

**LAS CONSECUENCIAS RESTITUTORIAS  
EN SEDE DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL  
POR INCUMPLIMIENTO, Y DE RESCISIÓN  
CONTRACTUAL (CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA  
RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES)**

***THE RESTITUTIONAL CONSEQUENCES  
IN CONTRACTUAL RESOLUTION  
BY BREACH, AND CONTRACTUAL TERMINATION  
(WITH SPECIAL ATTENTION TO TERMINATION  
BECAUSE OF CREDITOR FRAUD)***

*Ángel Juárez Torrejón\**

**Resumen**

El presente artículo analiza cuáles son las consecuencias restitutorias en casos de resolución por incumplimiento y de rescisión contractual, en base al derecho comparado.

**Palabras clave:** resolución contractual, rescisión contractual, fraude de acreedores.

**Abstract**

This article analyzes what the restorative consequences are in cases of resolution due to breach of contract and contractual termination, based on comparative law.

**Keywords:** contractual resolution, contractual termination, creditor fraud.

El objeto de este estudio es compartir unas reflexiones que, creo, pueden resultar de interés en un análisis de derecho comparado, y que incide tanto en cuestiones de derecho de obligaciones como en cuestiones de derechos reales y de derecho inmobiliario registral.

Concretamente, se trata, tal y como reza el título, de las consecuencias restitutorias en sede de resolución por incumplimiento, y en sede de rescisión contractual, con especial atención a la hipótesis de rescisión por fraude de acreedores, todo ello, en el ámbito del tráfico inmobiliario.

---

\* Doctor en Derecho - Profesor de Derecho Civil. Universidad Carlos III de Madrid. Miembro de Derinre

## I. La resolución del contrato por incumplimiento

Lo primero que puede llamar la atención cuando un jurista extranjero se asoma al Código Civil español, es que este carece de una regulación sistemática y ordenada de las acciones que asisten a todo acreedor ante el incumplimiento y, en concreto, la resolución contractual como mecanismo de tutela del derecho de crédito lesionado por el incumplimiento.

La resolución por incumplimiento, curiosamente, la encontramos en el Código Civil español, en su artículo 1124, que es el último de los preceptos que el Código dedica a la regulación general de las obligaciones *condicionales*. Esta ubicación resultará familiar también a los derechos que comparten la misma tradición jurídica, como sucede, por ejemplo, con el derecho chileno y el artículo 1489 del Código Civil de aquel país; también el moderno Código Civil brasileño regula la resolución por incumplimiento como condición o cláusula resolutoria, art. 475. La resolución, como medida de tutela del acreedor ante el incumplimiento, se concibe expresamente como una *condición resolutoria tácita* en todo contrato bilateral. Esto ha provocado un estado doctrinal y jurisprudencial, que ha llevado a analizar las consecuencias restitutorias típicas del incumplimiento desde la óptica de las consecuencias restitutorias típicas de la condición resolutoria expresa.

Por otro lado, y quizá por la gran influencia de la traducción al castellano de la obra de Pothier “Tratado de las obligaciones”, que con toda probabilidad influyó en el legislador español, doctrinal y jurisprudencialmente también se han estudiado las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento, desde la óptica de la nulidad de los contratos. Esto ha provocado en ocasiones la integración de las consecuencias restitutorias típicas de la resolución contractual por incumplimiento, con las normas que disciplinan la restitución de las prestaciones realizadas sobre la base de un contrato que en verdad es nulo (o se ha anulado por vicio del consentimiento).

Ambos puntos de vista deben descartarse. Intentaremos explicar por qué:

a) En primer lugar, la confusión, probablemente heredada de las ideas de Pothier, entre los aspectos genético y dinámico (o funcional) del contrato, que desde luego allana el terreno para integrar las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento, con las normas restitutorias propias de la nulidad/anulabilidad de los contratos (Artículo 1303 del Código Civil español — desde aquí, CCiv —, como norma general).

En efecto, Pothier, en su influyente “Tratado de las obligaciones”, afirmó que “[a]un cuando no se haya expresado en el contrato el incumplimiento de la obligación contraída como condición resolutoria, sin embargo, la falta de cumplimiento puede con frecuencia producir la nulidad del convenio, y por lo mismo extinguir la obligación” (1841, p. 434). A continuación, ilustra esta afirmación con un ejemplo de venta de una biblioteca, en la que el comprador no respeta el plazo, y concluye: “habiendo el comprador dejado de recibir la biblioteca y pagarme su correspondiente precio, ha dejado también de existir y se ha anulado el convenio”

Esta explicación del fenómeno solo puede admitirse hoy día como un intento de explicación plástica del mismo, pero que en rigor jurídico no puede admitirse.

La nulidad del contrato no puede sobrevenir: es una forma de (no)-ser del contrato, pero no un accidente de su puesta en funcionamiento. La nulidad, como categoría de ineficacia, es siempre originaria, por bien que la detección de la causa que la origina pueda producirse tiempo después. En cambio, la resolución es una “alternativa” que al acreedor se le reconoce, al lado de la pretensión de cumplimiento, para proteger su derecho de crédito: no tiene sentido que de un contrato nulo pueda surgir una acción de cumplimiento. Ni tampoco tiene sentido afirmar que la nulidad sobreviene por haber optado el acreedor por la resolución, lo que nos llevaría o bien a la “nulidad facultativa”, o bien a aproximar la resolución por incumplimiento a la doctrina de la anulabilidad, en la que tendríamos que incluir como nueva causa de ella al incumplimiento. Ambas aproximaciones son descartables por razones obvias.

No obstante lo anterior, no faltan sentencias del Tribunal Supremo en las que, en casos de resolución por incumplimiento, el Alto Tribunal alude conjuntamente a los artículos 1124 y 1303 CCiv para referirse a las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento.

Con todo, esta tesis sí tiene la virtud de dejar claro que únicamente un incumplimiento lo suficientemente grave como para alterar o afectar los términos sinagmáticos del contrato (causa) puede justificar la resolución.

b) En segundo lugar, como se ha señalado, la propia ubicación sistemática del artículo 1124 CCiv, que es el que cierra la regulación de las obligaciones condicionales, ha “condicionado” mucho el estudio de este fenómeno. La resolución por incumplimiento en el Código Civil español, formalmente, es una condición *resolutoria implícita* y recíproca en los contratos bilaterales. Esto allana el camino para entender que la consecuencia resolutoria y, por tanto, la restitutoria que la acompaña es la misma, sea la condición resolutoria expresa o tácita, para el caso de incumplimiento.

En realidad, lo que ahora nos interesa son dos fenómenos bastante diferentes uno del otro. La condición resolutoria expresamente pactada es la explicitación de la autonomía privada por la que se afirma no querer el contrato (y en su caso, tampoco sus consecuencias) si acontece el hecho previsto como condición. La condición resolutoria explícita es la forma de ser de las obligaciones que surgen de él, y además, puede serlo también de los derechos absolutos que puedan ser consecuencia del mismo, o puedan movilizarse a través de él. Sin embargo, la mal llamada condición resolutoria implícita prevista en el artículo 1124 es únicamente una forma de tutela del acreedor que sufre un incumplimiento lo suficientemente grave como para justificar la resolución del contrato, pero en ningún caso implica una particular forma de configuración de los derechos absolutos que pudieran resultar o movilizarse a través de ese contrato.

En referencia a las condiciones en general, y por tanto también a las condiciones resolutorias previstas en un contrato, teóricamente estas pueden afectar (condicionar) las obligaciones (plano jurídico personal del contrato) y los derechos reales que pudieran tener como título dicho contrato (plano jurídico real).

En este sentido, Larenz trazó claramente la distinción entre ambos planos, y las consecuencias que de ello se derivan. Para el caso de una compraventa,

la cosa habrá sido entregada al comprador para que éste se halle en situación de obtener las utilidades de la cosa. [...] Las más de las veces se habrá transmitido asimismo con la tradición de la cosa la propiedad de la misma. Si ahora tiene lugar la condición resolutoria, cesa la causa jurídica por la que el comprador podía hasta entonces poseer la cosa y obtener las utilidades de la misma, así como la causa de la adquisición de la propiedad; pero no cesa también su propiedad [...]. Antes bien, [...] el comprador está obligado a retransferir la propiedad al vendedor; *incluso si la transferencia estaba sujeta a condición resolutoria, ha de retransferir, al menos, la posesión*" (1979, p. 694).

La expresión resaltada pone de manifiesto la doble posibilidad de someter a condición resolutoria la relación obligatoria como tal y la transferencia dominical; esta posibilidad es mucho más visible en un sistema de transmisión negocial abstracta, y aunque también es posible en un sistema de transmisión causalista como el español, hay que reconocer que en la práctica sería un supuesto verdaderamente extraño ver sometida a condición la relación jurídico obligatoria – causa *remota* de la transmisión, y no la transmisión en sí. De ahí que Roca Sastre apuntara que

[...] dado el sistema registral español, en el cual los títulos acuden al Registro con todo bagaje de pactos, cláusulas y reservas, y con cierta indiferenciación entre los elementos personales y los reales, el ingreso de las condiciones en los libros hipotecarios está excesivamente facilitado. La Ley Hipotecaria ya da por supuesto la consignación en los asientos que puedan dar origen a una rescisión, resolución, o nulidad de los actos inscritos y con mayor razón han de admitirse las condiciones, que expresan más claramente las repercusiones posibles de su cumplimiento en los actos inscritos o derechos reales registrados. (1954, p.279)

Si, en caso de condición resolutoria expresa, lo que se condiciona es el derecho transmitido o el negocio que es causa de la transmisión, es una cuestión que ha sido discutida. Para Roca Sastre, la condición lo es *del efecto jurídico* del negocio, y no del negocio en sí; según su parecer, "la condición se establece en el negocio jurídico, pero lo que condiciona propiamente es sus efectos" (1954, p. 264). En cambio, Díez-Picazo diferenció según estemos hablando de la transmisión de la propiedad o de la constitución de derechos reales: para este segundo caso admite que la condición pueda afectar al derecho mismo; en cambio, "[t]ratándose de la adquisición y la transmisión del dominio parece preferible entender que lo condicionado es el negocio y no el derecho" (2008, p. 970).

