

## EL FUNDAMENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL (CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA) \*

José Maximiliano RIVERA RESTREPO

Profesor de Derecho Civil  
Universidad Gabriela Mistral de Chile  
jose.rivera@ugm.cl

«No debáis a nadie nada [...]».  
(Romanos 13:8, *La Biblia*) \*\*.

### RESUMEN

*La presente investigación tiene por finalidad analizar el fundamento del llamado derecho de opción del acreedor, que surge cuando el deudor incumple dolosa o culpablemente su deber. Ríos de tinta se han vertido en esta materia, aunque su caudal casi siempre desemboca en el mismo océano: la visión clásica y escolástica sobre el derecho de opción del acreedor. El ensayo se basa principalmente en la legislación, doctrina y jurisprudencia española.*

*Palabras clave:* derecho de opción, resolución, obligación, derechos del acreedor, incumplimiento contractual, derecho de remedios.

### ABSTRACT

*The current piece of work aims at analyzing the so-called right of option from the part of the creditor, which starts when the malevolent or culprit debtor does not follow its duties. This issue has been abundantly exploited, although usually to the same end a scholastic classic view on the right to choose of the creditor. This essay is based on the Spanish law, doctrine and case law.*

*Keywords:* Right of Option, Resolution, Duty, Creditor's Rights, Breach of Contract, Right of Remedies.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Die vorliegende Untersuchung hat zum Ziel, die Grundlage des sogenannten Optionsrechts des Gläubigers zu untersuchen, das dann entsteht, wenn der Schuldner*

---

\* Este artículo forma parte de mi tesis doctoral, defendida el 18 de septiembre de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y calificada sobresaliente *cum laude*.

\*\* *La Santa Biblia*, antigua versión de Casiodoro de Reina, revisada por Cipriano de Valera, Colombia, Sociedades Bíblicas Unidas, 1960, p. 1424.

*schadhaft oder verschuldet seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Unsäglich viel wurde zu diesem Thema bereits geschrieben, jedoch kommen meist alle Meinungen zum gleichen Schluss zur klassischen und lehrblichen Sicht des Optionsrechts des Gläubigers. Der Essay gründet auf der Rechtsgebung, Rechtslehre und spanischen Rechtsprechung.*

*Schlüsselwörter:* Optionsrecht, Vertragsauflösung, Verpflichtung, Rechte des Gläubigers, Vertragsnichterfüllung, Rechtsbehelfsrecht.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—III. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR.—1. Teoría de la causa.—2. Teoría de la voluntad presunta de las partes o de la disposición.—3. Teoría de la equidad natural.—4. Teoría de la sanción.—5. Teoría de la reparación.—6. Teoría del poder dispositivo novatorio.—7. Teoría de la ineficacia sobrevinida del negocio jurídico.—8. Teoría del sinalagma funcional.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha planteado que este derecho corresponde a una facultad del acreedor que se traduce en un derecho opcional. En caso de que uno de los contratantes no cumpla con alguna de sus obligaciones, la parte diligente tiene una opción o facultad para elegir entre el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución de la misma, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. Esta institución, heroica adquisición de la labor de los glosadores medievales que, en virtud de principios morales como la buena fe y la equidad natural, gestaron la teoría de la interdependencia propia de los contratos bilaterales, permitió fundar la noción de «condición resolutoria tácita». Debo advertir que esta disciplina está siendo objeto de revisión en Europa, por ejemplo, en España, con la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos presentada por la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en enero de 2009<sup>1</sup>. En Alemania, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (*Gesetz sur Modernisierung des Schuldrechts*), aprobada el 26 de noviembre de 2001 y que entró en vigor el 1 de enero de 2002, también afectó al estatuto del derecho de opción del acreedor<sup>2</sup>. En Fran-

<sup>1</sup> Cfr. S. DÍAZ ALABART, «La recodificación en España: un futuro incierto», en G. ALPA y E. N. BUCCICO (dirs.), *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 158-159.

<sup>2</sup> Esta reforma tiene tres grandes objetivos: «1. Implementar las propuestas de reforma de partes centrales del derecho de obligaciones del BGB formuladas durante los años

cia, y sólo a modo de sinopsis, se han elaborado tres proyectos de reforma del *Code*, que son: *i*) el llamado «Proyecto Catala», fruto del trabajo de un grupo de profesores de Derecho civil presididos por Pierre Catala; *ii*) el «Proyecto de la Chancellerie», e *iii*) el «Proyecto Terré», elaborado por una comisión a cargo de François Terré sobre la base de la elaboración de diversos comentarios y cuestiones que plantea el Proyecto de la Chancellerie. El primer proyecto constituye una «reacción», mientras que el Proyecto de la Chancellerie indica una cierta apertura del ejecutivo ahondada por el Proyecto Terré<sup>3</sup>. Como se puede ver, existen variados intentos por modernizar el Derecho civil, particularmente en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor, todo con el fin de ajustarlo a los modernos postulados que plantea la doctrina comparada y que exigen las necesidades del comercio internacional y la economía globalizada<sup>4</sup>.

En este sentido, los principios de Derecho contractual europeo señalan que: «La armonización europea<sup>5</sup> en el plano de las obligaciones y contratos no es un tema nuevo<sup>6</sup>, aunque ciertamente en los últimos años el debate ha ganado en intensidad. En efecto, esta posibilidad, que hace no demasia-

---

ochenta. 2. Incorporar al ordenamiento jurídico alemán las últimas directivas europeas. 3. Llevar al BGB las leyes especiales sobre protección de consumidores y usuarios». Vid. A. LAMARCA I MARQUÉS, «La modernización del Derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2 (2001), p. 3.

<sup>3</sup> Cfr. C. PIZARRO WILSON, «Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, núm. 36 (2011), disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpuvcv/n36/a03.pdf> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2013).

<sup>4</sup> En este sentido vid. J. M.<sup>a</sup> ÁLVAREZ CARVALLO, «La unificación del derecho de obligaciones», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, coordinado por el Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 65 y ss., y M.<sup>a</sup> C. GARCÍA GARNICA, «Consideraciones sobre la unificación del Derecho privado europeo», *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 1 (2002), p. 1.

<sup>5</sup> Respecto del proceso de armonización y unificación del Derecho europeo vid. J. BATALLER GRAU, «¿Hacia una unificación de la normativa del contrato de seguro en Europa? Tópicos para un debate», en G. PALAO MORENO, L. PRATS ALBENTOSA y M.<sup>a</sup> J. REYES LÓPEZ (coords.), *Derecho Patrimonial Europeo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 58-59; G. CLOSE, «Use or Abuse the Powers under the EEC Treaty?», *European Law Review*, vol. 3 (1978), pp. 461-481; M. DORIS, «Harmonisation by numbers», *European Law Review*, vol. 32, núm. 6 (2007), pp. 878-887; P. JAN SLOT, «Harmonisation», *European Law Review*, vol. 21, núm. 5 (1996), pp. 378-397, y D. VIGNES, «The Harmonisation of National Legislation and the EEC», *European Law Review*, vol. 15, núm. 5 (1990), pp. 358-374.

<sup>6</sup> Cfr. M. MEDINA ORTEGA, «El Derecho patrimonial europeo en la perspectiva del Programa de Estocolmo», en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (dir.), *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. X, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 83 y ss.

do tiempo parecía una quimera, comienza a tomar cuerpo»<sup>7</sup>. Lo anterior es el resultado de una construcción que responde, como dije, a las necesidades del comercio internacional y que supone una modernización y uniformidad<sup>8</sup> en las normas que regulan el Derecho de las obligaciones<sup>9</sup>, cuyo resultado final podría ser la elaboración de un Código Civil europeo<sup>10</sup>. Frente al sueño europeo de unificación del Derecho civil, los juristas se sienten o deberían sentirse interpelados por hechos que les exigen una toma de posiciones. Quizá ante la sensación de carecer de un mecanismo de conexión entre el contenido de los textos propuestos y la realidad existe «algo» que emana del propio Derecho civil y que le ayuda a pensar en una solución eficiente. Me refiero a los «principios» que lo conforman y fundamentan. Éstos suponen la incoación de una sensación, plasmada en un ideal de justicia, que debería orientar toda reforma en esta materia. La historia —decía Cicerón— es el testigo de los tiempos. Nada enseña tanto en materia social como la experiencia de los siglos. Cuantas más veces se trastorna el orden natural de las cosas, cuantas más veces se insiste en desconocer las exigencias de la equidad natural, subordinándola a los torpes afanes e intereses materiales, el derrumbe no tarda en producirse.

## II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una de las clasificaciones más relevantes de los contratos es la que distingue entre contrato unilateral<sup>11</sup> y contrato bilateral, atendiendo a si la convención genera obligaciones para una sola parte o ambas, respecti-

---

<sup>7</sup> O. LANDO y H. BEALE (eds.), *Principios de Derecho Contractual Europeo, parte I y II (los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo)*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, p. 8. Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2005, p. 150.

<sup>8</sup> Aun cuando este camino no ha estado exento de inconveniente. Cfr. M.<sup>a</sup> D. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.<sup>a</sup> D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA M.<sup>a</sup> P. POUS DE LA FLOR y L. TEJEDOR MUÑOZ, *Derecho civil comunitario*, Madrid, Constitución y Leyes, 2001, p. 134.

<sup>9</sup> Cfr. A. M. MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, prólogo de L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, p. 25.

<sup>10</sup> En este sentido, Cerrato Guri y Picó i Junoy señalan que: «La armonización del Derecho privado a nivel europeo tiene como objetivo final la “elaboración y promulgación de un Código Civil europeo”». Vid. E. CERRATO GURI y J. PICÓ I JUNOY, «La inversión de la carga de la prueba de la culpa en los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil», en E. BOSCH CAPDEVILA (coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 377.

<sup>11</sup> En este sentido, O’Callaghan Muñoz señala que: «Obligaciones unilaterales o simples son las normales, que coinciden, sin especialidad alguna, con el concepto de obligación [...]»

vamente<sup>12</sup>. 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 a los que identifican el contrato bilateral con el oneroso. Así, por ejemplo, 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 arts. 1.453 y ss.<sup>13</sup> Para Santos Briz, esta nueva nomenclatura identifica al contrato bilateral con el contrato oneroso<sup>14</sup>.

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 está 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 tranquilidad<sup>15</sup>. 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.

---

Es, pues, una relación jurídica entre acreedor y deudor». Vid. X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, La Ley, 2006, p. 1118.

<sup>12</sup> Cfr. F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», en J. CORBAL FERNÁNDEZ (dir.), *Derecho de obligaciones*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 170. Vid. también R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), N. MORALEJO IMBERNÓN y S. QUICIOS MOLINA (coords.), *Tratado de contratos*, t. I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 120.

<sup>13</sup> Cfr. J. SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1975, p. 129.

<sup>14</sup> Cfr. *ibid.*, p. 129; L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 428, y F. MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, t. II, *Doctrinas generales*, traducción de S. Sentis Melendo, prólogo de V. NEPPI, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pp. 472 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. J. MOSSET ITURRASPE, *Estudios sobre responsabilidad por daños: fallos anotados y doctrina*, reimp., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, pp. 148-149.

La distinción entre contratos unilaterales y bilaterales<sup>16</sup> es una de las más fecundas en consecuencias jurídicas. Su importancia radica en que existen ciertas instituciones<sup>17</sup> que sólo pueden actuar en los contratos bilaterales: 1) En primer lugar, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.124 del Código Civil: «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 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 a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo. Esto 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». 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, cuanto para el incumplimiento parcial de la obligación. Además, se dice que la disposición autoriza al acreedor a solicitar el cumplimiento o la resolución<sup>18</sup>, pero no puede pedir la resolución si en parte ya cumplió el deudor su obligación, pues el art. 1.124 del Código Civil 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 resolución<sup>19</sup>. Esta disposición consa-

<sup>16</sup> En la jurisprudencia y en la doctrina se habla indistintamente de «contratos» u «obligaciones» unilaterales o bilaterales. Cfr. L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil...*, op. cit., p. 428.

<sup>17</sup> Al respecto vid. *ibid.*, pp. 433 y 434; F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «La regla de la simultaneidad...», op. cit., pp. 176 y ss.; J. MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, 3.<sup>a</sup> ed. corregida y ampliada, Caracas, Arte, 1997, pp. 52-53; F. MESSINEO, *Manual de Derecho civil...*, op. cit., pp. 473 y ss.; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil...*, op. cit., pp. 1118 y 1119; J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, vol. III, *Derecho de obligaciones*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 1994, pp. 25 y ss.; C.-J. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, prólogo de J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, Madrid, Dykinson, 1990, pp. 117 y ss., y J. SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, op. cit., pp. 130 y 131.

<sup>18</sup> 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». Vid. J. L. DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *De las obligaciones*, 5.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2009, p. 178.

<sup>19</sup> Cfr. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, 13.<sup>a</sup> ed., Madrid, Edisofer, 2008, pp. 106-107.

gra la llamada condición resolutoria tácita, que constituye un elemento de la naturaleza de todo contrato bilateral y 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 de daños y perjuicios<sup>20</sup>. 2) En segundo lugar, sólo en los contratos bilaterales puede operar la llamada «*exceptio non adimpleti contractus*»<sup>21</sup>. Esta excepción de contrato no cumplido o excepción de inejecución<sup>22</sup> 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 debidos<sup>23</sup>. 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 otra.

<sup>20</sup> 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.* P. DE PABLO CONTRERAS, «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, 3.ª ed., Madrid, Constitución y Leyes, 2011, p. 222.

