

# EL PRINCIPIO DE LA RETROACTIVIDAD DE LA RESOLUCION CONTRACTUAL

Hugo Forno Flórez  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad de Lima

## 1. PRESENTACION

Dentro del contexto de los trabajos que viene desarrollando el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima para elaborar un proyecto de ley de enmiendas al Código Civil, el doctor Carlos Fernández Sessarego tuvo la gentileza de solicitar mi opinión sobre la propuesta de modificación al artículo 1372 del Código Civil que el doctor Carlos Cárdenas Quirós presentó con su carta de 3 de enero de 1994. Para tal efecto, el doctor Fernández no sólo me alcanzó copia de dicha carta sino que también me proporcionó copia de las cartas mediante las cuales opinaron los doctores Manuel de la Puente y Lavalle, Max Arias Schreiber Pezet y Eduardo Benavides Torres. En atención a aquella deferencia, por carta fechada el 24 de marzo de 1994 expresé mis puntos de vista sobre el particular. Esta carta, la que contiene la propuesta, así como las de los otros consultados fueron publicadas por la revista Cuadernos de Derecho N° 4. Lamentablemente, el contenido de mi carta ha sido de tal modo alterado que no traduce coherentemente mi pensamiento y presenta más bien en varios pasajes frases desarticuladas y privadas de sentido.

Por otra parte, THĒMIS - Revista de Derecho me ha pedido que contribuya con algunas ideas vinculadas a cualquier tema propio del Derecho de Contratos. Como la importancia que aquel tema reviste no es escasa, especialmente en el terreno de la práctica, porque compromete directamente la eficiencia del instrumento contractual, he ampliado el contenido de mi referida carta y le he pedido a THĒMIS - Revista de Derecho que tenga la cortesía de publicarla con fidelidad.

*Como anota el propio autor, el tema de la retroactividad o irretroactividad de la resolución ha motivado diversas polémicas -no sólo en nuestro país, sino también en otros ordenamientos jurídicos- aunque hoy ciertamente existe un mayoritario sector de la doctrina que se inclina por admitir la retroactividad como regla general.*

*Esta, sin embargo, no es la posición que adopta nuestro Código Civil, por lo que ha parecido necesario -en el seno de las comisiones de trabajo que ha organizado la Universidad de Lima para analizar una posible reforma del Código Civil- revisar lo dispuesto en el artículo 1372 del Código de 1984.*

*El presente trabajo constituye un análisis breve, pero profundo, de los alcances del principio de la retroactividad de la resolución contractual, así como del contenido del actual artículo 1372 del Código Civil y de la propuesta modificatoria elaborada por el doctor Carlos Cárdenas.*

*El doctor Forno, reconocido especialista en el Derecho de los Contratos, concluye su exposición proponiendo en texto de reforma del actual artículo 1372 del Código.*

## 2. LA PROPUESTA

El texto del artículo que propone Cárdenas es el siguiente:

«Artículo 1372.- La rescisión es declarada judicialmente. Los efectos de la sentencia correspondiente se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución opera judicial o extrajudicialmente. No tiene efectos retroactivos, salvo que la naturaleza de las prestaciones ya ejecutadas permita su restitución.

En los casos previstos en los párrafos anteriores cabe pacto en contrario.

En ningún caso se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.»

## 3. COMPOSICION DEL LUGAR

Indudablemente el problema más importante sobre el cual debate desde hace algún tiempo la doctrina nacional acerca de la problemática de la resolución, es el que concierne a la retroactividad -o irretroactividad- de sus efectos<sup>1</sup>. Dentro de este contexto, la solución también de ese mismo problema es lo que ha motivado la elaboración de la referida propuesta y lo único que se destaca en la exposición de motivos que la sustenta, por lo que la retroactividad o irretroactividad de la resolución será el tema de que tratarán las líneas que siguen<sup>2</sup>.

Aún cuando, como sostiene De la Puente (en la primera página de su carta de comentario a la propuesta), la doctrina mundial está en este aspecto dividida, es también cierto que, como él mismo lo puntualiza<sup>3</sup>, un sector abrumadoramen-

<sup>1</sup> Para conocer la verdadera magnitud de las discrepancias, echemos una ojeada a los antecedentes. El artículo 1458 del proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 (Comisión Reformadora), establecía expresa y claramente la retroactividad de la resolución salvo en el caso de los contratos de duración. Posteriormente, por obra de la Comisión Revisora, de Código Civil de 1984 consagró en su artículo 1372 la irretroactividad de la institución resolutoria. Luego, el Código Procesal Civil pretendió disponer la retroactividad de la resolución -salvo excepciones- en la modificación al artículo 1372 que ordenaba su Segunda Disposición Modificatoria. Finalmente, durante la *tacitio legis* del Código Procesal Civil, la Ley N° 25940 modificó el texto del repetido artículo 1372 dándole el contenido que ahora tiene, concediendo una retroactividad parcial a la resolución. De otro lado, en la doctrina nacional se presenta la misma diversidad de opiniones. De la Puente postula la irretroactividad de la resolución (ver: DE LA PUENTE, Manuel. *El Contrato en General. Primera Parte*. En: *Pura Leer el Código Civil*, vol. XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. t. II, p. 198 ss.). Bigio parece de la misma opinión porque explica que si bien la propuesta del texto del artículo 1372, tal como fue recogido inicialmente en el Código Civil de 1984 pertenece a De la Puente, él -Bigio- la sustentó en el seno de la Comisión Revisora (ver: "Exposición de Motivos Oficial del Código Civil". En: *separata especial del Diario Oficial El Peruano* Lima, 8 de abril de 1989. p. 5); además, ya lo había declarado en *El Comercio* el 12 de febrero de 1986. Por su parte, Arias Schreiber postuló inicialmente la tesis de la retroactividad, desde que él fue el autor de la ponencia en la Comisión Reformadora (incluso lo declaró expresa y claramente en la exposición de motivos -al artículo 82- de su anteproyecto sobre disposiciones generales de los contratos. En un pasaje de dicha exposición, el legislador puntualiza con énfasis que "Al producirse la resolución del contrato en las hipótesis anteriormente señaladas, sus efectos deben tener alcances retroactivos, con la evidente excepción de aquellos contratos de ejecución continuada o periódica respecto de las prestaciones ya realizadas."; ver: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980. t. II, p. 496). Según parece, después cambió de opinión ya que por carta dirigida a la Comisión Revisora el 19 de enero de 1983, expresó su conformidad con el texto final del artículo 1372, conformidad que se ve confirmada en su comentario a dicho precepto (ver: ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis Studium*, Lima, 1986. t. I, p. 120). Finalmente, creo que este autor ha cambiado nuevamente de opinión, pues al compartir la propuesta del doctor Carlos Cárdenas señala en su carta de 14 de febrero de 1994 que "[...] existen situaciones en las que es posible la restitución de las prestaciones no agotadas, dándole carácter retroactivo a la resolución".

