
DOCTRINA

DEL CONCEPTO Y DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR (LA MAL LLAMADA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA), EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL¹

José Maximiliano Rivera Restrepo²

*“El impío toma prestado, y no paga.
Mas el justo tiene misericordia, y da”.
(Salmos 37:21, La Santa Biblia).³*

RESUMEN: *El presente estudio trata del llamado derecho de opción del acreedor –que se origina toda vez que el deudor no cumple con la obligación emergente de un negocio bilateral–, en lo que se refiere a su concepto y naturaleza jurídica. El trabajo se estructura, principalmente, sobre la base de la doctrina y legislación españolas.*

¹ Abreviaturas:

Art. – Arts. : Artículo – Artículos.
CC. : Código civil español.
Cfr. : Confróntese.
STS : Sentencia del Tribunal Supremo español.
Vid. : Véase.

² **JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO.** Abogado de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Máster Universitario en Derecho Privado por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Gabriela Mistral. Dirección postal: Ricardo Lyon N° 1177, Providencia, Santiago de Chile. Código Postal: 7510549. E-mail: jose.rivera@ugm.cl

³ LA SANTA BIBLIA, antigua versión de Casiodoro de Reina, revisada por Cipriano de Valera, Bogotá, Sociedades Bíblicas Unidas, 1960, p. 735.

ABSTRACT: *The present study is the so-called right of option of the creditor, which arises whenever the borrower defaults on the obligation of a bilaterally emerging business which refers to the concept and the legal nature. The work is structured primarily on the basis of doctrine and Spanish legislation.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho de opción – Derecho de remedios – Derechos del acreedor – Incumplimiento contractual – Obligación – Resolución*

Introducción

De conformidad con la noción tradicional de contrato, que se estructura sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad⁴, los contratantes están obligados a realizar precisamente lo pactado en el contrato. En los contratos bilaterales, al acreedor se le otorga un derecho de opción para exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños y perjuicios en ambos casos⁵. En el último tiempo, la doctrina viene hablando del llamado “derecho de remedios”, sobre la base de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y del Proceso de Unificación Europea; a partir de los Principios LANDO y los Principios *UNIDROIT*⁶. Por ello,

⁴ Al respecto, *vid.*: MÉLIN, F., *Droit des obligations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A., 2006, p. 69.

⁵ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 9.

⁶ Según MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, el actual sistema de contratos internacionales se estructura sobre la base de tres grandes pilares: (a) el Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); (b) el Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías y (c) los textos académicos que contienen principios comunes de Derecho contractual. Dentro de estos últimos destacan: (i) Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales *UNIDROIT*; (ii) Principios de Derecho Contractual Europeo (Lando) y (iii) El Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*). *Cfr.*: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I., “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”. En: *Cumplimiento*

en este trabajo se pretende analizar el concepto y la naturaleza jurídica del derecho de opción, estableciendo no sólo una pulcra contemplación del mismo, sino que además un exhaustivo análisis crítico acerca de la materia⁷.

I. Planteamiento de la cuestión

Una de las clasificaciones más relevantes de los contratos es la que distingue entre contrato unilateral⁸ y contrato bilateral, atendiendo a si la convención genera obligaciones para una sola parte o ambas, respectivamente⁹. En este punto se debe indicar que cierta parte de la doctrina ha venido planteando la necesidad de renovar esta clasificación, sustituyéndola por una distinción más acorde a la realidad y a los tiempos. En este sentido se postulan tendencias que amplían el concepto de contrato bilateral, aplicándolo no sólo a los contratos unilaterales que se transforman en bilaterales (contratos sinalagmáticos “imperfectos”), sino que identifican el contrato bilateral con el oneroso. Así, v. gr., ya en el Código Civil italiano aparece una nueva nomenclatura, pues, en vez de contratos bilaterales, se habla de “contratos con prestaciones recíprocas” (“*contratti con prestazioni corrispettive*”) en sus artículos

e incumplimiento del contrato, O’Callaghan Muñoz, X. (Coordinador), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pp. 674-675. *Vid.* también: TERCIER, P., *Le droit des obligations*, Zurich, Schulthess Médias Juridiques S. A., 2004, 3ª edición, pp. 29 y ss.

⁷ Cfr.: GARCÍA GARNICA, M. del C. “Consideraciones sobre la unificación del Derecho privado europeo”. En: *BIB* 2002/1024, Aranzadi Civil-Mercantil N° 7/2002, Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., 2001, p. 1.

⁸ En este sentido, *vid.*: O’CALLAGHAM MUÑOZ, X. *Código civil. Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid, Editorial La Ley, 2006, 5ª Edición, p. 1118.

⁹ Cfr.: FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”. En: *Derecho de obligaciones*, Jesús Corbal Fernández (Director), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 170. *Vid.* también: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director); MORALES IMBERNÓN, N. y QUICIOS MOLINA, S. (Coordinadores) *Tratado de contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, Tomo I. Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato, p. 120.

1453 y ss¹⁰. Para SANTOS BRIZ, esta nueva nomenclatura identifica al contrato bilateral con el contrato oneroso¹¹. Sin embargo, existen notables diferencias entre el contrato bilateral y el contrato oneroso. Desde este punto de vista, si se llegan a equiparar los contratos bilaterales con los onerosos, ello supondría que, cuando uno de los contratantes incumple con su deber, se estaría rompiendo el equilibrio contractual, pues no se estaría ejecutando una de las prestaciones emergentes del mismo. Ese equilibrio es consustancial a la noción de contrato bilateral y su mantenimiento es una de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta por los contratantes, lo que supone, desde el punto de vista objetivo, el sostenimiento de la paz social y la tranquilidad¹². Creo que al asumir esta postura (identificación entre ambos tipos de contrato) sería más fácil aproximarnos a una explicación válida en torno a la facultad resolutoria tácita.

La distinción entre contratos unilaterales y bilaterales es una de las más fecundas en consecuencias jurídicas, cuya importancia radica en que existen ciertas instituciones¹³ que sólo pueden actuar, como cosas de la

¹⁰ Cfr.: SANTOS BRIZ, J. *Derecho civil. Teoría y práctica*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, Derecho de daños, p. 129.

¹¹ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2008, Sexta Edición, p. 428; MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, Tomo II. Doctrinas Generales, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Prólogo de Vittorio Neppi, pp. 472 y ss.; SANTOS BRIZ, op. cit., p. 129.

¹² Cfr.: MOSSET ITURRASPE, J., *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Editores, 1989, Tomo II, Fallos anotados y Doctrina, Reimpresión, pp. 148-149.

¹³ Al respecto, *vid.*: DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Sexta Edición, Editorial Aranzadi S. A., Navarra, 2008, pp. 433 y 434; FERNÁNDEZ URZAINQUI, op. cit., pp. 176 y ss.; MELICH ORSINI, J. *Doctrina general del contrato*, 3ª Edición corregida y ampliada, Coedición de la Editorial Arte, Caracas, 1997, pp. 52-53; MESSINEO, op. cit., pp. 473 y ss.; O'CALLAGHAM MUÑOZ, op. cit., pp. 1118 y 1119; PUIG BRUTAU, J. *Compendio de derecho civil*, Volumen III, Segunda Edición, Derecho de Obligaciones. Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, 1994, pp. 25 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, C.-J. *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*,

naturaleza, en los contratos bilaterales, y éstas son: (1) Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil español: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el 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, al no haber causas justificadas que la autoricen para señalar un 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”. Con relación a esta disposición, en general, la doctrina ha planteado que cuando la norma señala que uno de los obligados no cumple, se ha de entender que no cumple la obligación en los términos debidos, es decir, íntegramente y en la forma convenida. Por ello, en principio, la norma se aplica tanto para el caso de incumplimiento total, como para el incumplimiento parcial de la obligación. Además, se dice que la disposición autoriza al acreedor a solicitar el cumplimiento o la resolución¹⁴, pero no puede pedir la resolución si en parte ya cumplió el deudor su obligación, pues el artículo 1.124 del Código Civil español le concede al acreedor el derecho de optar por la resolución o el cumplimiento, pero no pedir en parte el cumplimiento y en parte la resolución¹⁵. Esta disposición consagra la llamada condición resolutoria tácita, que constituye un elemento de la naturaleza de todo contrato bilateral, que consiste en que si una de las partes del contrato no cumple con sus obligaciones, la otra parte podrá pedir la resolución o el cumplimiento forzado de ella, con indemnización

Madrid, Dykinson S. L., 1990, Prólogo de José Beltrán de Heredia y Castaño, pp. 117 y ss.; SANTOS BRIZ, 1975, op. cit., pp. 130 y 131.

¹⁴ Se debe indicar, aun cuando aparezca como algo “obvio” que, la voz “resolución” “[...] indica la acción y efecto de resolver, verbo que proviene del latín y cuyas raíces son *re* y *solvere*, que significa disolver”. DE LA PEZA MUÑOZ CANO, J. L., *De las obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2009, Quinta Edición, p. 178.