Para intentar dar luz sobre esta cuestión, lo primero que debemos afrontar es la utilidad práctica de esta distinción, es decir, determinar las consecuencias de una y otra tesis.

Si entendemos que lo que se condiciona es el negocio, y no el derecho, hemos de admitir que, cuando la condición es *suspensiva*, los efectos del negocio quedan *retenidos*, y en este sentido, desde la funcionalidad de la teoría del título y

el modo (véase artículo 609, CCiv), el modo es inoperante como causa próxima, pues la causa remota de la transmisión, es decir, el negocio —título— tiene sus consecuencias retenidas, y no puede dar un concreto sentido material al modo, que queda así como mera causa de la transmisión de la posesión, pero no de la propiedad. De esta forma, más allá de las facultades reconocidas al potencial adquirente referentes a la conservación de su expectativa (artículo 1121 CCiv), no se ha operado ninguna adquisición patrimonial ni para el potencial adquirente ni para los terceros que pudieran tener algún interés en ello (por ejemplo, los acreedores de este) porque, y por ejemplificar la cuestión con el típico contrato de compraventa, no es que el comprador haya adquirido un derecho condicionado, sino que es su misma posición de comprador la que está condicionada (retenida) suspensivamente. Si la condición fuese *resolutoria*, habría que admitir que, estando condicionado el negocio (título), ello no impide que la transmisión haya operado realmente (es decir, efectivamente) —es decir, antes de que se dé la condición—, el resultado jurídico real (adquisición del dominio) *sobrepasa* el resultado negocial en sí mismo (negocio *condicionado*), aun cuando este es *causa* de aquel. De esta forma, si la condición se da, el título *decae*, y para el *accipiens* surge ahora una *obligación de retransmisión*, que tiene su explicación en la desaparición del título-causa remota por el que adquirió, y que desde luego le resulta oponible; el problema surge al explicar la posible eficacia de la condición frente a posibles subadquirentes, cuando la causa por la que se exige el retroceso del bien al primer *trandens* se ubica en el título negocial, que en línea de principio resulta *inoponible* a terceros, en el sentido de que no puede explicar para los subadquirentes la obligación de retransmisión que sí resulta oponible (*rectius*, vinculante) para el primer adquirente (véase artículo 1257 CCiv) como consecuencia de la condición que le obliga a ello.

Ubicar el efecto de la condición (ya sea suspensiva o resolutoria) en el título y no en el derecho mismo, produce una gran asimetría en la posición jurídica de los sujetos implicados en función del tipo de condición de que se trate. Se observa que la condición suspensiva protege mucho más que la resolutoria al primer disponente, tanto respecto a los subadquierentes sucesivos, como respecto a los acreedores del primer adquirente.

En cambio, si entendemos que la condición no afecta al contrato, sino al derecho que es objeto del mismo, la posición resulta más equilibrada. En caso de condición suspensiva, ello no impide la adquisición del derecho de que se trate, por bien que con la condición como elemento definidor del mismo (con el que en su caso lo adquirirán los sucesivos adquirentes, y con el que está a disposición de los acreedores del mismo adquirente), sin que la salida del bien de manos del adquirente purgue la condición, cuya existencia siempre podrá ser hecha valer por el primer disponente. En caso de que la condición fuese resolutoria, las mismas ideas son extrapolables: la oponibilidad de la misma por aquel a quien le interese está fuera de toda duda, en tanto que es un elemento definidor del derecho que se ha transmitido (en su caso, sucesivamente), a menos que opere alguna regla de protección del tráfico que pueda explicar su purga por efecto de la seguridad del

tráfico (como es precisamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española -desde aquí, LH-). Como ha explicado De Castro,

[l]os derechos eventuales tienen el valor patrimonial que les da la posibilidad del evento y, con este alcance (en cuanto posibilidad de convertirse en titularidad definitiva), entran a formar parte del patrimonio de su titular, están sometidos a la acción de sus acreedores, pueden ser enajenados, gravados y hasta son heredables cuando haya titular y no se trate de derechos a título personal. (1949, p. 614)

Además, la sumisión a condición de los derechos, y del dominio y derechos reales en particular, ha sido admitida explícitamente en algunos códigos civiles (verbigracia, comparar con artículo 680 del Código Civil chileno).

Por último, que las condiciones no afectan al título-negocio, sino a la transmisión y por tanto al derecho que es objeto de tráfico, lo asume sin problemas la Ley Hipotecaria en sus artículos 11 y 23, que no son normas excepcionales, sino de adaptación de la dinámica registral al derecho material.

Hasta aquí, hemos desarrollado lo que nos parece que es la explicación general del fenómeno. Pero esto no quita que las partes, en uso de su autonomía privada, decidan ubicar el efecto condicional en el derecho transmitido o en el negocio por el cual el derecho se transmite. No debiera haber problemas para reconocer que las partes son libres de ubicar el efecto condicional en uno u otro plano, atendiendo a sus propios intereses. Por supuesto, las consecuencias de uno y otro escenario son bien distintas; así, si adecuadamente interpretado el negocio se puede afirmar que se quiso que la condición afectase al negocio (plano obligacional) y no al derecho objeto de tráfico, la inscripción debe *denegarse*.

La condición, como elemento configurador de la eficacia de los derechos, es, como señaló De Castro, una situación de pendencia y se presenta como “una situación de protección jurídica interina en favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo” (1949, p. 621). A esta función obedece toda la reglamentación típica de la condición, en aspectos tales como la liquidación de frutos, gastos, y a lo que ahora interesa, restitución de las prestaciones sobre las que recaía la condición.

Pero la función de la resolución por incumplimiento no es dejar en una situación de pendencia la relación jurídica de que se trate, ni mucho menos dejar transitoriamente indeterminada la titularidad de los derechos subjetivos objeto de tráfico para proteger, de este modo, al acreedor, a menos que estemos dispuestos a admitir que solo con la prescripción de las posibles acciones por incumplimiento la titularidad de los derechos transmitidos adquiere fijeza en el tráfico.

Esto explica que algunas disposiciones previstas en los artículos 1113 y ss. CCiv para las obligaciones sometidas a condición expresa no resulten de aplicación a la hipótesis de resolución por incumplimiento. Basta pensar en las reglas de diligente conservación de la prestación sometida a condición, y a la afirmación de la culpa como criterio de imputación de la pérdida o menoscabo de la prestación: esto solo tiene sentido en un contexto en el cual la culpa/no culpa siguen

marcando un parámetro de conducta al cual imputar una responsabilidad, lo que no tiene sentido cuando hablamos de la resolución por incumplimiento, en la que razonablemente no se puede pedir que sobre los contratantes recaigan específicos deberes de conservación de la prestación hasta que haya prescrito cualquier acción contractual que pudiera conducir a la restitución.

El pacto de condición resolutoria expresa, en la hipótesis en que el supuesto previsto como condición sea el incumplimiento de la obligación de pago (total o parcial) por parte del comprador, no es una reiteración de lo que ya prevé el artículo 1124 CCiv. Como puso de relieve Puig Brutau, la utilidad de la condición resolutoria expresa empieza allí donde acaba la configuración legal típica de la posición jurídica de las partes, pues solo así se convierte en algo útil.

Conviene detenerse en esta cuestión, esto es, qué añade la condición resolutoria expresa a lo ya previsto en el artículo 1124 CCiv. Y en este sentido, creo que pueden señalarse cuatro aspectos:

- a) En primer lugar, la mera previsión de la condición resolutoria hace que esta defina al derecho al que afecta; no a la prestación, sino al derecho a ella (o a retenerla, si ya se realizó), de manera que es una forma de ser del derecho, ya sea que lo tenga su titular originario o lo transmita a terceros. El artículo 11 LH ofrece argumentos suficientes al respecto, elevando a la categoría de *inscribible* la condición resolutoria por falta de pago del precio del inmueble, como forma de ser del dominio, y al que acompaña en su tráfico.
- b) Parece claro que el pacto de condición resolutoria no supone una renuncia ni supone una anulación efectiva de las facultades resolutorias normales ante el incumplimiento *ex* artículo 1124 CCiv. La condición resolutoria expresa es *algo más, que se superpone y añade a ella, no con un efecto de expulsión, sino de suma*, que a efectos prácticos se traduce en un ejercicio alternativo por parte del acreedor que sufre el incumplimiento/en cuya consideración se previó la condición resolutoria.
- c) Directamente relacionado con lo anterior, y atendiendo a la finalidad típicamente perseguida con la condición resolutoria cuando el supuesto de ella es el incumplimiento del deudor, parece claro que esta tiene una finalidad de refuerzo de la posición acreedora, que no solo evita el problema calificadorio de la gravedad del incumplimiento como determinante de la resolución (imprescindible en el radio de acción del artículo 1124 CCiv conforme una línea jurisprudencial muy reiterada), sino que también exige que no responda a la dinámica típica de la condición resolutoria cuando ello no sea acorde con la finalidad típica que la condición resolutoria está llamada a cumplir, en concreto, en lo que se refiere al *efecto automático* de la resolución cuando se actualiza el supuesto de hecho previsto como resolutorio en el contrato: el refuerzo de la posición del acreedor quedaría en entredicho si por causa de ese pretendido efecto automático (por el solo hecho de ser la condición *expresa*) quedara cerrado para aquel la posibilidad de exigir el cumplimiento específico. Admitir el efecto automático de la condición resolutoria en estos casos es, en buena medida, desactivar el

efecto del artículo 1124 CCiv, que así dejaría de ser un *derecho potestativo* a resolver. Esto no resulta coherente con la finalidad empírica típica de la condición resolutoria expresa (reforzar la posición del acreedor), cuando el supuesto previsto como condición es, también, una hipótesis de incumplimiento. El artículo 1258 CCiv, en fin, conduce a esta conclusión.

