

La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio¹

ANA SOLER PRESAS

Profesora Propia Agregada
Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE)

RESUMEN

*Nuestro CC no regula de forma unitaria y diferenciada la resolución como remedio general a disposición del acreedor que sufre un incumplimiento grave del contrato. Su construcción es obra de nuestra doctrina y jurisprudencia, inspirada por los textos armonizados –CISG, PECL, DCFR, PICC–. Pese a este notable esfuerzo, persiste la oscuridad y el debate sobre alguno de los aspectos o consecuencias del ejercicio del remedio resolutorio, en particular sobre **la función y el alcance de la restitución subsecuente a la resolución del contrato**, que el presente trabajo pretende aclarar.*

PALABRAS CLAVE

Resolución, restitución, condictio de prestación, remedios monetarios, utilidad de uso, liquidación de gastos.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Las fronteras del enriquecimiento injustificado en el Derecho privado» (DER2017-85594-C2), cuyos investigadores principales son los Drs. X. BASOZABAL y P. DEL OLMO, a quienes agradezco muy sinceramente que hayan ejercido como tales, contribuyendo decisivamente a la maduración de las ideas que a continuación se exponen. Con todo, el acreedor principal de mi agradecimiento es mi maestro, F. PANTALEÓN, que tan amablemente se presta a discutir mis opiniones y libra al lector de muchas desafortunadas. Las que resten son empeño y responsabilidad mía.

Unwinding terminated contracts: Restitution for Breach of Contract

ABSTRACT

*There is not a general and uniform regime for termination for breach of contract in spanish civil code. The current profile of termination as a general remedy for creditors is the result of both academic and judicial contribution, inspired by harmonized law and soft law. Despite this remarkable effort, there is still darkness and debate on **the role and scope of the restitution consistent with the termination of the contract**, which this paper aims to clarify.*

KEY WORDS

Termination of the contract, restitution for breach of contract, monetary remedies, settlement of expenses.

SUMARIO: Presentación.—I. *Premisas conceptuales*. 1.1 La *condictio* de prestación. 1.2 La resolución del contrato.—II. *Contenido de la restitución*.—2.1 La restitución del objeto de la prestación o de su valor. a) La determinación del valor a restituir. b) Los obligados a restituir por valor. Ejercicio 1: Confluencia de la restitución por valor con otros remedios frente al incumplimiento, especialmente con los monetarios. 2.2 Pretensiones secundarias de restitución. a) La determinación de la utilidad de uso del bien o del dinero que se restituye. Ejercicio 2: Confluencia de la restitución y la indemnización de las utilidades de uso intercambiadas. b) La liquidación de los gastos, mejoras y deterioros en el bien restituido.—III. *Conclusiones*.—Bibliografía.—Jurisprudencia.

PRESENTACIÓN

El título de este trabajo delata el propósito eminentemente práctico que persigue: se trata de identificar el contenido que en nuestro ordenamiento –legal y práctico– ha de tener la restitución como remedio, adicional a los mejor conocidos indemnizatorio y de rebaja del precio, para la solución de los conflictos derivados del incumplimiento de un contrato.

Para ello comenzaré sintetizando las premisas conceptuales básicas sobre la pretensión restitutoria y sobre la facultad de resolver el contrato que el ordenamiento ofrece al acreedor que sufre un incumplimiento.

No me detendré sobre ellas, pues no es su discusión la finalidad que me propongo. Si las expongo es para establecer un marco conceptual o escenario en el que trabajar la respuesta a los interrogantes que sí constituyen el objeto principal de este trabajo, a saber:

- La identificación de las hipótesis en que procede la restitución *por valor*, determinando, en tales casos, el valor a restituir y su interacción con otros remedios monetarios.
- La determinación de la medida de la utilidad derivada de la posesión de un bien o del dinero que haya de restituirse.
- La liquidación de los gastos y mejoras realizadas en el bien a restituir.

I. PREMISAS CONCEPTUALES

1.1 LA PRETENSIÓN RESTITUTORIA DE LO ENTREGADO EN CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO O *CONDICTIO* DE PRESTACIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO

Nuestro CC confiere a la acción de nulidad del contrato la función de control de los desplazamientos patrimoniales operados en cumplimiento del mismo², de modo que, de ser declarado nulo o sobrevenidamente anularse, procede la restitución de lo prestado como efecto anudado *ex lege* a la acción³. Desgaja así nuestro legislador, aprovechándose de la experiencia acumulada durante los 80 años de vigencia del modelo francés, la *condictio* de prestación (*Leistungskondiction*) de la *condictio indebiti*, para regularla con detalle en sede contractual y dotarla de un marcado carácter bilateral y objetivo (arts. 1303-1314 CC)⁴.

Fue una decisión acertada, pues ofrece una solución unitaria a los problemas derivados de la liquidación del contrato y nos evita los vericuetos a los que obliga un remedio unilateral, como es la *condictio indebiti*.

² M. P. GARCÍA RUBIO, «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en DEL OLMO y BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, Thomson Reuters Aranzadi (2017), pp. 239-282, p. 239.

³ L. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*. Thomson Cívitas (2007), pp. 111-112.

⁴ X. BASOZABAL y P. DEL OLMO, en «Unjustified Enrichment in Spanish Law», ponencia presentada en el congreso *The Global Futures of Unjust Enrichment*, 21-22 april 2017, UCL London (en prensa). También X. BASOZABAL en *El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid (1998), pp. 205-6, 217.

A la que tienen que recurrir en otros sistemas para, como explica S. Meier, inmediatamente burlarla⁵. Porque la *condictio indebiti* generalmente permite al *accipiens* de buena fe restituir (sólo) el enriquecimiento que permanezca al tiempo de la liquidación, esto es, oponer con éxito la *loss of enrichment defence* (vid. art. 1897 CC), abstrayendo el hecho de que este *accipiens*, que anula o resuelve el contrato, retiene o recupera la prestación que a su vez debía, resultando así injustificadamente beneficiado. Para evitarlo, los tribunales limitan o excluyen el uso de esta excepción en casos de contratos fallidos, pero los resultados no siempre son satisfactorios, abogando la doctrina especializada por regímenes como el nuestro, específicos para relaciones bilaterales y regidos por la reciprocidad⁶.

Si las prestaciones se pensaron y quisieron como recíprocas –explica X. Basozabal⁷–, (aunque el sinalagma genético no siempre resulte acompañado por el sinalagma funcional), es lógico que ese mismo dato presida la liquidación contractual.

Y que, estando ambas partes recíprocamente obligadas a restituirse, se liquide el intercambio de forma objetiva, sin matizar su alcance según la buena o mala fe del poseedor –como sí distingue la *condictio indebiti*–, que regula atribuciones unilaterales realizadas por error.

Y si esto es así cuando el contrato es nulo, o resulta sobrevenidamente anulado, cuánto más si el contrato es válido, el intercambio querido, y las posesiones legítimas hasta que una de las partes (el acreedor frustrado), lo resuelve por incumplimiento⁸.

Pero lo cierto es que el legislador no se ocupó de esta cuestión.

Por influencia del derecho canónico y natural suaviza la rigidez romana y permite al acreedor afectado por el incumplimiento desvincularse del contrato, entendiendo que su obligación pende de

⁵ S. MEIER, «Unwinding Failed Contracts: New European Developments», *The Edinburgh Law Review* 21.1 (2017): pp. 1-29.

⁶ Admitiéndose, no obstante, dos (únicas) excepciones a la obligación de restituir *in integrum*: una, como medida de protección de menores e incapacitados –que sólo restituyen en la medida de su concreto enriquecimiento, art. 1304 CC–; otra, en caso de causa torpe, consolidando en el *accipiens* la transmisión realizada por el que actuó ilícitamente –art. 1306 CC– que, quizá, podría ser la solución adecuada cuando uno de los contratantes celebra el contrato sin intención de cumplirlo, esto es, con claro ánimo de defraudar a la contraparte. Sobre la calificación de la conducta como torpe a efectos de viciar la causa de la atribución, vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario del art. 1306 CC», en *Comentario del Código Civil*, M.º de Justicia (1991), p. 559.