¹⁵ *Cfr.*: ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil*. Madrid, Edisofer S. L., Libros Jurídicos, 2008, Decimotercera Edición, II. Derecho de Obligaciones, pp. 106-107.

de daños y perjuicios¹⁶. (2) En segundo lugar, sólo en los contratos bilaterales puede operar la llamada *exceptio non adimpleti contractus*. Esta excepción de contrato no cumplido o excepción de inejecución¹⁷ supone que, en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes incurre en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos¹⁸. (3) Por último, sólo en las obligaciones bilaterales se plantea el problema de los riesgos, que consiste en determinar si la extinción por caso fortuito o fuerza mayor de la obligación de una de las partes extingue igualmente o deja vigente la obligación de la otra¹⁹.

¹⁶ En el caso de la indemnización de daños y perjuicios, se debe tener presente que la entidad de los perjuicios reclamables varía conforme se solicite el “cumplimiento forzado de la obligación” o la “resolución de la misma”. Al respecto, *vid.*: DE PABLO CONTRERAS, P. “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”. En: *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (Coordinador), Madrid, Constitución y Leyes S. A., 2011, 3ª Edición, p. 222.

¹⁷ La doctrina francesa se refiere a ella como “excepción de inejecución” (*exception d'inexécution*). *Cfr.*: CANIN, P. *Droit civil. Les obligations*, Paris, Hachette Livre, 2007, 3ª edición, p. 81; MALAURIE, P. y AYNÈS, L. *Cours de Droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2001, Tomo VI, Obligations, Volumen II, Contrats et quasi contrats, 11ª edición 2001/2002, p. 275; MALAURIE, P.; AYNÈS, L. y STOFFEL MUNCK, P. *Les obligations*, Paris, Editions juridiques associées, Defrénois, 2003, p. 415. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina belga y alemana. *Cfr.*: VAN OMMESLAGHE, P. *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, Tome Premier, Introduction Sources des obligations (Première Partie), pp. 7 y ss.; VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*, Granada, Editorial Comares S. L., 2007, Traducción del alemán y concordado por W. Roces, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, p. 854.

¹⁸ Al respecto, *vid.*: ALBALADEJO GARCÍA, op. cit., pp. 104-107; ENNECCERUS, op. cit., pp. 166-167.

¹⁹ Sobre este punto, *vid.*: ALBALADEJO GARCÍA, op. cit., p. 107.

II. Derecho de opción del acreedor

1. Concepto²⁰

El derecho de opción del acreedor, mal llamado condición resolutoria tácita²¹, se define como aquella facultad que consiste en que frente al incumplimiento de una de las partes, la otra podrá elegir entre la resolución o el cumplimiento de ella, con indemnización, en todo caso, de daños y perjuicios²². Utilizo el vocablo facultad, pues, como se verá más adelante, estimo que él define de mejor manera la verdadera esencia del derecho de opción, cual es concederle al contratante cumplidor, bajo cierto supuesto (incumplimiento esencial de la contraparte), la “opción” para elegir entre ciertos derechos. Es decir, conforme a esta facultad, cada contratante puede, cuando el otro incumple con sus obligaciones, o pedir que se apremie a la contraparte para que cumpla, o solicitar que se resuelva su propia obligación²³. En este punto repito la definición que nos entrega MIQUEL, para quien la facultad resolutoria tácita “[...] es la extinción de un vínculo contractual válido, por imposibilidad de

²⁰ Al respecto, *vid.*: OGAYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., 1983, p. 43.

²¹ Esta institución también es llamada “condición resolutoria tácita o implícita” o “facultad resolutoria tácita”. *Cfr.*: SANTOS BRIZ, J. (Director) y Sierra Gil de la Cuesta, I., *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, Barcelona, Editorial Bosch S. A., 2003, Tomo 3, p. 109.

²² En este sentido, *vid.*: LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S. A.), 2000, p. 94.

²³ *Cfr.*: DE RUGGIERO, R. *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1977, Traducción de la 4ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro, Tomo II, Volumen Primero. “Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho sucesorio”, p. 300; RIBÓ DURÁN, L. *Diccionario de Derecho*, Bosch. Casa Editorial S. A., Barcelona, 1995, Segunda Edición, p. 228. *Vid.* también: COLIN, A. y CAPITANT, H. *Curso Elemental de Derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1960, Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo De Buen, Tomo Tercero, pp. 736 y ss.; MONTOYA MELGAR, A. *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Editorial Civitas S. A., 1995, Volumen IV, pp. 5889 y ss.

lograr el fin económico-social propuesto por las partes y tutelado por el ordenamiento jurídico, a causa de la sobreviniente destrucción de la relación de reciprocidad, producida porque una de las partes no ha realizado la prestación a su cargo”²⁴. Para definir el derecho de opción, sólo resulta esencial mencionar el concepto de facultad, además, el propio CC español la llama expresamente “facultad”²⁵. MANSERA, citado por ÁLVAREZ VIGARAY, la llama también “remedio”²⁶ —expresión propia del Derecho anglosajón—²⁷, definiéndola como “[...] aquella facultad o remedio que, con carácter principal y genérico, otorga la ley en las obligaciones recíprocas para resolverlas y a favor de la parte a la otra asignado”²⁸. Asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que “la facultad resolutoria constituye uno de los remedios legales de

²⁴ MIQUEL, J. L. *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, 2ª Edición actualizada, p. 73.

²⁵ En este sentido, MONTÉS PENADÉS dice lo siguiente: “Tal y como aparece redactado, el precepto parece conceder a la parte cumplidora una facultad de provocar la resolución, puesto que (párrafo tercero) el juez puede conceder un nuevo plazo si hay ‘causas justificadas’”. MONTÉS PENADÉS, V. L. “Artículo 1.124”. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Volumen 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, Manuel Albaladejo García (Director), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989, p. 1173. Cfr.: CLEMENTE MEORO, op. cit., p. 28; Fernández González-Regueral, M. Á. *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Madrid, La Ley-Actualidad S. A., 1998, p. 19; GOMÁ SALCEDO, J. E. *Instituciones de Derecho civil común y foral*, Barcelona, Editorial Bosch S. A., Tomo II, Obligaciones y contratos, 2005, p. 80; MORENO GIL, Ó. *Código civil y jurisprudencia concordada*, Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2006, p. 988; O’CALLAGHAM MUÑOZ, op. cit., 1119.

²⁶ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R. “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones. Sección primera. —De las obligaciones puras y de las condicionales”. En: *Comentario del Código civil*, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (Directores), Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991, p. 97.

²⁷ Con relación a la expresión “remedio”, RUBIO CORREA señala que: “En realidad, este concepto viene del Derecho anglosajón donde tiene amplia difusión”. RUBIO CORREA, M. *El Derecho civil*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 73.

²⁸ ÁLVAREZ VIGARAY (1991), p. 97.

tutela del acreedor ante el incumplimiento de la otra parte en contratos con obligaciones recíprocas”²⁹. Por su parte, CLEMENTE MEORO utiliza la expresión “medio de tutela” a favor del acreedor³⁰. Prefiero la denominación “derecho de opción”, pues, en caso de incumplimiento contractual, el perjudicado puede “escoger” entre el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución de la misma³¹. Cuando el contratante diligente escoge la resolución de la obligación, la relación jurídica se extingue sobrevenidamente, sobre la base del incumplimiento esencial de la obligación del contratante incumplidor³². Desde esta perspectiva, la doctrina ha dicho que la acción resolutoria, en caso de incumplimiento contractual, se erige como un eficaz medio de tutela del derecho de crédito en las obligaciones sinalagmáticas o bilaterales, cuyo titular es el acreedor. Frente al incumplimiento del contratante negligente, el acreedor cumplidor puede elegir entre solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, o bien, pedir que se decrete el término de la relación contractual. Esta última forma de extinción sobrevenida de la obligación, se denomina “resolución por incumplimiento”³³, consagrada en el artículo 1124 del Código Civil español³⁴. También se habla indistintamente de

²⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director). *Comentarios al Código civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Tomo VI. Arts. 1043 a 1264, p. 8213. *Vid.* también: Bercovitz Rodríguez-Cano, op. cit., p. 8225.

³⁰ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO, op. cit., p. 27.

³¹ *Cfr.*: ESPÍN CÁNOVAS, D. *Manual de Derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, Volumen III. Obligaciones y contratos. Quinta edición revisada y ampliada, p. 424.

³² *Cfr.*: CLEMENTE MEORO, op. cit., p. 27.

³³ En Italia, por su parte, la resolución “[...] designa, en general, la extinción del contrato por un evento que impide la relación; así, la resolución puede ser definida, sin más, como la disolución de la relación contractual”. BIANCA, C. M., *Derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 3. “El contrato”, traducción por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, p. 754.

