

tercero de buena fe y a título oneroso, basada en el principio de protección de la apariencia jurídica, como porque el artículo 1277 CC, rectamente interpretado, consagra una verdadera presunción *iuris tantum* de existencia y licitud de la causa, en virtud de la cual se opera una inversión de la carga de la prueba en beneficio del acreedor, provocándose así la mal llamada «abstracción procesal» (pp. 237 y 238).

En particular, el profesor Clavería sostiene que el reconocimiento de deuda, que consista en la creación de un vínculo nuevo, está sujeto al citado artículo 1277 CC, si no expresa su causa, así como también el caso en que consista en una confesión extrajudicial de una deuda preexistente, sólo que aquí por analogía, por no tratarse de un contrato, sino de una declaración de ciencia (p. 245). Asimismo, sin entrar en los detalles de su elegante argumentación y en la fina crítica de la doctrina mercantilista, parece razonable la conclusión del autor, según la cual, dada la expresión «a sabiendas» que utilizan los artículos 20 y 67 de la Ley cambiaria y del cheque, basta el principio de protección de la apariencia, sin necesidad de acudir a la técnica de la abstracción causal, para entender que cabe la excepción derivada de la relación subyacente frente al tercero que adquirió el título a sabiendas en perjuicio del deudor —conocimiento que no exige una «específica intención de dañar», como pretende Cándido Paz-Ares— sin que se requiera colusión, dolo directo, ni especulación; también cabría la excepción, a su juicio, frente al tercero que no conoció el perjuicio por negligencia grave, pese al tenor literal restrictivo de los preceptos mencionados (pp. 258 y 259).

En definitiva, de esta apretada síntesis resulta claro que estamos ante un trabajo de investigación ejemplar. El profesor Clavería nos ofrece una obra que no sólo es coherente y bien articulada, sino que expone y argumenta sus opiniones de forma atractiva, convincente y persuasiva. Una obra bien hecha, en suma, cuya publicación es, además, oportuna, pues sale al paso del recurrente anticausalismo, que aflora de nuevo, por ejemplo, en los *Principios* de UNIDROIT (art. 3.2), debido a U. Drobnig y O. Lando, siendo de esperar que este último autor lea atentamente este libro, a fin de que no imponga tan simplista criterio en los *Principles of European Contract Law*, que elabora la Comisión que él mismo preside.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho Civil

CLEMENTE MEORO, Mario: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 1998, 703 pp.

1. No es un cumplido afirmar que la monografía que hoy nos presenta el profesor Clemente Meoro constituye una gran aportación a la comunidad jurídica. Si bien es cierto que no son pocos los estudios publicados sobre la materia, el que ahora nos ocupa constituye la obra más completa y actualizada sobre la facultad resolutoria por incumplimiento, que tantos quebraderos de cabeza ha dado a nuestros autores y tribunales.

No es la primera vez que el autor se ocupa de esta institución. A principios de los noventa realizó un análisis comparado de la resolución por incumplimiento en derecho inglés y en nuestro ordenamiento. En esta ocasión, la tarea llevada a cabo es más ambiciosa. Se ocupa de nuestro ordenamiento de forma preferente, analizando con detenimiento cuestiones novedosas en relación a su anterior trabajo y aportando interesantes referencias a la Convención

de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante CV), a los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT y a los Principios del Derecho Europeo de Contratos (1993). Sigue dando un trato preferente al derecho inglés, recurriendo a los ordenamientos italiano y francés cuando la materia lo requiere, aunque dejando en cierta medida abandonado al derecho alemán, en aspectos en los que éste podría aportar alguna luz, lo cual no desmerece ni mucho menos el valor que tiene la obra.

Como ya nos tiene acostumbrados este autor, en su trabajo es constante la referencia a las decisiones jurisprudenciales que, si bien a menudo se mencionan para ilustrar las afirmaciones teóricas, en el supuesto de la facultad resolutoria por incumplimiento juegan un papel preeminente. Muestra de ello es el hecho de que el autor se detenga en el análisis de numerosas sentencias de las que se ocupa minuciosamente: de ellas no sólo extrae la doctrina que contienen, sino que además, realiza una breve pero utilísimas exposición de los hechos. Es de agradecer que en esta obra la jurisprudencia goce de un papel tan relevante, pues en una materia como la que nos ocupa, cuya regulación es escasa (prácticamente se reduce al art. 1124 CC), la labor de los tribunales es esencial en su desarrollo.