<sup>2</sup> Resulta anecdótico -por lo menos- comprobar que hace algún tiempo ya se produjo este mismo debate en Italia y tuvo entre sus más connotados protagonistas a Walter Bigiavi y a Gino Gorla. Si bien la polémica se centró más claramente en la admisión o no del alcance real del efecto retroactivo, alcanzó un nivel tan interesante que debió ser resuelta -y efectivamente así ocurrió en opinión de Auletta- por la fuerza del legislador. De estas circunstancias nos da cuenta con detalle Giuseppe Giacomo Auletta en *La risoluzione per inadempimento*. Edizione Scientifiche Italiane - Giuffrè, Milán, 1942; especialmente p. 249 ss. También puede consultarse BARASSI, Lodovico. *La Teoria Generale delle Obligazioni* (vol. III, L'Attuazione). Milán, 1964, p. 410. Y -aunque es mucho más breve- ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento*. Granada, 1986. p. 242.

<sup>3</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit. Segunda Parte*. vol. XV, t. IV, p. 343.

te mayoritario se inclina por admitir la retroactividad en la resolución, y sólo un muy reducido sector postula la irretroactividad de la figura<sup>4</sup>. Lo propio ocurre a nivel del derecho comparado. Es verdad que estos datos no deben considerarse, por sí solos, decisivos para efectos de resolver el dilema, pero sí resultan ilustrativos porque permiten conocer la inclinación del pensamiento jurídico y la orientación de los códigos extranjeros, sobre un determinado aspecto de una institución de tanta trascendencia práctica como es la resolución.

Aunque no existe plena conciencia de ello entre nosotros, tengo la convicción -y espero demostrarlo en las líneas que siguen- de que gran parte de las discrepancias y de los desacuerdos -o por lo menos los alcances que ellos revisten- se deben a la falta de coincidencia sobre la propia esencia de lo que es la retroactividad o irretroactividad de la resolución, o al menos a la desinteligencia acerca del fenómeno al que se quiere aludir con esas expresiones, lo que conduce incluso a lecturas diferentes de un mismo precepto. Veamos este ejemplo: el segundo párrafo del artículo 1372 del código en su versión vigente, señala que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Según De la Puente (en la segunda página de su carta), este precepto en el fondo declara la irretroactividad. Sin embargo, no nos parece posible hacer una afirmación con carácter general como esa por cuanto dicha disposición en realidad declara en algunos casos una irretroactividad en los efectos resolutorios, pero en otros permite una retroactividad total o parcial, es decir, una retroactividad que puede ser más o menos acentuada según las circunstancias.

En efecto, si consideramos el supuesto de un contrato al que sobreviene una imposibilidad por causa no imputable, la resolución se produce automáticamente de modo tal que el momento en que tiene lugar la causal que motiva la resolución y la resolución misma se suceden sin solución de continuidad, con lo cual la aplicación de la norma excluiría prácticamente la retroactividad. En este caso el doctor De la Puente tiene razón.

En cambio, la situación es sustancialmente diferente cuando se trata de resolución por incumplimiento. Supóngase que una situación de incumplimiento se produce en enero de 1990 y el acreedor decide demandar judicialmente la resolución sólo en enero de 1992, obteniendo una sentencia resolutoria pasada en autoridad de cosa juzgada en abril de 1994. Debe reconocerse que por aplicación de la norma comentada, los efectos de la resolución pronunciada en la sentencia en 1994 se retrotraen a enero de 1990 que es cuando se ha producido la causal -el incumplimiento- que motiva la resolución. Lo mismo ocurre en el caso de resolución por excesiva onerosidad de la prestación. En estos casos, el doctor De la Puente no tiene razón.

#### 4. LA NOCIÓN DE RETROACTIVIDAD RESOLUTORIA Y SUS CONSECUENCIAS

Parece que es imprescindible por lo tanto, enunciar aunque sea en forma sucinta qué puede entenderse como retroactividad de los efectos resolutorios y cuáles son sus más importantes consecuencias. La retroactividad, afirma Miccio, tiene la característica de hacer aplicable una regulación a relaciones ya existentes al momento en que tal regulación entra en vigor, y de poder hacer caer así eventualmente derechos ya surgidos en virtud de una regulación precedente<sup>5</sup>. Puede señalarse con más propiedad que la retroactividad consiste en aplicar una regulación a la estructura de situaciones ya configuradas o a hechos ya cumplidos con anterioridad a la vigencia de tal normativa.

Por eso es conveniente dar a cada cosa, a cada situación su cabal sentido. La resolución puede tener efectos retroactivos o no. Serán retroactivos en sentido propio cuando se proyecten hacia atrás, **determinando necesariamente la restitución de las prestaciones**, la de los frutos y provechos, y la destrucción de los actos de administración realizados por aquél que recibió la prestación. Los efectos no serán retroactivos cuando tengan lugar para el futuro. Como sostiene Auletta<sup>6</sup>, las consecuencias más importantes del principio de la retroactividad pueden resumirse de esta manera:

<sup>4</sup> Por ejemplo, DELI' AQUILA. *La Resolución del Contrato Bilateral por Incumplimiento*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1961. p. 196, nota 11; OGAYAR Y AYLLON. *Efectos que Produce la Obligación Bilateral*. Aranzadi, Pamplona, 1963. p. 119; y ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *Op. cit.* p. 247. nos confirman que en el caso de la doctrina española, sólo Roca Sastre postula la irretroactividad del instituto.