³⁴ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO, op. cit., p. 27. *Vid.* también: DE PABLO CONTRERAS, op. cit., pp. 184 y ss.; CLEMENTE MEORO, M. E. “La resolución del contrato como excepción procesal”. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José M. Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio M. Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto (Comité Organizador), Madrid,

“acción de resolución por incumplimiento”³⁵. La resolución implica que se extinguen las obligaciones recíprocas nacidas de ese contrato, dado el carácter sinalagmático del mismo y la interdependencia existente entre dichas obligaciones³⁶. En general, la doctrina ha dicho que el artículo 1.124 del Código Civil español establece un efecto especial³⁷ y propio³⁸ de las obligaciones recíprocas: la facultad de resolución de las mismas³⁹

Civitas Ediciones S. L., 2003, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, p. 1677. En contra, cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia señalan que: “La resolución del contrato sólo puede ser postulada por vía de acción y no de excepción, pero como quiera que en el *petium* del escrito de contestación, lo único que se postuló fue la desestimación de la demanda (lo que excluye toda posibilidad de reconvención, incluso ‘implícita’), lo único que puede hacer el juzgador, ante tan anómala situación, es no tener en cuenta dicha alegación de resolución contractual (STS 18-11-1994; RJ 1994, 8843)”. FERNÁNUDIO XIOL RÍOS, F. J. (Director). *Código Civil Concordancias*, Madrid, Grupo El Derecho y Quantor S. L., 1996, Notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Xiol Ríos, p. 1227.

³⁵ Cfr.: CORRAL TALCIANI, H. “La cláusula penal en la resolución del contrato”. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Pablo Rodríguez Grez*, Enrique Alcalde y Hugo Fábrega (Coordinadores), Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2009, p. 3; MELICH ORSINI (1997) pp. 52-53; PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Derecho civil*, Ciudad de México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996, Obra compilada y editada, Traducción de Leonel Perezniño Castro, p. 899. En este sentido se pronuncia la STS de 28 de enero de 1944 (RJ/1944/223).

³⁶ Cfr.: O’CALLAGHAM MUÑOZ, op. cit., p. 1119.

³⁷ Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J. “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”. En: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Editorial Trivium S. A., 1991, Tomo IV, Arts. 1.088 a 1.444, “Doctrina, antecedentes y concordancias de Jaime Santos Briz y José Ángel Torres Lana”, José Luis Albácar López (Director, Coordinador, selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía), p. 162.

³⁸ Cfr.: SANTOS BRIZ, J. *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, Editorial Comares, 1991, p. 539.

³⁹ Es importante indicar que lo que se resuelve es la relación jurídica nacida del contrato (obligación) y no el contrato mismo. Cfr.: MONTÉS PENADÉS, op. cit., p. 10.

que se le concede al acreedor diligente⁴⁰, la que ha generado una serie de inconvenientes al momento de precisar sus consecuencias⁴¹.

2. Naturaleza jurídica

2.1. Doctrina de la condición resolutoria tácita

La primera cuestión⁴² que surge a propósito de este concepto es si realmente es una condición⁴³. Para la concepción tradicional⁴⁴, tanto en la doctrina⁴⁵ como en la práctica⁴⁶, estamos frente a una condición

⁴⁰ PUIG BRUTAU la llama “facultad de resolución”. *Cfr.*: PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S. A., 1988, Tomo I, Volumen II, Cuarta Edición Revisada, Derecho General de las Obligaciones, p. 118. *Id.* también: FERNÁNDEZ XIOL RÍOS, op. cit., p. 1228.

⁴¹ *Cfr.*: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. Á. “La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales”. En: *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Xavier O’Callaghan Muñoz (Coordinador), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, Consejo General del Notariado, p. 384.

⁴² La palabra “condición” tiene al menos tres sentidos: “[...] en lengua vulgar, cláusula; en vieja lengua jurídica afrancesada, cualquier hecho del que depende una consecuencia jurídica; en lengua jurídica germanizante, el evento futuro e incierto del cual las partes hacen depender uno o más efectos del contrato”. BLASCO GASCÓ, F. de P. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 18.

⁴³ En este sentido, *vid.*: LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. *Elementos de Derecho Civil*, Madrid, Dykinson, 2007, II, Derecho de obligaciones, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, p. 193. *Id.* también: MONTÉS PENADÉS, op. cit., p. 12; ROVIRA I JAÉN, F. J. “El pacto de *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 69, Nº 615, Mar.-Abr. 1993, Madrid, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1993, p. 351.

⁴⁴ En este sentido, *vid.*: PUIG BRUTAU, op. cit., pp. 118-119.

⁴⁵ *Cfr.*: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, México, Editorial Porrúa S. A., 1979, p. 92.

⁴⁶ La STS de 10 de marzo de 1950 decretaba que el fundamento de esta institución era la condición resolutoria tácita. *Cfr.*: RODRÍGUEZ GARCÍA, op. cit., p. 127.

resolutoria⁴⁷. Con todo, la doctrina moderna formula ciertos reparos a esta opinión⁴⁸, indicando que, impropiamente, se le denomina condición resolutoria tácita⁴⁹ a esta institución⁵⁰. La jurisprudencia también ha señalado que esta denominación es incorrecta (STS de 28 de enero de 1944, 7 de enero de 1948, 17 de febrero de 1950 y 18 de mayo de 1955)⁵¹, aun cuando algún autor lo ha llamado *pacte commissoire tacite*⁵². Las principales críticas a esta nomenclatura son: (a) Las condiciones constituyen elementos accidentales de un acto o contrato, y como tal requieren de la manifestación de voluntad de las partes, las cuales la incluyen en una cláusula especial del contrato, mas la condición resolutoria tácita constituye un elemento de la naturaleza de todo contrato bilateral, es decir, es un elemento que sin ser de la esencia del contrato, se entiende pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial⁵³. Este origen legal y no pacticio veda la posibilidad de que estemos frente a una verdadera condición⁵⁴. (b) La incorporación de modos a los negocios jurídicos se debe al deseo de las partes de satisfacer de mejor forma los intereses

⁴⁷ En este sentido, *vid.*: MONTÉS PENADÉS, op. cit., p. 1182. *Cfr.*: PUIG I FERRIOL, LL.; GETE-ALONSO Y CALERA, M. del C.; GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J. *Manual de Derecho civil*, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 1998, Tomo II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Segunda Edición, p. 122.

⁴⁸ En este sentido, *vid.*: DELL'AQUILA, E. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981, Prólogo de José Luis de los Mozos, pp. 90 y ss.

⁴⁹ *Cfr.*: MOLL DE ALBA LACUVE, CH. “La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles”. En: *Estudios de Derecho de obligaciones*, “Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez”, Eugenio Llamas Pombo (Coordinador), Editorial La Ley, Madrid, 2006, Tomo II, p. 430.

⁵⁰ *Cfr.*: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, 1991, op. cit., p. 162.

⁵¹ *Cfr.*: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Madrid, Ediciones Jurídicas Difusa S. L., 2007, p. 925.

⁵² *Cfr.*: VAN OMMEFLAGHE, op. cit., p. 877.

⁵³ *Cfr.* en Chile: CORRAL TALCIANI, op. cit., pp. 3-4.

⁵⁴ En este sentido, *vid.*: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, op. cit., p. 164; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR (2012), pp. 385-386; MONTÉS PENADÉS, op. cit., p. 10.

particulares de cada uno⁵⁵; en cambio, estimo que la razón de la inclusión de la condición resolutoria tácita en todo contrato bilateral obedece más bien al deseo del legislador de que los contratos se cumplan⁵⁶. (c) Además, el acaecimiento del hecho en que se sustenta esta pretendida condición (incumplimiento esencial de la obligación) no constituye realmente una condición de la que depende el nacimiento o la extinción de un derecho⁵⁷. (d) Asimismo, la doctrina agrega que la resolución no se verifica *ipso iure* una vez cumplida la condición (incumplimiento de una obligación principal, emergente de un contrato sinalagmático), sino que, por el contrario, únicamente le concede la facultad o derecho de opción⁵⁸ al contratante cumplidor, para solicitar la resolución de la obligación, si es que no opta por pedir el cumplimiento forzado de la misma⁵⁹. (e) Por último, se ha dicho que no es posible elevar a la categoría de condición (hecho futuro e incierto) el incumplimiento de las obligaciones por parte de uno de los contratantes, en un negocio bilateral, por cuanto es un hecho que, según el legislador, influirá directamente en la eficacia del negocio jurídico⁶⁰. Porque la condición subordina el nacimiento o la extinción de un derecho al hecho futuro e incierto del cual depende, pero

⁵⁵ En este sentido, la STS de 5 de julio de 1941 argumentaba que esta teoría [de la condición resolutoria tácita] carecía de valor, pues las condiciones son estipulaciones accesorias incorporadas al contrato, por la voluntad de las partes, y no impuestas por la ley. *Cfr.*: RODRÍGUEZ GARCÍA, op. cit., p. 128.

⁵⁶ *Cfr.*: DE PABLO CONTRERAS, op. cit., p. 216; PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, op. cit., 123; SANTOS BRIZ, J., “Comentarios”, en *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidente y Coordinador), Barcelona, Editorial Bosch S. A., 2000, Tomo 6, p. 213.