<sup>21</sup> Con relación a esta institución *vid.* F. CARINGELLA y G. DE MARZO, *Manuale di Diritto civile*, t. II, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 408-409; *Código Civil*, concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de F. J. FERNÁNDEZ y J. A. XIOL RÍOS (dir.), Madrid, Grupo El Derecho y Quantor, 2010, p. 1040; M.ª CRUZ MORENO, *La «exceptio non adimpleti contractus»*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 11 y ss.; L. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *Doctrina general*, 11.ª revisión por H. LEHMANN, traducción de la 35.ª ed. alemana, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1954, pp. 166 y ss.; T. OGAYAR y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 1983, pp. 33-39; B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Málaga, Marcial Pons, 2013, pp. 83 y ss., y D. BARBERO, *Sistema del Diritto privato italiano*, vol. II, *Obbligazioni e contratti, successioni per causa di morte*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962, p. 88.

<sup>22</sup> La doctrina francesa se refiere a ella como «excepción de inejecución» («*exception d'inexécution*»). Cfr. P. CANIN, *Droit civil. Les obligations*, 3.ª ed., Paris, Hachette Livre, 2007, p. 81; P. MALAURIE y L. AYNÈS, *Cours de Droit civil*, t. VI, *Obligations*, vol. II, *Contrats et quasi-contrats*, 11.ª ed., Paris, Cujas, 2001, p. 275, y P. MALAURIE, L. AYNÈS y P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Editions Juridiques Associées-Defrénois, 2003, p. 415. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina belga y alemana. Cfr. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *Introduction Sources des obligations (Première Partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 7 y ss., y A. VON TUHR, en J. L. MONEREO PÉREZ (ed.), *Tratado de las obligaciones*, traducción del alemán y concordado por W. ROCES, Granada, Comares, 2007, p. 854.

<sup>23</sup> Al respecto *vid.* M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil, op. cit.*, pp. 104-107, y L. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pp. 166-167.

### III. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR

Mucho se ha discutido en la doctrina acerca del fundamento de esta institución y ello ha dado lugar al surgimiento de varias teorías que pretenden explicar el fundamento del derecho de opción del acreedor<sup>24</sup>. En este sentido cabe hacer referencia a una antigua Resolución de la Dirección General de Registros de 12 de julio de 1909 que tipificaba la acción resolutoria como una acción especial, cuyos complejos resultados deberían ser establecidos por los tribunales de justicia<sup>25</sup>. Estimo que lo anterior se debe a que en el origen de la institución intervinieron diversos actores (desde el Derecho romano hasta la elaboración del Código Civil); por ello existen variadas teorías que intentan justificar la inclusión de la facultad resolutoria en los contratos bilaterales. De estas teorías analizaré, a continuación, las que estimo más relevantes.

#### 1. Teoría de la causa

Para esta doctrina, el fundamento del derecho de opción del acreedor descansa en la noción de causa<sup>26</sup>, entendida ésta como la función económico-social<sup>27</sup> que justifica la celebración y mantenimiento del nego-

<sup>24</sup> M.<sup>a</sup> Á. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales», en X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (coord.), *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Madrid, Consejo General del Notariado-Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pp. 21 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. T. OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral...*, op. cit., pp. 62-63.

<sup>26</sup> En este sentido, el argentino Rinesi señala que: «El fundamento del instituto [derecho de opción] es la inexistencia de causa». Vid. A. J. RINESI, *Contratos*, t. I, *Parte general. Atipicidad-consentimiento-capacidad contractual-causa-prueba-efectos-evicción-interpretación-responsabilidad civil*, Buenos Aires, Mario A. Viera, 1999, p. 371.

<sup>27</sup> La jurisprudencia ha acogido este concepto de causa. Cfr. STS de 17 de julio de 2008 (RJ 2008/5666). En este sentido, Jordano Barea señala que: «Todo negocio jurídico realiza o cumple una función económico-social o práctica: tal es su causa, según Scialoja y Betti, entre otros muchos. Concepción acogida en el CC italiano de 1942, según resulta de la *Relazione* que precedió a la presentación del *Codice* antes de su sanción regia». Vid. J. B. JORDANO BAREA, «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, coordinado por el Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Barcelona, Bosch, 1993, p. 459. En este sentido, Bianca entiende por causa «el interés que la operación contractual se dirige a satisfacer». Vid. C. M. BIANCA, *Derecho civil*, t. 3, *El contrato*, traducción de F. Hinestrosa y E. Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 469.



cio jurídico (teoría neocausalista)<sup>28</sup>. Así lo ha entendido, por ejemplo, la Corte de Casación francesa al considerar: «*L'utilité et l'intérêt économique que le contrat peut présenter pour les parties ou l'une d'elles*»<sup>29</sup>, aun cuando cierta sentencia habla del «*contrôle de l'économie du contrat*»<sup>30</sup>. En Italia, Bianca ha definido la causa como «el interés que la operación contractual se dirige a satisfacer»<sup>31</sup>. La causa constituye un requisito que se exige no sólo en la etapa de celebración del contrato, sino que debe perdurar a lo largo de la relación contractual<sup>32</sup>. Se ha planteado que la noción de causa tiene un doble concepto: causa genética y causa funcional<sup>33</sup>.

Ahora bien, se atiende al concepto objetivo de causa, entendida ésta como la voluntad final del negocio jurídico objetivamente perseguida por los contratantes, es decir, la noción de causa equivale al fin de carácter práctico y económico-jurídico perseguido por las partes, el que difiere de los móviles concretos que tuvieron éstos para celebrar el contrato. La causa, entendida de este modo, se identifica con el verdadero fundamento del negocio jurídico<sup>34</sup>. En términos simples, según este argumento, si uno de los contratantes no cumple con su obligación no hay causa, conforme a lo establecido en el art. 1.274 del Código Civil<sup>35</sup>. Es decir, si en la etapa de ejecución de la obligación resulta frustrado el fin causal de uno de los contratantes, entonces la obligación correlativa quedaría sin causa y, por tanto, se podría pedir la resolución de la misma<sup>36</sup>. Castillo Barea, a propósito del Derecho urbanístico, analiza la situación que se presenta cuando se cambian los planes de ordenación urbana existentes al tiempo de celebrar un contrato por disposiciones administrativas. Ello supone que la causa del contrato ha desaparecido y, por tanto, las obligaciones que surgieron de él deberán ser declaradas resueltas. En consecuencia, esta teoría plan-

<sup>28</sup> Al respecto *vid.* J. M. RIVERA RESTREPO, *La causa en el Derecho chileno*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2012, pp. 60 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. P. CANIN, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> C. M. BIANCA, *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 469.

<sup>32</sup> Cfr. V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XV, vol. I, *Arts. 1.088 a 1.124 del Código Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1989, p. 1184.

<sup>33</sup> En este sentido Fernández Urzainqui identifica dos clases de bilateralidad: la genética y la funcional. Cfr. F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «La regla de la simultaneidad...», *op. cit.*, p. 173.

<sup>34</sup> Cfr. J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *Cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 185-186.

<sup>35</sup> Cfr. C.-J. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria...*, *op. cit.*, p. 128.

<sup>36</sup> Cfr. T. OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral...*, *op. cit.*, p. 53.

tea que la facultad resolutoria tácita se explica conforme a la concepción tradicional de la causa *finalis*<sup>37</sup>. Ésta constituye —según la doctrina— la explicación clásica que se presenta a la hora de explicar el fundamento de la facultad resolutoria, respondiendo a una posición doctrinal en torno al requisito de la causa en los actos jurídicos (doctrina de la causa final)<sup>38</sup>. Se recuerda que, según esta concepción clásica, en todo contrato bilateral la causa de la obligación de una de las partes se encuentra en la obligación de la contraparte y viceversa<sup>39</sup> (*v. gr.*, en el contrato de compraventa la obligación del comprador de pagar el precio en dinero tiene por causa la obligación del vendedor de entregar la cosa, y viceversa)<sup>40</sup>.

En efecto, para la doctrina, la teoría de la causa recíproca en los contratos sinalagmáticos tiene su origen, al igual que el derecho de opción, en la obra de los canonistas, que también fue acogida por los autores previos a la elaboración del *Code*<sup>41</sup>. Como se dijo, conforme a la doctrina clásica de la causa, ésta es siempre la misma atendiendo al tipo o clase de contrato de que se trate<sup>42</sup>. La causa se diferencia de los motivos, que equivalen a los móviles de índole subjetivo que constituyen la razón que motivó a las partes a celebrar el contrato<sup>43</sup>. En este sentido, la jurisprudencia

<sup>37</sup> En este sentido Fernández González-Regueral señala que: «La reciprocidad es la esencia del contrato y la causa de la obligación, por lo que si una de las partes no cumple su obligación ésta deviene automáticamente sin causa». *Vid.* M.<sup>a</sup> Á. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La resolución por incumplimiento...», *op. cit.*, p. 21.

<sup>38</sup> *Cfr.* V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», *op. cit.*, p. 1183.

<sup>39</sup> En este sentido, Santos Briz señala que: «Por tanto, en el contrato sinalagmático cada prestación está en función de la otra y es su causa, estando mutuamente condicionadas. Es lo que la técnica jurídica germánica denomina efecto “*Zug um Zug*”». *Vid.* J. SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 211. En este mismo sentido postula este autor que: «Por tanto, en el contrato sinalagmático cada prestación es causa de la otra, estando mutuamente condicionadas». *Vid.* J. SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>40</sup> A este respecto *vid.* F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, introducción de J. VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, Civitas, 1985, pp. 163 y ss.; J. LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos. Parte general*, 4.<sup>a</sup> ed. revisada y ampliada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 561 y ss.; F. MESSINEO, *Manual de Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 369 y ss.; V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», *op. cit.*, p. 1183; LI. PUIG I FERRIOL, M.<sup>a</sup> C. GETE-ALONSO Y CALERA, J. GIL RODRÍGUEZ Y J. J. HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 542 y ss., y J. SANTOS BRIZ, *Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

<sup>41</sup> *Cfr.* R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 4.<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2009, p. 77.

<sup>42</sup> *Cfr.* J. B. JORDANO BAREA, «La causa en el sistema...», *op. cit.*, pp. 462-463.

<sup>43</sup> *Cfr.* C. LARROUMET, *Teoría general del contrato*, vol. I, traducción de R. Guerrero, Bogotá, Temis, 1993, p. 356, y J. M. RIVERA RESTREPO, *La causa en el Derecho chileno*, *op. cit.*, pp. 78 y ss. El motivo equivale al «factor psicológico o subjetivo que no está comprendido en el acto de voluntad que crea la obligación». *Vid.* J. M. RIVERA RESTREPO, *La causa en el*

ha distinguido, en forma reiterada, la distinción entre causa<sup>44</sup> y motivos (SSTS de 6 de mayo de 1892, 24 de febrero de 1904, 23 de noviembre de 1920, 5 de marzo de 1924, 16 de febrero de 1935, 22 de febrero de 1940, 11 de abril de 1994, 20 de abril de 1994, 8 de febrero de 1996 y 13 de abril de 1998)<sup>45</sup>. Esta doctrina postula que en el contrato sinalagmático o recíproco ambas obligaciones están subordinadas la una a la otra, de tal forma que cada obligación es causa recíproca de la contraria<sup>46</sup>. Lo anterior da origen a dos instituciones: la *exceptio non adimpleti contractus* y el derecho de opción del acreedor<sup>47</sup>. Esta teoría fue elaborada por el jurista francés Henri Capitant<sup>48</sup> en su obra *De la causa de las obligaciones*<sup>49</sup>, para quien, si desaparece el fin del acto jurídico en virtud del cual el contratante cumplidor se obligó, entonces su obligación carece de causa, debiendo concluirse que este contratante debe quedar liberado de todo gravamen<sup>50</sup>. Capitant agrega que el único medio para lograr el mantenimiento de la voluntad contractual es concediéndole al acreedor cumplidor un derecho opcional<sup>51</sup> para demandar, según su arbitrio, la ejecución forza-

---

*Derecho chileno, op. cit.*, p. 82. En este sentido se ha definido a la causa impulsiva como «el motivo que mueve a cada parte, por su lado, a contratar». Vid. L. DE GASPERI, *Tratado de Derecho civil*, t. II, *Obligaciones en general*, con la colaboración de A. M. MORELLO, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, pp. 166-167.

<sup>44</sup> Desde este punto de vista, la causa final equivale al fin directo e inmediato que persiguen los autores de un acto jurídico. No debe confundirse este concepto con la noción de objeto, pues la primera responde a la pregunta: ¿por qué las partes se obligan? (*cur debetur*), mientras que el objeto responde a la pregunta: ¿a qué se obligan las partes? (*quid debetur*). Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 17.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por G. GARCÍA AMIGO, Madrid, Reus, 2008, p. 667, y L. DE GASPERI, *Tratado de Derecho civil, op. cit.*, p. 166.

<sup>45</sup> Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, *op. cit.*, p. 671.

<sup>46</sup> Cfr. C. LARROUMET, *Teoría general del contrato, op. cit.*, p. 359.

<sup>47</sup> Cfr. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, *op. cit.*, pp. 77-78.

<sup>48</sup> En este sentido, los hermanos Mazeaud señalan que: «Pour Henri Capitant et les causalistes, la résolution judiciaire n'est qu'une application de la théorie de la cause: l'exécution du contrat, comme, comme sa formation, reposerait sur la cause». Vid. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD y J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. I, edición de F. CHABAS, 6.<sup>a</sup> ed., Paris, Montchrestien, 1978, p. 1102.

<sup>49</sup> Vid. H. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, traducción y notas de E. TARRAGATO Y CONTRERAS, Pamplona, Analecta, 2005, pp. 316 y ss.

<sup>50</sup> Vid. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, prefacio de L. LEVENEUR, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 2007, pp. 77 y ss.