2. Clemente Meoro estructura su estudio de la resolución por incumplimiento en cinco capítulos.

2.1. El capítulo I (§§ 1 a 12) bajo la rúbrica *La resolución de los contratos por incumplimiento como facultad del acreedor*, está destinado a exponer los orígenes del remedio resolutorio frente al incumplimiento, y las distintas teorías que han buscado un fundamento para esta institución. En este punto, compartimos plenamente la postura adoptada por el autor, que por otro lado ya era defendida por parte de nuestra doctrina más actual, en el sentido de concebir a la resolución por incumplimiento como un *medio de tutela que ofrece el ordenamiento al contratante perjudicado por el incumplimiento* (el autor prefiere emplear el término inexecución de la prestación). Dicho remedio es propio de los contratos sinalagmáticos, teniendo su fundamento en el principio de interdependencia de las obligaciones.

2.2. En el capítulo II (§§ 13 a 20) bajo la rúbrica *Ámbito de aplicación de la resolución por incumplimiento*, enumera las características que ha de reunir la relación contractual para que se encuentre amparada por el remedio resolutorio previsto en el artículo 1124 CC. Descartado que sea posible la resolución por incumplimiento en las obligaciones recíprocas no contractuales, procede a analizar detalladamente las figuras contractuales que presentan dudas. Así por ejemplo, llega a la conclusión de que en los *contratos unilaterales onerosos*, como el mutuo con interés o la donación con cargas es de aplicación la resolución por incumplimiento, porque existe interdependencia entre la atribución patrimonial y la obligación de pago de intereses o el cumplimiento del gravamen por el donatario (§ 14).

Sin embargo, respecto de los *contratos bilaterales imperfectos* (v. gr., mandato, depósito y comodato), Clemente Meoro estima que no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1124 CC, puesto que el incumplimiento de las obligaciones que circunstancialmente puedan nacer a cargo del mandante, depositante y comodante no son recíprocas de las del mandatario, depositario y comodatario (§ 15).

Clemente Meoro se muestra partidario de reconocer la facultad resolutoria en los *contratos aleatorios*. La prohibición de resolver por incumplimiento prevista en el artículo 1805 CC para la renta vitalicia, es una excepción que se refiere exclusivamente a la obligación de pago de la renta, y como tal excepción no es susceptible de aplicación analógica (§ 16).

En cuanto a los *contratos atípicos*, para determinar si son susceptibles de resolución, habrá que atender al carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones que surgen para ambas partes. El autor detalla que mientras en *los contratos complejos o mixtos* la resolución afecta al íntegro vínculo contractual, en los *contratos coligados o conexos*, la resolución de uno no afecta a los otros (§ 17).

Por último, cuando el *contrato modificativo* determina obligaciones recíprocas (v. gr. transacción), es posible la resolución por incumplimiento, sin que se vea afectado el contrato modificado (§ 18).

2.3. El capítulo IV (§§ 37 a 54) con el título *El incumplimiento resolutorio*, ocupa un papel relevante en el conjunto de la obra, que viene motivado sin duda por la importancia de la materia en cuestión y la existencia de numerosas decisiones jurisprudenciales al respecto. Quizá por ello, el *incumplimiento resolutorio* ha sido objeto de mayor atención por parte de nuestra doctrina, que poco a poco va abriendo un camino hacia una nueva forma de definir el incumplimiento resolutorio, más acorde con las necesidades del tráfico actual (prueba de ello es la monografía de Pilar de la Haza, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996, y respecto del cumplimiento defectuoso, Nieves Fenoy Picón, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. Evolución del Ordenamiento español*, Madrid, 1996). En la línea marcada por la doctrina actual, Clemente Meoro confirma que, a pesar de que el artículo 1124 CC se refiere al incumplimiento sin más y que en principio en él encajan tanto el incumplimiento total como el retraso en el cumplimiento, el cumplimiento parcial y el defectuoso, lo cierto es que no cualquier incumplimiento es suficiente para provocar la resolución. En este punto resultan muy interesantes las observaciones que hace el autor mostrando cómo, a veces por caminos distintos, las soluciones a las que llega nuestro ordenamiento son muy semejantes a las del derecho inglés, a las de CV, o a las de los principios para los contratos comerciales de UNIDROIT y los principios de Derecho Europeo de los contratos.

Efectivamente, no cualquier incumplimiento es suficiente para provocar la resolución, incluso si lo es de una obligación principal, puesto que es preciso que el incumplimiento sea de cierta importancia. Así, Clemente Meoro constata que el Tribunal Supremo valora la entidad del incumplimiento y atiende principalmente al resultado que éste provoca en la relación contractual objetivamente considerada, sin perjuicio de que en ocasiones se empleen formulaciones objetivas y subjetivas de la gravedad del incumplimiento (§§ 38 y 39).