- d) Finalmente, cuando la condición resolutoria expresa es un supuesto de incumplimiento contractual, y en este sentido lo que se pretende es ampliar la protección del acreedor más allá de la que le brinda el artículo 1124 CCiv, en estos casos también debe regir la idea, ampliamente sostenida entre los autores, de que las obligaciones restitutorias por causa de resolución deben cumplirse simultáneamente, extrapolando a esta sede la regla general al respecto en materia de contratos bilaterales. En este sentido, lo dispuesto en el artículo 175.6º del Reglamento Hipotecario español (desde aquí, RH) procura cumplir una función de garantía en favor de los terceros poseedores, y del deudor de la restitución del inmueble.

El hecho de que un contrato que ha motivado la transmisión o adquisición de derechos subjetivos sea aún susceptible de incumplimiento, y con ello de resolución, no implica que la especial forma de configuración de tales derechos sea *condicionada*, es decir, de titularidad interina. Lo confirma una disposición como la del artículo 11-2º LH, al prever que “la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita [...]”: una previsión tal necesariamente *presupone* que la resolución *ex* artículo 1124 CCiv no es una *forma de ser* del derecho afectado por la resolución; que no define el derecho subjetivo en el tráfico; y que, en fin, no acompaña al derecho afectado aunque cambie de manos: para eso es necesaria la condición resolutoria *expresa*, a la que el mismo artículo 11-2º eleva implícitamente a forma de ser del dominio o del derecho real que fue objeto de tráfico por el solo hecho de explicitarla, *aunque defina el hecho puesto como condición, como uno de aquellos incumplimientos a los que el art. 1124 hubiera podido dar eficacia resolutoria*<sup>1</sup>.

Lo confirma también una concepción de la resolución contractual que entiende a esta como un mecanismo más de tutela del derecho de crédito, junto con la acción de cumplimiento específico, acción indemnizatoria y, en su caso, la acción de rebaja del precio.

En efecto, no hay suficientes argumentos de *lege lata*, ni es deseable de *lege ferenda*, para entender que en los incumplimientos más graves y en que, además, acaso pueda existir una deliberada intención de no cumplir por el deudor, el ordenamiento imponga al acreedor la petición de cumplimiento específico para mantener la expectativa de la cobertura del interés contractual positivo, mientras que si ejercita la resolución (que es, por cierto, lo razonable atendiendo la gravedad

1 De esta forma, no solo la condición resulta inscribible, sino que además se convierte en un pacto *útil* (arg. artículo. 1284 CC: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”).



del incumplimiento, y además tal vez también atendiendo la escasa o nula intención de cumplimiento demostrada por el deudor) haya de conformarse con la cobertura del interés contractual *negativo*.

De ahí que se haya abierto paso la idea de la resolución como un mecanismo más, junto con la acción de cumplimiento, y tal vez la acción de rebaja del precio, de tutela del derecho de crédito; tutela que se producirá a través de la liberación de las partes en sus obligaciones contractuales primarias, y en su caso, restitución de las ya ejercitadas, sin prejuzgar que por ello el acreedor se conforme con la tutela del interés contractual negativo. En este sentido, y como ha afirmado Rodríguez Rosado, la resolución lo que provoca no es una extinción del contrato, sino una “eficacia contractual alternativa” (2013, pp. 158-160) puesta por el acreedor al que, en este sentido, le corresponde un verdadero derecho potestativo de imponer esa nueva dinámica contractual que en ningún caso supone renuncia a la íntegra satisfacción del interés contractual que condujo a contratar en los términos en que se hizo, sino, a lo sumo, a verlos satisfechos *in natura*, es decir, conforme al plan contractual originalmente acordado<sup>2</sup>.

Esto ayuda a explicar el alcance de lo previsto en el artículo 37 LH, el cual dispone que “las acciones [...] resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley”. La acción resolutoria por incumplimiento, y las consecuencias restitutorias que implica, no son consecuencia de la forma de ser de los derechos que han sido objeto de tráfico, sino del ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento (tutela del derecho de crédito), ante lo cual el tercer subadquirente, en principio, debe ser *immune*.

No lo entendió así el Tribunal Supremo, en su Sentencia del 11 de julio de 1991. En ella se trató el efecto expansivo, de la resolución ejercitada por el vendedor frente al comprador de una finca, a un tercero subadquirente. En el caso de los hechos de la sentencia se deduce que la primera venta (la que se resuelve) no fue inscrita en el registro y se formalizó solo en documento privado; tampoco (lógicamente) la segunda venta (transmisión) al subadquirente frente al que pretenden extenderse las consecuencias restitutorias fue inscrita, de modo que el vendedor primero figuraba aún como titular registral. En la venta primera se pactó prohibición de disponer (no podía arrendar, subarrendar, vender ni ceder la finca).

En la sentencia se da por bueno el razonamiento de la Audiencia Provincial, en la que se afirmó que a fin de cuentas el subadquirente había comprado de alguien

---

2 Que la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124, por un lado, y la resolución por efecto de una condición resolutoria *ex* artículo 1123, por otro, son cosas muy distintas, no parece admitirlo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de julio de 2002 (núm. 638/2002). En esta sentencia puede leerse que “no es cierta es la distinción [...] entre resolución por condición expresa del artículo 1123 y condición por incumplimiento de obligación recíprocas del artículo 1124, en relación con el artículo 1120. La resolución es un concepto unitario y [...] esta Sala destaca es que, frente a la misma, concurre la protección del tercero de buena fe; es decir, el respeto a los derechos legítimamente adquiridos por terceros, aunque éstos no sean terceros hipotecarios inscritos en el Registro de la Propiedad y pese a que la condición resolutoria nunca estuvo tampoco inscrita en el Registro de la Propiedad” (fundamento de derecho segundo).

que no tenía facultades dispositivas (se entiende, por virtud de los pactos anteriores de no vender), y que, además, al no haber adquirido de titular registral, no podría quedar inmune ante las consecuencias restitutorias.

La doctrina mantenida en esta resolución resulta muy problemática. Sin necesidad de entrar en la virtualidad del pacto de prohibición de disponer que habría de afectar al primer comprador (lo que ya es más que dudoso: habría de tener mero efecto jurídico obligacional, pero nunca eficacia jurídico real; arg. artículo 26 LH), una vez que en sede judicial se ha puesto de manifiesto la inexactitud registral (las dos transmisiones sucesivas sobre las que se pretenden las consecuencias restitutorias por efecto de la resolución), y por tanto que el debate debe ventilarse conforme a las reglas del derecho civil no registral (y, por tanto, yendo de suyo que la inscripción aún vigente en favor del primer vendedor *no puede protegerle* desde el punto de vista del sistema registral, como medio de resolución de conflictos frente a terceros), no se entiende cómo el Tribunal Supremo pudo afirmar (aunque en afirmación *obiter dicta*) que aun cuando el subadquirente no conociera el contrato que ahora se resuelve, juega contra él “igualmente en su contra la publicidad registral”. Con estos (cuestionables) razonamientos, el Tribunal Supremo consigue articular su tesis en relación al efecto resolutorio-restitutorio por incumplimiento, con un marcado carácter *ex tunc*.<sup>3</sup>

Es obvio que la resolución implica consecuencias restitutorias, y estas son consecuencias que afectan a la distribución del dominio en la sociedad. La duda se plantea a la hora de establecer el momento en que, ejercitada la facultad resolutoria, se produce el retroceso patrimonial en favor del acreedor accionante de resolución. El Código Civil español dispone las reglas transmisivas del tráfico; también dispone las consecuencias jurídico reales cuando se produce el hecho puesto como condición (suspensiva o resolutoria) a un derecho, pero no regula las consecuencias jurídico reales cuando se ejercita la facultad resolutoria ante un incumplimiento contractual, y en este punto surge una duda: ¿este efecto retransmisivo debe aproximarse al primero de los bloques normativos mencionados —reglas transmisivas normales del tráfico—, o al segundo —reglas de las condiciones suspensivas o resolutorias—? Si debe aproximarse al primero, el mero ejercicio de la facultad resolutoria, incluso el hecho a través mediante notificación al deudor, no puede tener consecuencia retransmisiva dominical; si es al segundo, el mero ejercicio potestativo del derecho a resolver habría de bastar para esa consecuencia retransmisiva con plenos efectos jurídico reales (exigiendo, claro está, que ese ejercicio/notificación sea recepticio para el deudor).

En este sentido, resulta muy sugerente la tesis sostenida por Rodríguez Rosado, quien ha defendido que la resolución por incumplimiento tiene efectos reales

3 Quizá todo este forzado razonamiento del Tribunal Supremo no debe extrapolarse más allá de los límites del supuesto de hecho que le sirvió de base, en el que se pone de manifiesto que el subadquirente no pudo probar la existencia del contrato que sirvió de base a su (hipotética) adquisición. Esta falta de prueba ya hubiese sido bastante para no impedir el total efecto restitutorio al vendedor que sufre el incumplimiento, y no se entiende por qué el Tribunal Supremo realiza aquellas afirmaciones *obiter dicta* que, creemos, resultan muy dudosa.

*ex nunc*, “es decir, produciendo en el mismo instante de la resolución la retransmisión del bien” (2013, p. 245). La consecuencia de ello es que “[l]os terceros serán protegidos si adquirieron antes de ese momento, y siempre que no sean de mala fe [...]”, pues si adquirieron después, solo podrán ser protegidos al amparo de las reglas que protegen las adquisiciones *a non domino* (2013, p. 246).