⁷ Parafraseando a V. CAEMMERER en *El enriquecimiento...*, cit., p. 217.

⁸ B. RODRÍGUEZ ROSADO (*Resolución y sinalagma contractual*, Marcial PONS (2013), pp. 238, 239, 248) apunta otro argumento interesante, que es el principio o tendencia a la equivalencia de resultados entre resolver e insistir en el cumplimiento del contrato que demanda el art. 1124 CC y que, a su juicio, excluye un tratamiento unilateral de la liquidación, ya que produciría una injustificada consolidación de frutos en uno de los contratantes, cuando el otro debe restituir los percibidos; y el desplazamiento del riesgo al otro contratante en casos de pérdida o deterioros fortuitos. Sobre estas cuestiones volveremos después.

una condición tácita (art. 1124 CC). Pero, liberado el acreedor frustrado de su obligación, debería pronunciarse sobre la procedencia de la restitución y, al menos directamente, no lo hace⁹.

Aborda este tema de forma meramente tangencial al regular la *actio redhibitoria*:

Dice el artículo 1488 CC: «Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse.

Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses.»

Permite pues al comprador que ha recibido una cosa con defectos latentes desvincularse del contrato pese a haberla perdido, siempre que restituya su valor al tiempo de perderse. Y admite, como única excepción a esta obligación de restitución, el caso de pérdida de la cosa por *culpa* del vendedor.

Es una regulación muy marginal, centrada en la pretensión de recuperación de un precio ya abonado, que tendremos que ampliar para legitimar que el comprador reclame directamente el diferencial entre el precio y el valor de la cosa defectuosa perdida cuando aún no haya pagado; e inmunizarla frente a la excepción de «pérdida del enriquecimiento» que pudiera intentar.

Y llegaremos así al resultado previsto por nuestro legislador para los casos de contratos nulos o anulables (art. 1307 CC) que es, por cierto, la solución defendida en los textos armonizados recientes¹⁰.

Es esta insuficiencia legal la que explica que nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias acudan en busca de respuestas al régimen de la restitución en caso de nulidad del contrato¹¹.

Y, también, la que permite a otros defender las soluciones previstas para la liquidación de las obligaciones condicionales o remitirse a las propias de la *condictio indebiti*, por considerarlas más justas, a pesar de estar pensadas unas y otras para obligaciones unilaterales y sean ajenas, por tanto, a la exigencia de reciprocidad

⁹ Lo lamenta F. PANTALEÓN PRIETO, en «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», 46 *Anuario de Derecho Civil* (1993), 4, p. 1735.

¹⁰ Así, en los arts. 4:115, 9:309 Principles on European Contract Law (PECL); III 3:512, II 5:101 Draft of Common Frame of Reference (DCFR); también en el § 346 II Bürgerliches Gesetzbuch (BGB); art. 1352 del Código civil francés tras la reforma –en adelante, Code (2016)–; y art. 81 II del borrador suizo para la reforma del Derecho de Obligaciones –en adelante, OR 2020–.

¹¹ Vid. B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma...*, cit., p. 240 y nota 12, para un apunte jurisprudencial extenso. También M. P. GARCÍA RUBIO, *Propuestas o modelos...*, cit., p. 248; y, aunque parece lamentarlo por lo que explicamos en la siguiente nota, A. CARRASCO, *Derecho de Contratos*, Aranzadi (2010) § 55, pp. 707-708; § 41 p. 1149.

que rigió el intercambio y, a nuestro juicio, debe presidir la liquidación del contrato¹².

Mostrada nuestra preferencia, en las páginas que siguen trataré de demostrar al lector que esta opción no es puramente conceptual, que también, sino fundamentalmente práctica.

¹² Encabeza este sector J. DELGADO ECHEVARRÍA, que sintetiza su tesis en los «Comentarios a los arts. 1303, 1307 y 1314 CC» en el *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (1991). En particular, en las pp. 552-3, donde leemos que las pretensiones de restitución «por su naturaleza, son *condiciones* del tipo de la *condictio indebiti* (aunque el error en el pago no juegue aquí como requisito), lo que habrá de tenerse en cuenta para completar, en lo que proceda, con lo dispuesto en los arts. 1895 ss lo no regulado suficientemente en los arts. 1303 ss (...) En la restitución de cosa fructífera, y respecto de los frutos, a pesar de la letra del art. 1303 creo que ha de atenderse a la buena o mala fe del contratante poseedor, aplicando los arts. 451, 455 y 1896 CC, de manera que el que no conoció ni debió la invalidez del contrato hace suyos los frutos percibidos y nada ha de abonar por este concepto; mientras que quien se encuentre en caso contrario —mala fe— ha de abonar los frutos percibidos y los que su contratante hubiera podido percibir». Vuelve a reproducir esta *ratio* en el comentario del art. 1307 CC, para defender que sólo es aplicable al contratante de mala fe, puesto que el de buena fe sólo restituye en la medida de su enriquecimiento *ex art.* 1897 CC (p. 561); y, en fin, en el comentario del art. 1314 CC, defendiendo que la pérdida de la cosa sin dolo o culpa del *accipiens*, esto es, desconociendo la invalidez del contrato, le permite anularlo sin restituir más que en la medida de su concreto enriquecimiento, es decir, *ex art.* 1897 CC y no *ex art.* 1307 CC (p. 571).

Le siguen con fidelidad A. CARRASCO PERERA, mostrándose partidario de compatibilizar el régimen de los arts. 1303-1307 CC con los generales de liquidación de estados poseorios, (*op. cit.*, § 57, p. 710), para consolidar así los frutos en el *accipiens* de buena fe; y S. QUICIOS MOLINA, «Restitución de frutos, compensación de mejoras e intereses del precio en la resolución», en el *Tratado de Compraventa* (Dir. BERCOVITZ), pp. 1460-1.

Una detenida crítica de esta tesis puede leerse X. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado...*, cit., particularmente en pp. 214-217.

V. MONTES PENADES, que de entrada comparte este razonamiento, advierte en cambio la dificultad de compatibilizarlo con el imperativo de reciprocidad en la liquidación, exigido por toda relación sinalagmática. Así, en el «Comentario del art. 81 CISG», en L. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir.), *La compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas (1998), pp. 667, pero particularmente p. 669, dice que «Estamos pues en tema de condiciones, en situación semejante, pero no idéntica, a la que se produce respecto del deber de restitución que sigue a la declaración de nulidad *ex art.* 1303 CC. El deber de restitución por efecto de la resolución, a pesar de las reiteradas alusiones jurisprudenciales al art. 1303 CC en esta materia, no se rige por este precepto, sino por lo dispuesto en los arts. 1123 y 1122 CC. No hay aquí laguna que pueda ser integrada por aquel precepto. Pero la situación o la composición de intereses es semejante: el comprador recibió la mercancía, y el vendedor el precio, en cumplimiento de un contrato que sobrevenidamente se ha de destruir. No cabrá duda sobre la posición de buena fe del *accipiens*, pero la cosa (o el precio) que se encuentran en su poder deben ser devueltos o restituidos porque su atribución o su adquisición no se justifican ni se consolidan. La acción para reclamar una u otro será la de repetición de lo indebido, la *condictio indebiti*». Y en un trabajo anterior, [«Comentario del art. 1123 CC» en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales* (Dir. M. ALBALADEJO), EDERSA (1989)] tras afirmar que el comprador que pierde la cosa fortuitamente no ha de restituir pero tendrá derecho al precio que pagó, afirma que «hay otro modo de enjuiciarlo» y obligar al comprador a restituir por valor *ex art.* 1307 CC, afirmando que de esta forma se desplaza el riesgo lo menos posible y se concilia la dicción literal del art. 1123.I. con las respectivas posiciones de los obligados condicionalmente (pp. 1161-2).

A. CARRASCO da menos detalles, limitándose a denegar al *accipiens* de buena fe que, en su opinión, consolida los frutos recibidos, la acción para reclamar al contrario (¿de mala fe?) los obtenidos por él y evitar así un enriquecimiento claramente injustificado (en *Derecho de Contratos*, p. 710).