El autor no deja de ocuparse de los supuestos de coordinación entre las acciones edilicias y la acción de resolución por incumplimiento (§ 41), así como del supuesto del retraso en el cumplimiento (§§ 43 a 45), si bien centra su atención, sobre todo, en el requisito jurisprudencial de la *voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*, que vendría a añadirse al de la gravedad o importancia del incumplimiento (§§ 47 a 51). Muestra este autor cómo, desde las primeras sentencias de los años cuarenta hasta las de las dos últimas décadas, se ha ido produciendo una evolución en la concepción de dicho requisito, cuyo significado literal ha ido matizándose. Al igual que lo hiciera Jordano Fraga respecto del artículo 1504 (*La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil*, Madrid, 1992), Clemente Meoro examina un gran número de decisiones jurisprudenciales que le lleva a concluir que, en la práctica, la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» no ha sido nunca un verdadero requisito autónomo de la resolución, sino que, detrás de esta mención, se encontraban otras circunstancias relevantes para declarar o no la resolución (la gravedad del incumplimiento, la imputabilidad del incumplimiento, la ausencia de incumplimiento, o el abuso de

la facultad resolutoria, entre otros). Concluye afirmando que hoy en día la propia jurisprudencia está sustituyendo el requisito subjetivo de la «voluntad deliberadamente rebelde» por el más objetivo de la «frustración del fin», de tal forma que se puede sostener que la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» no es más que uno de los supuestos de incumplimiento resolutorio (vid. De la Haza, *El incumplimiento resolutorio*, pp. 90 a 97 y 140 a 144).

Clemente Meoro estudia la *imposibilidad sobrevenida fortuita*, como no podía ser menos, dada la divergencia que hay entre nuestros autores, si bien se va imponiendo, cada vez más, la opinión conforme a la cual el acreedor dispone del remedio resolutorio del artículo 1124 CC incluso en este supuesto (§ 54). Afirma, que en nuestro Derecho existe una laguna legal en cuanto a las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida fortuita, y dicha laguna se ha de colmar con la figura de la resolución, teniendo en cuenta los principios en los que ésta se inspira. A la misma conclusión llegó en su anterior monografía (*La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992, pp. 174 y 175). Pero, a diferencia de lo que defendió entonces, inspirado quizá por las soluciones que al respecto ofrece el derecho inglés, que reconoce una resolución automática en los casos de *frustration* (incluye supuestos que van más allá de la imposibilidad física o jurídica), actualmente sostiene, creemos que con mejor criterio, que en los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita la resolución no opera de forma inevitable, sino que sigue siendo una facultad de la parte perjudicada por el incumplimiento que puede optar por no emplearla (solución semejante por otro lado a la que contienen los Principios de UNIDROIT y los de Derecho Europeo de los contratos).

Por último, el autor denuncia la ausencia de una previsión legal de una resolución por *incumplimiento anticipado*. Defiende la facultad de resolución en el supuesto de que el deudor se ponga en situación de no poder cumplir y el acreedor todavía no haya cumplido (por no haber vencido su propia obligación), pues de otra manera, resultaría que el acreedor tendría que cumplir y posteriormente demandar de resolución. Sin embargo, admite que mientras que la ejecución de la prestación sea posible y no haya vencido la obligación, aunque el deudor muestre su intención de no cumplir, el acreedor no puede resolver. Expone la utilidad de esta figura en el derecho inglés y su reconocimiento tanto en la CV (art. 72) como en los principios de UNIDROIT y de Derecho Europeo (§ 53).

2.4. Sin disminuir el valor del resto de la obra, consideramos que las aportaciones más importantes del autor al estudio de la figura de la resolución por incumplimiento se encuentran en los capítulos dedicados al ejercicio de la facultad resolutoria (cap. III, §§ 21 a 36) y a los efectos que produce la resolución por incumplimiento (cap. V, §§ 55 a 71). Por ello, realizaremos aquí una exposición más detallada.