Esta tesis probablemente ofrece una adecuada visión del fenómeno en el sentido de que se aleja definitivamente del efecto *ex tunc* pretendidamente similar al de la condición resolutoria explícita y, además, explica con naturalidad el que pueda tomarse anotación preventiva de la demanda de resolución, y ganar así una prioridad que nunca le hubiese podido corresponder si se admitiese un mero efecto obligacional de la resolución, es decir, si se admitiese que la resolución por incumplimiento solo implicara, *siempre y en todo caso*, una obligación de (re)transmitir (generador, a lo sumo, de un *ius ad rem*)<sup>4</sup>.

Sin embargo, una vez admitido que la resolución, como mecanismo de tutela ante el incumplimiento, y configurado como derecho potestativo del acreedor, no necesita ser ejercitado judicialmente, y basta el ejercicio privado pero recepticio de tal facultad de configuración jurídica, afirmar que el solo ejercicio de la facultad resolutoria opera la retransmisión, y que por ello los posibles adquirentes del bien, ínterin el mismo permanezca en manos del deudor requerido de resolución, son siempre y en todo caso adquirentes *a non domino*, creo que resulta problemático.

4 García García explicaba al estudiar el artículo 37 LH que la anotación de demanda de resolución por incumplimiento generaba para el acreedor que resolvía una situación similar a un *ius ad rem* sobre el inmueble que había de restituírsele.

Esta forma de describir el problema resulta problemática. La situación de *ius ad rem* (situación en que aún no ha nacido el derecho real) no es, en el Sistema registral español, ni inscribible, ni anotable. Cuestión distinta es que el mero titular de un *ius ad rem* pueda obtener anotación de un derecho real, en tanto en cuanto haya ejercitado ya una pretensión que, de ser estimada, no solo suponga para el demandante adquirir una situación jurídico real, sino que, además, haya razones para retrotraer tales efectos al momento de la anotación (como típicamente sucede en los casos de acciones judiciales). Pero esto es bien distinto a inscribir / anota un *ius ad rem*. En otras palabras: conforme a lo que acaba de explicarse, admitir la anotación de la demanda de resolución, es admitir implícitamente que el efecto restitutorio inherente a la resolución se produce, al menos, con la interposición de la demanda (y en cuyo marco la anotación de la demanda es una *medida preventiva*).

Cuando se permite la anotación de una demanda en que se pide la entrega de la cosa comprada, o cuando se pide la elevación a escritura pública del negocio transmisivo (y esa escritura ha de tener efectos traditivos; compárese. con el artículo 1462-2º CC), no se está dando entrada en el Registro de situaciones de *ius ad rem*: el objeto de la publicidad en estos casos no es publicar el *ius ad rem* como algo útil en el tráfico, sino publicar un *deber ser*, una titularidad cuya adquisición debió haberse consumado pero que no se ha producido por circunstancias ajenas a las propias reglas normales del tráfico, y en este sentido el Registro protege “prospectivamente” a aquel que según las reglas normales del tráfico debió haber adquirido, evitando así poner a su costa (en sentido amplio) el retraso del momento adquisitivo por causas que no le son imputables y frente a las que se defiende de la única forma posible en un estado de derecho: ante los tribunales (evitándose así, también, poner a su costa el tiempo preciso para la resolución judicial). En otras palabras: no se publica el *ius ad rem*, sino que se publica prospectivamente el derecho real que debió haberse adquirido, evitando así que el que sufre el retraso en el momento adquisitivo soporte las consecuencias de tener solo un derecho de crédito por causa que no le es imputable, o al menos, desde que solicitó el auxilio del Estado para que convertirla en “ser” el “deber ser”.

Tampoco me parece, contra lo que ha defendido otro sector doctrinal, aplicable en esta sede la teoría del título y el modo, en el entendido de que acogida esta mecánica en nuestro Código Civil como regla de partida y como franco y frontal rechazo a la transmisión meramente consensual, la retransmisión en favor del acreedor accionante de resolución, solo se produzca cuando el deudor devuelve la cosa (como si esta devolución cumpliera una función traditiva – modo *ex* artículo 609 y 1095 CCiv), pues el movimiento patrimonial que la resolución opera no es un acto de tráfico (para los que, sin duda, sí está pensada la teoría del título y el modo). Pero esta tesis sí tiene la virtud de poner de relieve lo excepcional que en nuestro ordenamiento jurídico, que como regla de principio niega efectos transmisivos a los actos que no van acompañados de un hito ostensible u oponible, ha de ser que los movimientos patrimoniales puedan operar sin que acontezca un elemento o acto oponible frente a los demás, por espiritualizado o sublimado que este pudiera llegar a ser. Que la propiedad del bien transmitido al deudor incumplidor pueda retornar eficazmente por la sola declaración recepticia emitida por el acreedor, por justificado que ello pudiera ser atendido el incumplimiento producido, o deja de ser una solución que tiene difícil encaje en nuestro derecho patrimonial, máxime a falta de una disposición que así lo disponga con claridad.

En este sentido, me parece no solo defendible, sino además la solución más probable, entender que, si bien la resolución como remedio ante el incumplimiento es eficaz cuando el acreedor la comunica al deudor incumplidor, sin necesidad de que ello deba hacer notarial ni judicialmente (de modo que desde ese momento el deudor vuelve a entrar en el marco de una relación obligatoria – restitutoria – y, por tanto, con especiales deberes de cuidado y asunción de riesgos por pérdida o menoscabo fortuito del bien), solo cuando la resolución se ejercita judicialmente, indudablemente opera el retroceso patrimonial, anotable a expensas de la sentencia que resuelva la pretensión resolutoria. Esto quizá podría explicar por qué el artículo 1124 CCiv parece únicamente reconocer la resolución por vía judicial, así como el que, registralmente, la reinscripción solo puede producirse en favor del acreedor, ya sea por mandato judicial o por escritura pública en que el deudor muestre su consentimiento al efecto restitutorio (compárese con el artículo 82 LH), y no de ninguna otra forma, aunque cualquiera de estas formas, que no operarían el retroceso patrimonial del bien, sí sean suficientes para activar el resto de las consecuencias de la resolución (extinción de las obligaciones/efecto liberatorio, deberes de conservación de las prestaciones, etc.).

La consecuencia que ahora interesa extraer de todo lo anterior es que, aun cuando el acreedor haya ejercitado su derecho potestativo de resolución/extinción de las obligaciones primarias surgidas del contrato, si ello lo ha hecho a través de alguno de los mecanismos a los que el ordenamiento jurídico no le abre la inscripción o anotación registral (suponiendo que en todos estos casos ni la inscripción ni la anotación tienen eficacia jurídico-real constitutiva y, por tanto, tal efecto habría de tenerlo el acto o negocio por sí solo), esa resolución no puede tener efectos jurídicos reales y, por tanto, el subadquirente que hubiese podido recibir el bien en ese ínterin no está adquiriendo *a non domino*, por lo que, para ser protegido

frente al acreedor accionante de resolución, no precisa reunir los requisitos del artículo 34 LH, y, específicamente, la buena fe a que se refiere el segundo párrafo del mismo precepto, pues, por hipótesis, el ejercicio de la facultad resolutoria por el acreedor no ha provocado *aún* ninguna *inexactitud registral*.

Esto no significa que el subadquirente no necesite actuar de buena fe, pero esta no puede ser distinta de la buena fe general, como parámetro de actuación, del artículo 7 CCiv.

El hecho de que el subadquirente conociera, al tiempo de su adquisición, que su transmitente habría incurrido en incumplimiento resolutorio, no puede convertirle en un (sub)adquirente al que le falte la buena fe, y negarle así protección<sup>5</sup>.

El tercero que quedaría protegido *ex* artículo 37 LH por inscribir “conforme a lo prevenido en esta Ley”, es el que ha inscrito *antes* de que para él quedase cerrado el registro<sup>6</sup>.

La cuestión pudiera resultar dudosa a primera vista, pero me parece la más coherente con la propia naturaleza de las instituciones implicadas.

El hecho de que un determinado derecho subjetivo tenga carácter personal o carácter real, es decir, que el ordenamiento conceda un carácter u otro a un derecho subjetivo, es una decisión estatal anticipada respecto de los efectos que aquel derecho tiene frente a terceros y, por tanto, es un criterio de solución de conflictos en términos de eficacia/oponibilidad y, por ello, de la forma de protección del derecho frente a terceros. El derecho *real* es oponible a terceros aun cuando estos lo desconozcan; el derecho *personal* es *in*ponible a terceros aun cuando estos lo conozcan. Que particularmente, en un caso dado, se conozca la existencia de un derecho de carácter *personal* (por “oposición” a un derecho *real*) no puede dotar a este derecho de una *oponibilidad* que por su propia naturaleza no le corresponde. Encontramos una prueba de ello en lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1571 CCiv, que admite con toda naturalidad la extinción (es decir, *inoponibilidad*) de un arrendamiento al comprador de la finca arrendada, aun cuando este comprador conociera la existencia del arrendamiento al momento de comprar.

En definitiva, hay razones para sostener que el incumplimiento resolutorio y el efectivo ejercicio del derecho a resolver, no produce por sí solo el retroceso patrimonial de las prestaciones que han de restituirse, sino que solo se produce cuando la resolución es aceptada por la parte incumplidora en escritura pública, o cuando ha recaído sentencia estimatoria de resolución; en este último caso,

---

5 En contra, Díez-Picazo (2008,p.874), y también, como se ha indicado, Rodríguez Rosado (2013, p. 246).

6 Podría pensarse que si el subadquirente adquiriera a sabiendas de que su transmitente está inmerso en un procedimiento como demandado, y en él se le ha exigido la restitución del inmueble que aquel subadquirente adquirió, este *no es de mala fe* si la demanda aún no se había anotado en el Registro. Sin embargo, no parece correcto razonar así: como se ha indicado, la presentación de una demanda de resolución y restitución, por cuanto sus efectos se han de retrotraer al momento de interposición de la demanda, desde ese momento habría de tener efectos jurídico reales en caso de que la acción se estimase. En ningún caso la reticencia (jurídicamente injustificada) del demandado a devolver la prestación debe jugar en contra del acreedor, cuando este no tiene más opción que acudir al amparo de los Tribunales.

además, los efectos pueden retrotraerse a la fecha de la anotación preventiva de demanda que en su caso se haya pedido en el marco del proceso judicial en que se ventila la resolución<sup>7</sup>.