Pero antes, y a los solos efectos de enmarcar nuestro análisis, repasaremos los aspectos más relevantes y comúnmente aceptados del remedio resolutorio.

1.2 LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. RÉGIMEN JURÍDICO

La resolución es un remedio propio de relaciones bilaterales, que el legislador pone a disposición del acreedor que sufre un incumplimiento esencial.

De la definición anterior deriva:

a) Que la resolución presupone la validez del contrato que genera la obligación, cuyo incumplimiento abre el ejercicio del remedio y que, a su vez, legitima *interim* la posesión de la prestación recibida del otro contratante.

b) Que es una de las alternativas que el ordenamiento ofrece al acreedor, luego el sistema normativo le confiere una facultad de configuración jurídica. Es, por tanto, un remedio legal que puede modularse por pacto, pero opera aunque nada se pacte, a diferencia del automatismo propio de una obligación resolutoriamente condicionada. El acreedor frustrado podrá ejercitar el remedio resolutorio u otros, alternativa o cumulativamente, según cuáles sean sus intereses y las circunstancias del caso.

c) Que la (única) condición para ejercitarlo es que el incumplimiento sea esencial, luego no es imprescindible que el acreedor pueda restituir la cosa *in natura*, ya que puede restituir por valor (arg. *ex art.* 1488 CC)¹³.

d) Tampoco requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor, basta con que sea grave o esencial.

Precisión que conviene no perder de vista, porque lo que se defiende como consecuencia o efecto de la resolución debe sostenerse en ambos escenarios de incumplimiento, imputable y no imputable. Si focalizamos en el primero mezclaremos, con toda probabilidad, conceptos y medidas restitutorios e indemnizatorios.

Efectos:

a) El principal es la liberación de las partes (ambas) de sus deberes de prestación primarios. Es en este sentido en el que se puede decir que la resolución «extingue» el contrato, nada más¹⁴.

¹³ Así, por ejemplo, B. RODRÍGUEZ ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 173; M. E. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia (1998), pp. 219, 223.

¹⁴ M. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver...*, cit., p. 89, que cita en su apoyo a la doctrina mayoritaria en nota 168.

b) Consecuencia del efecto anterior, extinguidos los deberes primarios de prestación, entiende nuestra doctrina y jurisprudencia que la liquidación de la relación exige a cada una de las partes restituirse «lo que hubiese percibido» en ejecución del contrato¹⁵.

No obstante, pese a su unánime respaldo, no es este un efecto necesario de la resolución. En otros sistemas se opta por consolidar lo actuado y liquidar la relación jurídica con otros remedios, típicamente con los indemnizatorios¹⁶.

c) Sobre lo que aún no tenemos suficiente consenso es sobre su ejercicio procesal, si puede aplicarla de oficio el juez que declara resuelto el contrato o si el demandante ha de solicitarla¹⁷.

¹⁵ El apoyo legal más próximo es el art. 1123.I CC que, cumplida la condición resolutoria, obliga a los interesados (ambos) a «restituirse lo que hubiesen percibido», que incluye frutos e intereses. Es, en todo caso y en el sentir mayoritario, lo más acorde al sistema. Así, F. PANTALEÓN (que fundamenta la restitución de frutos e intereses en que el mencionado artículo no se remite al art. 1120.I CC, que los consolida en el patrimonio del *accipiens* —«Las nuevas bases...» nota 54); M. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver...*, cit., p. 502; B. RODRÍGUEZ ROSADO, *Resolución contractual...*, cit., p. 238.

¹⁶ El paradigma es el sistema inglés clásico, que solo admitía la restitución en casos estrictos de *failure of consideration*. Pero las posiciones actuales se aproximan en el resultado práctico, admitiéndose generalmente la restitución en casos de *partial failure of consideration* (vid. A. BURROWS, *The Law of Restitution*, Oxford, (2012, pp. 329 ss.). Los PECL siguen fielmente el sistema inglés moderno (vid. B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 62).

Pese a la proximidad en el resultado práctico, la diferente aproximación al conflicto de los dos grandes bloques normativos (*common/civil law*) hacen compleja su armonización y enfrentan posiciones. Una decidida defensa del sistema alemán/continental puede leerse en S. MEIER, «Restitución de pagos indebidos: “factores injustos” vs. “sine causa”», en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada...*, cit., pp. 199-218. Y del inglés, a pesar de la tardía «conversión» al sistema continental del referente en la materia, P. BIRKS, en A. BURROWS, en *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, A. BURROWS & Lord RODGER OF EARLSFERRY (ed.) Oxford University Press (2008), pp. 33-48, especialmente p. 41.

¹⁷ A favor de lo primero, pero en casos e invocando reglas de la acción de nulidad, véanse las STS de 11.02.2003 (RJ\2003\1004); de 4.12.2008 (RJ\2008\6951); o de 8.1.2007 (RJ\2007\812), donde puede leerse que «la obligación de devolución nace de la ley, por lo que no requiere petición expresa, y puede ser declarada por el juez en virtud del principio *iura novit curia*».

Más coherente con el carácter facultativo de la resolución sería, a mi juicio, lo segundo. También opina así A. CARRASCO (*Derecho de Contratos*, § 41, p. 1149), que rechaza la imposición de oficio de la restitución también en casos de nulidad (op. cit., § 53 p. 705). Y, en fin, los comentaristas de la CISG (ex art. 81.2), vid. SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, II, Thomson Reuters Aranzadi (2011) § 1846.

Pero no parece que nuestro alto Tribunal esté de acuerdo. Véase, por ejemplo, la STS 11.02.1992 (RJ\1992\1207), donde admitida la resolución de un contrato de compra e instalación de un sistema de riego que resultó defectuoso, el Tribunal obliga al comprador a restituir la instalación, aplicando análogicamente el art. 1303 CC y aunque no se pidiera en instancia, por ser un efecto directo e inmediato de la resolución.

O la STS 23.11.2011 (RJ\2012\569), que sostiene que no hace falta pedir la restitución de los intereses del precio en instancia, luego los concede aunque se pidieran *ex novo* en casación, arguyendo que son «remuneratorios», no «de demora». Pero curiosamente los liquida aplicando el mismo tipo, esto es, el interés legal.

Función:

Admitida la restitución, que confluye, si se da el caso, con la indemnización, esta cumple en el sistema una función de liquidación de lo que, de otra forma, sería un enriquecimiento injustificado. Y, dado que se ofrecen dos remedios, deben deslindarse las funciones y medidas de cada uno.

Descrito el contexto, abordamos el objeto principal de este trabajo.

II. CONTENIDO DE LA RESTITUCIÓN

Según hemos visto, la norma más próxima a nuestro supuesto de hecho obliga a las partes, resuelto el contrato, a «restituirse lo que hubiesen percibido», que podemos desglosar en tres partidas o pretensiones: la principal –el objeto de la prestación o su valor– y dos secundarias –la utilidad de uso intercambiada y el mayor valor recibido gracias a la conservación o mejora del bien que se recupera–.

2.1 LA RESTITUCIÓN DEL OBJETO DE LA PRESTACIÓN O SU VALOR

Obviamente, si fue entregado el objeto o realizada la prestación¹⁸.

Con esta restitución pretende el legislador «deshacer» el intercambio, obligando a los contratantes a devolver lo recibido, sea un bien, tal y como esté; sea una cantidad de dinero.

El hecho de que en primer supuesto el *valor* devuelto sea *el actual* del bien no parece haber espoleado a muchos a aplicar la misma receta al precio, y propugnar su devolución *actualizada*.

En alguna sentencia (STS 6.5.1988 (RJ\1988\4018); STS 18.9.1991 (RJ\1991\6055) el Tribunal Supremo ha concedido la restitución actualizada del precio. Pero en otras lo rechaza con el aplauso de la doctrina, que cita las primeras sentencias como residuales¹⁹.

¹⁸ Vamos a centrar el discurso en contratos de cambio de cosa por precio. Pero lo que aquí digamos podrá replicarse cuando se trate de *restituir* un servicio contratado y, por hipótesis, mal prestado. Basta con señalar que, en estos casos, la restitución será necesariamente por valor y que, de conformidad con lo aquí sostenido, atenderá a la utilidad que objetivamente haya proporcionado.