<sup>51</sup> En Francia, Genicon señala que: «L'inexécution de son obligation par un contractant a une conséquence immédiate sur l'obligation de l'autre. Puisque cette dernière avait pour but l'exécution de la contre-prestation, l'inexécution la prive de sa cause. Elle doit donc tomber, puisqu'elle a perdu sa raison d'être: "la vie de l'obligation une fois qu'elle est née, reste subordonnée à la réalisation de la fin poursuivie, car si cette fin ne se réalise pas, il n'est pas admi-

da a la deuda o la resolución de la misma, volviendo a quedar en libertad las partes<sup>52</sup>.

Sin embargo, para Sánchez-Medal Urquiza esta teoría ya había sido formulada por la doctrina del Derecho canónico y por el francés Demolombe. Se señalaba que en los contratos sinalagmáticos, si la obligación de una de las partes es causa de la otra, entonces, cuando una de ellas incumple su deber, la obligación de la contraria deja de tener causa<sup>53</sup>. Capitant se inclina por la noción de causa como justificante de la resolución judicial por incumplimiento, porque la resolución no se presenta como una facultad absoluta, sino que depende de la voluntad de los contratantes (el contratante cumplidor puede solicitar el cumplimiento forzado o la resolución de la obligación)<sup>54</sup>.

Al respecto explica la doctrina que, conforme a la teoría de la causa, que se remonta a las obras de Bartolo y Dumoulin<sup>55</sup>, la acción resolutoria encuentra su fundamento en la desaparición del elemento causa por un hecho sobrevenido (incumplimiento de una de las obligaciones). Se postula que la causa no sólo debe estar presente en el momento de la conclusión del contrato, sino que debe mantenerse durante todo el *iter* contractual. Y asumiendo la causa un carácter objetivo, si no se cumple una de las obligaciones bilaterales la obligación de la contraria deja de tener causa y, por tanto, desaparece el objeto del contrato (obligación de la parte que cumplió o está dispuesta a cumplir)<sup>56</sup>. El TS ha aceptado esta teoría, por ejemplo, en la Sentencia de 18 de julio de 2012, que dispone: «No obstante, cuando los particulares se obligan con carácter recíproco, de tal forma que la obligación de uno de ellos tiene por causa la del otro, el sistema autoriza a reaccionar frente a los incumplimientos de una de las partes y

---

*sible que l'obligation garde sa forcé obligatoire". En effet, "l'obligation ne peut vivre qu'autant qu'elle reste appuyée sur sa cause". Capitant estime que le créancier victime de l'inexécution adopte le discours suivant: "Le but en vue duquel je me suis obligé ne plus être atteint, par conséquent, mon obligation est sans cause, je demande à en être déchargé". L'exposé est séduisant; pour autants, il n'est pas certain qu'il soit parfaitement fondé». Vid. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., p. 78.*

<sup>52</sup> Cfr. H. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, op. cit., pp. 318-319.

<sup>53</sup> Cfr. J. R. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, México, Porrúa, 1979, p. 94.

<sup>54</sup> Cfr. H. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, op. cit., p. 336.

<sup>55</sup> Cfr. C. LARROUMET, *Teoría general del contrato*, op. cit., p. 357.

<sup>56</sup> Cfr. M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 58-59. En este sentido cfr. V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», op. cit., p. 8, y J. M. RIVERA RESTREPO, «De los aspectos generales en torno a la teoría de la causa», *Revista Ars Boni et Aequi*, año 6, núm. 2 (2010), pp. 172-173.

faculta a quien cumplió para que exija su cumplimiento o la resolución, a cuyo efecto el art. 1.124 del Código Civil, después de indicar que 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, y que 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, dispone que “también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”. Y que “el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”<sup>57</sup>. Con todo, si indagamos en esta tesis encontramos que esta explicación resulta insostenible, porque el contratante diligente tiene una opción para pedir el cumplimiento, y si puede hacerlo es porque el contrato tiene causa<sup>58</sup>.

En efecto, según la doctrina, esta tesis no resiste un mayor análisis, por cuanto si el contratante cumplidor tiene la opción de solicitar el cumplimiento forzado de la obligación incumplida es porque el negocio aún tiene causa, porque, en caso de estimar lo contrario, se estaría procediendo a ordenar el cumplimiento de una obligación sin causa<sup>59</sup>. Por lo anterior se dice que la doctrina de Capitant no es suficiente para explicar el fundamento de la facultad resolutoria tácita<sup>60</sup>. Sin embargo, se ha replicado que si el contratante diligente está facultado para exigir el cumplimiento es precisamente porque la obligación cuyo pago solicite no tiene causa, ya que él ha cumplido su propia obligación. En este sentido, Giorgi no está de acuerdo con la idea de que la teoría de la causa sea el fundamento del derecho de opción<sup>61</sup>. La explicación anterior tampoco tiene

---

<sup>57</sup> STS de 18 de julio de 2012 (RJ 2012/9332). *Vid.* también STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006/6443).

<sup>58</sup> En este sentido, Montés Penadés no está de acuerdo con que la facultad resolutoria se justifica en la noción de causa. Cfr. V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», *op. cit.*, p. 6.

<sup>59</sup> Igual opinión presenta Ogayar y Ayllón, para quien: «Esta teoría lleva en sí una contradicción. Es sabido que la causa es uno de los requisitos o elementos esenciales del contrato exigido por el art. 1.261 del Código Civil, y su falta hace que aquél no exista o que sea nulo, por lo que si el contrato en su nacimiento tuvo causa, al desaparecer posteriormente ésta debería anularse inmediatamente al no existir ya la causa, anulación que no se produce». Cfr. T. OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral...*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>60</sup> Cfr. A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ y M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, t. III, *De las obligaciones*, redactado y puesto día por A. VODANOVIC H., Santiago de Chile, Nascimento, 1957, p. 74.

<sup>61</sup> En este sentido, Giorgi expresa lo siguiente: «La razón principal es (sin explayarnos en elucubraciones) que no admitimos la necesidad de la causa en las obligaciones contractuales como requisito esencial absolutamente distinto del consentimiento y del objeto, y estimamos imperfecto el método de nuestro legislador al introducirlo en el Código». *Vid.*

asidero jurídico en legislaciones comparadas. Así, por ejemplo, el *Codice*, en su art. 1.454, le concede un plazo al contratante cumplidor para que requiera al incumplidor; vencido este término el contrato se resuelve. El BGB, en su parágrafo 326, le concede el derecho al contratante diligente para desligarse de la obligación; para ello debe concederle al incumplidor la posibilidad de que cumpla con su deber. Por su parte, el Código suizo de obligaciones, en su art. 107, exige un doble requerimiento: el primero, la interpelación con el fin de concederle un plazo al incumplidor, y el segundo, desistir del contrato una vez vencido el plazo otorgado. En el Derecho inglés basta con una declaración simple, emitida por el contratante cumplidor, con el fin de informarle al negligente que el contrato queda resuelto. Es decir, en todos estos ordenamientos jurídicos es necesaria una declaración de voluntad de parte del contratante cumplidor, sea unilateral, sea dirigida al juez, para que se declare la resolución<sup>62</sup>. Por otra parte, se dice que, siendo la causa un requisito de existencia del acto jurídico o contrato, si ella no concurre al momento de su otorgamiento debería anularse el negocio jurídico<sup>63</sup>.

La doctrina plantea que la causa es un elemento esencial del negocio jurídico, por tanto, su existencia es fundamental para que el contrato llegue a generar los efectos que está llamado a producir<sup>64</sup>. Por ello, se dice, de faltar la causa, sea al momento de la celebración del negocio o en un estadio posterior, debería anularse el contrato. El problema es que, en caso de incumplimiento contractual, el negocio bilateral no se anula, sino que la ley le otorga un derecho de opción al contratante cumplidor<sup>65</sup>. Además de lo anterior, la falta de causa puede ser alegada no sólo por los contratantes, sino también por todo aquel que tenga interés en su declaración. Por último, en la doctrina italiana ha prevalecido la teoría de la causa entendida como una función económico-social típica, ello supone que la noción de causa (entendida como utilidad social) sirve para proteger los actos de la autonomía privada, estableciendo cuáles de ellos son

---

J. GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV, *Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos)*, traducción por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, introducción de E. DATO IRADIER, réimp. 2.ª ed., Madrid, Reus, 1977, pp. 213-214.

<sup>62</sup> Cfr. T. OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>63</sup> En este sentido *vid.* la STS de 17 de enero de 1985 (RJ 1985/180).

<sup>64</sup> El art. 1.261 del Código Civil dispone que: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes [...] 3.º Causa de la obligación que se establezca».

<sup>65</sup> Cfr. E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, prólogo de J. L. DE LOS MOZOS, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1981, p. 136.

merecedores de tutela social<sup>66</sup>. En este mismo sentido se pronunció a principios del siglo pasado León Duguit<sup>67</sup>.

## 2. Teoría de la voluntad presunta de las partes o de la disposición

Esta teoría, atribuida a Domat<sup>68</sup> y defendida por Giorgi<sup>69</sup>, plantea que el fundamento de la facultad resolutoria tácita descansa en la supuesta voluntad presunta de los contratantes<sup>70</sup>, en orden a que si una de ellas incumple culpablemente<sup>71</sup> con las obligaciones emergentes del contrato bilateral celebrado, entonces procede otorgarle a la contraparte diligente la facultad para solicitar ya sea la resolución o el cumplimiento forzado de la misma. En efecto, se dice que en esta institución el legislador estaría interpretando la voluntad de las partes<sup>72</sup>, ya que si uno de los contratantes incumple con su deber, se debe entender que no desea mantener viva la relación contractual; por ello el legislador autoriza a la contraparte para solicitar la resolución de la obligación<sup>73</sup>. Es esta misma voluntad la que genera la facultad resolutoria, pues la parte afectada por el incumplimiento decide, conforme a su arbitrio, solicitar el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución de la misma.

<sup>66</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *Derecho civil*, op. cit., p. 472.

<sup>67</sup> Cfr. L. DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, traducción de C. G. Posada, 2.<sup>a</sup> ed. corregida y aumentada, Madrid, Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán, 1921, pp. 39-40.

<sup>68</sup> Cfr. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, op. cit., p. 24. Opinión contraria manifiesta Dell'Aquila, el cual atribuye esta teoría a Osti (*Applicazioni del concetto di sopravvenienza. Risolubilità dei contratti per inadempimento*, 1926) y Giorgi (*Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 1910). Cfr. E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, op. cit., p. 152.

<sup>69</sup> En este sentido expresa Giorgi que: «Compartimos más bien la opinión de aquellos que fundan la condición resolutoria tácita en la presunta voluntad de las partes [...] Por lo demás, tal obligación [derecho de opción] es puramente sobreentendida y no impuesta por la ley. Presume la voluntad de las partes; pero no siendo requerida por motivos de orden público, cede ante la voluntad contraria que las mismas hayan manifestado abiertamente». Vid. J. GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, op. cit., p. 214.

<sup>70</sup> En este sentido vid. H. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, op. cit., pp. 322-323, y E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, op. cit., p. 153.

<sup>71</sup> J. L. MIQUEL, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 74.

<sup>72</sup> En la doctrina se ha dicho que las partes habrían comprendido de forma implícita que, en caso de incumplimiento, el contratante cumplidor gozará del derecho de opción. Cfr. A. J. RINNESSI, *Contratos*, op. cit., p. 371.

<sup>73</sup> Cfr. A. ALESSANDRI RODRIGUEZ y M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, op. cit., p. 75.

En Italia, la doctrina, en general, ha planteado que es la voluntad de los contratantes la que justifica el derecho de opción. En este sentido se indica que el legislador, al consagrar la facultad resolutoria, estaría señalando una voluntad que, no obstante existir, quedó inexpresiva<sup>74</sup>. Y más que ser tácita se trata, pues, de una voluntad presunta, porque es la ley la que la supone en todo negocio sinalagmático. Con todo, para Mosco no se puede hablar de una voluntad presunta a propósito del derecho de opción<sup>75</sup>. Estimo que el principal obstáculo que debe enfrentar esta teoría es que la facultad resolutoria tácita constituye un elemento de la naturaleza de los contratos bilaterales, puesto que el legislador la introduce en esta clase de negocios con el fin de que éstos se cumplan. Por tanto, nada tiene que ver la voluntad de las partes con la inclusión de la facultad resolutoria en los contratos recíprocos. Además, se dice que las condiciones tienen un carácter de excepcional y, por tanto, no se presumen<sup>76</sup>. En efecto, en general, la doctrina deshecha esta tesis alegando que resulta arbitrario que el legislador presuma la voluntad de los contratantes, prescindiendo así de la autonomía de la voluntad<sup>77</sup>. Más bien, el derecho de opción constituiría una facultad o garantía que se le concede al contratante cumplidor consagrada en la ley<sup>78</sup>. Con todo, la autonomía de la voluntad<sup>79</sup>, a propósito de

<sup>74</sup> Cfr. L. MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, art. 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, notas sobre legislación española por J. SALAMERO CARDO, Barcelona, Nereo, 1962, p. 21.

<sup>75</sup> Cfr. *ibid.*, p. 1.

<sup>76</sup> En este sentido, Clemente Meoro señala que: «Conforme a este argumento, si cabe la resolución es porque las partes, tácitamente, así lo han pactado [...] Hoy en día es prácticamente unánime la opinión de que la resolución supone, efectivamente, una derogación del principio *pacta sunt servanda*, y recurrir a la presunta voluntad de las partes para explicarla no es más que una ficción que debe ser rechazada. La resolución por incumplimiento prevista en el art. 1.124 de nuestro Código Civil tiene su origen en la propia ley, no en la voluntad de las partes, y de lo que se trata es de averiguar por qué la ley la ha previsto, cuál es la razón y cuál el fundamento teórico de tal previsión normativa». Vid. M. É. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, op. cit., pp. 82 y 83.

