, sin embargo, no menciona para nada la restitución de éstos.

<sup>171</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., págs. 304 y 305.

restitución, son las normas de la posesión las que deben aplicarse a todos estos casos, de modo que su aplicación se extiende incluso a las restituciones consecuencia de la resolución del contrato, puesto que en este caso estaríamos igualmente ante un poseedor que también será de buena o de mala fe, y que viene obligado a restituir. Y si en nuestro caso no puede predicarse estrictamente el concepto de la buena fe propiamente exigido en el artículo 433, «se deducirá la buena fe de otras circunstancias concurrentes: no haber provocado la ineficacia del título y/o haber procedido sobre la cosa con la diligencia media exigida por los artículos 1.094-1.104 del Código civil»<sup>172</sup>.

Además, el hecho de que no deban restituirse frutos e intereses no está en contradicción con la retroactividad, en su caso, de la resolución del contrato, como opinaba la doctrina italiana, pues la retroactividad no alcanza a los frutos en otros supuestos análogos, como el del art. 1.506 o el art. 651 C.C.<sup>173</sup>.

### c) Doctrina italiana

Conviene hacer un pequeño inciso en esta cuestión, pues en la doctrina italiana también hay autores que han considerado que la resolución no produce efectos retroactivos en lo relativo a la restitución de frutos e intereses producidos por los bienes objeto del

---

<sup>172</sup> CARRASCO PERERA, A., Restitución de provechos (I)», cit., pág. 1.107 y 1.121, que igualmente cita en este punto a BADOSA COLL, F., «Justo título», *N.E.J.*, t. XVI, págs. 704 y sigs.

<sup>173</sup> CARRASCO PERERA, A., Restitución de provechos (I)», cit., pág. 1.121, quien expone que «la ineficacia que alcanza efectos retroactivos generalmente se tiende a considerar como fundamento de la obligación de restituir los frutos de la cosa. Al menos, éste era el principio del Derecho común para las obligaciones condicionales y el pacto de Ley comisoría o las donaciones "mortis causa" revocables. Pero, de hecho, en el Código civil el efecto retroactivo no alcanza, por regla general, a los frutos cuando se trata de una condición suspensiva, unilateral o bilateral (art. 1.120), y por lo que respecta a la condición resolutoria, el artículo 1.123 no especifica con claridad el alcance del efecto retroactivo, a diferencia de lo dispuesto en el art. 1.041 P. 1.851. Lo cierto es que los ejemplos que suministra el Código civil no favorecen la idea de que el efecto retroactivo de las condiciones provoque la restitución de frutos».

contrato resuelto. De este modo, cada uno de los contratantes tiene el derecho a los frutos o intereses que provengan de la prestación que recibió, bien hasta el momento de la resolución, bien hasta el momento de la interposición de la demanda, sin que esto contradiga el efecto retroactivo de la resolución<sup>174</sup>. Dentro de esta doctrina hemos de diferenciar dos corrientes diversas<sup>175</sup>:

La primera de ellas se refiere a un problema al que ya hemos hecho referencia anteriormente. Esta corriente pone de relieve que la sentencia que establece la resolución, siendo como es constitutiva, no puede tener eficacia retroactiva. Se parte, para ello, de las siguientes premisas: a) la sentencia modifica la situación jurídica preexistente, por lo que tiene naturaleza constitutiva; b) consecuencia de lo anterior es que la obligación de restituir nace de dicha sentencia; c) la obligación de restituir los frutos e intereses no es más que una obligación accesoria de la obligación de restituir la prestación. Por lo que de todo lo anterior deducen que los frutos e intereses sólo deberán ser restituidos a partir del momento en que debe restituirse la prestación, esto es, a partir del momento de la sentencia, o, si se quiere, de la resolución, en el caso de que se considere que la sentencia es declarativa, como vimos en su momento.

Frente a lo anterior se dice que si bien es indiscutible que la obligación del *accipiens* de restituir nace en un momento posterior, necesariamente, a cuando recibió la cosa a restituir, también lo es que el legislador, con la finalidad de sancionar el incumplimiento, puede

---

<sup>174</sup> BIGIAMI, W., «Irretroattività della risoluzione per inadempimento», cit., pág. 701 y sigs; AULETTA, A., *La risoluzione per inadempimento*, cit., págs. 140, 272 y 292 y sigs; BIANCA, C.M., «La vendita e la permuta», cit., págs. 518, 679 y sigs. y 779 y 870 y sigs; DISTASO, N., «I contratti in generale», III, en *Giur. sist. civ. e comm. diretta da W. BIGIAMI*, Turín, 1980, pág. 2.182; GRECO, P. y COTTINO, G., «Della vendita», *Comm. del cod. civ.*, a cura di SCIALOJA, A. y BRANCA, G., (artt. 1.470 a 1.547), Boloia-Roma, 1981, pág. 218.

<sup>175</sup> Así lo hace BELFIORE, A. «Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie», cit., pág. 263 y sigs.

imponer al incumplidor, e incluso a ambas partes, la obligación de restituir la totalidad de la atribución patrimonial, y, por tanto, la obligación de restituir tanto el valor capital, es decir, el bien, como el valor de uso del bien, es decir, los frutos y los intereses. Así pues, el valor de uso hace referencia a un momento anterior a la sentencia constitutiva, o al nacimiento de la obligación de restitución, y por ello frutos e intereses serán debidos desde el día de la entrega, que es cuando comenzó el uso.

Igualmente, se ha dicho que, frente a la anteriormente expuesta teoría de la irretroactividad en cuanto a la resolución de frutos e intereses, hay que tener en cuenta que en este caso el legislador ha utilizado el recurso a la ficción. Es decir, que en estos casos se impone al intérprete considerar como ocurridos ciertos hechos que en realidad no han existido, ya que el legislador, con la finalidad de asegurar al contratante cumplidor la recuperación de toda su atribución patrimonial (valor capital y valor de uso), ha decidido establecer la ficción de que la obligación de restituir surge en el mismo momento de la entrega.

Así pues, vemos que, respecto a unos problemas, como puede ser el resarcimiento del daño ocasionado por el retardo en la restitución<sup>176</sup>, se considera que la obligación nace al producirse la resolución del contrato, mientras que respecto a otros problemas, como la restitución de frutos e intereses, se considera que la obligación nace en un momento anterior. Por lo que, muy acertadamente, se concluye diciendo, con relación a la retroactividad, que ésta aparece como una técnica de determinación del contenido de la obligación restitutoria, de modo que la fecha de la entrega aparece como un elemento a través del

---

<sup>176</sup> Ya que, si el principio de retroactividad operase en todo caso, se llegaría al absurdo de considerar que la obligación restitutoria se incumple desde el día en que se entregó la cosa.

cual se determina el contenido y no el momento del nacimiento de las obligaciones restitutorias<sup>177</sup>.

La segunda de las dos corrientes a que hemos hecho referencia es la que entiende que la obligación del adquirente de restituir frutos e intereses desde el día en que le fue entregada la cosa, resulta completamente incoherente con el principio que reconoce al demandante el resarcimiento del daño por el interés contractual positivo<sup>178</sup>.

#### D) Aplicación de las normas relativas al cobro de lo indebido

Junto a las normas reguladoras de la posesión hay que tener en cuenta las relativas al pago o cobro de lo indebido, del art. 1.896 C.C., en las que nos encontramos con el mismo problema de la distinción entre buena y mala fe, pues este artículo establece que si el *accipiens* procede de mala fe deberá restituir los frutos percibidos o los debidos percibir, en el caso de sea una cosa fructífera. Ahora bien, mientras que el art. 455 C.C., relativo a la restitución de frutos por el poseedor de mala fe, se refiere a frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir», el 1.896 sólo dice frutos percibidos o los debidos percibir», sin que quede claro a qué se refiere con frutos debidos percibir. Pero, una interpretación sistemática lleva a interpretar el art. 1.896 en el mismo sentido que el 455 C.C., ya que el art. 1.896 «debe ser entendido como una *remisión* implícita a las normas de la posesión, como el artículo 1.898 contiene una remisión explícita en lo referente a mejoras y gastos»<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> BELFIORE, A. «Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie», cit., pág. 265.

<sup>178</sup> BIANCA, V., «La vendita e la permuta», cit., pág. 678 y sigs.

<sup>179</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit, págs. 1.114 y 1.115, quien, además dice que «el Código civil excluyó de igual manera otro de los tradicionales parámetros de restitución suministrados por el Derecho romano, la *condictio*. En cualquier desplazamiento patrimonial realizado sin causa y que pudiera ser recuperado mediante una *condictio*, el restituyente obtenía los frutos (Dig. 12.1.4.1.;

En cualquier caso, hay un sector de la doctrina, predominantemente italiana, que parte de la idea de que las obligaciones restitutorias consecuencia de la resolución del contrato, y en concreto en lo relativo a la restitución de los frutos, deben regularse teniendo en cuenta la normativa del cobro de lo indebido<sup>180</sup>.

Dentro de este sector doctrinal hay que distinguir dos corrientes diversas<sup>181</sup>. La primera es la que considera que el *solvens* podrá obtener la restitución de frutos e intereses desde el día en que hizo la entrega si prueba en el juicio la mala fe del *accipiens* en ese mismo momento. Se parte, pues, de la presunción de la buena fe del adquirente, sobre la base de que en el momento en que recibió la cosa desconocía el posible carácter de indebida, o, lo que es lo mismo, en aquel momento la prestación sí era debida y él desconocía que iba a incumplir.

La segunda de las corrientes es la que parte de la mala fe del adquirente, mientras que el contratante cumplidor sería siempre considerado como de buena fe. Por lo tanto, si el adquirente es siempre de mala fe, debe, en todo caso, restituir los frutos e intereses que se hayan producido desde el momento de la entrega.

---

12.6.15), solución que se extiende al Derecho común (P. 5.14.37), justificándose la diferencia con la restitución resultante de la *reivindicatio* en que en aquella la propiedad se ha transmitido *sine causa*, mientras que el poseedor reivindicado posee un título derivado del causante de su posesión. Sea ello como fuere, en el Derecho moderno el *accipiens indebiti* no restituye los frutos sino en la misma medida que otro poseedor cualquiera, dada la irrelevancia que para el artículo 433 tiene la razón por la que la posesión que se llega a adquirir tiene el carácter de indebida».

<sup>180</sup> LIBERTINI, M., voz «Intereses», *Enc. dir.*, t. XXII, Milán, 1972, pág. 115; BRECCIA, U., *La ripetizione dell'indebito*, Milán, págs. 242 y sigs; SACCO, R., «Il contratto», cit., págs. 944 y sigs; MOSCATI, E., «Pagamento dell'indebito», *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, libro cuarto. Delle obbligazioni (arts. 2.028-2.042), Bolonia-Roma, 1981, pág. 118 y sigs y pág. 117 nota 43.

<sup>181</sup> Así lo expone BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazione restitutorie», cit., pág. 250.

La regulación del cobro de lo indebido no puede aplicarse mecánicamente, en cuanto no puede hablarse de buena o mala fe del *accipiens*, ya que éste recibe el pago en ejecución de una relación plenamente eficaz, de modo que, el juicio sobre la buena o mala fe del adquirente debe transformarse en un juicio sobre la imputabilidad a éste del hecho que da lugar a la resolución... con la consecuencia de que la norma sobre el adquirente de mala fe se aplicará a las obligaciones de restitución a cargo del incumplidor..., pero no a los derechos de restitución que él tenga.<sup>182</sup>

Se trata, pues, de un sistema en que el contratante incumplidor debe restituir los frutos e intereses desde el momento de la entrega, mientras que el cumplidor podrá adquirir los frutos e intereses que produzca la cosa objeto de la prestación que recibió y sólo deberá restituir los que se produzcan a partir de la interposición de la demanda. Por ello se ha criticado este sistema diciendo que sólo puede conducir a situaciones «estridentes», para las cuales, en ocasiones, se han buscado correctivos<sup>183</sup>.

En España, si bien hay autores que entienden aplicable este régimen<sup>184</sup> a la restitución de los frutos consecuencia de la resolución del contrato, otros opinan que «aplicar el artículo 1.897 (pago de lo indebido) en materia de contratos nulos o resueltos, como mayoritariamente se acepta en Italia y sostiene entre nosotros DELGADO, supone o puede suponer una profunda mutación de la idea

---

<sup>182</sup> LIBERTINI, M., voz «Intereses», cit., pág. 115; BRECCIA, U., *La ripetizione dell'indebito*, cit., págs. 263, 264 y 267.

<sup>183</sup> BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazione restitutorie», cit., pág. 250. Señala el autor que un riesgo de este tipo, a veces, resulta, y con coherencia, tranquilamente aceptado; otras veces, induce a la búsqueda de correctivos, cuyo fundamento se encuentra en el principio general que se desprende del art. 1.499 del Código Civil italiano — que corresponde al art. 1.501 de nuestro Código Civil— el cual, no consiente a un contratante gozar, por el mismo periodo de tiempo, de los frutos de las dos prestaciones...».

<sup>184</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 425.



de sinalagma. En efecto, de entender que el *accipiens* en contrato nulo o resuelto puede ser un contratante sujeto al artículo 1.897 (retendrá los frutos) se impone saber cuál es la posición de su cocontratante, igualmente *accipiens* de la prestación que retiene. Creo que no se compadece con la idea de sinalagma que el *accipiens* acreedor (de “buena fe”) restituya unos u otros; si así fuera, el acreedor acumularía inadmisiblemente el interés positivo de cumplimiento (retendrá el fruto o el interés) y el interés negativo de resolución (recuperará los frutos de la cosa comprada o los intereses de la cantidad entregada)<sup>185</sup>, al igual que hemos expuesto anteriormente con ocasión de la aplicabilidad o no de las normas reguladoras de la posesión.

#### E) Aplicación de la normativa reguladora del retracto convencional

Conviene, también, hacer referencia al art. 1.519 C.C. relativo al régimen de restitución de frutos en el retracto convencional, que como vimos en la primera parte de este estudio, se puede incluir dentro de los casos de resolución del contrato. Este artículo establece un peculiar régimen de restitución de frutos distinto del que se regula con ocasión de la liquidación del estado posesorio. Podemos preguntarnos, puesto que no hay norma reguladora de la restitución de los frutos con carácter general para los casos de resolución del contrato, si la del art. 1.520 C.C. puede ser aplicada, dotándosele de dicho carácter general, o si resulta más conveniente que el resto de los supuestos de resolución se regule, en lo que a la restitución de frutos se refiere, conjuntamente con los demás casos de ineficacia o invalidez del contrato.

El art. 1.519 C.C. establece que «cuando al celebrarse la venta hubiese en la finca frutos manifiestos o nacidos, no se hará abono ni prorrateo de los que haya al tiempo del retracto». Se entiende, pues, que los frutos pendientes al celebrarse el contrato pertenecen al

---

<sup>185</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit. pág. 1.120.

comprador, y los frutos pendientes al ejercitarse el retracto pertenecen al vendedor que lo ejercita. El artículo continúa estableciendo unas normas de reparto para el caso de que al celebrarse la venta no hubieran frutos pendientes. Así, dice que «si no los hubo al tiempo de la venta—frutos pendientes—y los hay al del retracto, se prorratarán entre el retrayente y el comprador, dando a éste la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, a contar desde la venta». Sin embargo, frente a la posibilidad de aplicación de esta normativa la doctrina también ha manifestado que «en el supuesto del retracto convencional el derecho del retrayente resulta del pacto y no del incumplimiento de la contraparte, por lo que difícilmente resulta aplicable al supuesto de resolución contractual por incumplimiento»<sup>186</sup>.

F) Aplicación del art. 1.478-2º, relativo al saneamiento por evicción

Podemos plantearnos también la posibilidad de aplicar el artículo 1.478-2º a la restitución de los frutos por resolución del contrato, pues dispone que «si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor: los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio», por lo que el comprador en estos casos hace suyos los frutos que produzca la cosa<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 518, a lo que añade que en este caso, el régimen de liquidación de frutos e intereses viene condicionado por el dato de que ambas partes han gozado recíprocamente de las prestaciones respectivas.

<sup>187</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., pág. 518. Sin embargo, este autor llega a la conclusión de la inconveniencia de aplicar al caso este artículo, pues «en el saneamiento por evicción sucede lo mismo que en el caso de las obligaciones sometidas a condición propiamente dicha: el art. 1.478 parte de que ambos contratantes han gozado recíprocamente de las prestaciones, compensándose las recíprocas obligaciones restitutorias».

G) Aplicación de la normativa sobre revocación y reducción de donaciones

Hay que tener en cuenta, por último, la posibilidad de aplicar la normativa sobre revocación y reducción de donaciones a la que ya hicimos referencia en la primera parte de este trabajo. Así, dispone el art. 651-1º C.C. para la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos o por ingratitud que «el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda», el 651-2º para la revocación por incumplimiento de las condiciones impuestas en la donación, que «el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido antes de dejar de cumplir la condición», y el art. 654 para la reducción de la donación que «no obstará para que tenga efecto durante a vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos».

Sin embargo, se ha dicho que la justificación de este régimen en que el donatario hace suyos los frutos bien hasta el momento de interposición de la demanda, bien hasta el del incumplimiento de la condición, se encuentra en que se trata de una atribución a título gratuito. Así, una parte hace suyos los frutos sin que haya reciprocidad, de modo que «si ha de restituirlos a partir del momento en que se interponga la demanda de revocación o desde que se haya dejado de cumplir la condición es porque desde ese momento ya no se le puede considerar de buena fe, con lo que este régimen restitutorio se aproxima al de los arts. 451 y 455 C.C.»<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> DÍAZ ALABART, S., «Comentario del art. 651 C.C.», *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1.648 y sigs. y pág. 1.648, que dice que el art. 651 «no pretende ser una norma especial sobre la devolución de frutos por el donatario-revocado sino que persigue que se haga de acuerdo con las reglas generales»; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 518 y 519.,

## H) Conclusiones

Son tres las posibilidades que, en principio, parecen válidas para solucionar esta posible laguna legal:

1º La primera consiste en considerar que deben restituirse frutos e intereses. Esta posibilidad se puede sostener acudiendo a la aplicación por analogía de las normas reguladoras de la restitución ante otros tipos de ineficacia o invalidez contractual. Es decir, al art. 1.303, que, como hemos visto, simplemente se refiere a la restitución de la cosa con sus frutos, sin especificar más, y al 1.295, idéntico en este punto al anterior.

Pero también se puede mantener acudiendo al art. 1.123 C.C., interpretando que cuando dice «los interesados,..., deberán restituirse lo que hubiesen percibido», comprende tanto la cosa y el precio como los frutos e intereses. Ahora bien, como hemos expuesto, la regulación de estos artículos relativa a la restitución de los frutos puede parecer insuficiente, y como apuntaba un sector de la doctrina, debería completarse con lo dispuesto en los arts. 451 y 455, más específicos en lo que se refiere a la restitución de los frutos.

Sin embargo, es preferible considerar que el art. 1.123 C.C., contiene una regulación completa, entendiendo que, al no distinguir, es más, al decir “deberán restituirse lo que hubieren percibido”, deben restituirse únicamente los frutos percibidos. Es preferible porque no resulta conveniente en materia de restitución acudir a la normativa de la posesión donde se distingue entre la buena o mala fe de las partes.

Por un lado, porque, como ya apuntábamos anteriormente, si consideramos que es de mala fe el contratante incumplidor por el hecho de haber incumplido, deberían aplicarse dos regímenes distintos, el de la buena fe hasta el momento del incumplimiento, y el de la mala fe en lo sucesivo. Además, porque el contratante cumplidor

no debería restituir los frutos en ningún caso, mientras que el incumplidor lo debería hacer siempre a partir del incumplimiento, cosa que es contraria al carácter recíproco que debe presidir en la restitución de las prestaciones, puesto que el contratante cumplidor se estaría apropiando de los frutos producidos por ambas prestaciones<sup>189</sup>.

2º La segunda, supone, pues, la aplicación de las normas relativas a la liquidación del estado posesorio y del cobro de lo indebido, también cuando deban restituirse las prestaciones ante la resolución del contrato, y ello por considerar que el régimen de restitución de frutos contenido en los arts. 451 y 455 es de aplicación siempre que no exista una regulación más específica, independientemente de que el obligado a restituir no sea simplemente un poseedor, sino además propietario, pues son precisamente los frutos que se le atribuyen al poseedor de buena fe, los que corresponderían también al propietario<sup>190</sup>. Sin embargo, puede considerarse regulación más específica tanto la del art. 1.123 C.C., como la de la restitución de los frutos consecuencia del ejercicio de retracto convencional.

3º La tercera posibilidad, consiste en que las partes hagan suyos respectivamente frutos e intereses. Esta posibilidad es la que establece la norma relativa a la restitución de frutos en el retracto convencional,

---

<sup>189</sup> LIBERTINI, M., voz «Intereses», cit., pág. 115; BRECCIA, U., *La ripetizione dell'indebito*, cit., págs. 263, 264 y 267; BELFIORE, A., «Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie», cit., págs. 249-250 y 295; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, cit., pág. 425; CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit. pág. 1.116-1.120, que afirma que no se compadece con la idea de sinalagma que el *accipiens* acreedor retenga los frutos e intereses mientras que el *accipiens* deudor restituya unos y otros; si así fuera, el acreedor acumularía inadmisiblemente el interés positivo de cumplimiento y el interés negativo de resolución.; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 513 y 514.

<sup>190</sup> HERNANDEZ GIL, A., *La posesión*, Madrid, 1980, pág. 363, dice que «sin duda, el poseedor de buena fe en concepto de dueño (en sentido estricto) hace suyos todos los frutos naturales, civiles e industriales. Es, en definitiva, una consecuencia, a escala posesoria, del artículo 354 que confiere al propietario todos los frutos».

es decir, el art. 1.519, que, como vimos, establecía un régimen especial de restitución de frutos. La aplicación de este artículo vendría justificada porque se trata también de la resolución de un contrato en virtud del cual se había transferido la propiedad, y que produce como consecuencia la restitución de las prestaciones. Sin embargo, en este caso ambas partes han gozado de la prestación que recibieron, mientras que no ocurre lo mismo en nuestro caso, por lo que de aplicar esta normativa podría producirse un enriquecimiento injusto por la parte que recibe los frutos, ya que la otra no obtuvo nada a cambio.

Lo mismo podría decirse de la aplicación del art. 1.120 C.C., de la interpretación del art. 1.123 en este sentido y del art. 1.478-2º C.C., relativo al saneamiento por evicción. Respecto al art. 651 regulador de la restitución de frutos en la revocación de donaciones, el hecho de que se trate de una transmisión a título gratuito es lo que posibilita que el donatario haga suyos los frutos, supuesto distinto al que estamos estudiando.

Por último, también podríamos llegar a esta solución, como lo hacen algunos autores en nuestro país, entendiendo que la falta de regulación del art. 1.124 en lo relativo a la restitución de las prestaciones, y más concretamente en lo relativo a la restitución de frutos e intereses, no obedece a una laguna legal que sea necesario cubrir mediante el recurso a otras normas, sino que si nada dicen, ni el art. 1.124, ni el art. 1.123, es porque el legislador no ha querido que en caso de resolución del contrato deban restituirse los frutos e intereses<sup>191</sup>.

Pues bien, una vez vistas estas tres posibilidades en nuestra opinión lo más acertado es acudir en primer lugar al art. 1.123,

---

<sup>191</sup> Esta es la posición que parece desprenderse de DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., pág. 3.786, como veremos a continuación.

interpretándolo en el sentido de que las partes deben restituirse además de la cosa y el precio los frutos e intereses desde el momento en que fueron entregadas las prestaciones, que como hemos visto es una solución acorde con lo dispuesto para otros supuestos de ineficacia en los artículos 1.295 y 1.303.

Ambas partes, el incumplidor y el resolvente, y sin entrar a juzgar si deben ser consideradas de buena o de mala fe deberán restituir los provechos del bien que recibieron. En principio, sólo los percibidos, ya que conforme al art. 1.123 C.C. las partes sólo deben restituirse lo que hubieren percibido, sin que sea necesario que la restitución alcance a lo debido percibir<sup>192</sup>, siempre que se haya obrado, en su obtención, con una diligencia media<sup>193</sup>. Por otro lado, deben restituirse los frutos percibidos aunque el acreedor no los hubiese percibido de haber tenido la cosa en su poder. Además, si por los medios técnicos o humanos del obligado a la restitución hubiera obtenido más frutos que los que cualquier poseedor diligente hubiera podido obtener, se entiende que el exceso no deberá ser restituido<sup>194</sup>. En principio no habría obligación

<sup>192</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (II)», cit., pág., 29 y 30, afirma que «siempre que el Código civil imponga textualmente una restitución de frutos percibidos sin hacer referencia expresa a los podidos percibir por el actor —el art. 1.123 no habla de frutos, pero si de lo percibido—..., no cabe lugar a preguntarse, como alguna vez se ha hecho, si en esta mención quedan incluidos los *percipendi* o si la regla en concreto es especial frente al artículo 455. Porque la cuestión se decide siempre preguntando si en el supuesto concreto existe o no algún fundamento por el que el restituyente deba indemnizar de los daños al legitimado. Y si los hay (y siempre existe tal fundamento) no queda duda de que estos frutos se restituyen, no por aplicación del artículo 455, sino por aplicación de la regla general de que el lucro cesante es indemnizable, siempre que se dé alguna razón de responder (dolo, culpa). El fundamento de restituir provechos será la propiedad, el riesgo, el enriquecimiento, etc. El fundamento de restituir los *percipendi* es siempre el daño».

<sup>193</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (II)», cit., pág. 36, dice que «los frutos percibidos se deberán al poseedor legítimo, aunque éste no los hubiera percibido ni podido percibir por sí mismo de acuerdo a la antigua destinación de los bienes»

<sup>194</sup> Esta es la solución del Derecho portugués. CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (II)», cit., pág. 38, apunta que según PEREIRA COHELO, *O enriquecimiento*, págs. 110 y sigs., en el Código portugués se excepciona la regla que prohíbe el enriquecimiento sin causa, ya que de acuerdo a ésta sólo se exigiría la

de restitución pero el acreedor podría entablar posteriormente una acción de enriquecimiento sin causa por el exceso.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha aplicado el art. 1.123 en lo relativo a la restitución de frutos e intereses a la resolución por incumplimiento. Así, en la Sentencia de 19 de octubre de 1957 (R.A. 3.010), se dispone que «es innegable que, tratándose de una norma que contempla el alcance retroactivo de la resolución, tanto da para el efecto de aplicarla, que se trate de una condición expresa, como que se trate de una condición tácita resolutoria según ha declarado la sentencia de este Tribunal de 10 de marzo de 1950 (Rep. Jurisp. 704), que ha aplicado a los supuestos del artículo 1.124 del Código Civil lo que, para los de rescisión y nulidad y para las obligaciones afectadas por una condición resolutoria se halla establecido por los artículos 1.295, 1.303, 1.307, 1.308 y 1.123 del expresado Código, añadiendo como justificación de esta tesis que “el retorno al vínculo contractual deshecho no quedaría logrado sin su consecuencia natural y lógica, consistente en el reintegro a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato... »<sup>195</sup>.

Igualmente, la Sentencia de 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554), si bien termina por aplicar el art. 1.295 C.C. en virtud de la remisión que a él hace el art. 1.124, establece que «el efecto principal de la resolución es destruir retroactivamente las consecuencias del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tenían cuando aquél se concluyó, es manifiesto que debe, igualmente, prosperar el motivo

---

restitución de los frutos obtenibles por un propietario diligente; lo que exceda sería lucro retenible por el poseedor.

<sup>195</sup> Esta es también la solución que parece desprenderse de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1961 (R.A. 296) que condena a la restitución de intereses, si bien entendiendo estos como resarcimiento de daños y perjuicios, y las de 6 de mayo de 1988 (R.A. 4.018) y de 18 de septiembre de 1991 (R.A. 6.055).



cuarto que, con apoyo en el ordinal 5º, denuncia la vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 19 de marzo de 1950 (R.A. 704), 14 de noviembre de 1962 (R.A. 4.289), y 21 de noviembre de 1963 (R.A. 4.638), pues si como secuela de dicha resolución y por imperativo del artículo 1.295 del Código Civil, concordante en este particular con lo establecido en el artículo 1.303 para el supuesto de nulidad, y en el artículo 1.123 para la hipótesis de condición resolutoria expresa, las partes deben reintegrarse las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses...».

25. *Cosa fructífera de la que no se obtienen frutos.*

Ahora bien, si cualquiera de las partes no hubiera obrado con la diligencia a la que hacíamos referencia, por ejemplo, dejando perecer los frutos sin recogerlos, o no llevando a cabo las tareas necesarias para que la cosa los produjera, cabe plantearse si, además de restituir los frutos percibidos, en el caso de que llegara a percibir alguno, deberá restituir los debidos percibir, pues ninguna de las partes está obligada a sufrir la desidia o el abandono de la otra<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», cit., pág. 616, trata sobre los frutos que “el poseedor legítimo hubiera podido percibir”, y afirma que «suelen llamarse *fructus percipendi* —aunque la expresión no se encuentre en las fuentes— los que el poseedor no ha percibido, pero de los que se le hace responsable, o se le obliga a abonar su valor, ya por haberlos podido percibir con una adecuada diligencia (y se denominan entonces con propiedad *fructus neglecti*), ya porque el actor los hubiera percibido de no mediar la desposesión... El Proyecto de 1851 disponía en su artículo 431: “El poseedor de mala fe está obligado a restituir todos los frutos que haya producido o debido producir la cosa desde su injusta detentación”. García Goyena comenta: “*Debido producir*. Deberá, pues, restituir los que él pudo percibir aunque no los habría percibido el propietario y los que éste habría percibido aunque el poseedor de mala fe no haya podido percibirlos”... Los “frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir” (que no son nunca un objeto material que pueda restituirse *in natura*) se calculan, por tanto, en una apreciación hipotética sobre lo que la cosa poseída habría rentado al vendedor en la posesión, y cuya percepción por él ha sido impedida precisamente por la posesión ajena. Para este cálculo ha de atenderse, no al comportamiento del poseedor para compararlo con un criterio de diligencia exigible (por ejemplo, de un buen padre de familia), sino al comportamiento del vencedor en la

Creemos que en este punto es conveniente distinguir si el que ha obrado negligentemente en la obtención de los frutos es el contratante cumplidor o el incumplidor. Si hubiera sido el contratante incumplidor, el resolvente siempre podrá solicitar el resarcimiento de daños, de acuerdo con el art. 1.124 C.C., dentro de los cuales podría incluir los frutos que él hubiera podido percibir. Sin embargo, si el que no obró correctamente en la obtención de los frutos fué el contratante cumplidor, cabe plantearse si es posible acudir a los artículos reguladores de la liquidación del estado posesorio, concretamente al art. 455, o incluso mejor a la indemnización del daño, si fuera posible, puesto que su conducta ha originado un perjuicio en la otra parte<sup>197</sup>.

Es decir, si se considera que ambas partes procedieron de buena fe, entiendase en la obtención de los frutos, éstas deberán restituir los intereses y los frutos, si bien sólo los percibidos, pero si se considera que en la obtención de éstos tanto el contratante cumplidor como el que incumplió, obró de mala fe o negligentemente, por ejemplo, no haciendo lo posible por obtener los frutos cuando la cosa los produce, debería restituir no sólo los frutos percibidos sino también los debidos percibir<sup>198</sup> o bien indemnizar el daño que esto supone.

Sin embargo, no consideramos que sea de aplicación en este punto el art. 455. Si es el contratante cumplidor el que sufre el perjuicio de la no obtención de frutos por el contratante incumplidor, sí que podrá solicitar su resarcimiento. Pero si es el contratante incumplidor el que sufre el perjuicio, éste será de su cuenta.

---

posesión cuando estaba en contacto con la cosa o al que tiene respecto de bienes similares».

<sup>197</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (II)», cit., págs. 29 y 30.

<sup>198</sup> En contra de la opinión de DELGADO, MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, págs. 518 y sigs., y MANRRESA Y NAVARRO, J.M., «Comentario al art. 455 C.C.», *Comentarios al Código Civil Español*, t. IV, pág. 260, quienes consideran que se restituirán los frutos que hubiera obtenido cualquier poseedor medianamente que hubiera obrado con la diligencia de un buen padre de familia.

Entendemos que no es posible aplicar el art. 455 y considerar al contratante resolvente como de mala fe en lo relativo a la obtención de los frutos, puesto que no se le puede exigir que gestione la cosa de una determinada manera, y que obtenga frutos de ella, siendo que él ha cumplido y no tiene por qué pensar siquiera en una posible restitución.

*26. Restitución de los frutos in natura o en especie, o restitución por equivalente. La deuda de restitución de frutos.*

En principio, nada impide que la restitución de los frutos, si todavía existen en buen estado o están pendientes, se haga *in natura*.<sup>199</sup> Esta forma de restitución, sin embargo, puede plantear el problema de que los frutos existan pero sean de una calidad inferior (pensemos, por ejemplo, en una cosecha de naranjas que en el momento de la restitución, junio, aun existen pero conservadas en cámaras, por lo que son de calidad inferior).

Sin embargo, lo normal será que los frutos hayan sido consumidos, enajenados o hayan perecido. En este caso, cabe plantearse si la obligación de resituir éstos, al tratarse de cosas genéricas, se convierte en una obligación de entrega del equivalente, es decir, otro tanto de la misma especie y calidad, o si se cumplirá entregando el equivalente pecuniario.

---

<sup>199</sup> LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique des Obligations*, t. II, pág. 264; MANRRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario al art. 455 C.C.», *Comentarios al Código Civil Español*, t. IV, cit., pág. 276; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», cit., pág. 613, respecto a la restitución de frutos por el poseedor de mala fe, afirma que «es doctrina común que la restitución *in natura* ha de hacerse únicamente de los frutos existentes todavía en manos del poseedor de mala fe»; ROCA I TRÍAS, E., «Liquidación del estado posesorio. Posesión y Registro de la Propiedad», cit., pág. 198.

Parece que la doctrina se decanta por esta segunda posibilidad, de modo que la obligación de restitución de frutos en la mayoría de los casos será una deuda de dinero<sup>200</sup>. Es más, también se ha afirmado que, puesto que los frutos obtenidos de la cosa son del poseedor, que puede consumirlos o enajenarlos, la deuda de restitución de frutos es siempre una deuda de dinero<sup>201</sup>, de modo que aunque los frutos todavía existan o pueda devolverse otro tanto de la misma especie, lo que hay que restituir será siempre el equivalente pecuniario.

Esta afirmación encuentra su fundamento en lo siguiente:

1º) Puesto que los gastos se abonarán siempre, el propio gasto no es sino una determinación del concepto de fruto. Los frutos serán sólo el rendimiento líquido, descontados los costes de producción, de modo que sólo ésto se restituye en cuanto fruto<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> ROCA I TRIAS, E., «Liquidación del estado posesorio. Posesión y Registro de la Propiedad», cit., pág. 198.

<sup>201</sup> PÉREZ GONZALEZ, B., Y ALGUER, J., traducción al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de cosas», t. III, vol. 1º, Barcelona, 1951, págs. 511 y 512; CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., pág. 1.130, refiriéndose al poseedor de mala fe, afirma que «incluso los frutos auténticamente obtenidos de la cosa son del poseedor, y perfectamente enajenables por él. La restitución es siempre una deuda de dinero...»; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», cit., pág. 610, también respecto a la restitución de frutos por el poseedor de mala fe, entiende que «el artículo 455, en su párrafo inicial, no se ocupa de la propiedad de los frutos, ni la obligación de abonarlos se basa en que el actor la tenga, sino que establece una deuda de valor a pagar en dinero...».