⁵⁷ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que: “Las diferencias [entre la condición resolutoria y la facultad resolutoria] se encuentran, fundamentalmente, en su contenido y en el proceso que conduce a la ineficacia”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., pp. 8213-8214.

⁵⁸ *Cfr.*: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ (1991), p. 183; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil. Obligaciones y contratos*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2009, p. 457.

⁵⁹ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO, op. cit., p. 41; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., p. 812; MONTÉS PENADÉS, op. cit., pp. 10 y 12.

⁶⁰ *Cfr.*: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., p. 12.

no la eficacia del negocio, pues, de lo contrario, se confundiría con el plazo o término (hecho futuro y cierto)⁶¹.

2.2. Doctrina de la facultad

Por las razones precedentes, se ha señalado que, como lo dispone el artículo 1.124 del Código Civil español, la acción resolutoria por incumplimiento consiste en una “facultad” que la ley le otorga al contratante incumplidor, de tal forma que puede elegir entre el cumplimiento o aquella⁶², y sus efectos no se producen de manera automática con el incumplimiento⁶³. En definitiva, la resolución se tipifica en un derecho opcional⁶⁴, potestativo o de configuración jurídica⁶⁵, ya que, de no ser así, la resolución consistiría en un derecho que depende de la voluntad unilateral de la parte que incumple la relación jurídica. Por ello, se requiere que el contratante cumplidor ejercite su derecho de opción, para que, eligiendo la resolución, ésta sea declarada⁶⁶. Para la doctrina moderna, estamos en presencia de una facultad⁶⁷ o derecho

⁶¹ Al respecto, *vid.* también: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, op. cit., p. 921.

⁶² También con relación a la cláusula resolutoria expresa, se ha dicho que ésta no constituye una condición. *Cfr.*: MOLL DE ALBA LACUVE (2006), pp. 433 y 434.

⁶³ En este sentido se pronuncia CASTÁN TOBEÑAS. *Cfr.*: CASTÁN TOBEÑAS, *J. Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus S. A., 2008, Tomo Tercero, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Decimoséptima Edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Amigo, pp. 147 y 151.

⁶⁴ La jurisprudencia ha reconocido el carácter de “derecho de opción”. *Vid.*: STS de 17 de junio de 1912, 10 de abril de 1929, 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 10 de enero de 1944, 7 de enero de 1948, 19 de marzo de 1949 y 4 de noviembre de 1958. *Cfr.*: CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 921.

⁶⁵ *Cfr.*: CARRASCO PERERA, Á. *Derecho de los contratos*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2010, p. 1141.

⁶⁶ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO, op. cit., pp. 39-40. En este mismo sentido, *vid.* también: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., p. 815; MONTÉS PENADÉS, op. cit., pp. 1173 y ss.; SANTOS BRIZ, op. cit., p. 130.

⁶⁷ Al respecto, *vid.*: ACEDO PENCO, Á. *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Editorial Dykinson S. L., 2011, 2ª Edición revisada, p. 204; ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Cuarta Edición,

potestativo⁶⁸ que el Código Civil le otorga al contratante diligente, pues el tenor literal del artículo 1.124 omite la referencia –que sí hace el *Code*– a la “condición resolutoria”⁶⁹. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones. Sin embargo, para cierta parte de la doctrina, el concepto de “condición resolutoria tácita”⁷⁰ siempre ha estado presente⁷¹, no sólo porque el Código Civil español le dedica un

Granada, Editorial Comares, 2009, p. 55; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., p. 8213; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., pp. 456 y 457; Bonet Correa, J. *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1990, Tomo IV, Libro Cuarto (Título I, Capítulos I a IV), p. 222; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., p. 811; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, Librería Bosch, 1987, p. 191. SANTOS BRIZ denomina acertadamente a esta institución: “facultad resolutoria tácita”. SANTOS BRIZ, 2000, op. cit., p. 213.

⁶⁸ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., p. 815. La denominación “derecho potestativo” ha sido utilizada por la jurisprudencia, de ahí fue tomada por los autores, v. gr., la STS de 26 de diciembre de 2007 (RJ/2007/400). Por su parte, Montés Penadés también lo llama “derecho potestativo” o “facultad”. Cfr.: MONTÉS PENADÉS, op. cit., p. 15. En este mismo sentido hablan de “facultad” o “derecho”, el *Codice civile* (artículos 1453 y ss.) y el *B.G.B.* (parágrafos 320 y concordantes). Cfr.: BUONCRISTIANO, M.; CIRILLO, G. P.; CIFFARO, V. y ROSELLI, F. (Coordinadores). *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*. Milano, Giuffrè Editore, 1997, Terza edizione, pp. 1653 y ss.; Bassenge, P.; Brudermüller, G.; Diederichsen, U.; Edenhofer, W.; Heinrichs, H.; Heldrich, A.; Putzo, H.; Sprau, H.; Thomas, H. y Weidenkaff, W., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Verlag C. H. Beck, 2002, pp. 424 y ss.

⁶⁹ PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, op. cit., p. 123. Para DELL’AQUILA, “[...] el texto del art. 1.124 del Código Civil español, que evita emplear la palabra condición y habla de ‘facultad’ sobreentendida, representa sin duda un adelanto respecto al texto francés”. DELL’AQUILA, op. cit., p. 91. En este sentido, Álvarez Vigaray señala que: “En primer lugar se dice en ella [el derecho de opción] que la acción resolutoria es ‘la facultad’, recogiendo de la redacción del art. 1124 esta palabra que ha sido introducida en ella, con acierto, por los redactores del CC, mejorando sensiblemente la redacción del modelo constituido por el art. 1.184 francés, que habla de condición resolutoria sobreentendida”. Álvarez Vigaray, op. cit., p. 55.

⁷⁰ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., p. 8213.

⁷¹ Para el alemán VON TUHR, la condición es tácita “[...] cuando es evidente que según la voluntad de la parte, o de las partes, el efecto jurídico debe depender

apartado a la misma, sino que explícitamente alude a que se encuentra implícita en las obligaciones recíprocas⁷². Hay que agregar que algunos autores han discutido el carácter potestativo del derecho de opción, ya que esta facultad está sometida al cumplimiento de circunstancias objetivas que el juez debe valorar, conforme a los hechos probados en el proceso⁷³. En este mismo sentido se pronuncia MONTÉS PENADÉS, quien considera que el artículo 1.124 del Código Civil español establece la facultad a favor de una de las partes, en los negocios jurídicos bilaterales o sinalagmáticos, para elegir entre el cumplimiento o la resolución del mismo⁷⁴. En tanto, GONZÁLEZ GONZÁLEZ⁷⁵, se pregunta si la resolución por incumplimiento es una facultad o una sanción. Tratando de responder a esa pregunta, llega a la conclusión que se trata de una facultad, por cuanto la resolución alcanza importancia en el momento en que se verifica un desequilibrio entre los contratantes y no al momento de celebrar el negocio. Para equilibrar las prestaciones recíprocas, el legislador le otorga una “facultad” al contratante diligente, es decir, un derecho o prerrogativa⁷⁶. Este derecho se traduce en una opción otorgada

de que se produzca un acontecimiento futuro”. VON TUHR, A. *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1948, Volumen III¹. “Los hechos jurídicos, el negocio jurídico” (continuación), p. 73.

⁷² Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., pp. 811-812.

⁷³ Cfr.: MELICH ORSINI, op. cit., p. 741.

⁷⁴ MONTÉS PENADÉS, op. cit., p. 1172. Al respecto, *vid.* también: ARNALDO ALCUBILLA, E. *Enciclopedia jurídica*, Madrid, Editorial La Ley, 2008-2009, p. 11253. En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ también la llama “facultad resolutoria tácita”. Cfr.: LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho civil*, Madrid, Editorial Trivium S. A., 2001, Tomo Tercero, Contratos, 6ª Edición, revisada y actualizada, p. 39. Por su parte, DE COSSIO Y CORRAL también hace alusión a la “facultad resolutoria”. Cfr.: DE COSSIO Y CORRAL, A. *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Editorial Civitas S. A., 1987, Tomo I, Parte General. Obligaciones y contratos, Revisado y puesto al día por Manuel de Cossio y Martínez, p. 295. *Vid.* también: SANTOS BRIZ, 1975, op. cit., p. 130.

⁷⁵ Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, op. cit., p. 192.