<sup>77</sup> En Francia, los hermanos Mazeaud han señalado que: «*Certains auteurs proposent comme fondement à la résolution judiciaire l'intention présumée des parties. En contractant, les parties auraient entendu tacitement qu'en cas d'inexécution fautive par l'une d'elles, l'autre se réservait le droit de réclamer la résolution. Cette théorie se réclame de Pothier et de la rédaction même de l'article 1.184, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. Elle n'est pas seulement contraire à l'origine de l'institution; elle est condamnée par l'observation suivante: si les parties avaient tacitement convenu d'une résolution, au lieu d'abandonner celle-ci à la discrétion du juge, elles auraient nécessairement édicté une résolution de plein droit analogue à celle qui résulte d'un pacte commissaire*». Vid. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD y J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, op. cit., p. 1102.

<sup>78</sup> Cfr. E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, op. cit., p. 154.

<sup>79</sup> En este sentido vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 21.



las compraventas de inmuebles a plazo, ha servido para pertrechar al vendedor de una facultad o derecho importantísimo: es frecuente que en esta clase de compraventas se establezca un pacto de retención en virtud del cual, verificada la resolución de la obligación por incumplimiento del precio de una o de más cuotas estipuladas, el vendedor podrá retener todo o parte del precio pagado por el comprador antes de su incumplimiento, a título de indemnización de daños y perjuicios<sup>80</sup>.

### 3. Teoría de la equidad natural<sup>81</sup>

Los partidarios de esta tesis, entre otros De Ruggiero<sup>82</sup>, señalan que, cuando se ha roto el equilibrio de las prestaciones recíprocas en un negocio jurídico sinalagmático, resulta contrario a la equidad natural<sup>83</sup> la ejecución de las obligaciones que de él emanan<sup>84</sup>, pues «el interés del fiel cumplidor [quedaría] defraudado»<sup>85</sup>. Además, se agrega que, en varias hipótesis, estamos frente a instituciones que no tienen una explicación legal; por ello se recurre a la equidad natural<sup>86</sup>. En caso de que uno de los contratantes no cumpla con el deber impuesto por un contrato bilateral que él celebró, entonces es justo<sup>87</sup> que se le conceda a la contraparte la facultad para

<sup>80</sup> Cfr. F. JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1.504 del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1992, p. 185.

<sup>81</sup> Al respecto *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, *Arts. 1043 a 1264*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 8234-8236.

<sup>82</sup> Cfr. R. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, vol. I, *Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho sucesorio*, traducción de la 4.<sup>a</sup> ed. italiana, anotada y concordada con la legislación española por R. SERRANO SUÑER y J. SANTA-CRUZ TEJEIRO, Madrid, Reus, 1977, p. 300. Por su parte, Giorgi, aun sin ser defensor de esta teoría, señala la principal consecuencia de adherir a esta tesis, planteando que: «En efecto, si descansa [el fundamento del derecho de opción] en principios de equidad natural, puede aplicarse extensivamente esta disposición...». *Vid.* J. GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, *op. cit.*, p. 213.

<sup>83</sup> En este sentido, Miquel señala que: «Puesto que el incumplimiento de una parte supone traicionar la buena fe contractual en las relaciones sinalagmáticas, el incumpliente no merece tutela jurídica para su derecho a la contraprestación». Cfr. J. L. MIQUEL, *Resolución de los contratos...*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>84</sup> Cfr. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>85</sup> C.-J. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria...*, *op. cit.*, p. 128.

<sup>86</sup> En este sentido, la jurisprudencia ha decretado que el principio de equidad natural fundamenta al derecho de opción. Ésta constituye un homenaje al respeto de los contratos que, válidamente y conforme a Derecho, se concluyeron. Cfr. C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, prólogo de L. Díez-PICAZO, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1989, p. 1721.

<sup>87</sup> En Argentina, Rinesi señala que: «Esa idea de justicia natural, que es fundamento necesario de todo el orden jurídico, es también fundamento del instituto en cuestión. Se

resolver el contrato<sup>88</sup>. Es por esta razón (la buena fe que forma parte de la esencia del contrato) que se encuentra implícito en los contratos recíprocos el derecho de opción<sup>89</sup>. Por otra parte, se arguye que el carácter preventivo y de garantía que presenta el derecho de opción para el acreedor justifica que, frente al incumplimiento de la obligación, el afectado pueda no sólo pedir el cumplimiento del deber incumplido, sino también la resolución de la misma. La equidad, entonces, supone una igualdad en la repartición de las utilidades del contrato, lo que se traduce en el otorgamiento de la facultad resolutoria al contratante inocente<sup>90</sup>. Además, fue el propio Derecho canónico el creador del derecho de opción, y es en aquél en donde la equidad tiene un campo propicio para actuar<sup>91</sup>. Es evidente la razón de equidad<sup>92</sup> que existe en el hecho de que si una de las partes no cumple su obligación emanada de un contrato bilateral, la otra pueda a su vez desligarse del vínculo obligacional dejando sin efecto el contrato<sup>93</sup>. Es un hecho indiscutible que en la facultad resolutoria tácita existe una importante dosis de equidad, pues se exige un equilibrio en las prestaciones recíprocas y, consecuentemente, en las recíprocas atribuciones patrimoniales<sup>94</sup>. Así, la facultad resolutoria tendría la función de remediar un injusto probable y futuro: los inconvenientes económicos y morales que supone un juicio ejecutivo, restableciendo el equilibrio cuando éste se a roto (ante el incumplimiento de una de las partes). Desde este punto de vista se puede indicar que la facultad resolutoria tácita tiene un carácter preventivo<sup>95</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ha acogido esta teoría con el fin de fundar la facultad resolutoria tácita (SSTS de 5 de mayo de 1953, de 4 de noviembre de 1958, de 2 de enero de 1961, de 9 de diciembre de 1966,

---

presenta entonces como una razón de Derecho, como una consideración de equidad». Vid. A. J. RINESSI, *Contratos*, op. cit., p. 371.

<sup>88</sup> Cfr. A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ y M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, op. cit., p. 74.

<sup>89</sup> Cfr. C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Madrid, Difusa, 2007, p. 921.

<sup>90</sup> Cfr. T. OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral...*, op. cit., p. 57.

<sup>91</sup> Cfr. J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, 2.<sup>a</sup> reimp., traducción, prólogo y notas de C. MELLIZO, Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 36.

<sup>92</sup> Vid. J. M. RIVERA RESTREPO, «Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la Sentencia de fecha 12 de marzo de 1984 dictada por la Corte de Apelaciones, presidente Aguirre Cerda», *Revista Ars Noni et Aequi*, año 8, núm. 2 (2012), pp. 323-344.

<sup>93</sup> A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Teoría de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Cono Sur, 1998, p. 491.

<sup>94</sup> Cfr. V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», op. cit., p. 9.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 11.

de 21 de octubre de 1974, de 16 de enero de 1975 y de 20 de marzo de 1976)<sup>96</sup>. Una antigua STS de 5 de julio de 1941 decreta que: «[Esta institución] responde a un principio de equidad»<sup>97</sup>. Por su parte, la STS de 16 de enero de 1975 reitera esta idea<sup>98</sup>. En general, la doctrina señala que los partidarios de esta tesis plantean que la acción de cumplimiento forzoso<sup>99</sup> no puede ser el único remedio<sup>100</sup> para proteger los intereses del contratante cumplidor, pues el deudor podría caer en insolvencia, o bien puede frustrarse el fin del negocio jurídico, o incluso hacerse imposible el cumplimiento de la obligación, sea por causa imputable a él o por caso fortuito. Además, la espera podría suponer costes para el contratante diligente que no deben ser asumidos por éste. La pregunta que surge entonces es: ¿por qué obligar al contratante diligente a solicitar el cumplimiento forzado de la obligación si éste resulta improbable que se lleve a efecto? La equidad natural indica que al contratante diligente se le debe otorgar el derecho de opción para solicitar el cumplimiento forzado o la resolución de la obligación<sup>101</sup>. Es por ello que existe el derecho de opción a favor del contratante diligente que está conforme con los principios de equidad natural<sup>102</sup>.

Sin embargo, si bien es efectivo que el fundamento de la facultad resolutoria tácita se encuentre en la equidad natural, no es menos cierto que esta virtud se encuentra presente en todas las instituciones pertenecientes al Derecho civil, constituyendo un principio general del Derecho priva-

<sup>96</sup> Cfr. T. OGAYAR y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral...*, op. cit., p. 59.

<sup>97</sup> Cfr. J. L. ALBÁCAR LÓPEZ y J. SANTOS BRIZ, «Libro IV, “De las obligaciones”, Títulos I y II», en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. IV, Arts. 1.088 a 1.444, doctrina, antecedentes y concordancias de J. SANTOS BRIZ, J. Á. TORRES LANA J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía, Madrid, Trivium, 1991, p. 167.

<sup>98</sup> Cfr. J. L. ALBÁCAR LÓPEZ y J. SANTOS BRIZ, «Libro IV, “De las obligaciones”...», op. cit., p. 180.

<sup>99</sup> Con relación al cumplimiento forzoso de la obligación vid. R. VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, prólogo de F. GALGANO, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España-Cometa, 1995, pp. 19 y ss.

<sup>100</sup> En este sentido, Bercovitz Rodríguez-Cano señala que: «El art. 1.124 CC es lo que más se parece, en el Código Civil, a una enumeración de los acciones o remedios del acreedor [sic]». Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, op. cit., p. 8214.

<sup>101</sup> En este punto, Dell’Aquila señala que: «Así que, en resumen, es un principio de equidad y de justa distribución de las utilidades efectivamente alcanzadas por las partes por medio de una actividad contractual, lo que constituye el fundamento de la resolución». Vid. E. DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, op. cit., p. 163.

<sup>102</sup> En este sentido, señala Clemente Meoro lo siguiente: «Ésta [la resolución] tiene naturaleza preventiva, no represiva: trata de evitar la falta de justificación del enriquecimiento que se verificaría en el patrimonio de uno de los contratantes como consecuencia de su incumplimiento». Vid. M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, op. cit., p. 79.

do<sup>103</sup>. La equidad, al igual que la buena fe, es un fundamento tan amplio que no existe institución jurídica que no encuentre su justificación en aquélla. En este punto es aplicable el adagio que reza: «Lo que trata de explicar todo, a la vez no explica nada»<sup>104</sup>. Es decir, esta tesis corroboraría lo planteado por las demás doctrinas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del derecho de opción, siendo similar su explicación a la dada por los que sustentan la teoría de la causa, ya que el contratante cumplidor ve frustrado el fin del contrato cuando la contraparte no cumple con su deber; ello no sólo significa que el contrato carece de causa, sino que también atenta contra el principio de la equidad natural<sup>105</sup>. Al faltar la causa, y, por tanto, lesionarse la equidad, al contratante cumplidor se le debe otorgar una *actio in rem verso*, es decir, una *condictio* cuyo fin sea restablecer el equilibrio<sup>106</sup>. En definitiva, como dice Capitant: «Esta fórmula vaga, imprecisa, se encuentra todavía en algunas sentencias»<sup>107</sup>. Además, la doctrina ha planteado que existe un peligro evidente al entregarle al juez la necesaria discrecionalidad para fundar sus resoluciones conforme a los principios de equidad. No estamos de acuerdo con este dogma, pues muchas veces se advierte que el tribunal debe buscar la justicia material y no aplicar ciegamente el tenor literal de la fórmula contenida en la ley, pero, al mismo tiempo, se arguye que existe un peligro en este proceso: se perturba la seguridad jurídica<sup>108</sup>, pues el concepto de igualdad es relativo<sup>109</sup>

<sup>103</sup> Por su parte, Montés Penadés señala que: «Y, en efecto, en un cierto sentido hay un componente de equidad, como equilibrio de las prestaciones y como justificación de las transferencias o traslaciones patrimoniales. Pero el recurso a la equidad no explica el fundamento de la reconstrucción. Con ello se dice solamente que el instituto representa una derogación de los principios, pero no aclara el fin último de la derogación, ni la naturaleza de esta derogación en relación con el funcionamiento de la relación sinalagmática». Vid. V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», *op. cit.*, p. 1184.

<sup>104</sup> Al respecto vid. M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> H. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 334.

<sup>108</sup> Cfr. J. L. MIQUEL, *Resolución de los contratos...*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>109</sup> En este sentido, Rezzónico señala lo siguiente: «Lo cierto es que hallar una pauta única, general y universal para medir, en lo jurídico, lo igual y lo desigual, deviene imposible si se tiene en cuenta la tan distinta naturaleza humana y la dilatada proyección geográfica que sería menester examinar». También señala lo siguiente: «Tanto en el sinalagma genético como en el funcional, y, de igual manera, en el condicional, se evidencia un mecanismo de justicia». Vid. J. C. REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos. Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria. Forma. Consensualismo. Equidad. Justicia y equivalencia de las prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 290.

e indeterminado<sup>110</sup>. Por último, me permito mencionar en este punto una teoría que se relaciona con la doctrina de la equidad natural, se le denomina «teoría de la equivalencia» y fue formulada por el francés Maury; se relaciona además con la teoría de la causa (por ello sólo la mencionamos y no la desarrollamos en forma independiente). Para esta tesis, la causa únicamente incide en la etapa de formación del negocio jurídico, pero en la fase de ejecución de las obligaciones sinalagmáticas, la noción de causa es remplazada por el principio de equivalencia, que a su vez se funda en la equidad, siendo fijada por la autonomía de la voluntad<sup>111</sup>. Con todo, nos parece inexacto lo planteado por esta doctrina, por cuanto decir que la causa inicial es remplazada por la noción de equivalencia es una cuestión que no encuentra mayor fundamento en el Derecho. Porque, como se ha visto, la causa se proyecta a la etapa de cumplimiento contractual conforme a las ideas modernas. Además, pienso que al ser fijado el equivalente por la autonomía privada podría contrariar a la equidad, la cual constituye una noción metafísica que escapa a la voluntad de los contratantes.