<sup>5</sup> MICCIO, Renato. *I diritti di credito*. UTET, Turin, 1977. vol. II, parte II, p. 517.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 250.

1. La resolución extingue no sólo la adquisición del incumplidor, sino también las de aquellos que sucesivamente hayan adquirido de aquél derechos sobre el bien, a menos que a favor de ellos opere un título de adquisición autónomo como la prescripción, o una expresa disposición de la ley<sup>7</sup>;

2. Pierden valor todos los actos de administración celebrados por el incumplidor respecto del bien;

3. El incumplidor debe restituir al actor en resolución todos los frutos, provechos y ganancias obtenidos del bien. La misma restitución corre a cargo del actor en el caso en que haya recibido una prestación parcial o defectuosa.

Me interesa de manera especial destacar ahora, que el efecto restitutorio -o reintegrativo- (esto es, aquel en virtud del cual las partes se deben restituir las prestaciones ejecutadas) a que se refiere el numeral 1 anterior, no es otra cosa que la consecuencia más importante del principio de la retroactividad de la resolución pues determina que, como consecuencia de la resolución operada en fecha posterior, un contratante deba devolver un bien que recibió cuando se encontraba vigente la relación jurídica y que tuvo como causa de justificación jurídica dicha relación. Las otras consecuencias, que no son de escasa importancia, son meramente instrumentales o derivadas necesariamente de la primera.

En consecuencia, no puede dudarse de que sostener la irretroactividad de la resolución implicaría, en puridad, negar el efecto restitutorio de la resolución permitiendo que el contratante incumplidor pueda, no obstante haberse producido la resolución, retener la prestación recibida. Esta aclaración me parece relevante porque, como se verá más adelante, muchas veces se propugna la irretroactividad de la resolución pero no para negar el efecto restitutorio<sup>8</sup>. Que en rigor el efecto restitutorio sea consecuencia de la retroactividad y que por ello la negación de la retroactividad im-

pida tal restitución, es algo de lo que no debería dudarse más. En apoyo de este aserto resulta ilustrativo recordar que el artículo 1458 del proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Revisora, establecía que la resolución del contrato **tiene efectos retroactivos** entre las partes, **salvo** el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, en que la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas<sup>9</sup>. De esta cita lo que pretendo destacar es que la excepción a la retroactividad -es decir, la irretroactividad que se establecía para los contratos de ejecución continuada o periódica- significaba que las prestaciones ya ejecutadas no se restituían. En otras palabras, en los contratos de duración no tiene efectos retroactivos la resolución de manera que ésta no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Obsérvese que en la propuesta de artículo 1372 que ha elaborado Cárdenas, y que se ha transcrito al inicio de estas líneas, la retroactividad y la irretroactividad de la resolución tienen el mismo significado pues el -proyecto de- precepto vincula directamente el efecto retroactivo con este aspecto restitutorio ya que señala que hay efecto retroactivo si la naturaleza de las prestaciones permite su restitución. En otras palabras cuando sea posible restituir, la resolución es retroactiva; cuando sea imposible, la resolución no tiene ese alcance.

## 5. LOS ALCANCES DE LA RETROACTIVIDAD RESOLUTORIA

Lo que ha contribuido de manera importante a incrementar la confusión, y no parece haber existido entre nosotros suficiente conciencia de ello, es que cuando la doctrina comparada ha discutido acerca de la retroactividad, en realidad lo ha hecho sobre la intensidad y el alcance de este efecto. Así, Miccio después de enunciar la característica de la retroactividad de la resolución en los términos que se han dejado anotados, explica que para que pueda hablarse de retroactividad en sentido propio es necesario que tal influencia se proyecte

<sup>7</sup> Auletta ha podido referirse a la restitución de prestaciones en general pero se encuentra preocupado por el caso de contratos que hayan originado transferencias de bienes, y posteriores subtransferencias a terceros adquirentes.

<sup>8</sup> De la Puente, por ejemplo, explicando los efectos no retroactivos de la resolución, enseña sin embargo que en un juicio de resolución, si se declara fundada la demanda, "[...] la parte infiel deberá restituir la prestación que recibió en el estado en que se encuentre al momento de citársele con la demanda o, si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tenía tal prestación a ese momento". DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit. Segunda Parte*. vol. XV, t. IV, p. 346.

<sup>9</sup> Este precepto era copia casi textual del primer párrafo del artículo 1458 del Código Civil italiano de 1942, que tiene el siguiente tenor: «1458. Efectos de la resolución. La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto a los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas.

La resolución, aun cuando haya sido expresamente pactada, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución»

sobre derechos distintos de aquellos que derivan del acto que se elimina a causa de una intervención judicial o negocial<sup>10</sup>.

Por eso advertí oportunamente que no había uniformidad de criterios en torno a la connotación que tiene el concepto retroactividad y al fenómeno que se quiere significar con él. Igual que ahora lo hace Renato Miccio, un sector muy importante en la doctrina comparada defendió hace ya bastante tiempo la irretroactividad de la resolución, pero no negando la retroactividad en sentido estricto sino más bien para sostener que la retroactividad de la resolución sólo tiene alcances *inter partes* -a lo que se denomina retroactividad obligatoria- y no afecta a los derechos que los terceros (o que ciertos terceros) puedan haber adquirido de una de las partes entre el momento en que surgió la relación jurídica y el momento en que tuvo lugar la resolución -retroactividad real, relativa o absoluta-.