<sup>202</sup> CARRASCO PERERA, A., «Restitución de provechos (I)», cit., pág. 1.130, añade a lo anterior que «no es que el poseedor pueda accionar independientemente para el reembolso de estos costes, o que pueda compensarlos con su deuda de frutos, sino que puede detraer estos costes del mismo concepto de frutos restituibles. En consecuencia lo que entrega es una cantidad de dinero»; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», cit., en la pág. 615 afirma que «la cantidad debida como "frutos percibidos" es el beneficio neto efectivamente retraído por el poseedor de la cosa fructífera, lo que excluye definitivamente que la pretensión de abono de frutos ex artículo 455 tenga, en ningún caso, como objeto los frutos percibidos en cuanto *corpora*».

2º) En las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la ejecución de sentencias ilíquidas, de las cuales puede deducirse que en el espíritu de la Ley el fruto sólo es restituible como cantidad neta de dinero. Aunque conforme a esta ley cabe también el pago de frutos en especie (art. 947).

Como vimos al tratar de la restitución del precio, dentro de las deudas de dinero se distinguían las deudas de cantidad y las deudas de valor. En este caso nos encontramos ante una deuda de valor, pues se trata de restituir el valor de los frutos que por haberse consumido, vendido, o periculado no pueden restituirse *in natura*<sup>203</sup>. Las deudas de valor no están afectadas por el principio nominalista. En ellas el acreedor tiene derecho a que el valor de la cosa sea medido en su equivalente monetario precisamente en el momento del pago<sup>204</sup>.

En el caso de que los frutos hubieran sido enajenados surge la cuestión de si lo que se debe restituir es igualmente el valor de los frutos percibidos, o el precio que se obtuvo de la enajenación, y, en el caso de que sea este último, si se tratará de una deuda de cantidad o de una deuda de valor. Incluso, no habiendo sido enajenados, sino consumidos, podemos preguntarnos si se deberá restituir el valor actual de los frutos que se produjeron, o bien valorar los frutos en el momento que se produjeron y actualizar ese valor<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 259.

<sup>204</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., págs. 264 y sigs., donde añade que «en las deudas de valor el objeto de la deuda es un valor que tiene que ser expresado y liquidado en dinero, si bien la suma en la cual se expresa no es *per se* el objeto de la obligación. El deudor debe procurar al acreedor el valor económico de un bien con independencia de la suma monetaria que sea necesaria para ello. En consecuencia, el principio del nominalismo no puede ser aplicado, pues si así fuera el deudor no cumpliría su obligación de proporcionar un valor o un equivalente».

<sup>205</sup> Veámoslo con un ejemplo. Supongamos que en 1996 se enajenó un campo de naranjas. En 1998 se resuelve el contrato de compraventa por incumplimiento del comprador de pagar la totalidad del precio y como consecuencia de la resolución las partes deben restituirse la cosa con los frutos y el precio con los intereses. Supongamos que el campo de naranjas produjo 1000 naranjas, que cada naranja entonces valía 10 pts. y que se enajenaron por 12 pts. Actualmente el precio de la naranja es de 5 pts. No será lo

Sin embargo, no hay que olvidar que se trata de una restitución de frutos y que ésta se transforma en una deuda de valor, por lo que lo más correcto es tener en cuenta la cantidad de frutos producidos y restituir su valor actual, independientemente del valor que tuvieran en el momento de su obtención y del valor por el que fueron enajenados<sup>206</sup>. Esta solución es la que mantiene la L.E.C. en su art. 947, situado en el Título VIII, sobre la ejecución de sentencias. Conforme al citado artículo «la reducción de los frutos a metálico se hará por el precio medio que tuvieran en el mercado del lugar donde deba verificarse la entrega, y, en su defecto, en el más próximo... El precio se acreditará con certificación de los síndicos del Colegio de Corredores, si lo hubiere, y no habiéndolo, de la Autoridad municipal correspondiente».

Hay que tener en cuenta también si el obligado a la restitución de los frutos es el contratante resolvente o el incumplidor. Si el obligado a la restitución de los frutos es el contratante incumplidor deberá restituir, según hemos indicado, el valor actual de los frutos que obtuvo. Si este valor se ha incrementado en relación al que tenía en el momento de su producción, el riesgo es de su cuenta como consecuencia del incumplimiento. Si el valor se ha reducido, cumplirá restituyendo este menor valor, pero el contratante cumplidor podrá solicitar que le sean resarcidos los daños y perjuicios correspondientes.

Si el obligado a la restitución de los frutos es el contratante resolvente, deberá, igualmente restituir el valor actual de los frutos

---

mismo restituir el valor actual de los frutos que se produjeron (5.000 ptas.), el valor de los frutos de entonces actualizado (10.000 ptas. actualizadas), o lo que se obtuvo de la enajenación actualizado (12.000 ptas. actualizadas).

<sup>206</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», cit., pág. 613, considera que por los frutos «perdidos y los consumidos (incluidos los enajenados) habrá de abonarse su valor en el momento de la reclamación, sin pretender la reconstrucción de las vicisitudes de los frutos (en cuanto cuerpos ciertos) que se perdieron, consumieron o enajenaron».

que produjo. Si se ha producido una depreciación de éstos, el riesgo será del contratante incumplidor. Pero si el valor de los frutos se hubiera incrementado, el contratante cumplidor, una vez restituido este valor, podrá solicitar igualmente que se le indemnicen los daños y perjuicios que este incremento de valor le haya ocasionado.

Respecto al momento en que debe realizarse la valoración de los frutos, se ha propuesto que será el momento en que se haga la liquidación o el momento del pago, puesto que es comunmente admitido por la doctrina que las deudas de valor se liquidarán en el momento del pago<sup>207</sup>. Si la resolución se aceptó por ambas partes serán ellas las que lleven a cabo la liquidación, si la resolución fue judicial y las partes no llegan a un acuerdo sobre lo que debe restituirse, en la fase de ejecución de sentencia, como hemos visto.

Por ultimo, conviene señalar que al ser la restitución de frutos una deuda de dinero, puede entrar en juego aquí la compensación con los intereses que produjo el precio, no por aplicación del art. 1.120 C.C., sino en virtud de lo dispuesto por los artículos 1.195 y sigs.

---

<sup>207</sup> MOSCO, L., «Di alcuni debiti non convertiti in denaro», *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milán, 1948, pág. 145; ASCARELLI, T., «Obbligazioni pecuniarie», cit., págs. 172-173, 442 y 449-450; FLORES MICHEO, R., «Desvalorización monetaria...», cit., pág. 1.068; BONET CORREA, J., «Metalismo, nominalismo y valorismo...», cit., pág. 75; *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, pág. 313; VATTIER FUENZALIDA, C., «Problemas de las obligaciones pecuniarias...», cit., pág. 58 y 59; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, cit., pág. 101; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, cit., pág. 61; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 264, afirma que en las deudas de valor el acreedor tiene derecho «a que el valor de la cosa sea medido en su equivalente monetario precisamente en el momento del pago». Véase, igualmente, CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos...*, cit., págs. 596 y sigs., en relación con el momento de la valoración del daño resarcible.

27. *Cuestiones relativas a la restitución de intereses*

Como acabamos de ver, la obligación de restitución de intereses encuentra también su fundamento en el art. 1123 C.C., en virtud del cual, según la interpretación que hemos considerado mas acertada, ambas partes deberán restituirse frutos e intereses. Además, analógicamente también serían de aplicación, los artículos 1.303 y 1.295 C.C., en los que también se dispone, como ya hemos visto en otras ocasiones, que se deberá restituir el precio con los intereses. Así, se puede observar un cierto paralelismo entre los frutos y los intereses cuando se resuelve un contrato en el que ambas prestaciones han sido ejecutadas. El adquirente de la cosa deberá, pues, restituir todos los frutos percibidos, al igual que el transmitente, que había recibido el precio, deberá restituir los intereses que este ha producido<sup>208</sup>.

La cuestión que surge en este punto es la de qué intereses deberán restituirse, bien el interés legal del dinero al tiempo de la percepción del precio, bien, el interés que hubieran pactado las partes en el contrato en previsión de que éste llegara a resolverse, en el caso de que así sea. Hay autores que consideran que en el caso de la resolución del contrato la causa de la restitución es extracontractual, y por ello no hay que tener en cuenta el interés pactado por las partes en el contrato, sino el interés legal del dinero<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en Droit Civil*, cit., pág. 188 y sigs, respecto al Derecho francés plantea de nuevo que el paralelismo entre los frutos y los intereses permite que entre ellos pueda operar la compensación, si bien no la legal, puesto que faltan los requisitos de liquidez y de exigibilidad, si la judicial. Sin embargo, hay que tener en cuenta distintas situaciones: a) en el caso de que ambas prestaciones hayan sido cumplidas puede operar la compensación; b) si el precio se ha pagado pero la cosa no fue entregada, el vendedor deberá abonar los intereses del precio, puesto que el comprador no ha obtenido ningún beneficio de la cosa; c) si la cosa fue entregada pero no se pagó el precio, deberán restituirse sólo los frutos; d) si la cosa no produce frutos, tampoco el vendedor estará obligado al pago de los intereses.

<sup>209</sup> MALAURIE, M., *Les restitutions en Droit Civil*, cit., pág. 191; MORANÇAIS - DEMEESTER, M. L., «La responsabilité des personnes obligées a restitution», cit., pág. 758, también afirma que «la obligación de restitución no es siempre inherente al



Ahora bien, al igual que ocurría respecto de los frutos, también en lo que se refiere a intereses hay que advertir que no toda la doctrina es unanime en afirmar que deban ser restituidos. Así, hay autores que consideran que ni es posible la aplicación analógica de los artículos 1.295 y 1.303 C.C., ni, con base en los arts. 1.124 y 1.123 C.C., es posible la restitución de otros intereses distintos a los que se deben incluir en el resarcimiento de daños y perjuicios<sup>210</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo sí que ha admitido que debe restituirse el precio con sus intereses y ha entendido que en estos casos el interés que debe restituirse es el interés legal del dinero y no el pactado por las partes en el contrato, puesto que si el contrato ha sido resuelto, no puede regular la situación posterior a la resolución. Así, la Sentencia de 17 de junio de 1986 (R.A. 3.554) dispone: «En caso de resolución de las obligaciones recíprocas deben devolverse las respectivas prestaciones y quien recibió el precio debe reintegrarlo con sus intereses, según el art. 1.295, intereses que deben ser, a falta de pacto— se entiende pacto posterior a la resolución— los legales; motivo al que debe acompañar el éxito y ello,... por imperativo del también citado artículo 1.295 al que se remite el artículo 1.124 para el caso de resolución contractual, pues si los efectos de tal resolución..., son volver las cosas al estado preexistente como si el negocio no se hubiera celebrado, es manifiesto que los intereses del precio a devolver

---

contrato. Puede ser de origen extracontractual, como en el caso de la repetición de lo indebido o cuando nace de la nulidad o la resolución del contrato...».

<sup>210</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., pág. 3.786, afirma que «la obligación accesoria de intereses no está fundada correctamente en el artículo 1.295.1 del Código Civil, indebidamente aplicado al caso. Como consecuencia de la resolución, no surge una obligación de pago de intereses de forma automática a cargo de cualquiera de las partes que haya percibido una cantidad de dinero en cumplimiento de la obligación ahora resuelta, sino que tal obligación sólo podría entenderse como parte del “resarcimiento de daños y abono de intereses” a que está sujeto el incumplidor (nunca aquel que pide fundadamente la resolución).

serán los legalmente establecidos al tiempo de su percepción..., y no los contractualmente pactados»<sup>211</sup>.

Ahora bien, en nuestra opinión esto no tiene por qué ser así, ya que la resolución del contrato, como se dijo en la primera parte de este trabajo, no destruye el contrato en sí, que sigue siendo válido, sino que lo deja sin efectos, entendiéndose por éstos los que serían propios del contrato en cuestión, no los que precisamente se hayan pactado para el caso de resolución del contrato<sup>212</sup>.

Respecto al momento a partir de cual se deben los intereses entendemos, pues, dada la aplicación del art. 1.123 C.C., que es desde que se produce el pago del precio y no desde el momento en que se resuelve el contrato, al igual que ocurría con los frutos. Así, deberán restituirse los intereses producidos desde la recepción de la cantidad de dinero que constituye el precio, tanto en la resolución por cumplimiento de la condición resolutoria expresa, no desde el momento en que se cumple la condición, en el caso de pacto comisorio, no desde el requerimiento, y en la resolución por incumplimiento, y no desde la interposición de la demanda o bien desde que las partes acuerdan la resolución. En contra, considera un

---

<sup>211</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 1986», cit., pág. 3.786, al comentar esta sentencia, también considera que «supuesta la obligación de intereses, aplicar la tasa del 10 por 100 por ser la pactada en los contratos que se resuelven contradice la lógica de la retroactividad con reposición de las cosas a la situación anterior a la celebración del contrato», y lo mismo dice, más adelante, respecto al pacto de indemnización de daños y perjuicios.

<sup>212</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pág. 1.734, afirma que «debe quedar claro que la resolución *no produce el efecto de extinguir retroactivamente el contrato como si nunca hubiera existido*. Si se quiere seguir diciendo, como muestra jurisprudencia, que la resolución tiene efectos retroactivos o *ex tunc*, sólo en el sentido de que, a excepción de los casos de relaciones duraderas, las partes han de restituirse recíprocamente las prestaciones ya realizadas, mi prevención es meramente terminológica. Pero no puede quedar lugar a dudas sobre que la resolución no afecta, por ejemplo, a las estipulaciones contractuales relativas a solución de litigios, o que disciplinan los derechos y deberes de las partes en caso de resolución...».

sector doctrinal que los intereses devengados durante el tiempo de pendencia de la condición no se restituirán, «pues son la compensación al vendedor por el uso o disfrute de la cosa por el comprador. Y esto, por aplicación del 1.120 Cc. Los frutos producidos por la cosa debida se entienden compensados con los intereses del precio. Lo que quiere decir que no hay retroactividad»<sup>213</sup>.

---

<sup>213</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 304.

## CAPÍTULO IV: LA READQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD



## CAPÍTULO IV: LA READQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

### § 11. Transmisión y retransmisión de la propiedad en el contrato resuelto

#### *28. Transmisión de la propiedad mediante un contrato posteriormente resuelto*

Para ver cómo se produce la readquisición de la propiedad por el que la transmitió en virtud de un contrato resuelto, partiremos de una serie de premisas que vamos a ir exponiendo.

Hay que dejar claro que el contrato en el que todavía cabe la posibilidad de resolución, es decir, pendiente una condición resolutoria, o pendiente el cumplimiento de alguna de las prestaciones, es un contrato válido y eficaz. En el contrato no existe ningún vicio que pueda invalidarlo. Lo que ocurre es que bien por incumplimiento en la prestación de una de las partes, bien por verificación de una condición resolutoria, bien por el ejercicio del derecho de retracto, el contrato se resuelve y las prestaciones que hubieran sido cumplidas deberán restituirse. La resolución no opera frente al contrato en sí, sino frente a vida posterior de este, o relación contractual subsiguiente a la celebración del contrato<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1977 (R.A. 3.053), establece que «toda resolución de esta clase, bien sea expresa bien sea tácita, no

Por otro lado, en virtud del sistema transmisivo del dominio que rige en nuestro Derecho, es necesario que concurren contrato y entrega para que se produzca la transmisión de la propiedad, puesto que el Código Civil español acepta íntegramente la teoría del título y el modo<sup>2</sup>, si bien moderándola con la admisión de la tradición

---

es un supuesto de invalidez originaria cual sucede en los casos de nulidad absoluta en el que el acto viene a quedar como si nunca hubiese existido, no produciendo por tanto efecto alguno (*quod nullum est nullum producit effectum*) sino que produce una ineficacia sobrevinida es decir que existe un contrato válido... que luego, por una causa posterior (en este caso incumplimiento) deja de producir efectos...».

<sup>2</sup> Como afirma ESPÍN CÁNOVAS, D.E., «La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español», *R.D.P.*, 1945, págs. 349 y sigs, el sistema que recoge nuestro Código Civil tiene su origen remoto en el Derecho Romano clásico. En este, junto a las formas solemnes de transmisión de la propiedad de las *res mancipi* a través de las cuales se creaban signos externos de reconocibilidad, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, se conocía respecto a las *res nec mancipi* la *traditio*, como modo válido de transmitir. A través de ella el transmitente constituía al adquirente en poseedor, si bien para su efectividad era preciso una *iusta causa* que solía identificarse con el contrato precedente. Posteriormente la *traditio* se extendió también a las *res mancipi*, y ya en Derecho justiniano se la consideró como un medio de transmisión de carácter general. La Constitución de los Emperadores DIOCLECIANO y MAXIMILIANO, recoge el siguiente texto: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (C. 2, 3, 20) que parece exigir, además del acuerdo para transferir el dominio, la materialidad de la posesión, que constituye la base tanto de la tradición como de la usucapción. El Digesto también recoge esta doctrina. Así, un texto de PAULO, Digesto, 41, 1, 31, dispone que la simple entrega no transfiere sin más la propiedad, sino tan sólo cuando haya precedido una venta u otra causa que justifique la tradición. (Véase, ÁLVAREZ, U., *El problema de la causa de la tradición*, Madrid, 1965; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XI, vol. 1º, Madrid, 1943, pág. 286 y sigs.; DE BUEN, D., *Derecho Civil Español Común*, Madrid, 1930, págs. 180 y sigs.; SERRANO SERRANO, I., «Iusta causa traditionis», en *R.C.D.I.*, 1934, págs. 495 y sigs y 1935, págs. 17 y sigs.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», en *A.D.C.*, 1966, pág. 565 y sigs; DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., «Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español», *A.D.C.*, 1972, págs. 1.070 y sigs.). Sin embargo, SAVIGNY consideró que la *iusta causa traditionis* no era propiamente el contrato obligatorio precedente, sino la voluntad de adquirir y transmitir el dominio. Según esta concepción el contrato antecedente, es un elemento del proceso transmisivo, pero no tiene relación de causalidad respecto de la transmisión, por lo que en caso de irregularidad del contrato no se producía la ineficacia de la transmisión, sino que el transmitente podía ejercitar una acción de enriquecimiento para resarcirse. Nuestras Partidas, recogieron también la teoría procedente del Derecho Romano. Así, la Partida 5ª, 18, 46,

instrumental, en que la entrega se realiza mediante el otorgamiento de la escritura pública (art. 1.462).

Con el contrato y una vez entregada la cosa, aun cuando esté pendiente el cumplimiento de una de las prestaciones, si el que cumple con la entrega de la cosa era dueño de ésta, se ha transmitido la propiedad, de manera que el adquirente es el nuevo propietario, puesto que hay título y modo, ha habido justa causa, que es el contrato válido y eficaz, y también se ha producido la tradición<sup>3</sup>.

Vamos a centrarnos principalmente en el contrato de compraventa por ser el prototipo de los contratos que tienen como finalidad la transmisión del dominio. Para ver cómo se transmite la

---

(o 3º, 28, 46) dispone: «Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiéndogelas o dándogelas en dote o en otra manera, o cambiandolas, o por alguna otra derecha razón. E por ende decimos que por tal apoderamiento como este que faga otro alguno por su mandato, que passa el señorío de la cosa a aquel a quien apoderasse della...».

Sobre estos dos elementos, contrato y entrega, se construyó en la Edad Media la teoría del título y el modo y nuestros juristas de los siglos XVI y XVII la consagraron en España. Así, entre otros, MOLINA, L. DE, *Los seis libros de la Justicia y del Derecho*, traducción, estudio preliminar y notas de FRAGA IRIBARNE, M., y ELOY MONTERO, D., t. I, vol. 1º, Madrid, 1941, págs. 218 y sigs.

Sin embargo, partiendo de estos dos elementos pero tomándolos en consideración aisladamente, han surgido dos sistemas distintos de transmisión del dominio. El sistema franco-italiano y el sistema alemán. En el primero de ellos, la transmisión tiene lugar por el mero consentimiento de las partes, prescindiendo de la necesidad de que se produzca posteriormente la tradición. En el segundo, son necesarios para que se produzca el efecto traslativo tanto el contrato previo, donde las partes consienten, como la posterior entrega o tradición.

<sup>3</sup> La jurisprudencia se manifiesta de acuerdo con esta idea. Así, por ejemplo, la Sentencia de 30 de enero de 1957 (R.A. 373). No obstante, ESPÍN CÁNOVAS, D., «La transmisión de los derechos reales en el C.C. español», *R.D.P.*, 1945, pág. 355, señala que el Código no sanciona expresamente esta teoría y que los artículos que hablan de título y modo lo hacen sin ningún rigor técnico.

El título, según ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario al art. 609 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, vol. 1º, cit., pág. 9, entendido en el sentido de fundamento jurídico, es el acto por el que se establece la voluntad de enajenación del derecho. Por ello, el título necesario para que se produzca la transmisión del dominio y de los demás derechos reales, ha de ser un contrato transmisivo.



propiedad con la compraventa, es necesario plantearse lo siguiente: 1º Si es suficiente el contrato de compraventa, para que el comprador adquiriera la propiedad de la cosa vendida; y, 2º Si una de las obligaciones esenciales del vendedor es la de transmitir la propiedad de ésta.

Respecto a la primera cuestión, después la aceptación de la teoría del título y el modo podemos contestar que no. No basta el contrato de compraventa, sino que será necesaria la posterior tradición o entrega de la cosa. No hay que confundir, pues, que el contrato sea consensual, es decir que se perfeccione con los consentimientos de las partes, con que transfiera la propiedad automáticamente a partir de este momento<sup>4</sup>.

Por otro lado, respecto a la segunda cuestión que hemos mencionado, la de si el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad, la solución no parece tan sencilla<sup>5</sup>. En nuestro Código no se

---

<sup>4</sup> Conviene recordar ahora las tres fases que se dan en el desenvolvimiento de la compraventa; estas son: la *emptio contracta*, la *emptio perfecta*, y la *emptio consumpta*, según la teoría de SECKEL y LEVY, que cita PINTÓ RUIZ, J.J., «La resolución del contrato y la regla "*periculum est emptoris*"», cit., págs. 697 y 698, nota 3. Así, hay *emptio contracta* desde que las partes celebran el contrato de compraventa, desde que otorgan sus respectivos consentimientos. Hay *emptio perfecta*, cuando celebrado el contrato, se encuentra todo dispuesto para poder consumarse, el vendedor tiene la cosa a disposición del comprador, y este el precio, es decir, o no hay, o ya se ha cumplido el plazo, la condición, etc., que puedan evitar la consumación inmediata. Y, hay *emptio consumpta*, cuando la venta está consumada, es decir, ya se han ejecutado las prestaciones.

<sup>5</sup> En el origen de nuestra compraventa, en el Derecho romano, la mayoría de la doctrina acepta que el vendedor no tenía obligación de transmitir la propiedad, y que la propiedad, en todo caso, se adquiría posteriormente mediante la usucapión gracias a la posesión pacífica y continuada, que sí estaba obligado a transferir el vendedor. Así, ULPIANO, en el Digesto 19, 1, 11, o D. 18, 1, 67, o incluso D. 18, 2, 1. La compraventa en Derecho Romano era un simple contrato productor de obligaciones, por lo que la compraventa no transmite ni la cosa ni el precio. No obstante, afirma ROCA SASTRE, R.M., *Estudios de Derecho Privado*, I, Obligaciones y contratos, Madrid, 1948, pág. 370, que el contrato de compraventa tenía una finalidad traslativa del dominio... En la traditio había un *animus transferendi et accipiendi dominii*. A esto se añaden ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J.A., «La compraventa en las partidas. Un estudio sobre los precedentes del título 5 de la quinta Partida», *Centenario de la Ley del Notariado*, secc. I., Estudios históricos, vol. 2º, Madrid, 1965, pág. 412, nota 114, que en Derecho

impone al vendedor de una manera expresa la obligación de transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida, pero tampoco es fácil deducir lo contrario. Precisamente por esta razón en la actualidad nuestra doctrina no es unánime respecto a la regulación del Código, sino que existen dos posiciones bien definidas.

Una de las opiniones que se sostienen, aunque parece que tiende a ser la posición minoritaria, es que sí hay obligación de transmitir, y aun aceptando que en el Derecho Romano el vendedor no tenía obligación de hacer propietario al adquirente, los autores sostenedores de esta tesis afirman que el Código Civil ha abandonado el sistema romano y que impone al vendedor la obligación de transmitir el dominio<sup>6</sup>.

---

romano no se transmitía el dominio aun celebrado el contrato y entregada la cosa en tanto el precio era debido en todo o en parte, a no ser que se hubiera pactado un plazo para pagar el precio o prestado algún tipo de garantía.

En nuestro Derecho histórico, el Liber Judiciorum, el Fuero Viejo y el Fuero Real nada establecen respecto a la obligación del vendedor de transmitir el dominio. Sin embargo, sí que regulan la venta de cosa ajena, de la cual puede deducirse que si el vendedor era el dueño, hace dueño al comprador, y si no lo era es la ley la que lo hace propietario. Por lo que se puede concluir diciendo que la no validez de la venta de cosa ajena tiene como causa el que sea preciso transmitir el dominio de lo vendido. Las Partidas contienen una regulación semejante a la que existe en la actualidad. La definición del contrato de compraventa aparece en la Partida V, título V, Ley I, pero de esta definición tampoco podemos extraer ninguna conclusión acerca de la obligación de transmitir el dominio. Respecto a la venta de cosa ajena se considera válida en la Partida V, V, XIX. Hay que destacar que también en Partidas se configura el pago del precio como un requisito indispensable para la adquisición del dominio de la cosa vendida (ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J.A., «La compraventa en las partidas...», secc. I, vol. 2º, cit., pág. 412).

En cuanto al Derecho comparado, en el Derecho francés, el contrato de compraventa produce la transmisión de la propiedad. No genera la obligación de transmitir el dominio, sino que lo transfiere directamente y de manera similar se resuelve el problema en el Derecho italiano. En cuanto al Derecho alemán, el art. 443 del B.G.B. incluye entre las obligaciones del vendedor tanto la de entrega de la cosa como la de la transmisión del dominio.

<sup>6</sup> MUCIUS SCACEVOLA, Q., *Código Civil, concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, Madrid, 1906, t. 23, pág. 452; GAYOSO ARIAS, R., «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», en *R.D.P.*, 1921, págs. 147 y 148; DE BUÉN, D., *Derecho Civil Español Común*, vol. 1, Madrid, 1931, pág. 560; MORENO

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que la transmisión del dominio no es esencial a la compraventa y que el vendedor no tiene tampoco la obligación de transmitirlo, pero que los autores cuando se disponen a estudiar las obligaciones del vendedor lo hacen con la idea preconcebida de que es necesario que se transmita el dominio, lo cual les lleva a conclusiones erróneas<sup>7</sup>.

---

MOCHOLÍ, M., «¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?, en *R.C.D.I.*, 1945, pág. 377 y sigs; DE CASSO ROMERO, I., «La obligación de transferir el dominio en la compraventa», en *Nuestra Revista*, 1947, págs. 134 y sigs; PEIDRÓ PASTOR, I., «La obligación del vendedor de entregar el dominio de la cosa vendida, a través del Código y de la jurisprudencia», en *R.G.D.*, 1949, págs. 560 y sigs; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, t. I, Barcelona, 1979, pág. 63; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, II, vol. 2º, cit., págs. 40 y sigs.; GORDILLO CAÑAS, A., «Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus. Traditio sine causa. ¿Adquisición de buena fe?*, en *A.D.C.*, 1984, págs. 571 y 576; RIBERO HERNANDEZ, F., «Compraventa y permuta», en *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, J. L., y OTROS, t. II, vol. 3º, Barcelona, 1986, pág. 14; FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ OSORIO, *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 136; RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pág. 88; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 285.

<sup>7</sup> NAVARRO AMANDI, M., *Cuestionario del Código civil reformado*, t. IV, 1891, Madrid, pág. 207; MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil*, t. X, Madrid, 1919, pag. 23; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, t. V, Madrid, 1926, págs. 447 y 448; *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1930, t. II, pág. 155; ROCA SASTRE, R.M., «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1948, págs. 363 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1947, núm. 4, pág. 498, que estima infundados los argumentos que se alegan a favor de la obligación de transmitir el dominio en nuestro Derecho, y hace notar que por los antecedentes históricos, y por los artículos del Código, aún sigue vigente la venta romana. Sin embargo, este mismo autor en *Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1982, pág. 18, dice: «Lo vendido tiene que ser del vendedor. Este, obligándose a transmitirlo al comprador, puede, si vendió algo ajeno, adquirirlo después, para dar así cumplimiento a su obligación», y en la pag. 19: «En principio, la compra de una cosa que ya es del comprador es inválida, puesto que no necesita adquirirla quien es su dueño; con lo que la obligación de transmitírsela que asumiría el vendedor ni satisface un interés del acreedor, ni es de posible cumplimiento (no cabe hacer adquirir a alguien lo que ya es suyo)»; O'CALLAGHAM MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, Madrid, 1991 pág. 11; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 1.461», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*

Ahora bien, cualquiera que sea la postura admitida sobre si existe o no obligación de transmitir el dominio con la compraventa, lo cierto es que la compraventa es y ha sido un título válido para la transmisión de la propiedad, y que cuando el vendedor, que además es propietario de la cosa, celebra un contrato de compraventa y entrega la cosa, transmite la propiedad<sup>8</sup>.

Si se celebra un contrato de compraventa por el que es propietario y se entrega la cosa, aun cuando no se hubiera pagado el precio, pese a que posteriormente se resuelva el contrato, el comprador habrá adquirido la propiedad. Igualmente, en el contrato de compraventa efectuado con pacto de retracto, en tanto no se ejercite éste, la doctrina entiende que «la propiedad se transfiere al comprador en el mismo momento en que se concluye el contrato; el comprador puede ejercitar todos los derechos que se deriven de tal cualidad. También puede enajenar la cosa a título oneroso o gratuito, puede constituir sobre ella derechos reales, los cuales actos, sin embargo, como es claro, están sujetos ellos mismos a la condición resolutoria del retracto»<sup>9</sup>.

La cuestión de cuándo se produce la adquisición de la propiedad no carece de relevancia práctica. Es importante deslindar con claridad el momento exacto en que se produce la adquisición del dominio

---

*Forales*, t. XIX, cit., pág. 177; PINTÓ RUIZ, J. J., «La resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*», cit., pág. 708 ; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Contratos traslativos del dominio a título oneroso (I), la compraventa», en *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, pág. 557; «Comentario al art. 1.445 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, cit., pág. 887; GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, Madrid, 1991, pág. 170.

<sup>8</sup> En la jurisprudencia también se observan dos direcciones. Hay sentencias, como las de 26 de junio de 1924 (J.C. 60), 4 de junio de 1928 (J.C. 2), 8 de marzo de 1929 (J.C. 46) y la de 27 de mayo de 1959 (R.A. 2.469), que entienden que por la compraventa se impone al vendedor a transferir el dominio de una cosa. En otras se dice lo contrario, como la de 10 de febrero de 1936 (J.C. 100), la de 5 de mayo de 1983 (R.A. 2.668), o la de 16 de noviembre de 1992 (R.A. 9.409).

<sup>9</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q.- BONET RAMÓN, S., *Código Civil*, t. XXIII, vol. 2º, Madrid, 1970, pág. 359.

(igualmente es importante averiguar en qué momento se produce la readquisición de la propiedad por el vendedor en el caso de resolución del contrato, porque pueden surgir los mismos problemas), entre otras razones por lo siguiente<sup>10</sup>:

a) Por la posible influencia de la propiedad en la teoría de los riesgos<sup>11</sup>; b) por la responsabilidad que tiene el propietario, por el mero hecho de serlo, por los daños que pueden producir las cosas, hay que saber si en el momento de producirse el daño ya era propietario el comprador; c) por las situaciones de insolvencia patrimonial en que pueda encontrarse el transmitente, etc.

Todos estos problemas se suelen resolver acudiendo precisamente a la tradición, de modo que si aún no se ha producido la entrega la cosa sigue perteneciendo al transmitente y pasa a ser propiedad del adquirente en el momento de producirse la tradición.

Pero para que con la tradición se produzca el efecto traslativo es necesario que con anterioridad a la entrega se haya celebrado un contrato, es decir se cuente con un título<sup>12</sup>. No hay que olvidar la

---

<sup>10</sup> Véase MONTÉS PENADÉS, V.L., «La dinámica de los derechos reales (I). La adquisición», *Derechos Reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, págs. 106 a 109.

<sup>11</sup> HUC, T., *Commentaire théorique-pratique du Code Civil*, t. VII, cit., pág. 144 y sigs., señala la importancia de averiguar el momento de transmisión de la propiedad por la influencia en la teoría de los riesgos.; En cualquier caso, en derecho español rige la regla *periculum est emptoris*, es decir que soporta los riesgos aún cuando la cosa no se le haya entregado y no sea todavía el propietario, siempre y cuando se haya producido el acuerdo sobre la cosa y el precio y esté todo dispuesto para la consumación del contrato.

<sup>12</sup> La doctrina ha afirmado que nuestro sistema se encuentra fuertemente causalizado. Así, SERRANO SERRANO, I., «Iusta causa traditionis», *R.C.D.I.*, 1935; ALVAREZ SUÁREZ, U., *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945; ESPÍN CÁNOVAS, D., «La transmisión de los derechos reales en el C.C. español», *R.D.P.*, 1945, pág. 348; NUÑEZ LAGOS, R., «Causa de la traditio y causa de la obligatio», en *R.C.D.I.*, 1961; MARTÍNEZ RADIO, A DE LA E., «La tradición en la transmisión de los derechos reales», *Revista de Derecho Español y Americano*, 1964, 6, págs. 44 y sigs.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», cit., pág. 555; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La tradición como

importancia que tiene en la práctica considerar que la tradición es causal o abstracta<sup>13</sup>. Si consideramos que la tradición es abstracta, pese a

---

modo de adquirir la propiedad», *R.D.P.*, t. LI, 1967, pág. 104. En contra, GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, Edición separada, corregida y concordada, de cuatro estudios publicados por la R.C.D.I., 1991, pág. 373, que afirma que «no está vigente en España una teoría causalista del título y el modo tal como la explicaron maestros medievales, sino un sistema o conjunto de normas coherentes, al que tampoco conviene denominar sistema del título y el modo porque la expresión se presta a confusiones».

<sup>13</sup> Hay que aclarar qué se debe entender por justa causa de la tradición, pues no siempre se ha identificado con el contrato precedente. La doctrina ha mantenido al respecto distintas posiciones. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», cit., págs. 565 y sigs.; y BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P., «La tradición como modo de adquirir la propiedad», cit., pág. 114, las exponen del siguiente modo:

1º) La llamada clásica, sería la propia de la teoría del título y el modo. Es aquella que identifica la causa de la tradición con un negocio jurídico obligatorio. Así, por ejemplo, la compraventa, la donación, etc. Consecuencia de ello es que cualquier vicisitud o irregularidad del negocio afectará a la tradición. Por ello, ÁLVAREZ SUAREZ, U., *El problema de la causa en la tradición*, cit., pág. 12 y sigs. dice que «si el negocio obligatorio es nulo ello significa que el tradente no ha perdido la propiedad y que el adquirente no la ha recibido: por tanto, el tradente puede todavía esgrimir una acción reivindicatoria no sólo contra el accipiente, sino incluso contra todos los terceros cuyos derechos deriven de éste».

2º) La de la concepción abstracta de la tradición, cuyo origen se encuentra en SAVIGNY que afirmó que «la justa causa no es un negocio jurídico precedente, sino tan sólo el *animus adquirendi et transferendi dominii*». Es decir, la justa causa sería simplemente la voluntad de las partes de transmitir y adquirir. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., «La tradición como modo de adquirir la propiedad», cit., pág. 115, critica esta teoría diciendo que «es una redundancia hablar de voluntad concorde de dar y recibir, separada de la voluntad contractual. Indudablemente la justa causa de la tradición, el fundamento, la razón de ser de la entrega que la tradición supone, es una voluntad concorde y recíproca de dar y de recibir la propiedad de la cosa entregada; pero esa voluntad es la misma que generó el contrato obligacional y se encuentra incorporada en él». De modo que, conforme a esta posición, si ha habido voluntad de transmitir y adquirir y ha habido también tradición, se ha producido la transmisión del dominio aun cuando el negocio obligatorio inicial hubiera resultado ineficaz. El transmitente únicamente podrá entablar una acción de enriquecimiento injusto, pero no una reivindicatoria, pues ha perdido la propiedad.