3. El ejercicio de la facultad resolutoria constituye uno de los aspectos más descuidados por nuestra doctrina (si bien ha recibido especial atención en la obra de Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Granada, 1986, y se encuentran interesantes referencias a las forma de ejercicio de la resolución en el comentario al artículo 1124 CC de Montés Penadés, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, pp. 1171 y ss.). Son muy numerosas e interesantes las cuestiones tratadas en este punto, muchas de ellas de difícil solución si tenemos en cuenta la ausencia de previsión legal expresa. A todas ellas el autor ha sabido dar una salida satisfactoria con una argumentación jurídica irreprochable, lo cual no quiere decir que necesariamente se haya de compartir. Pasamos a realizar una breve referencia a alguna de ellas, en concreto aquellas que hasta este momento estaban más descuidadas por parte de nuestra doctrina.

3.1. La primera cuestión a la que se enfrenta el autor en este punto se refiere a la forma de ejercicio de la facultad resolutoria (§ 21). Tal y como hoy en día defiende la mayoría de la doctrina, Clemente Meoro parte del reconocimiento de la debilitación del carácter judicial de la resolución por incumplimiento en nuestro derecho, con relación al carácter marcadamente judicial que tradicionalmente tenía en derecho continental.

Admite que en nuestra jurisprudencia se puede hablar de dos líneas jurisprudenciales: la primera de ellas entiende que sólo es posible la resolución extrajudicial si el deudor acepta la opción del acreedor por la resolución, y la segunda, considera que la sentencia ha de limitarse a declarar si la resolución se ajustó o no a derecho. Clemente afirma que esta segunda línea se corresponde mejor con la naturaleza de facultad-derecho potestativo que en nuestro ordenamiento se atribuye a la facultad resolutoria. En definitiva, sostiene que en nuestro derecho es posible el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria por declaración del acreedor.

Además muestra cómo en la CV, en los principios de UNIDROIT y en los de Derecho Europeo, la resolución por incumplimiento es concebida como una facultad del acreedor que se ejercita mediante declaración dirigida a la otra parte, con lo que nada apunta hacia una resolución judicial como la prevista en el Código civil francés (art. 1184).

En clara consonancia con lo anterior, afirma Clemente que la resolución se perfecciona en el mismo momento en que se ejercita la facultad. En caso de que se haga en la *vía judicial*, será en el momento de interposición de la demanda (a no ser que se ejercite de forma alternativa o subsidiaria a la pretensión de cumplimiento en cuyo caso sus efectos se producirán con la sentencia que la declara). En el supuesto de *ejercicio extrajudicial* de la resolución, ésta se perfecciona en el momento en que el acreedor realiza la declaración (§ 22).

3.2. El artículo 1124 CC establece que la *legitimación activa* para resolver corresponde a la parte contratante que sufre el incumplimiento. Clemente Meoro analiza los supuestos que considera conflictivos. Y llega a la conclusión de que el acreedor del contratante facultado para resolver, no está facultado para ejercitar en la vía subrogatoria (art. 1111 CC) la resolución contra el deudor de su deudor, sino que, como regla general, únicamente puede exigir el cumplimiento. Excepcionalmente, si el cumplimiento deviene imposible, estará facultado para resolver a efectos de reintegrar al patrimonio de su deudor la prestación que en su caso hubiese realizado y que de otra manera carecería de contrapartida (§ 23).

En los supuestos de *cesión de crédito*, se ha defendido que con la cesión del crédito no se transmite al cesionario la facultad resolutoria, que continúa en manos del cedente, y se ha afirmado que el cesionario es tercero respecto de la relación obligatoria y no tiene interés en la resolución. Clemente Meoro, sin embargo, sostiene que si bien en los supuestos en los que el cedente no ha cumplido es cierto que el cesionario no tiene interés en la resolución, en los casos en los que el cedente ha realizado su prestación, el cesionario tendrá interés en la restitución de la misma por el deudor cedido y por tanto en la resolución (§ 24). A una solución semejante llega en los supuestos de subrogación de un tercero en el crédito, afirmando que el subrogado en el crédito se subroga igualmente en las demás facultades inherentes a la condición de acreedor y entre ellas está la resolución por incumplimiento (§ 25).

En los *contratos con estipulación a favor de tercero* se cuestiona la posibilidad del ejercicio de la resolución ante el incumplimiento del promitente, en el supuesto de que el tercero ya hubiese aceptado. No le cabe duda de que el beneficiario carece de interés en la resolución pero también que ésta le afecta, lo cual le lleva a concluir que en caso de incumplimiento del pro-

tente, el estipulante no puede ejercitar la facultad resolutoria sin el consentimiento del beneficiario.