¹⁹ En la STS de 3.11.1988 (RJ\1988\8410) afirma que no procede la actualización del precio por ser una deuda regida por el nominalismo. Pero no es lo que pedía el recurrente, sino el coste de sustitución de las plazas de garaje inhábiles entregadas por el ven-

Muchos explican esta diferencia valorativa apelando al carácter nominal de las deudas de dinero²⁰.

Pero, a mi juicio, no es un buen argumento, porque la calificación de esta deuda restitutoria como «de dinero», para contraponerla a las «de valor», es discutible y, aun aceptándola, distrae de nuestro verdadero objetivo, que es identificar la concreta función de la *condictio* de prestación.

Más convincente y útil para nuestro propósito es la tesis de C. Paz Ares, defendiendo que la única diferencia entre las deudas de dinero y las de valor es que, en estas, la cantidad de dinero está *por determinar* y, aún más interesante, que esa determinación ha de efectuarse conforme a los parámetros que dicte la norma, que frecuentemente, pero no siempre, apuntan al valor al tiempo de su liquidación²¹.

Porque el nuestro, el de las deudas de restitución es, precisamente, un supuesto de excepción en el que el legislador, cuando ha de traducir en dinero el bien a devolver, no atiende al momento de liquidación de la deuda, sino al de pérdida de la cosa a restituir (art. 1307 CC; 1488 CC). Esta eventualidad (pérdida de la cosa) no puede darse, por hipótesis, cuando lo que deba restituirse sea un precio, que habrá de devolverse siempre *in natura*, esto es, exactamente en la cantidad y moneda recibida.

Debo admitir que el resultado práctico de ambas aproximaciones (considerar que esta deuda restitutoria está regida por el nominalismo o entender que sigue siendo de valor, pero no necesariamente cifrable al tiempo de liquidarla) es muy parecido, pero la que propongo tiene la ventaja de obligarnos a focalizar las respuestas en la función que nuestro sistema otorga a la *condictio* de prestación.

Adicionalmente, previene el riesgo de incurrir en lo que estimo un «error por automatismo», derivado de considerar que, puesto que estamos ante una *deuda de precio*, cuando proceda liquidar su rendimiento debe hacerse conforme a la tasa que habitualmente se le aplica, la del interés legal, que lo actualiza²².

dedor. Critica esta confusión F. PANTALEÓN [en «Resolución por incumplimiento e indemnización», 42 *Anuario de Derecho Civil* (1989) 4, pp. 1143-1168, p. 1162], que no obstante aplaude la decisión de no actualizar el precio a restituir.

²⁰ Además de la sentencia citada en la nota anterior, vid. S. QUICIOS, «Restitución de frutos...», cit., p. 1463. Niega que sean deudas de dinero en sentido estricto A. CARRASCO (*Derecho de Contratos*, p. 1154); pero al efecto de evitar que se les aplique el art. 1108 CC y asegurar la posibilidad de que pueda el acreedor reclamar el «mayor daño», porque inmediatamente niega también que sean deudas de valor.

²¹ «Comentario del art. 1170 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (1991), p. 202-3.

²² M. CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 522, apoyándose en LUMINOSO (en nota 150; y de nuevo en nota 310) para defender que la depreciación se pida vía indemnización, pero no aclara si además de los intereses. Sobre este aspecto volveremos en el epígrafe 2.2.a).

Atendida su regulación, aunque fragmentaria y dispersa, deduzco pues que la función que la *condictio* de prestación está llamada a desempeñar en nuestro sistema es de mera devolución de lo recibido.

i. Porque es clara la preferencia legal por la restitución *in natura*, de modo que el recurso al «valor» es –sigue siendo– subsidiario.

Originalmente era excepcional, limitado al caso de «pérdida» –objetiva, que imposibilitase la devolución de la cosa–, pero se ha ido ampliando el supuesto para absorber los casos en que no es razonable exigir la entrega del objeto recibido por resultar excesivamente costosa²³.

ii. Porque de no ser posible o procedente la restitución *in natura*, la norma prefiere el momento de la pérdida de la cosa para determinar el valor a restituir (art. 1488, 1307 CC), desconsiderando otros valores alternativos, como el vigente al tiempo de contratar, en el momento de realizar la entrega, o al proceder a la liquidación efectiva de la relación.

El legislador se fija, por tanto, en el valor de la cosa cuando *sale* del patrimonio del obligado a su restitución entendiendo, con buen criterio, que el posterior devenir de su valor en el mercado no lo *percibe* el deudor de la restitución, luego es indiferente a estos efectos.

No se trata, por tanto, de consolidar la reciprocidad de los valores intercambiados ni de garantizar los esperados, para lo que sería relevante considerar los respectivos valores al tiempo de contratar o los valores actuales. Esto es propio de otros remedios, de ajuste de precio o indemnizatorios.

Se trata de un primer ejercicio de liquidación de la relación circunscrito al objeto de la prestación recibida, descontándolo.

a) La determinación del valor a restituir.

Conforme a lo avanzado, nuestro sistema normativo admite, y con creciente amplitud, la posibilidad de restituir por valor. Luego la posibilidad de restituir *in natura* no condiciona, como adelantamos, la resolución²⁴.

²³ Es así en casi todo el derecho y armonizado, cuya síntesis recogen S. MEIER [«Unwinding...», cit., p. 2] y B. RODRÍGUEZ ROSADO [*Resolución...*, cit., p. 63, 241].

En el sistema inglés, en cambio, la restitución es un remedio generalmente monetario.

²⁴ Véase la fórmula abierta utilizada en la Propuesta de Modernización del Código Civil Español en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil (PMCC):

Es, de nuevo, una opción legal, consolidada en nuestro sistema y mayoritaria en los sistemas de nuestro entorno²⁵, que tiene la inmediata ventaja de ahorrarnos las dificultades que conlleva negarla y tratar de evitar el enriquecimiento del *accipiens* obligándole a descontar toda ventaja que concretamente hubiera obtenido del intercambio (*vorteileausgleichung*)²⁶.

Algún sistema normativo permite al acreedor desvincularse del contrato pero le impide reclamar la restitución de su prestación cuando no puede hacer lo propio con la contraria²⁷.

Otros directamente le privan del remedio resolutorio si no puede restituir *in natura*.

El ejemplo más importante –por ser derecho interno– lo constituye la CISG²⁸.

Art. 1203: «Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye».

²⁵ Art. 7.3.6. (1.2) PICC UNIDROIT; arts. 9: 307/8 PECL; art. III. 3. 511(4) DCFR; § 346.II. BGB (nuevo).

²⁶ Como ocurre en CISG, debido al juego de los arts. 82-84; y también en el actual sistema alemán, en caso de pérdida no culposa de la cosa a restituir, como veremos inmediatamente. Sobre los difíciles problemas valorativos que conlleva la *vorteileausgleichung* (cómo valorar el sustituto, si conforme al enriquecimiento obtenido por el comprador o conforme al mercado), vid. V. MONTES, *La compraventa internacional de mercaderías*, cit., p. 683) y C. FOUTOULAKIS, en SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario CISG...* § 1859, que aboga por sustituir este complicado sistema de descuento de ventajas por la restitución por valor.

²⁷ Es el derecho inglés clásico, que ya hemos mencionado, y que ilustra M. CLEMENTE MEORO, en *La facultad...*, cit., pp. 226-7, 477-486; o la hipótesis del § 2-608 (2) UCC 2003.

²⁸ Art. 82 CISG:

1. El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido.

2. El párrafo precedente **no se aplicará**:

a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste;

b) si las mercaderías o una parte de ellas hubieren perecido o se hubieren deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el artículo 38; o

c) si el comprador, *antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal*.

En la práctica, empero, el impacto de la norma es menor, pues admite excepciones en las que el acreedor puede resolver pese a no poder restituir y éstas, especialmente la prevista en el art. 82. 2. c), se interpretan tan extensivamente que la regla general deviene en excepción²⁹. Y es, en todo caso, un régimen en declive, a juzgar por el viraje de los textos armonizados posteriores y antes citados.