3º) La posición de FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milán, 1953, pág. 303 y sigs., quien sostiene que la justa causa de la tradición es el cumplimiento de una obligación de dar. Así, por ejemplo, en el contrato de compraventa, la causa de la entrega no sería el contrato en sí, sino la obligación de entrega del vendedor. En este caso, si el contrato fuese ineficaz, se dice, no es ineficaz la tradición, ni podría entablar

la inexistencia de causa el *accipiens* adquiere la propiedad, con lo que el *tradens* deja de ser propietario, de modo que no podrá actuar contra el adquirente mediante una acción real reivindicatoria, sino que deberá ejercitar una acción personal por el enriquecimiento obtenido injustamente, sin que pueda dirigirse contra terceros.

Por el contrario, si consideramos a la tradición como causal<sup>14</sup>, en el caso de que faltase la causa no se produciría el efecto traslativo de la

---

el transmitente una acción reivindicatoria, pero tampoco se transmite en todo caso el dominio. Los sostenedores de esta tesis entienden que la propiedad se transmite y que el *tradens* puede entablar la acción de pago de lo indebido, para la restitución (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», cit., págs. 567).

Ante este panorama cabe preguntarse cuál es la posición que ha seguido nuestro Código. Pues bien, éste no adopta una posición definida. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», cit., págs. 567, dice que «el Código menciona la tradición únicamente en el artículo 609... Es claro que esta manera de expresarse deriva de una mentalidad causalista, puesto que la tradición se configura como "consecuencia" de un contrato antecedente. Pero el argumento está muy lejos de ser decisivo. Porque ni se dice qué contrato es —aunque el uso del plural, "ciertos contratos", parece excluir la idea de un contrato abstracto traslativo— y porque tampoco se explica..., la especie del ligamen que existe entre la tradición y el contrato del que es consecuencia». En el art. 609 parece que se adopta una concepción causalista en el primer sentido de los anteriormente se han expuesto, pues la tradición aparece como "consecuencia" del contrato. También, la concepción causal de la tradición encuentra apoyo en los art. 1.462 a 1.464, en sede del contrato de compraventa.

Entiende DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», cit., págs. 568 y 569, que para determinar si la tradición en nuestro Derecho es causal o abstracta hay que ver si el efecto traslativo funciona o no con independencia de la justa causa y en qué medida la falta de causa repercute en la eficacia de la transmisión. Parece claro que si la ineficacia es la anulabilidad, la propiedad se ha transmitido, ya que el vicio de la causa no provoca la ineficacia de la transmisión, pues el contrato se considera válido y eficaz en tanto no sea anulado (aunque también puede pensarse que el contrato anulable no es válido ni eficaz en tanto no se produzca la convalidación).

Con mayor motivo, también hay transmisión del dominio en los casos de resolución y rescisión del contrato, pues el hecho determinante de la pérdida de eficacia en estos casos es posterior al contrato, y la justa causa no sería ineficaz. Habría, pues, contrato eficaz, es decir, junto con una voluntad de transmitir y de adquirir, es decir, justa causa, y tradición, al menos de una de las prestaciones, en el caso de resolución por incumplimiento, respecto de la cual sí habría habido transmisión de la propiedad.

<sup>14</sup> Los autores que en nuestro derecho defienden la concepción causal de la tradición lo hacen con apoyo en los siguientes argumentos (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, t. II, vol. 1, cit., págs. 308 y 309): 1) Que el sistema causal es el que tiene un mayor abolengo en nuestro derecho; 2) Que en ningún precepto de nuestro Código aparece la idea de que la tradición más la sola voluntad de las partes de transferir y adquirir el dominio tenga fuerza suficiente para producir tal efecto; 3) Que, al contrario, el art. 609 conecta de manera indisoluble el contrato con la tradición; y 4) Que el principio de autonomía de la voluntad, que puede justificar el negocio abstracto



propiedad, por lo que el transmitente continuaría siendo el propietario aunque hubiera perdido la posesión, con lo que para lograr la devolución de la cosa podría ejercitar una acción reivindicatoria, pudiendo dirigirse también contra terceros. Cabe por ello que nos preguntemos, ¿tendrá eficacia traslativa la *traditio* cuando el contrato que le sirve de causa resulta ineficaz?

En nuestra opinión la *traditio* no perderá su eficacia traslativa porque el contrato resulte ineficaz, pues hemos partido, al inicio de este epígrafe de que la ineficacia del contrato no afecta al contrato en sí, que en un principio era válido y eficaz, el título sigue siendo válido sólo se pierde la eficacia. Así pues, esta ineficacia únicamente origina una acción de restitución, pero no afectará a la transmisión de la propiedad que ya se había producido<sup>15</sup>.

---

dentro del Derecho de obligaciones, no puede ejercer idéntico influjo en el ámbito del Derecho de cosas, donde tiene un papel relevante el principio de orden público.

<sup>15</sup> Veamos el caso extremo, no de ineficacia sino de invalidez, es decir, el de la nulidad del contrato de compraventa, que es el que ha sido más estudiado por la doctrina, y la pregunta es: ¿se ha transmitido la propiedad cuando, una vez efectuada la tradición, el contrato es declarado nulo?

En principio el Código únicamente impone la obligación de la devolución de lo recibido (art. 1.303), "obliga" a la devolución. Parece como si, a pesar de la nulidad del título, la adquisición se hubiera realizado y naciera una obligación de restituir. Además, la situación sería idéntica, por imponer esta misma obligación de restitución, es decir, al utilizar la misma fórmula el art. 1.295 C.C., cuando el defecto no proviene del título, sino de la relación posterior, como en el caso de la resolución y la rescisión, a pesar de que el contrato no fuese inválido. Sin embargo, resulta evidente que la solución no puede ser la misma en estos casos.

MONTÉS PENADÉS, V.L., «La dinámica de los derechos reales (I). La adquisición», cit., págs. 108 y 109, dice que la «tradición se conecta al contrato antecedente, pero no de modo rígido o estricto: la nulidad del contrato no genera por sí mismo la nulidad de la transmisión, sino que hace nacer una acción de restitución (arts. 1.303 a 1.307 C.C.) y lo mismo ocurre en los casos de rescisión, revocación o resolución. Tampoco tiene un tratamiento absolutamente abstracto. No es irrelevante la irregularidad del negocio de que deriva la obligación que se cumple a través de la tradición. De una parte, porque las formas más espiritualizadas o simbólicas, que se incorporan... deben ser tratadas según las vicisitudes del contrato mismo. De otra parte, porque en todo caso del contrato nacerá una acción que es algo más que una acción de enriquecimiento, ya que pertenece al género de las acciones recuperatorias

Sin embargo, la situación no es tan sencilla, pues, «el dueño de una cosa sometida a resolución no es un completo dueño, como tampoco la propiedad plena está en la otra parte. Se produce una concurrencia de titularidades actual, pero resoluble una y expectante pero susceptible de plenitud la otra. (...) En el supuesto de condición resolutoria, nos hallamos ante una situación provisional con traslación posesoria en favor de quien eventualmente deberá restituir. Nos hallamos, pues, ante un verdadero propietario, pero con una titularidad debilitada por la posibilidad del evento»<sup>16</sup>, lo cual influye a

---

históricamente conocidas como *condictiones*. Una *condictio indebiti*, que permite recuperar la posesión de lo indebidamente entregado, pero que no se proyecta frente a terceros con los caracteres de una acción real recuperatoria. Cuando la cosa ha salido del poder del adquirente, el transmitente, que ha entregado la cosa en virtud de un contrato irregular, no puede reivindicarla cuando se enfrente a un adquirente de buena fe y a título oneroso, desde luego, pero tampoco frente a un adquirente que haya inscrito (art. 32 L.H.), y en todo caso ha de probar la mala fe del adquirente, pues la buena fe se presume»; y añade que «la acción que ejercita, pues, no se basa en su título de dominio, que irrevocablemente se ha perdido, sino en la inidoneidad de la adquisición realizada por el tercero, consciente de defraudar o lesionar un derecho ajeno». Sin embargo, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio Jurídico*, cit., pág. 481, afirma respecto a la acción de nulidad que «en otros casos, cuando se trate, por ejemplo, de reclamar la entrega o restitución de lo obtenido en base a un título nulo, será necesario el ejercicio de otra acción (p. ej., reivindicatoria, restitutoria)»; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2º, *Teoría general del contrato*, Barcelona, 1987, pág. 371, considera que «puede pensarse que si en cumplimiento de contrato nulo se entregó la posesión de un inmueble, podrá reivindicarse en plazo de treinta años...», y añade más adelante que «en ausencia de otra previsión legal, el contratante que realizó la prestación podría, bien reivindicar la cosa entregada, bien repetir lo indebidamente pagado o ejercitar una acción de enriquecimiento»; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, cit., pág. 173 y 174, dice que «el negocio jurídico traslativo ha de ser válido para servir de causa a la adquisición y correlativa pérdida del derecho real... la *traditio* carece de causa que le sirva de justificación jurídica. El transmitente, que conserva la titularidad dominical "no transmitida", podrá reivindicar con éxito, pues el adquirente no sólo carece de la titularidad dominical.

<sup>16</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.162 y 1.167.

PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. III, cit., pág. 233, afirman que «cuando una propiedad está sujeta a resolución..., existen siempre, necesariamente, dos propietarios frente a frente, uno de ellos propietario bajo condición

la hora de determinar cómo se lleva a cabo la restitución, pues esta, llamemosle "propiedad resoluble"<sup>17</sup>, en que no se ha producido una pérdida total de la propiedad por parte del transmitente<sup>18</sup>, favorecería el juego de la retroactividad real, y por tanto, una posible readquisición automática del dominio.

---

suspensiva y otro bajo condición resolutoria. Efectivamente, cuando una enajenación se halla suspendida por una condición, el desplazamiento de la propiedad está retardado por la condición pendiente. El enajenante es propietario pero provisionalmente, pues su propiedad quedará resuelta si la condición suspensiva se cumple en provecho del adquirente; el mismo acontecimiento que representa para uno la condición suspensiva, es para el otro condición resolutoria... La situación es compleja debido a que el mismo derecho tiene dos titulares, uno actual y otro posible, y sus actos dispositivos se refieren a una misma cosa durante un mismo periodo de tiempo».

<sup>17</sup> AUBRY, M.M. y RAU, G., *Cours de Droit Civil Français*, t. II, cit., pág. 574 y sigs. dedican un epígrafe al estudio de la propiedad revocable. Dentro de esta propiedad revocable incluye la que se encuentra sometida a condición resolutoria expresa o tácita.; PLANIOL, M.y RIPERT, G., en su *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. III, cit., dedica el punto 4 del capítulo III a la propiedad resoluble, donde precisamente estudian la situación de la propiedad pendiente una condición resolutoria.

También en Derecho italiano GIORGI, G., *Teorie delle obbligazioni*, t. IV, cit., pág. 350, dice que tanto la condición suspensiva como la resolutoria redoblan, por decirlo de alguna manera, el derecho de propiedad, atribuyendo, tanto al vendedor, como al comprador una especie de dominio resoluble, que en sus efectos es igual para uno como para el otro. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el derecho de obligaciones, concretamente respecto a los riesgos de la cosa; PELOSI, A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milán, 1974.

<sup>18</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario*, t. II, 1948, pág. 267, igualmente afirma que «también figuran dos derechos con sus dos respectivas titularidades. Se inscribe el derecho del adquirente, o sea un derecho pleno actual, si bien afecto a la contingencia de la condición resolutoria, pero asimismo aparece registrado a favor del transferente o de otra persona... el derecho condicional o expectativa resultante. En consecuencia, el Registro publica también dos titularidades, una, la del adquirente, que viene a ser propietario de la cosa..., y otra, a favor del transferente o de otra persona, es decir quienes devendrán dueños de la cosa transmitida caso de cumplirse la condición, y cuya titularidad, por tanto, tiene el carácter de condicionada o preventiva». Y, a continuación, alude al pacto de retracto para poner un ejemplo explicativo de esta situación.

29. *La readquisición del dominio*

Se ha producido, pues, la transmisión de la propiedad, pero el contrato se ha resuelto, ha dejado de producir efectos, y como consecuencia se impone a las partes la restitución de lo que hubieran recibido en virtud de éste. Se tendrá que restituir la cosa y se tendrá que restituir el precio o al menos la parte del mismo que hubiera sido entregada. Pero, al igual que era importante saber cuándo se produce la adquisición de la propiedad por los problemas que esto puede resolver, también lo es saber cómo y cuándo el que transmitió su propiedad la va a recuperar, si automáticamente en el momento mismo de la resolución o con efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato, o si bien, en un momento posterior tras el cumplimiento por el adquirente deudor de su obligación de restitución.

Una primera solución podría consistir en considerar que tal y como hemos expuesto, en este tipo de venta se produce el efecto traslativo del derecho de propiedad desde el momento en que se obtenga la posesión en concepto de dueño, es decir, desde la entrega, pero si se cumple la condición resolutoria, se considerará que el vendedor nunca ha dejado de ser propietario<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, B., Y ALGUER, J., traducción al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. I, vol. 1º, cit., págs. 192 y sigs; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pág. 247; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 105; GIMENEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, cit., pág. 434. Si bien limita esta consideración, innecesariamente, a los casos en que la resolución haya sido pactada por las partes, bien como condición resolutoria expresa, bien mediante la inclusión de un pacto resolutorio o de un pacto de retracto.

En el mismo sentido lo entiende el Tribunal Supremo en las recientes Sentencias de 9 de junio de 1992 (R.A. 5.176) y de 15 de junio de 1995 (R.A. 4.858).

Es decir, aunque hubiese contrato válido más tradición y debiera haberse transmitido el dominio, se dice que opera la ficción de considerar que el vendedor nunca perdió la propiedad de la cosa, que es prácticamente lo mismo que decir que en estos casos opera una retroactividad real absoluta, donde, una vez producida la resolución el vendedor adquiere automáticamente la propiedad como si nunca la hubiera perdido<sup>20</sup>.

Siguiendo con la adquisición automática, también cabe que el que transmitió la propiedad la readquiera automáticamente, pero no con efecto retroactivo real, es decir, sin que entre en juego la ficción de que nunca dejó de ser propietario. De este modo, se entendería que el transmitente readquiere automáticamente por efecto de la resolución, pero se admite que desde que entregó la cosa hasta la resolución, el propietario fue el adquirente. La resolución produciría en este caso un efecto real, pero no una retroactividad real.

Sin embargo, también puede considerarse que, mientras que el contrato obligaba a la entrega y si efectivamente se entregó hubo transmisión de la propiedad, la resolución obliga de nuevo a una reentrega, de modo que permita que el primitivo transmitente readquiera de nuevo la propiedad. Es decir, la propiedad no se readquiere automáticamente con la resolución, sino que ésta simplemente obliga al adquirente a que haga lo posible para retransmitirla, o, dicho de otro modo, el transmitente no readquiere la propiedad con la resolución, sino simplemente el derecho a que se le restituya<sup>21</sup>.

Tanto el art. 1.123 C.C. relativo a la resolución, que dice: «Los interesados, deberán restituirse lo que hubiesen percibido»; como el

---

<sup>20</sup> RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, cit., pág. 301.

<sup>21</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., pág. 363; CLEMENTE MEORO, M.E., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, cit., pág. 252.

1.295 C.C. de la rescisión, que dispone: «La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato», hacen referencia a una cierta obligación de restitución del comprador que parece avalar la segunda de las posibilidades a las que seguidamente nos referiremos. Sin embargo, estos artículos no solventan la duda de si lo que se obliga a restituir es la posesión de la cosa, entendiendo que la propiedad ha sido readquirida automáticamente desde la resolución, como parece desprenderse de esta segunda consideración a la que acabamos de hacer referencia, o si se debe restituir la posesión y la propiedad de la cosa.

Por lo tanto, el problema que se nos plantea es el de cómo se lleva a cabo la restitución y si se trata de una restitución de la propiedad o simplemente hay que restituir la posesión. Esto es, si el transmitente nunca perdió la propiedad, o la perdió pero la readquiere automáticamente, y por ello sólo debe restituírsele la posesión, o si, por el contrario, perdió la propiedad y con la restitución de la posesión la readquiere.

Esto coincide de algún modo con las dos posibilidades de retroactividad con las que nos encontramos; la de la retroactividad real, según la cual la readquisición se produce automáticamente por efecto de la resolución, y, por tanto, lo único que se debe restituir es la posesión, y la de la retroactividad obligacional, en virtud de la cual la parte se obliga a restituir la propiedad que le había sido transferida.

A) Primera posibilidad: el vendedor nunca ha dejado de ser propietario

La primera posibilidad es la que se produce cuando opera la retroactividad real. Como vimos se trata de que una vez resuelto el contrato la propiedad volvía automáticamente al vendedor. Así pues, consiste en considerar que con la resolución el vendedor deberá ser tratado como si nunca hubiera dejado de ser el propietario de la cosa, sin necesidad de que se lleve a cabo ningún otro acto traslativo del dominio para recuperar su propiedad.

Es decir, de acuerdo con lo que hemos expuesto anteriormente, parece que se acude a la ficción de considerar que el vendedor nunca ha dejado de ser propietario. Consecuentemente, la transferencia de la posesión al comprador se hizo en concepto de dueño, pero la titularidad dominical que recibió no era una titularidad pura y simple, sino lo que se ha venido a llamar una "propiedad resoluble"<sup>22</sup>. De este modo, al cumplirse la condición, el comprador que obtuvo la posesión en concepto de dueño condicional pasa a ser poseedor en concepto distinto al de dueño, como precarista, «por acuerdo de *constituto posesorio* convenido al perfeccionarse el contrato y para el supuesto de resolución»<sup>23</sup>.

Si no se produce la resolución del contrato, bien porque la condición resolutoria queda incumplida definitivamente, no se ejercita el retracto en plazo o faltan sus requisitos, o se produce

---

<sup>22</sup> MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.162 y 1.167.

<sup>23</sup> GIMENEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, cit., pág. 434.

normalmente el pago del precio y la entrega de la cosa, el comprador<sup>24</sup> consolidará la adquisición del derecho de propiedad desde el momento en que se le realizó la entrega del bien, y pasará a ser un propietario adquirente por compra como cualquier otro, sin que pueda perder ya su propiedad por efecto de la resolución.

Pero si el contrato se resuelve, la transmisión del dominio queda desvirtuada, por ineficacia sobrevenida de la causa, es decir, del contrato de compraventa, y las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de su celebración, como si éste nunca hubiese existido, de modo que el vendedor deberá ser considerado como un propietario que en ningún momento ha perdido su propiedad.

Esta parece ser la solución que se desprende de la Sentencia de 21 de diciembre de 1995 (R.A. 9.429), en la que se dice, respecto a el cumplimiento de una condición resolutoria expresa, que «en consecuencia, el suceso previsto y futuro no tuvo lugar, lo que autorizó el acceso al tráfico del contrato con toda su carga y efectos, de la resolución pactada (artículo 1.506 del Código Civil en relación al 1.114), que llevó a cabo el vendedor a medio de carta incorporada al acta notarial de 1 de septiembre de 1986, con lo que de esta manera recuperó el dominio y plena disponibilidad de la finca, de tal modo que su enajenación a sus nietos, los recurridos don Francisco y don Narciso R. E., se presenta válida, conforme a la escritura que la refleja, otorgada en fecha 20 de febrero de 1987, y causó la inscripción registral sexta».

Según esta teoría, durante la pendencia de la condición, o, en tanto no se pague la totalidad del precio si la cosa ha sido ya entregada

---

<sup>24</sup> Aunque hablemos de comprador o vendedor, entiéndase adquirente y transmitente, aplicable, pues, a cualquier otro contrato traslativo del dominio. Y, respecto a la resolución por incumplimiento, aunque normalmente nos refiramos al comprador como incumplidor por no pagar el precio, es indiferente si la que incumple es una u otra parte.



por el propietario vendedor, coexisten dos titulares condicionales del dominio: el titular actual condicional, que será el vendedor con condición suspensiva y será el comprador con condición resolutoria, y otro titular condicional, que será el comprador bajo condición suspensiva y el vendedor bajo condición resolutoria<sup>25</sup>.

Concluyendo con esta posibilidad, dice GIMENEZ ROIG que «el vendedor acaso necesitará pedir la *devolución de la posesión* inmediata de la cosa, pero no necesita pedir la *retrotransmisión de la propiedad*»<sup>26</sup>. Por ello, una vez que se produce la resolución del contrato, el comprador no está obligado a entregar de nuevo la posesión en concepto de dueño al vendedor para que éste readquiera el dominio.

Sin embargo, el citado autor añade que el vendedor «no readquiere el dominio como ocurriría si se hubiera convenido y cumplido una retroventa seguida de tradición». Parece, pues, que no ocurre lo mismo en el retracto convencional. No se ha de confundir, continúa diciendo, la venta con eficacia traslativa sometida a condición resolutoria o a la posibilidad de resolución por incumplimiento de los artículos 1.504, 1.505 y 1.124 C.C, con la venta que faculta expresamente al vendedor a readquirir la propiedad o retracto convencional del art. 1.507, que afecta al tercero civil y al tercero registral si consta inscrito el derecho a retraer, según el art. 1.510 C.C.

Ahora bien, no queda claro por qué se da por hecho que en el retracto convencional, donde en cierto modo lo que se produce no es otra cosa que la resolución del contrato, la solución deba ser distinta a la que se propone para los demás supuestos de resolución. Así, ante la

---

<sup>25</sup> GIMENEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, cit., pág. 436.

<sup>26</sup> GIMENEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, cit., pág. 434.

resolución producida por el ejercicio del retracto, parece desprenderse de la anterior afirmación que este autor admite que la restitución consiguiente debe ser de la propiedad, lo cual es un punto débil en su argumento, puesto que nada impide aplicar esta misma solución a los demás casos de resolución en los que la propiedad también se había transmitido.

Además, respecto a la resolución por ejercicio del retracto convencional, tanto el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 1951 (J.C. 178)<sup>27</sup>, como la Dirección General de Registros y de Notariado, en las Resoluciones de 22 de julio de 1910 (J.C. 108), de 5 de noviembre de 1919 (J.C. t. IV, nº 2), y de 27 de mayo de 1926 (J.C. 183)<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> En la Sentencia de 26 de mayo de 1951 (J.C. 178) se establece que «el retracto convencional significa un derecho de resolución de la compraventa por el cual el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida mediante la devolución del precio percibido, pago de los gastos que la Ley señala y cumplimiento de las prestaciones que hubieran pactado los contratantes, y una vez ejercitada aquella facultad por el vendedor, se produce la resolución del contrato con efecto retroactivo, como si el comprador no hubiese enajenado», con lo que parece que se está refiriendo a la retroactividad real.

<sup>28</sup> También la Dirección General de los Registros ha considerado en alguna de sus resoluciones que la recuperación de la propiedad se produce de manera automática por el vendedor cuando éste ejercita el retracto. Así, la Resolución de 5 de noviembre de 1919 (J.C. t. IV, núm. 2), dice que «el ejercicio del derecho de retracto por el vendedor o por su derechohabiente dentro del plazo fijado en la inscripción repone las cosas, según los términos de la Resolución de 22 de julio de 1910 (J.C. 108), al estado que tendrían si la venta no se hubiese verificado, suponiéndose en cierto modo que el vendedor no ha dejado de ser propietario y recobra la cosa vendida en su primitivo estado...», añadiendo que, si no se ejercita el retracto, una vez el comprador deviene «dueño irrevocable del objeto vendido, si bien puede devolverlo al primitivo (por medio de) una promesa de venta que hubiera nacido o vivido fuera del Registro, nunca coseguirá dar a esta reventa los efectos resolutorios de la retroventa, sino que, como los mismos nombres indican, provocaría una transferencia orientada hacia lo porvenir, en vez de revocar el dominio con modalidad retroactiva».

De esta Resolución se desprende que la Dirección General de Registros cuando habla de retroactividad se refiere únicamente a retroactividad real. Desconoce pues la retroactividad obligacional, pues no considera la celebración de un nuevo contrato que tenga también por finalidad colocar a las partes en la situación en que se encontraban al celebrarse el contrato.

Igualmente, la Resolución de 27 de mayo de 1926 (J.C. 183) considera que el pacto de retroventa «aparece en el artículo 1.506 como una verdadera causa de resolución, de suerte que al ejercitar su derecho el primitivo vendedor dentro del plazo señalado no

han admitido que la readquisición se produce automáticamente. Igualmente, hay autores que también han sostenido esta idea<sup>29</sup>.

El fundamento de esta retroactividad real, o mejor dicho, de esta readquisición automática de la propiedad del vendedor se encuentra sencillamente en la ley, o, en la interpretación que se debe dar a esta

---

perfecciona su nuevo contrato de compra con transferencia completa de propiedad, sino que provoca el desenvolvimiento de una condición establecida en el contrato primitivo y coloca las relaciones patrimoniales en el mismo estado en que se hallaban cuando dicha enajenación se llevó a efecto».

<sup>29</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q.- BONET RAMÓN, S., *Código Civil*, t. XXIII, vol. 2º, cit. pág. 364, ha señalado que «ejercitado el derecho de retracto que el vendedor se había reservado, se operó la resolución de la compraventa, anulándose la relación creada, porque, como tiene declarado la Sala en Sentencias de 23 de junio de 1925 y 28 de diciembre de 1946, la resolución equivale a invalidar y disolver el vínculo jurídico, dejando las cosas en la situación que tenían antes de invalidarse el contrato».

El citado autor añade en la pág. 366, que «los autores han negado al nuevo acto el nombre de recompraventa o rescate, y aun la categoría de contrato, para reputarlo *distractus* o resolución de la venta efectuada, sin necesidad de nueva tradición, como si el vendedor no hubiere transferido nunca la propiedad de la cosa, y tal concepto jurídico se halla exactamente incorporado a la denominación "retracto", cuya etimología indica que mediante un acto material el antiguo vendedor vuelve a tomar posesión de la cosa *rurus ad seam trahit*. Este autor alude a la opinión de otros autores, pero no especifica de qué autores se trata. A lo anterior añade que «para modelar esta figura en la técnica civil moderna, se ha dicho por eminentes jurisconsultos que el primitivo comprador se ha obligado directamente en la cláusula del anterior contrato a devolver la cosa adquirida sin necesidad de nueva declaración de transferencia... y, en fin, hasta se ha llegado a asegurar que el ejercicio del retracto equivale a un negocio jurídico "unilateral", por el que se acredita al primer vendedor como comprador, y viceversa, se transforma en vendedor al que era comprador, en virtud de los poderes contenidos en el contrato primitivo».

Igualmente, afirma GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III y IV, Barcelona, 1973, pág. 766, que «el vendedor vuelve a ser propietario... con el mismo título que tenía antes de haberla vendido; él no la adquiere del comprador». Sin embargo, nos parece excesivo decir que el vendedor vuelve a ser propietario, o mejor, sigue siendo propietario, en virtud del mismo título que tenía, pues ahora lo es en virtud del ejercicio de un derecho real de adquisición.

Más modernamente también RUBIO TORRANO, E., «Comentario de los arts. 1.507-1.520», *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Madrid, 1991, pág. 990, sigue afirmando que «si el vendedor ejercita dentro del plazo su derecho a retraer, queda resuelta la venta con carácter retroactivo, y se supone que el retrayente no ha dejado nunca de ser su dueño».

ley<sup>30</sup>. El art. 609 C.C. dispone que «la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por ley».

---

<sup>30</sup> La referencia a la adquisición por ley es bastante reciente. No aparece en el art. 548 del Proyecto de 1951, ni tampoco en el art. 606 del Anteproyecto del Código Civil, antecedente inmediato del art. 609 actual.

Uno de los supuestos de adquisición por ley es el que se produce por el beneficiario de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, y lo mismo puede decirse, respecto de los bienes muebles, según lo dispuesto en el art. 464 C.C. Ambos casos son relativos a las adquisiciones que se producen *a non domino* que implican la adquisición de la propiedad para el contratante de buena fe, bien desde la inscripción de su derecho, bien desde que obtiene la posesión, y la consiguiente pérdida de su dominio para el anterior propietario.

Otro es el que se produce por expropiación o por enajenación forzosa. Podemos considerar como enajenación forzosa a las llamadas ventas judiciales, las realizadas en virtud de providencia administrativa o resolución gubernativa. Estas ventas se caracterizan porque en ellas interviene un juez u otra autoridad pública y se llevan a cabo contra la voluntad del vendedor, de modo que su intervención en la venta lo es sólo en virtud del mandato judicial.

Respecto a la naturaleza jurídica de la enajenación forzosa, la doctrina no es unánime. Los procesalistas la definen de forma general diciendo que se trata de la actividad procesal que tiende a utilizar el valor en cambio de los bienes embargados, logrando con ellos una cantidad de dinero (MONTERO AROCA, J., «La realización de los bienes embargados», en *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil 2º, Barcelona, 1989, pág. 141). Tradicionalmente se le ha atribuido naturaleza de contrato de compraventa, pues la propia L.E.C. se refería en múltiples preceptos a «venta» para aludir a la misma, a comprador, e incluso a «escritura de venta» (véanse los arts. 922, 1.482, 1.498, 1.512, 1.513, 1.514, 1.515 y 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). MONTÉS PENADÉS, V. L., «La dinámica de los derechos reales (I). La adquisición», cit., pág. 110, dice que «en el lenguaje usual se suele asimilar estos supuestos a una compraventa, si bien señalando su carácter forzoso para el seudovendedor», pero actualmente existe una tendencia a rechazar que tenga tal naturaleza. Se dice, pues, que no se trata de un contrato, sino de un acto del proceso de ejecución, y su base no es un negocio jurídico entre el juez y el adquirente, sino el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Ahora bien, incluso los autores que rechazan que la enajenación forzosa tenga naturaleza de contrato de compraventa terminan por admitir que necesariamente existen semejanzas con la compraventa civil y que ello permite que en ocasiones pueda acudir a normas reguladoras de la misma para aplicarlas por analogía. Así, entre la doctrina civilista más destacada hay quién las sitúa en los contratos de compraventa especiales (ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, II, vol. 2º, cit., pág. 64), o bien, quien dice que se trata de una forma o procedimiento de celebración de un contrato (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., en *Fundamentos ...*, vol. I, cit., pág. 300, donde manifiesta que «el mecanismo de la subasta constituye un medio autónomo de contratación»). También entre los procesalistas se admite su naturaleza de verdadero contrato, no civil, sino procesal, e incluso hay quien sigue sosteniendo que se debe reconducir a una venta directa al ejecutante o a terceros.

En este caso es la ley, el Código Civil, el que establece que una vez resuelto el contrato las cosas objeto del mismo vuelven a sus primitivos propietarios, incluso con independencia de que técnicamente se admita que ha habido traspaso de la propiedad, puesto que resuelto el contrato entrará en juego la ficción de que la propiedad no se perdió.

---

Cabe plantearse, pues, si se admite su naturaleza de contrato, si el supuesto debemos seguir incluyéndolo dentro de las adquisiciones por ley, o si debemos situarlo de nuevo dentro de las que se producen a través de ciertos contratos mediante la tradición. Dicho de otro modo, ¿es necesaria, dada su posible naturaleza de contrato, la entrega del bien enajenado forzosamente para que se produzca el efecto traslativo del dominio, o por el contrario una vez que se adjudica el bien se adquiere la propiedad sin necesidad de posterior tradición?

Según la Ley de Enjuiciamiento Civil se otorga la escritura de adquisición de la cosa a cambio de una suma de dinero entregada. El juez adjudica y formaliza una prueba documental de la transmisión que se opera por la adjudicación y el pago del precio, por lo que parece no ser necesaria la tradición complementaria, aunque sí se habla de una posterior «puesta en posesión» del bien adjudicado. Por ello, el momento de transmisión de la cosa se entiende que es el momento del pago del precio, si es posterior al momento de la perfección de la compraventa especial, haya sido o no entregada la cosa.

Nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a esta cuestión considerando a la venta judicial como un verdadero contrato en el que para que se produzcan los efectos traslativos del dominio deben concurrir título y modo. Así lo vemos en la Sentencia de 11 de julio de 1992 (R.A. 6.280), en la que se dice que «la más reciente doctrina de esta Sala —contenida en las sentencias de 30 de octubre de 1990 (R.A. 8.268) y 1 de julio de 1991 (R.A. 5.311)— ha venido a cambiar el anterior criterio jurisprudencial, en el sentido de que la aprobación judicial de la subasta, al entrañar la perfección del contrato (como dice la primera de ellas) o la consumación del mismo (como afirma la segunda)..., con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o "ficta", al no ser "numerus clausus" la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los arts. 1462. 2º a 1464 del C.C. —Sentencias de 31 de diciembre de 1983 (R.A. 5.852) y de 20 de octubre de 1989 (R.A. 6.945), entre otras— con lo que, consumada ya la venta por la concurrencia de título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada), el posterior otorgamiento de la escritura pública... no será necesaria para que... concurra el requisito de la tradición... al haberse producido ya la misma con anterioridad en la forma "ficta" o simbólica antes expresada».

De este modo, si bien la venta judicial no es una verdadera compraventa en el sentido del art. 1.445 C.C., y en último término la propiedad se adquiere por ley, pues es esta la que legitima al juez para suplir la voluntad del "vendedor", hay que admitir que la forma y los requisitos que debe tener son los de un contrato de compraventa.

Respecto a la adquisición de la propiedad por ley, la doctrina afirma que debe rechazarse la mención de la ley como un modo de adquirir distinto de los demás, porque la expresión "por ley" «es de índole general e incluye, sin duda alguna, todas aquellas maneras o modos de adquirir la propiedad reconocidos como tales por alguna ley, que no consistan en la voluntad dispositiva del propietario transmitente manifestada en las tres formas tipificadas por el precepto, es decir, que no sean la delación sucesoria aceptada, la donación aceptada o el contrato de compraventa ordinaria... seguido de la tradición<sup>31</sup>».

Es decir, realmente es inexacta la referencia a adquisición «por ley», pues, como opina la doctrina mayoritariamente, los derechos sobre los bienes no se adquieren o se transmiten por ley (no se dicta una ley para decir que una determinada persona adquirirá un derecho de propiedad sobre un bien), sino que la ley atribuye a ciertos hechos la producción automática de la adquisición del dominio.

Cuando el Código Civil impone a las partes la restitución recíproca de las prestaciones debe entenderse que sólo obliga a la restitución de la posesión porque ya ha determinado que el dominio sobre cada una de las prestaciones ha vuelto a su primitivo propietario desde la resolución.

---

<sup>31</sup> GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, cit., pág. 404, a lo que añade que «la expresión general "por la ley", acaso con mayor acierto, podía haberse situado después de las palabras "mediante la tradición" como un etcétera, pero quizá se pensó en que el rango de la ley es superior al de la voluntad humana y por ello se colocó en primer lugar dentro del párrafo». También PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., en *Anotaciones al Tratado, de Derecho Civil III, I, Derecho de cosas*, de ENNECCERUS, KIPP, WOLF, cit., pág. 352, apuntan que «la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por la ley no hace referencia a ningún modo concreto de adquisición, sino que alude globalmente a múltiples preceptos dispersos por el Código civil y por las demás Leyes».

B) Segunda posibilidad, el vendedor transmitió la propiedad y ahora debe recuperarla

La segunda posibilidad, en cierto modo, se puede corresponder con la retroactividad obligacional, aunque también puede afirmarse, como se ha hecho, que el efecto restitutorio es obligacional pero no retroactivo, produciendo únicamente efectos *ex nunc*.<sup>32</sup> En cualquier caso, el comprador ha adquirido la propiedad de la cosa, con lo que al resolverse el contrato debe restituir tanto esta, como la propiedad que había adquirido sobre ella.