#### 4. Teoría de la sanción

Según esta teoría, atribuida a Aauletta<sup>112</sup> y Mazeaud<sup>113</sup>, sobre el contratante negligente recae la pena o sanción civil, que consiste en la pérdida del derecho de exigir el cumplimiento a su contraparte diligente<sup>114</sup>. La sanción tiene su fundamento en la conducta imputable al contratante negligente, el que por su culpa o dolo no cumplió con su deber. Esta situación constituye un atentado en contra de la equidad y buena fe y, por tanto, debe ser castigado por el Derecho. Por tanto, si el incumplimiento obedece a un caso fortuito o fuerza mayor no procede aplicar esta san-

---

<sup>110</sup> Cfr. J. ATAZ LÓPEZ, «La buena fe contractual», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de los contratos*, vol. I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 169.

<sup>111</sup> Cfr. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>112</sup> Cfr. A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 106, y E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, *op. cit.*, p. 155. En este sentido, Álvarez Vigaray la atribuye, entre otros, a Gasca, Auleta y Jossierand. Cfr. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>113</sup> Sánchez-Medal Urquiza atribuye esta teoría a Mazeaud. Cfr. J. R. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>114</sup> Cfr. E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, *op. cit.*, p. 155.

ción<sup>115</sup>. En el fondo, esta teoría, como su nombre indica, plantea que la resolución por incumplimiento es una manera de reparar el daño o perjuicio experimentado por el contratante cumplidor, ya que en ciertos casos la ejecución forzada de la obligación resulta ineficaz (*v. gr.*, cuando el deudor cae en insolvencia o simplemente resulta inútil exigir la prestación fuera de plazo). De esta forma, el derecho de opción se presenta como una adecuada forma de reparar los perjuicios causados por el contratante incumplidor, toda vez que será el propio acreedor el encargado de solicitar la ejecución forzada de la deuda o la resolución de la misma, pudiendo en ambos casos solicitar adicionalmente una indemnización de daños y perjuicios cuando éstos se hayan producido<sup>116</sup>.

Por su parte, se ha dicho que la acción resolutoria constituye una reacción del Derecho frente a un comportamiento injusto del contratante incumplidor, por ello la facultad resolutoria sería una sanción para este último<sup>117</sup>. Es decir, la facultad resolutoria constituye una sanción para el contratante incumplidor que por su culpa o dolo no ha procedido a cumplir con su deber, traicionando no sólo su palabra empeñada, sino también los principios de equidad natural y buena fe<sup>118</sup>. Es por ello que la conducta del contratante incumplidor debe ser sancionada por ley<sup>119</sup>. La doctrina ha dicho que lo anterior explica el art. 1.184 del *Code* y el art. 1.165 del *Codice Civile*, que establecen la necesidad de un pronunciamiento judicial para que exista resolución del contrato<sup>120</sup>.

La jurisprudencia ha acogido esta teoría. Por ejemplo, la STS de 11 de marzo de 2011 señala que la doctrina jurisprudencial, en forma reiterada, ha dispuesto que en lo que atañe a la resolución de venta de inmue-

<sup>115</sup> Al respecto *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pp. 8232-8234.

<sup>116</sup> Cfr. J. R. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos...*, *op. cit.*, pp. 96-97.

<sup>117</sup> Cfr. V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», *op. cit.*, p. 9.

<sup>118</sup> En este sentido, Rovira i Jaén señala que en el Derecho medieval, frente al incumplimiento del deudor, «entraba un sentimiento de equidad en base al principio de que el delito presente debe ir unido a la rebeldía (*“delictum praesens cum contumacia coiuntum”*), por lo que será necesaria una puesta en demora. Las Decretales, capítulo *Resprensibilis* 26. *De appellationis*, I, 28, decían así: *“Statuimus ut nec prelati nisi canónica commonitione praemissa suspensionis vel excommunicationis sententiam proferant”*. De esta manera el deudor podrá purgar su demora: *“Sibi satisfactione celeri consulere”* (Decretales, 4, III, 18)». *Vid.* F. J. ROVIRA I JAÉN, «El pacto de *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 69, núm. 615 (1993), p. 359.

<sup>119</sup> Cfr. A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ y M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>120</sup> Cfr. M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, *op. cit.*, p. 75.

bles, conforme al art. 1.504 del Código Civil (norma especial respecto de la contenida en el art. 1.124 del mismo cuerpo legal para toda clase de obligaciones sinalagmáticas), presenta, entre sus presupuestos, el requerimiento. Además, esta interpelación no tiene valor de una intimidación por no pago del precio, sino que busca que el comprador se allane a resolver la relación jurídica sin obstaculizar dicho proceso<sup>121</sup>. La STS analizada agrega que: «Concurriendo las circunstancias expuestas, la resolución se produce de manera automática, pudiendo ejercitarse, ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a voluntad 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 [SS de 24 de octubre de 1941 (RJ 1941/1091), 28 de enero de 1943 (RJ 1943/121), 7 de enero de 1948 (RJ 1948/13) y 19 de marzo de 1949], y esa intimidación al allanamiento del comprador para resolver el contrato resulta plenamente válida si se realiza por acto de conciliación [SS de 7 de julio de 1911, 13 de julio de 1917, 30 de octubre de 1956 (RJ 1956/3245) y 27 de mayo de 1985 (RJ 1985/2814)], hasta el extremo de que, como señala la Sentencia de 8 de mayo de 1982 (RJ 1982/2561), la no asistencia a aquel acto ha de entenderse como una manifestación más de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento»<sup>122</sup>.

En definitiva, para esta doctrina existe una infracción de la obligación por parte del contratante negligente. Analizado el argumento desde este punto de vista del derecho de opción podría concluirse que su fundamento radica en la sanción que el Derecho le impone al contratante negligente, quien no sólo ha traicionado a su contraparte y al Derecho, sino que ha violado los postulados de la equidad natural y, por tanto, debe ser sancionada su conducta injusta. Sería la buena fe la que fundamentaría la existencia de una sanción para el contratante incumplidor<sup>123</sup>. En cuanto a las

<sup>121</sup> Cfr. STS de 11 de marzo de 2011 (RJ 2011/132).

<sup>122</sup> *Ibid.* Asimismo, la STS de 12 de julio de 2011 (RJ 2011/7372) dispone que: «b) Que la presunta infracción no puede ser generadora de una sanción o consecuencia tan fuerte como la resolución contractual, no habiendo ninguna sentencia que la haya acordado, que se han limitado al efecto jurídico de la indemnización económica, lo cual es lógico dado que, para que haya un incumplimiento grave, es preciso la incorporación al contrato del contenido de lo ofertado (oferta publicitaria), manifestando las partes el carácter de condición o característica esencial». También se refiere a la sanción resolutoria la STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/9812).

<sup>123</sup> En este sentido, la doctrina argentina ha señalado que la buena fe impone una pauta de carácter general acerca de cómo deben actuar los contratantes, que será determinada en

críticas que se le han formulado a esta doctrina se ha señalado que: *a)* la acción resolutoria no sólo significa la pérdida del derecho de cumplimiento forzado para ambas partes, las cuales quedan liberadas de su deber; *b)* la resolución, conforme a doctrina objetiva, no supone necesariamente un juicio de reproche hacia la conducta del deudor incumplidor (culpa o dolo); *c)* cuando existe una conducta imputable de parte del contratante incumplidor, la indemnización de daños y perjuicios a que será condenado asume el carácter de sanción o pena que castiga dicho comportamiento contrario al Derecho y a la equidad natural, la cual será exigible, incluso, cuando el contratante cumplidor opta por solicitar el cumplimiento forzado de la obligación; *d)* la acción resolutoria tiene, como se dijo, un carácter preventivo y de garantía: se quiere evitar un enriquecimiento sin causa cuando al acreedor cumplidor le sea inalcanzable el cobro de su crédito<sup>124</sup>. Asimismo, Díez-Picazo y Ponce de León no está de acuerdo con esta teoría, porque no considera que la resolución sea la consecuencia de un acto ilícito perpetrado por el contratante incumplidor<sup>125</sup>. No estoy de acuerdo con lo planteado por Díez-Picazo y Ponce de León<sup>126</sup>, pues, como se analizará más adelante, creo que uno de los presupuestos para ejercitar la acción resolutoria y, en definitiva, cualquiera de las dos alternativas que le confiere al contratante diligente el derecho de opción, es que exista una actuación imputable de parte del contratante incumplidor, esto es, que exista culpa o dolo de su parte. Para Dell'Aquila, esta tesis adolece de graves inconvenientes<sup>127</sup>. Así, señala este autor que «no se toma en consideración que también la parte inocente, a través de la resolución del vínculo contractual, pierde el derecho de exigir la prestación que

---

cada caso por el juez, conforme a equidad y justicia. Vid. G. A. BORDA, *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, t. I, 4.ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Perrot, 1976, p. 93.

<sup>124</sup> Cfr. M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>125</sup> Al respecto señala Díez-Picazo y Ponce de León lo siguiente: «Contemplada desde esta perspectiva, la resolución encuentra su fundamento en la idea de sanción y se configura como una acción que se impone a la parte incumplidora. De este planteamiento se deduce que para que el incumplimiento pueda ser sancionado es menester que el incumplidor sea considerado por la ley como responsable del ilícito, de manera que sólo la culpabilidad permite poner en marcha la acción resolutoria. Tal argumentación no es satisfactoria. La resolución no es primariamente una medida de sanción del incumplimiento». Vid. L. Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 5.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 1996, p. 428.

<sup>126</sup> Esta opinión tiene asidero en la obra de Domat, para quien no es necesaria la existencia de culpa o dolo para que se declare la resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Cfr. E. Dell'Aquila, *La resolución del contrato bilateral...*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>127</sup> Cfr. E. Dell'Aquila, *La resolución del contrato bilateral...*, *op. cit.*, pp. 155 y ss.



le corresponde»<sup>128</sup>. Además, esta supuesta sanción no supone necesariamente la extinción de la relación jurídica, pues el contratante cumplidor puede optar por mantener la misma, solicitando el cumplimiento forzado de la obligación. Por último, se ha dicho que el art. 1.124 del Código Civil no consagra una sanción para el contratante incumplidor, pues las normas sancionadoras aplican una consecuencia jurídica al sujeto de Derecho que realiza una determinada conducta contraria a la ley. En este caso, los efectos del derecho de opción afectan a ambas partes, pues tratan de restaurar el equilibrio roto. Además, la resolución no tendría el papel de sanción, pues la posible indemnización de perjuicios que puede reclamar el contratante cumplidor desempeña ese rol<sup>129</sup>.

## 5. Teoría de la reparación

Conforme a esta escuela, la resolución opera como reparación del perjuicio causado, en contra del patrimonio y persona del acreedor diligente, por el contratante negligente. El ejercicio de la acción de cumplimiento forzado por parte del contratante diligente no tendrá el efecto por éste deseado (*v. gr.*, en caso de que el deudor incumplidor haya caído en insolvencia), por tanto, la resolución actúa como un medio de reparación del daño causado al acreedor<sup>130</sup>. En cuanto a las críticas que ha sufrido esta doctrina, podemos indicar que éstas giran en torno a los siguientes tópicos.

No es cierto que la acción resolutoria tenga una finalidad resarcitoria, toda vez que al acreedor se le otorga la facultad de solicitar el cumplimiento forzado de la deuda o la resolución de la misma, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. Por ello, si el derecho de opción tuviese su fundamento en la reparación del daño producido, entonces ¿por qué se le concede el derecho a pedir una indemnización adicional? De ser ello así se produciría un doble pago, pues la indemnización de perjuicios reemplazaría al objeto de la obligación (resolución) y además se pagaría una

---

<sup>128</sup> En este sentido se pronuncia Ataz López. Cfr. J. ATAZ LÓPEZ, «III. La buena fe contractual», *op. cit.*, p. 155.

<sup>129</sup> Cfr. E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, *op. cit.*, pp. 156-157.

<sup>130</sup> En este sentido, en Francia, los hermanos Mazeaud señalan que: «*En réalité, la résolution judiciaire est un molde de réparation du préjudice que cause au créancier l'inexécution de son obligation par le débiteur. Le créancier, comme tout créancier, a la possibilité, faute d'exécution, de demander une exécution par équivalent; mais cette réparation sera de peu d'efficacité en présence d'un débiteur insolvable*». Vid. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD y J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, *op. cit.*, p. 1102.

indemnización adicional, lo que iría en contra del principio del enriquecimiento sin causa. La doctrina agrega que la teoría de la reparación justifica la utilidad que en la práctica presenta la resolución por incumplimiento, pero no demuestra ni explica su argumentación teórica, al no referirse a la reciprocidad existente entre las obligaciones emergentes de un negocio bilateral y que la resolución opera aun cuando no existan daños y perjuicios para el contratante cumplidor<sup>131</sup>. En definitiva, esta teoría desconoce la reciprocidad propia de los contratos sinalagmáticos, al tratar de establecer únicamente el resultado de la resolución judicial y no el verdadero fundamento de la misma<sup>132</sup>. Por último, se debe indicar a este respecto que cierta parte de la doctrina señala que ni la facultad resolutoria tácita (consagrada en el art. 1.124 del CC español) procede del pacto comisorio o de su utilización práctica por la jurisprudencia francesa, ni de Pothier, ni tampoco se justifica a través de la voluntad o de la causa. Se justifica, en otras palabras, objetivamente, como una tutela de las razones del acreedor ante un mal probable y futuro<sup>133</sup>. La jurisprudencia ha reiterado que se trata de un derecho de opción de que dispone el acreedor diligente y que la resolución depende de su sola voluntad<sup>134</sup>. Es decir, constituye una facultad otorgada por el legislador al contratante diligente. Por lo anterior, estimo que la denominación correcta de esta institución es «facultad resolutoria tácita» o «derecho de opción del acreedor diligente»<sup>135</sup>.