En relación con la *legitimación activa* para resolver en los supuestos de *cotitularidad del crédito* (§ 28), Clemente Meoro parte del hecho de que la resolución determina la extinción de la relación obligatoria y que, por tanto, ha de considerarse un acto de disposición del crédito. Esto excluye la posibilidad de que uno de los acreedores la ejercite en beneficio de los demás (excepto en el supuesto de solidaridad activa, en cuyo caso uno de los acreedores sí puede ejercitar la resolución en beneficio de los demás). Así lo reconoce, con carácter general, la jurisprudencia, que exige el consentimiento de todos los acreedores (especial solución tiene el supuesto en el que la prestación debida por el incumplidor sea divisible).

Una vez admitido el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria por simple declaración del acreedor, y situados en el supuesto de pluralidad de acreedores, si bien es necesario que todos ellos realicen conjuntamente la declaración de resolución, no lo es que ejerciten conjuntamente la acción para hacer valer la resolución.

Respecto del contrato de arrendamiento, existen decisiones jurisprudenciales que lo han considerado un acto de administración que puede llevar a cabo de manera individual uno de los comuneros en beneficio de la comunidad o que sólo exige acuerdo de la mayoría. En cuanto a la resolución del arrendamiento, aclara Clemente que una cosa es la copropiedad del bien arrendado y los actos de administración relacionados con éste, y otra cosa es el acto de disposición de un derecho de crédito nacido de una relación obligatoria de carácter arrendaticio. Por esta razón, concluye que, si bien es posible conceptuar la resolución como un acto de administración con relación a la cosa común, no deja de ser un acto de disposición del crédito. Cabría considerar que la resolución instada por uno de los comuneros tuviera efectos respecto del arrendatario pero no respecto del comunero que no consintió.

3.3. Muy interesantes resultan las referencias a la CV, a los principios de UNIDROIT y de Derecho Europeo en materia de *pérdida de la facultad resolutoria*. En casi todos ellos se regula de forma expresa la posibilidad de que el acreedor pierda dicha facultad como consecuencia de su ejercicio tardío, coincidiendo todos ellos en los supuestos de cumplimiento tardío y defectuoso cuando el acreedor no resuelve en un plazo razonable a contar desde que tuvo conocimiento del incumplimiento o debió tenerlo (en este punto la CV amplía los supuestos de incumplimiento en los que el acreedor puede perder la facultad resolutoria). Nuestro ordenamiento no prevé de forma expresa la pérdida de dicha facultad y, sólo con el recurso a la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos, podrían establecerse supuestos de pérdida (§ 32).

3.4. Clemente Meoro dedica especial atención al supuesto en el que el acreedor no puede restituir lo recibido (§ 34). Se pregunta, si en ese caso queda impedido el ejercicio de la facultad resolutoria (como sucede en el art. 82 CV con las excepciones en él previstas). Ante la ausencia de previsión legal expresa, llega a la conclusión de que, a pesar de que el acreedor no pueda restituir la prestación *in natura* o no pueda restituirla en el mismo estado en que la recibió, ello no le impide ejercitar el remedio resolutorio, puesto que, creemos con buen criterio, la restitución no es más que uno de los efectos de la resolución, no un presupuesto de la misma (además, tal y como veremos al analizar los efectos de la resolución, sostiene que en estos casos es posible restituir el equivalente).

3.5. El § 35 lo destina al estudio de la *legitimación pasiva*, y hemos de destacar la atención que dedica al supuesto de pluralidad de sujetos en la parte incumplidora. Respecto de este supuesto, señala que en el caso de que las prestaciones sean divisibles, la solución más acorde con los intereses en juego es que

el acreedor insatisfecho por el incumplimiento de alguno o algunos de los deudores, pueda proceder a la resolución parcial, sin tener que recurrir a la resolución de la integridad de la relación. Por otro lado, recuerda que no cabe duda de que, el hecho de que sólo uno de los deudores haya incumplido, no limita los efectos de la resolución al deudor incumplidor, sino que alcanza también a los deudores cumplidores si el incumplimiento tiene la suficiente entidad.