Para PINTÓ<sup>33</sup> «dentro de la construcción actual que todavía impera en nuestro Derecho, por lo que se refiere a la adquisición de los derechos reales (nos referimos a la teoría del título y el modo), es evidente que la resolución operada automáticamente, sin necesidad de acudir a juicio, afecta de inmediato al título obligacional, lo que mediatamente repercute en el adquirente del derecho real, quien se halla con que ha adquirido este último, con un modo, sin título, lo que invalida indirectamente el modo...».

No compartimos, sin embargo, la idea de que la resolución afecta al título. Al contrario, como ya hemos visto en alguna ocasión, en nuestra opinión, la resolución del contrato, a diferencia de lo que ocurría con la nulidad, deja intacto tanto el título como el modo, no afecta al contrato en sí, sino a la vida o desarrollo posterior de este.

Pese a la afirmación anterior, el autor, con mejor criterio continúa diciendo que «lo que ocurre es que, en virtud de la situación

---

<sup>32</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit. pág. 533, que considera que la acción resolutoria del 1.124 C.C. es personal *ex nunc* y de efecto restitutorio obligacional y no retroactivo.

<sup>33</sup> PINTÓ RUIZ, J.J., «La condición resolutoria tácita», cit., págs. 398-399.

especialísima que se ha producido, el aparente titular del derecho real viene obligado a realizar el correspondiente contra-negocio dispositivo, cosa que si no realiza serán indudablemente los Tribunales quienes podrán en definitiva imponer la correspondiente retro-transmisión. Lo que queremos decir, en suma, es que la resolución que opera el art. 1.124 *impone* y hace *necesaria* la correspondiente retro-transmisión, pero *no la produce*.».

Considera, por otro lado, DELL'AQUILA, dentro de esta misma posición doctrinal, que si en Derecho español el contrato no produce efectos reales, sino que tan sólo tiene fuerza obligatoria, su resolución, de igual modo, sólo producirá efectos obligatorios, pues de otro modo se llegaría al absurdo de que la resolución del contrato tendría más eficacia y produciría más efectos que su perfección. Es decir: «si el contrato es incapaz de producir efectos reales no es posible que los tenga su resolución»<sup>34</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, el autor añade que «la resolución del contrato, impone al contratante infiel sólo un deber de retro-transmitir el derecho real por medio de un negocio dispositivo, y no produce directamente esta retro-transmisión, por eso no hace volver de una forma inmediata y automática las partes a la situación jurídica anterior a la conclusión del contrato». Así pues, el autor termina rechazando el efecto retroactivo de la resolución, aunque, en nuestra opinión, lo que verdaderamente rechaza es la retroactividad real y no la obligacional.

En otro sentido, también se plantea este autor «si el contrato de compraventa irregular, nulo o anulable —o resuelto— permite o no al

---

34 DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral...*, cit., págs. 202-203; PÉREZ, GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. I, 2º, vol. 2º, cit., págs. 667 y 718, donde afirman que es necesaria la tradición para la retransmisión de la propiedad.



vendedor recuperar la cosa vendida mediante el ejercicio de acciones reales o si, por el contrario, efectuada la entrega queda entre las partes la mera posibilidad de acciones personales, pues la propiedad ya ha sido transmitida de modo irreversible». Así, si perdió la propiedad, como ocurre cuando se ha celebrado un contrato pendiente de resolución o resuelto, y se entrega la cosa, no podrá ejercitar la acción reivindicatoria, a diferencia de lo que, en nuestra opinión, ocurría cuando el contrato era nulo aunque se hubiese efectuado la tradición, pues no se había producido la transmisión de la propiedad<sup>35</sup>.

Surge, pues, la obligación de hacer nuevamente propietario al vendedor que ha perdido su dominio sobre la cosa. Pero todavía se plantean las dudas de cómo se llevará a efecto esta obligación, y qué deberá hacer el comprador para restituir la propiedad. Para dar respuesta a estos interrogantes de nuevo hemos de acudir a los modos de adquirir la propiedad en nuestro Derecho, pues se trata de que el vendedor adquiera nuevamente la propiedad que perdió.

Veamos ahora, partiendo de que la resolución no retransmite automáticamente la propiedad, sino que impone la obligación de retransmisión, cómo debe cumplirse ésta, es decir, qué deberá hacer el que ha visto resuelto su derecho para restituir la propiedad de la cosa.

Siendo que con la resolución del contrato no se produce la readquisición de la propiedad automáticamente, sino que nace una obligación de restitución a cargo del comprador, estamos otra vez ante la necesidad de efectuar una transmisión del dominio, y es el art. 609

---

<sup>35</sup> Véase, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pág. 481; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2º, Barcelona, 1987, pág. 371; LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual...*, cit., pág. 173 y 174; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La dinámica de los derechos reales (I). La adquisición», cit., págs. 108 y 109.

C.C. el que establece cuáles son los modos de adquirir la propiedad en nuestro Derecho<sup>36</sup>.

De los modos que enumera este artículo, es obvio que la readquisición que se produce como consecuencia de la resolución del contrato no se produce ni por ocupación, ni por donación ni por sucesión testada e intestada. De modo que, además de la adquisición

---

<sup>36</sup> El art. 609 C.C., se encuentra situado dentro del Libro III, titulado "De los diferentes modos de adquirir la propiedad", y enumera los modos de adquirir la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes del siguiente modo: «La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.»

Entre los modos de adquisición de la propiedad se suele distinguir, entre otras clasificaciones, entre originarios y derivativos. MONTÉS PENADÉS, V.L., «La dinámica de los derechos reales (I). La adquisición», cit., pág. 91, también dice que «los modos originarios generan la adquisición independientemente de cualquier otra persona: el derecho nace para el titular sin conexión ni dependencia con otra titularidad anterior. Los modos derivativos producen la adquisición del derecho con base en un precedente derecho que tenía otra persona y por tanto con la misma extensión y las mismas restricciones que tuviere el derecho en poder del titular anterior». La adquisición originaria se produce cuando el derecho de dominio se obtiene por una persona sin existir relación jurídica alguna con el titular anterior. Ello puede obedecer, cuando se adquiere por ocupación, a que la cosa carezca de titular, pero también puede ocurrir que, aun habiendo un titular legítimo, la adquisición no traiga causa del mismo, sino que se obtenga en su contra, como ocurre en la usucapión. Los párrafos primero y tercero del art. 609 recogen los modos de adquirir originarios. La adquisición derivativa, que es la que ahora nos interesa, tiene lugar cuando la adquisición del dominio por una persona trae causa del titular anterior del derecho, ya que se ha producido una relación jurídica entre ambos sujetos que ha existido con el mismo. Dentro de la adquisición derivativa podemos distinguir, a su vez, entre traslativa y constitutiva. La adquisición derivativa traslativa se da cuando el adquirente adquiere un derecho cuyo contenido coincide íntegramente con el derecho propio del transmitente, como la adquisición del pleno dominio; y la constitutiva, cuando el contenido del derecho adquirido es sólo una parte del contenido del derecho del anterior titular, es decir, la adquisición de un derecho real de carácter limitado sobre una cosa ajena, como el usufructo, las servidumbres, la hipoteca, etc.; LALAGUNA DOMINGUEZ, E., «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», en *R.D.P.*, 1973, pág. 386.

El párrafo segundo del art. 609 C.C. se refiere a los modos de adquirir derivativos, por los que «se adquieren y transmiten» la propiedad y los derechos reales, y son la donación, la sucesión testada y la intestada, la ley, y ciertos contratos mediante la tradición.

por ley, a la que haremos referencia en el apartado siguiente, hemos de centrarnos nuevamente en el contrato más tradición, acudiendo otra vez a la teoría del título y el modo.

Es decir, una primera posibilidad, que es a la que vamos a dedicarnos en este momento, es que para la transmisión, o retransmisión en este caso, de la propiedad, deberá jugar de nuevo la concurrencia de título y modo. Nos encontramos, sin embargo, con que respecto del modo, entrega o tradición, no hay ningún problema siempre que el comprador todavía tenga la posesión, pues bastará con que el comprador entregue nuevamente la cosa al vendedor. Pero, ¿cuál sería el título? Ante esta cuestión se nos ofrecen dos soluciones.

Una posible solución es la de considerar que el único título válido que sirve de justa causa a la tradición que impone la ley es un nuevo contrato traslativo del dominio. Esto supondría que para la restitución de prestaciones comprador y vendedor deberían celebrar un nuevo contrato de compraventa, en el que sus posiciones en el mismo se inviertan, de modo que el antiguo comprador actuará ahora como vendedor, y el antiguo vendedor será el nuevo comprador. En este contrato, la cosa que constituiría su objeto sería la misma, siempre que se tratase de una cosa cierta y determinada, u otro tanto de la misma especie y calidad, si era una cosa genérica.

Esta solución, la de la restitución de la propiedad mediante la celebración de un nuevo contrato de compraventa, parece ser posible en el retracto convencional, puesto que lo normal es que cuando se ejercita el retracto la cosa haya sido entregada y se haya pagado el precio, de modo que si ambas prestaciones han sido cumplidas y se ha consolidado la propiedad de las cosas que constituyen su objeto por sus nuevos adquirentes, se ve más claramente la posibilidad de celebración de un nuevo contrato de compraventa en el que las posiciones de las

partes se inviertan y que verse sobre los mismos objetos<sup>37</sup>. No se plantearán problemas, por tanto, relativos a la restitución del precio, o, lo que es lo mismo, al precio del nuevo contrato. Además, es el propio Código civil el que establece cuál debe ser el "nuevo precio", puesto que el art. 1.518 C.C. dispone: «El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además:

1º Los gastos del contrato, y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

2º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida».

El precio del nuevo contrato estará constituido, en primer lugar, por el precio de la primera venta (y no el mayor o menor valor de la cosa al tiempo de ejercitarse el retracto) sin los intereses que hubiera producido, pues éstos se entienden compensados con los frutos. Además de éste constituye el precio de la nueva venta los gastos del contrato, como los gastos de la escritura, de inscripción en el Registro, impuestos sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, etc., y otros pagos legítimos hechos para la venta, así como otros gastos necesarios y útiles hechos en la cosa, y ello porque se trata de que el retracto no lesione lo más mínimo el patrimonio del

---

<sup>37</sup> JOSSE RAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, vol. II, cit., pág. 604. Afirma MUCIUS SCAEVOLA, Q.- BONET RAMÓN, S., *Código Civil*, t. XXIII, vol. 2º, pág. 359, que «la doctrina francesa caracteriza al retracto convencional como una facultad de volver a comprar que se reserva el vendedor, que podrá readquirir su bien, reembolsando al comprador el precio y los gastos».

Sin embargo, cuando parece clara la necesidad de un nuevo contrato para la readquisición del bien, añade: «No habrá una venta seguida en sentido inverso de una retroventa, sino que habrá concluido una sola venta, que se encontrará extinguida retroactivamente, tratándose, por tanto, de una venta bajo condición resolutoria». Lo que sí parece desprenderse de esta afirmación es que el autor admite que la restitución se produce gracias a la retroactividad real ante el cumplimiento de una condición resolutoria.

primer comprador, que se considera a estos efectos poseedor de buena fe<sup>38</sup>.

Sin embargo, nuestra doctrina, como ya hemos apuntado, no es unánime a la hora de considerar si tras el ejercicio del retracto la readquisición de la propiedad es automática, o, por el contrario, son las partes las que quedan obligadas a restituirse. Por lo general la doctrina actual, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, rechaza, o al menos duda de la retroactividad real, pero tampoco se decanta claramente por la necesidad de una nueva venta. Así, se dice que «en puridad cabría sostener que... el vendedor readquiriría automáticamente la propiedad de la cosa vendida a retro, incluso aunque el retracto se ejercitara extrajudicialmente», pero acto seguido se reconoce que «en la práctica las cosas pueden no ocurrir así, siendo al menos aconsejable el otorgamiento de escritura de retroventa con constancia en el Registro para asegurar su eficacia *erga omnes*. Sin dilucidar aquí el problema de si en tales casos se produce, como quiere COSSÍO una venta nueva y distinta, parece claro que el retraído queda sujeto a la obligación accesoria de otorgar escritura de retroventa (vid. sentencia de 30 de octubre de 1946) y de entregar o restituir la cosa comprada»<sup>39</sup>

Pero cabe plantearse qué sucede con el precio en los restantes casos de resolución (o con la cosa, si lo que ocurrió es que se pagó el precio pero no se entregó la cosa). Si se pagó sólo parte del precio acordado, parece ser que deberá restituirse con sus intereses, y que éste será también el precio de la nueva compraventa, con las oportunas

---

<sup>38</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q.- BONET RAMÓN, S., *Código Civil*, t. XXIII, vol. 2º, cit., pág. 370, considera que el comprador es un poseedor de buena fe al que, como tal, se le deben reconocer todos los derechos y ventajas. Sin embargo, esto no tiene por qué ocurrir siempre así, ya que puede ceder la posesión al vendedor o a un tercero, y además no tiene por qué ser siempre de buena fe.

<sup>39</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al art. 1.518 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIX, cit., pág. 611.

reducciones, por otro lado, si la cosa se devuelve desmejorada. El problema surge si nada se pagó, puesto que si se resolvió el contrato precisamente por incumplimiento de la obligación del pago del precio, el vendedor no recibió nada y, por tanto, nada deberá restituir. Por lo que nos encontraríamos ante un contrato de compraventa en el que falta uno de sus elementos como es el precio, sin el cual no se puede hablar de compraventa (y lo mismo en otros contratos traslativos del dominio, por ejemplo, una permuta en la que solo entrega una parte pero no recibe nada a cambio).

GIMÉNEZ ROIG dice que «según el Derecho alemán, si se condiciona resolutoriamente el contrato de venta de una finca en caso de impago del precio, cumplida la condición procede que el comprador, quien obtuvo el dominio por negocio dispositivo, acuerde y actúe con el vendedor una nueva *Auflassung*, o nuevo negocio jurídico abstracto, traslativo del dominio, por la que el vendedor vuelva a ser propietario, sin perjuicio de haber pertenecido al comprador en el periodo intermedio»<sup>40</sup>. Por lo tanto, la solución que ofrece el Derecho alemán se asemeja bastante a la necesidad de una nueva compraventa, puesto que se requiere un nuevo acuerdo.

¿Qué ocurriría en los Derechos francés e italiano en los que la propiedad se transmite por el mero consentimiento de las partes? En nuestra opinión, en estos ordenamientos es más fácil que pueda hablarse de retroactividad real (si bien relativa respecto a terceros), o incluso de un nuevo contrato de compraventa, cuando ambas prestaciones fueron cumplidas y ambas deben restituirse, puesto que si la propiedad se transmite por el mero consentimiento, cuando la

---

<sup>40</sup> GIMENEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, cit., pág. 435, emplea el término alemán *Auflassung* donde debería haber utilizado *Einigung*, relativo al negocio jurídico abstracto, puesto que la *Auflassung* era una especie de cesión judicial o entrega solemne de la posesión que se realizaba en el Derecho feudal, y que es el origen de su actual acto de transmisión e inscripción en el Registro de la Propiedad.

resolución del contrato ha sido consentida por ambas partes este consentimiento ya incluye el de la retransmisión de la propiedad, pues lo lógico será que si se consiente la resolución se consientan también sus consecuencias. Y si la resolución no fue consentida por alguna de las partes, sino decretada judicialmente, será la voluntad del juez la que supla la de aquella de las partes que se opone a la resolución, de modo que también se readquirirá en virtud de este concurso de voluntades.

Sin embargo, en nuestro derecho no es la celebración de un nuevo contrato la solución más adecuada para todos los casos, porque por un lado la propiedad no se transmite por el mero consentimiento, y, por otro, porque sigue en pie el problema de la falta del precio (o de la cosa), es decir, la restitución de una sola de las prestaciones cuando fue cumplida una sola de ellas. Hemos de encontrar otro título, distinto a un nuevo contrato, que sirva de justa causa a la tradición.

La otra solución a que nos hemos referido y que visto lo anterior parece más adecuada es considerar que el título no es otra cosa que la propia resolución del contrato<sup>41</sup>. Producida la resolución del contrato deben restituirse las prestaciones, así que la resolución más la nueva entrega equivaldría a título y modo, con lo que se produciría el efecto traslativo del dominio. Solución que está muy cercana a la de la adquisición por ley. De este modo, sólo cuando se produce la nueva entrega se puede considerar readquirida la propiedad por el que la transmitió. Esto es así porque si el incumplidor restituye es como consecuencia de una obligación derivada de la resolución.

Por consiguiente el título de ese modo o entrega es la resolución misma, tanto si el incumplidor restituye voluntariamente como si se

---

<sup>41</sup> GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, cit., pág. 374, entiende que «puede decirse con palabras actuales, que título significa el supuesto de hecho al que la ley confiere el efecto traslativo».

lo impone la autoridad judicial. El contratante incumplidor que restituye voluntariamente tras ser requerido de resolución no celebra un nuevo contrato traslativo sino que cumple una obligación derivada de la resolución. Sin embargo, es cierto que en la práctica, en ocasiones las partes celebran un nuevo contrato de compraventa, bien para dejar constancia de las retransmisiones, bien para facilitar la reinscripción en el Registro.

### 30. Conclusiones

Vamos a ir exponiendo detalladamente la situación y tratando de ver las distintas posibilidades ante las que nos podemos encontrar, partiendo de los dos supuestos de resolución contractual, esto es, por inserción en el contrato de una condición resolutoria expresa, o por incumplimiento cuando así se haga constar expresamente en el contrato, y legal, por incumplimiento de una de las partes de un contrato traslativo del dominio que establezca obligaciones recíprocas para ambas partes. Seguiremos, pues, el iter temporal de cada una de ellas, puesto que la resolución se alcanza de dos modos diferentes:

A) En la resolución por cumplimiento de una condición resolutoria expresa (o por inclusión de pacto comisorio).

En un primer momento, en el de la celebración del contrato, ambas partes convinieron que en el caso de que ocurriese un determinado evento, se resolvería el contrato. Tras el contrato, las partes cumplen con su obligación de entrega de las cosas (o cumple sólo una, si la resolución es la del 1.504), con lo que habiendo contrato



y entrega se transmiten mutuamente la propiedad de los bienes entregados.

Pero, tras un periodo de tiempo, se verifica la condición. En ese mismo instante del cumplimiento de la condición, puesto que las partes así lo decidieron, se resuelve el contrato. Somos conscientes de que en este momento podría plantearse alguna controversia y alguna de las partes podría acudir al juez, pero la controversia giraría en torno a la condición, es decir, a si verdaderamente se ha cumplido o no ésta, cosa que ahora no nos interesa, puesto que si efectivamente se ha cumplido, lo diga el juez o estén de acuerdo las partes, el contrato se entiende resuelto automáticamente y nada más hay que discutir al respecto.

Ahora bien, la propiedad que efectivamente perdió el transmitente, ¿se readquiere también automáticamente desde la resolución, por ley, sin necesidad de ninguna actuación de las partes?, ¿o, pese a que, también tratándose de una re-transmisión por ley (puesto que el fundamento último de todo siempre es la ley, y en este caso lo impone claramente el art. 1.123 C.C.), se requiere algún acto del adquirente para retransmitir la propiedad, es decir, se requiere título y modo para la retransmisión?

En nuestra opinión, y puesto que efectivamente se perdió la propiedad, la solución no puede ser tan simple como la ficción de que ésto no ocurrió. Sería como negar la evidencia. Hay problemas que han surgido precisamente de la transmisión de la propiedad, que hay que solucionar y que hacen que ese periodo intermedio de pendencia de la condición en el que cambió la titularidad del bien no se pueda borrar. Pensemos, por ejemplo, en los daños que puede haber ocasionado la cosa en el periodo de pendencia de la condición. Si sostuviéramos la teoría de la ficción resultaría que el contratante cumplidor que

resuelve el contrato, en el caso de resolución del 1.504 C.C., sería el responsable de éstos.

Consideramos que, si bien es la ley la que "impone" la re-transmisión, no la produce<sup>42</sup>, con lo que es necesaria una actividad de la parte obligada a la restitución, un acto de entrega y por tanto entra en juego otra vez aquí la concurrencia de título y modo, si bien no exactamente contrato más tradición, aunque en este caso todavía se puede mantener esta idea.

El título, es decir, la causa de la re-entrega, es la resolución, pero en este caso al ser la resolución contractual, el título que fundamenta la entrega es de nuevo el contrato, que, como ya hemos dicho en alguna ocasión, no pierde validez después de la resolución y con motivo de más aquellas cláusulas en las que precisamente lo que se establece es la resolución del contrato o se regulan los efectos de ésta. Si no, se llegaría al absurdo que el contrato no se podría resolver, precisamente porque está resuelto. Las partes manifestaron su voluntad de que al ocurrir determinado evento se resolviera el contrato y se restituyeran las prestaciones, puesto que éste es un efecto legal de la resolución, y, además, lo manifestaron en un contrato o en una cláusula del mismo, luego este mismo es el que puede servir de título que justifica la nueva tradición, o re-entrega.

Partiendo de lo anterior, una vez resuelto el contrato, ya tenemos título, y no es necesaria nada más que la entrega para la readquisición. En este momento puede ocurrir que el obligado a restituir cumpla su obligación y entregue sin más la cosa. En este caso no se plantea ningún problema, pues, entregada la cosa o puesta a su disposición se readquiere la propiedad.

---

<sup>42</sup> Recordemos a PINTÓ RUIZ, J.J., «La condición resolutoria tácita», apéndice de la obra de MOSCO, L., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, cit., págs. 398-399.

Pero puede también ocurrir que el obligado a la restitución incumpla esta obligación y no entregue. Teniendo en cuenta todo lo que acabamos de decir, el que pretende la restitución ¿que acciones podrá ejercitar?, o mejor, ¿que acción no podrá ejercitar? Pues bien, no podrá ejercitar una acción reivindicatoria<sup>43</sup> puesto que no es él el propietario y tampoco será necesario que entable una acción

---

<sup>43</sup> La acción reivindicatoria, afirma la doctrina, constituye la más propia y eficaz defensa de la propiedad y tiene por fin obtener el reconocimiento del derecho de dominio, y, en consecuencia, la restitución de la cosa que indebidamente retiene un tercero (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, cit., pág. 182). Se exige, pues, que el actor sea el verdadero propietario de la cosa y que además no tenga la posesión de la misma, que el demandado sea poseedor, y que exista identidad de la cosa que se exige y la que se posee. Por ello, para el ejercicio de esta acción será necesario que el vendedor no haya perdido la propiedad de la cosa, lo que ocurre, como hemos visto en el caso de nulidad del contrato traslativo del dominio, pero no en el de resolución del mismo, conforme a lo que venimos diciendo.

La jurisprudencia viene exigiendo, para que prospere esta acción y en relación con la prueba del dominio lo siguiente:

1) Que el actor justifique la propiedad de los bienes que reclama, bien presentando el título legítimo del dominio, bien probando la posesión continuada necesaria para la adquisición del dominio por prescripción [Sentencias de 2 de enero de 1946 (J.C. núm. 3), 1 de febrero de 1947 (J.C. núm. 31), 24 de junio de 1966 (R.A. 3.443), entre otras];

2) Si el poseedor contra quien se dirige la acción tiene un título más o menos firme, será necesario obtener antes del ejercicio de la acción reivindicatoria la declaración de nulidad del título en que el demandado funda su derecho [Sentencias de 25 de enero de 1945 (J.C. núm. 34), de 2 de enero de 1946 (J.C. núm. 3) y de 14 de diciembre de 1961 (R.A. 4.467)]. De modo que si celebrado un contrato de compraventa éste resulta ser nulo, aunque se haya producido la entrega, el vendedor deberá ejercitar la acción de nulidad, que conjuntamente puede ir acompañada de la acción de restitución o ejercitarse ésta por separado posteriormente. Si después de todo el vendedor no hubiera recuperado la posesión de la cosa, aún podrá ejercitar la acción reivindicatoria, como se desprende de esta jurisprudencia. Además, si el demandado había inscrito ya su derecho en el Registro de la Propiedad, será necesario que conjuntamente con la acción de nulidad solicite la cancelación de la inscripción [Sentencia de 21 de febrero de 1924 (J.C. núm. 42)].

A esta acción se le suelen atribuir los siguientes caracteres: a) Se trata de una acción de naturaleza real, *erga omnes*; b) es recuperatoria, ya que tiene por finalidad obtener la restitución de la cosa; c) es una acción de condena, ya que si se obtiene una sentencia favorable como consecuencia de esta acción, se impondrá al demandado la restitución.

Por último, en cuanto a los efectos de esta acción, el principal efecto es la restitución de la cosa con sus accesiones. En cuanto a la restitución de los frutos y mejoras y abono de los menoscabos que pueda haber sufrido la cosa se ha de estar a las normas reguladoras de la liquidación del estado posesorio (arts. 451 a 458 C.C.).

resolutoria, puesto que el contrato ya está resuelto y ambas partes han estado de acuerdo en la resolución. Deberá entablar, pues, una acción restitutoria.

Todos estos problemas no se darán en el caso de que, por ejemplo, se trate de una compraventa que se haya hecho mediante escritura pública, en la que conste también la condición resolutoria o el pacto comisorio. El art. 1.462 C.C. determina que el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega, y lo mismo cabría decir para la re-entrega, puesto que la condición consta en la misma. Así, al cumplirse el evento en que consiste la condición, se resuelve el contrato porque las partes así lo han querido, con lo que deben restituirse la propiedad de las cosas que se transmitieron, cosa que se entiende realizada, puesto que la condición consta en escritura pública, lo que equivale a la re-entrega.

Este es el único caso en el que es posible afirmar que nos encontramos ante una readquisición automática, puesto que los pasos necesarios para la readquisición de la propiedad se producen en un mismo instante, que además coincide con el de la resolución. Pero esto no nos puede llevar a la confusión de que se trate de una retroactividad real, en la que se considere que el transmitente nunca ha dejado de ser propietario. El transmitente perdió la propiedad, de modo que el responsable de la cosa durante el periodo intermedio, como propietario, lo fue el adquirente. Ahora, el que transmitió la propiedad la readquiere, porque la ley impone la obligación de retransmitir, que además en este solo caso se cumple de forma automática. Es decir, en este caso la resolución tendría efectos reales, aunque no retroactivamente, puesto que el adquirente bajo condición resolutoria, que consta en la escritura pública, dejaría de ser propietario automáticamente, pero desde la reesolución, no desde un momento anterior.

B) En la resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C.

La situación en este caso es algo diferente. Las partes no pactaron nada en el contrato, una de ellas incumple y la otra decide hacer uso de la facultad de resolución que le ofrece el art. 1.124 C.C. Pues bien, ante esta decisión las posibilidades también son dos:

1. En primer lugar, el cumplidor puede proponer la resolución a la otra parte y ésta reconocer su incumplimiento y aceptar la resolución. De este modo, ambas partes convienen en que el contrato se resuelva, mediante un acuerdo en el que así se establezca y a partir de ese momento el contrato quedará resuelto. En este caso, y por las mismas razones que hemos expuesto, no se produce una readquisición automática de la propiedad por el que la transmitió, sino que será necesario un acto de entrega causal para que se produzca la retransmisión. El título, o fundamento de la nueva entrega, no será otro que este nuevo acuerdo en el que las partes aceptan la resolución del contrato. Sin embargo, aún no se ha readquirido la propiedad, es necesaria la tradición o re-entrega del bien.

Esta entrega, como hemos expuesto en el caso anterior, puede realizarse voluntariamente por el obligado a la restitución, con lo que se readquiere la propiedad sin que surja ningún problema. Pero también puede ocurrir que, pese a haber aceptado en un principio la resolución, el obligado a la restitución se niegue ahora a cumplir esta obligación. ¿Qué podría hacer entonces el contratante cumplidor para readquirir el dominio? Está claro que tampoco en este caso podrá entablar una acción reivindicatoria, y respecto a la acción restitutoria podría encontrarse, si no quedó constancia del acuerdo de resolución, con que el incumplidor no reconozca ahora resuelto el contrato.

En realidad se trata de un problema de prueba, si quedó constancia del acuerdo de resolución, por ejemplo, porque se elevó a escritura pública, entendemos que no habrá obstáculo al ejercicio de una acción restitutoria<sup>44</sup>, pero si no es posible probar dicho acuerdo, al contratante cumplidor no le quedará mas remedio que acudir a los tribunales, entablando una acción resolutoria para obtener título que justifique la entrega.

2. Puede ocurrir también que el contratante incumplidor se oponga desde un primer momento a la resolución, con lo cual el que cumplió instará la resolución judicial, ante lo que el juez puede determinar, o bien que no ha habido incumplimiento, caso que no nos interesa puesto que el contrato no llega a resolverse, o bien que sí ha habido incumplimiento pero se conceda, si ello fuera posible, plazo para cumplir, con lo que, de momento, en tanto no se resuelva el contrato esta situación tampoco interesa, y, por último, que se entienda incumplido el contrato y declare la resolución del mismo, que es el punto en que nos situamos.

Una vez el juez declare, en su caso, la resolución del contrato por incumplimiento, tampoco el cumplidor adquirirá la propiedad de lo que entregó automáticamente, sino que la sentencia en la que así se establezca servirá de título a la posterior entrega a la que está obligado el incumplidor. En este caso el título no será un acuerdo entre las partes, sino una sentencia, pero se entiende que el juez suple la voluntad del contratante incumplidor, de resolver, y por tanto de restituir.

Aun así, como ya hemos advertido, será necesaria la posterior entrega para que definitivamente se readquiera el dominio. Esta

---

<sup>44</sup> También es posible que las partes, sobre todo en el caso de inmuebles, bien eleven a escritura pública el acuerdo de resolución, bien realicen de nuevo una escritura de compraventa en la que se inviertan las posiciones, básicamente para evitar problemas registrales.

entrega puede, una vez más, realizarse voluntariamente, o puede haber oposición a la misma. En este segundo caso, el que pretende la readquisición podrá bien entablar una acción restitutoria, bien solicitar la ejecución de sentencia, si el juez en la misma sentencia en que decretó la resolución, dispuso también la restitución de las prestaciones.

### *31. Momento en que se produce la readquisición*

En relación con el momento en que se produce la readquisición de la propiedad por el primer transmitente se nos planteaban dos cuestiones: 1ª Si una vez resuelto el contrato surge un derecho real sobre la cosa o más bien un derecho obligacional a que le sea entregada; y, 2ª si hay o no necesidad de declaración judicial decretando la readquisición. Verdaderamente, estas cuestiones vienen resueltas en las conclusiones del epígrafe anterior, o al menos nuestra opinión al respecto. No obstante, es conveniente, aunque pueda resultar reiterativo, volver un poco sobre ellas.

1ª Una vez resuelto el contrato ¿surge, para el readquirente, un derecho real sobre la cosa o un derecho obligacional a que le sea entregada? Pues bien, en vista de lo expuesto en el epígrafe anterior, tanto en el caso de que la resolución se haya producido por cumplimiento de condición resolutoria como por incumplimiento, el primitivo transmitente todavía no tiene derecho real sobre la cosa, sino un derecho a que se le entregue, siguiendo los pasos que hemos visto en el mismo.

El caso más problemático es aquel en el que la condición o el pacto comisorio apareciera recogido en escritura pública. Como estos pasos se

producen casi instantaneamente, la propiedad se readquiere prácticamente en el momento de la resolución, por lo que a partir del mismo el readquirente podría ejercitar las correspondientes acciones reales.

2ª Respecto a si hay o no necesidad de declaración judicial decretando la readquisición, todo dependerá del tipo de resolución ante el que nos encontremos. Si la resolución es por condición resolutoria, no será necesario ninguna declaración del juez en la que se reconozca la resolución del contrato, pero si la resolución es por incumplimiento y hay controversia respecto a éste, en el caso de que no se hubiera pactado que por incumplimiento de las partes quedaría resuelto el contrato, sí se necesitará una sentencia que declare resuelto el contrato y que sirva de título para la posterior entrega, sin perjuicio de que esta tenga efectos retroactivos y la resolución se entienda realizada desde que el contratante cumplidor opta por la resolución.

Así pues, podemos concluir diciendo que el momento en que se producirá la readquisición del dominio será aquel en que, tras la resolución del contrato, concurren el título y modo necesarios, es decir, se produzca la entrega del bien, que se entiende también realizada cuando se hizo constar la condición en escritura pública, y ésta tenga su causa en un título, que puede ser el acuerdo de las partes, o bien una sentencia que supla la falta de éste.





## CAPÍTULO V: REINSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD



## CAPÍTULO V: REINSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Vamos a ver a continuación cuáles son los efectos registrales de la resolución del contrato, es decir, cómo y cuándo se llevará a cabo la reinscripción de la propiedad (inmobiliaria) a favor del que la transmitió mediante un contrato traslativo del dominio. Es necesario para ello distinguir si la resolución se produjo por cumplimiento de condición resolutoria, puesto que estas tienen acceso al Registro, o por incumplimiento, y en este caso si hubo o no sentencia "decretando" la resolución.

### **§ 12. Constancia registral de la condición resolutoria expresa y del pacto comisorio relativos a actos inscribibles**

En el sistema inmobiliario registral español las condiciones resolutorias expresas tienen acceso al Registro en virtud de los arts. 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51-6º del Reglamento Hipotecario. Así, el art. 9.2 de la Ley Hipotecaria dispone que en toda inscripción se expresarán las circunstancias consistentes en las «condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba». Por otro lado, el art. 51- 6º del Reglamento Hipotecario establece que «para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente

las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél», a fin de dar a conocer la extensión del derecho correspondiente<sup>45</sup>.

Las condiciones resolutorias, así como las suspensivas, deben acceder al Registro en cuanto recaigan sobre actos inscribibles y afecten directamente al dominio o derecho real limitado. La condición, pues, debe copiarse literalmente en la inscripción del acto principal, como elemento integrante del mismo, ya que, en ocasiones, tal y como constan en el título correspondiente presentan una redacción muy compleja que no permite realizar un extracto fiel de las mismas<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Igualmente, confirman el acceso al Registro de las condiciones, tanto suspensivas como resolutorias el art. 23 de la Ley Hipotecaria, que presupone su registro, así como los arts. 11, 107-10º de la misma Ley y los artículos 51-6º, 56, 59 y 175-6º del Reglamento Hipotecario.

<sup>46</sup> RUIZ MARTÍNEZ, «Sobre la condición y sus aledaños», en *R.C.D.I.*, 1950, págs. 785 y 1.951 y sigs; GIMÉNEZ ARNAU, «Las condiciones en el Registro de la Propiedad», *I.J.*, 1951, págs. 645 y sigs.; ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., págs. 371 y sigs. ROCA SASTRE, en la edición de 1948, contrasta la situación existente en España con el sistema alemán, «ya que en éste la condición es excluida en la transmisión formal (*Auflassung*) de la propiedad inmobiliaria, inscribiéndose dicha transmisión sin condición alguna, pues ésta queda relegada al negocio obligacional o elemento causal. Esto se debe a que se entiende que la propiedad inmobiliaria constituye una de las bases de la vida económica y estatal, respecto de la cual debe procurarse, en interés público, una absoluta claridad mediante el Registro inmobiliario. La necesidad de un condicionamiento en la transmisión se satisface mediante una anotación preventiva que se asegura la obligación personal de transmitir o de retransmitir... En cambio, en nuestro sistema —como afirman BLAS PÉREZ y ANTONIO ALGUER— ningún precepto se opone a que en el Registro de la Propiedad figuren los derechos transmitidos bajo condición, sino que éstos tienen perfecto acceso a las inscripciones, y la ley contiene un buen número de previsiones encaminadas a fijar su eficacia registral»; RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 582.