En la mayoría de los sistemas que permiten esta restitución por valor, éste ha de cifrarse objetivamente³⁰. El nuestro no es una excepción, afortunadamente, pues nada aconseja vincular esa referencia legislativa al «valor» con el precio pactado; ni mucho menos con el concreto enriquecimiento obtenido por el obligado a la restitución.

Es desde luego un valor objetivo en caso de nulidad del contrato, pues esta –la nulidad– afecta también al pacto sobre el precio.

Y debe serlo también en los de resolución, porque el hecho de que el contrato fuera válido no significa que el pacto sobre el precio siga siendo eficaz una vez que el acreedor ejercita la resolución. Tras ella, y puestos a liquidar el contrato, no veo cómo podría invocarse una equivalencia cosa-precio desbaratada por el incumplimiento e ineficaz por la resolución. Por ninguno de los contratantes, pero especialmente por el incumplidor.

En el sistema alemán y suizo (y, por su influencia, en el DCFR) sí se invoca el precio como referencia para determinar el valor a restituir en caso de resolución del contrato, entendiendo el legislador que si el contrato es válido debe mantenerse la paridad con el precio³¹.

Pero esa paridad existente al tiempo de contratar, que intentan conservar con esta medida, se rompe por sistema cuando la restitución es *in natura*³². Es, por tanto, una ruptura consustancial a la resolución. E intentar conservarla plantea conflictos mayores, como bien denuncia la doctrina alemana, como es justificar que,

²⁹ LESER, en V. CAEMMERER/SCHLECTRIEM *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht –CISG–*, C. H. BECK, München (1990), *vor* art. 81-84, § 12, p. 684; C. FOUTOULAKIS, SCHLECTRIEM & SCHWENZER, *Comentario CISG*. § 1834.

³⁰ Así en los PECL y en el art. 1352 del nuevo CODE (2016).

³¹ § 346. 2 *in fine*: Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen.

Apoya esta decisión Y. DÖLL, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt*, Mohr Siebeck (2011), p. 148-149. Y la importa el proyecto suizo de código –OR 2020– en su art. 32.

Entre nosotros, se muestra partidario de atender al precio A. CARRASCO (*Derecho de Contratos*, §58, p. 711), aunque el ejemplo que propone es de liquidación de contratos de tracto sucesivo y limita su impacto a los períodos vencidos.

³² Así, R. ZIMMERMANN, en «Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform of 2002», en *Mapping the Law...*, cit., p. 335.

una vez resuelto el contrato, puedan las partes, especialmente el incumplidor, apelar al precio cuando beneficie sus intereses por encima del valor de mercado.

- ¿puede C (deudor), que provoca la resolución por impago y ha perdido la cosa, limitar el importe a restituir al precio, cuando sea inferior al valor de mercado de la cosa?

Es obvio que no, pues impondría el cumplimiento al acreedor, que por hipótesis ha resuelto válidamente el contrato.

- ¿puede V (deudor), que entrega una cosa defectuosa cuyo valor cae en el mercado, exigirle a C (acreedor), que la ha perdido, un valor igual al precio?

Parece que tampoco³³.

- ¿Y, en fin, podría invocar C, cuando sea el acreedor resolvente, para restituir un precio < valor de la cosa defectuosa que ha perdido?

Tampoco. Este caso es singular porque parece atendible la pretensión del acreedor de mantener la referencia al precio a la hora de liquidar el conflicto, pero debe exigírsele coherencia y excluir entonces la resolución, limitando sus opciones a la rebaja del precio o *quanti minoris*³⁴.

Y, en fin, la medida del enriquecimiento concretamente obtenido sólo se defiende en casos muy marginales, en nuestro sistema, *ex* 1186 CC; en los armonizados, previa prueba de mala fe.³⁵

b) Los obligados a restituir por valor.

Conviene finalmente puntualizar que está obligado a restituir por valor todo contratante que no pueda o le cueste en exceso restituir *in natura*, con la única excepción del que pueda imputar la pérdida de la cosa al otro.

Pero dado que sigue discutiéndose que sea ésta la única excepción, abogándose dentro y fuera de nuestro derecho por ampliarla a los casos de pérdida fortuita, conviene que nos detengamos en esta cuestión algo más.

Los casos de pérdida fortuita de la cosa ¿Quién soporta el riesgo?

La cuestión preliminar –si el poseedor que pierde la cosa accidentalmente pierde también por ello la acción de nulidad o

³³ Así C-W CANARIS; R. GAIER y D. KAISER, cuyas aportaciones sintetiza S. MEIER en «Unwinding...», cit., nota 131, p. 24.

³⁴ Vid. *infra* Ejercicio 1.

³⁵ *Ex* art. VII.-5:101 IV DCFR; art. 1352-2 Code 2016. Vid. S. MEIER, «Unwinding...», cit., p. 25, nota 136. Montes CISG art. 81, pero para derecho español, p. 668.

la facultad de resolver el contrato— no plantea mucho debate, ya que está directamente resuelta en la norma que mantiene la legitimación del desposeído tanto para el ejercicio de la acción de (a)nulidad (art. 1314 CC) como para el ejercicio de la redhibitoria (art. 1488 CC).

La interpretación o alcance del artículo 1314 CC, parece limitado a estrictos supuestos de pérdida culposa o dolosa, habida cuenta la abundante jurisprudencia que permite al adquirente de productos bancarios opacos o no muy bien explicados anular el contrato por dolo o por error pese haberse desprendido de ellos, entendiendo que su reventa o transmisión no es tanto un acto concluyente de confirmación del contrato —y, por tanto, de pérdida de la cosa *imputable* al comprador— como un esfuerzo razonable de mitigación de la pérdida³⁶.

La segunda cuestión es la debatida, y consiste en decidir si, anulado o resuelto el contrato, debe el poseedor restituir por valor y, por tanto, asumir el riesgo de pérdida de la cosa.

La respuesta mayoritaria entre los autores y la mejor respaldada por la norma es afirmativa³⁷.

Y es, también a mi juicio, la mejor solución, pues atribuye el riesgo al poseedor de la cosa, que es quien mejor puede controlarlo³⁸.

³⁶ Dice el art. 1314.1. CC, que sigue a los arts. 1309-1313, reguladores de la confirmación del contrato anulable: «También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella.» No menciona el caso de pérdida fortuita, luego se entiende que la acción perdura; y ante la duda de si para ejercitarla debe restituirse por valor, nuestros tribunales confirman que sí, aplicando el art. 1307 CC.

J. Delgado Echevarría no cree que haya de aplicarse el art. 1307 CC, y obligar a la restitución por el valor de la cosa al tiempo de la pérdida, pero sí que el que ejercita la acción de nulidad debe, al menos, la medida de su enriquecimiento, pues a ello está obligado incluso el incapaz (1304), luego con mayor razón los demás [en «Comentario del art. 1314 CC», Ministerio de Justicia, p. 571].

Entiende, en cambio, que la enajenación de la cosa priva al legitimado de la acción de (a)nulidad *ex* art. 1314 CC (por ser una pérdida imputable, pues) A. CARRASCO, *Derecho de Contratos*, § 61, p. 714.

³⁷ Véase el tenor del art. 1307 CC y del art. 1488 CC, que absorben todos los supuestos de pérdida. Es también así en el derecho armonizado, con la llamativa excepción de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías —CISG— cuyas previsiones inmediatamente comentaremos.

Un excelente estudio comparado entre los distintos textos armonizados es el realizado por R. ZIMMERMANN, en «Restitutio in integrum: The Unwinding of Failing Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-project d'un Code Européen des Contrats», *Rv.dr.inif*, 2005-4, pp. 719-734.