En efecto, como puede fácilmente comprenderse, la retroactividad puede tener diversos niveles de intensidad según los intereses en juego y la tutela que el legislador les dispense en cada caso. En base a estos principios, la retroactividad de la resolución se clasifica, según lo enseña Mosco<sup>11</sup>, de la siguiente manera:

1. Retroactividad con efecto obligatorio, cuando únicamente alcanza a las partes.
2. Retroactividad con efecto real relativo cuando alcanza, además de las partes, a ciertos terceros, como por ejemplo, a los terceros de mala fe o a los terceros adquirentes a título gratuito; pero quedan a salvo otros, como los terceros de buena fe o como los terceros adquirentes a título oneroso.
3. Retroactividad con efecto real absoluto cuando alcanza a las partes y a cualquier tercero.

En rigor, se considera conspicuos defensores de la irretroactividad de la resolución a quienes -como Walter Bigiavi<sup>12</sup>, Gino Gorla y Giuseppe Auletta (los dos primeros en la postrimería de la época del Código Civil italiano de 1865 y el último en el período de transición entre aquel código y el vigente)- postulan una retroactividad pero únicamente obligatoria, es decir, son más bien detractores de un alcance real en la retroactividad que de la retroactividad misma. Más aún, las teorías de los referidos autores -que coinciden en la conclusión pero con distinto fundamento- son las que guiaron al legislador italiano a consagrar una retroactividad real muy relativa<sup>13</sup> para la resolución.

Para demostrar que al hablar de irretroactividad los autores se han referido en verdad a la retroactividad obligatoria o con un efecto real muy relativo, resulta sugerente recordar que el propio Auletta sostiene que si se estudia la naturaleza de la resolución, la irretroactividad termina siendo un simple corolario; y agrega que, en conclusión, «[...] cuando en base al contrato resuelto o a su cumplimiento, el incumplidor ha adquirido un derecho real, los terceros, a los cuales éste haya transmitido un derecho real o de crédito, no pierden su derecho no obstante la resolución, con tal que se hayan observado las formas establecidas por la ley (inscripción o transmisión de la posesión) para la oponibilidad de la adquisición a los sucesivos adquirentes del *dante causa*; cuando por el contrario el incumplidor haya adquirido sólo un derecho de crédito, la cesión de él o la constitución de otro derecho de crédito a favor de un tercero no puede ser opuesta a quien ha obtenido la resolución»<sup>14</sup>.

Es muy significativo que Auletta sostenga que el problema de la retroactividad de la resolución ha sido legislativamente resuelto por el nuevo Código italiano<sup>15</sup>, si se considera que, como ya se ha recordado, el artículo 1458 de aquel código sanciona expresamente el efecto retroactivo de la resolu-

<sup>10</sup> MICCIO, Renato. *Op. cit.* vol. II, parte II, p. 517.

<sup>11</sup> Citado por ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *Op. cit.* p. 240.

<sup>12</sup> Este jurista es autor de uno de los trabajos más interesantes sobre la materia (Justamente se titula "*Irretroattività della risoluzione per inadempimento*". En: *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, I pp. 695-722) y fue seguido por el legislador italiano al momento de regular el efecto retroactivo de la resolución en el Código Civil italiano de 1942.

<sup>13</sup> En efecto, del artículo 1458 que se ha transcrito en la nota 9, se desprende claramente que el sistema italiano sólo permite -al menos para la hipótesis de incumplimiento- que la resolución afecte al tercero cuando la demanda de resolución se ha transcrito con anterioridad al derecho que el tercero invoca.

<sup>14</sup> AULETTA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 282.

<sup>15</sup> AULETTA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 289 ss. En verdad este autor cita las normas del Proyecto de Libro de las Obligaciones porque cuando escribió su obra citada el *Código* no se había promulgado todavía.

ción, dejando a salvo el caso de los contratos de duración y el derecho de tercero. Como ya se ha recordado también, esta era la tónica del proyecto elaborado por la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 y que fue modificada por la Comisión Revisora.

## 6. LA RESOLUCION TIENE EFECTOS RETROACTIVOS. CONSECUENCIAS

Habiendo quedado aclarado el sentido de lo que debe entenderse por retroactividad del efecto resolutorio, las consecuencias más importantes de tal principio y los diferentes grados de intensidad que puede alcanzar, no me parece inoportuno explicar ahora, de un lado, por qué sostengo que en los contratos de ejecución instantánea la resolución debe tener efectos retroactivos, y de otro, qué límites deberían gobernar tales efectos. Después expondré por qué la retroactividad -en el sentido propio que ya se le ha dado- de la resolución sí constituye una excepción en los contratos llamados de duración.

### a) Efecto retroactivo de la resolución

La resolución extingue una relación jurídica por causales -frecuentemente anomalías- que inciden en la propia relación jurídica pero que no afectan la estructura del contrato. Por esa razón se suele calificar a la resolución como un supuesto de ineficacia funcional, a diferencia de otros fenómenos como la anulación o la rescisión que se originan por defectos ubicados en la propia estructura del contrato y que por ello se califican como supuestos de ineficacia estructural. Este solo hecho no puede conducir a que la retroactividad deba admitirse únicamente en las hipótesis del segundo tipo y negarse en cambio en las del primero. En efecto, salvo en los casos de contratos de duración, cuando se extingue la relación jurídica se extingue íntegramente y no puede quedar subsistente en el pasado de suerte tal que deriven de ella derechos o permanezcan las consecuencias que se produjeron bajo su amparo. La extinción de la relación por resolución supone que ella no ha servido, o de cualquier modo no servirá, para provocar la satisfacción recíproca de los intereses de las partes de manera que debe retornarse -en principio- a la situación existente al momento en que ha surgido, lo que necesariamente exige una aplicación retroactiva del efecto resolutorio; ésta es la regla general.

El efecto restitutorio -o reintegrativo- (esto es, aquel en virtud del cual las partes se deben restituir las prestaciones ejecutadas) es inevitable (salvo las excepciones a que se aludirá más adelante) en la resolución, toda vez que haya existido principio de ejecución<sup>16</sup>.