### **Resolución por incumplimiento y restitución de frutos**

Un sector doctrinal ha entendido que la restitución de los frutos, en caso de resolución por incumplimiento, es una cuestión que ha de ser disciplinada por lo dispuesto en el artículo 1123 CCiv, precepto dictado en el marco regulativo de la condición resolutoria expresa, en el que se lee que “cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse *lo que hubiesen percibido*” (Díez-Picazo, 2008, tomo II p. 872). En la expresión resaltada, se incluyen también los *frutos* que la cosa haya podido producir en manos del obligado a la restitución, pues tales frutos *han sido percibidos* (por todos, Clemente Meoro, 2009). Otros autores, en cambio, aunque llegan al mismo resultado práctico, han razonado en el sentido de que la resolución por incumplimiento, en materia de restitución de frutos, debe tener la misma solución que en sede de nulidad (o anulación) y de rescisión de los contratos, es decir, la devolución íntegra de los frutos obtenidos (Rodríguez-Rosado, 2013).

La aplicación directa, o por analogía, de este precepto al caso de resolución por incumplimiento resulta, cuanto menos, dudosa. La razón de ello es que el artículo 1123 CCiv tiene sentido en el marco de las condiciones resolutorias expresas, es decir, cuando las partes han sometido a condición resolutoria los derechos constituidos o transmitidos, esto es, los derechos que legitiman la percepción de los frutos se tienen *pendente conditione*; en este marco, es sensato que el legislador ofrezca como una adecuada ordenación de los intereses de las partes (aunque dispositiva), partir de la idea de que la consecuencia restitutoria que afecta al derecho que legitima la percepción de los frutos, se extienda sobre los frutos mismos, reponiendo así a las partes a la situación previa a la transmisión que se resuelve<sup>8</sup>. La restitución de los frutos en caso de que se dé la condición resolutoria pactada, está conectada con ese efecto reponedor a la situación previa a la contratación<sup>9</sup>.

Cuando se trata de la resolución por incumplimiento, las cosas funcionan con una lógica muy distinta, aunque la resolución implique también consecuencias restitutorias. Ello es así porque, en estos casos, los derechos que se adquieren y

7 En este sentido, Puig Brutau, con cita a Pintó Ruiz, concluyó que “la resolución debida al art. 1124, impone la correspondiente retransmisión, pero no la produce” (1988, p. 136).

Sin embargo, como se ha adelantado, la cuestión resulta dudosa, y en un sentido distinto concluyó Díez-Picazo, que negaba que la resolución tuviera un simple efecto jurídico obligatorio en el Código Civil español, “en el cual la restitución no constituye un puro deber jurídico liquidatorio, sino que produce efectos recuperatorios, en virtud de la sentencia o de la decisión de resolver” (2008, p.873).

8 Que la reposición de las cosas al estado anterior a la transmisión es la consecuencia de las transmisiones sometidas a condición resolutoria, lo vemos explicitado en Navarro Amandi (1891). Confróntese, también con el artículo 1031 Proy. 1851.

9 La idea se pone de manifiesto en la glosa de García Goyena al artículo 1031 del Proyecto de 1851. Véase García Goyena, 1852, p. 69.

quedan luego afectados por la resolución no fueron derechos que se adquirieran sometidos a condición, esto es, no era esa su “particular forma de configuración”. Por tanto, aplicar sin más las mismas consecuencias restitutorias sobre los frutos que en los casos de condición resolutoria expresa no tiene mucha justificación, en tanto en cuanto el objeto de la resolución, en estos casos, no tiene por finalidad reponer las cosas al estado previo a la contratación, sino tutelar el interés del acreedor que ha sufrido un incumplimiento lo suficientemente grave como para justificar la resolución.

La cuestión se ve aun más clara una vez superado el prejuicio conforme al cual, en caso de resolución por incumplimiento, el acreedor que insta la resolución solo puede pedir la cobertura del interés contractual *negativo*, y se reconoce en algunos casos la indemnización por el interés contractual *positivo*. No tiene mucho sentido que, por ejemplo, en una transmisión de inmueble en la que el vendedor conoce, y entra dentro del interés protegido por el contrato, que el comprador va a utilizar el inmueble para explotarlo como hotel o alquilar sus piezas, si el vendedor entrega el inmueble, el comprador lo aprovecha durante un tiempo pero se produce un incumplimiento con relevancia resolutoria (por ejemplo, graves defectos arquitectónicos que amenazan ruina), parece claro que si el comprador decide resolver, no solo no tendrá que devolver las rentas que hasta ese momento haya obtenido con la explotación del inmueble, sino que ha de tener derecho a obtener las rentas razonablemente obtenibles por él durante el tiempo que se considere adecuado para que el comprador obtenga un inmueble de reemplazo (y obtenga del vendedor incumplidor, además, la diferencia de precio que le haya supuesto al comprador la realización del negocio de reemplazo en términos de mercado, en comparación con el precio que tuvo que pagar en la compraventa que ahora se resuelve). No resulta coherente afirmar que el comprador no ha de tener impedida la cobertura del interés contractual positivo, y que a la vez haya de devolver las rentas que haya obtenido mientras las prestaciones del contrato han permitido obtener la utilidad cubierta por el mismo<sup>10</sup>.

La cuestión habría de ser distinta una vez ejercitado el derecho potestativo de resolución [si se admite —y parece acertada— la tesis expuesta de Rodríguez-Rosado (2013) sobre este particular]. En estos casos, las prestaciones que van a ser objeto de restitución como consecuencia de la resolución vuelven a estar *in obligatione*, y por ello vuelven a activarse deberes de diligencia, resultan de aplicación reglas de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de las prestaciones y,

10 Clemente Meoro ha apuntado en esta línea, al analizar la restitución de frutos cuando el acreedor tiene derecho al interés contractual positivo, que si bien aquél ha de devolver los frutos obtenidos con la cosa, hay que comparar la situación que se hubiera producido en caso de cumplimiento con la de incumplimiento, “respecto de frutos e intereses, pues de no haber habido incumplimiento cada una de las partes habría obtenido unos frutos o intereses que no puede hacer suyos como consecuencia del carácter retroactivo de la resolución en este punto” (2009, p. 71). La solución a la que llega Clemente Meoro es formalmente correcta, y seguramente, de *lege lata* la más respetuosa con la literalidad del Código Civil. La diferencia de su tesis con la que aquí mantenemos, radica en que Meoro llega, por vía *indemnizatoria*, al mismo resultado al que nosotros proponemos llegar directamente por vía de *retención*.

como consecuencia de esto último, las reglas de atribución de los frutos que genere la cosa durante ese ínterin, si damos por bueno el punto de partida conforme al cual existe una íntima conexión entre la asunción del riesgo y la obtención de frutos, de los *commoda et incommoda*.

En cuanto a la necesidad, que parte de la doctrina ha defendido, de que las consecuencias restitutorias de los frutos en materia de resolución por incumplimiento han de ser la mismas que las previstas en sede de nulidad y de rescisión, resulta, *a priori*, dudosa, por la muy distinta naturaleza que cada una de las categorías implicadas supone.

Así, en el caso de nulidad, al *accipiens* que ha percibido los frutos sencillamente le falta el título atributivo del bien fructífero, y con ello, el de los frutos que el bien genere. La nulidad del título atributivo, sin embargo, no puede negar que de hecho se ha producido una situación de aparente titularidad, que se debe liquidar conforme a reglas específicas. Nada tiene que ver el caso, por tanto, con la resolución por incumplimiento, en el que, por hipótesis, en el período comprendido entre la consumación del contrato y la resolución, el *accipiens* obligado a restituir tenía título atributivo tanto sobre el bien como sobre los frutos que este genere. Las reglas liquidatorias de los frutos no deben pasar por alto esta cuestión. Podríamos afirmar que, en sede de nulidad (o anulación), la regla de partida habría de ser la restitución de la cosa junto con los frutos que haya generado, salvo que haya buenas razones para afirmar la retención de los frutos; en cambio, en materia de resolución por incumplimiento, la regla de partida habría de ser la contraria: restitución del bien, pero no de los frutos obtenidos, salvo que haya buenas razones para entregarlos también (una razón podría ser que el demandante de resolución opte por la protección del interés contractual *negativo*).

En cuanto a la rescisión, conforme al artículo 1290 CCiv, y sin perjuicio de lo que se explica más abajo, el contrato rescindible es un contrato *válido* y además *eficaz*, y es precisamente porque es eficaz por lo que genera el daño o situación desventajosa considerada por el derecho, que pretende conjurarse mediante el remedio rescisorio y, en concreto, mediante la restitución de las prestaciones, aunque no solo (pues es comúnmente admitido que el demandado de rescisión puede evitar la restitución si ofrece al demandante una cuestión de dinero suficiente para eliminar el perjuicio que está tras la causa de rescisión alegada de contrario). Aun así, debe admitirse que entre la nulidad y la rescisión hay una gran proximidad en sus consecuencias prácticas, en tanto que ambas son categorías de ineficacia, y aunque la primera presupone la inexistencia de título atributivo, la segunda la presupone su existencia, pero la íntegra protección que la rescisión, como remedio excepcional, pretende de los intereses contemplados, seguramente exige en todo caso la restitución también de los frutos. A efectos prácticos, las consecuencias son similares, pero las razones de una y otra institución son bastante distintas.

Pero si se admite, como se ha hecho para justificar que en caso de resolución por incumplimiento no ha de haber impedimentos para poder exigir la protección del interés contractual *positivo*, que la resolución por incumplimiento no es un



supuesto de ineficacia contractual, sino de nueva dinámica de la relación jurídica del contrato [como ha apuntado Rodríguez Rosado (2013), las consecuencias de la resolución son la eficacia contractual alternativa, más no la extinción del contrato], no se ve por qué ha de existir una necesidad institucional de asimilar las consecuencias restitutorias, en materia de frutos, de casos en que el contrato es ineficaz, y cuando este mantiene su eficacia.