³⁸ Conforme pues con F. PANTALEÓN [«Las nuevas bases»... p. 1735] y con J. CAFFARENA LAPORTA, en su «Comentario al art. 70 CISG», *Compraventa Internacional de Mercaderías*, cit., (1998), pp. 554-555, que critica la solución del 82 CISG por contrariar principios que inspiran la Convención, de asignación eficiente de costes. También con V. MONTES (en la misma obra colectiva, p. 668) quien, pese a remitir el régimen restitutorio en caso de resolución del contrato al art. 1122 CC, entiende que sus reglas de riesgo —pensadas para la fase de pendencia de una obligación unilateral— no rigen en otra sinalagmáti-

Lo entiende igualmente así nuestro Tribunal Supremo, pues aplica a todo caso de ineficacia contractual lo previsto en artículo 1307 CC, que no distingue entre pérdidas por culpa o fortuitas. Y hace bien, al menos en lo que a la restitución se refiere, pues asegura la reciprocidad de las pretensiones.

Un caso precioso es el resuelto en STS 4.12.2008 (RJ2008\6951), comentado por S. Ramos González y L. Alascio Carrasco³⁹.

Las partes celebraron un contrato de compraventa cuyo clausulado revela que sólo querían consumir el contrato si el inmueble objeto del mismo obtenía la licencia de actividad que la compradora precisaba. No obstante, durante la tramitación de la citada licencia, permite el vendedor a la contraparte explotar el local objeto de la venta a cambio de una renta, que se califica como anticipo de, en su caso, el precio de venta. Y estando en curso esta explotación se incendia el local por causas desconocidas.

El vendedor pretende la consumación del contrato, pero no tiene éxito. Los Tribunales acogen pues la pretensión, sin duda discutible, de nulidad del comprador; pero aciertan al condenarle a restituir el valor del local incendiado, ya que también solicitó y obtuvo del vendedor el reintegro de las rentas pagadas.

Es una resolución solo discutida por el comprador, que alega en casación la falta de prueba de su culpa o dolo en la producción del incendio para intentar liberarse, *ex* artículo 457 CC, del pago del valor de local siniestrado.

Las autoras del comentario de la sentencia, seguidoras de las tesis del profesor Delgado Echevarría, coinciden con el comprador en objetar la liquidación judicial *ex* artículo 1307 CC, ya que entienden que la solución aplicable al caso es la contemplada en el artículo 1122.1 CC, que libera al deudor de su obligación en caso de pérdida fortuita de la cosa; pero aplauden la decisión última de obligarle a pagar el valor del local porque la prueba del fortuito estaba a su cargo, *ex* artículo 1182 CC, y no llegó a aportarse. *Ergo*, si se probase que la pérdida fue excusable, parecen partidarias de trasladar el riesgo al vendedor.

Y no podemos estar de acuerdo.

Ni el artículo 1122.1 CC ni el 1182 CC contemplan la hipótesis que aquí se plantea, de liquidación de intercambios recíprocos, por lo que obvian un dato fundamental, como es que el comprador recupera la parte abonada del precio, y que esto le obliga, en justa

ca, recurriendo a la aplicación analógica del art. 1307 CC o del 1897 CC para fundamentar la obligación de restituir por el *valor objetivamente estimado* (aunque no sea ésta la medida del 1896 CC), p. 668; y concluyendo, categórico, que, en derecho español el riesgo tras la especificación es del comprador, luego sólo se retransmite al vendedor cuando la pérdida o el deterioro le sea imputable (CISG 673-677).

Y, en fin, con B. RODRÍGUEZ ROSADO, que abunda en la idea de que no puede utilizarse la resolución para desplazar riesgos, que los resultados de la resolución deben tender a equivaler al cumplimiento, luego que el que pierde la cosa fortuitamente, paga su valor; también si se deteriora. En definitiva, que no debe aplicarse el art. 1122 CC y sí el art. 1488 CC. Y crítica severamente la excepción del § 346 (3). 3 BGB y el art. 1203 PMCC. *La resolución...*, cit., pp. 81, 130, 239, 248, 25.

³⁹ en *InDret* 3/2012.

reciprocidad, a devolver a su vez lo recibido o su valor, independientemente de cuál sea la causa –salvo que sea imputable al vendedor– por la que se haya perdido la cosa.

Asepsia valorativa que destaca el Supremo al justificar la aplicación del artículo 1307 CC a este caso, pero que encontramos también en el artículo 1488 CC⁴⁰.

Con todo, esta opinión discrepante no es aislada, y cuenta con modernos e importantes sistemas normativos que la respaldan.

Nos referimos al alemán, que tras la reforma del BGB de 2001/2 admite generalmente la restitución por valor en casos de resolución por incumplimiento, pero excluye la obligación de restituir en cuatro supuestos, dos de ellos muy discutidos, entre los que se encuentra el nuestro, de pérdida fortuita de la cosa⁴¹.

El legislador *devuelve* así el riesgo al vendedor con un argumento ciertamente débil que apela a la expectativa de liberación del incumplidor, negando que pueda albergarse cuando se entrega una cosa defectuosa o disconforme⁴².

El peso de la influencia germana es notable en CISG que, como vimos, y a imagen del sistema alemán anterior, excluye con carácter general la resolución si no puede restituirse *in natura* y, en los casos en los que sí la admite, exonera al comprador de la obligación de restituir por valor⁴³.

Para mitigar sus consecuencias, esto es, para intentar neutralizar el posible enriquecimiento del resolvente, ambos sistemas le obligan a «descontar las ventajas obtenidas»⁴⁴, llegando así a un

⁴⁰ En los casos de preferentes o de deuda subordinada, es también categórico el Supremo obligando al inversor a restituir lo obtenido por los títulos transmitidos, pese a calificar este acto como de *mitigación* luego, por hipótesis, de pérdida *no culposa* –STS 13.07.2017 (RJ20173961); STS 16.10.2017 (RJ20174286)–.

⁴¹ § 346 (3) Die Pflicht zum Wertersatz entfällt (el deber de restituir por valor cesa).

1. wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat (cuando la pérdida sea imputable al vendedor).

2. soweit der Gläubiger die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder *der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre* (cuando la pérdida no sea imputable a ninguno).

3. wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, *obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt* (cuando la pérdida derive de un comportamiento habitual –*quam in suis*– del comprador).

Eine verbleibende Bereicherung ist herauszugeben (el enriquecimiento resultante debe compensarse).

⁴² En palabras de R. ZIMMERMANN, el legislador entiende que «after all, seller has not properly performed, so he cannot rely on passing of the risk definitively» («Restitution after Termination for Breach...», cit., pp. 323-341, p. 334).

⁴³ Vid. el art. 82.2.c), reproducido *supra*, nota 28.

⁴⁴ § 346.3.2 BGB (Eine verbleibende Bereicherung ist herauszugeben)/ art. 84 CISG. Es, como avanzamos, muy mala solución, porque el comprador puede no haber obtenido «ventaja» alguna y la *vorteileausgleichung* es complejísima de liquidar.

resultado práctico similar al defendido por el profesor Delgado Echevarría⁴⁵.

Pero las críticas de los comentaristas CISG⁴⁶ y de gran parte de la doctrina alemana son demoledoras⁴⁷.

Si me he detenido tanto en la exposición del sistema alemán y su crítica es por tratar de evitar que incurramos en el error de imi-

⁴⁵ De limitar el alcance de la restitución a cargo del contratante de buena fe al importe de su enriquecimiento concreto. En sus «Comentarios» del Código Civil, cit., p. 571.

⁴⁶ Sobre el reparto del riesgo en CISG, leemos que los arts. 81-84 son reglas especiales que imputan a V el riesgo de pérdida fortuita sin justificación convincente [en Leser, V. CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, § 10-12; y en C. FOUNTOLAKIS, SCHWENZER/MUÑOZ, § 1833; §§ 1859-1873]. Por ello, y en tanto no se cambie norma, defienden una interpretación restrictiva de los casos de exoneración, descartando su aplicación cuando sea el comprador quien incumple o cuando se haya pactado la resolución (§ 1873).

⁴⁷ La doctrina alemana mayoritaria critica con severidad la opción del legislador. Las referencias más relevantes las recoge S. MEIER [en «Unwinding...», cit., nota 120]; y R. ZIMMERMANN [en *Mapping the Law*, cit., pp. 336-339], que, haciéndose eco de esta doctrina, considera inadmisibles y contrario al Derecho internacional la regulación en CISG y en el nuevo §346 BGB.