Pues bien, para confirmar que lo anterior es exacto veamos a donde conduciría la predicada irretroactividad general de la resolución. Tómese, a modo de ejemplo, el caso de una compraventa de un bien mueble cualquiera. Supóngase que el vendedor cumplió con entregar el bien tan pronto como se celebró el contrato, es decir el 15 de enero de 1993. Supóngase, además, que el comprador tenía que pagar el precio el 29 de diciembre de ese año, lo que no ocurrió. Supóngase por último que el vendedor, después de requerir al comprador al pago en forma reiterada obtiene la resolución -sea judicial o extrajudicialmente- el 15 de abril de 1994. Negar el efecto retroactivo de la resolución, es decir, sostener que ésta opera sólo a partir de la fecha en que se produce en adelante (a partir del 15 de abril de 1994, en el ejemplo), significa sostener que entre el 15 de enero de 1993 y el 15 de abril de 1994 la relación se mantiene en el espectro jurídico no siendo afectada por la resolución. Esto llevaría finalmente al absurdo de sostener que como el bien se entregó el 15 de enero de 1993 y hasta esa época no llega la resolución, el comprador puede retener el bien que recibió al amparo de la relación de compraventa -es decir se negaría el efecto restitutorio-, lo que determinaría un empobrecimiento en el vendedor y un enriquecimiento del comprador a costa de aquél. Estaríamos premiando al incumplidor, y perjudicando gravemente a la otra parte.

Es claro en mi concepto que en los contratos de ejecución instantánea, la resolución tiene necesariamente carácter retroactivo que se proyecta hasta el momento mismo en que surgió la relación jurídica, porque ninguna etapa de ella encuentra justificada su subsistencia. Esta exigencia se debe, como he mencionado antes, a que los intereses recíprocos de las partes no encontrarán en absoluto satisfacción por medio de la actuación de dicha relación. En consecuencia, al verificarse la resolución con esta intensidad, desaparece íntegramente la relación jurídica. En verdad, salvo en el caso de los contratos de duración, que analizaré más adelante, no se puede negar que el efecto restitutorio deba tener lugar, sobre todo en casos como el del ejemplo esbozado líneas atrás, lo que

<sup>16</sup> ALVAREZ VIGARAY, Rafael. *Op. cit.* p. 237.

supone admitir necesariamente la retroactividad, al menos (por ahora) con alcance obligatorio, de la resolución. No importa si el bien materia de la prestación puede restituirse en especie, pues en caso contrario se restituirá por equivalente<sup>17</sup>. Después de cuanto se ha expuesto, no parece que pueda seguir dudándose de la necesaria retroactividad del efecto resolutorio en todos los contratos de ejecución instantánea.

## b) Restitución de los frutos y provechos

Veamos ahora qué ocurre con los frutos y provechos derivados de la prestación ejecutada. Es probable que este aspecto haya concentrado la preocupación principal del legislador y que al establecer la irretroactividad de la resolución en el texto original del artículo 1372<sup>18</sup> del código haya buscado exclusivamente evitar la restitución de los frutos y provechos. En efecto, la prohibición de la retroactividad que esta norma contenía no parece haber tenido el sentido de prohibir la restitución de las prestaciones ejecutadas; tampoco pretendió evitar que la resolución afectara a los terceros (de buena fe) porque el segundo párrafo expresamente lo protegía. De cualquier modo, creo que la restitución de los frutos y provechos que haya originado la prestación no debe quedar excluida de la resolución, al menos en una categoría importante de casos como es la de la resolución por incumplimiento.

Quisiera valerme de un ejemplo al que ya he recurrido en otro lugar, para poner de manifiesto las graves situaciones que pueden producirse si no se concede el derecho a la restitución de los frutos y provechos. Considérese que el 1 de enero de 1991 se celebró un contrato de compraventa de acciones de capital emitidas por una sociedad anónima, y que el precio habría de pagarse en dos cuotas anuales, es decir, el 31 de diciembre de 1992, la primera; y el 31 de diciembre de 1993, la

segunda. Supóngase además que el mismo día en que se celebra el contrato, la operación se inscribe en el libro de registro de acciones que lleva la sociedad emisora con arreglo a ley, y se trasmite el derecho de propiedad de las acciones a favor del comprador; supóngase también que durante el transcurso de 1991 y de 1992, la sociedad emisora de las acciones distribuye dividendos en especie consistentes en acciones de propia emisión, e incluso en acciones emitidas por otras compañías de las cuales la sociedad es accionista; supóngase, finalmente, que al 31 de diciembre de 1992 el comprador no paga la cuota correspondiente (es decir, la primera), y por esta razón el vendedor se ve precisado a resolver la relación de compraventa.

Sería ciertamente absurdo sostener que como la resolución se produce en el año 1993, el comprador no debe devolver las acciones que recibió en 1991 porque el efecto resolutorio no se extiende hacia atrás. Si el efecto resolutorio de las acciones vendidas no comprende los dividendos percibidos por el comprador entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992 por el argumento de que la resolución no es retroactiva, el comprador incumplidor podrá retener esas acciones definitivamente en su patrimonio. Sin embargo, no existe ningún principio lógico, jurídico o incluso de justicia, que justifique por qué en base a una relación jurídica que no ha funcionado, que no ha cumplido su finalidad y que por ello se extingue, los dividendos que el comprador recibió precisamente en base a la referida relación, deben permanecer legalmente en su patrimonio.

Es cierto que podría argumentarse que el vendedor tiene derecho a reclamar -en el caso de resolución por incumplimiento, pero no necesariamente en otros supuestos de resolución- indemnización por daños y perjuicios, y que dicha indemnización podría comprender el valor de las acciones que permanecen en el patrimonio del comprador.