4. El autor destina el quinto y último capítulo del tratado a los *efectos que produce la resolución por incumplimiento*. Creemos que acierta plenamente Clemente Meoro cuando afirma que el principal efecto de la resolución es la liberación de ambas partes, que dejan de estar obligadas a ejecutar las prestaciones pactadas y aún no ejecutadas (§ 55). Reconoce este autor que, aunque el artículo 1124 CC no diga nada al respecto, no cabe duda de que en nuestro ordenamiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostiene como principio general el carácter retroactivo de la resolución, que genera deberes de restitución a cargo de las partes (las excepciones al carácter retroactivo de la resolución son las siguientes: *a*) cuando no hay restitución por no haber realizado ninguna de las partes la prestación puesta a su cargo, o si lo resuelto es un contrato preparatorio de otro; *b*) la resolución de contratos de tracto sucesivo cuando ambas partes han ejecutado durante algún tiempo sus respectivas prestaciones; *c*) respecto de las obligaciones de hacer parcialmente realizadas es posible que la resolución sólo opere parcialmente) (§§ 57 y 58). Esta retroactividad que se predica de la resolución, no impide que subsistan determinados efectos del contrato, y así la resolución no afecta a las cláusulas contractuales pactadas para el caso de incumplimiento o de resolución (ej., cláusulas penales), ni a las cláusulas de sumisión expresa o a las de compromiso arbitral (§ 59).

Sin embargo, estima Clemente que sería conveniente, antes de realizar cualquier afirmación, comprobar si efectivamente se puede calificar de retroactivo el alcance de los deberes recíprocos de restitución respecto de los frutos, intereses, actos de administración y disposición, mejoras, deterioros y pérdidas.

4.1. En primer lugar, es necesario determinar si, producida la resolución, las partes han de restituirse sólo el objeto de la prestación o también los *frutos* que haya producido o los *intereses* del precio. En este punto Clemente se decanta por la que considera opinión general y defiende la aplicabilidad del artículo 1123 CC, lo que viene a significar que las partes han de restituirse el bien con los frutos y el precio con los intereses percibidos, e incluso los que se hubiera podido percibir (§ 60). Puntualiza el autor, que ello no significa que se quiera borrar los efectos producidos con el contrato, sino simplemente se pretende lograr el restablecimiento de la situación patrimonial. Antes de llegar a esta solución, ha descartado el recurso a otros preceptos del Código civil: los artículos 451 y 455 que regulan la liquidación del estado posesorio del poseedor vencido por una reivindicatoria; la aplicación de las soluciones previstas en el Código para la restitución por pérdida de eficacia del título del *accipiens* (en este sentido declara que no sirven para regular la restitución derivada de la resolución, el art. 1120.1.2 CC que establece los efectos del cumplimiento de la condición, el art. 1295 CC y el art. 1303 CC que regulan la restitución en supuestos de rescisión y nulidad respectivamente); la solución prevista en el artículo 1478.2 CC en los supuestos en que el comprador es vencido por evicción; el artículo 1519 CC en el supuesto de ejercicio del retracto convencional; y el artículo 651 CC referido a los supuestos de revocación de la donación por supervivencia o superveniencia de hijos e ingratitud.

4.2. Por lo que respecta a los efectos de la resolución sobre *los actos de administración* llevados a cabo por las partes durante la vigencia de la relación contractual, Clemente Meoro sostiene que la regla general debe ser que los

actos de administración llevados a cabo por el *accipiens* durante el tiempo en que poseyó el bien, no vinculan al *solvens*, salvo que existan terceros protegidos de forma expresa por una norma legal (§ 61). Regla general que se desprende del artículo 1520 CC respecto del retracto convencional, interpretado en el sentido de que el supuesto del arrendamiento funciona como única excepción al efecto retroactivo de la resolución de la venta como consecuencia del retracto.

4.3. En cuanto a los *gastos necesarios*, el principio general que se extrae de los artículos 453.1, 472.3, 1518.2 y 1898 CC es que éstos han de abonarse al *accipiens*. Lo cual encuentra justificación en el hecho de que si el *solvens* tiene derecho a que se le restituyan los frutos, el *accipiens* tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios para la conservación del bien y obtención de frutos (§ 62, núm. 256).

4.4. En materia de *gastos útiles y mejoras*, afirma Clemente que son dos los regímenes previstos en el Código civil. En determinados supuestos, el Código civil concede, a quien ha sufragado las mejoras, el derecho al abono de las mejoras o incremento del valor experimentado (así sucede en el art. 453.2 CC respecto del poseedor de buena fe, en el art. 1518.2 CC en el supuesto de retracto convencional y en el art. 1652.1 CC respecto del contrato de enfiteusis). En otros casos, el Código civil atribuye el derecho de retirar las mejoras a quien las ha realizado, siempre que ello no suponga detrimento del bien (así lo establece el art. 487 CC para el usufructo, teniendo en cuenta que el art. 1123.2 CC se remite al art. 1122 CC que a su vez, respecto de las mejoras se remite a las reglas del usufructo).