32. *Constancia registral de las estipulaciones, cláusulas o pactos que carecen de trascendencia real*

Por otro lado, el art. 51-6° del Reglamento Hipotecario dispone que «no se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real», por lo que se requiere, para que estas condiciones puedan registrarse conjuntamente con el acto inscribible en el que están insertas, que la condición afecte directamente en los efectos de dicho acto, es decir, que tenga alcance real, al trascender al derecho real resultante. Por ello, tratándose de una condición resolutoria, lo que se exige para que pueda hablarse de condición registrable es que, en virtud de la misma, se pueda producir una reversión o transmisión del derecho a su primitivo titular, con lo que no registrable sería si sólo produjera una obligación de retrotransmitir<sup>47</sup>.

Vistas así las cosas parece deducirse que el cumplimiento de la condición resolutoria produce automáticamente una reversión del dominio hacia el primitivo titular, sin que sea necesario ningún acto

---

<sup>47</sup> ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 373, afirma que «para que la condición suspensiva o resolutoria inserta en un acto inscribible pueda registrarse con éste, preciso es que la condición influya directamente en los efectos del mismo y, en consecuencia, trascienda al derecho real resultante, esto es, que tenga alcance real... Así pues, si el cumplimiento de la condición no origina *de iure* y automáticamente la adquisición o transmisión del derecho (condición suspensiva) o su reversión o transmisión (condición resolutoria), sino que tan sólo produce una obligación de transmitir o de retransmitir, en este caso no podrá hablarse propiamente de condición registrable, y en general ni siquiera existirá acto inscribible alguno» (idem. ed. 1948, págs. 261-262). Además, el autor ofrecía el siguiente ejemplo: «...una vez ésta cumplida —se entiende, la condición resolutoria— pues entonces es posible este doble juego: imponer a Cayo la obligación personal de retransmitir a Ticio o de transmitir a otra persona la cosa donada (trascendencia obligacional), o provocar directa o automáticamente, o sea *ipso iure* o de derecho, la resolución, aniquilamiento, destrucción o ineficacia de la adquisición gratuita operada a favor de Cayo, de manera que la cosa donada vuelva o revierta sin más al patrimonio de Ticio o bien provocar la transferencia a favor de una tercera persona de la cosa donada (trascendencia real). Esta distinción es muy importante... y se halla relacionada incluso con los problemas retroactivos de la condición cumplida».

tendente a retransmitir la propiedad, es decir, sin que exista obligación por parte del adquirente de transmitir de nuevo la cosa objeto del contrato, cosa que vendría a coincidir con lo que hemos llamado retroactividad real.

Es más, si con el cumplimiento de la condición resolutoria sólo se llegara a producir una obligación de retrotransmitir, la condición no tendría acceso al Registro. Con lo que, en lo que ahora nos interesa, podríamos hacer el siguiente razonamiento: 1) al Registro sólo pueden acceder aquellas condiciones resolutorias que actúen automáticamente o *ipso iure*, es decir, con eficacia retroactiva real; 2) según la Ley Hipotecaria, art. 9, toda inscripción extensa deberá expresar las condiciones resolutorias del derecho que se inscriba; 3) así pues, las condiciones resolutorias, puesto que deben constar en la inscripción, en el momento en que se cumplan estarán dotadas de eficacia retroactiva real, y producirán sus efectos, en concreto el efecto restitutorio, automáticamente<sup>48</sup>.

Se dice que «la no inscribibilidad de los actos con condición suspensiva o de las condiciones resolutorias con trascendencia meramente obligacional, es cosa lógica, ya que, según el art. 9 del Reglamento no son inscribibles las obligaciones de constituir, transmitir, etc., el dominio o derecho real, o la de celebrar en el futuro cualquiera de estos actos, ni en general cualesquiera otras obligaciones

---

<sup>48</sup> Por ello, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 122, afirmaba que «conservan, desde luego, al amparo de los arts. 9 L.H. y 51 R.H., trascendencia real, no sólo las condiciones resolutorias, sino cualesquiera causas de nulidad o rescisión que publique el Registro: todas aquellas circunstancias, en suma, que se deducen de la inscripción y pueden, por sí solas o puestas en movimiento por una voluntad, provocar, en perjuicio de cualesquiera titulares, un cambio en la situación jurídica publicada por el Registro»; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., pág. 534.

o derechos personales, con mayor razón no procederá la inscripción cuando estas obligaciones estén sujetas a condición»<sup>49</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece claro que si partimos de la idea de que la compraventa únicamente produce efectos obligatorios para las partes, pues sólo cuando se haya cumplido la obligación de entrega se produce el efecto traslativo del dominio, y sostenemos la teoría de que, igualmente, la resolución de la compraventa también produce sólo la obligación de retransmitir la propiedad, pero no la retransmisión automática, es decir tiene eficacia retroactiva obligacional, resultaría que llegaríamos al absurdo de que las condiciones resolutorias no tendrían acceso al registro, en contra de lo dispuesto en la legislación hipotecaria. Esto es, o bien sostenemos que las condiciones resolutorias tienen eficacia real, o bien que no tienen acceso al Registro.

Es necesario, pues, tratar de conciliar estas dos afirmaciones: la de la no inscripción de las condiciones resolutorias con trascendencia meramente obligacional, como se deriva del art. 9 del Reglamento; y la de que la resolución produce como efecto la obligación de que las partes se sitúen recíprocamente en la posición en que se encontraban previamente a la celebración del contrato.

Tampoco podemos olvidar que tal vez por esta contradicción, en el sistema registral español, en el que «los títulos acuden al Registro con todo el bagaje de pactos, cláusulas y reservas, y con cierta indiferenciación entre los elementos personales y los reales, el ingreso de las condiciones en los libros hipotecarios está excesivamente facilitado»<sup>50</sup>. Es decir, en nuestra opinión, una manera de conciliar las

---

<sup>49</sup> ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 374.

<sup>50</sup> ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 374, donde los autores continúan diciendo que «la Ley hipotecaria ya da por supuesto la constancia en los asientos de las causas que puedan dar origen a una



dos afirmaciones contrapuestas que hemos apuntado anteriormente, puede encontrarse en considerar que si bien la resolución, o mejor, el cumplimiento de la condición resolutoria expresa, tiene eficacia retroactiva obligacional, de modo que sólo crea obligaciones para las partes, esta obligación de retrotransmitir no puede depender en ningún caso de la voluntad de aquel que debe cumplirla, puesto que tiene un fuerte componente legal imperativo.

Dicho de otro modo, es la ley la que establece que las prestaciones deberán restituirse, y para ello se requiere un acto de entrega del que en virtud del contrato resuelto ha pasado a ser propietario de la cosa, pero si este acto de entrega no se lleva a cabo, será suplido por un acto judicial, o de otro modo, pues el ordenamiento jurídico dispone de los medios necesarios para que la cosa vuelva al patrimonio de su propietario inicial.

Es más, en este caso de condición resolutoria expresa inscrita en el Registro, el acto de entrega se produce de forma automática, sin que quepa que el obligado a restituir se niegue a hacerlo. Así pues, se puede hablar de una cierta eficacia real en el sentido de que afectará directamente a la titularidad del bien, de forma ineludible, si el bien existe deberá ser restituído, y por ello es conveniente dar publicidad a esta situación y su acceso al Registro<sup>51</sup>.

---

rescisión, resolución, o nulidad de los actos inscritos. Así, del art. 169 del Reglamento notarial y en el 94 del Reglamento, se extrae la posibilidad de que consten en el Registro las causas de nulidad; y con mayor razón habrían de admitirse las condiciones que expresan más claramente las repercusiones posibles de su cumplimiento en los actos inscritos o derechos reales registrados.

Tampoco hay que olvidar que el art. 1.851 del Proyecto de Código Civil de 1851 consideraba inscribible «cualquiera reserva o condición que lleve consigo la revocación, resolución, reducción o suspensión de la libre facultad de disponer de la propiedad».

<sup>51</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Lecciones de Derecho inmobiliario Registral*, cit., págs. 122 y 123, dice que «es cierto que las acciones de rescisión, nulidad o resolución de un contrato, son de tipo personal: se refieren a una relación contractual *inter partes* (compraventa, permuta, donación, etc.) y no parece que pueda dárseles eficacia *erga*

En el mismo sentido, la Dirección General de Registros y de Notariado, en las Resoluciones de 13 de junio de 1935 (J.C. n. 91, t. 3) y de 18 de octubre de 1944 (J.C. n. 21, t. 4) entiende que «no obstante ser función peculiar del Registro de la propiedad la publicación, respecto de tercero, del dominio y de los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, en algunos casos tienen cabida en el mismo otras relaciones jurídicas que no revisten carácter real, representativas de reservas de derechos o de *condiciones* a que se sujetan los inscritos, o de titularidades que tienden a la formación o constitución del derecho real, si bien es cierto que a estas relaciones no inscribibles *per se*, pero que cumplen su finalidad de dar a conocer posibles modificaciones del *ius in re*, no les son aplicables en todo su rigor y pureza los principios hipotecarios en orden a producir desde luego todas sus consecuencias, sino que, limitadas a proclamar la posibilidad de un derecho, cuando llegue a constituirse surtirán efecto en cuanto a tercero desde la fecha de su constancia en el Registro»<sup>52</sup>.

---

*omnes*. Sin embargo, cuando el contrato estuvo dirigido a la transmisión, constitución, etc., de derechos reales sobre un inmueble, la acción —por ejemplo, de nulidad— tendrá como fin el retorno a la situación anterior al contrato, y el cambio real consiguiente. Ahora bien, en el Derecho español, una acción de nulidad no importa un simple deber, para las partes, de configurar nuevamente la situación anterior al contrato, de manera que el comprador esté obligado a retransmitir la propiedad de la cosa que compró, o los permutantes la de los inmuebles que cambiaron, sino que, siendo el nuestro un sistema de transmisiones causales, la nulidad del contrato que sirvió de base a la transferencia convierte a esta misma en nula y opera como una condición resolutoria de la titularidad real, de modo que el vendedor se halla, una vez anulado el contrato, nuevamente investido de la propiedad de la cosa que vendió, sin necesidad de que se la retransmitan. Por lo cual la causa de nulidad del negocio básico, aunque fuente de una acción personal, está destinada a tener una eficacia inmediata en la situación jurídica real, por cuanto su ejercicio provoca un cambio real y abre la vía a la reivindicatoria, la negatoria, etc., y debe tener acceso al Registro. Lo mismo cabe decir, *mutatis mutandis*, de la resolución, rescisión o revocación».

<sup>52</sup> Igualmente, la Resolución de 18 de octubre de 1944 (J.C. 21).

### 33. *Constancia registral del pacto comisorio*

Junto a la condición resolutoria expresa, también puede tener acceso al Registro el pacto comisorio del art. 1.504 C.C., de modo que en la inscripción se expresará la facultad de resolver, para el caso de que no se pague el precio en el tiempo convenido. El art. 10 L.H. dispone que «en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago»<sup>53</sup>. De modo que deberá constar también el aplazamiento del pago y por tanto la posibilidad de resolución por incumplimiento, de modo que al estar inscrita podrá hacerse uso de ella en perjuicio de terceros adquirentes de buena fe, al encontrarse advertidos por el asiento registral correspondiente de la eventualidad de la resolución.

Sin embargo, hay que tener en cuenta al respecto el art. 11 de la Ley Hipotecaria regulador de los efectos del aplazamiento del pago, que establece que «la expresión del aplazamiento del pago... no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita». Así pues, de este artículo se desprende que cuando se incluye en un contrato el pacto comisorio, se le está dando al pacto de resolución por incumplimiento el carácter de condición resolutoria

---

<sup>53</sup> Como ponen de relieve ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 387, «antes de la ley Hipotecaria vigente desenvolvía este precepto el artículo 11 de la misma, el cual establecía que “si la inscripción fuere de traslación de dominio, expresará si ésta se ha verificado pagando el precio, o qué parte de él; en el primer caso, si se ha pagado todo el precio, o qué parte de él; en el segundo, la forma y plazos en que haya estipulado el pago. Iguales circunstancias se expresarán también si la traslación de dominio se verificare por permuta o adjudicación en pago y cualquiera de los adquirentes quedare obligado a abonar al otro alguna diferencia en metálico o efectos”. En la ley Hipotecaria vigente el contenido del art. 11 ha cambiado, por haberse concretado a determinar los *efectos* del aplazamiento del pago del precio. Pero dicho art. 10 ha conservado la misma antigua redacción, sólo que antes expresaba que “se haría mención” del cuándo y forma de pago efectuado o convenido, mientras que actualmente expresa que “se hará constar”, desapareciendo en consecuencia la palabra “mención”».

explícita, y, en virtud de este carácter es por lo que puede acceder al Registro<sup>54</sup>.

Por ello, en las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de junio de 1962 (R.A. 3.145), 18 de junio de 1962 (R.A. 3.146) y 29 de diciembre de 1963 (R.A. 5.385), se establece que sin necesidad de utilizar los términos "expresa" o "explícita", «cualesquiera que sean los empleados en la redacción de la cláusula de aplazamiento de pago del precio, siempre que resulte de manera clara la voluntad de las partes de considerar el impago como condición resolutoria, podrá inscribirse a fin de que sea eficaz respecto de terceros». Por otro lado, aun cuando no se trate de un pacto comisorio propiamente dicho, si se pacta el aplazamiento del pago y se garantiza mediante hipoteca, también este pacto tendrá acceso al Registro.

#### 34. Consecuencias registrales

Después de haber visto la posibilidad de acceso al Registro de la condición resolutoria y de la resolución por incumplimiento del art. 1.504 C.C., hay que plantearse qué consecuencias registrales va a tener esta constancia en el Registro. Consecuencias que, lógicamente, serán distintas según nos encontremos en una fase de pendencia de la condición, o en la fase siguiente en que la condición ya se ha cumplido y se ha resuelto el contrato.

En cuanto a la fase de pendencia de la condición, la inscripción de la condición resolutoria en el Registro supone que éste publique simultáneamente (aunque estas titularidades pueden publicarse tanto

---

<sup>54</sup> JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, cit., pág. 34, afirma que «con arreglo al artículo 11 L.H., sólo perjudica al tercero subadquirente del comprador incumplidor, la resolución instada por el vendedor cumplidor, sobre la base de una *condición resolutoria explícita* inscrita en el Registro».

en un mismo asiento, como en asientos diferentes) dos titularidades respecto de un mismo derecho. Ahora bien, estas dos titularidades no son idénticas, puesto que por un lado se publica la titularidad actual de aquel que ha adquirido el derecho inscrito, si bien condicionada o sujeta al cumplimiento de la condición resolutoria, y la titularidad de expectativa del enajenante, el cual resultará titular definitivo siempre y cuando se cumpla la condición, teniendo mientras tanto una titularidad condicionada<sup>55</sup>.

En cuanto a las facultades que estas titularidades conllevan, ambos titulares, tanto el titular actual como el titular expectante, podrán enajenar sus respectivos derechos, bien individualmente, bien conjuntamente como un derecho normal. Ahora bien, en la inscripción de dicha enajenación no será inscrita la enajenación de la expectativa de derecho, sino la del titular actual sujeta a la condición registrada, es decir, la del adquirente aun cuando no hubiera pagado la totalidad del precio<sup>56</sup>.

En general, los efectos de la inscripción de un acto sometido a condición serán los mismos que los de cualquier otra inscripción. Pero para los terceros subadquirentes del dominio o derecho real inscrito sujeto a condición sí que supone una limitación, que actúa a modo de carga o gravamen.

Sin embargo, hay que ver qué ocurre cuando la situación se consolida, es decir, cuando se cumple la condición resolutoria o, en el caso contrario, cuando ésta queda incumplida definitivamente. Así, en el caso de que la condición ya no pueda cumplirse el derecho del titular registral, es decir, del adquirente deviene firme para el futuro, pues cesa la situación de pendencia. Lógicamente, lo contrario de lo que le

---

<sup>55</sup> ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 377.

<sup>56</sup> ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 378.

ocurre al transmitente, respecto del cual se pierde definitivamente la expectativa de recuperar su derecho, con lo que de alguna manera deberá constar también en el Registro el incumplimiento definitivo de la condición, que será mediante nota marginal, de acuerdo con el art. 23 L.H., aunque éste sólo hable del cumplimiento de la condición y no del incumplimiento definitivo, como ahora veremos<sup>57</sup>.

### **§ 13. Consecuencias registrales del cumplimiento de la condición resolutoria**

A diferencia de lo que acabamos de ver si, por el contrario, la condición se cumple, el derecho del adquirente, que era el titular actual, queda extinguido definitivamente, y con él quedan sin efecto también los actos de transmisión o gravamen que hubiera realizado. Sin embargo, ocurre lo contrario con el derecho del transmitente, puesto que vuelve a ser titular actual para el Registro.

Es necesario, pues, que esta nueva situación conste en el Registro para que éste sea acorde con la realidad. Por ello la Ley Hipotecaria en su art. 23 dispone que «el cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción, si la resolución o rescisión llega a verificarse».

---

<sup>57</sup> CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. V, Pamplona, 1983, apunta que «si al extinguirse la condición se consolida la titularidad en favor del que adquiere por esa última inscripción, como ocurrirá si siendo suspensiva llega ésta a cumplirse, o si siendo resolutoria no se cumple la misma, la adquisición condicionada que proclamaba esa inscripción queda liberada de la limitación que implicaba la condicionalidad, por lo que bastará hacer constar por nota marginal esa liberación, o sea, que el titular de la repetida inscripción ha pasado a ser un adquirente puro del derecho de que se trate».

35. *Requisitos para que se reinscriba la propiedad. Necesidad de cancelación del asiento del adquirente*

Sin embargo, por las críticas que recibió este artículo, se ha propuesto una lectura diferente del precepto, diciendo que debe hacerse del siguiente modo: «El cumplimiento o incumplimiento (con lo que en esta propuesta ya se incluye el incumplimiento al que antes hacíamos referencia) de las condiciones suspensivas o resolutorias de los actos o derechos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma o consolida el acto o derecho últimamente inscritos, o bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda o por una cancelación, según los casos, si la resolución o extinción llega a verificarse<sup>58</sup>. Además, será necesaria también la cancelación de la condición resolutoria<sup>59</sup>.

Parece que sólo se exige que en el Registro se haga constar el cumplimiento o no de la condición, es decir, del hecho que provoca el cumplimiento o incumplimiento de la condición, como se desprende de los artículos 23 de la Ley, y 56 del Reglamento<sup>60</sup>, sin expresar las

---

<sup>58</sup> El precepto, como pone de manifiesto ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 380 y sigs., fue criticado por la doctrina hipotecarista. Esta crítica dio como resultado una nueva redacción, recogida en el art. 16 de la Ley Hipotecaria de 1909, en la que se decía: «El cumplimiento o incumplimiento de las condiciones suspensivas y el no cumplimiento de las resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro por medio de una nota marginal. El cumplimiento de las condiciones resolutorias o rescisorias, se hará constar por una nueva inscripción a favor de quien corresponda». Sin embargo, tampoco se encontró afortunada esta nueva redacción, por lo que se volvió de nuevo a la primitiva, aun cuando se sigue criticando por insuficiente, ya que no se ocupa del incumplimiento de las condiciones, inexacto, pues olvida que el cumplimiento de una condición resolutoria afectante a un derecho real limitado impone generalmente una cancelación, y, como consecuencia de lo anterior, inservible.

<sup>59</sup> Véase Resolución de la D.G.R.N. de 16 de septiembre de 1987 (R.A. 6.566).

<sup>60</sup> Este artículo 56 R.H. dispone que «las notas marginales a que se refiere el artículo 23 de la Ley expresarán el hecho que se trate de acreditar, el nombre y apellidos de la persona o personas que lo hubieren realizado, el documento en virtud del

consecuencias jurídicas de este hecho que deberán deducir los interesados y que, además, este hecho se haga constar mediante nota marginal. Ahora bien, esto es admisible en el primer caso, cuando lo que se debe hacer constar en nota marginal es el cumplimiento, ya que en este caso el cumplimiento de la condición no afecta a la titularidad actual, que continúa siendo la misma, pero no cuando el acto o derecho se extingue o resuelve, con lo que se produce un cambio de titularidad, y se debe hacer constar por medio de una inscripción o cancelación puesto que éstas exigen que se exprese el resultado o consecuencias jurídicas y no el hecho que lo produce, por lo que el Registrador deberá hacer constar que inscribe el derecho o que cancela la inscripción<sup>61</sup>.

Así pues, se deberá practicar una nota marginal cuando el acto o derecho inscrito se consume o consolide al no poder cumplirse ya la condición resolutoria. Se extenderá, sin embargo, una inscripción cuando por cumplirse la condición resolutoria, la propiedad vuelva de nuevo al transmitente.

No se dice nada en el art. 23 L.H. respecto a la necesidad, en estos casos, de extender la correspondiente cancelación del derecho inscrito

---

cual se extienda, el pago o la exención del impuesto, y contendrán referencia al asiento de presentación del indicado documento, fecha y media firma».

<sup>61</sup>CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, cit., pág. 264, afirma que «los asientos que recojan negocios jurídicos referentes al derecho que estaba condicionado en cuanto a su adquisición, y que haya quedado extinguido por el cumplimiento o incumplimiento de ella, según los casos, han quedado sin base jurídica al hacerse constar en el Registro la extinción de ese derecho base de ellos, y por lo tanto procede su cancelación, a cuyo efecto, y aparte de la norma especial del artículo 175 del Reglamento, de que antes hemos hablado al tratar de los requisitos para recoger en el Registro la resolución del negocio jurídico, cuando éste sea a título oneroso en los que medie precio, hemos de tener en cuenta lo dispuesto por el párrafo 2º del art. 82 de la Ley Hipotecaria, expresivo, de que no será necesaria la escritura pública o la sentencia ordenando la cancelación, para practicar ésta, cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por resultar así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva».



del adquirente que lo pierde por efecto del cumplimiento de la condición resolutoria o de los posibles derechos de terceros adquiridos de este último. Simplemente, ante el cumplimiento de dicha condición, se exige que se extienda la inscripción en la que se publica que el derecho ha retornado al primitivo titular. Esto es así porque la cancelación en estos casos se produce automáticamente, como se deriva del art. 82 de la Ley Hipotecaria y del 175-6º de su Reglamento<sup>62</sup>. Aunque, como dispone la Resolución de la Dirección General de Registros y de Notariado de 29 de diciembre de 1982 (R.A. 8.066) pese a tal automaticidad, se requiere un procemiento «que debe ser examinado en su aplicación con todo tipo de cautelas, según ha afirmado esta Dirección General, dado el rigor con que se produce y los efectos cancelatorios que se derivan para el titular registral del asiento».

La necesidad de cancelación también se exige en la Resolución de 16 de septiembre de 1987 (R.A. 6.566- La Ley, 1987, t. 4, págs. 800 a 805), en la que se dice que «si bien la exigencia de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral conduce a la necesaria cancelación de un asiento cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito..., habría de proceder a la cancelación de la condición resolutoria estipulada en garantía de la parte aplazada del precio cuando se acredita de aquel modo la realidad del pago...».

---

<sup>62</sup> SANZ FERNANDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, Madrid, 1953, pág. 83, afirma que «cumplida la condición resolutoria, se resuelve el derecho del adquirente sujeto a ella y procederá su cancelación o la inscripción a favor de la persona que haya tenido la expectativa durante el período de pendencia, bien sea el transmitente o la persona llamada por el testador para tal supuesto... Como consecuencia del cumplimiento, los actos dispositivos realizados por el titular sujeto a resolución se resuelven también y procede a cancelarlos. Esta cancelación es automática, puesto que no depende de la voluntad de las partes, y podrá efectuarse sin cumplir los requisitos del art. 82 de la Ley: así lo establece el artículo 175, regla 6ª, del Reglamento Hipotecario»; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., pág. 534.

Por lo tanto, podemos afirmar que con el cumplimiento del hecho que constituye la condición resolutoria, se producirá la correspondiente inscripción, o mejor dicho, reinscripción a favor del primitivo propietario, cuya titularidad no había desaparecido completamente del Registro, junto con la correspondiente cancelación, automática aunque no exenta de un procedimiento, de la titularidad del adquirente que ha perdido su derecho.

### *36. Requisitos para la reinscripción en caso de pacto comisorio*

A la reinscripción de la propiedad en caso de pacto comisorio hace referencia el art. 59 R.H., que sólo exige que se haga constar la notificación judicial o notarial de quedar resuelta la venta junto con el título del vendedor.

En relación con lo anterior, dice ROCA SASTRE que «si la condición resolutoria cumplida destruye retroactivamente el derecho sujeto a ella, produciéndose las cosas como si no hubiera habido nunca transmisión alguna, parece que también en este caso se impone un asiento cancelatorio, pues el transmitente no verifica una adquisición, dado el juego *ex tunc* automático de la revocación real, sino que es como si nunca hubiere transmitido. No obstante, en este caso es tolerable una nueva inscripción, produciéndose así en la práctica tratándose del caso de ejercitarse el retracto convencional, y respondiendo a igual criterio el art. 59 del Reglamento Hipotecario, en materia de compraventa resuelta por impago del precio, caso de existir pacto comisorio»<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario*, cit., 1968, pág. 676. No obstante, el autor reconoce que la materia se halla regulada por nuestra legislación hipotecaria de un modo bastante defectuoso, lo que permite que en ella la doctrina y la práctica proceda con cierta libertad de movimientos.

Es decir, de acuerdo con la opinión de este autor, parece claro que para el Registro producida la resolución de un contrato traslativo del dominio el carácter retroactivo del efecto restitutorio es real, en el sentido de que opera por virtud de la ley automáticamente. A efectos del Registro nada importa si el comprador adquirió verdaderamente el derecho y se convirtió en propietario y por lo tanto debe realizar algún acto traslativo del dominio para que éste vuelva a su primitivo titular. Todo esto es irrelevante a efectos registrales, pues en el momento en que se produzca el hecho en que consiste la condición se hará constar; si bien, como hemos apuntado, el Registrador también deberá hacer constar que se ha producido la resolución del contrato y que desde ese mismo momento la propiedad ha pasado de nuevo al primitivo titular.

Sin embargo, en la Resolución de la Dirección General de Registros y de Notariado de 29 de diciembre de 1982 (R.A. 8.066), mencionada anteriormente, aunque refiriéndose a la resolución del contrato por incumplimiento, dice que «ante lo establecido en el art. 59 del Reglamento Hipotecario y para que se pueda proceder por tanto a la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor, habrá de tenerse en cuenta por el Registrador no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades que esta art. 59 señala, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación, de acuerdo con el art. 175-6º del Reglamento, del valor del bien vendido o del importe de los plazos que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto...»<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> En el mismo sentido las Resoluciones de 16 de septiembre de 1987 (R.A. 6.566), de 17 de septiembre de 1987 (R.A. 6.567) y de 19 de enero de 1988 (R.A. 211).

El art. 175-6º del Reglamento Hipotecario dispone: «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento

La Resolución de 4 de febrero de 1988 (R.A. 1.214) va más allá al decir que «la resolución exige que simultáneamente se proceda a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato... y del precio o prestaciones recibidas por el vendedor...». Con la mención de estas Resoluciones queremos poner de manifiesto que, si bien de ellas no podemos deducir que para la readquisición de la propiedad, tanto del dinero como de la cosa, sea necesario algún acto de la otra parte, sí hacen referencia a una obligación de entrega o puesta a disposición de los bienes y del precio, es decir, no basta con que el vendedor todavía disponga del dinero para que readquiera automáticamente su propiedad, sino que es necesario un acto de entrega o puesta a disposición del mismo<sup>65</sup>.

De este modo, no es tan exacto que una vez verificada la consumación del hecho que supone la condición resolutoria, se produzca sin más la inscripción de la nueva titularidad, sino que previamente las partes tienen que haber cumplido ciertas obligaciones. Ahora bien, hemos de admitir que nada dice la ley de la obligación del comprador de poner la cosa a disposición del vendedor, es decir, de la obligación del comprador de retransmitir la propiedad, sino que la reinscripción en el Registro se produce de igual modo sin necesidad del cumplimiento de esta obligación. Sin embargo, un sector de la doctrina considera que «no hay razón para imponer la restitución al

---

bancario o Caja Oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser resuelto».

<sup>65</sup> Resolución comentada por AVILA ALVAREZ, P., «Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 4 de febrero de 1988», *R.C.D.I.*, 1988, núm. 587, págs. 1.359 a 1.367.

Somos conscientes, sin embargo, de que, a lo que concretamente se refiere la Resolución en este caso, es a que para que pueda reinscribirse a favor del vendedor es necesario que esté en condición de restituir su prestación, aun cuando se hubiera pactado que no deberá restituirse, por ejemplo, por tratarse de cláusula penal, pero quede afectada por el efecto subrogatorio que se puede producir si la cosa hubiera sido gravada. Pero la Resolución también puede ser útil para lo que ahora queremos poner de manifiesto, que se exige para la reinscripción el cumplimiento de las obligaciones de entrega.

vendedor con la consignación del precio recibido, sin exigir, simultáneamente, como contrapartida al comprador la consignación de las llaves del inmueble (*ex art. 1.100, parr. último Cc*)»<sup>66</sup>. Sin embargo, veremos también más adelante cómo cuando la condición está inscrita no es necesario ningún otro acto de tradición.

Respecto a la cláusula resolutoria por falta de pago del precio<sup>67</sup>, se exige para la reinscripción en favor del vendedor, por un lado, que se pacte en la cláusula resolutoria que la falta de pago del precio tendrá la consideración de condición resolutoria expresa y se inscriba en el Registro, conforme al art. 11 de la Ley Hipotecaria, y por otro, que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador de quedar resuelta la venta y se acompañe el título del vendedor, como dispone el art. 59 del Reglamento.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, considera algún autor<sup>68</sup> que si bien esto resulta coherente con el sistema tradicional de venta real, pues cumpliendo estos requisitos se produce la

---

<sup>66</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., págs. 299 y 300. A lo que añade que «la consignación de la parte del precio debe ir necesariamente acompañada de la consignación de las llaves de la finca para ponerla a disposición del vendedor, como consecuencia del sinalagma funcional del contrato de compraventa (*ex art. 1.100 in fine Cc*). En la fase liquidatoria de la resolución, no se puede imponer al vendedor la consignación de la parte del precio que tiene que devolver, sin exigir, como contrapartida, al comprador que desaloje la finca. Y en la fase resolutoria de la venta, es más absurdo exigir la consignación al vendedor, para resolver la venta, sin exigir al comprador nada como contraprestación».

<sup>67</sup> ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario*, cit., 1968, pág. 676, dice que «también puede guardar relación, con la condición, la acción resolutoria de carácter personal derivada del art. 1.124 del Código civil, y especialmente en el supuesto de impago del precio aplazado en la compraventa cuando, en conformidad con lo dispuesto en el art. 1.504 del propio Código, y en el art. 11 de la nueva Ley Hipotecaria, se pacte expresamente la falta de pago del precio constituirá condición resolutoria. Es el pacto denominado de la *lex commissoria*, por virtud del cual se refuerza la acción resolutoria de tipo personal que surge del incumplimiento de las obligaciones recíprocas o correlativas, lo cual se consigue simplemente con elevar a condición resolutoria el hecho del impago del precio de venta dentro del término convenido».

<sup>68</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., págs. 282 y 283.

readquisición automática de la propiedad por el vendedor, no lo es con el sistema actual de venta obligacional. De acuerdo con nuestro sistema actual el cumplimiento de los requisitos anteriores únicamente produciría el efecto de considerar extinguido el contrato de venta, pero todavía quedaría pendiente la obligación del adquirente incumplidor de retransmitir la propiedad de la cosa al vendedor. De modo que «al operarse estos efectos sólo en el plano obligacional, no sería inscribible por el artículo 9 R.H. (no son inscribibles la obligación de transmitir o extinguir el dominio...), puesto que la inscripción registral no suple la tradición».

Por ello, el citado autor propone que se pacte la condición resolutoria con carácter real «de manera que atribuya al vendedor que pueda ejercitar unilateralmente la resolución de la venta, mediante acta notarial de requerimiento de pago al comprador, y si no paga en el plazo de gracia convenido, la notificación de quedar resuelta de pleno derecho la venta, readquirida la propiedad de la finca y consumada la tradición». Así pues, si no se pacta con carácter real, será necesario tanto para la resolución de la venta como para que se produzca la retransmisión de la propiedad, según el citado autor, el consentimiento del comprador a la resolución, o dicho de otro modo, «la retransmisión de la cosa sí que exige una nueva tradición que tiene que consentir el comprador para que se pueda reinscribir la finca al vendedor»<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., págs. 282 y 283.

ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. II, 1979, cit., págs. 759 y 760, discrimina y dice que «es conveniente establecer la distinción entre las revocaciones real y obligacional. En la primera, la propiedad que se transmite por compraventa, se pierde *ipso iure*, destruyéndose la transmisión otorgada; en la segunda, al cumplirse la condición resolutoria, el contrato resulta deshecho ante lo cual el adquirente tendrá la obligación de retransmitir a su vez a quién le transmitió»; a lo que añade RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 597, que «a pesar de que la revocación real no tenía adecuado encuadramiento en el Derecho Romano, la misma adquirió carta de naturaleza en el *intermedio* y, de ahí, pasó al Moderno. No obstante, ambos tipos son

Por otro lado, respecto de los terceros posibles adquirentes que han recibido la cosa del comprador que ve resuelto su derecho<sup>70</sup>, al haberse producido la resolución, su adquisición, que también estaba condicionada, se verá resuelta por haber resultado inoperante el acto dispositivo, de modo que, en el caso de que hubieran tenido acceso al Registro procederá la cancelación de los asientos correspondientes automáticamente, es decir sin necesidad de declaración de voluntad del interesado ni de declaración judicial que la supla. Es, pues, uno de los casos de cancelación automática que el art. 175 del Reglamento Hipotecario regula y al que también hace referencia, cuando se trate de pacto comisorio, el art. 59 del mismo Reglamento.<sup>71</sup>

---

permitidos, pudiendo adoptar uno u otro los contratantes, lo que obliga a precisar técnicamente aquel que de los dos elijan los interesados a fin de evitar confusionismo, el cual se ha infiltrado en el art. 1.504 del C.c. y, por contagio, en el art. 59 del R.H. En definitiva, tanto el art. 11 de la L.H. como el art. 59 de su Reglamento se refieren al tipo de revocación real. Algún autor, sin embargo, sostiene que "cuando se adopte el juego de la revocación obligacional, aunque conste en el Registro, no afectará a terceros adquirentes porque el art. 11 de la L.H. no alude a esta fórmula"; FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941, págs. 33 y sigs.».

<sup>70</sup> El art. 37 de la L.H., dispone que «las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus prespectivos derechos conforme a lo prevenido en esta ley. Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior: 1º Las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias que deban su origen a causas que constan explícitamente en el Registro...».

<sup>71</sup> Así, el art. 175 del Reglamento Hipotecario establece, en su número 6º, la cancelación automática cuando se extingan los derechos reales constituidos sobre bienes sujetos a condiciones resolutorias o a posibles acciones de nulidad o rescisión, siempre que, resultando registrada la causa correspondiente, se produzca la resolución, nulidad o rescisión, quedando entonces a disposición de los titulares de aquellos derechos reales el importe del precio a devolver, en su caso. Lo mismo sucede respecto de las ventas de tales bienes.

Considera RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 598, que hay que poner el art. 59 R.H. en relación con el 175-6º R.H. para ver cuáles son las exigencias para que se produzca de nuevo la inscripción en favor del vendedor. En este sentido, la Resolución de la D.G.R.N. de 29 de diciembre de 1982 (R.A. 8.066) establece que «solamente cuando el comprador requerido no se opone a la resolución y se haya procedido a su consignación decretada por el art. 175.6º del R.H., podrá practicarse la cancelación del asiento a favor del comprador y reinscribirse el inmueble a favor del vendedor».