<sup>17</sup> Así lo reconoce el propio De la Puente al señalar que en un caso como el del ejemplo propuesto en el texto "[...] la parte fiel deberá restituir la prestación que recibió en el estado que se encuentre al momento de citarse con la demanda o, si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tenía tal prestación a ese momento". (ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit. Segunda Parte*. vol. XV, t. IV, p. 346). No llego a entender, sin embargo, cómo en otro lugar de la misma obra, al defender la irretroactividad de la resolución, el ilustre autor sostiene una tesis distinta indicando: "Aun en los contratos con prestaciones recíprocas, aquellas de éstas que se ejecutaron antes de presentarse la causal resolutoria sobreviniente no tienen porqué verse afectadas por el posterior incumplimiento o imposibilidad de las respectivas contraprestaciones. Comprendo -continúa- que el contrato se resuelva cuando se pierda la reciprocidad, pero no veo la razón por la que esta resolución deba afectar las prestaciones efectuadas cuando la reciprocidad existía o, al menos, no había sido contestada". La explicación podría hallarse si se pudiera considerar que el autor citado se está refiriendo a los contratos de duración, lo que sin embargo no indica (ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit. Primera Parte*. vol. XI, t. II, p. 199).

<sup>18</sup> Recuérdese que este artículo tenía originalmente el siguiente tenor: "La rescisión de un contrato tiene efecto desde el momento de su celebración, en tanto que la resolución no opera retroactivamente, salvo disposición o pacto en contrario. En ningún caso se perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe".

Esta posibilidad -que ciertamente, reitero, no se presenta en todas las hipótesis de resolución- no estaría libre de controversia porque la propia ley que establece el efecto resolutorio le permitiría tal retención (como ocurre actualmente con el artículo 1372 de nuestro Código Civil), lo que la convertiría en legítima. Pero aún en el caso en que la indemnización se admitiera con ese alcance, lo cierto es que el vendedor habría perdido el porcentaje de participación que tenía en el capital de la compañía, participación que no volverá a alcanzar con la simple indemnización en dinero que se le otorgue. Perdería también, en este ejemplo, las acciones de las otras compañías que también le hubieran correspondido. Por su parte, el comprador incumplidor permanecería no obstante como accionista de dichas compañías. Este solo hecho puede tener repercusiones de importancia insospechada. Por otra parte, si se reconoce al vendedor el derecho a obtener una indemnización que comprenda el valor de las acciones que permanezcan en el patrimonio del comprador, de alguna forma se está reconociendo que dichas acciones corresponden al vendedor porque de otro modo sería injustificado que pueda reclamar el valor de las mismas. Si esto es así, ¿cuál sería el principio que justifica que el vendedor pueda exigir la restitución de los dividendos por equivalente y no pueda pretender -a pesar que ello es posible- que se los restituyan *in natura*?

Es verdad que pueden darse casos en los que resulta más discutible si la restitución de los frutos y provechos debe tener lugar porque el que los percibió de buena fe los consumió o los enajenó a un tercero (que a su vez puede haber obrado de buena o de mala fe). Me refiero no ya al caso en que la resolución tiene lugar por incumplimiento sino cuando opera por imposibilidad, o por excesiva onerosidad sobreviniente, etc. Este es el problema que se deriva de legislar de manera general los efectos de una figura como la resolución respecto de muy diferentes supuestos de hecho susceptibles de provocarla. Creo por ello que para el caso de los frutos y provechos debería evaluarse con detenimiento la posibilidad de aplicar las reglas de la posesión o acaso las que conciernen al pago indebido que son más completas, y que por lo demás resultan naturalmente aplicables al caso de la resolución retroactiva si se considera que al desaparecer la relación jurídica pierden su sustento y resultan no debidos los pagos efectuados.

### **c) La retroactividad de la resolución y los terceros**

Veamos finalmente el caso de los terceros. Para mantener la coherencia con el sistema seguido por el Código Civil de protección de los terceros

de buena fe, y en definitiva la seguridad del tráfico jurídico que justifica tal sistema, la resolución deberá tener efecto retroactivo con alcance real relativo. Esto significa que la retroactividad operará entre las partes plenamente, y también frente a los terceros salvo aquellos que puedan considerarse de buena fe.

Es importante aclarar que la intangibilidad del tercero de buena fe es sólo un mecanismo de protección del tráfico y no una limitación intrínseca de la retroactividad, de modo que toda vez que la prestación no pueda ser restituida *in natura* por encontrarse en la esfera jurídica de un tercero de buena fe, deberá restituirse su valor actual en dinero.

Entonces, si, en el ejemplo propuesto en el literal b) anterior, el comprador, antes de la resolución, hubiera dispuesto de las acciones vendidas o de las que recibió como dividendo, habría dos posibilidades; a saber: que el tercer adquirente haya procedido de mala fe; o, que haya procedido de buena fe. En el primer caso la resolución que extingue retroactivamente la relación entre comprador -incumplidor- y vendedor afectará necesariamente la adquisición del tercer adquirente, a quien no resulta ni lógico ni necesario proteger. Rige el principio: «resuelto el derecho del enajenante se resuelve el derecho del adquirente». Es claro que desaparecido el sustento jurídico en el cual descansaba el derecho del comprador y con él, el derecho mismo, no tiene la posibilidad de disponer de los bienes por lo que se extingue también la segunda enajenación. En el segundo caso la situación es diferente. Los mismos principios de seguridad en el tráfico que imponen la protección de los terceros de buena fe determinan que en este caso, la retroactividad sólo tenga efectos -llamados- obligatorios de modo que el tercero de buena fe no resultaría afectado y mantendría su adquisición. En este caso el comprador que no puede restituir los bienes en especie restituirá el valor que tengan al día en que tiene lugar la restitución.

Es importante tomar conciencia de que también en este caso la regulación general de las diversas hipótesis de resolución puede representar serias dificultades en la evaluación de los casos en que pueda considerarse de buena fe a los terceros. Por ejemplo, no es suficiente que en el caso de resolución por incumplimiento el tercer adquirente sepa -o esté en aptitud de saber- que el bien que está adquiriendo todavía no ha sido pagado<sup>19</sup>. Como regla general debe en todo caso considerarse de mala fe al tercero a partir del momento en que toma conocimiento que se ha producido la causal

resolutoria. Más específicamente, en el caso de resolución por incumplimiento, por ejemplo, cabría considerar de mala fe al tercero que conoce que el contratante no está o no estará presumiblemente en condición pagar el bien.