⁷⁶ Cfr.: DE PABLO CONTRERAS, op. cit., p. 217; SANTOS BRIZ, 2000, op. cit., p. 215; SANTOS BRIZ, 1975, op. cit., p. 131.

a la víctima del incumplimiento⁷⁷, opción que le otorga la facultad para solicitar, conforme a su arbitrio, que sea el cumplimiento forzado o la resolución del vínculo obligatorio⁷⁸. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN⁷⁹ y ROVIRA i JAEN⁸⁰ también hablan de “derecho potestativo” o de “facultad de configuración jurídica”⁸¹, aunque para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, el concepto de “derechos potestativos” o “de configuración jurídica” no parece haber estado en el acervo de la doctrina decimonónica española⁸². Creo que no atenta contra el carácter opcional de la facultad resolutoria tácita, el hecho de que se ha decretado por los tribunales que, aun cuando se haya solicitado la resolución del contrato, el juez tiene la facultad para condenar el cumplimiento del mismo, pues, como dispone el art. 1.124 del Código Civil español: “[...] el tribunal decretará la resolución que se reclame, al no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”⁸³.

⁷⁷ En este sentido, *vid*: la STS de 4 de julio de 2011 (RJ/2011/315) y la STS de 3 de julio de 1997 (RJ/1997/5479).

⁷⁸ *Cfr*.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, op. cit., p. 193.

⁷⁹ En este sentido, la STS español de 26 de diciembre de 2006, (RJ/2007/400) califica a la facultad resolutoria como un “derecho potestativo”. *Cfr*.: Cita N° 68 de este trabajo y GARCÍA PÉREZ, op. cit., p. 1969.

⁸⁰ *Cfr*.: ROVIRA I JAEN, F. J. *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, Madrid, Editorial Civitas S. A., 1996, p. 193.

⁸¹ *Cfr*.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., p. 815. Por su parte, MONTÉS PENADÉS cita varias sentencias en este sentido, como las de 17 de febrero de 1912, 19 de junio de 1913, 10 de abril de 1929, 24 de octubre de 1941 y 19 de noviembre de 1984. *Cfr*.: MONTÉS PENADÉS, op. cit., p. 53. *Vid*. también: DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, M.; CORBAL FERNÁNDEZ, J. E.; DE LA ESPERANZA, P.; GONZÁLEZ OLLEROS, J.; GONZÁLEZ POVEDA, P.; MARÍN CASTÁN, F. y PAZ RUBIO, J. M. *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2009, 17ª Edición, pp. 797 y ss.; DE COSSIO Y CORRAL, op. cit., p. 296; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, op. cit., pp. 827 y ss.; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, op. cit., p. 199.

⁸² *Cfr*.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., p. 458.

⁸³ *Cfr*.: DE PABLO CONTRERAS, op. cit., p. 217.

2.3. Doctrina de la ineficacia sobrevenida

Conviene mencionar algunas doctrinas minoritarias en torno a la naturaleza jurídica del derecho de opción. Para ello se analizarán someramente las teorías de la ineficacia sobrevenida y del derecho de modificación o de formación jurídica. Así, algún sector de la doctrina, sostiene que el derecho de opción constituye una “**ineficacia sobrevenida**”⁸⁴, cuya causal está establecida en la ley: el incumplimiento de una obligación emergente de un contrato bilateral. Si se asume que la facultad resolutoria constituye efectivamente una condición resolutoria, podría pensarse en validar esta teoría. Es discutible esta tesis, por cuanto la ineficacia de un acto jurídico o contrato supone que por el solo surgimiento de un vicio se lesiona el derecho de una persona, lo cual justifica la ineficacia del acto jurídico. En el caso de la resolución por incumplimiento, el perjuicio no se produce al momento de la celebración del acto, sino que como consecuencia de un hecho posterior (incumplimiento contractual)⁸⁵. Asimismo, se ha pretendido ver en el derecho de opción un instrumento para restablecer el equilibrio de las prestaciones recíprocas. En este sentido se ha dicho que si pensamos que el derecho de opción equivale a una “ineficacia” del negocio jurídico, por causa del incumplimiento contractual, entonces la resolución tendría un efecto similar a la sanción de la inexistencia, por cuanto una vez declarada la misma, el contrato bilateral se reputaría no haber sido celebrado, pues la resolución opera, desde el punto de vista temporal, con efecto retroactivo⁸⁶. Es decir, declarada la resolución del contrato bilateral, se considera que el contrato nunca se celebró, por ello se debe proceder a la restitución de lo dado en virtud de él (si el contratante cumplidor solicita la resolución del mismo), “*resolutio iure dantis*,

⁸⁴ Así la califica DE LA PEZA MUÑOZ CANO. *Cfr.*: DE LA PEZA MUÑOZ CANO, op. cit., pp. 178. Al respecto, *vid.* también: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., pp. 8214-8215.

⁸⁵ *Cfr.*: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2007, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Quinta Edición, pp. 705-706.

⁸⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, op. cit., pp. 200 y ss.

resolvitur ius accipientis”⁸⁷. En este aspecto, la doctrina ha dicho que la acción resolutoria supone una ineficacia sobrevenida del contrato, lo que significa que desaparecen las obligaciones recíprocas que de aquél surgieron. Esta ineficacia opera con efecto retroactivo. Así también lo ha estimado la jurisprudencia⁸⁸.

2.4. Doctrina del derecho de modificación o de formación jurídica

En Italia, MOSCO ha considerado que la resolución es un **derecho de modificación o de formación jurídica**⁸⁹. La modificación del estado jurídico (adquisición, modificación y pérdida de un derecho) tiene su origen en la declaración unilateral de voluntad del contratante cumplidor, situación reconocida por la ley. Al otorgarle la facultad al contratante cumplidor, para decidir modificar o extinguir una relación jurídica, le está confiriendo al mismo un derecho de potestad o de configuración. Dentro de los derechos de configuración se distinguen tres clases o grupos: (a) derechos de constitución, (b) derechos de modificación y (c) derechos de extinción. Estos últimos equivalen a los llamados “contraderechos” o “derechos negativos”, pues, una vez ejercidos por su titular, en la mayoría de los supuestos afectarán el derecho de otro sujeto, a través de la anulación de la relación jurídica⁹⁰. Así analizado, el derecho de opción se enmarca dentro de los derechos de configuración, ubicándose,

⁸⁷ En este sentido, el artículo 1303 del Código Civil español, a propósito de la nulidad del contrato, dispone que: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse 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”.

⁸⁸ Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, op. cit., pp. 167-168.

⁸⁹ Esta tesis también ha sido aceptada en España por la STS español de 29 de abril de 1998, que señala: “La resolución es el ejercicio de una facultad de modificación jurídica que no necesita de ningún pronunciamiento judicial”. Cfr.: MORENO GIL, op. cit., p. 988.

⁹⁰ En este sentido, *vid.*: MOSCO, L. *Código Civil*, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. “La resolución de los contratos por incumplimiento”, Barcelona, Nereo, 1962, Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo, Capítulo I, pp. 1-2.

particularmente, dentro de la subclase “derechos de extinción”⁹¹. Este criterio ha sido recogido por la jurisprudencia española⁹². Con relación a los llamados derechos de extinción, la doctrina italiana plantea que los “**derechos de impugnación**”, por regla general, son transmisibles, pasando a otro titular una vez transferida la relación jurídica de que se trate, y además renunciables, lo que supone, entre otras cosas, que están llamados a extinguirse por la prescripción liberatoria⁹³. Además, conviene señalar que el derecho de resolución por incumplimiento contractual o por excesiva onerosidad sobrevenida, a diferencia de otros derechos de impugnación (anulabilidad, nulidad, etc.), en que el vicio que los justifica es inherente al negocio mismo, en la resolución, el hecho del que depende, es extraño a la fuente de la obligación, pues el incumplimiento constituye un hecho sobrevenido⁹⁴. Lo anterior supone que, entre el derecho de resolución y los demás derechos de impugnación, existen dos importantes diferencias: (i) El derecho de resolución se origina con posterioridad al nacimiento del negocio; en cambio, los derechos de anulación y rescisión nacen en forma coetánea con la fuente de la obligación afectada por un vicio o defecto. (ii) La anulación o rescisión de un negocio, una vez declarada, invalida el negocio, de tal suerte que el mismo no puede producir efectos jurídicos, si estamos frente a un contrato de ejecución diferida o un contrato de tracto sucesivo, o elimina las consecuencias ya verificadas, si se trata de un acto jurídico de ejecución instantánea; en cambio, el derecho de resolución puede operar (en Italia) por declaración unilateral de voluntad del acreedor (el juez declara la resolución del contrato si estima que se reúnen las condiciones necesarias de la acción resolutoria), o puede tratarse de una resolución de derecho (manifestación de voluntad de desconfianza, cuando opera una cláusula resolutoria expresa o cuando nada se dice del plazo esencial), en la que la relación jurídica se extingue de pleno derecho⁹⁵. Con todo,

⁹¹ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, op. cit., p. 56.

⁹² Cfr.: STS español de 26 de diciembre de 2007 (RJ/2007/400).

⁹³ Cfr.: MOSCO, op. cit., p. 3.

⁹⁴ Cfr.: MOSCO, op. cit., p. 3.