Entiende, con razón, que el incumplimiento del vendedor sólo es relevante a estos efectos si el incumplimiento afecta a la pérdida; y que el argumento de su expectativa sólo es relevante si, efectivamente, el vendedor conocía el defecto, que no es lo habitual.

Lo correcto, afirma, es pues resolver el conflicto atendiendo a la posición del comprador que, «unaware of the defect, assumes that loss/deterioration is on his behalf», sin mejorar su posición por el mero hecho de que la cosa tuviera un defecto. [R. ZIMMERMANN, op cit., p. 336].

Y ya a en su ámbito interno, respecto del derecho alemán, sintetiza las propuestas doctrinales más extendidas para contener la aplicación práctica de esta regla, como son:

- Excluir la facultad de resolución del comprador pues, perdida la cosa por una circunstancia que no le sea imputable al vendedor, pierde éste la posibilidad de complementar o reparar la prestación, imprescindible conforme a la regulación actual (§§ 437.2/326. VBGB) para proceder a la resolución del contrato. Así lo afirman, S. LORENZ, «Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sächmangel im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?» *NJW* 2002, pp. 2498-2584; y J. KOHLER, «Rücktrittsausschluss im Gewährleistungsrecht bei nachträglicher Nacherfüllungsunmöglichkeit –Wiederkehr der §§ 350, 351 BGB a. F.?» 203 *AcP* (2003), pp. 539 ss; y en «Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung», 14, *JZ* (2002), p. 682.

- Aplicar de forma extensiva el § 346 IV –que obliga al comprador a indemnizar al vendedor por incumplir su obligación de restituir– y aprovecharse así del carácter objetivo, no *quam im suis*, de la imputabilidad exigida por la pretensión indemnizatoria.

- Reducir teleológicamente su ámbito de aplicación, excluyendo desde luego los casos en los que el comprador debiera conocer la existencia de la causa de resolución – M. SCHWAB, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§346 ff. BGB», 7, *Jus* 2002, pp. 630 ss, p. 635; y Kohler, *JZ* (2002), p. 686; pero también los incumplimientos fortuitos porque, en ellos, el vendedor podía confiar legítimamente en traspaso de riesgo. Así, S. KAMANABROW, «Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung», 1 *NJW* (2003), pp. 30-32.

El único que parece plenamente satisfecho con la regulación vigente, porque «atribuye al vendedor todas las consecuencias del incumplimiento» (*rectius*, también las que no lo son), y pide su aplicación extensiva a los casos de anulación del contrato, es Timo Fest, *Die Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung*, CH Beck, Münchener Universitätsschriften, 207 (2006). Con carácter general (pp. 151-153) y, especialmente también, la regla criticada por todos del § 346 (3) 3, pp. 21, 45 y 56.

tarlo, y corriamos a tiempo el tenor del artículo 1203.2 PMCC, que dice:

«(...) sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo *no obstante haber observado la diligencia debida.*»

Finalmente, cuando la pérdida se produce tras la resolución del contrato rigen las reglas de las obligaciones unilaterales, que imputan el riesgo al poseedor hasta que entregue (o ponga a disposición) la cosa a restituir⁴⁸.

⁴⁸ M. CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, p. 545; V. MONTES, «Comentarios CISG», p. 678.

Ejercicio 1: Confluencia de la restitución por valor con otros remedios frente al incumplimiento, especialmente con los monetarios

Apuntadas estas premisas, de lo que vamos a ocuparnos en estas páginas es del impacto práctico que puede tener esta restitución por valor porque, en ese caso, el remedio se convierte en monetario y entra en clara confluencia (y confusión) con otros remedios monetarios⁴⁹.

Con este fin he considerado oportuno desglosar los supuestos según quién pierda la cosa, si el deudor incumplidor o el acreedor que resuelve el contrato.

A) Pierde la cosa el que incumple el contrato

Hipótesis:

[A(vendedor)] ofrece/entrega la cosa _____ [D(comprador)]
no paga

MODELO DE REFERENCIA

- | | | |
|---|-----------------|---|
| 1. La cosa NO se pierde, [A no ha entregado aún o D conserva la cosa] | A resuelve para | [retener/
recuperar la cosa, y puede pedir además
Una indemnización x
→daño emergente=coste de sustitución [si $V_a < P$] y/o
→lucro cesante= <i>ex</i> 1108 CC,
desde el vencimiento
obligación de pago |
|---|-----------------|---|

SUPUESTO DE ESTUDIO

- D (comprador) no puede restituir *in natura* → cuándo interesa la restitución por valor

⁴⁹ Particularmente con la indemnización –cuyo deslinde ya estudió V. MONTES en su comentario al art. 82 CISG, cit., p. 674; pero también con *quantum minoris* o reducción del precio.

Esta confusión de remedios seguimos observándola en la liquidación de casos concretos, como por ejemplo el resuelto por la STS 25.6.2009 (RJ/2009/4238). Se trataba de una permuta de vivienda a cambio de apartamentos y de dinero. Los finalmente construidos eran más pequeños, luego se aprecia un claro incumplimiento de la constructora pero, puesto que la restitución al estado original no es posible, afirma el Supremo que no cabe resolución (¿?), y concede sólo una indemnización.

2.1 Si el valor de la cosa ha aumentado linealmente, de forma que

$$V_c < V_p < V_a$$

V_c = valor de la cosa al contratar, que presumimos $\approx P$ (precio)

V_p = valor de la cosa al perderse

V_a = valor de la cosa al tiempo de la resolución

No habría daño emergente (sí lucro cesante)

a) ¿Puede A (vendedor) resolver y exigir el mayor valor V_p ?

Parece que sí, aunque A obtenga con la restitución más que si el contrato se hubiese cumplido (porque presumimos que $V_c \approx P$ (precio), porque D (comprador) podría haber frenado la escalada del valor pagando, y no lo hizo.

Excepción: que D (comprador) pueda excusar el pago, por excesiva onerosidad sobrevenida o frustración del fin del contrato.

Si puede exonerarse de P, más aún de V_p . Pero es difícil que D pueda excusar el pago y justificar por qué no resolvió antes [ex art. 1213 PMCC –más bien, jurisprudencia asociada].

La doctrina inglesa explica que, en ocasiones, D (comprador) puede limitar su obligación a P [cuando $P < V_m$], arguyendo que no estaba dispuesto a pagar más por la prestación.

Pero inmediatamente puntualizan que serán casos excepcionales⁵⁰, como lo es también el utilizado por los comentaristas de los PECL, en el que la acción por el precio no podía prosperar y, tampoco, la pretensión indemnizatoria, por ser el incumplimiento excusable⁵¹.

En la generalidad de los casos, por tanto, la alegación será fácilmente rebatible: que hubiera pagado.

⁵⁰ De *partial performance* –Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press (1991), p. 387–; o de determinación del *quantum meruit* por servicios prestados pero no contratados –A. BURROWS, *The Law of Restitution*, Oxford University Press (2011), p. 347–.

⁵¹ OLE LANDO & HUGH BEALE (Eds.) *Principios de Derecho Contractual Europeo (partes I y II)*, Colegios Notariales de España (2003), ejemplo 4 al art. 9:309 (prestaciones no susceptibles de devolverse y no pagadas), pp. 626-627. Se trata de un contrato de prospección petrolera que, apenas ejecutado, es intervenido por el Gobierno, que expropia el terreno. En el escaso margen de ejecución, los contratistas descubrieron petróleo, ergo el beneficio que obtiene el comitente excede con mucho el precio pactado pero arguyen, con acierto, que *quantum meruit* = % P, el correspondiente al trabajo realizado, y no un porcentaje del beneficio efectivo, que en ningún caso correspondería al contratista.

b) ¿Puede A pretender Va?

No con fundamento en la *condictio*, pues el incremento no lo percibe D (comprador) y, consecuentemente, los datos normativos apuntan a Vp.

Pero siendo el incumplimiento imputable (que se presume), puede exigirlo vía indemnizatoria.

Cuando no lo sea, volvemos al razonamiento anterior: si D puede excusar el pago (i.e. por excesiva onerosidad sobrevenida), con mayor razón la medida Va, pero, de nuevo, D deberá aportar una justificación plausible para no resolver antes.