## 7. EXCEPCION AL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD. ALCANCES DE LA EXCEPCION

En los contratos llamados de duración, a diferencia de los de ejecución instantánea, la resolución y por tanto el efecto retroactivo -en su aspecto reintegrativo- opera generalmente con alcances diferentes porque la estructura de la relación es sustancialmente distinta de aquella que generan los contratos de ejecución instantánea. Por lo tanto, el funcionamiento de la resolución en este tipo de contratos sí constituye en general una verdadera excepción pues no se afectan las prestaciones recíprocamente ejecutadas, las que permanecen firmes, es decir, no rige el principio de retroactividad y como lógica consecuencia tampoco el efecto restitutorio.

La diferencia entre la categoría de los contratos de ejecución instantánea y los de ejecución continuada o periódica no consiste simplemente en la modalidad de la ejecución. Como enseña Osti, no deja de ser de ejecución instantánea el contrato sólo porque la prestación de una de las partes esté repartida en varias cuotas, en la medida en que el fraccionamiento se haya pactado con el propósito de facilitar el cumplimiento o por otra razón de oportunidad. En tales supuestos agrega este autor, el plazo de la obligación tiene naturaleza de elemento accidental en sentido técnico<sup>20</sup>. Incluso es posible, y ello no tiene importancia para establecer la distinción, que un contrato de ejecución instantánea (una compraventa a plazo, por ejemplo) se prolongue más en el tiempo que un contrato de ejecución continuada o periódica (como un arrendamiento o un suministro).

En las relaciones de duración existen, es cierto,

prestaciones que son por su propia naturaleza prestaciones continuadas (es el caso del uso de una cosa o la locación de un servicio). Pero este tipo de prestaciones no agota el espectro de esta categoría de relaciones porque pueden darse casos de prestaciones que formen parte de relaciones de duración y que sin embargo puedan ejecutarse de manera instantánea, de modo que deben ser repetidas periódicamente. En definitiva, las relaciones de duración pueden contemplar prestaciones que por su propia naturaleza son también continuadas, y también prestaciones que por su naturaleza son de ejecución instantánea.

La naturaleza de esta categoría y la duración en estas relaciones encuentra su explicación en que el interés de ambas partes o de una de ellas es un interés que se prolonga o se repite constantemente (o en forma periódica) en el tiempo, y las prestaciones previstas para su satisfacción no pueden sino tener la misma temporalidad<sup>21</sup>. Por eso se señala que las prestaciones en estas relaciones se suceden en el tiempo con la misma temporalidad con que el interés requiere ser satisfecho, de manera tal que puede considerarse que cada prestación es autónoma de la precedente y de la sucesiva. Por tal razón, cuando estas prestaciones se van ejecutando recíprocamente van quedando satisfechos también recíprocamente los intereses de las partes, de suerte que si en un momento tiene lugar la resolución, ésta no afecta aquella parte (o más bien aquella época) de la relación jurídica que cumplió su función logrando mediante su actuación o cumplimiento la satisfacción de ambas partes.

Como puede fácilmente observarse, elemento esencial que sirve incluso para la determinación de esta categoría es la función del tiempo relativa a la satisfacción de una necesidad durable que precisamente el contrato satisface, y la duración es pues condición de tal satisfacción<sup>22</sup>. En este caso no interesa si es posible o no restituir las prestaciones recíprocamente ejecutadas, pues aunque ello fuera posible no existe razón para pretender

<sup>19</sup> AULETTA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 253. Estas preocupaciones y la consideración de que en el caso de resolución por incumplimiento no puede hablarse de tercero de mala fe porque el incumplimiento no constituye vicio del título del primer adquirente, condujo al legislador italiano -que regula en el artículo 1458 del *Codice solamente* los efectos de la resolución por incumplimiento- a dejar a salvo de la retroactividad de la resolución a todos los terceros, salvo en los casos de anotación -en registros públicos- de la demanda de resolución.

<sup>20</sup> OSTI, Giuseppe. *Voz "Contratto"*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. UTET, Turín, 1957. vol. IV, pp. 462-535. Ver también "Contratto". En: *Scritti Giuridici*. Giuffrè, Milán, 1973. t. II, p. 769.

<sup>21</sup> DI MAJO, Adolfo. "Delle Obligazioni in Generale (arts. 1173-1176)". En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cargo de Francesco Galgano. Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 86.

<sup>22</sup> OSTI, Giuseppe, siguiendo el pensamiento de OFFO. *Op. cit.* p. 771.

dicha restitución. Esta duración o como mejor dice Messineo<sup>23</sup> el distribuirse la ejecución en el tiempo, constituye un elemento que forma parte de la causa del contrato. Comparto plenamente, **sólo para esta hipótesis**, la posición de De la Puente y los comentarios recogidos en la carta de Benavides.

Entonces, lo característico es que el tiempo, o mejor, la duración sirve para determinar su medida cuantitativa<sup>24</sup>. La utilidad del contrato, cree Messineo, es proporcional a su duración<sup>25</sup>.

Esto no significa que la resolución no pueda tener, aún en estos casos, efectos retroactivos. Supóngase que el suministrado -para usar el mismo ejemplo del suministro propuesto por Benavides- hubiera recibido mensualmente la mercadería durante un año completo pero no hubiera pagado nunca la retribución correspondiente, de modo que el suministrante obtiene la resolución del contrato. En este caso, aun cuando la resolución se produce en el segundo año de vida de la relación de suministro, tendrá efecto retroactivo en base a las mismas reglas que se han expuesto a propósito de los contratos de ejecución instantánea. En realidad considero que para este tipo de relaciones conviene mantener la fórmula -del texto del artículo 1372 vigente- según la cual la resolución se retrotrae al momento en que se produce la causal que la motiva.