Clemente reconoce que la solución basada en la aplicación del artículo 1123 CC, y por remisión, del régimen contenido en el artículo 487 CC, ha sido defendida por nuestra jurisprudencia. Aunque admite que es fácilmente defendible la aplicabilidad de dichos preceptos, prefiere decantarse, como solución óptima, por la regla del abono de los gastos útiles al *accipiens*, y ello por la mayor analogía existente entre la resolución por incumplimiento y el supuesto regulado en el artículo 1652.1 CC de «comiso o rescisión por cualquier causa del contrato de enfiteusis» (§ 62, núm. 258; en el mismo sentido Pantaleón Prieto, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719 y ss.). La aplicación del régimen previsto en este precepto a los supuestos de resolución por incumplimiento, requiere, según Clemente, una serie de precisiones: a) en la medida en que el abono de las mejoras puede suponer una limitación de la facultad resolutoria del contratante no incumplidor, ha de reconocérsele el derecho a rechazar la restitución *in natura* y por tanto la facultad de optar por la restitución en equivalente; b) si conforme al régimen del contrato en cuestión, el contratante no tiene derecho al abono de las mejoras, sino sólo a retirarlas (ej., art. 1573 CC en arrendamiento de cosas y art. 23.2 LAU) no hay razón para que ostente tal derecho en caso de resolución por incumplimiento; c) si el contratante incumplidor llevó a cabo los gastos útiles o mejoras con posterioridad a la resolución, será considerado poseedor de mala fe y conforme al artículo 455 CC no tendrá derecho al abono de las mejoras.

4.5. La regla es que la restitución derivada de la resolución por incumplimiento ha de realizarse *in natura*, si bien, en caso de que ello no sea posible, la restitución se realizará en principio a través del equivalente pecuniario. Sobre la pérdida o deterioro fortuito de la cosa objeto del contrato, se plantea la cuestión de distribución de riesgos entre las partes y para su solución debe distinguirse según que la pérdida o el deterioro se produzca antes o después de que el contratante no incumplidor opte por la resolución (§ 63).

En el supuesto de que la cosa se pierda por caso fortuito antes de que el contratante no incumplidor opte por la resolución, la solución que mejor responde al principio de reciprocidad en la restitución y al de menor desplazamiento del riesgo, es la de que ambas partes sigan obligadas a restituirse recíprocamente y el que no pueda hacerlo en forma específica que lo haga por el equivalente (de tal forma que la pérdida fortuita la sufre el deudor de la restitución y, sólo en el caso de que la pérdida de la cosa sea consecuencia del incumplimiento, el riesgo lo sufre el incumplidor acreedor de la restitución). A favor de esta solución cita los artículos 1487 y 1488 CC y niega expresamente la solución a la que llevaría la aplicación del artículo 1122.1 CC al que se remite el artículo 1123 CC en caso de pérdida, deterioro o mejora (que supondría que, en caso de pérdida fortuita del objeto, tanto acreedor como deudor incumplidor quedasen liberados de restituir). Si la cosa se pierde después de que el contratante no incumplidor opte por la resolución, los riesgos son de cuenta del contratante incumplidor.

Por lo que respecta a los *deterioros fortuitos*, la regla es que si el deterioro se produce antes de la opción por la resolución, los riesgos los sufre el deudor de la obligación de restituir (sea el incumplidor o el resolvente) debiendo restituir por el equivalente la diferencia de valor antes y después del deterioro. En caso de que el deterioro se produzca después de que el contratante no incumplidor haya optado por la resolución, el deterioro lo sufre el acreedor de la restitución, salvo que el deudor estuviere en mora, lo que normalmente ocurrirá para el incumplidor mediante el allanamiento del que resuelve a restituir y la intimación al incumplidor a la restitución mediante requerimiento o demanda resolutoria.

5. A los efectos frente a terceros de la resolución por incumplimiento dedica el § 64, y a la relación entre el remedio resolutorio y la indemnización de daños y perjuicios los §§ 66 a 74. Por lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, no cabe duda de su compatibilidad con el remedio resolutorio, pues así lo establece expresamente el artículo 1124 CC en su párrafo segundo, por lo que Clemente Meoro centra sus esfuerzos en la determinación del interés que tutela la indemnización y se adhiere a la opinión doctrinal que defiende la tutela del interés contractual positivo o interés de cumplimiento, frente a la doctrina que defiende que la indemnización ha de cubrir únicamente el interés contractual negativo o interés de la confianza. Realiza un interesantísimo muestreo de decisiones jurisprudenciales que se enfrentan a la cuestión, sin que pueda hablarse ni mucho menos de uniformidad en las mismas (§ 67).