En este sentido, la doctrina ha señalado, en general, que, a diferencia de las reglas generales que rigen a toda condición resolutoria (las que operan por el solo ministerio de la ley cuando se produce el hecho del cual depende la condición: el incumplimiento contractual, salvo la condición pactada conforme al art. 1.504 del Código Civil, que le otorga al comprador un plazo para pagar que se extiende hasta que reciba el requerimiento

---

<sup>131</sup> M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, op. cit., p. 78.

<sup>132</sup> Cfr. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, op. cit., p. 84.

<sup>133</sup> Cfr. V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», op. cit., p. 1180.

<sup>134</sup> En general, la jurisprudencia ha decretado que las dos facultades otorgadas por el art. 1.124 del Código Civil son incompatibles y, por tanto, el acreedor cumplidor debe optar por una de ellas, pudiendo exigir las dos a la vez, una en subsidio de la otra. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, *Derecho general de las obligaciones*, 4.ª ed. revisada, Barcelona, Bosch, 1988, p. 133; J. L. ALBÁCAR LÓPEZ y J. SANTOS BRIZ, «Libro IV, "De las obligaciones" ...», op. cit., p. 180, y C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil...*, op. cit., p. 923.

<sup>135</sup> Cfr. P. DE PABLO CONTRERAS, «Incumplimiento de las obligaciones...», op. cit., p. 217, y M.ª Á. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «La resolución por incumplimiento...», op. cit., pp. 23-24.

resolutorio)<sup>136</sup>, el incumplimiento del art. 1.124 del Código Civil no supone la resolución automática de la decisión, sino que únicamente otorga la facultad para solicitar la resolución. Como derecho opcional, le otorga al contratante cumplidor la facultad para pedir el cumplimiento o la resolución de la obligación incumplida. En otras palabras, la condición resolutoria ordinaria opera *ipso iure*; en cambio, la resolución del art. 1.124 CC se aplica *ope exceptionis*<sup>137</sup>. Además, así como el cumplimiento depende de la voluntad del contratante cumplidor<sup>138</sup>, la resolución de la obligación depende de la excepción del contratante incumplidor y de la decisión judicial<sup>139</sup>.

Por último hay que indicar que, en general, la doctrina viene señalando la notable evolución de la jurisprudencia en esta materia, pues partiendo de una concepción subjetiva y voluntarista según la cual el fundamento de la facultad resolutoria tácita debía ser encontrado en la voluntad presunta o implícita de los contratantes (deber de fidelidad y cumplimiento leal de la palabra empeñada), de la que se inspiró el principio *pacta sunt servanda*, se pasó a una concepción objetiva, conforme a la cual la facultad resolutoria tácita aparece como un eficaz remedio para cautelar los intereses del contratante cumplidor. En efecto, cuando se ven frustrados esos intereses

---

<sup>136</sup> Con relación al requerimiento resolutorio, *vid.* el comentario de Pérez de Ontiveros a la STS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6475) citado por Moralejo Imbernón. Cfr. N. MORALEJO IMBERNÓN y S. QUICIOS MOLINA (coords.), *Tratado de contratos*, t. I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1786-1787, y C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Sentencia de 17 de julio de 2009. Cumplimiento del contrato. Resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio. Eficacia de la resolución practicada extrajudicialmente. Forma del requerimiento resolutorio. Validez del realizado por otros medios fehacientes diferentes al Judicial o notarial exigido en el Código Civil», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 84 (2010), pp. 1417-1428.

<sup>137</sup> En este sentido, la STS de 29 de abril de 1998 (RJ 1998/2601) decreta que: «Si se da un incumplimiento básico que frustra el fin objetivo del contrato no se produce automáticamente la resolución, sino que es preciso el acuerdo de ambas partes o que el sujeto cumplidor ejercite la acción y se declare en sentencia». Cfr. *Código Civil*, concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 1003. *Vid.* también la STS de 11 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9605). Cfr. *Código Civil*, *op. cit.*, p. 1003.

<sup>138</sup> Cfr. LL. PUIG I FERRIOL, M.<sup>a</sup> C. GETE-ALONSO y CALERA, J. GIL RODRÍGUEZ y J. J. HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>139</sup> En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia de 27 de diciembre de 2010 dispone que: «La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas cuando uno de los obligados no cumple la prestación debida. Se trata de un principio que en nuestro Derecho tiene su plasmación en el art. 1.124 del Código Civil, que faculta al contratante que ha cumplido su prestación a optar entre la resolución de la obligación y a la postre del contrato de que aquélla nace o el cumplimiento del contrato, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos». *Vid.* SJM de Valencia de 27 de diciembre de 2010 (RJ 2010/430).

con el incumplimiento imputable al otro contratante, entonces el legislador le otorga el derecho de opción al contratante cumplidor con prescindencia de la real intención o supuesta voluntad de las partes<sup>140</sup>.

## 6. Teoría del poder dispositivo novatorio<sup>141</sup>

Esta doctrina, atribuida al jurista Grasso<sup>142</sup>, postula que el fundamento del derecho de opción radica en el poder novatorio que el Derecho le confiere al contratante cumplidor<sup>143</sup>. El art. 1.124 del Código Civil le otorga al contratante diligente la facultad para solicitar el cumplimiento forzado de su derecho de crédito o la resolución de la obligación, de tal manera que cuando opta por una de estas facultades pierde el derecho a solicitar la otra. La doctrina denomina a esta posibilidad de renunciar a un derecho «poder dispositivo novatorio», pues cuando se opta por una de estas dos facultades se libera de la otra posibilidad<sup>144</sup>. Esta teoría se diferencia de la doctrina de la voluntad presunta de los contratantes, pues opera no en el momento de la celebración del negocio, sino en la etapa de cumplimiento del contrato y con prescindencia de mismo<sup>145</sup>. Sin embargo, se ha criticado a esta doctrina por cuanto, al catalogar el derecho de opción como un derecho dispositivo concedido al contratante cumplidor, no se está determinando el fundamento de él, sino que tan sólo se está clasificando a una institución jurídica dentro de una determinada distinción que resulta ineficaz para esclarecer su verdadera justificación<sup>146</sup>. Es decir, esta teoría confunde el fundamento mismo de la institución (la razón que justifica al legislador para concederle al contratante diligente este derecho) con la clasificación del mismo, pues resulta evidente que al decir que el derecho de opción es un poder dispositivo unilateral del contratante cumplidor no estamos respondiendo a la pregunta de ¿por qué el legislador le concedió este beneficio al mismo?<sup>147</sup> Además, la doctrina considera que cuando se declara la

<sup>140</sup> Cfr. L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil...*, op. cit., p. 813.

<sup>141</sup> Vid. M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, op. cit., pp. 80-82.

<sup>142</sup> Cfr. E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, op. cit., p. 158.

<sup>143</sup> Vid. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, op. cit., pp. 86 y ss.

<sup>144</sup> Cfr. M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, op. cit., p. 80.

<sup>145</sup> Cfr. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, op. cit., pp. 87-88.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>147</sup> Cfr. E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, op. cit., p. 159.

resolución del contrato bilateral por el órgano jurisdiccional competente no existe novación, pues la obligación que se resuelve no constituye una nueva relación jurídica<sup>148</sup>.

Hay que agregar, por último, que se ha confundido la teoría de la causa con la llamada «teoría de la interdependencia de las prestaciones», postulada por la doctrina italiana (principalmente por Mosco). En este sentido se ha dicho que la interdependencia constituye un principio que se deduce precisamente de la resolución por incumplimiento y, por tanto, no se puede erigir como su fundamento<sup>149</sup>. Es un hecho indiscutido que existe una clara relación entre la resolución y la interdependencia propia de los contratos bilaterales, pues el segundo constituye un principio que emana del derecho de opción<sup>150</sup>.

## 7. Teoría de la ineficacia sobrevinida del negocio jurídico<sup>151</sup>

Conforme a esta doctrina, la facultad resolutoria tácita se explica de acuerdo a la ineficacia sobrevinida del contrato bilateral cuando existe un incumplimiento de parte de uno de los contratantes. La ineficacia tiene por causa el vicio previsto por el legislador en el art. 1.124 del Código Civil<sup>152</sup>. Así, para Díez-Picazo y Ponce de León la noción de resolución como ineficacia sobrevinida del negocio jurídico podría sustentarse en las normas que consagran la facultad resolutoria tácita. En efecto, se podría derivar de la proyección de la condición resolutoria sobre la eficacia del contrato bilateral. El problema que surge es que, conforme a la opinión generalizada de la doctrina y la jurisprudencia, el art. 1.124 no responde a la noción de condición a pesar de estar situado en el libro IV, título I, capítulo III, sección primera, del Código Civil, cuyo epígrafe es precisamente «De las obligaciones puras y de las condicionales». Es por lo anterior que esta teoría no resulta satisfactoria<sup>153</sup>. Frente a lo dicho, pienso que si bien, en principio, la facultad resolutoria tácita podría ser considerada una causal extrínseca de ineficacia del negocio jurídico, no es menos cierto que este supuesto vicio no se genera en el acto de celebración del contrato

<sup>148</sup> Cfr. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, op. cit., p. 88.

<sup>149</sup> Cfr. E. DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral...*, op. cit., pp. 164-165.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>151</sup> Vid. L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil...*, op. cit., pp. 815 y ss.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*

bilateral y depende de un hecho totalmente ajeno a ésta: el incumplimiento imputable al contratante negligente<sup>154</sup>. En este sentido, para Díez-Picazo y Ponce de León el derecho de opción equivale a «un medio de defensa destinado a tutelar a una de las partes frente a las circunstancias que lesionan objetivamente su interés en la actuación o desarrollo de la obligación»<sup>155</sup>. La doctrina agrega que la facultad resolutoria equivale a una ineficacia sobrevenida, pues, a diferencia de una condición resolutoria (que produce el efecto extintivo una vez verificado el hecho futuro e incierto), la resolución requiere, para extinguir la relación jurídica, de una declaración de voluntad o una resolución judicial que la declare<sup>156</sup>. Así, Montés Penadés llega a decir que la facultad resolutoria es un «instrumento» que sirve para declarar la ineficacia sobrevenida<sup>157</sup> de la relación jurídica<sup>158</sup>. Esta opinión es compartida por Ogayar y Ayllón<sup>159</sup>. La doctrina más moderna califica a esta institución como «remedio legal»<sup>160</sup>, determinándose su naturaleza jurídica por la función que ésta desempeña<sup>161</sup>.

## 8. Teoría del sinalagma funcional

En la doctrina surgió esta teoría con el fin de superar los obstáculos que presentaba la tesis de la causa recíproca<sup>162</sup>, aun cuando algunos autores la

<sup>154</sup> Cfr. C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil...*, op. cit., p. 1719.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», op. cit., pp. 13-14.

<sup>157</sup> Esta teoría ha tenido cabida en Italia. Así, para Scognamiglio constituye una tesis que aparece como correcta. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, traducción de F. Hinestrosa, reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Casa Editorial Dr. Francesco Vallardi, 1991, p. 350. Este autor señala lo siguiente sobre este punto: «Dentro de ese orden de ideas nos parece que la solución más correcta es la que basa la resolución por incumplimiento en una anomalía funcional sobrevenida del contrato. En esta orientación está acorde la opinión prevaleciente en la doctrina, que además, y según una concepción que ya reprochamos, tiende a considerarla como vicio de la causa». *Vid. ibid.*, p. 350.

<sup>158</sup> Cfr. V. L. MONTÉS PENADÉS, «Art. 1.124», op. cit., p. 16.

<sup>159</sup> Cfr. T. OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral...*, op. cit., pp. 60-61.

<sup>160</sup> En este sentido, Bozzo señala lo siguiente: «Tanto la *exceptio non adimpleti contractus* como la acción resolutoria son remedios que el ordenamiento jurídico otorga a las partes con el fin de mantener un cierto equilibrio en la relación bilateral». *Vid. S. BOZZO, La excepción de contrato no cumplido*, tesis doctoral, Valencia, Universitat de València, 2012, p. 67.

<sup>161</sup> Cfr. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Sentencia de 14 de junio de 2012. Efectos de la no vinculación “del consumidor a las cláusulas abusivas” [abusa, que algo (ya) no queda]», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 91 (2013), pp. 8213-8214.

<sup>162</sup> En este sentido, Colin y Capitant señalan que: «No tenemos necesidad de insistir más acerca del fundamento racional de esta acción. La resolución del contrato, en caso de

analizan partiendo de la base de que se trata de una variedad de la teoría de la causa<sup>163</sup>. Conforme a esta teoría se distinguen dos momentos del *iter* contractual: la etapa de formación o celebración del contrato y la fase de ejecución del mismo, de tal manera que el contrato bilateral, en la etapa de su formación, exige la existencia de una interdependencia entre las obligaciones recíprocas surgidas de él<sup>164</sup>. A esta dependencia inicial, Clemente Meoro la llama sinalagma genético<sup>165</sup>. Ahora bien, el problema de esta teoría es que esa reciprocidad genética también es exigible para el mantenimiento del contrato<sup>166</sup> en la fase de la ejecución del mismo (sinalagma funcional)<sup>167</sup>. En este sentido, la doctrina ha señalado que no es suficiente

---

incumplimiento por parte de uno de los contratantes, se explica por las mismas consideraciones que la extinción procedente del caso fortuito. Es la consecuencia lógica del vínculo que, en los contratos sinalagmáticos, une a las dos obligaciones de los contratantes». Vid. A. COLIN y H. CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la 2.ª ed. francesa por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, con notas sobre el Derecho civil español por D. DE BUEN, t. III, Madrid, Reus, 1960, p. 737.