## 8. EL ARTICULO 1372 DEL CODIGO CIVIL EN SU VERSION VIGENTE

No es mi propósito en este trabajo detenerme en la exégesis del precepto que contiene el artículo del rubro. No obstante ello, no puedo escapar a la tentación de expresar mi desconcierto acerca de la finalidad que realmente ha buscado el legislador al establecer de manera general<sup>26</sup> una eficacia de

la resolución que se proyecta hasta el momento en que tiene lugar la causal que la motiva. No parece haberlo empujado la idea de prohibir el efecto restitutorio de las prestaciones ejecutadas, restitución a la que expresamente alude la norma, y que en caso contrario no sólo resultaría absurdo, sino que conduciría a un enriquecimiento sin causa, como creo haberlo demostrado. Tampoco lo ha animado la idea de proteger al tercero de buena fe, que queda a salvo por la tutela que le dispensa el último párrafo. No queda sino pensar que ha pretendido prohibir la restitución de frutos y productos, con las graves consecuencias que han quedado anotadas.

## 9. MI POSICION FRENTE A LA PROPUESTA

Las consideraciones expuestas hasta aquí permiten inferir porqué no suscribo en toda su extensión la propuesta de Cárdenas. Estoy conforme con el primer párrafo. El segundo, no lo comparto. El fundamento en que se apoya la norma que contiene es equivocado en mi concepto pues parte de la posición que postulan los autores colombianos Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, que pasa por negar validez a la categoría de los contratos de duración y sostener que toda diferencia entre esos contratos y los de ejecución instantánea resulta inútil<sup>27</sup>. No me parece que Díez-Picazo sea partidario de la misma tesis como en cambio se ha pretendido.

No creo que el problema sea la posibilidad o no de restituir las prestaciones ejecutadas atendiendo a su naturaleza, que en el precepto que se propone es el criterio utilizado para determinar en qué casos opera la retroactividad y en qué casos no. Hace ya muchos años Auletta comentaba que la imposibilidad de restituir la prestación como criterio utilizado por los defensores de la irretroac-

<sup>23</sup> MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cico y Messineo (ahora continuado por Luigi Mengoni). Giuffrè, Milán, 1973. vol. XXI, t. I, p. 784.

<sup>24</sup> OSII, Giuseppe. *Op. cit.* p. 769.

<sup>25</sup> MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cico y Messineo (ahora continuado por Luigi Mengoni). Giuffrè, Milán, 1973. vol. XXI, t. I, p. 784.

<sup>26</sup> La solución es adecuada para el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, como acabo de manifestarlo, pero no como regla general extensiva también a los contratos de ejecución instantánea.

<sup>27</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General de los Actos o Negocios jurídicos*. Temis, Bogotá, 1980. p. 74 ss. Para una sistemática de las reglas generales propias de esta categoría ver MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cico y Messineo (ahora continuado por Luigi Mengoni). Giuffrè, Milán, 1973. vol. XXI, t. I, p. 786 ss. Ver también aunque más lacónico: MAIORCA, Sergio. *Il Contratto, profili della disciplina generale*. Giappichelli, Turin, 1984. pp. 91-92.

tividad, precisamente para establecer la irretroactividad de la resolución, comenzaba a no convenir ni a los propios autores de la referida tendencia<sup>28</sup>. Si la limitación obedece a la propia naturaleza de las cosas -es decir, a la imposibilidad de restitución derivada de la propia naturaleza de la prestación- cómo es que este criterio no se usa en el propio artículo para establecer la irretroactividad en los casos de rescisión. En otras palabras, si la rescisión siempre produce efecto retroactivo, salvo el caso en que opera la buena fe a que alude el último párrafo, cómo operará este principio cuando la naturaleza de las prestaciones no permita su restitución. Sea como fuere que opere, del mismo modo operaría en el caso de la resolución. Más aún, si la retroactividad no es posible por la imposibilidad de restituir la prestación, no veo cómo es que la norma permitiría el pacto en contrario, es decir, pactar la retroactividad -y por tanto la restitución- a pesar de la predicada imposibilidad.

Lo cierto es que en cualquier caso en que una prestación deba ser restituida y no pueda serlo *in natura*, se restituirá por equivalente. Considero por ello que la resolución deberá tener efectos retroactivos en los términos y con las excepciones que me he permitido plantear.

En cuanto al tercer párrafo, considero que sólo cabe pactar en contra de los efectos que la norma asigna a la resolución pues opino que no se debe permitir que se pueda pactar en contra de lo que establece el primer párrafo a propósito de la rescisión, de modo que debería hacerse referencia al «párrafo anterior» y no a los «párrafos anteriores».

En cuanto al último párrafo, me parece que debe referirse únicamente a los derechos de terceros adquiridos de buena fe.

## 10. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

En definitiva, considero que en los contratos de ejecución instantánea la resolución tiene efectos retroactivos que se remontan al momento en que se celebra el contrato y por ello debe producirse la restitución de la prestación y de los frutos o provechos percibidos. En los contratos de duración, la retroactividad sólo se remonta al momento en que se produce la causal que la motiva. Estos aspectos admiten pacto en contrario. La retroactividad real es relativa, con lo que alcanza al -eventual- tercer adquirente que obró de mala fe; no lo afecta si procedió de buena fe, con lo que en cualquier caso queda a salvo el derecho de tercero de buena fe. Pero si por respetar el derecho de tercero o por otras circunstancias no se puede restituir *in natura* la prestación o los provechos, se restituirá por equivalente.

Si se acogen las ideas expuestas, el artículo 1372 podría tener un texto como el siguiente:

«Artículo 1372.- La rescisión del contrato opera judicialmente y sus efectos se retrotraen al momento de su celebración.

La resolución del contrato opera judicial o extrajudicialmente y sus efectos se retrotraen al momento de su celebración, salvo el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica en los que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Lo dispuesto en este párrafo admite pacto en contrario.

En ningún caso se perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe.

Cuando la prestación o los provechos obtenidos no puedan ser restituidos en especie, se pagará el valor que tuvieran al momento de la restitución».

<sup>28</sup> AULETTA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 284.