Clemente señala que, para el cálculo del daño sufrido por el resolvente, se ha de tener en cuenta que, con la resolución, el resolvente recupera la prestación ejecutada o deja de estar obligado a ejecutarla. Por tanto, en el cálculo del interés positivo, se ha de restar del valor de la contraprestación a la que se renuncia, el valor de la prestación que se recupera (§ 69). Además, precisa Clemente que el momento a tener en cuenta para la valoración del daño resarcible no es el del incumplimiento o el de la resolución, sino el de la liquidación del daño (§ 70).

Pero Clemente Meoro va más allá. Después de reconocer que el artículo 1124 CC sólo se refiere al interés positivo, se plantea la posibilidad de que, a través de otros principios y reglas de derecho dispositivo, pueda el resolvente exigir el interés negativo que le interesará cuando no haya daño positivo o éste sea inferior al negativo (§ 67, núm. 279). Ante la hipótesis de concurrencia de daño positivo y negativo y admitiendo que el acreedor se encuentra facultado para reclamar el resarcimiento tanto en la medida del interés contractual positivo como negativo, declara Clemente que permitirle exigir ambos podría ser

abusivo e incluso contradictorio, por lo que resulta necesario que escoja entre uno u otro (§ 68).

Por último, el autor hace una referencia a los supuestos de resolución por imposibilidad sobrevenida, respecto de los cuales no reconoce el remedio indemnizatorio (§ 74).

6. Creemos oportuno terminar esta recensión con la misma observación con que la iniciamos, en el sentido de reiterar que la obra que nos ocupa constituye un auténtico tratado sobre la facultad resolutoria por incumplimiento, con una brillante exposición e interpretación tanto de la ley española, como de los principios que rigen hoy en día la contratación internacional, así como un excelente y exhaustivo examen de jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en todos los aspectos relacionados con la institución de la resolución, que la convierten sin duda en la obra más completa que existe sobre la materia en nuestro panorama jurídico.

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA

LAMBERTI, Francesca: *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana, I*, ed. Jovene, Napoli, 1996, XI y 170 pp.

1. La autora presenta un trabajo que —como indica el número adjunto al título— promete una segunda parte, cuya aparición debemos esperar por ahora. El libro se estructura en tres capítulos precedidos de un apartado breve de *Note introduttive*: cap. 1.º «*In rerum natura esse*» e «*intellegi*»; cap. 2.º «*Postumi*» *nel quadro della successione legitima*; cap. 3.º «*Si filius genitur*» e «*testamentum*»: *vicenda medio- e tardo-republicana*.

El trabajo se centra en la figura del *postumus*. Éste es el término que la autora escoge (o más exactamente en plural, *postumi*) como objeto de estudio. Su significado es equívoco, lo que tratará de resolver al principio. La autora invoca (p. 15) la necesidad de analizar la figura no de un modo simplemente dogmático, es decir de construcción jurídica, sino teniendo en cuenta las demás implicaciones (psicológicas, familiares, afectivas, sociales, económicas o políticas). Por eso alude en el título a la «*experiencia jurídica romana*». No, según creo deducir, con el fin de separar ésta del Derecho moderno, sino de ahondar con depurado método, es decir, evitando aplicaciones anacronísticas de la dogmática moderna en la concepción (en sentido pleno) romana del objeto propuesto. La expresión «*experiencia jurídica*» que ha obtenido tan feliz fortuna en las obras de romanistas y civilistas, es una valiosa aportación del filósofo italiano Giuseppe Capogrossi. La captación de la «*experiencia*» significa mucho más que constatar una solución jurídica a un problema dado o identificar una determinada institución. Implica, por el contrario, el deber a cargo del intérprete de instalar esa solución o esa figura en un contexto vital determinado, sirviéndose de todos los factores que contribuyan a su aproximación, no limitándose, además, al solo estudio de las llamadas fuentes jurídicas.

En el tema propuesto (a diferencia de lo que ocurre con la familia en general) se advierte un paréntesis de inactividad científica —que la autora ha visto bien— que nos separa, en un enorme hiato de medio siglo o más, de los clásicos trabajos sobre el concebido (de Albertario, Solazzi o Robbe, por citar algunos de los más conocidos). La oportunidad de un nuevo tratamiento del tema se acrecienta si se piensa en la evolución que el método de investigación romanística ha experimentado en las últimas décadas: entre otras cosas, ha significado, por un lado, una profunda revisión de los excesos de la crítica interpolacionísta-