<sup>163</sup> Cfr. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, *op. cit.*, p. 80. En este mismo sentido, Bozzo señala que: «La doctrina del sinalagma genético y funcional es una variante de la teoría de la causa, que, con el objetivo de salvar las objeciones presentadas contra ella, distingue entre sinalagma genético y funcional». Vid. S. BOZZO, *La excepción de contrato no cumplido*, *op. cit.*, p. 94. Vid. también H. MAZEAUD, L. MAZEAUD y J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, *op. cit.*, p. 1102.

<sup>164</sup> En este sentido, Vázquez Iruzubieta señala que la jurisprudencia exige un doble sinalagma, «de suerte que cada una de las obligaciones patrimoniales deba su existencia a la otra, de tal manera que el reclamante tiene que demostrar que ha cumplido lo que le incumbía para poder pedir el cumplimiento de la contraria». Cfr. C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 922.

<sup>165</sup> Cfr. M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, *op. cit.*, p. 67. En este sentido, Álvarez Vigaray señala que: «La expresión “sinalagma genético” designa la dependencia recíproca existente entre las dos obligaciones, pero contempladas en su dimensión programática, esto es, al tiempo de la celebración del contrato». Vid. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, *op. cit.*, p. 80. En este mismo sentido, Bozzo señala que: «Por tanto, la doctrina mayoritaria ha entendido como sinalagma genético aquel que se presenta en la génesis de la relación obligatoria y en que cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación». Vid. S. BOZZO, *La excepción de contrato no cumplido*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>166</sup> En este sentido, Fernández Urzainqui señala que: «La distinción [entre sinalagma genético y funcional] tiene su origen en la polémica de los posglosadores sobre la causa impulsiva y la causa *finalis*, y en la doctrina de los canonistas medievales, que consideró que en las obligaciones mutuas engendradas por los contratos consensuales había que apreciar una relación de causalidad que las unía no sólo en el momento de su génesis, sino también en el de su ejecución». Vid. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «La regla de la simultaneidad...», *op. cit.*, p. 174.

<sup>167</sup> Según Álvarez Vigaray: «Los términos “sinalagma funcional” se refieren al nexo existente entre las dos prestaciones, pero consideradas en el momento de la ejecución del contrato. Es el elemento causal, que puede ser tomado en cuenta en dos momentos conceptua [*sic*] y, por lo general, temporalmente distintos: en el momento de celebrarse el contrato y en

que el contrato genere obligaciones bilaterales, reales y lícitas (sinalagma genético), sino que, además, se precisa que el contrato efectivamente mantenga esos efectos hasta la fase de cumplimiento de los mismos (sinalagma funcional)<sup>168</sup>. Por tanto, si el contrato no se cumple en los términos acordados, entonces la relación contractual no puede subsistir, pues se ha roto el sinalagma<sup>169</sup> que le daba coherencia a la misma, el que supone el mantenimiento de la correlatividad entre las recíprocas atribuciones patrimoniales<sup>170</sup>. Es decir, para la doctrina, la interdependencia funcional supone, necesariamente, la existencia de una reciprocidad entre las obligaciones sinalagmáticas, que se manifiesta en toda la dinámica de las obligaciones y, particularmente, sustenta el derecho de opción que tiene el contratante diligente<sup>171</sup>. En Italia, la doctrina ha señalado que los contratos con prestaciones recíprocas son aquellos en que cada una de las partes se encuentra vinculada a una prestación (se habla de prestación y contraprestación), es decir, el negocio supone la existencia de obligaciones contrapuestas y que entre éstas exista un vínculo de interdependencia<sup>172</sup> que Messineo llama

---

un momento sucesivo de la relación que llega a la ejecución del contrato». Vid. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, op. cit., pp. 80-81. En este mismo sentido, Fernández Urzainqui señala que: «El sinalagma funcional supone que ambos deberes de prestación, en cuanto están enlazados funcionalmente, deben cumplirse al mismo tiempo que de él surgen, como regla, la simultaneidad en la ejecución de las prestaciones recíprocas. Mientras el sinalagma genético contempla la reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones, el sinalagma funcional la refiere a las prestaciones». Vid. F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «La regla de la simultaneidad...», op. cit., p. 175.

<sup>168</sup> En este sentido, expresa Rezzónico lo siguiente: «Tanto en el sinalagma genético como en el funcional, y, de igual manera, en el condicional, se evidencia un mecanismo de justicia». Vid. J. C. REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos...*, op. cit., p. 321. En este mismo sentido, Sánchez-Medal Urquiza señala que: «La obligación de una parte permanece ligada no sólo a la existencia originaria, sino también a la persistencia de la obligación correspondiente de la contraparte y, por tanto, al cumplimiento o a la posibilidad de cumplimiento de la misma. Si se conservara el solo sinalagma genético, las dos obligaciones que surgen del contrato se desprenderían del recíproco ligamen primitivo y cada una tendría vida separada e independiente de las vicisitudes que posteriormente afectarían a la otra». Vid. J. R. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos...*, op. cit., p. 98.

<sup>169</sup> En este sentido, Sánchez-Medal Urquiza ha postulado que: «El fundamento de esta teoría descansa en el concepto de "sinalagma", que es el ligamen recíproco que existe en algunos contratos entre la prestación y la contraprestación, y en la estructuración del contrato sinalagmático, bilateral en sentido estricto o de prestaciones recíprocas, como aquel contrato del cual surgen contemporáneamente en una y en otra parte obligaciones y derechos de prestaciones recíprocas ligadas entre sí por una relación de interdependencia». Vid. J. R. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos...*, op. cit., p. 94.

<sup>170</sup> Cfr. M. E. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento...*, op. cit., p. 67.

<sup>171</sup> L. L. PUIG I FERRIOL *et al.*, *Manual de Derecho civil*, op. cit., p. 118.

<sup>172</sup> En este sentido, en Francia, Légier señala que: «Le droit de demander la résolu-



nexo de correspondencia o reciprocidad<sup>173</sup>, el cual «consiste en la interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas, por el cual cada parte no está obligada a la propia prestación, si no que se debe a la prestación de la otra: una prestación es el presupuesto indeclinable de la otra»<sup>174</sup>.

La jurisprudencia ha recogido esta teoría. Así, por ejemplo, la STS de 11 de marzo de 2011<sup>175</sup> señala que: «El orden de cumplimiento de las prestaciones debidas y la mutua condicionalidad e interdependencia que existe entre ellas es lo que justifica que el deudor requerido de pago le pueda oponer al deudor incumplidor la llamada *exceptio non adimpleti contractus*<sup>176</sup> con el efecto de neutralizar la reclamación, dada la facultad que le asiste de posponer su cumplimiento hasta que el reclamante cumpla o esté dispuesto a cumplir lo que le incumbe —Sentencia de 14 de junio de 2004—. En definitiva, en las obligaciones recíprocas, como recuerda la Sentencia de 22 de abril de 2004, el nexo causal o interdependencia de las prestaciones principales de las partes convierte a cada una en equivalente o contravalor de la otra, lo que se manifiesta no sólo en el momento estático de nacimiento de la relación —sinalagma genético—, sino también en el dinámico y posterior de su desenvolvimiento —sinalagma funcional—, en el cual la reciprocidad se proyecta, entre otros aspectos, sobre la exigibilidad de las prestaciones, de modo que, por virtud de la recíproca condicionalidad, ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación antes que él lo haga con la correlativa, tanto más si se hubiera pactado que el cumplimiento de

---

*tion découle de l'interdépendance des obligations, chaque obligation ayant pour l'obligation de l'autre». Vid. G. LÉGIER, *Droit civil. Les obligations*, 19.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 2008, p. 101.*

<sup>173</sup> Cfr. F. MESSINEO, *Manual de Derecho civil...*, op. cit., p. 472.

<sup>174</sup> *Ibid.* En este sentido, Álvarez Vigaray señala que: «La teoría del sinalagma genético y del sinalagma funcional ha tenido gran difusión en la doctrina italiana contemporánea y se encuentra ya formulada en los pandectistas alemanes». Vid. R. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales...*, op. cit., p. 81.

<sup>175</sup> Vid. también X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil...*, op. cit., p. 1123.

<sup>176</sup> En este sentido, la STS de 9 de enero de 2013 (RJ 2012/797) habla de «obligaciones funcionalmente recíprocas». Por su parte, la STS de 12 de enero de 2009 (RJ 2009/6) señala que: «Con ello nuestro más Alto Tribunal ha dado una amplia extensión al resarcimiento (efecto), pero por causa de incumplimiento del sinalagma genético y funcional de las obligaciones contraídas». Al respecto *vid.* también las SSTs de 25 de febrero de 2013 (RJ 2013/114), 8 de enero de 2013 (RJ 2012/811), 20 de julio de 2012 (RJ 2012/492), 11 de octubre de 2011 (RJ 2011/687), 11 de marzo de 2011 (RJ 2011/132), 10 de marzo de 2011 (RJ 2011/108), 1 de febrero de 2011 (RJ 2011/35), 22 de enero de 1999 (RJ 1999/19), 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008/1179) y 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/366), y las SAP de Baleares de 22 de julio de 2002 (AC/2002/451) y SAP de Barcelona de 14 de junio de 2006 (AC/2006/284).

ésta debía ser anterior»<sup>177</sup>. Sobre este punto, la doctrina ha señalado que existe una anomalía funcional sobrevenida de la relación obligatoria que es independiente de la posible culpabilidad del contratante incumplidor. Las consecuencias negativas de su actuación derivan de la protección que el ordenamiento jurídico debe otorgarle al contratante cumplidor<sup>178</sup>. El Tribunal Supremo español ya en 1955 se había remitido a esta teoría. En efecto, la STS de 3 de septiembre de 1955 señala lo siguiente: «Considerando que las obligaciones bilaterales o recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional, con el que se expresa precisamente la señalada interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual, cuyas consecuencias jurídicas recoge el art. 1.124 del CC español, regulando como efectos propios de estas obligaciones la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensatio morae* y la resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes»<sup>179</sup>. Por su parte, la STS de 9 de diciembre de 2004 señala que: «Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debido a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de

---

<sup>177</sup> El fundamento de la pretensión de la actora se basa en que, desde el año 2000, existía una relación contractual (contrato de suministro) con la fabricante de productos de cerámica en su establecimiento de Alcora. Los productos adquiridos por la actora a la demandante luego los revendía a sus clientes en Centroamérica, previo pedido de World Wide Feramics, S. L. El pago de dichos productos se realizaba mediante pagaré con vencimiento indicado a los noventa días y, en algunas ocasiones, con una fecha más cercana. En definitiva, la demandada, a partir del mes de abril de 2004, empezó a retrasarse en las entregas acordadas. La actora solicita en la demanda la resolución del contrato de suministro y la condena de Cerámicas Mimas, S. L., a indemnizarle en los daños y perjuicios con invocación de los arts. 1.089, 1.091, 1.101, 1.103, 1.104, 1.106, 1.124, 1.254, 1.258, 1.261, 1.278, 1.445 y siguientes del Código Civil. La demandada, en su escrito de contestación, alega —entre otras cosas— que la demandante había incumplido con sus obligaciones, por cuanto le había entregado pagarés con vencimientos más atrasados, incumplimiento que contraría lo que se había convenido. El TS señala que de la prueba rendida en la respectiva instancia se puede concluir que la actora carece de legitimación activa para alegar la resolución de la relación contractual porque, a su vez, ha incumplido su propia obligación, toda vez que las obligaciones recíprocas se encuentran estrechamente vinculadas, lo que significa que lo que afecte a una de ellas repercutirá inevitablemente en la obligación de la contraparte (Sentencia 416/2004, de 13 de mayo, y las demás que se citan en aquella). Además, la medida adoptada por la actora, en el sentido de suspender unilateralmente la ejecución de sus obligaciones, se encontraba justificada por la excepción de incumplimiento del contrato (de suministro). En definitiva, se busca lograr el necesario equilibrio querido por los contratantes. *Vid.* STS de 11 de marzo de 2011 (RJ 2011/132).

<sup>178</sup> Cfr. L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 815, y F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, «La regla de la simultaneidad...», *op. cit.*, pp. 175-176.

<sup>179</sup> Cfr. S. BOZZO, *La excepción de contrato no cumplido*, *op. cit.*, p. 95.

cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla si, a su vez, no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual»<sup>180</sup>. En síntesis, esta tesis postula que existe una estrecha dependencia entre las obligaciones recíprocas derivadas del contrato bilateral, de manera que todo cuanto ocurra con la obligación de una de las partes repercute necesariamente en la obligación de la contraparte<sup>181</sup>. Conforme a esta doctrina es posible explicar también la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*)<sup>182</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

Aun cuando existen varias teorías que presentan un cierto grado de seducción, como las tesis de la equidad natural y de la sanción, pienso que la más correcta es la teoría del sinalagma funcional. Considero que esta teoría parte de una idea correcta: la distinción entre dos etapas distintas del contrato (celebración y ejecución del mismo), planteando para cada una de ellas un sinalagma diverso, lo que supone exigir la reciprocidad de las prestaciones durante todo el *iter* contractual y, de paso, superar los inconvenientes que presenta la teoría de la causa. Por otra parte, se debe señalar que el derecho de opción es una institución inspirada, eminentemente, en la equidad natural, consagrada a la noble y generosa tarea de plasmar un ideal de justicia, pero la pregunta que surge a continuación es: ¿existe alguna institución del Derecho civil que no se inspire en la noción de equidad natural? Resulta evidente la razón de equidad que existe en el hecho de que si uno de los contratantes no cumple su obligación emanada de un contrato recíproco, el otro contratante pueda, a su vez, desligar-

<sup>180</sup> Cfr. STS de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004/7916).