El caso específico de la resolución de compraventa inmobiliaria por falta de pago: el artículo 1504 del Código Civil español.

Dispone el artículo 1504 CCiv que

En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el plazo, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.

### **Fundamento del artículo 1504 del Código Civil español**

El fundamento de una disposición como la del artículo 1504 CCiv, como permite intuir su contraposición con lo que el artículo 1505 CCiv prevé para la misma hipótesis cuando el objeto de la venta fueren bienes muebles, es eminentemente económico. Ello lo confirma el análisis de los precedentes legislativos del artículo 1504. En la base de todo ello, subyace la idea de la estabilidad de precios del tráfico inmobiliario, y la base contraria en el mercado de bienes muebles.

Este artículo 1504 y la previsión de reglas opuestas para el caso compraventa de bienes muebles e inmuebles, carente de antecedentes históricos en el derecho español, fue recibida a través del Proyecto de Código de 1851, que a su vez la adoptó del Código Civil francés. La razón que García Goyena ofrece en la glosa al Proyecto de Código Civil español de 1851 a tal diferencia, en realidad es tomada del informe que Portalis elaboró sobre el título de la compraventa del entonces Proyecto de Código Civil francés, y en el que puede leerse lo siguiente:

El decreto de rescisión debe darse con toda prontitud cuando el vendedor tuviese el riesgo de perder la cosa y el precio. No existiendo este riesgo, el juez puede otorgar al comprador un término razonable para su pago. Un extremado rigor en la administración de justicia tendría todos los caracteres de una opresión tiránica: *summum jus summa iniustitia*. El bien se encuentra en la moderación, cesa en donde principia el exceso. Acostúmbrase algunas veces pactar que la venta se rescindirá *ipso jure*, no pagando el comprador el precio dentro un plazo designado. Pregúntase si transcurrido el plazo puede el comprador cumplir su obligación y hacer estable de este modo el contrato. No cabe duda que sucederá así, mientras que el comprador no hay asido reconvenido. Se dirá acaso que estaba advertido por el contrato, mas el rigor del contrato puede templarse por la voluntad del hombre: el silencio del vendedor hace presumir la indulgencia. Una reconvenición verdadera puede solo destruir esta presunción. No pagando el comprador reconvenido, está privado el juez de otorgarle término alguno; haciéndolo, infringe abiertamente el contrato.

Cuanto acabamos de decir, únicamente debe referirse a la venta de bienes inmuebles. Los géneros y los bienes muebles reclaman disposiciones distintas: así es que la venta se rescindirá ipso iure y sin ninguna instancia de parte del vendedor, después del término convenido en que el que compra debe satisfacer el precio. Notorias son las razones de la diferencia. Los géneros y bienes muebles no circulan en el comercio siempre con igual valor, y hay una variación muy rápida y tan sensible en el precio de estos objetos, que el menor retardo puede ocasionar perjuicios de monta. Los inmuebles no ofrecen los mismos inconvenientes. (Portalís. 1842, p. 25)

Sin embargo, y al margen de que sean aquellas las razones que están detrás de la distinción trazada en los artículos 1504 y 1505 CCiv, y aunque a primera vista pudiese parecer que el artículo 1504 es una norma especial y el artículo 1505 la norma general, lo cierto es que el artículo 1504 responde más a la típica función pretendida por las partes al pactar esta condición resolutoria: proteger al vendedor, reforzar su posición jurídica, pero no negarle la acción de cumplimiento específico como posibilidad normal ante el incumplimiento, que es a lo que llevaría la condición resolutoria expresa (y que, precisamente, el artículo 1504 evita). En este sentido, a efectos prácticos, el artículo 1504 no hace más que confirmar la función de refuerzo de la posición del vendedor, que típicamente motiva la condición prevista en el repetido precepto: permitir la resolución por impago (no imponer la resolución por impago), eludiendo el problema calificadorio de la gravedad del incumplimiento que pueda suponer el impago de un plazo, y evitar el juego de la facultad judicial reconocida en el artículo 1124, consistente en que el juez pueda conceder un plazo suplementario al deudor atendidas las circunstancias, no obstante haber instado el acreedor directamente la resolución.

### **Ámbito de aplicación del artículo 1504 del Código Civil español**

Hoy podríamos dudar de la virtualidad aplicativa en la práctica de este artículo 1504, en un tráfico inmobiliario en el que la función de crédito para la adquisición de inmuebles la cumple ahora el crédito hipotecario, no el fraccionamiento y aplazamiento del pago del precio.

Sin embargo, creo que hay razones para afirmar que el artículo 1504 CCiv debe resultar de aplicación a los casos de arrendamiento de inmueble con opción a compra (independientemente de que pueda o no calificarse la operación como *leasing* inmobiliario —ver más abajo—). Y no solo una vez que se ejercita la opción de compra favorable al optante, sino incluso antes, esto es, en la fase que podríamos llamar de “arrendamiento” previa al ejercicio de la opción. La razón de ello es que la finalidad socioeconómica de este negocio complejo, y marcadamente cuando el inmueble cumple la función de vivienda para el usuario-optante, es facilitar y financiar el acceso a la propiedad, haciendo que la fase arrendaticia previa tenga una función financiadora del pago del precio, a través de la eventual función del aplazamiento y fraccionamiento del pago del precio de adquisición si el usuario opta por la adquisición.

Claro que, podría decirse, antes de llegar al ejercicio de la opción, el pago del canon arrendaticio no pudo tener por finalidad, además, la de pago del precio aplazado del inmueble en el sentido del artículo 1504 CCiv. De hecho —se añadiría—, si aplicásemos el artículo 1504 al supuesto de impago del canon arrendaticio (y, por tanto, siempre antes del ejercicio de la opción de compra) nos estaríamos moviendo siempre, por hipótesis, en la fase de arrendamiento, y la resolución instada por el dueño del inmueble en esta sede, evitaría precisamente que la opción pudiera ejercitarse y, con ella, la imputación del canon arrendaticio pagado a cuenta del precio de adquisición que ya no se va a producir.

Sin embargo, lo anterior no parece suficiente para negar la aplicación del artículo 1504 al período previo a la opción y que podríamos llamar “arrendaticio”, ya sea que podamos calificar el negocio como de *leasing* operativo inmobiliario o como un supuesto puro de arrendamiento con derecho de opción: en ambos casos existe una unidad negocial inseparable, en la cual la opción no cumple una finalidad económica autónoma, sino con referencia al período arrendaticio previo, que cumple a tal efecto una finalidad financiadora de la eventual adquisición (derecho de opción). Que la opción no cumpla una finalidad autónoma e independiente se manifiesta porque, en estos casos, la opción no es embargable separadamente del arrendamiento, lo que resulta claro no solo en el caso de *leasing* operativo inmobiliario, sino también lo ha de ser en el caso puro de arrendamiento con opción de compra, contemplado este último en el último párrafo del artículo 14 RH, y en el que se presupone la vinculación de la opción al arrendamiento (hasta el punto de que en dicho caso, la inscribibilidad del arrendamiento con opción a compra como unidad negocial, hace innecesaria la aplicación de las reglas referentes a la inscribibilidad de la opción de compra como figura autónoma, y que el propio artículo 14 RH prevé en los párrafos anteriores).

Asimismo, parece claro que el arrendamiento previo a la opción no cumple la función típica del arrendamiento (cesión temporal del uso de un bien a cambio de un precio), sino que cumple causalmente, junto con la legitimación para la posesión y disfrute del inmueble, una función de financiación de la eventual adquisición, a la que el arrendador ya ha dado un consentimiento anticipado (al conceder el derecho de opción, hipótesis, además, típica de *precontrato* de venta), y, en este sentido, queda en una posición equiparable a la del *vendedor*. El que el pago de la renta arrendaticia sea temporal (y necesariamente) previa al ejercicio de opción (y, por tanto, cronológicamente anterior a que haya venta y la imputabilidad de las rentas arrendaticias al pago del precio de la misma) no es suficiente para negar la clara analogía de situaciones, que aconseja la aplicación, también a estos supuestos de *leasing*/arrendamiento con opción a compra, del artículo 1504 CCiv<sup>11</sup>.

11 A lo anterior no obsta la afirmación (acertada) de la STS de 02 de junio de 2009 (núm. 410/2009), en la que se sostuvo que el artículo 1504 CC no resulta aplicable al ejercicio del derecho de opción, en el entendido de que la caducidad del plazo concedido al optante corre inexorable, y no depende de requerimiento ninguno por parte del concedente de la opción. La hipótesis a que nos referimos en el texto es bien distinto.

### Coordinación del artículo 1504 con el resto del sistema del derecho de obligaciones

Para terminar con esta visión panorámica del artículo 1504 CCiv, conviene tener claras las siguientes ideas:

- a) El artículo 1504 niega el efecto resolutorio automático ante el incumplimiento que consista en la falta del precio de pago aplazado, pero no niega que haya existido incumplimiento desde el momento mismo de la falta de pago, ni que desde ese momento pueda considerarse al comprador en situación de mora automática (confróntese con el artículo. 1100 CCiv) y deba además indemnizar, en su caso, los mayores daños imputables a su incumplimiento *ex* artículos 1101, 1105 y 1107 CCiv, más allá del interés legal del dinero que el artículo 1108 fija como liquidación mínima del daño padecido por la mora en la deuda pecuniaria (Díez-Picazo, 2016).
- b) Indudablemente, esta condición resolutoria expresa es una de las condiciones comprendidas en el artículo 11 LH, segundo párrafo, y se trata, por tanto, de un elemento configurador del dominio o derecho real de que se trate, a diferencia de lo que sucede con la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 CCiv.
- c) Las consecuencias restitutorias, liquidatorias de los frutos, y responsabilidad por pérdida o menoscabo de la cosa, se han de regir por lo dispuesto en el artículo 1123, que a su vez se remite al artículo 1122.
- d) Aunque solo es necesario requerir de pago al comprador, debe notificarse también la resolución a los titulares de asientos posteriores, es decir, que hayan inscrito algún derecho pendiente la condición resolutoria, para que tengan posibilidad de defender su derecho (por ejemplo, controlando que la resolución fue bien hecha; confróntese con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 mayo del 1982). Desde luego, si la resolución fue judicial, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) exige la intervención en el procedimiento de los titulares intermedios, para poder reinscribir el inmueble, libre de cargas, a favor del vendedor (confróntese con RRDGRN 16 de setiembre de 1996 y 24 de febrero de 1998); se trata este de un extremo que indudablemente ha de calificar al registrador en su función de control de legalidad, como un posible obstáculo que pueda surgir del registro (confróntese con el artículo 100 RH).