⁹⁵ Cfr.: MOSCO, op. cit., pp. 3 y 4.

la doctrina española se apura en indicar que el derecho de resolución en las obligaciones sinalagmáticas, se distingue claramente de los derechos de extinción, como sería, *v. gr.*, la rescisión. Porque el presupuesto del cual depende la rescisión es inherente al negocio jurídico; en cambio, el requisito del cual depende la resolución constituye un hecho sobrevenido, independiente a la existencia y validez del negocio bilateral⁹⁶, aun cuando, para la jurisprudencia, se ha pretendido ver en la resolución un “derecho de impugnación”. En efecto, si decimos que se requiere de una declaración de voluntad por parte del contratante cumplidor, para que la resolución llegue a producirse, entonces se podría concluir que ella equivale a un derecho de impugnación del negocio bilateral⁹⁷.

2.5. Doctrina de la garantía

Por último, creo que más que una opción, la facultad resolutoria presenta una “**función de garantía**” otorgada al contratante cumplidor, que se traduce en un derecho opcional. Ello le permite ejercer esta función sin tener que abdicar a su verdadera naturaleza jurídica⁹⁸. Pero es, ante todo, una garantía para el contratante diligente, quien, en premio a su buena fe (ha cumplido con su obligación o está dispuesto a hacerlo), debe tener un medio a través del cual se caucione o asegure su derecho de crédito. En el lapso que media entre la celebración del contrato y la fecha de su ejecución, la cosa objeto del contrato puede experimentar un aumento o disminución en su valor económico, o bien, dejar de ser útil para el acreedor. Éste podrá, conforme a lo que su interés le dicte, pedir la resolución del contrato (cuando no le interese recibir la prestación del deudor) o la ejecución forzada de la obligación (en caso que desee recibir la prestación). Pienso, por tanto, que la verdadera naturaleza jurídica de

⁹⁶ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, op. cit., p. 58.

⁹⁷ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, op. cit., pp. 56 y 57.

⁹⁸ En este sentido, para MIQUEL es fundamental distinguir entre la “función de garantía” y el “medio jurídico” para obtenerla. Cfr.: MIQUEL, J. M. “Condición, obligación y garantía”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Francisco de P. Blasco Gascó, Mario E. Clemente Meoro, Francisco Javier Orduña Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y Rafael Verdera Server (Coordinadores), Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2011, Tomo VI, pp. 1.645-1.646.

la opción es la de ser una garantía para el contratante cumplidor⁹⁹. Si entendemos por garantía cualquier medio a través del cual el acreedor se pone a cubierto de la posible insolvencia del deudor, entonces la institución en comento puede, en mi opinión, subsumirse dentro del concepto de garantía¹⁰⁰.

En este sentido se ha planteado que la palabra “garantía”¹⁰¹ presenta etimología germana¹⁰² y proviene del antiguo alemán “*waren*” o “*waeren*”, de donde proviene el verbo “*warentare*”, que significa “defender”¹⁰³. Con relación al concepto de “garantía”, se ha señalado que equivale a una palabra cuya definición es amplia y por ende permite

⁹⁹ Así, la STS español de 27 de mayo de 2009 decreta lo siguiente: “[...] En ambos casos se reclamaba el pago de los intereses y las costas. Dicha reclamación tenía su fundamento en un contrato instrumentado en escritura pública, de fecha 31 de octubre de 1997, en el que la actora, conjuntamente con la Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Sevilla y Jerez, concedía un préstamo a la mercantil Sevilla Fútbol Club, S.A., garantizado con la prenda de 36.138 acciones de la sociedad Estadio Olímpico de Sevilla S.A., tituladas por la entidad prestataria. En el mismo acto, las demandadas se comprometían a adquirir las acciones pignoradas en el documento para el caso de que la prestamista tuviese que ejecutar la garantía por impago de la deuda, al consignar en el contrato que dichas administraciones públicas estaban interesadas en la viabilidad futura del objeto social de la mercantil Estadio Olímpico de Sevilla S.A. [...]”. Cfr.: STS de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/3189).

¹⁰⁰ En ese mismo sentido, se ha dicho que la acción directa [que al igual que el derecho de opción, es un efecto de la obligación, mirado desde el ángulo del acreedor] constituye un mecanismo de garantía. Cfr.: HERNÁNDEZ ARRANZ, M. *La acción directa como instrumento de garantía*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España, Cometa S. A., 2004, Prólogo de Antonio Reverte Navarro, p. 133.

¹⁰¹ En este sentido, *vid.*: RIBÓ DURÁN, op. cit., p. 540.

¹⁰² En este mismo sentido, la voz “garante”, al parecer, proviene del francés *garant*, el que a su vez tiene origen germánico, probablemente del fránico *werend*; *währen* significa otorgar, *gewähr*, garantía. Cfr.: COROMINAS, J. y PASCUAL, J. A. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, Editorial Gredos, 1984, Volumen III, pp. 81 y 82.

¹⁰³ Cfr.: INFANTE RUIZ, F. J. *Las garantías personales y su causa*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p. 40.

englobar en ella a diversas situaciones muy distintas entre sí¹⁰⁴. Ahora bien, INFANTE RUIZ señala que “garantía”, en sentido amplio, equivale a “[...] cualquier medio destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación o el disfrute de un derecho”¹⁰⁵, dentro del cual se podría, perfectamente, enmarcar al derecho de opción¹⁰⁶. Este concepto es compartido por ALBALADEJO GARCÍA¹⁰⁷, CASTÁN TOBEÑAS¹⁰⁸ y DE RUGGIERO¹⁰⁹. La doctrina plantea que las garantías o seguridades¹¹⁰, tienen la finalidad de proteger o prevenir al acreedor en contra de la posible insolvencia del deudor¹¹¹. Puede ocurrir que exista un peligro que suponga que, en definitiva, los bienes del deudor sean insuficientes para cubrir la totalidad del crédito, en caso de que el deudor no cumpla espontáneamente su deber. Los peligros que pueden afectar al derecho de crédito, son: (i) el deudor deja perecer los bienes; (ii) puede extraer de forma fraudulenta bienes de su patrimonio, a través de la simulación; o,

¹⁰⁴ INFANTE RUIZ, op. cit., p. 41.

¹⁰⁵ INFANTE RUIZ, op. cit., p. 41. *Cfr.*: INFANTE RUIZ, op. cit., p. 44.

¹⁰⁶ *Cfr.*: ROTONDI, M. *Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, Editorial Labor S. A., 1953. Prólogo, traducción y concordancias por Francisco F. Villavicencio, p. 293.

¹⁰⁷ *Cfr.*: ALBALADEJO GARCÍA, op. cit., p. 213; CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pp. 293-344.

¹⁰⁸ En este punto, CASTÁN TOBEÑAS señala que: “Con el nombre de garantías o cauciones se designan todos aquellos medios, muy variados, que sirven para asegurar la efectividad de los créditos”. CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 307.

¹⁰⁹ En este sentido, DE RUGGIERO señala que: “El concepto general de garantía comprende en sí todo medio con el cual se asegura al acreedor la exacta ejecución de la prestación”. DE RUGGIERO, op. cit., p. 149.

¹¹⁰ Asimismo, DE RUGGIERO sostiene que: “Los medios con que el derecho del acreedor se asegura y realiza son tantos y tan variados cuantas son las especies y formas de las obligaciones”. DE RUGGIERO, op. cit., p. 147.

¹¹¹ *Cfr.*: JOSSEAND, L. *Derecho civil*, Revisado y completado por André Brun, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Tomo II, Volumen I, “Teoría general de las obligaciones”, p. 393.

(iii) contraer nuevas obligaciones¹¹². En definitiva, el derecho de garantía general del acreedor podría verse afectado en varias hipótesis. Frente a esto, el acreedor puede deducir las acciones que le concede la ley, a fin de evitar o minimizar la pérdida que lo puede afectar¹¹³. Asimismo, se ha dicho que, con el fin de estimular el cumplimiento de la obligación, el Derecho dispone de una serie de medios especiales (las garantías), cuya finalidad precisa es tutelar y garantizar el derecho de crédito. Estos medios son múltiples, conforme a las diversas clases de obligaciones existentes¹¹⁴. En este sentido, existen medios de garantía comunes a cualquier tipo de obligación y otros, en cambio, aplicables solamente a ciertas especies de obligaciones¹¹⁵. Desde este punto de vista, CASTÁN TOBEÑAS define a las garantías, cauciones o fianzas¹¹⁶ como “[...] todos aquellos medios, muy variados¹¹⁷, que sirven para asegurar la efectividad

¹¹² Cfr.: JOSSERAND, op. cit., p. 393. En este mismo sentido, PLANIOL y RIPERT agrupan los peligros a que puede estar sujeto el crédito, en las siguientes hipótesis: (i) por la negligencia del deudor; (ii) por fraude; (iii) por enajenaciones fraudulentas y (iv) contrayendo nuevas obligaciones. Cfr.: PLANIOL y RIPERT, op. cit., pp. 1106-1107.

¹¹³ Cfr.: PLANIOL y RIPERT, op. cit., p. 646.