*37. Necesidad o no para la reinscripción del consentimiento del comprador y de terceros*

No obstante lo anterior, ha habido una corriente de la jurisprudencia registral que, desde la Resolución de 29 de diciembre de 1982 (R.A. 8.066), ha exigido para la reinscripción bien el consentimiento tanto del comprador como de terceros, bien un pronunciamiento judicial, enervando pues la automaticidad anterior. De modo que, ejercitada la facultad de resolver el contrato por incumplimiento, e incluso, cumplida la condición resolutoria expresa, si alguna de las partes o un tercero no está de acuerdo en la resolución, el Registrador no podría reinscribir la finca en favor del transmitente hasta que no se llegara a un acuerdo o fuera éste sustituido por un pronunciamiento judicial.

Así, en el caso de que no haya acuerdo con la otra parte, cumplida la condición, el beneficiado con la resolución resulta titular de una acción resolutoria para exigir la resolución y con ella la restitución de su prestación con efectos retroactivos, lo que le permite proceder contra terceros adquirentes, siempre que la condición correspondiente se encuentre registrada. El problema registral que surge es si mientras se produce la declaración judicial de la resolución, el Registrador puede realizar las correspondientes cancelaciones e inscribir la finca en favor del primitivo transmitente, o deberá esperar a que recaiga sentencia o a que los interesados lleguen a un acuerdo.

Como hemos apuntado, la D.G.R.N. no ha optado siempre por la misma solución. Así, a partir de la tan citada Resolución de 29 de diciembre de 1982 (R.A. 8.066), comenzó a exigir el consentimiento del comprador y de terceros al establecer que «igualmente, y según la sentencia de 16 noviembre 1979, si al hacerse el requerimiento no se allana el requerido al mismo, sino que se opone categóricamente a él, a



tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los Tribunales, y es mediante ésta..., como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria. Que a la vista de la doctrina jurisprudencial y en los casos en que el comprador, al ser requerido, manifieste que falta uno u otro de los presupuestos de la resolución, como sucede en el presente caso..., se plantea una cuestión de hecho, cuya prueba no corresponde apreciar al Registrador, al no tener más medio de calificación que los contemplados en el artículo 18 de la L.H., sino que es materia propia del Juez o Tribunal competente. En consecuencia, que solamente cuando el comprador requerido no se opone a la resolución y se haya procedido además, en su caso, a la consignación decretada en el art. 175-6º, del Regl. Hipotecario podrá practicarse la cancelación del asiento a favor del comprador y reinscribirse el inmueble a nombre del vendedor»<sup>72</sup>.

Más recientemente, la Resolución de 19 de noviembre de 1996 (R.A. 8.159)<sup>73</sup>, ha retomado el criterio de la Resolución anterior, ya que considera requisito imprescindible para la reinscripción de la finca que el comprador no se oponga al requerimiento resolutorio hecho por el vendedor o que, si se opone, la resolución sea oportunamente declarada por los Tribunales. Además, exige también que cuando se entable la demanda de resolución se cite tanto al comprador, como a los ulteriores titulares registrales.

Ante esta posición de la D.G.R.N., parte de la doctrina reaccionó energicamente<sup>74</sup> por considerarla peligrosa hasta el punto de poder

---

<sup>72</sup> En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990 (R.A. 2.694).

Así lo admite también MUÑOZ DE DIOS, G., «Condición resolutoria: cancelación si el pago es por medio de letras de cambio, y conceptos garantizables», *La Ley*, 1988, t. 1, pág. 932.

<sup>73</sup> Comentada por GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «Comentario a la Resolución de 19 de noviembre de 1996», *R.C.D.I.*, 1997, núm. 642, págs. 1.895 a 1.872.

<sup>74</sup> Critican esta posición de la D.G.R.N. MARTÍNEZ SANCHIZ, «El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia registral», cit., págs. 1.189 y sigs.; BALERIOLA

poner fin a la vigencia del pacto resolutorio expreso como garantía del vendedor. Aunque también se ha dicho a favor de esta nueva orientación de la jurisprudencia registral que la D.G.R.N. no hace sino llevar al ámbito registral una posición que viene sosteniendo ya de tiempo nuestro Tribunal Supremo, si bien no respecto de terceros, si respecto de la oposición del comprador, puesto que el Registro no puede dar cabida a situaciones discutidas<sup>75</sup>.

---

LUCAS, G., «De nuevo, sobre la resolución de la compraventa de inmuebles», *Revista de Derecho Notarial*, abr.-jun. 1985, págs. 349 y sigs.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 16 de septiembre de 1987», cit., págs. 5.009 y 5.010; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 312. Igualmente, AVILA NAVARRO, P., «Extensión de la "condición resolutoria explícita" en la contratación inmobiliaria», *R.C.D.I.*, núm. 623, 1994, pág. 2.590 y sigs. critica esta nueva regulación diciendo que «hoy en día, y desde la óptica actual, debe concluirse que el precepto no es afortunado; la técnica del artículo 59 R.H. resulta inaplicable: 1. Por contraria a la ley... 2. Por contraria a la Constitución... Ante el texto constitucional no resulta mínimamente defendible que el vendedor pueda decidir por sí que el comprador no ha pagado y cancelar la inscripción de éste sin su consentimiento; podría pensarse que el juicio que ha de hacerse es sencillo: se pagó o no se pagó, sin más; pero la resolución supone también un juicio sobre si el vendedor incurrió en *mora accipiendi*, si había cumplido sus propias obligaciones, si el comprador tenía derecho a suspender el pago... 3. Inaplicabilidad también frente a tercero... A esos titulares de cargas y derechos reales posteriores a la compraventa también debe concedérseles la facultad de acudir al amparo judicial y de oponerse a la resolución; ésta incluso ha podido ser fingida o pactada fraudulentamente entre el vendedor y el comprador, en perjuicio de los terceros...».

AGUIRRE FERNANDEZ, B.J., «Comentario a la resolución de 23 de septiembre de 1996», *R.C.D.I.*, 1997, núm. 641, pág. 1.477, critica esta doctrina diciendo que «el mantenimiento de este criterio suponía la total devaluación de la eficacia resolutoria de la condición y de su inscripción en el Registro. No se puede ignorar que la condición resolutoria inscrita en el Registro despliega plena eficacia frente a terceros de conformidad con los artículos 11, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria. Ello supone que dichos terceros adquieren el derecho bajo una titularidad que no es totalmente definitiva..., estos terceros han adquirido una titularidad que puede decaer de forma automática si se extingue por consecuencia de la resolución el derecho de su transmitente. Exigir el consentimiento de dichos terceros implicaría echar sobre los hombros del interesado en la resolución... la penosa carga de obtener la conformidad de titulares posteriores para poder practicar la reinscripción de la finca a su favor...».

<sup>75</sup> Considera JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, cit., págs. 213 y sigs. que «es asunto que no debe dramatizarse. La repetida RDGRN no ha hecho sino aplicar una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que admite, sí, el ejercicio extrajudicial de la

No obstante, la Resolución de 23 de septiembre de 1996 (R.A. 6.510), cambia de nuevo el criterio, estableciendo que «los efectos derivados del cumplimiento de la condición resolutoria tienen su origen en el consentimiento prestado en el título traslativo inscrito en su día, ese mismo título será hábil para practicar las inscripciones y cancelaciones que procedan, sin necesidad de consentimiento de los afectados según establece el párrafo segundo del artículo 82 de la repetida Ley Hipotecaria, siempre y cuando se justifique en debida forma aquel cumplimiento...». Con lo que también esta Resolución permite cancelar los asientos practicados en favor de los terceros titulares de derechos sin necesidad de que los mismos presten su consentimiento.

En cualquier caso, para que se pueda llevar a cabo la cancelación no basta con la producción del hecho en que consiste la condición, ya

---

acción resolutoria por incumplimiento contractual, pero supeditándolo a la falta de oposición por parte del contratante presuntamente incumplidor; desde que existe ésta —desde que hay discusión sobre la concurrencia de los requisitos legales de la acción resolutoria— se hace preciso un pronunciamiento judicial que declare, en su caso, la resolución (extrajudicial) bien hecha... Es cierto, desde luego, que con esta nueva doctrina registral, el vendedor resolvente verá retrasada su reinscripción, siempre que el comprador requerido de resolución se oponga; pero también es ciertísimo que dicha reinscripción sólo procede cuando la resolución pretendida sea conforme a Derecho, y que, existiendo controversia entre las partes al respecto, el control sobre la legalidad en el ejercicio de la acción resolutoria es una competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales... (A los preocupados por las dilaciones que el proceso judicial pueda suponer para tales operaciones registrales, les respondería, pues, que más vale tarde y bin, que pronto y mal hechas); PAU PEDRÓN, A., *La efectividad de la facultad resolutoria explicita*, Madrid, 1995, págs. 22 y sigs., afirma que «como institución encuadrada en el ámbito de la jurisdicción voluntaria..., el Registro no puede dar cabida a situaciones jurídicas discutidas. Ante el enfrentamiento de las partes debe abstenerse, y esperar a la decisión judicial. La solución contraria que se ha propuesto... de llevar a cabo la reinscripción en el caso de oposición del comprador, y combinar esa reinscripción —discutida— con una reserva de puesto en favor de una posible anotación preventiva de demanda solicitada por el comprador, no se adecua a nuestro sistema registral, en el que sólo cabe la inscripción (en sentido estricto) de relaciones jurídicas consitutidas *inter volentes*, y de anotaciones de demandas judiciales»; TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., «La condición resolutoria y el Registro de la propiedad», cit., pág. 406.

que serán necesarios ciertos documentos que lo hagan constar. Es precisamente esta cuestión, la de la demostración del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, una de las cuestiones más delicadas y problemáticas en la técnica hipotecaria, y de ahí que en ocasiones se haya exigido el consentimiento del comprador e incluso de los terceros, y en otras haya bastado con la presentación de los documentos acreditativos. El peligro consiste básicamente en que se pretenda delegar en el propio Registrador la valoración de esos hechos cuando no exista acuerdo. Por ello, tanto la Dirección General, en la Resolución de 29 de diciembre de 1982 (R.A. 8.066), como el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de octubre de 1994 (R.A. 7.486), exigen que no se reinscriba si la cuestión no se ha decidido previamente por cauces judiciales<sup>76</sup>.

Este problema ya lo ponía de manifiesto la Resolución de 7 de octubre de 1929 (J.C. 141), diciendo que «uno de los puntos más delicados de la técnica hipotecaria es el relativo a la demostración del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, porque no sólo es necesario para tal prueba atender a hechos y circunstancias que se desenvuelven fuera del Registro, sino que, aun cuando se halle determinado el plazo dentro del que ha de realizarse o no el hecho condicionante, ha de dejarse un período suficiente para acreditar en

---

<sup>76</sup> AGUIRRE FERNANDEZ, B.J., «Comentario a la resolución de 23 de septiembre de 1996», cit., pág. 1.478, considera, sin embargo, que si no hay acuerdo entre las partes habrá que esperar hasta el pronunciamiento judicial, y dice que «hasta ahora la doctrina que ha venido manteniendo la Dirección General desde la famosa Resolución de 29 de diciembre de 1982 es la de entender que si el comprador se opone al requerimiento resolutorio hecho por el vendedor... la reinscripción a favor de éste no podrá llevarse a cabo sin la previa decisión judicial. Este criterio, a pesar de las disensiones que ha planteado entre los autores, nos parece sumamente correcto. Las razones son varias: 1ª El aparente automatismo en la práctica de la reinscripción que parece desprenderse del artículo 59 del Reglamento Hipotecario debe quedar atenuado en los casos de oposición por parte del comprador... 2ª Esta controversia sólo puede ser resuelta y solventada por los Tribunales, nunca por el Registrador... 3ª La razón última de la exigencia de intervención de los Tribunales en estos casos de oposición por parte del comprador se halla en el principio de tutela judicial efectiva...».

forma la deficiencia o existencia de la condición»<sup>77</sup>, aunque no exigía consentimiento o pronunciamiento judicial para la reinscripción.

Resumiendo toda la doctrina anterior, la Dirección General a partir de la Resolución de 29 de diciembre de 1982 (R.A. 8.066) exigió para la reinscripción o el acuerdo del comprador y ulteriores titulares o pronunciamiento judicial, criterio que se ha mantenido en Resoluciones posteriores, como la de 19 de noviembre de 1996 (R.A. 8.159). Sin embargo, cambió de criterio en la de 17 de septiembre de 1985 (no viene recogida en el R.A.)<sup>78</sup>, que excluía el consentimiento de los terceros, y la de 23 de septiembre de 1996 (R.A. 6.510), en la que no se exige ni el consentimiento del comprador, ni el de los terceros, ni pronunciamiento judicial al respecto.

### *38. Necesidad de consignación del precio*

La D.G.R.N. ha entendido que la consignación del precio es necesaria para poder realizar la reinscripción de la finca, aun cuando respecto a la reinscripción de la finca el art. 59 R.H. únicamente exige que se haga constar la notificación judicial o notarial de quedar resuelta la venta junto con el título del vendedor<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> La Resolución de 7 de octubre de 1929 (J.C. 141), continúa diciendo que «como consecuencia de la distinción implícita en el razonamiento anterior entre la condición cumplida y la justificación de su cumplimiento en el Registro, ha de aceptarse la posibilidad de realizar inscripciones relativas a la enajenación o gravamen de un derecho como sujeto a condición, aunque, en realidad, la perfección de la relación jurídica no dependa ya de un hecho futuro e incierto, sino más bien de un hecho pasado y cuya existencia se ignora oficialmente, y así se exitenden todos los días asientos hipotecarios con referencia a fincas vendidas con pacto de retro sin exigir que se demuestre haberse o no retrovendido dentro del plazo fijado». En el mismo sentido la Resolución de 23 de septiembre de 1993 (R.A. 6.510).

<sup>78</sup> Citada por AGUIRRE FERNANDEZ, B.J., «Comentario a la resolución de 23 de septiembre de 1996», cit., pág. 1.478.

<sup>79</sup> PAU PEDRÓN, A., *La efectividad e la facultad reolutoria explícita*, cit., págs. 26 y 27, entiende que «el sentido de la consignación es facilitar en la práctica el mecanismo de la subrogación: los derechos que recaen sobre el inmueble, pasan a recaer

La Resolución de 29 de diciembre de 1982 (R.A. 8.066), decía que «ante lo establecido en el artículo 59 del R.H., y para que se pueda proceder, por tanto, a la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor, habrá de tenerse en cuenta por el Registrador, no sólo si se han cumplido los requisitos y formalidades que este artículo 59 señala, sino también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser, en su caso, la consignación, de acuerdo con el artículo 175.6 del R.H., del valor del bien vendido o del importe de los plazos que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal, cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prevista en el artículo 1.154 C.C.»<sup>80</sup>. La necesidad de consignación del precio se configura como un requisito previo para la inscripción de la resolución de la venta<sup>81</sup>.

---

—una vez perdida la propiedad por el comprador, como consecuencia de haberse resuelto la venta— sobre el valor del inmueble. Por tanto, sólo si existen derechos de terceros tendría sentido la consignación. Si el comprador no ha transmitido ni gravado el inmueble, bastaría con la devolución de las cantidades recibidas por el vendedor —sin necesidad de consignación—. Pero lo cierto es que la D.G.R.N. no hace distinciones, según haya o no terceros, aunque en ocasiones emplee la ambigua expresión “en su caso”.

<sup>80</sup> Así, la Resolución de 17 de noviembre de 1978 (No la encontramos en los repertorios, pero aparece citada por ROVIRA JAÉN F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles...*, cit., pág. 292; «El pacto de la *lex commisoria* en la reciente jurisprudencia registral», cit., pág. 365; GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «Comentario a la Resolución de 19 de noviembre de 1996», cit., pág. 1.866) establece que «los mencionados preceptos (1.504 C.C. y 59 y 175. 6º R.H.), introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de sus obligaciones de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por el automatismo, pero que por su mismo rigor debe ser examinado con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los posibles derechos de todos los interesados y terceros y evitar que el vendedor —en particular en los casos en que se ha pactado en concepto de indemnización que puede apropiarse de la parte del precio ya entregada—, por su sola voluntad, y sin la intervención de los tribunales, pueda decidir unilateralmente una cuestión, en la que, por otra parte el artículo 175.6 R.H. sólo le autoriza a realizarla en el supuesto de que devuelva el importe de los plazos recibidos con las deducciones que en su caso procedan, mediante la consignación en el correspondiente establecimiento bancario o Caja de Ahorros». Completan esta

Según la D.G.R.N., en el art. 175-6º R.H. la necesidad de consignación del precio se exige a favor tanto del comprador-deudor, como de los terceros; comprende, además, todo lo percibido, tanto precio como intereses, e incluso aquella parte del precio que pueda retener el vendedor a modo de cláusula penal<sup>82</sup>; la conclusión es que

---

doctrina, las Resoluciones , de 16 y 17 de septiembre de 1987 (R.A. 6.566), (R.A. 6.567), de 2 y 4 de febrero de 1988 (R.A. 1.211) y (R.A. 1.214), de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 (R.A. 727), (R.A. 728), (R.A. 729), que matizan lo anterior diciendo que «lo que no cabe concluir es que el efecto subrogatorio se produzca respecto de todas las cantidades consignadas por el vendedor para obtener la reinscripción a su favor; la consignación global es únicamente presupuesto de la operatividad registral de la resolución, precisamente porque se realizó extrajudicialmente, pero no implica que pertenezcan al comprador en su integridad y de modo definitivo todas esas cantidades; por consecuencia de las previsiones contractuales estipuladas, debidamente actuadas judicialmente, el derecho del comprador puede quedar reducido por la misma Ley del Contrato a una parte de aquéllas, y será exclusivamente dicha parte la que quedará afecta a las cargas o gravámenes recayentes sobre el bien rescatado que deban extinguirse al operarse la resolución o la que, en otro caso se integrará indiferenciadamente en el patrimonio del comprador para servir de garantía a sus acreedores» (Comentadas por BERTEGÓN SANZ, C., y CURIEL LORENTE, F., «Comentario a las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990», R.C.D.I., núm. 610, 1992, págs. 1.452 a 1.472.). Igualmente las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 (R.A. 7.494), (R.A. 7.495), (R.A. 7.496), (R.A. 7.497) y (R.A. 7.498), de 29 de junio de 1992 (R.A. 5.951), de 6, 9, 10, 13, 14 y 16 de julio de 1992 (R.A. 6.591), (R.A. 6.527), (R.A. 6.529), (R.A. 6.533), (R.A. 6.535), (R.A. 6.539).

<sup>81</sup> ROVIRA JAÉN, F.J. «El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral», cit., pág. 374, considera que así es como lo configura la D.G.R.N.

<sup>82</sup> ÁVILA ÁLVAREZ, P., «Comentario a la Resolución de 4 de febrero de 1988», R.C.D.I., 1988, núm. 585, pág. 1.364, considera que la Resolución sienta «una base firme en la que apoyarse: la subrogación real u objetiva por la que en cierto modo puede aplicarse aquí lo de que *pretium succedit loco rei*. El comprador pierde la cosa, pero pasa a su patrimonio la parte del precio que en cumplimiento parcial del contrato había pagado al vendedor, y esta parte ha de quedar afecta a la satisfacción de los que hayan acudido al Registro confiando en su protección». Además, este autor, hace el siguiente esquema del *modus procedendi* para obtener la resolución de la compraventa, distinguiendo:

a) Procedimiento unilateral

1º Fase previa, que a su vez comprende:

a. Decisión unilateral del vendedor de resolver el contrato y readquirir la finca y consignación de su voluntad en acta notarial de requerimiento al comprador. Pero si este no está de acuerdo queda obstaculizado este procedimiento unilateral y extrajudicial

b. Consignación por el vendedor de la parte del precio recibida. Esta se hace en favor de todos los que tengan interés en la cosa, comprador o titulares de gravámenes.

deben cancelarse previamente los asientos a favor de terceros, para que pueda llevarse a cabo la reinscripción. La Resolución de 4 de febrero de 1988 (R.A. 1.214), dice que se deberán devolver las prestaciones que fueron objeto del contrato resuelto, comprendiendo «también aquellas cantidades abonadas por el comprador y afectadas por la cláusula penal estipulada». La razón por la que debe consignarse también la cláusula penal es porque los derechos de terceros que ahora deben cancelarse y que «convergían sobre el bien rescatado pasan a recaer ahora, por subrogación real u objetiva, sobre las cantidades adeudadas y que, por tanto, su consignación debe hacerse en favor de todos los titulares implicados: tanto el comprador, o quien haya asumido su posición, como los titulares de esos gravámenes...».

Algunos autores han criticado la adopción de este criterio de la jurisprudencia registral, por considerar que «protege al comprador moroso, en el pago del precio y en la restitución de la finca. Impone al vendedor, que ha cumplido correctamente su obligación de entrega de



la finca, la consignación de todo lo recibido, tanto del precio, como de los intereses, haciendo caso omiso de la voluntad de las partes...»<sup>83</sup>.

Así, se dice que el requisito de la consignación debe serlo para la cancelación de los derechos de terceros, no para la reinscripción a favor del vendedor, que la ratio del precepto es una aplicación del principio *resoluto iure concedentis, resolvitur ius concessum*, y que el interés que protege es el del vendedor. Mientras que el art. 175-6º R.H. hace referencia a los terceros y a la cancelación automática de sus derechos

---

Como el comprador no es el único favorecido, carece de virtualidad para eximir al vendedor de la consignación.

2º Fase registral, que comprende la solicitud de cancelación de los derechos que traen causa del comprador y de reinscripción de la finca a favor del vendedor y la práctica de los asientos registrales solicitados. En caso de que no haya terceros el comprador sí que podrá eximir de la consignación.

3º Fase judicial, comprende la decisión judicial sobre la cláusula penal, en su caso, y la percepción de la parte de precio a la que no afecte la cláusula penal por los interesados.

b) Procedimiento bilateral, comprende:

1º Otorgamiento de escritura pública en que conste: 1) el consentimiento del comprador de retransmitir la finca al vendedor, y el de éste de readquirirla; 2) La declaración del comprador sobre la recuperación de las cantidades entregadas en pago parcial del precio convenido; 3) El consentimiento de los titulares de las cargas o derechos que traigan causa del comprador, o la asunción por el vendedor de tales cargas o derechos a los que continuará afecta la finca.

2º Inscripción de la escritura en el Registro.

<sup>83</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 294; «El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral», cit., pág. 378, dice que «si la consignación está exigida por el artículo 175. 6 R.H. para cancelar los asientos registrales de los terceros, el vendedor sólo debe consignar el sobrante que resulte después de realizadas “las deducciones que en su caso procedan”... Pero las cantidades que el vendedor puede retener por pacto ¿debe consignarlas previamente el vendedor?... En el ámbito de Derecho civil, entendemos que las cantidades que puede lícitamente retener el vendedor no tiene que consignarlas previamente, puesto que la restitución que debe realizar el vendedor del precio o intereses, y el comprador de la finca y sus frutos no son requisitos previos para que opere la resolución, sino que, por el contrario, son la consecuencia y el efecto de haberse actuado la resolución de la venta. No hay razón de justicia que ampare el exigirle al vendedor que consigne todo lo que ha recibido del vendedor y no imponer un exigencia igual al comprador para devolver la finca...». Sin embargo, no ocurre lo mismo en el ámbito registral.; Díez-Picazo y Ponce de León, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema...*, vol. II, cit., pág. 312, en nota al pie, califican esta doctrina de peligrosa.

reales, el art. 59 R.H. se refiere únicamente a las partes, concretamente a la reinscripción a favor del vendedor. Además, no se entiende la necesidad de consignación de las cantidades que corresponden a la cláusula penal, puesto que el vendedor que resuelve se encuentra legitimado para detraer estas cantidades y lo que realmente se debe consignar es sólo el remanente de la detracción<sup>84</sup>. Esta consideración no está reñida con el control judicial del art. 1.154 C.C., únicamente se evita que se convierta en una carga para el vendedor. Es decir, en lugar de que el vendedor tenga que consignar la totalidad del precio, lo que se propone es que sean el comprador o los terceros los que planteen, en su caso, la revisión del art. 1.154, y reclamen la parte de la suma retenida como indemnización que proceda, después de la moderación judicial<sup>85</sup>.

Por otro lado, respecto a la renuncia a la consignación, considera ROVIRA JAÉN que no es el comprador quien puede renunciar, sino el vendedor, pues la consignación se establece a su favor para obtener la cancelación de los derechos de terceros, siendo, además, que la consignación no es un requisito para la resolución y la reinscripción,

---

<sup>84</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Algunos aspectos de la *Lex Comisoria*», cit., pág. 93; JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, cit., págs. 215 y sigs.

<sup>85</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Algunos aspectos de la *Lex Comisoria*», cit., pág. 93 y JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, cit., pág. 218, apuntan que con ello lo que se persigue es que las reclamaciones del comprador incumplidor o de los terceros que se crean perjudicados por la penalización contractual (reclamaciones, por otra parte, no necesariamente fundadas: sólo eventualmente fundadas), no se traduzcan en una prolongación de la inscripción registral del comprador incumplidor, y consiguiente retraso de la reinscripción del vendedor resolvente, así como no desplazar la carga del control judicial de la penalización contractual, de los sujetos interesados en ella, al vendedor, obligando a éste, para reinscribir su titularidad, a un pago o a una consignación de la totalidad de las sumas recibidas del comprador a cuenta del precio, para tener que ser después el propio vendedor resolvente quien tenga que reclamar del comprador incumplidor (o del tercero que se subroga realmente en las sumas consignadas), bien el valor de la penalización contractual, bien el importe reducido del mismo, que resulte de aplicar el artículo 1.154 CC.

sino que es su consecuencia liquidatoria<sup>86</sup>. Ahora bien, no es esto lo que se desprende de las Resoluciones de la D.G.R.N., sino que el comprador, al menos habiendo terceros, no puede dispensar al vendedor de la consignación, si bien cabe que vendedor y comprador pacten en escritura pública la retransmisión de otra forma.

Sin embargo, hay que advertir que una cosa es la consignación que debe hacer el vendedor para conseguir la cancelación de los derechos de terceros así como la reinscripción del inmueble en favor del vendedor, y otra lo que realmente restituya al comprador, pues como dispone la Resolución de 6 de febrero de 1990 (R.A. 728) «a efectos registrales es suficiente, para que el vendedor consiga la reinscripción a su favor, con la consignación global de las cantidades que el vendedor haya recibido del comprador, pero que no implica que pertenezcan al comprador y de modo definitivo».

---

<sup>86</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, cit., pág. 298. En el mismo sentido: ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario*, cit., t. III, pág. 675, para quien la consignación oficial no debe cumplirse siempre, sino que cabría pacto en contrario; RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Algunos aspectos de la *Lex Comisoria*», cit., pág. 92, dice que «la exigencia de consignación debiera haberse limitado al supuesto de la existencia de terceros adquirentes de dominio o derecho real, de bienes anteriormente sujetos a condiciones resolutorias o rescisorias, sin intentar proteger a quien fue parte en el acto en el que la condición se estipuló, sobre todo cuando, como en nuestro caso, la resolución tiene lugar por su incumplimiento», de modo que hay cancelación automática pero no debería exigirse la consignación, sino todo lo más, un ofrecimiento de pago; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J.A., «El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria», cit., págs. 1.198 y sigs., concluye diciendo que «pudiera parecer excesivo habilitar a las partes originarias para aminorar, o deshacer incluso, una garantía estatuida en beneficio de terceros, dotando, por así decirlo, al convenio liberatorio de consecuencias reales. Pero una consideración más profunda evidencia el carácter residual de la garantía que se encuentra supeditada al *quantum* restituible entre las partes, o en otras palabras, que la licitud del pacto anticonsignación viene abonada por la circunstancia de que en dicho acuerdo la repercusión sobre los terceros se instrumenta a través del sacrificio asumido por el comprador, que habrá de ver menguada su propia pretensión». En contra, CÁNOVAS COUTIÑO, G., en su «Comentario a la Resolución de 3 de junio de 1961», *R.C.D.I.*, núm. 402-403, 1961, págs. 1.150 a 1.156, quien se muestra partidario de la consignación en todo caso.

**§ 14. Resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C.**

*39. Imposibilidad de acceso al Registro*

Respecto a la resolución por incumplimiento sin más, la llamada "condición resolutoria tácita" del art. 1.124 C.C., lógicamente no tendrá acceso al registro, pues si así fuera debería hacerse constar ante la celebración de cualquier contrato sinalagmático. Dado que es posible optar por la resolución ante el incumplimiento de cualquier contrato sinalagmático, no es necesario dar a esta situación más publicidad de la que le otorga la ley, concretamente el Código Civil en el art. 1.124, aunque con esta publicidad legal el cumplimiento o no de las obligaciones no recibe publicidad alguna.

Por ello sí que debe constar en el Registro la situación contractual respecto del cumplimiento de las obligaciones: la falta de pago del precio<sup>87</sup>, la falta de entrega de la cosa, etc. Sin embargo, pese a la constancia de la situación contractual quedan a salvo los terceros si se llega a resolver el contrato siempre y cuando no se eleve el

---

<sup>87</sup> Como hemos visto, la mención de esta circunstancia la exige el art. 10 L.H. El hecho de que el precio se haya satisfecho al contado no interesa al Registro. No obstante, la Resolución de 12 de septiembre de 1917 (J.C. núm. 159) exige la expresión formal en el asiento de la confesión de la recepción del precio.

ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. II, cit., 1979, pág. 768 dice que «la expresión registral del aplazamiento de pago del precio no tiene naturaleza propia de una *mención* en sentido de Derecho Hipotecario... su falta no implica nulidad del asiento; pero ello constituye una irregularidad, pues el Registrador en este caso dejará de cumplir una obligación impuesta por la ley». Igualmente, en la 8ª ed. de 1995, se dice que «la expresión registral del aplazamiento del pago del precio, total o parcial, obrante en la inscripción correspondiente del acto traslativo, *no es una mención en sentido técnico*, sino un simple dato registral concerniente a una contraprestación contractual, sin repercusión real contra terceros...». En este sentido la Resolución de 17 de enero de 1933 (J.C. núm. 32) y la de 30 de abril de 1958 (R.A. 2.829)

incumplimiento a condición resolutoria expresa o se garantice con hipoteca, tal y como dispone el art. 11 L.H.<sup>88</sup> De modo que, aun cuando debe seguir constando el aplazamiento del pago del precio en la inscripción, esta constancia no producirá efectos resolutorios reales respecto a terceros, sino obligacionales entre las partes, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 11 L.H. y 37. 4 del mismo texto legal<sup>89</sup>.

Antes de la actual regulación hipotecaria<sup>90</sup> se consideraba que interpretando el art. 38-2º *a sensu contrario*, si constaba el aplazamiento del pago en la inscripción de la compraventa perjudicaba a terceros subadquirentes, y entraban en juego los arts. 37-1º y 34 de la L.H.<sup>91</sup>. Así, se entendió que la condición resolutoria tácita del art. 1.124

---

<sup>88</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 2º, cit., págs. 1.249 y 1.250, añade que «esta regla —la del art. 37 de la Ley Hipotecaria, de la que se exceptúa expresamente las acciones resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro—, que es clara respecto de la acción que deriva del artículo 1.504 del Código civil, no parece aplicable al supuesto del artículo 1.124, puesto que la facultad a que este precepto se refiere, constituyendo un auténtico elemento natural de las relaciones sinalagmáticas, no necesita inscripción ni cambia su naturaleza por el mero hecho de su constancia expresa en el contrato, salvo modificaciones pacticias del régimen local, según hemos visto. Lo que ocurre es que ha de constar en el Registro, más que la existencia de la acción resolutoria, la situación contractual respecto del cumplimiento de las obligaciones: la falta de pago del precio, la falta de entrega de la cosa, etc. Todo ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 11 y concordantes de la Ley Hipotecaria»; GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario...*, t. II, cit., pág. 549, también señala que «la resolución de obligaciones recíprocas a que se refiere este art. 1.124 ha de regularse por la Ley Hipotecaria cuando se incorpore el pacto de *lex commisorio* de los artículos 11 L.H. y 1.504 C.C., pero no cuando no se pacta expresamente la resolución».

<sup>89</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., pág. 537.

<sup>90</sup> Ya en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 se decía que «siempre que en la escritura de venta no aparece que está el precio por satisfacer total o parcialmente, nace la presunción legal de que íntegramente ha sido satisfecho. El tercero que compra o adquiere un derecho real sobre lo así vendido, si después se ve privado de ello, realmente es perjudicado por un hecho ajeno imputable al vendedor y al comprador, y sobre todo al primero, en cuyo interés es hacer que conste la falta de pago en la escritura y en el Registro. Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dio lugar a él, que sobre el que no puedo preverlo ni evitarlo, cuya buena fe no debe quedar burlada».

<sup>91</sup> ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 397, explican la situación anterior a la actual diciendo que «antes de la

constituía una limitación del dominio del comprador y de cualquier causahabiente de este comprador, de modo que todo subadquirente podía ser perjudicado por el ejercicio de la acción resolutoria: «1) Porque la obligación de pagar afecta a las facultades dominicales del primer comprador. 2) Porque si la Ley Hipotecaria no lo hubiera querido así, no hubiera exigido la trascrición de la cláusula, que entre las partes contratantes surtiría efectos sin necesidad de consignarla en la inscripción. 3) Porque expresamente lo dispone la Ley, como excepción al precepto del art. 36, que producirán efecto en cuanto a tercero las acciones resolutorias que deban su origen a causas que consten expresamente en el Registro (número 1 del artículo 37)»<sup>92</sup>.

No obstante, había autores que consideraban que interpretar *a sensu contrario* el art. 38-2º era una interpretación torcida, entre otros argumentos, porque la ley exigía que la causa resolutoria constara claramente o explícitamente en la inscripción y del simple aplazamiento del pago no tiene por qué derivarse la resolución, o que si la acción resolutoria no se da contra tercero el el Código civil, y sí, en la ley Hipotecaria, sería de peor condición el tercero inscrito que el que

---

vigente ley Hipotecaria, o mejor dicho, de la ley de reforma hipotecaria de 1944, prevalecía el criterio de que tal perjuicio podría consistir en que el tercer subadquirente quedara afectado por la acción resolutoria que establece el art. 1.124 del Código civil, por constar en el Registro la *causa* de esta posible acción, resultado que confirmaba el sentido del art. 38, 2ª, de la ley Hipotecaria de 1909, y anteriores, que establecía que no se anularían ni rescindirían los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho “por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no constare en la inscripción haberse aplazado el pago”. Este precepto ha desaparecido... A *sensu contrario* este precepto daba a entender claramente, que si constaba este aplazamiento en la inscripción de la compraventa, ya podía perjudicar a terceros subadquirentes..., pues constaba registralmente, la existencia de esta causa resolutoria y ya entraba en función el art. 37, 1º, de la ley Hipotecaria de 1909, así como también el art. 34...».

<sup>92</sup> TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., «La condición resolutoria y el Registro de la propiedad», cit., págs. 391 y sigs., donde expone el pensamiento de GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Tratado de legislación hipotecaria*, Madrid, 1941.

no inscribe su derecho, etc. Sin embargo, todas estas críticas eran objetables y no convencieron<sup>93</sup>.

En cualquier caso, se consideraba que el sistema anterior era prácticamente detestable, pues defendía a quien no tuvo la precaución de defender sus derechos mediante la estipulación de un pacto comisorio o de una hipoteca en garantía. Por ello, se propugnó, y así se hizo, que si el vendedor quería tener asegurada contra terceros la facultad de resolución por impago del precio, debía revestirla expresamente de efectos reales, incorporando como condición resolutoria de la transmisión el hecho del impago, utilizando el pacto comisorio, sin perjuicio de garantizar la acción de cobro mediante hipoteca<sup>94</sup>.