Estas notificaciones a los titulares posteriores, que tienen perfecto sentido en la hipótesis descrita, no lo tienen cuando se trata de la resolución a que se refiere el artículo 1124 CCiv. La razón de ello es que el tercer adquirente, sencillamente, queda inmune ante la pretensión restitutoria del bien (arg. artículo 37 LH). Si el acreedor que resuelve entiende que el tercero no reúne las condiciones de protección frente a la restitución intentada, no basta la notificación a ese tercero, sino que habrá de ser *demandado*.

- e) La doctrina más antigua mayoritariamente afirmaba el carácter *imperativo* de lo dispuesto en el artículo 1504<sup>12</sup>. Hoy es una idea ampliamente sostenida (por todos, Camy Sánchez Cañete, 1983) y resulta razonable. Reinscripción a favor de vendedor en caso de incumplimiento resolutorio, y en caso de incumplimiento cuando este se prevé como condición resolutoria

Es obligado diferenciar si el fundamento de la resolución es la regla general prevista en el artículo 1124 CCiv o si lo es un supuesto de condición resolutoria expresa (incluida la hipótesis del artículo 1504 CCiv: que se le haya dado al incumplimiento de un plazo del pago del precio eficacia resolutoria).

- a) En el primer caso (resolución artículo 1124 CCiv), ha de resultar incuestionable la total aplicación de lo dispuesto en el artículo 82-1º LH, que exige un acuerdo entre las partes (que en este caso supondría que la resolución, instada por una de las partes es aceptada por la otra) o una resolución judicial (en el resto de los casos). Esto no prejuzga el carácter judicial o extrajudicial de la resolución por incumplimiento, sino el modo en que el retroceso patrimonial que la resolución conlleva haya de tener su reflejo en el registro. El incumplimiento resolutorio *ex* artículo 1124 CCiv ha de ser llevado ante el registrador de forma auténtica (confróntese con el artículo 3 LH), y ello exige una valoración jurídica (gravedad del incumplimiento) que excede de la función calificadora del registrador; por consiguiente, no basta llevar el incumplimiento ante el registrador, sino también su gravedad-trascendencia *resolutoria*, lo que solo es posible por las vías indicadas en ese artículo 82 LH.
- b) En el segundo caso (condición resolutoria explícita), la regla no puede ser la misma, porque en este caso es la propia forma de ser del derecho transmitido el que justifica el retroceso patrimonial que quiere reflejarse registralmente; en otras palabras, el retroceso viene justificado directamente por una causa jurídico real, y no, como sucede en el caso anterior, por una medida de protección del derecho de crédito. A diferencia de lo que sucede en el caso anterior, en este es la propia forma de ser *erga omnes* del derecho lo que justifica el retroceso patrimonial, según su propia forma de configuración. Sería absurdo que para ello fuese preciso algo distinto de la mera constatación de que se ha producido el hecho determinante de ese efecto, en tanto en cuanto el hecho puesto como condición, y los efectos mismos de la condición, fueron queridos anticipadamente por las partes, y configuran la forma de ser del derecho en el tráfico, y a todos los efectos. En otras palabras: en estos casos no puede exigirse escritura en la que la otra parte consienta la resolución, o en su defecto resolución judicial. Ha de ser

12 Manresa (1908), lo dudaba, en cambio, Navarro Amandi (1891), mientras que en sede de bienes muebles los efectos quedan completamente remitidos a la autonomía privada, que es lo mismo que decir, que se remite a las reglas generales de las obligaciones condicionales.

suficiente el acta, en la que *notarialmente* se dé fe de la producción del hecho puesto como condición, para que *registralmente* se opere la reinscripción a favor del vendedor (confróntese con el artículo 82-2º LH). A esta idea responde lo dispuesto en el artículo 59 RH. Ese podría ser el caso, por ejemplo, en el que el vendedor presenta ante un notario las letras de cambio con las que se había aplazado el pago del precio, junto con el acta de comunicación a que se refiere el artículo 1504 CCiv.

En cualquiera de los casos, conforme a una doctrina ya asentada de la DGRN, es necesario que el que reinscribe a su favor, cumpla con lo dispuesto en el artículo 175.6º RH, en lo referente a que haya “consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto”. Se trata de una exigencia presente no solo en garantía de los posibles titulares intermedios (posteriores a la inscripción de la condición), sino también aun cuando no los haya: la confrontación de los párrafos primero y segundo de dicho artículo 175.6º RH lo pone de manifiesto. Esto permite concluir que el verdadero fundamento de la necesidad de consignación en tales casos, radica en la idea de que las obligaciones restitutorias han de cumplirse simultáneamente, y en la misma idea que juega en materia de contratos onerosos: la buena fe exige que el acreedor de una de las prestaciones no ha de poder pedir el cumplimiento de la otra si a la vez no cumple o no ofrece el cumplimiento de la prestación que debe<sup>13</sup>. Así lo ha confirmado de forma reciente la RDGSJyFP del 06 de marzo de 2020: la consignación es preceptiva aun cuando no haya titulares intermedios.

En los casos en que el beneficiario de la restitución del inmueble tenga que depositar el precio recibido, haya o no terceros con derechos intermedios, el Reglamento Hipotecario permite que aquel practique “las deducciones que en su caso procedan” en esa cuantía. Hoy resulta difícil entender qué deducciones pueden ser esas, una vez que ha quedado consolidada la doctrina de la DGRN en el sentido de que, aun cuando se haya pactado cláusula penal en favor del vendedor/pacto de *lex commissoria*, el vendedor ha de depositar la totalidad de lo recibido. Esta doctrina, fundamentada en el hecho de que la cláusula penal es susceptible de moderación por los tribunales (confróntese con el artículo 1152 CCiv y con RDGRN de 25 de enero de 2012, y más recientemente, la RDGSJyFP de 6 marzo

---

13 Esta regla, del cumplimiento simultáneo de las obligaciones restitutorias, admitida expresamente por el derecho alemán (confróntese con § 348 BGB), puede resultar adecuada en el marco de las obligaciones restitutorias en sede de resolución por incumplimiento; pero resulta más compleja su explicación en el marco de las obligaciones restitutorias por condición resolutoria, al menos cuando el hecho puesto como condición no es un incumplimiento, pues en tales casos la resolución no es consecuencia de un derecho potestativo del acreedor, sino de la misma forma de ser del derecho, y no se entiende bien por qué el despliegue de los efectos que son inherentes a la forma misma de ser del derecho, y admitidos por ambas partes, están supeditados a que el acreedor de la restitución del bien haya de poner a disposición de la otra parte las cantidades que de él haya recibido; y se entiende aún menos por qué el Registrador ha de erigirse en garante de este aspecto.

de-2020), como ha afirmado Chico y Ortiz, “inutiliza el mecanismo publicitario de la condición” (2000, p. 385)<sup>14</sup>.

Si admitimos la aplicabilidad del artículo 1504 al supuesto de arrendamiento con opción a compra, indudablemente el disponente ha de poder retener todo lo cobrado hasta el momento, que sea imputable a la fase de arrendamiento (por cuanto ello retribuye el uso del inmueble que de hecho se ha producido, y no puede devolverse por su propia naturaleza).

### **Restitución y rescisión**

La rescisión, como categoría de ineficacia contractual, es probablemente una de las materias en las que el Código Civil adolece de organización y de claridad. El intento de dotar de unidad regulativa a un grupo heterogéneo de supuestos que con toda seguridad exigía un tratamiento por separado, obliga al intérprete a un esfuerzo interpretativo y de reconstrucción que exige remontarse a los antecedentes históricos y legislativos, y también, en buena medida, al derecho romano, lo que es especialmente patente para el caso sobre el que vamos a detenernos más aquí: la rescisión por fraude de acreedores. Gaudemet (1974), para el derecho francés, ya puso de manifiesto la necesidad de remontarse al derecho romano para comprender el alcance de la rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil francés.