<sup>181</sup> En la doctrina, O'Callaghan Muñoz ha señalado que: «La resolución implica que no sólo se resuelve la obligación incumplida, sino las dos obligaciones recíprocas, lo que es consecuencia de la reciprocidad (sinalagma) de las obligaciones recíprocas. Lo que lleva consigo la restitución de las prestaciones que se hubieran realizado». Vid. X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil...*, op. cit., p. 1119.

<sup>182</sup> Cfr. A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ y M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, op. cit., pp. 170-171.

se del vínculo obligacional, dejando sin efecto el contrato. Es claro, entonces, que el derecho de opción, como todas y cada una de las instituciones que conforman el Derecho civil, se inspira en la equidad natural, que constituye un principio general del Derecho, y sin ésta no puede existir aquél. Sin embargo, pienso que el fundamento de la equidad es muy extenso y amplio y, por tanto, es el soporte remoto del derecho de opción, ya que «lo que trata de explicarlo todo, a la vez nada explica». Es decir, la equidad natural y la buena fe constituyen un fundamento tan amplio que no existe institución jurídica que no encuentre su justificación en ellas. Asimismo, no estoy de acuerdo en la aplicación de la teoría de la equidad sobre la falsa idea que plantea que el derecho de opción no tiene fundamento jurídico. Sí lo tiene y se encuentra en la tesis del sinalagma funcional.

La doctrina señala que la teoría que analiza de mejor forma el derecho de opción es la tesis de la interdependencia de las prestaciones recíprocas. Desde la contribución de la doctrina de los canonistas y la doctrina francesa anterior a la elaboración del *Code* se viene hablando de esta teoría. Aquéllos, mediante la inducción, revivieron principios y crearon reglas aplicables a ciertas clases de negocios jurídicos, como si éstos descansaran sobre una base común. Hablaron de la existencia de una condición implícita o tácita y de la interdependencia en los contratos recíprocos, nociones que fueron desarrolladas con mayor precisión por los juristas franceses. La tesis de la interdependencia propia de los contratos bilaterales es la que mejor sustenta la verdadera esencia del derecho de opción, toda vez que el sinalagma funcional supone que la ejecución de la obligación de uno de los contratantes depende del cumplimiento de la contraparte. Asimismo, esta tesis permite explicar también otras nociones aplicables al contrato recíproco, como la excepción de inejecución o incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) e incluso la teoría de los riesgos. Las obligaciones recíprocas son como las dos caras de una misma moneda, ya que ellas se encuentran interconectadas o relacionadas, y lo que afecte a una de ellas necesariamente repercutirá en la otra obligación. Así, el art. 1.124 del CC español señala que cuando uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones y esta infracción no se encuentra justificada por caso fortuito o fuerza mayor, entonces el contratante cumplidor podrá elegir entre la resolución de la obligación o el cumplimiento forzado de la misma, todo ello por la interdependencia propia de los contratos bilaterales. La teoría del sinalagma funcional, que es, como se dijo, una variante de la teoría de la causa, respalda satisfactoriamente el estatuto del derecho de opción, superando los defectos de la segunda, explicándolo tanto desde un punto de vista estático como dinámico.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., y SANTOS BRIZ, J., «Libro IV, “De las obligaciones”, Títulos I y II», en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. IV, *Arts. 1.088 a 1.444*, doctrina, antecedentes y concordancias de J. SANTOS BRIZ, J. Á. TORRES LANA y J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía, Madrid, Trivium, 1991.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, 13.<sup>a</sup> ed., Madrid, Edisofer, 2008.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Teoría de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Cono Sur, 1998.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Curso de Derecho civil*, t. III, *De las obligaciones*, redactado y puesto al día por A. VODANOVIC H., Santiago de Chile, Nascimento, 1957.
- ÁLVAREZ CARVALLO, J. M.<sup>a</sup>, «La unificación del derecho de obligaciones», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, coordinado por el Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 65-86.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 4.<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2009.
- ATAZ LÓPEZ, J., «La buena fe contractual», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de los contratos*, vol. I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 167-170.
- BARBERO, D., *Sistema del Diritto privato italiano*, vol. II, *Obbligazioni e contratti. Successioni per causa di morte*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962.
- BATALLER GRAU, J., «¿Hacia una unificación de la normativa del contrato de seguro en Europa? Tópicos para un debate», en G. PALAO MORENO, L. PRATS ALBENTOSA y M.<sup>a</sup> J. REYES LÓPEZ (coords.), *Derecho patrimonial europeo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 49-66.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, *Arts. 1.043 a 1.264*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.); MORALEJO IMBERNÓN, N., y QUICIOS MOLINA, S. (coords.), *Tratado de los contratos*, t. I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- BIANCA, C. M., *Derecho civil*, t. 3, *El contrato*, traducción de F. Hinestrosa y E. Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

- BORDA, G. A., *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, t. I, 4.<sup>a</sup> ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Perrot, 1976.
- BOZZO, S., *La excepción de contrato no cumplido*, tesis doctoral, Valencia, Universitat de València, 2012.
- CANIN, P., *Droit civil. Les obligations*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, Hachette Livre, 2007.
- CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones*, traducción y notas de E. TARRAGATO Y CONTRERAS, Pamplona, Analecta, 2005.
- CARINGELLA, F., y DE MARZO, G., *Manuale di Diritto civile*, t. II, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 2007.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 17.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por G. GARCÍA AMIGO, Madrid, Reus, 2008.
- CERRATO GURI, E., y PICÓ I JUNOY, J., «La inversión de la carga de la prueba de la culpa en los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil», en E. BOSCH CAPDEVILA (coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 377-390.
- CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CLOSE, G., «Use or Abuse the Powers under the EEC Treaty?», *European Law Review*, vol. 3 (1978), pp. 461-481.
- Código Civil*, concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
- Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI y J. A. XIOL RÍOS (dir.), Madrid, Grupo El Derecho y Quantor, 2010.
- COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la 2.<sup>a</sup> ed. francesa por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, con notas sobre el Derecho civil español por D. DE BUEN, t. III, Madrid, Reus, 1960.
- CRUZ MORENO, M.<sup>a</sup>, *La «exceptio non adimpleti contractus»*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, introducción de J. VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, Civitas, 1985.
- DE GASPERI, L., *Tratado de Derecho civil*, t. II, *Obligaciones en general*, con la colaboración de A. M. MORELLO, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964.
- DE LA PEZA MUÑOZ CANO, J. L., *De las obligaciones*, 5.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2009.
- DELL' AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, prólogo de J. L. DE LOS MOZOS, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1981.
- DE LOS MOZOS, J. L., *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2005.
- DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Constitución y Leyes, 2011.

- DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil*, t. II, vol. I, *Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho sucesorio*, traducción de la 4.<sup>a</sup> ed. italiana, anotada y concordada con la legislación española por R. SERRANO SUÑER y J. SANTA-CRUZ TEJEIRO, Madrid, Reus, 1977.
- DÍAZ ALABART, S., «La recodificación en España: un futuro incierto», en G. ALPA e E. N. BUCCICO (dirs.), *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 157-185.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.<sup>a</sup> D.; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D.; POUS DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> P., y TEJEDOR MUÑOZ, L., *Derecho civil comunitario*, Madrid, Constitución y Leyes, 2001.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Aranzadi, 1996.
- DORIS, M., «Harmonisation by Numbers», *European Law Review*, vol. 32, núm. 6 (2007), pp. 878-887.
- DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, traducción de C. G. Posada, 2.<sup>a</sup> ed. corregida y aumentada, Madrid, Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán, 1921.
- ENNECCERUS, L., *Derecho de obligaciones*, vol. I, *Doctrina general*, 11.<sup>a</sup> revisión por H. LEHMANN, traducción de la 35.<sup>a</sup> ed. alemana, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 1954.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.<sup>a</sup> Á., «La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales», en X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (coord.), *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Madrid, Consejo General del Notariado-Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», en J. CORBAL FERNÁNDEZ (dir.), *Derecho de obligaciones*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- GARCÍA GARNICA, M.<sup>a</sup> C., «Consideraciones sobre la unificación del Derecho privado europeo», *Aranzadi Civil: revista quincenal*, núm. 1 (2002), pp. 2419-2441.
- GENICON, T., *La résolution du contrat pour inexécution*, préface de L. LEVENEUR, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 2007.
- GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV, *Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos)*, traducción por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, introducción de E. DATO IRADIER, reimp. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Reus, 1977.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, Bosch, 1987.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Sentencia de 14 de junio de 2012. Efectos de la no vinculación “del consumidor a las cláusulas abusivas” [abusa, que algo (ya) no queda]», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 91 (2013), pp. 339-356.

- JAN SLOT, P., «Harmonisation», *European Law Review*, vol. 21, núm. 5 (1996), pp. 378-397.
- JORDANO BAREA, J. B., «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, coordinado por el Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 457-476.
- JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1.504 del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1992.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- LAMARCA I MARQUÈS, A., «La modernización del Derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2 (2001).
- LANDO, O., y BEALE, H. (eds.), *Principios de Derecho Contractual Europeo, parte I y II (los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo)*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007.
- LARROUMET, C., *Teoría general del contrato*, vol. I, traducción de R. Guerrero, Bogotá, Temis, 1993.
- La Santa Biblia*, antigua versión de Casiodoro de Reina, revisada por Cipriano de Valera, Colombia, Sociedades Bíblicas Unidas, 1960.
- LÉGIER, G., *Droit civil. Les obligations*, 19.ª ed., Paris, Dalloz, 2008.
- LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, 2.ª reimp., traducción, prólogo y notas de C. MELLIZO, Madrid, Alianza Editorial, 2003.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos. Parte general*, 4.ª ed. revisada y ampliada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- MALAURIE, P., y AYNES, L., *Cours de Droit civil*, t. VI, *Obligations*, vol. II, *Contrats et quasi-contrats*, 11.ª ed., Paris, Cujas, 2001.
- MALAURIE, P.; AYNES, L., y STOFFEL-MUNCK, P., *Les obligations*, Paris, Editions Juridiques Associées-Defrénois, 2003.
- MAZEAUD H.; MAZEAUD, L., y MAZEAUD, J., *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. I, edición de F. CHABAS, 6.ª ed. Paris, Montchrestien, 1978.
- MEDINA ORTEGA, M., «El Derecho patrimonial europeo en la perspectiva del Programa de Estocolmo», en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (dir.), *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. X, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*, 3.ª ed. corregida y ampliada, Caracas, Arte, 1997.
- MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, t. II, *Doctrinas generales*, traducción de S. Sentis Melendo, prólogo de V. NEPPI, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.
- MIQUEL, J. L., *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1986.



- MONTÉS PENADÉS, V. L., «Art. 1.124», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XV, vol. 1, Arts. 1.088 a 1.124 del *Código Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1989.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., y QUICIOS MOLINA, S. (coords.), *Tratado de contratos*, t. I, *Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1786-1787.
- MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, prólogo de L. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.
- MOSCO, L., *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, art. 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, notas sobre legislación española por J. SALAMERO CARDO, Barcelona, Nereo, 1962.
- MOSSET ITURRASPE, J., *Estudios sobre responsabilidad por daños: fallos anotados y doctrina*, reimp., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, La Ley, 2006.
- OGAYAR y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 1983.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, C., «Sentencia de 17 de julio de 2009. Cumplimiento del contrato. Resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio. Eficacia de la resolución practicada extrajudicialmente. Forma del requerimiento resolutorio. Validez del realizado por otros medios fehacientes diferentes al Judicial o notarial exigido en el Código Civil», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 84 (2010), pp. 1417-1428.
- PIZARRO WILSON, C., «Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, núm. 36 (2011), disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/a03.pdf> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2013).
- PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, vol. III, *Derecho de obligaciones*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 1994.
- *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, *Derecho general de las obligaciones*, 4.<sup>a</sup> ed. revisada, Barcelona, Bosch, 1988.
- PUIG I FERRIOL, LL.; GETE-ALONSO y CALERA, M.<sup>a</sup> C.; GIL RODRÍGUEZ, J., y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- REZZÓNICO, J. C., *Principios fundamentales de los contratos. Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria. Forma. Consensualismo. Equidad. Justicia y equivalencia de las prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.
- RINESSI, A. J., *Contratos*, t. I, *Parte general. Atipicidad-consentimiento-capacidad contractual-causa-prueba-efectos-evicción-interpretación-responsabilidad civil*, Buenos Aires, Mario A. Viera, 1999.

- RIVERA RESTREPO, J. M., «De los aspectos generales en torno a la teoría de la causa», *Revista Ars Boni et Aequi*, año 6, núm. 2 (2010), pp. 155-218.
- «Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la Sentencia de fecha 12 de marzo de 1984 dictada por la Corte de Apelaciones, presidente Aguirre Cerda», *Revista Ars Boni et Aequi*, año 8, núm. 2 (2012), pp. 323-344.
- *La causa en el Derecho chileno*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2012.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, C.-J., *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, prólogo de J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, Madrid, Dykinson, 1990.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Málaga, Marcial Pons, 2013.
- ROVIRA I JAÉN, F. J., «El pacto de *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 69, núm. 615 (1993), pp. 349-391.
- SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, México, Porrúa, 1979.
- SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1975.
- SCOGNAMIGLIO, R., *Teoría general del contrato*, traducción de F. Hinestrosa, reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Casa Editorial Dr. Francesco Vallardi, 1991.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, t. I, *Introduction Sources des obligations (Première Partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Madrid, Difusa, 2007.
- *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, prólogo de L. DIEZ-PICAZO, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1989.
- VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, prólogo de F. GALGANO, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España-Cometa, 1995.
- VIGNES, D., «The Harmonisation of National Legislation and the EEC», *European Law Review*, vol. 15, núm. 5 (1990), pp. 358-374.
- VON TUHR, A., en J. L. MONEREO PÉREZ (ed.), *Tratado de las obligaciones*, traducción del alemán y concordado por W. ROCES, Granada, Comares, 2007.