¹¹⁴ En este sentido, *vid.*: GUILARTE ZAPATERO, V., Artículo 1.822. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo García (Director), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, Tomo XXIII, artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil, p. 5.

¹¹⁵ Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 306.

¹¹⁶ En esta línea, la STS español de 26 de mayo de 1950 (RJ/1950/744) señala que: “Si bien en sentido amplio se denomina fianza a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación, en sentido técnico y estricto es fianza la garantía personal que se constituye comprometiéndose un tercero a cumplir la obligación, en caso de no hacerlo el deudor principal”. Cfr.: FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. *Código Civil, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2008, p. 1753. En igual sentido, la STS de 15 de abril de 1991 (RJ/1991/2693). Cfr.: CÓDIGO CIVIL (2008) p. 1753. Al respecto, *vid.* también: CARRASCO PEREDA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Navarra, Editorial Aranzadi, S. A., 2002, pp. 73-74; O’CALLAGHAN MUÑOZ, op. cit., p. 1859.

¹¹⁷ El subrayado es mío.

de los créditos”¹¹⁸. En estas últimas se ubicaría el derecho de opción, únicamente aplicable a las obligaciones emergentes de un contrato sinalagmático¹¹⁹. Parafraseando a BRUGI¹²⁰, podríamos indicar que el derecho de opción es una garantía concedida por el legislador¹²¹, con el preciso fin u objetivo de que los contratos sean cumplidos¹²². Por otra parte, se debe indicar que el acreedor cuenta con una serie de remedios, como la acción pauliana y la acción indirecta, que actúan *a posteriori*, de forma represiva, y una vez que el perjuicio ha afectado los intereses del acreedor¹²³. Desde este punto de vista, planteo que, el derecho de opción se erige como un medio preventivo de defensa de los intereses del contratante cumplidor y, por tanto, constituye una garantía del derecho

¹¹⁸ Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., p. 306. En sentido técnico, INFANTE RUIZ, señala que la garantía equivale a “[...] todo remedio que da al acreedor la seguridad (relativa) de alcanzar el resultado, deducido en obligación y al cual él está interesado, o al menos, su equivalente económico [...]”. INFANTE RUIZ, op. cit., p. 44.

¹¹⁹ Es interesante indicar que, según la moderna doctrina, el pacto de reserva de dominio constituye también una garantía, pues mediante él, “[...] el acreedor queda adecuadamente protegido frente a los terceros acreedores del deudor y frente a los terceros subadquirentes del bien”. CARRASCO PEREDA; CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, op. cit., 1012.

¹²⁰ Cfr.: BRUGI, B. *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946, Traducción de la cuarta edición italiana por Jaime Simo Bofarull, p. 370.

¹²¹ A esta clase de protección, BRUGI la llama caución. Cfr.: BRUGI, op. cit., p. 370.

¹²² Al respecto, vid.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, Tercera Edición, Tomo II. Derechos reales de garantía, Registro de Propiedad, p. 46.

¹²³ En Italia, CIPRIANI señala que: “*Il patto commissorio e il patto marciano sono convenzioni accessorie delle garanzie reali che comportano, in caso di inadempimento dell’obbligazione garantita, il trasferimento definitivo al creditore del bene conferito in garanzia*”. CIPRIANI, N. *Patto commissorio e patto marciano, Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, S. P. A., 2000, p. 11.

de crédito del acreedor¹²⁴. Desde el punto de vista de la fuente, el derecho de opción constituye una garantía legal¹²⁵.

A mayor abundamiento, la doctrina francesa ha definido los contratos de garantía como “[...] los que están destinados a proteger a los acreedores contra la insolvencia de sus deudores”¹²⁶. Con todo y tomando la discusión suscitada en la doctrina, a propósito de la naturaleza jurídica del derecho de opción, se dijo que podría constituir una sanción para el contratante incumplidor. Lo anterior, mirando el asunto desde la perspectiva del contratante incumplidor, pues el incumplimiento equivale a una infracción de la obligación que debe ser sancionada por el Derecho. Frente a esto, postulo una naturaleza jurídica doble para el derecho de opción, al igual que la obligación, que mirada desde el ángulo del acreedor constituye un derecho personal o crédito, y analizada desde la perspectiva del deudor equivale a un deber. En el caso del derecho de opción, para el contratante cumplidor indudablemente constituye una garantía, mas, para la parte incumplidora, podría equivaler a una sanción impuesta por la ley. Este dualismo se manifiesta en distintas esferas, aunque corresponde al mismo fenómeno. Al igual que la pareja obligación-derecho personal, la dualidad facultad resolutoria-sanción para el contratante incumplidor es como las “dos caras de una misma moneda”. El problema que se podría plantear, al asumir que el derecho de opción constituye una garantía, es que como tal tendría un carácter abstracto, sin requerir de una causa que la justifique. Este inconveniente, creo, se supera fácilmente porque la doctrina ha planteado que las garantías presentan una causa *cavendi* o *intercedendi*, reconocida en el artículo 1274 del Código Civil español, lo cual supone que las garantías tienen una causa “[...] consistente en reforzar la esperanza de cumplimiento de la obligación”¹²⁷. Por último, se debe indicar que la doctrina más reciente califica al derecho de opción

¹²⁴ En este sentido, *vid.*: JOSSERAND, op. cit., p. 394.

¹²⁵ Para el italiano BRUGI, las garantías legales son aquellas que “[...] derivan de la ley o, mejor dicho, de la ordenación jurídica misma”. BRUGI, op. cit., p. 369.

¹²⁶ PLANIOL y RIPERT, op. cit., p. 1106.

¹²⁷ ESTRADA ALONSO, E. *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Madrid, Civitas Ediciones S. L., 2000, p. 64.

como “**remedio legal**”, cuya finalidad es cautelar los derechos del acreedor¹²⁸.

Conclusión

La facultad resolutoria tácita equivale a un derecho opcional del contratante diligente, ante el incumplimiento del contratante incumplidor. Frente a la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de opción, existen dos respuestas opuestas y complementarias: desde la perspectiva del contratante diligente constituye una garantía y desde el ángulo del contratante equivale a una sanción.

Índice de sentencias

STS de 4 de julio de 2011 (RJ/2011/315).

STS de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/3189).

STS de 26 de diciembre de 2007 (RJ/2007/400).

STS español de 26 de diciembre de 2006 (RJ/2007/400).

STS de 3 de julio de 1997 (RJ/1997/5479).

STS de 18 de noviembre de 1994 (RJ/1994/8843).

STS de 15 de abril de 1991 (RJ/1991/2693).

STS de 28 de enero de 1944 (RJ/1944/223).

Bibliografía

ACEDO PENCO, Á. *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Editorial Dykinson, S. L., 2011, 2ª Edición revisada.

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J. “*Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II*”. En: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, José Luis Albácar López, (Director, Coordinador, selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía), Madrid, Editorial Trivium S. A., 1991, Tomo IV, Arts. 1.088 a 1.444, Doctrina, antecedentes y concordancias de Jaime Santos Briz y José Ángel Torres Lana, pp. 3-843.

¹²⁸

Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. Artículo 1124. En: *Comentarios al Código civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Director), Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2013, Tomo VI, pp. 8213-8214.

ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Edisofer, S. L., Libros Jurídicos, 2008, Decimotercera edición.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Editorial Comares, 2009, Cuarta edición.

_____. “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones. Sección primera. De las obligaciones puras y de las condicionales”. En: *Comentario del Código civil*, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (Directores), Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 74-100.

BASSENGE, P.; BRUDERMÜLLER, G.; DIEDERICHSEN, U.; EDENHOFER, W.; HEINRICHS, H.; HELDRICH, A.; PUTZO, H.; SPRAU, H.; THOMAS, H. y WEIDENKAFF, W. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Verlag C. H. Beck, 2002.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director). *Comentarios al Código civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, Tomo VI. Arts. 1043 a 1264.

_____. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Obligaciones y contratos*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2009.

BIANCA, C. M. *Derecho civil*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 3. El contrato, Traducción por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés.

BLASCO GASCÓ, F. de P. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

BONET CORREA, J. *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Madrid, Editorial Civitas S. A., 1990, Tomo IV, Libro Cuarto (Título I, capítulos I a IV).

BRUGI, B. *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*, Traducción de la cuarta edición italiana por Jaime Simo Bofarull, Unión Tipográfica, Editorial Hispano-Americana, México, 1946.

BUONCRISTIANO, M.; CIRILLO, G. P.; CIFFARO, V. y ROSELLI, F. (Coordinadores). *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, Le testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, Terza edizione.

CANIN, P. *Droit civil. Les obligations*, Paris, Hachette Livre, 2007, 3^e edition.

CARRASCO PERERA, Á. *Derecho de los contratos*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus, S. A., 2008, Tomo tercero, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, Decimoséptima edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Amigo.

CIPRIANI, N. *Patto commissorio e patto marciano, Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane S. P. A., Napoli, 2000.