Es precisamente con la idea misma de “restitución” en materia de rescisión por fraude de acreedores con lo que surge la primera duda interpretativa. El artículo 1295 CCiv, que ofrece las consecuencias aparentemente comunes ante todo supuesto de rescisión, dispone que “la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses [...]”. Así, aparentemente, la restitución implicaría, también para la rescisión por fraude de acreedores, consecuencias devolutivas de las prestaciones, esto es, el retroceso de las mismas. Sin embargo, nada de eso parece haber realmente. García Goyena, en la glosa del artículo que regulaba las consecuencias restitutorias en caso de fraude de acreedores (porque el Proyecto de Código Civil de 1851 sí tenía una sección destinada exclusivamente a la rescisión por esta causa), mencionada como antecedente y base de la restitución en esta materia la Ley 6, Título VI, Libro IV de la *Instituta de Justiniano* (que parece que unió en una misma acción lo que antes eran dos acciones rescisorias: la particular

---

14 Probablemente, la regla habría de ser justo la contraria: eficacia de la cláusula penal que justifique la retención de las cantidades dadas a cuenta del precio, sin perjuicio de la posibilidad de que el incumplidor pueda reclamar judicialmente el carácter excesivo de dicha penalización al amparo de lo dispuesto en el artículo 1154 CCiv. En este sentido, como apuntó Camy Sánchez-Cañete: “Si en la venta primitiva que origina esta resolución, se hubiese pactado que quedarían en poder del vendedor, o de sus causahabientes, la parte del precio satisfecha en el momento en que proceda y se ejercite aquélla, no habrá que acreditar devolución alguna. Sin que esto impida el posible derecho del comprador para pedir, incluso judicialmente, que se le devuelva parte de esa cantidad, pues según reiterada jurisprudencia [...] los Tribunales pueden estimar excesiva la cantidad que retenga el vendedor como indemnización de daños y perjuicios pese a que ello se deba a pacto entre los contratantes [...]” (1983, p. 581).

que un acreedor interponía frente a su deudor, y la general que tenía su campo natural en el concurso de acreedores), en la que la restitución se describe como la consecuencia de entender que el bien en cuestión *no se ha entregado*, esto es, como si el deudor no lo hubiera enajenado. De aquí la doctrina romanista ha deducido, y a través de ella la doctrina civilista que ha estudiado en profundidad las consecuencias restitutorias en esta sede, que *restitución* en el sentido de Ins. 4.6.6 nunca quiso decir devolución/retroceso de las prestaciones, sino más bien *inoponibilidad* de dicha transmisión al acreedor demandante y vencedor de rescisión, pero sin negar por ello que el adquirente haya realmente adquirido, y que haya de seguir siendo el verdadero propietario.

En este sentido, lo que la rescisión por fraude supone es la afectación del bien a la responsabilidad del deudor, aunque el bien ya no sea del deudor, desplazando así la regla de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CCiv, conforme a la que todo deudor responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros; la rescisión por fraude hace que también se pueda responder con bienes “pasados” (es decir, que ya son de otro).

En cuanto a la naturaleza y alcance de la rescisión por fraude de acreedores regulada en el Código Civil, es admitido que se trata de una acción de naturaleza personal, y no real: es una acción puesta al servicio de los acreedores, cuyo objeto es proteger a estos frente a los actos de despatrimonialización que su deudor haga en perjuicio de su propia solvencia. Roca Sastre (1935) calificaba el hecho frente al que esta acción protege como un hecho *cuasi delictual*, y la particular restitución que a través de ella puede obtenerse, como la forma de conjurar el perjuicio que legitima su interposición.

El hecho de que se trate de una acción personal, implica, a lo que ahora nos interesa, al menos dos cosas:

- a) Que sus efectos solo benefician al acreedor victorioso de rescisión, y no a los demás. Al no implicar la rescisión un verdadero retroceso prestacional, esto es, una propia reintegración del bien al patrimonio del deudor enajenante, el bien sigue estando fuera del alcance de los demás acreedores, a los que les resulta de perfecta aplicación la regla del artículo 1911 CCiv. La rescisión obtenida por un acreedor solo implica que para ese acreedor, y no para los demás, el bien en cuestión se considera “como si” aún fuera de su deudor.
- b) Que la afeción que genera la rescisión sobre el bien que ha de “restituirse”, no es una afeción con efectos jurídico reales, esto es, no determina la “forma de ser del dominio sobre el bien en cuestión”. Esto es lógico porque la titularidad de un derecho de crédito no supone, para el acreedor, ninguna pretensión jurídico real concreta sobre los bienes del patrimonio de su deudor; tampoco cuando el bien se “recupera” por causa de la rescisión para así evitar el perjuicio que la enajenación supuso al acreedor. Esto significa que:
  - El hecho de que el bien sobre el que recaen los efectos de la rescisión desarrolle sus funciones *activas patrimoniales* en favor de su titular, y



las funciones *pasivas patrimoniales* en favor de su enajenante no es oponible *erga omnes* por su propia naturaleza. Por ello, si los acreedores del dueño del bien quisieran dirigirse frente al mismo para satisfacer sus créditos *ex* artículo 1911, el acreedor del enajenante victorioso de rescisión debe poder hacer valer la afección de ese bien a la responsabilidad de su propio deudor (enajenante) por la vía, no de la tercería de dominio, sino de la tercería de *mejor derecho*.

- En el ámbito del Registro de la Propiedad, la sentencia estimatoria de rescisión es inscribible en el registro, en el folio registral de la finca a la que afecte. Desde ese momento, la vinculación pasiva del bien en favor de una persona distinta de la que aparece como titular registral se hace oponible frente a todos los adquirentes posteriores, pero no se hace oponible frente a los que hayan adquirido *antes* de obtener la rescisión, aunque estos adquirentes hayan inscrito *después* de la sentencia estimatoria de rescisión. Estos adquirentes anteriores, aunque hayan inscrito después, han de poder despojarse de esa inscripción en el correspondiente procedimiento declarativo y, en último extremo, interponiendo tercería *de dominio* en el proceso ejecutivo que el acreedor victorioso de rescisión pudiera iniciar frente al inmueble; si no hacen ni una cosa ni otra, es claro que la inscripción de la rescisión despliega los efectos del artículo 38 LH, y la eventual ejecución del bien por el acreedor victorioso de ella, ha de arrastrar la cancelación de los asientos posteriores. En este sentido, no parece que la inscripción de la sentencia estimatoria de rescisión haya de tener un efecto distinto al de una anotación preventiva de embargo; al fin y al cabo, lo primero es preparatorio de lo segundo<sup>15</sup>.
- Finalmente, debe tener presente que la rescisión protege al acreedor del empobrecimiento del deudor enajenante, en el marco de una enajenación en la que el ordenamiento entiende que, entre proteger el interés del acreedor y proteger al adquirente, este último debe ceder. A pesar de los términos en que se expresa el Código Civil, no se produce la rescisión del negocio y como consecuencia de ello la “restitución” del bien, sino al revés: es como consecuencia de la restitución del bien, por lo que el negocio se rescinde/desactiva en la medida necesaria. La rescisión no ataca el contrato sino la concreta disposición perjudicial, lo que significa que no afecta el *status* jurídico real del bien. Es por ello

---

15 Que la sentencia estimatoria de rescisión sea objeto de *inscripción*, mientras que el embargo lo sea de *anotación*, no justifica por sí solo que las consecuencias registrales de una y otra operación hayan de ser distintas. La naturaleza de la situación publicada es la misma independientemente de cuál haya sido el tipo de asiento que el Legislador hipotecario haya considerado conveniente para que ingrese al Registro. El tipo de asiento por el que una situación accede al Registro puede estar motivada, por ejemplo, por su transitoriedad o por su vocación o no de permanencia, pero no necesariamente por la naturaleza de la situación publicada. La cuestión se ve clara, por ejemplo, con las anotaciones de prohibición de disponer, las cuales, aunque se “anotan”, tienen clara trascendencia jurídico real.

una consecuencia necesaria que, no obstante, la rescisión de una disposición dominical, si los otorgantes de dicha disposición decidieran dejar sin efecto la misma por mutuo disenso, el bien podría volver a ser enajenado a un tercero libre del efecto rescisorio (sin perjuicio de que esta segunda disposición pudiera ser también rescindible atendidas sus propias circunstancias) y, por tanto, sin que el bien quede ya al alcance del acreedor.

## BIBLIOGRAFÍA

- Camy Sánchez-Cañete, B. (1983). *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Aranzadi Código Civil (CCiv). Artículos :609, 1095, 11101, 1105, 1107, 1100, 1113, 1121, 1123, 1124, 1152, 1154, 1257, 1258, 1290, 1295, 1303, 1504, 1505, 1571, 1911. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (España)
- De Castro, F. (1949). *Derecho Civil de España*. (Tomo I). Instituto de Estudios Políticos.
- Diez- Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. (Tomo II). Civitas.
- García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*. (Tomo III). Imprenta de la Sociedad Tipográfica.
- Gaudemet, E. (1974). *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa.
- Larenz, K. (1979). *Derecho Civil. Parte general*. Edersa.
- Ley 60/2003, de 23 de noviembre de 2003, Ley de Arbitraje. Artículos 7, 8, 9, 1 41.a. BOE (A-2003-2346)
- Ley Hipotecaria, s/n de 08 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE, (A-1946-2453)
- Manresa, J. M. (1908). *Comentarios al Código Civil español*, (Tomo X). Imprenta de la Revista de Legislación.
- Meoro, C. (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Bosch.
- Navarro Amandi, M. (1891). *Cuestionario del Código Civil*, (Tomo IV). Imprenta de Infantería de Marina.
- Puig- Brutau, J. (1988). *Fundamentos de Derecho Civil*. (Tomo I, Vol. II: *Derecho general de las obligaciones*). Bosch.
- Reglamento Hipotecario. [Ministerio de Justicia] del 14 de febrero de 1947. Decreto por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 mayo del 1982
- Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado del 16 de setiembre de 1996

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1998 [Ministerio de Justicia]. Resolución de 24 de febrero de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Pastor Ferrer, en nombre de «Centro Empresarial Aragonés, Sociedad Anónima», contra la negativa de don Rafael Rodríguez García, Registrador de la Propiedad de Madrid número 22, a practicar determinadas cancelaciones, en virtud de apelación del recurrente.

Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 2012 [Ministerio de Justicia]. Resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Roquetas de Mar n.º 3 a la constancia registral de incumplimiento de condiciones suspensivas.

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2020 [Ministerio de Justicia]. Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Arnedo, por la que se deniega la inscripción de la resolución de una compraventa

Roca Sastre, L. (1954). *Derecho Hipotecario*. (Tomo II, 5ª ed.). Bosch.

Rodríguez-Rosado, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Marcial Pons.

Tribunal Supremo, 02 de junio de 2009. Sala Primera, de lo Civil (STS 410/2009).

VV. AA.(1842). *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. (Tomo III). Imprenta y Litografía de J. Roger.