A partir de la reforma de 1944, el sistema ha quedado tal y como hemos apuntado anteriormente. Sigue siendo obligatoria la constancia en el registro del impago, pero esta constancia no afectará a terceros, de modo que, como dispone el art. 37-4º b) el simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por si solo, complicidad en el fraude, y el tercero no será considerado de mala fe.

La D.G.R.N., respecto a la resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C., también ha manifestado en la Resolución de 19 de enero de 1988 (R.A. 211), que «el supuesto del artículo 1.124 del Código civil es totalmente diferente, a efectos registrales, del supuesto del art. 1.504 del mismo Cuerpo Legal... a partir de la reforma hipotecaria de 1944-46, la separación entre los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil, a efectos

---

<sup>93</sup> ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., pág. 403 y GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., págs. 536 y 537, quienes citan como sostenedores de esta doctrina a GALINDO y ESCOSURA; POAL JOFRESA, *Estudios Jurídicos y Notariales*, Barcelona, 1899, pág. 45; y SANZ FERNANDEZ, A., *Comentarios a la nueva ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 79 y sigs.

<sup>94</sup> ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III, cit., págs. 408 y sigs.

registrales, es total, como se pone de manifiesto en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento; y así mientras que en el supuesto del artículo 1.124 cabe hablar de “resolución o rescisión del contrato” y se produce un efecto obligacional de mutua devolución de prestaciones, en cambio, en el caso del artículo 1.504 el efecto es real y se produce “resolución de dominio”. Esta diferenciación es reconocida por la doctrina más autorizada. Que tanto en uno como en otro caso, siempre es necesario el requisito de la devolución de la otra contraprestación, que es una constante en el Código civil en todos los supuestos de nulidad, resolución o rescisión, como resulta de los artículos 1.123 del Código civil, y 175. 6º del Reglamento Hipotecario; y en el caso del artículo 1.504 del Código civil, es más necesario exigir la recíproca devolución de prestaciones, ya que también se resuelve el dominio, que lo readquiere el vendedor...».

Actualmente la única posibilidad de que el acceso al registro de la situación de incumplimiento afecte a terceros, puede deducirse a partir de lo dispuesto en el art. 11 L.H., del cual se desprende que para que la resolución por incumplimiento surta efectos frente a terceros, debe dársele a éste el carácter de condición resolutoria expresa. De este modo ya no nos encontramos ante una resolución por incumplimiento del art. 1.124 sino que se tratará de un pacto comisorio en virtud del cual el impago del precio dará lugar a la resolución del contrato y en el caso de que lo que se incumpla no sea el pago del precio sino la entrega de la cosa para acceder al Registro también deberá pactarse bajo la forma de condición resolutoria expresa<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., pág. 595, dice que según ROCA SASTRE, «ya no estaremos ante la presencia de una acción resolutoria limitada a los términos del art. 1.124 del C.c., sino que tendremos, por el contrario, una acción resolutoria fulminante y de actuación automática, es decir, sin necesidad de invocar auxilio alguno de la autoridad judicial, como derivada de la inexorable entrada en acción de la condición resolutoria cumplida. Así, de la condición resolutoria implícita prevista en el art. 1.124 del C.c. hemos pasado a la condición resolutoria expresa del art. 1.504, y de ahí, a la condición resolutoria explícita del art. 11 de la L.H.». En sentido contrario cita a RUIZ



El propio art. 1.124 C.C. dispone en su último párrafo que lo establecido en los párrafos anteriores se entiende «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los arts. 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la ley Hipotecaria». Así, de acuerdo con los citados artículos del Código Civil no se darán contra terceros a título oneroso que no hubiesen procedido de mala fe los efectos de la resolución. Sin embargo, también se apunta que la acción del 1.124 C.C., en el caso de que solicite la resolución judicial, tiene un cierto carácter de *ius ad rem* capaz de afectar a terceros si se anota la demanda en el registro, pero en ningún caso quedarían perjudicados los terceros hipotecarios que inscribieron antes de la anotación de la demanda<sup>96</sup>.

Así, la Resolución de la D.G.R.N. de 30 de abril de 1958 (R.A. 2.829) dispuso que «las consecuencias derivadas del C.c. cuando el aplazamiento del pago del precio aparece consignado en el asiento, sólo producirán efecto entre las partes contratantes, y en el supuesto de que el vendedor ejercitase la acción resolutoria contenida en el art. 1.124, los terceros no quedarán afectados más que en los casos que el propio artículo previene de haberse garantizado el pago del precio con hipoteca o pactado la falta de pago como condición resolutoria expresa, criterio ratificado por el art. 37. 4º de la L.H., según el cual, el simple

---

MARTÍNEZ, F., «Precio aplazado. Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento», *R.C.D.I.*, núm. 245, 1948, págs. 606 y sigs., quien no ve en el mencionado artículo ni condición, ni pacto comisorio, y considera improcedente el automatismo de la reinscripción y añade que «el art. 11 de la L.H. presenta, a su juicio, una postura poco meditada, ya que en las ventas a plazos de bienes inmuebles pueden presentarse las siguientes situaciones: a) Venta con precio aplazado sin pacto de garantía; b) Venta a plazos con pacto resolutorio expreso en caso de incumplimiento. Este afectará al tercero hipotecario por el art. 37 de la L.H. Por consiguiente, vencido el plazo y hecho el requerimiento del art. 1.504 del C.c., quedará expedito el ejercicio de la acción resolutoria ante los Tribunales; c) Venta con precio alzado en la que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa. Aquí se presentan dos soluciones: o denegar la inscripción de la condición, por impropia, o considerar a la cláusula como un simple pacto de resolución convencional... d) Venta con precio aplazado e hipoteca en garantía del mismo...».

<sup>96</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario...*, t. II, cit., pág. 520.

hecho de que el tercer adquirente haya tenido conocimiento de hallarse aplazado el pago del precio, no implicará complicidad en el fraude y quedará protegido por la *fides* pública y no sufrirá las consecuencias de la obligación personal del comprador»<sup>97</sup>.

Igualmente, de la Resolución de 5 de abril de 1990 (R.A. 2.944) se desprende que el acuerdo resolutorio entre las partes del contrato (en este caso de permuta), podrá producir efectos entre las partes, de modo que readquiera la propiedad y así se inscriba el primitivo transmitente, pero no podrá perjudicar a terceros que hubieran confiado en el Registro<sup>98</sup>.

40. *Reinscripción en favor del vendedor en la resolución por incumplimiento del art. 1.124 C.C.*

Cabe todavía plantearse cómo se producirá la reinscripción de la propiedad a favor del vendedor en caso de que se resuelva el contrato por incumplimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 1.124 C.C. Como ya hemos dicho, la resolución por incumplimiento del 1.124 puede producirse judicial o extrajudicialmente. En el primero de los

---

<sup>97</sup> En el mismo sentido, Resoluciones de de 27 y 29 de diciembre de 1973 (R.A. 5.144), (R.A. 5.145), y la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1951 (R.A. 1.652).

<sup>98</sup> En el supuesto de hecho de dicha resolución, existía una condición resolutoria expresa inscrita en el Registro, pero las partes deciden resolver por mutuo acuerdo antes de que se produjera el hecho que constituía la condición resolutoria. El problema surge porque hay terceros que habían confiado en lo que se desprendía del Registro, es decir, en que el contrato no se resolvería si no se cumplía la condición resolutoria. Resolución comentada por CHICO ORTIZ, J.M., «Comentario a la Resolución de 5 de abril de 1990», *R.C.D.I.*, núm. 610, 1992, págs. 1.472 a 1.984, donde dice que «en buena lógica y con apoyo legal es evidente que comprador y vendedor pueden perfectamente “resolver” el contrato celebrado al amparo de la libertad de pacto por los cauces que marca el artículo 1.124 del C.C., el cual señala la reserva de los derechos de terceros adquirentes con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

casos no se plantea problema para la reinscripción en favor del vendedor, pues bastara presentar en el Registro la sentencia en la que el juez declare la resolución y, como consecuencia, la restitución de las prestaciones, para que pueda reinscribirse de nuevo en favor del vendedor, y cancelarse la inscripción en favor del comprador, y ello simplemente en virtud de los arts. 2-1º y 3 L.H.<sup>99</sup>

El problema podría surgir en el segundo caso, cuando la resolución la ha propuesto una de las partes y ha sido aceptada por la otra. En este caso no bastará el requerimiento previo al comprador por acta notarial junto con el título del vendedor, como exige el art. 59 R.H, puesto que falta en el Registro la constancia de la condición resolutoria. Por ello, para que pueda producirse de nuevo la inscripción en favor del vendedor será necesario un nuevo título traslativo del dominio consignado en una nueva escritura pública, también de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 2-1º y 3 de la Ley Hipotecaria.

---

<sup>99</sup> Estos artículos disponen: Art. 2. «En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 1º Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos».

Art. 3. «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos».

## CONCLUSIONES



I. El efecto fundamental de la resolución no es otro que la extinción de las obligaciones recíprocas y de los efectos inherentes a la relación contractual. Este efecto puede desdoblarse en dos, el efecto liberatorio y el efecto restitutorio. Junto a estos dos efectos nos encontramos también con el efecto resarcitorio, que no es propiamente consecuencia de la resolución, sino del daño que puede producir el incumplimiento del contrato.

Con la resolución, el que la ejercita pretende deshacer el vínculo contractual, liberarse, y liberar a la otra parte, del cumplimiento de sus prestaciones. Con la restitución, que se deriva en algunos casos de la resolución, lo que se pretende es recomponer el patrimonio de ambos contratantes, a ser posible con los mismos bienes que salieron de él y de no serlo con su equivalente pecuniario. Con el resarcimiento, sin embargo, es recomponer el valor del patrimonio del contratante cumplidor que como consecuencia de un daño se ha visto disminuido.

II. El fundamento de la restitución de las prestaciones es evitar el enriquecimiento injusto que podría suponer para alguna de las partes. Sin embargo, no cabe ejercitar una acción de enriquecimiento para lograr la restitución sino de modo subsidiario, puesto que el ordenamiento dispone en una normativa más específica la restitución como consecuencia de la resolución.

III. Las obligaciones de restitución por resolución del contrato son recíprocas en el sentido de que ambos contratantes, cumplidor e incumplidor, quedan obligados a restituir; hay obligación de ambas partes y de una frente a la otra. Pero el deber de prestación de uno no funciona propiamente como contravalor del deber de prestación del

otro, sino como medio para reinstaurar la situación anterior al contrato. De modo que, por su origen legal y por ser efecto de la resolución y no de la voluntad de las partes, no le son aplicables con todo rigor las consecuencias que el Código establece para las obligaciones recíprocas.

IV. En otros supuestos de ineficacia o extinción del contrato también puede producirse el efecto restitutorio, por lo que es posible acudir a la normativa reguladora de los mismos para su aplicación, al menos por analogía.

V. Cualquier supuesto de resolución implica la celebración de un contrato válido y eficaz que deja de producir efectos tanto para el futuro como para el pasado, por lo que, en principio, los efectos de cualquier tipo de resolución, con carácter general, son los mismos. Lo que ya no será exactamente lo mismo en cada uno de los casos de resolución es el proceso a través del cual ésta se puede llegar a producir.

VI. En la resolución del contrato de compraventa el vendedor deberá restituir la misma cantidad de dinero que recibió en concepto de precio, es decir, su valor nominal independientemente de los cambios de valor que haya podido sufrir el dinero en el periodo en que se poseyó. Las alteraciones del valor de la moneda siempre serán en perjuicio del contratante incumplidor, puesto que el cumplidor podrá, en su caso, solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que una posible alteración le haya podido ocasionar.

VII. Si en la cosa a restituir se han introducido mejoras será de aplicación, en primer lugar, lo dispuesto en el art. 1.123 y su remisión al 1.122 C.C. Es decir, si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor. Si se mejora a expensas del deudor, podrá retirar las mejoras siempre que sea posible hacerlo sin detrimento de los bienes. Si no es posible retirar las

mejoras, el acreedor deberá abonarlas, cuando hayan aumentado el valor de la finca, siempre que el aumento subsista al tiempo de la devolución, por aplicación analógica del art. 1.652.1 C.C. Ahora bien, si el abono de las mejoras supone al contratante cumplidor una limitación de su facultad de resolución, podrá rechazar la restitución *in natura* y optar por una restitución por equivalente.

VIII. Es posible el ejercicio de la facultad resolutoria aunque el legitimado para ello no pueda restituir al contratante incumplidor la prestación que de él recibió. Podrá ejercitar la facultad resolutoria y no se verá liberado de su obligación de restitución, si bien restituirá por equivalente.

IX. Si, producido el incumplimiento pero aún no habiéndose optado por la resolución, la cosa a restituir se pierde sin culpa del deudor, ambos contratantes deben restituir; uno la prestación que efectivamente recibió, el otro su equivalente dinerario, por aplicación del art. 1.123. párrafo primero del C.C., puesto que, pese a la remisión de su párrafo segundo al artículo 1.122, el primer párrafo hace inviable dicha remisión.

X. Si la cosa se perdió por culpa del deudor, estará obligado tanto a la restitución del equivalente pecuniario como al resarcimiento de los daños y perjuicios que haya podido producir el hecho de no restituir *in natura*.

XI. Si la cosa se perdió una vez resuelto el contrato, es decir, cuando ya ha nacido la obligación de restitución, nos encontramos ante obligaciones puras de entrega de bienes respecto de las cuales no existe ninguna norma especial que les sea de aplicación, por lo que se aplicarán las normas generales de los artículos 1.096, 1.182 y 1.452 C.C. El riesgo será de cuenta del deudor de la restitución, si éste se hubiere constituido en mora, es decir, si el cumplimiento se le había exigido



judicial o extrajudicialmente, o si la otra parte ya hubiera cumplido o se hubiera allanado a cumplir su obligación de restitución.

XII. Si la cosa que hay que restituir se encuentra legalmente en poder de terceros adquirentes de buena fe, éstos se encuentran protegidos y no están obligados a restituir, por la remisión que el art. 1.124 C.C. hace a los arts. 1.295 y 1.298 C.C., así como a las disposiciones de la Ley Hipotecaria. En este caso es imposible la restitución *in natura*, pero nada impide la restitución por equivalente, siendo que como efecto de la resolución las partes deben restituirse lo que hubieren percibido. El art. 1.295 es de aplicación en cuanto salvaguarda los derechos de determinados terceros, pero en cuanto a los efectos de la resolución es más conveniente seguir recurriendo a la normativa que venimos aplicando a la misma, es decir, la restitución por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios que dispone el art. 1.224, sin necesidad de acudir a la solución que ofrece el 1.295 C.C.

XIII. Si el tercer adquirente lo fue de mala fe, o era cómplice en el fraude, estará obligado a la restitución de la cosa al resolvente, y, de acuerdo con el art. 1.298 C.C., si ésta se hubiese perdido a indemnizarle los daños y perjuicios. Entendemos que al tercer adquirente de mala fe le corresponde, en principio, únicamente la restitución del bien, y que la indemnización de los daños de la enajenación le corresponderán al enajenante, es decir, al contratante incumplidor. Aunque respecto a esta indemnización el tercero responderá subsidiariamente.

XIV. Si una vez incumplido el contrato pero aun no ejercitada la facultad de resolución se deteriora la cosa sin culpa del deudor, el riesgo del deterioro de la cosa lo sufrirá el deudor de la restitución, sea el contratante incumplidor del contrato, o el cumplidor.

XV. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor incumplidor del contrato, deberá restituir la cosa en el estado en que se encuentre indemnizando el perjuicio del deterioro. Y si la cosa se deterioró

estando en poder del cumplidor y también por su culpa, o bien indemnizará el deterioro, o bien lo compensará con la indemnización a que tenga derecho.

XVI. Si la cosa se deterioró una vez cumplida la condición y resuelto el contrato, la cuestión se rige por las normas generales. El deterioro lo sufrirá el acreedor de la restitución, salvo que el deudor se encontrase en mora, cualquiera que fuera la resolución que hubiera motivado la restitución.

XVII. Respecto a la restitución de los frutos, por aplicación del art. 1.123, párrafo primero, ambas partes, el incumplidor y el resolvente, deberán restituirlos, sin entrar a juzgar si deben ser considerados de buena o de mala fe.

XVIII. Si el contratante incumplidor ha obrado negligentemente en la obtención de los frutos, el resolvente siempre podrá solicitar el resarcimiento de daños, de acuerdo con el art. 1.124 C.C., dentro de los cuales podría incluir los frutos que él hubiera podido percibir. Si el que no obró correctamente en la obtención de los frutos fue el contratante cumplidor, el perjuicio será de cuenta del incumplidor.

XIX. La obligación de restitución de frutos en la mayoría de los casos se convierte en una deuda de dinero, concretamente es una deuda de valor. Por lo que lo más correcto es tener en cuenta la cantidad de frutos producidos y restituir su valor actual, independientemente del valor que tuvieran en el momento de su obtención y del valor por el que fueron enajenados.

Si el obligado a la restitución de los frutos es el contratante incumplidor, deberá restituir, según hemos indicado, el valor actual de los frutos que obtuvo. Si este valor se ha incrementado en relación al que tenía en el momento de su producción, el riesgo es de su cuenta como consecuencia del incumplimiento. Si el valor se ha reducido,

cumplirá restituyendo este menor valor, pero el contratante cumplidor podrá solicitar que le sean resarcidos los daños y perjuicios correspondientes.

Si el obligado a la restitución de los frutos es el contratante resolvente, deberá, igualmente restituir el valor actual de los frutos que produjo. Si se ha producido una depreciación de éstos, el riesgo será del contratante incumplidor. Pero si el valor de los frutos se hubiera incrementado, el contratante cumplidor, una vez restituido este valor, podrá solicitar igualmente que se le indemnicen los daños y perjuicios que este incremento de valor le haya ocasionado.

XX. El momento en que debe realizarse la valoración de los frutos, será el momento en que se haga la liquidación o el momento del pago, si bien, como este momento puede resultar impreciso y, por tanto, provocar una cierta inseguridad, lo normal será que la liquidación se realice en el momento que surge la obligación de restituir.

XXI. Puesto que los frutos deben restituirse, también se abonarán los gastos necesarios para su obtención, así como los que sean necesarios para la conservación del bien, ya que, en otro caso, se produciría un enriquecimiento injusto por parte de aquel que recibe la cosa con sus frutos pero no abona lo que se ha invertido tanto en la conservación como en la producción éstos, y ello en virtud del art. 453-1, así como de lo que se deduce de los arts. 455, 472-3º, 1.518-2º y 1.898 C.C.

XXII. Al igual que el adquirente de la cosa debe restituir todos los frutos percibidos, el transmitente, que había recibido el precio, deberá restituir los intereses que éste ha producido.

XXIII. La resolución, siempre que las partes no hayan pactado otra cosa, produce efectos retroactivos entre ellas, pues se restituyen los

frutos, intereses, mejoras, se indemnizan los deterioros y se restituye el valor de la cosa si se ha perdido, tratando de borrar en la medida de lo posible los efectos del contrato y de evitar que alguna de las partes se enriquezca por ello. Con la retroactividad se trata de restablecer entre las partes la misma situación económico-jurídica existente con anterioridad al contrato.

XXIV. El efecto retroactivo no es consecuencia necesaria de la resolución del contrato. Si las partes no han cumplido con las prestaciones que se establecían en el contrato, ya se encuentran en la misma situación en que estaban antes de la celebración del mismo, por lo que no es necesaria la retroactividad; y lo mismo sucede cuando se resuelve un contrato preparatorio de otro contrato. Cuando el contrato sólo se resuelve parcialmente, manteniéndose algunos de los efectos ya producidos, la retroactividad sólo afectará a la parte que efectivamente se resuelve. Tampoco afectará la retroactividad a aquellas cláusulas tendentes a regular los efectos de la resolución. Igualmente, las prestaciones ya ejecutadas en los contratos que de tracto sucesivo se mantienen y la resolución únicamente afectará a la prestación-contraprestación en la que se ha producido el incumplimiento y a las prestaciones que todavía no hubieran sido cumplidas.

La retroactividad entrará en juego respecto de aquellos actos de administración que puedan suponer un gravamen al readquirente, como pueden ser las cargas e hipotecas a que se refiere el art. 1.520 C.C.. También deben ser incluidos los arrendamientos en la regla general de la retroactividad, salvo los urbanos durante los 5 primeros años, pero no por aplicación del art. 1.520, sino por la protección legal que se brinda al arrendatario durante este tiempo (art. 13 L.A.U.).

XXV. En un contrato traslativo del dominio en el que ha habido entrega de la cosa, aunque posteriormente se resuelva se ha

transmitido la propiedad, puesto que el Código Civil español acepta la teoría del título y el modo, y en este caso contamos con título válido y tradición. Como consecuencia de lo anterior, la retroactividad que se produce como consecuencia de la resolución es una retroactividad obligacional. La resolución por incumplimiento no produce la readquisición automática de la propiedad por el que la perdió, sino sólo origina una obligación de retransmisión de ésta.

Así pues, será necesaria la posterior entrega para que definitivamente se readquiera el dominio. Esta entrega puede realizarse voluntariamente, o puede haber oposición a la misma. En este segundo caso, el que pretende la readquisición podrá bien entablar una acción restitutoria, bien solicitar la ejecución de sentencia, si el juez en la misma sentencia en que decretó la resolución, dispuso también la restitución de las prestaciones.

XXVI. Lo expuesto anteriormente se produce del mismo modo en los demás supuestos de resolución. La única excepción la encontramos cuando la compraventa se haya hecho mediante escritura pública, en la que conste también la condición resolutoria o el pacto comisorio. El art. 1.462 C.C. determina que el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega, y lo mismo cabría decir para la re-entrega, puesto que la condición consta en la misma. Así, al cumplirse el evento en que consiste la condición, se resuelve el contrato porque las partes así lo han querido, con lo que deben restituirse la propiedad de las cosas que se transmitieron, cosa que se entiende realizada puesto que la condición consta en escritura pública, lo que equivale a la re-entrega. Sólo en este caso la resolución tendría efectos reales, aunque no retroactivamente, puesto que el adquirente bajo condición resolutoria, que consta en la escritura pública, dejaría de ser propietario automáticamente, pero desde la resolución, no desde un momento anterior.

XXVII. Las condiciones resolutorias deben acceder al Registro en cuanto recaigan sobre actos inscribibles y afecten directamente al dominio o derecho real limitado. Con el cumplimiento del hecho que constituye la condición resolutoria, se producirá la correspondiente reinscripción a favor del primitivo propietario, cuya titularidad no había desaparecido completamente del Registro, junto con la correspondiente cancelación, automática aunque no exenta de un procedimiento, de la titularidad del adquirente que ha perdido su derecho.

XXVIII. Junto a la condición resolutoria expresa, también puede tener acceso al Registro el pacto comisorio del art. 1.504 C.C., de modo que en la inscripción se expresará la facultad de resolver, para el caso de que no se pague el precio en el tiempo convenido. El art. 59 R.H., sólo exige para la reinscripción que se haga constar la notificación judicial o notarial de quedar resuelta la venta junto con el título del vendedor. Pero hay que tener en cuenta también si se han realizado por el vendedor aquellas otras obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación, de acuerdo con el art. 175-6º del Reglamento, del valor del bien vendido o del importe de los plazos que con las deducciones, si proceden, haya de ser devuelto.

En cuanto al consentimiento tanto del comprador como de terceros la Jurisprudencia registral no sigue una misma línea. En algunas Resoluciones exige para la reinscripción, además de lo anterior, bien el consentimiento tanto del comprador como de terceros, bien un pronunciamiento judicial, enervando pues la automaticidad anterior. Pero también hay jurisprudencia posterior en la que no se exige ni el consentimiento del comprador, ni el de los terceros, ni pronunciamiento judicial al respecto

En el art. 175-6° R.H. la necesidad de consignación del precio se exige a favor tanto del comprador-deudor, como de los terceros; por lo tanto comprende todo lo percibido, tanto precio como intereses, e incluso aquella parte del precio que pueda retener el vendedor a modo de cláusula penal. La conclusión es que deben cancelarse previamente los asientos a favor de terceros, para que pueda llevarse a cabo la reinscripción.

XXIX. La facultad resolutoria del art. 1.124 C.C. no tiene acceso al Registro, aunque debe seguir constando el aplazamiento del pago del precio en la inscripción. Esta constancia no producirá efectos resolutorios reales respecto a terceros, sino obligacionales entre las partes, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 11 L.H. y 37. 4 del mismo texto legal. Actualmente la única posibilidad de que el acceso al registro de la situación de incumplimiento afecte a terceros, puede deducirse a partir de lo dispuesto en el art. 11 L.H., del cual se desprende que para que la resolución por incumplimiento surta efectos frente a terceros, debe dársele a éste el carácter de condición resolutoria expresa.

## BIBLIOGRAFÍA





AFONSO RODRÍGUEZ, M.E., *Las arras en la contratación*, Barcelona, 1995.

AGUIRRE FERNANDEZ, B.J., «Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 23 de septiembre de 1996. Donación con condición resolutoria. Cumplimiento de la condición. Pactada la donación con la condición de que "si algún día dejase de funcionar el Real Patronato donatario", recobrará ipso facto la donante el dominio...», *R.C.D.I.*, núm. 641, 1997, págs. 1.471 a 1.481.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1947, núm. 4, págs. 409 a 560.

— *Derecho Civil*, t. I, *Introducción y Parte General*, vol. 2º, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Barcelona, 1985.

— *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *La obligación y el contrato en general*, 8ª ed., Barcelona, 1989.

— *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 8ª ed., Barcelona, 1997.

— «Comentario a los arts. 618-656 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. VIII, vol. 2º, Madrid, 1986.

ALLORIO, E., «L'incidenza della svalutazione nell'obbligo di restituzione del prezzo e una necessaria distinzione processuale», *Giur. it.*, 1950, t. I, vol. 1º, pág. 791.

ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989.

ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La retroactividad de la condición», *A.D.C.*, 1964, t. XVII, fasc. IV, oct.-dic., págs. 829 a 881.

— *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986.

— «Comentario a los arts. 1.113-1.124 C.C.», *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

AMORÓS GUARDIOLA, M., «La ineficacia del negocio jurídico», *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, págs. 151 a 198.

ANDREOLI, G., *La ripetizione dell'indebito*, Padua, 1940.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., «La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título 5 de la Quinta Partida», *Centenario de la Ley del Notariado*, secc. I, *Estudios históricos*, vol. 2º, Madrid, 1965, págs. 340 a 433.

ARIAS RAMOS, J., «En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, Madrid, 1946, págs. 27 y sigs.

ASCARELLI, T., *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padua, 1928.

— «Obbligazioni pecuniarie (art. 1.277-1.284)», *Commentario del Codice Civile*, dirigido por A. SCIALOJA y E. BRANCA, Bolonia-Roma, 1959.

ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la Sentencia de 8 de febrero de 1989. Compraventa de inmuebles. Cláusula penal con función sustitutiva de la indemnización. Moderación de la pena por los Tribunales. Pacto resolutorio expreso con retención por el vendedor de las cantidades pagadas a cuenta. Efectos de la resolución», *C.C.J.C.*, núm. 19, 1989, págs. 191 a 240.

AUBRY, M.M. y RAU, G., *Cours de Droit Civil Français*, t. IV, París, 1871.

— *Cours de Droit Civil Français*, t. II, París, 1897.

AULETTA, G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milán, 1942, pág. 147 y sigs.

— «Rassegna di giurisprudenza: risoluzione e rescissione dei contratti», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, págs. 170 y sigs.

ÁVILA ÁLVAREZ, P., «Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 4 de febrero de 1988. En caso de resolución de compraventa por impago del precio, ha de consignarse a favor del comprador...», *R.C.D.I.*, 1988, núm. 587, págs. 1.359 a 1.367.

ÁVILA NAVARRO, P., «Extensión de la "condición resolutoria explícita" en la contratación inmobiliaria», *R.C.D.I.*, núm. 623, 1994, págs. 2.581 a 2.617.

BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, t. I, 2ª ed., Barcelona, 1979.

BADÍA SALILLAS, A., «En torno al artículo 1.504 del Código Civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor», *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, págs. 41 a 65.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.

— Justo título, *N.E.J.*, t. XVI, págs. 704 y sigs.

— *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990.

BALERIOLA LUCAS, G., «De nuevo sobre la resolución de la compraventa de inmuebles», *R.D.N.*, núm. 128, 1985, págs. 269 a 363.

BALLARÍN HERNANDEZ, R., *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Madrid, 1985.

— «Comentario de los artículos 1.896 a 1.899 C.C.», *Comentario del Código Civil*, t. II, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, Madrid, 1991, págs. 1.958 a 1.965.

BARBERO, D., *Contributo alla teoria della condizione*, Milán, 1948.

— *Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano*, vol. I, Turín, 1962.

— «Condizione», *Noviss. Dig. Ital.*, t. III, Turín, 1959, págs. 1.095 y sigs.

BARBIERA, L., *L'ingustificato arricchimento*, Nápoles, 1964.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Trattato di Diritto Civile. Delle Obbligazioni*, t. I., Milán, 1905.

— *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, t. XII, *Des obligations*, vol. I, Burdeos, 1906.

— *Trattato di Diritto Civile. Delle Obligazioni*, t. IV, Milán, 1915.

BELFIORE, A., «Resolución per inadempimento», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Milán, 1989, págs. 1.307 y sigs.

— *Resoluzione per inadempimento e restituzioni*, Catania, 1984, (ed. provv.)

— «Resoluzione per inadempimento e obbligazione restitutorie», *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, vol. II, 1988, Milán, pág. 243 y sigs.

— «Resoluzione per inadempimento. Adempimento successivo alla domanda», (nota a Cass.), *Nuova Giur. Civ.*, 1987, t. I, págs. 39-45.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956.

— «La tradición como modo de adquirir la propiedad», *R.D.P.*, t. LI, 1967, pág. 103 a 116.

BÉRGAMO LLABRÉS, A., «El riesgo en el contrato de compraventa», *Conferencias del cursillo del año 1946*, Barcelona, 1947, pág. 157 a 181.

BERTEGÓN SANZ, C., y CURIEL LORENTE, F., «Comentario a las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990. Condición resolutoria por precio aplazado. La cobertura del artículo 1.504 C.C. alcanza tanto al precio como a los intereses. Debe inscribirse la cláusula penal», *R.C.D.I.*, núm. 610, 1992, págs. 1.452 a 1.472.

BETTI, E., «Teoria generale del negozio giuridico», in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Turín, 1960, pág. 534 y sigs.

BIANCA, M., *La vendita e la permuta*, Turín, 1972, pág. 71, y en *Tratt. di dir. civ.* dirigido por VASSALLI, F., Turín, 1972, págs. 518, 679 y sigs., 779, 870 y sigs.

BIGIAMI, W., «Irretroattività della risoluzione per inadempimento», en la *Rivista de Diritto commerciale*, t. XXXII, (1934-I), págs. 695 a 722.

BIGLIAZZI GERI, L., «Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno», *Riv. Crit. dir. priv.* 1966, págs. 29 a 59.

BIRKS, P., *The Law of restitution*, Londres, 1984.

— *An Introduction to the Law of restitution*, Londres, 1985.

BLANCO GÓMEZ, J.J., *La cláusula penal en las obligaciones civiles, relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, 1996.

BLASCO GASCÓ, F DE P., *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva, (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, 1991.

BONET CORREA, J., «Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de dinero», *R.D.N.*, 1976, págs. 11 a 81.

— «El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1977», *A.D.C.*, 1978, pág. 452 a 457.

BORRELL SOLER, J., «L'enriquiment indegut», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1926.

BOUSIGES, A., *Les restitutions apres annulation ou resolution d'un contrat*, tesis, Poitiers, 1982.

BRECCIA, U., *La ripetizione dell'indebito*, Milán, 1974.

— «Il pagamento del indebito», *Tratatto di Diritto Privatto*, dirigido por PIETRO RESCIGNO, t. 9, págs., 755 a 807.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al art. 1.506 C.C.», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Madrid, 1991, págs. 989 y sigs.

— «Comentario al art. 1.154 C.C.», *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Madrid, 1991, págs. 160 y sigs.

CALVO SORIANO, A., «Tradición y donación», *A.A.M.N.*, t. III, 1946, págs. 339 y sigs.

— «La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sec. 2ª, vol. I, 1962, págs. 441 y sigs.

CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol., II, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Granada, 1970.

— *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. V, Pamplona, 1983

CÁNOVAS COUTIÑO, G., «Comentario a la Resolución de 3 de junio de 1961. Siempre que no se haya estipulado expresamente como cláusula penal un derecho del vendedor para retener y hacer suyas las cantidades...», *R.C.D.I.*, núm. 402-403, 1961, págs. 1.150 a 1.156.

CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado», *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1995, págs. 450 a 467.



CARBONNIER, J., *Théorie des obligations*, París, 1963.

— *Droit Civil*, t. II, *Les Biens et les Obligations*, París, 1967.

CARNELUTTI, F., «Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento», *Riv. dir. comm.*, 1923, t. II, págs. 330 y sigs.

CARRASCO PERERA, A., «*Ius aedificandi*» y *accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Madrid, 1986.

— «Restitución de provechos (I)», *A.D.C.*, oct-dic., 1987, págs. 1.055 a 1.148.

— «Restitución de provechos (II)», *A.D.C.*, 1988, I, págs. 5 a 151.

CARROUMET, C., *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. III, París, 1990.

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. II, *Derecho de cosas*, vol. 1º, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, Madrid, 1984.

— *Derecho Civil Español Común y Foral*, décima ed., t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1967.

— *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. III, *Derecho de obligaciones*, 13ª ed., revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO, Madrid, 1983.

— *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILELLA, Madrid, 1985.

CHICO ORTIZ, J.M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1981.

— «Comentario a la Resolución de 5 de abril de 1990. El convenio celebrado por las partes dando por resuelto el contrato por no poderse cumplir lo pactado, al amparo del artículo 1.124 C.C. carece de efecto de la cláusula resolutoria explícita y no sustituye a la misma...», *R.C.D.I.*, núm. 610, 1992, págs. 1.472 a 1.984.

CLEMENTE DE DIEGO, F., *Apuntes de Derecho Civil español, común y foral*, Segundo curso, Cuaderno primero, Madrid, 1913.

— *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, t. V, Madrid, 1926.

— *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930 y 1959.

CLEMENTE MEORO, M.E., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992.

— *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.

CLERIGO, G., «Inadempienza contrattuale e determinazione del risarcimento monetario», *Econ. Pubbl.*, 1992, pág. 267 y sigs.

COLIN, A., y CAPITANT, H., *Traité de Droit civil*, t. II. *Obligations. Théorie général. Droits réels principaux*, París, 1959.

— *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción y notas de DE BUEN, D., t. III, Madrid, 1924.

COSSÍO Y CORRAL, A., «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», *R.D.P.*, mayo 1944, pág. 361 y sigs.

COSTANZA, M., «Commentario al art. 1458 C.C.» in *Commentari al Codice Civile*, dirigidos por PAOLO CENDON, vol. IV, Turín, 1991, págs. 844 y sigs.

— «Risoluzione del contratto e risarcimento del danno», *I Contratti*, 1993, págs. 283 a 287.

COVARRUVIAS Y LEYVA, D., *Variarum Resolutionum, cum Additiones, Observationes et notae DE FARIA*, Lugduni, 1701.

COVIELLO, L., jr., «Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno», *Rivista di Diritto civile*, 1935, pág. 33.

CUENA CASAS, M., «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», en *R.C.D.I.*, 1996, pág. 1.433 a 1.578.

DALMARTELLO, A., «Risoluzione del contratto» in *Novissimo Digesto italiano*, t. XVI, Turín, 1981, pág. 128 y sigs.

DE BUEN, D., *Notas a Colin y Capitant, Curso elemental de Derecho Civil*, trad. esp., t. VIII, Madrid, 1928.

— *Derecho Civil Español Común*, Madrid, 1930.