CLEMENTE MEORO, M. E. “La resolución del contrato como excepción procesal”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio M. Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto (Comité Organizador), Madrid, Civitas Ediciones S. L., 2003, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, pp. 1659-1678.

_____. *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

COROMINAS, J. y PASCUAL, J. A. *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, Editorial Gredos, 1984, Volumen III.

CORRAL TALCIANI, H. “La cláusula penal en la resolución del contrato”. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Pablo Rodríguez Grez*, Enrique Alcalde y Hugo Fábrega (Coordinadores), Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2009, pp. 331-360.

- DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, M.; CORBAL FERNÁNDEZ, J. E.; DE LA ESPERANZA, P.; GONZÁLEZ OLLEROS, J.; GONZÁLEZ POVEDA, P.; MARÍN CASTÁN, F. y PAZ RUBIO, J. M. *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2009, 17ª Edición.
- DE COSSIO Y CORRAL, A. *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Editorial Civitas S. A., 1987, Tomo I, Parte General. Obligaciones y contratos, Revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez.
- DELL'AQUILA, E. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1981, Prólogo de José Luis de los Mozos.
- DE LA PEZA MUÑOZ CANO, J. L. *De las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 2009, Quinta edición.
- DE PABLO CONTRERAS, P. "Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual". En: *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (Coordinador), Madrid, Constitución y Leyes S. A., 2011, 3ª Edición, pp. 181-224.
- DE RUGGIERO, R. *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1977, Traducción de la 4ª edición italiana, Anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro, Tomo II, Volumen primero. Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho sucesorio.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2008, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Sexta edición.
- _____. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2007, Quinta edición.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. *Manual de Derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, Volumen III. Obligaciones y contratos, Quinta edición revisada y ampliada.

ESTRADA ALONSO, E. *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Madrid, Civitas Ediciones S. L., 2000.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. Á. “La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales”. En: *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Xavier O’Callaghan Muñoz (Coordinador), Madrid, Consejo General del Notariado, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pp. 383-489.

_____. *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Madrid, La Ley-Actualidad S. A., 1998.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J. *Código Civil, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2008.

_____. (1996). “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”. En: *Derecho de obligaciones*, Jesús Corbal Fernández (Director), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

FERNÁNDIO XIOL RÍOS, F. J. *Código Civil, Concordancias*, Madrid, Grupo El Derecho y Quantor S. L., 1996, Notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernándio Xiol Ríos.

GARCÍA GARNICA, M. del C. “Consideraciones sobre la unificación del Derecho privado europeo”. En: *BIB 2002/1024*, Aranzadi Civil-Mercantil N° 7/2002, Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., 2001, pp. 1-19.

GOMÁ SALCEDO, J. E. *Instituciones de Derecho civil común y foral*, Barcelona, Editorial Bosch S. A., 2005. Tomo II, Obligaciones y contratos.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, Librería Bosch, 1987.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. *Artículo 1124*. En: *Comentarios al Código civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Director), Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2013, Tomo VI, págs. 8213-8261.

GUILARTE ZAPATERO, V. *Artículo 1.822*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Manuel Albaladejo García (Director), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, Tomo XXIII, artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil, pp. 1-46.

HERNÁNDEZ ARRANZ, M. *La acción directa como instrumento de garantía*, Zaragoza, Cometa S. A., 2004, Publicaciones del Real Colegio de España, Prólogo de Antonio Reverte Navarro.

INFANTE RUIZ, F. J. *Las garantías personales y su causa*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

JOSSERAND, L. *Derecho civil*, Revisado y completado por André Brun, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía.-Editores, 1950, Tomo II, Volumen I, Teoría general de las obligaciones, Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2007, II, Derecho de obligaciones, Volumen primero, Parte general, Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández.

LA SANTA BIBLIA. Antigua versión de Casiodoro de Reina, revisada por Cipriano de Valera, Bogotá, Sociedades Bíblicas Unidas, 1960.

LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho civil*, Tomo tercero, Contratos, 6ª edición revisada y actualizada, Editorial Trivium S. A., Madrid, 2001.

LETE DEL RÍO, J. M. *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S. A.), 2000, Volumen I, La relación obligatoria en general, Cuarta edición revisada y puesta al día por Javier Lete Achirica.

MALAURIE, P. y AYNÈS, L. *Cours de Droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2001, Tomo VI, Obligations, Volumen II, Contrats et quasi-contrats, 11^e edition 2001/2002.

MALAURIE, P.; AYNÈS, L. y STOFFEL-MUNCK, P. *Les obligations*, Paris, Editions juridiques associées, Defrénois, 2003.

MELICH ORSINI, J. *Doctrina general del contrato*, Caracas, Coedición de la Editorial Arte, 1997, 3ª edición corregida y ampliada.

MÉLIN, F. *Droit des obligations*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A., 2006.

MESSINEO, F. *Manual de Derecho civil y comercial*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, Tomo II. Doctrinas generales, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Prólogo de Vittorio Neppi.

MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I. “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”. En: *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, O’Callaghan Muñoz, X. (Coordinador), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pp. 673-703.

MIQUEL, J. L. y MIQUEL, J. M. “Condición, obligación y garantía”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Francisco de P. Blasco Gascó; Mario E. Clemente Meoro; Francisco Javier Orduña Moreno; Lorenzo Prats Albentosa y Rafael Verdera Server (Coordinadores). Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2011, Tomo VI, pp. 1637-1660.

_____. *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, 2ª edición actualizada.

MOLL DE ALBA LACUVE, CH. “La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles”. En: *Estudios de Derecho de obligaciones*, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, Eugenio Llamas Pombo (Coordinador), Madrid, Editorial La Ley, 2006, Tomo II, pp. 429-447.

MONTÉS PENADÉS, V. L. “Artículo 1.124”. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo García (Director), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989, pp. 1171-1255, Tomo XV, Volumen 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil.

- MONTOYA MELGAR, A. *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Editorial Civitas S. A., 1995, Volumen IV.
- MOSCO, L. *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Barcelona, Nereo, 1962, Capítulo I, Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo.
- MOSSET ITURRASPE, J. *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe Editores, 1989, Tomo II, Fallos anotados y Doctrina, Reimpresión.
- O'CALLAGHAM MUÑOZ, X. *Código civil. Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid, Editorial La Ley, 2006, 5ª Edición.
- OGAYAR Y AYLLÓN, T. *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., 1983.
- PEÑABERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, Tercera edición, Tomo II. Derechos reales de garantía, Registro de Propiedad.
- PLANIOL, M. y RIPERT, G. *Derecho civil*, Ciudad de México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996, Obra compilada y editada, Traducción de Leonel Pereznieta Castro.
- PUIG BRUTAU, J. *Compendio de derecho civil*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S. A., 1994, Volumen III, Segunda edición, Derecho de Obligaciones.
- _____. *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S. A., 1988, Tomo I, Volumen II, Cuarta edición revisada, Derecho General de las Obligaciones.
- PUIG I FERRIOL, LL.; GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del C.; GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J. *Manual de Derecho civil*, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 1998, Tomo II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Segunda edición.

RIBÓ DURÁN, L. *Diccionario de Derecho*, Barcelona, Bosch. Casa Editorial S. A., 1995, Segunda edición.

RODRÍGUEZ GARCÍA, C.-J. *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Madrid, Dykinson S. L., 1990, Prólogo de José Beltrán de Heredia y Castaño.

ROTONDI, M. *Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, Editorial Labor S. A., 1953, Prólogo, traducción y concordancias por Francisco F. Villavicencio.

ROVIRA JAÉN, F. J. *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, Madrid, Editorial Civitas S. A., 1996.

_____. “El pacto de *lex commisorio* en la reciente jurisprudencia registral”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 69, Nº 615, Mar.-Abr. 1993, Madrid, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 349-391.

RUBIO CORREA, M. *El Derecho civil*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, México, Editorial Porrúa S. A., 1979.

SANTOS BRIZ, J. *Comentarios*, en *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidente y Coordinador), Barcelona, Editorial Bosch S. A., 2000, Tomo 6.

_____. *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, Editorial Comares, 1991.

_____. *Derecho civil. Teoría y práctica*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975. Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, Derecho de daños.

SANTOS BRIZ, J. (Director) y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, Barcelona, Editorial Bosch S. A., 2003, Tomo 3.

- TERCIER, P. *Le droit des obligations*, Zurich, Schulthess Médias Juridiques S. A., 2004, 3ª edition.
- VAN OMMESLAGHE, P. *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, Tome Premier, Introduction Sources des obligations (Première Partie).
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Madrid, Ediciones Jurídicas Difusa S. L., 2007.
- VILLA-REAL MOLINA, R. y DEL ARCO TORRES, M. Á. *Diccionario de términos jurídicos*, Granada, Editorial Comares, 2006, Segunda edición.
- VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*, Granada, Editorial Comares S. L., 2007, Traducción del alemán y concordado por W. Roces, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez.
- _____. *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1948, Volumen III¹. Los hechos jurídicos, el negocio jurídico (continuación).