— «Rescisión de los contratos», *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XXVII, pág. 330.

DE CASSO ROMERO, I., «La obligación de transferir el dominio en la compraventa», en *Nuestra Revista*, 1947, pág. 134 y sigs.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

DE DIEGO, F. C., *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, t. V, Madrid, 1926.

— *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., «La tradición en la transmisión de los derechos reales», en *R.D.E.A.*, 1964, núm. 6, págs. 29 y sigs.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1981.

DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, J.L., «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», *R.D.P.*, 1971, págs. 803 y sigs.

— «Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español», en *A.D.C.* 1972, págs. 1.027 y sigs.

DELFINI, F., «Risoluzione per inadempimento, restituzione e principio nominalistico», *I Contratti*, 1993, págs. 154 a 156.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», *A.D.C.*, 1975, págs., 557 a 637.

— «Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1987», *C.C.J.C.*, núm. 15, 1987, págs. 5.005 a 5.013.

— «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1985. Incumplimiento de contrato. Resolución. Indemnización de daños y perjuicios. Cláusula penal. Fianza; beneficio de excusión; extinción por novación o prórroga de la obligación principal.», *C.C.J.C.*, núm. 9, 1985, págs. 2.949 y sigs.

— «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1986. Resolución: efectos, retroactividad, indemnización, intereses, mejoras.», *C.C.J.C.*, núm. 11, 1986, págs. 3.773 y sigs.

— «Comentario al art. 1303 C.C.», *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 550 a 553.

— «Ineficacia e Invalidez de los contratos», *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, vol. 1º, *Parte general. Teoría general del contrato*, Barcelona, 1994, pág. 561 a 619.

— «Comentario a los arts. 1.300 a 1.314 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* Dirigidos por M. ALBALADEJO, EDERSA, t. XVII, vol. 2º, Madrid, 1995, págs. 290 y sigs.

DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981.

DE MATTEIS, R., «L'obbligazione restitutoria tra debito di valuta e debito di valore», *Rivista di Diritto Civile*, 1986, t. II, págs. 665 a 679.

DEMOGE, R., *Traité des Obligations en général*, I, *Sources des Obligations*, t. III, París, 1923.

DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon. Traité des contrats et des obligations*, t. XXV, *Traité des contracts ou des obligations conventionnelles en général*, vol. 2º, París, 1878.

DÍAZ ALABART, S., «Comentario al art. 644 a 646 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. VIII, vol. 2º, Madrid, 1986, págs. 303 a 369.

— «Comentario al art. 651 C.C.», en *Comentario del Código civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1.648 y sigs.

DÍAZ ROMERO, M.R., «La jurisprudencia en torno a la liquidación de mejoras útiles en los supuestos de resolución contractual», en *A.D.C.*, t. XLIX, oct.-dic., 1996, pag. 1.745 y sigs.

— *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», *A.D.C.*, 1966, pág. 555.

— «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *A.D.C.*, t. XXII, fasc. II, abril-junio 1969, págs. 383 a 404.

— «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988.

— *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, vol. I, *Teoría del contrato*, Madrid, 1996; vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1979 y 1996; vol. III, Madrid, 1995.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 7ª ed., revistada y puesta al día, Madrid, 1995.

DI MAJO, A., voz «Obbligazioni pecuniarie», *Enc. del dir.*, t. XXIX, Milán, 1979, pág. 269.

— «Risoluzione del contratto ed effetti restitutori: debito di valore o di valuta?», *Corriere Giur.* 1993, págs. 222 y sigs. (nota a Cass.), y 326 y sigs.

— «Restituzioni e responsabilità nell'obbligazioni e nei contratti», *Rivista Critica del Diritto privato*, settembre 1994, pág. 291 y sigs.

DORAL, J.A., y SILLERO, B., «Análisis económico y jurídico del régimen de la liquidación en el Código Civil», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, 1984.

ENNECCERUS, L., y LEHMANN, H., *Derecho de obligaciones*, vol. 1, Doctrina general, en ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil*, t. II Barcelona, 1933, (Traducción de la edición alemana por PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.)

— *Tratado de Derecho Civil. Código Civil Alemán (B.G.B.)*. Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950 por C. MELÓN INFANTE, Barcelona, 1996.

ESPINAR LA FUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. II, Edic. de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 111-163.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. 1º, *Parte general. Modalidades del Negocio Jurídico*, Madrid, 1982.

— *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III. *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1961 y 1983.

— «La transmisión de los derechos reales en el C.C. español», *R.D.P.*, 1945, pág. 348.

— «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *R.D.P.*, 1946, págs. 145 a 169

FERNADEZ CANTOS, J.L., «La resolución de los contratos por causa de incumplimiento», *R.G.L.J.*, jul.-ago. 1960, núms. 1 y 2, t. XLI, págs. 34 a 114.

FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ, O., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994.

FERRI, L., «Vendita con esclusiva», *Dir. prat. comm.*, 1933, t. I, págs. 3 y sigs.

FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milán, 1953.

FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928.

FITTIPALDI, O., «Della condizione nel contratto», en PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, libro IV, Delle obbligazioni, tit. II, cap. III, Turín, 1984, págs. 385 y sigs.

FLORES MICHEO, R., «Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil», *R.D.P.*, 1955, págs. 1.037 a 1.077.

FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941.

GALGANO, F., «Degli effetti del contratto», Comentario a los artículos 1.372- 1.386, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bolonia-Roma, 1993.

GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los arts. 1.445-1.541», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 452 a 489.

— «Comentario a la STS de 13 de febrero de 1989. Arrendamiento de local de negocio destinado a discoteca: Cierre gubernativo por incumplimiento de medidas de seguridad: Traspaso atípico consentido: Obligaciones del cedente y del arrendador: Saneamiento por vicios ocultos: Resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios: Resolución por incumplimiento: Solidaridad», *C.C.J.C.*, núm. 19, 1989, pág. 217 a 226.



GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario registral e hipotecario*, t. II, *Concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*, Madrid, 1993.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios al Código Civil Español*, t. III, Madrid, 1952, 1973 y 1982.

GARRIGUES, J., «El dinero y la deuda dineraria», *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, págs. 79 y sigs.

GASCA, C.L., *Tratatto della compravendita*, vol. II, Turín, 1915.

GAUDEMMENT, E., *Teoría general de las obligaciones*, Méjico, 1984, págs. 304 a 313.

GAYOSO ARIAS, R., «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», en *R.D.P.*, 1921, págs. 147 y sigs.

GENTILE, F.S., *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Nápoles, 1958.

GETE-ALONSO CALERA, C., «El dinero como objeto de la relación obligatoria», *Manual de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Oligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato*, PUIG FERRIOL, L., GETE ALONSO, C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SANCHEZ, J.J., Madrid, 1996.

GHESTIN, J., «Le contrat: formation», en *Traité de Droit civil*, París, 1988.

— *L'effet rétroactif de la résolution du contrat à exécution successive*, MELANLANGES RAYNAUD, Sirey, 1985, pág. 203.

GIL RODRÍGUEZ, J., «Unidad y pluralidad de vínculos», *Manual de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Oligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato*, PUIG FERRIOL, L., GETE ALONSO, C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SANCHEZ, J.J., Madrid, 1996.

GIMÉNEZ ARNAU, E., *Tratado de legislación hipotecaria*, Madrid, 1941.

— «Las condiciones en el Registro de la propiedad», en *Información Jurídica*, 1951, págs. 645 y sigs.

GIMENEZ ROIG, E., *Transmisión del Derecho de Propiedad por contrato de compraventa*, Madrid, 1991.

— «Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión», *R.C.D.I.*, núm. 613 (1992), págs. 2.293 a 2.461.

GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. IV, *Fonti delle obbligazioni*, Florencia, 1891.

GOFF, R., y JONES, G., *The law of restitution*, Londres, 1978.

GÓMEZ, A., *Variarum Resolutiorns Iuris Civilis Comunis et Regii, Cum Additiones Joannis de Ayllon Laynez*, Madrid, 1653.

GÓMEZ ACEBO, F., «La buena y mala fe en el Código Civil», *R.D.P.*, 1952, págs. 192 a 237.

GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., «Inscripción de la condición resolutoria en garantía de precio aplazado», en *R.C.D.I.*, núm. 613, nov-dic. 1992, págs. 2.463 a 2.494.

— «Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 19 de noviembre de 1996. La resolución de una compraventa con precio aplazado ante el impago de éste, conforme al art. 1.504...», *R.C.D.I.*, núm. 642, 1997, págs. 1.860 a 1.872.

GONZÁLEZ GONZALEZ, A., *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, 1987.

GONZÁLEZ POVEDA, P., *Resolucìon de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Madrid, 1997.

GORDILLO CAÑAS, A., «Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus. Traditio sine causa*. ¿Adquisición de buena fe?, en *A.D.C.*, 1984, págs. 571 y 576.

GRASSO, B., «Comm. al art. 1458», in *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di PIETRO PERLINGIERI, Nápoles, 1991, págs. 748 y 749.

GRECO, E., y COTTINO, G., «Della vendita», en *Comm. del cod. civ.*, a cura di SCIALOJA, A., y BRANCA, G., (art. 1.470-1.547), Bolonia- Roma, 1981, págs. 218 y sigs.

GUELFUCCI- THIBERGE, C., *Nulité, restitutions et responsabilité*, París, 1992.

GUILARTE GUTIERREZ, V., «Comentario a la STS de 22 de octubre de 1990. Resolución de compraventa. Cláusula penal: naturaleza; inexistencia; menor onerosidad que la indemnización por daños y perjuicios», *C.C.J.C.*, núm. 24, 1990, págs. 1.083 a 1.095.

GUIZZI, G., «La configurazione dell'obbligazione restitutoria come debito di valuta nella dialettica risoluzione-risarcimento: per una rilettura della teoria generale della risoluzione per inadempimento», *Giurisprudenza Commerciale*, t. I, 1994, págs. 774 a 766.

GULLÓN BALLESTEROS, A., «Cobro de lo indebido», en el *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Batlle Vazquez*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 330 y sigs.

HERMOSILLA, G.A., con las adiciones a la obra de GREGORIO LÓPEZ, *Additiones, Notae, Resolutiones, ad 7 partit.* 1634.

HERNANDEZ GIL, F., *Las arras en el derecho de la contratación*, Salamanca, 1958.

— *Derecho de Obligaciones*, t. I, Madrid, 1960.

— *La posesión*, Madrid, 1980.

HERNÁNDEZ-TEJERO, F., Traducción española de *Las Instituciones de Justiniano*, Madrid, 1961.

HIRSCHBERG, E., «Los cimientos teóricos del principio nominalista», *R.D.P.*, 1982, págs. 447 a 453.

HUC, T., *Commentaire théorique-pratique du Code Civil*, t. VII, *Contrats et obligations; Effets des obligations; Condition; Solidarité; Indivisibilité; Clause pénale*, París, 1894.

INZITARI, B., «La moneta», *Tratt. di dir. comm.*, dirigido por F. GALGANO, Padua, 1983, págs. 133 y sigs.

IUDICA, G., «Risoluzione per inadempimento», *Riv. Dir. Civ.*, 1986, II, págs. 575 a 584 y 1991, II, pág. 745 y sigs.

JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1.504 C.C.*, Madrid, 1992.

— «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987: Indemnización en caso de resolución pro incumplimiento de contrato sinalagmático. Lucro cesante. Indemnización calculada en moneda extranjera y conversión en moneda nacional. Actualización del importe líquido de la indemnización», en *C.C.J.C.*, núm. 15, 1987, págs. 5.183 y sigs.

— «Comentario a la STS de 23 de octubre de 1990. Caso fortuito o incumplimiento de una obligación recíproca en un contrato sinalagmático. Indemnización en caso de resolución contractual», *C.C.J.C.*, núm. 24, 1990, pág. 1.097 a 1.114.

JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, t. I, París, 1938.

— *Cours de Droit Civil Français*, t. II, *Téorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les suretés*, París, 1933.

— *Derecho Civil*, traducción de S. CUNCHILLOS, t. II, vol. 1, Buenos Aires, 1950.

KASER, M., *Restituere als prozessgegenstand*, 1932, 2.<sup>a</sup>, 1968.

KNAPP, V., *Staatliche Theorie des Geldes*, Leipzig, 1905.

LACRUZ BERDEJO, J.L., «Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad», separata de la revista *Temis*. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 2, 1957, pág. 11.

— «Inscripción y tradición», *R.C.D.I.*, 1957, pág. 1, y en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1958, pág. 383.

— «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *R.C.D.I.*, 1969, pág. 586.

— «El pago de lo indebido», en el *Libro Homenaje a Ramón M<sup>o</sup> Roca Sastre*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, vol. II, Madrid, 1976, págs. 502 y sigs.

— *Elementos de Derecho Civil*, t. II. *Derecho de obligaciones*, vol. 3<sup>o</sup>, *Contratos y Cuasicontratos*, Barcelona, 1986.

— *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2<sup>o</sup>, *Teoría general del contrato*, Barcelona, 1987.

— *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos reales*, vol. 1<sup>o</sup>, *Posesión y Propiedad*, Barcelona, 1990.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza jurídica de la donación», *R.D.P.*, 1964, págs. 275 y sigs.

— «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», *R.D.P.*, 1973, págs. 386 y sigs.

— «Modos de adquirir», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVI, págs. 552 y sigs.

LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. I, versión española y notas de J. SANTOS BRIZ, Madrid, 1958.

— *Derecho de obligaciones*, t. II, versión española y notas de J. SANTOS BRIZ, Madrid, 1959.

LAROMBIÈRE, M.L., *Téorie et Pratique des Obligations ou Commentaire des Titres III-IV, du Code Napoléon*, t. II, París, 1857.

LAURENT, F., *Principes de droit civil*, t. XVII, Bruselas-París, 1878.

LEVI, N., «Restituzioni», *Riv. Dir. Priv.*, 1935, págs. 217 a 277.

LIBERTINI, M., voz «Intereses», *Enc. dir.*, t. XXII, Milán, 1972, pág. 115.

LOJACONO, V., *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milán, 1955.

LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas con las Glosas del Licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555, reproducción anastática, Madrid, 1974.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Contratos traslativos del dominio a título oneroso (I), la compraventa», en *Derecho de obligaciones y contratos*, Coord. VALPUESTA FERNANDEZ, R., Valencia, 1994.

LUMINOSO, A., «Orientamenti della giurisprudenza in materia di incidenza della svalutazione monetaria sul risarcimento del danno», *Dir. e Giur.*, 1968, pág. 157.

— «Il momento da prendere a base per la determinazione e la stima del danno da risoluzione», *Resp. Civ.*, 1989, págs. 1.067 y sigs

— «Della risoluzione per inadempimento», t. I, vol. 1, in LUMINOSO, A., CARNEVALI, U., COSTANZA, M., in *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Libro IV, Delle obbligazioni. Della risoluzione per inadempimento, t. I, Arts. 1.453-1.454, Bologna-Roma, 1990, pág. 19 y sigs.

— «Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento», *Giurisprudenza Commerciale soc. e fallimento*, 1990, t. I, pags. 19 a 37.

— «La tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto», *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, págs. 490 y sigs.

— «Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento», en *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, vol. 1º, *Profili generali*, Milán, 1992, págs. 502 y sigs.

— «Mora interessi e maggior danno nell'inadempimento delle obbligazione restitutorie (pecuniarie) da risoluzione del contratto», *Riv. Guir. sarda*, 1991, págs. 693 a 698.

LUNA SERRANO, A., «Las mejoras fundiarias rústicas», *Temis*, núm., 18, 1965, pág. 63 y sigs.

— «Condición, término y modo», en LACRUZ BERDEJO, J.L. y OTROS, *Elementos de Derecho civil*, t. I, *Parte general de Derecho Civil*, vol. 1º, *El Derecho Subjetivo*, Barcelona, 1990, págs. 229 y sigs.

MACRÍ, G.B., «Risoluzione per inadempimento e interessi sulle somme da restituire», *Nuovo diritto*, 1972, págs. 16 y sigs.

MAGARIÑOS BLANCO, V., «Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles», *R.C.D.I.*, núm. 608, 1992, págs. 63 y sigs.

MAGNO, D., *Studi sul negozio condizionato*, vol. I., Roma, 1930.

MAIORCA, S., «La condizione», *Riv. Dir. Civ.*, t. II, 1984, págs. 211 y sigs.

— «Condizione», *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Turín, 1988, págs. 317 y sigs.

MALAURIE, M., *Les restitutions en Droit Civil*, París, 1991.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. IV, Madrid, 1932.

— *Comentarios al Código Civil Español*, t. V, Madrid, 1951.

— *Comentarios al Código Civil Español*, t. VIII, vol. 1º, Madrid, 1967.

— *Comentarios al Código Civil Español*, t. VIII, vol. 2º, ed. revisada por M. MORENO MOCHOLÍ, Madrid, 1967.

— *Comentarios al Código Civil Español*, t. X, vol. 1º, Madrid, 1969.

MARELLA. M.R., «Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento» (nota a Cass.), *Giur. II*, 1985, I, 1, 369 a 376.

MARSAL GUILLAMET, J., «Comentario a la Sentencia de 13 de octubre de 1995. Resolución de compraventa. Mejoras efectuadas en la cosa vendida por el comprador antes de la resolución del contrato.



Enriquecimiento injusto», *C.C.J.C.*, núm. 40, ene.-mar. 1996, págs. 255 a 264.

MARTÍN PÉREZ, A., *Derechos reales*, t. I, *Doctrinas generales. La posesión*. (Sobre las explicaciones del curso 1956-1957 como encargado de cátedra en la Facultad de Derecho de Madrid), Zaragoza, 1958.

— «Comentario a los arts. 451 a 453 C.C.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. IV, 1980, págs. 281 y sigs.

MARTÍNEZ RADIO, A DE LA E., «La tradición en la transmisión de los derechos reales», *Revista de Derecho Español y Americano*, 1964, 6, págs. 44 y sigs.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., «El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria», *A.D.C.*, t. 42, págs. 1.169 a 1.225.

— «Comentario al art. 1.504», en *Comentario del Código Civil*, Dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, t. II., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 984 a 987.

MELÓN INFANTE, C.: *Traducción directa del Código Civil alemán (B.G.B.) del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*, Barcelona, 1955.

MENGONI, L., «Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti», *Riv. Dir. Comm.*, 1948, pág. 300 a 313.

— «Acquisto a non domino», *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, I, Torino, 1987, págs. 69 a 81.

MESSINEO, F., *Istituzione di diritto privato*, vol. I, Milán, 1942.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>., «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983: Tercería de dominio. Venta de cosa ajena. Resolución por incumplimiento. Tercero de buena fe. Cuestión nueva», *C.C.J.C.*, núm. 3, sep.- dic., 1983, págs. 719 y sigs.

«Comentario del art. 451 C.C.», *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, t. I, Madrid, 1993, págs. 1.215 y sigs.

— «Comentario al art. 609 C.C.», *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, t. I, Madrid, 1993, págs. 1.545 a 1.551.

MIRABELLI, G., «Miglioramenti e addizioni», *Novissimo Digesto italiano*, vol. X, 1957, págs. 669 y sigs.

— «Delle obbligazioni», *Commentario del Cod. civ.*, libro IV, *Dei contratti in generale*, art. 1.321-1.469, Turín, 1980.

MOLINA GARCÍA, A., *La resolución de la compraventa de inmuebles*, Madrid, 1995.

MOLINA, L. DE, *Los seis libros de la Justicia y del Derecho*, traducción, estudio preliminar y notas de FRAGA IRIBARNE, M., y ELOY MONTERO, D., t. I, vol. 1<sup>o</sup>, Madrid, 1941.

MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario a los arts. 1.113 a 1.124 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XV, vol 2<sup>o</sup>, Madrid, 1989, págs. 1.141 a 1.255.

— «La dinámica de los derechos reales (I). La adquisición», en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, pág. 104.

— «El incumplimiento de la obligación» y «La responsabilidad por incumplimiento», en *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, págs. 171 a 195 y 215 a 233.

MONTERO AROCA, J., «La realización de los bienes embargados», en *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil 2º, Barcelona, 1989.

MORALES MORENO, A.M., «Comentario a la Sentencia de 21 de octubre de 1988. Compraventa de inmueble con garantía de aprovechamiento útil para oficinas. Pretensión de reducción del precio ejercitada por la compradora, fundada en una cláusula de garantía. Interpretación del contrato. Base del negocio y cláusula de garantía. Ejercicio de la facultad resolutoria y modificación posterior de la pretensión. Conducta contraria a la buena fe. Equivalencia de prestaciones y enriquecimiento sin causa. Ocultación de negociaciones mantenidas con la Administración por la compradora tendentes a lograr un mayor aprovechamiento del edificio, cuyos resultados se intentan imponer a la vendedora», *C.C.J.C.*, núm. 18, sep.-dic., 1988, págs. 927 y sigs.

MORANÇAIS-DEMEESTER, M.L., «La responsabilité des personnes obliées à restitution», *Rev. Trim. Droit civil*, oct-dic., 1993, págs. 757 a 787.

MORENO MOCHOLÍ, M., «¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?», en *R.C.D.I.*, 1945, págs. 377 y sigs.

MORENO QUESADA, B., *La mejora de los bienes. Supuestos legales y teoría general*, Madrid, 1990.

— «Comentario de los arts. 1.291 a 1.299 C.C.» en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Ministerio de justicia, Madrid, 1993, págs. 531 y sigs.

— «Comentario a los arts. 1.291 a 1.299 C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XVII, vol. 2º, Madrid, 1995, págs. 58 y sigs.

MORI-CHECCUCCI, U., «Nullità della vendita immobiliare, restituzione del prezzo, rivalutazione monetaria», *Giur. it.*, 1950, t. I, vol. 1º, págs. 91 y sigs.

MOSCATI, E., «Pagamento dell'indebito», *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, libro cuarto. Delle obbligazioni (arts. 2.028-2.042), Bologna-Roma, 1981.

MOSCO, L., «Di alcuni debiti non convertiti in denaro», *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milán, 1948.

— *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Nápoles, 1950.

— *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, trad. esp., Barcelona, 1962.

MOSSA, L., *Il contratto di somministrazione*, Roma-Atenas, 1915.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil*, t. XIX, Madrid, 1902 y Madrid, 1957.

*Código civil comentado*, t. XI, vol. 1º y 2º, Madrid, 1943.

MUCIUS SCAEVOLA, Q.-BONET RAMÓN, s *Comentarios al Código Civil*, t. XXIII, vol. 2º, Madrid, 1970.

MULLERAT BALMAÑA, R.M., «El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (art. 1504 C.C.)», *A.D.C.*, abril-junio, 1971, t. XXIV, fascículo II, págs. 481 a 529.

MUÑOZ DE DIOS, G., «Condición resolutoria: cancelación si el pago es por medio de letras de cambio, y conceptos garantizables», *La Ley*, 1988, t. 1, págs. 926 a 934.

NATOLI, U., «Della condizione nel contratto», *Comm. Codice Civile*. Libro delle obbligazioni, dir. D'AMELIO y FINZI, Florencia, 1948.

NAVARRO AMANDI, M., *Cuestionario del Código civil reformado*, t. IV, Madrid, 1891.

NEUMAYER, K., «Exposición y crítica de la modificación judicial de las obligaciones dinerarias afectadas por la crisis», *R.D.P.*, 1951, págs. 484 y sigs.

NICOLÓ, R., «Efetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazioni», *Foro it.*, 1944-46, IV, págs. 47 y sigs.

NUÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*, Madrid, 1934.

— «Pago de lo indebido sin error», *R.G.L.J.*, t. 179, 1946, págs. 129 y sigs.

— «Causa de la *traditio* y causa de la *obligatio*», en *R.C.D.I.*, 1961, págs. 573 y sigs.

NUSSBAUM, A., *Teoría jurídica del dinero: el dinero en la teoría y en la práctica del Derecho alemán y extranjero*, Traducción española de SANCHO SERAL, L., Madrid, 1929.

— *Money in the Law*, Chicago, 1939.

— *Derecho monetario nacional e internacional*, traducción argentina de SCHOO, Buenos Aires, 1954.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito*, Madrid, 1991.

OGAYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1.124 y 1.504 C.C.*, Madrid, 1983.

ORTI VALLEJO, A., «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», *R.G.L.J.*, oct. 1982, págs. 282 y sigs.

OSSORIO MORALES, J., *Lecciones de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos (Parte General)*, Granada, 1956.

PALMER, N., *The Law of restitution*, Londres, 1978.

PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», *A.D.C.*, t. XLII, fasc. IV, oct-dic. 1989, págs. 1.143 y sigs. (*A.D.C.* 1991, págs. 1.049 y sigs).

— «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *A.D.C.*, 1993, t. XLVI, fasc. IV, oct.-dic., págs. 1.719 a 1.745.

PAU PEDRÓN, A., *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*, Madrid, 1995.

PEIDRÓ PASTOR, I., «La obligación del vendedor de entregar el dominio de la cosa vendida, a través del Código y de la jurisprudencia», en *R.G.D.*, 1949, págs. 560 y sigs.

PELAYO HORE, S., «Sobre la condición resolutoria», *R.D.P.*, núm. 375, junio 1948, págs. 517 a 529.

PELLEGRINI, G. M., «Commentario al art. 1.458 del Codice Civile», in *Codice Civile*, a cura di RESCIGNO, Milán, 1992, págs. 1.641 y sigs.

PELOSI, A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milán, 1974.

PÉREZ GONZALEZ, B., Y ALGUER, J., Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. II, vol. 1º, Barcelona, 1933.

— Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de obligaciones», t. I, 2º, vol. 2º, Barcelona, 1981.

— Anotaciones al *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, L., KIPP, T. Y WOLF, M., «Derecho de cosas», t. III, vol. 1º, 2ª ed. al cuidado de J. PUIG BRUTAU, Barcelona, 1951.

PESTALOZZA, C., «Valore e valuta», *Riv. Dir. Comm.*, 1944, I, págs. 215 y sigs.

PINTÓ RUIZ, J.J., «La condición resolutoria tácita», Apéndice de MOSCO, L., *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción y notas de la primera edición italiana por la redacción., Barcelona, 1962, págs. 337 a 405.

— «La resolución del contrato y la regla "periculum est emptoris"», *R.J.C.*, 1975, págs. 693 a 749.

PLANIOL, M., *Traité élémentaire du Droit civil*, t. II, París, 1923.

PLANIOL, M., RIPERT, G. y ESMEIN, P., *Obligations*, en *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, vol. 1º, París, 1952.

JOFRESA, P., *Estudios Jurídicos y Notariales*, Barcelona, 1899.

POTHIER, R.J., *Traité du prêt de consommation*, París, 1810.

— *Tratado de las Obligaciones*. Traducción de M. DUPIN, Buenos Aires, 1978.

— *Ouvres, Les traités du droit français*, t. I, *Traité des obligations, Du contrat de vente*, Bruselas, 1831.

PUGLIESE, G., «Restituzione della somma ricevuta in base ad un contratto annullato e principio nominalistico», *Foro it.*, 1950, I, pág. 873.

— «Restituzione della somma ricevuta in base a contratto e principio nominalistico», *Foro pad.*, 1951, t. I, págs. 1.085 y sigs.

PUIG BRUTAU, J., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1948, págs. 269 a 285.

— *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. 2º, *Derecho de las obligaciones*, Barcelona, 1988.

— *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, *Contratos en particular*, Barcelona, 1956.

— *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, *Contratos en particular*, Barcelona, 1982.

— *Compendio de Derecho civil*, vol. II, *Derecho de las obligaciones. Contratos y cuasi contratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, Barcelona, 1987.

PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, vol. 1º, Madrid, 1946.

RAMS ALBESA, J., «El supuesto genérico del enriquecimiento sin causa», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, 1995, *Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 3ª ed., Barcelona, 1995, págs. 433 a 444.



— «La donación», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, Derecho de obligaciones, vol. 2º, Madrid, 1995, págs. 89 a 108.

RESCIGNO, P., «Condizione», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VIII, 1961.

RIBERO HERNANDEZ, F., «Compraventa y permuta», en *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, J. L., y OTROS, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1995.

— «El cumplimiento de la obligación», en *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, Barcelona, 1994, págs. 137 a 167.

RICCI, F., *Corso teorico-prattico di Diritto Civile*, t. VI, Turín, 1923.

ROCA I TRIAS, E., «Liquidación del estado posesorio. Posesión y Registro de la Propiedad», en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, págs. 198 a 202.

— «Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación», en *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1995, págs. 601 a 622.

ROCA SASTRE, R.M., *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948 y 1968.

— *Estudios de Derecho Privado*, I, Obligaciones y contratos, Madrid, 1948.

— «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado*, t. 1º, Madrid, 1948, págs. 363 y sigs.

ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. I y II, Barcelona, 1995.

ROCA SASTRE, R.M., y PUIG BRUTAU, J., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *Estudios de Derecho Privado*, t. I., Madrid, 1948, págs. 269 a 285

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Algunos aspectos de la *Lex Comisoria*», *R.C.D.I.*, núm. 464, 1968, págs. 24 y sigs.

RODRÍGUEZ DEL BARCO, J., «El pago de lo indebido por error», *R.D.P.*, 1961, págs. 808 a 824.

RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Madrid, 1997.

ROSSI, V., «L'exceptio inadimpleti contractus negli obblighi de restituzione nascenti da sentenza di risoluzione del contratto», *Dir. e Giur.*, 1995, págs. 190 a 200.

ROVIRA JAÉN, F.J., «El requerimiento del art. 1.504 del Código Civil», *R.D.N.*, 1981, págs. 283 a 322.

— «El pacto de la *Lex Comisoria* en la reciente jurisprudencia registral», *R.C.D.I.*, núm. 615, 1993, págs. 349 a 391.

— *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (Su razón histórica)*, Madrid, 1995.

ROYO MARTINEZ, M., «Notas sobre la función de las arras en la contratación», *Anales de la Universidad Hispalense*, 1949, págs. 21 y sigs.

RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993.

RUBIO TORRANO, E., «Comentario de los arts. 1.507- 1.520», *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, t. II, Madrid, 1991, págs. 989 a 1.006.

RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª ed. italiana, anotada y concordada con la legislación española por SERRANO SUÑER, R., y SANTA-CRUZ TEJEIRO, J., t. I, *Introducción y parte general. Derecho de las personas. Derechos reales y posesión*, Madrid, 1979.

RUIZ MARTÍNEZ, F., «Precio aplazado, arts. 11 LH y 59 de su Reglamento», *R.C.D.I.*, 1948, págs. 601 y sigs.

— «Sobre la Condición y sus aledaños», *R.C.D.I.*, núms. 271-272, diciembre 1950 págs. 785 a 808, enero 1951, págs. 1 a 32.

RUIZ RICO RUIZ MORÓN, J., «Comentario a la STS de 3 de marzo de 1993. Compraventa de inmuebles: Pacto comisorio; requisitos del incumplimiento resolutorio; reciprocidad de las prestaciones. Cláusula penal. Indemnización adicional por ocupación de la finca», *C.C.J.C.*, núm. 31, ene.-mar. 1993, pág. 251 a 253.

RUIZ VADILLO, E., «Sistemas de rectificación de las alteraciones del valor monetario», *Revista de Derecho Judicial*, núm. 21, 1965, págs. 9 y sigs.

— «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», *R.D.P.*, 1975, págs. 38 y sigs.

SACCO, R., «I rimedi sinalagmatici», *Tratatto di diritto privato*, t. 10, dirigido por P. RESCIGNO, *Obbligazioni e Contratti*, vol. II, Turín, 1986, pág. 509 y sigs.

— «Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno temuto», *Trattato di diritto civile* dirigido por G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI. vol. III, fasc. 7 Milán, 1960.

— *Il Contratto, Trattato di diritto Civile Italiano*, dirigido por F. VASALLI, t. II, vol. 6º, Turín, 1975.

— «La condizione», *Trattato di Diritto Privato*, dir. por P. RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, t. II, Turín, 1982.

SANCHEZ BLANCO, J., «Sobre la naturaleza y forma de la donación», *I.J.*, 1952, pags. 307 y sigs.

SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1891 y 1900.

SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «Obligaciones pecuniarias», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 1º, Madrid, 1994, pags. 97 a 114.

— «Condición, término y modo», en LACRUZ BERDEJO, J.L., y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2º, Barcelona, 1994, págs. 479 a 505.

SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, t. II, Madrid, 1958.

SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, traducción y concordancias al Derecho Civil por LUNA SERRANO, A., Madrid, 1964.

SANTOS BRIZ, J., «Comentario de los arts. 1.887 a 1.910 C.C.», en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XXIV, 1984, págs. 1 a 661.

— *Código Civil (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1991, págs. 539 y sigs.

SANZ FERNANDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1947 y t. II, 1955.

— *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.

SCALFI, G., «Risoluzione del contratto», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991.

SCOGNAMIGLIO, G., «Obbligazione restitutoria dell'alienante nella rescissione di compravendita ed interessi moratori», *Giur. Italiana*, 1987, I, 1, págs. 1.851 a 1.856.

SERRANO GARCÍA, J.A., «Comentario a la Sentencia de 5 de octubre de 1995. Resolución de contrato de compraventa de bienes inmuebles por impago del precio: incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de la subrogación en el préstamo hipotecario del vendedor; cumplimiento parcial posterior al requerimiento resolutorio; cláusula penal: moderación por el Tribunal y deducción de la indemnización de los perjuicios causados a los compradores por los vicios de la cosa», *C.C.J.C.*, núm. 40, ene.-mar. 1996, págs. 205 a 224.

SERRANO SERRANO, I., «Iusta causa traditionis», en *R.C.D.I.*, 1934, págs. 495 y sigs y 1935, págs. 17 y sigs.

SGROI, R., «Art. 1458», *Rasegna di Giurisprudenza sul Codice Civile*, diretta da NICOLÒ R- STELLA RICHTER, M., t. III, 1, Milán, 1990.

SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona, 1998.

SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Barcelona, 1965.

SPALLAROSSA, M. R., «La risoluzione del contratto per inadempimento», *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale*, diretto da ALPA, G., y BESSONE, M., t. IV, Effetti, invalidità e risoluzione del contratto, vol. 2º, Turín, 1991, págs. 835-898.

TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», *R.D.P.*, Madrid, 1929, pág. 320 y sigs.

TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., «La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad», *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1997, págs. 383 y sigs.

TRIMARCHI, P., «Il danno da svalutazione monetaria nell'inadempimento de obbligazione pecuniarie», *Studi in onore di CESARE GRASSETTI*, vol. 3º, Milán, 1980, págs. 1.873 y sigs.

VALCAVI, G., «Sulla natura dell'obbligo di restituzione e di quello di risarcimento del danno conseguente alla risoluzione del contratto per inadempienza», *Foro Padano*, 1992, I, pág. 63 a 68.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español*, t. I, Valladolid, 1925.

— *Tratado de Derecho Cvil Español*, t. III, Valladolid, 1937.

VATTIER FUENZALIDA, C., «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *R.C.D.I.*, 1980, págs. 41 a 92.

— «Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico», *A.D.C.*, 1984, págs. 64 y 65.

VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995.

— *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Modena, 1994.

VIDAL FRANCÉS, P., «Comentario a las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991», *R.C.D.I.*, núm. 608, 1992, págs 178 a 195.

VILA RIBAS, C., *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, Barcelona, 1989.

VIÑAS MEY, J., *Derecho Civil español*, t. II, Madrid, 1926.

WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, Frankfurt, 1906.

— *Diritto delle pandette*, traducción italiana, vol. II, Turín, 1925.

ZAPULLI, C., «Condizione nei negozi giuridici», *Nuovo Digesto it.*, t. III, págs. 724 y sigs.

ZUDDAS, G., «Risoluzione della vendita per inadempimento del compratore e lucro cessante del venditore.», *Riv. Giur. Sarda*, 1995, págs. 9 y 10.