Conclusión: Cuando el crédito es pecuniario y D (comprador) pierde la cosa en un mercado alcista, A (vendedor) resuelve siempre y puede pretender que se le restituya el valor de la cosa al tiempo de la pérdida.

Generalmente, podrá añadir también, con fundamento en la pretensión indemnizatoria, el plus hasta Va.

Y, excepcionalmente, podrá D limitar su obligación a Vp, o incluso a P, cuando acredite que su caso es de alteración de la base del negocio y siempre que explique convincentemente por qué no alegó esa alteración sobrevenida y excepcional de las circunstancias para resolver antes (art. 1213 PMCC).

2.2 Si el valor de la cosa ha disminuido linealmente, de forma que

$$V_c > V_p > V_a$$

En este caso, A (vendedor) no resuelve: exige el precio y, salvo que D consiga excusar su cumplimiento, también la indemnización por el coste sustitución, si concurre; y por el lucro cesante (tasado *ex* 1108 CC).

Casos difíciles:

2.3 El valor de la cosa supera al de contratación cuando se pierde, pero cae por debajo después

$$V_c < V_p > V_a$$

a) ¿puede A (vendedor) pretender que se restituya el valor al tiempo de la pérdida (Vp)?

Le respaldan todos los datos normativos, que se fijan en Vp (art. 1488, 1307 CC), aunque reporte un valor superior al que recibiría si la cosa no se hubiese perdido (Va) y, generalmente, también

mayor que si el contrato se hubiese cumplido (porque presumimos que el precio no dista significativamente de V_c).

Gracias a la pérdida de la cosa ganaría el acreedor un marginal que no respalda ni su expectativa contractual ni la lógica de la *condictio* en su aplicación general, esto es, de descuento de lo general o abstractamente percibido.

La pulsión por limitar la pretensión de A al importe del precio se explica pues fácilmente, y la alternancia entre cumplimiento/resolución que establece el artículo 1124 CC puede ser un buen argumento para defenderla, enfatizando que el legislador considera que ambas opciones son equivalentes en el resultado económico final.

Pero es también innegable que D (comprador) pudo aprovechar ese límite y liberarse pagando. Y que es eso, el precio, lo que A (vendedor) pretende hasta que desiste y resuelve.

Luego debemos resistir la pulsión antes descrita y mantener la referencia a V_p , del que nos apartaremos únicamente cuando D pruebe la concurrencia de una situación excepcional que le permitiese excusar el pago, y explique convincentemente por qué no la alegó antes, desde luego tras la pérdida de la cosa.

b) Y sin perjuicio de que, de concurrir sus presupuestos, pueda A preferir perseguir el subrogado, *ex* artículo 1186 CC, cuando fuera D (comprador) quien se aprovechara del pico de valoración para vender la cosa a un tercero.

2.4 Cuando el valor de la cosa al tiempo de la pérdida cae por debajo del valor al tiempo de contratar, pero posteriormente sube

$$V_c > V_p < V_a$$

a) ¿puede A (vendedor) exigir el mayor valor?

Generalmente sí, pero con carácter indemnizatorio. Cuando el incumplimiento no sea imputable, porque devenga excesivamente oneroso, D (comprador) puede pretender con éxito restituir en la medida de V_p , y liberarse por menos importe que el pactado (P). Pero es difícil de entender por qué no alegó esa excusa para resolver antes, desde luego en cuanto pierde la cosa o inmediatamente después, a la vista de la recuperación del mercado.

B) Pierde la cosa el que resuelve el contrato:

Hipótesis:

[A (comprador)] recibe un *aliud*/
 cosa esencialmente defectuosa]_____ [D(vendedor)] cobra/
 puede cobrar

MODELO DE REFERENCIA

1. A conserva la cosa → A resuelve → retener/recuperar el
 [restituye *in natura* para precio (P)
 (Va)] + puede pretender una
 indemnización x
 →daño emergente= coste de
 sustitución y/o
 →lucro cesante=
 rendimientos *interim*

SUPUESTO DE ESTUDIO

2. A (comprador) no puede restituir *in natura*

¿Cuál sería el valor a restituir?

Todos los datos normativos, doctrina y jurisprudencia apuntan a Vp.

Aunque es obvio que $V_p \neq V_a$, que es el que recupera D (vendedor) si se restituye *in natura*.

Fundamento: la lógica de la restitución dicta que devuelves lo recibido que, *interim*, posees como dueño. Si se pierde, se reintegra su valor en ese momento, cerrando el riesgo de oscilación del valor de la cosa en el mercado.

Es, además, un momento más objetivo que el de la resolución, con el que puede especular el acreedor (retrasándolo en un mercado alcista); y neutro, en el sentido de que puede ser más o menos beneficioso para según qué parte.

¿Cuándo le interesa a A (comprador) resolver y restituir por valor?

- 2.1 Si el valor de la cosa aumenta linealmente, de manera que

$$V_c < V_p < V_a$$

En este caso, que parte de la hipótesis de que hay mercado para la cosa defectuosa o el *aliud* y éste sube, A difícilmente resolverá.

No es probable que le interesase resolver aun pudiendo restituirla, luego menos aún si tiene que restituir un valor superior al que tenía al contratar.

A optará por ajustar el precio o ejercitar la *quantum minoris*, que podría representarse ($\Delta \approx P - V_c$) → aunque es una aproximación

para simplificar la exposición, pues rara vez el defecto explicará por sí solo o ajustará el (menor) valor de la cosa en el mercado. Funciona mejor si es un *aliud* de inferior calidad al bien esperado, pero tampoco si simplemente es distinto.

2.2 Si el valor de la cosa disminuye (por ser defectuosa o por oscilación del mercado), también linealmente

$$V_c > V_p > V_a$$

A resuelve si con ello puede recuperar un diferencial mayor que con la *quantis minoris* ($\Delta \approx P - V_c$).

Pretenderá restituir V_a , pero tiene más fundamento legal que restituya V_p y es una opción sensata para desincentivar que A (comprador) especule retrasando la resolución. Ahora bien ¿por qué no resolvió al perder la cosa?

Casos difíciles:

a) En la hipótesis anterior ¿puede pretender D (vendedor) limitar el diferencial al que obtendría A con la *quantis minoris* ($\Delta \approx P - V_c$)?

Entiendo que puede si prueba que A (comprador) conocía el defecto (y su imposibilidad de subsanación) y retrasó especulativamente la resolución, dando lugar a la pérdida. Pero es más fácil que el juez acepte que A optó por el mantenimiento del contrato al no resolver una vez descubierto (o pudiendo haber reconocido) el defecto/*aliud*. Y limitar así las opciones de A (comprador) a la *quantis minoris*.

b) Si la oscilación de valor no es lineal [$V_c < V_p > V_a$]

De nuevo, A (comprador) pretenderá restituir el menor valor (V_a) pero encuentra mejor fundamento V_p

c) pero ¿y si «el pico» es al revés?

$$[V_c > V_p < V_a]$$

¿Puede D (vendedor) reclamar V_a , que sería el valor que recibiría si A (comprador) restituyese *in natura*?

Parece que no. V_p tiene respaldo normativo porque es sensato: es objetivo, en el sentido de que evita la especulación (con el momento de la resolución es con el que puede *jugar* A); y es neutro, se aplica en ambas hipótesis, luego respeta la reciprocidad, que ahora beneficia a A.

Pero el argumento más contundente apela a la función del remedio: la *condictio* no actualiza valores, luego D (vendedor) tiene derecho a recuperar la cosa o su valor de sustitución en el momento de su pérdida.

2.2 Pretensiones secundarias de restitución

a) La determinación de la utilidad de uso del bien o del dinero que se restituye.

Una vez descontadas las prestaciones principales, la devolución de lo percibido se extiende al exceso de utilidad obtenida con el intercambio.

Esta utilidad derivada de la posesión de la prestación a restituir generalmente se traduce, para quien recibe un bien, en la obligación de restituir *sus frutos* y, para el que ha de restituir el precio, en el abono de *sus intereses*.

Es una traducción intuitiva, pues hablamos de *utilidad de las prestaciones*, normativamente sustentada en el artículo 1307 CC que regula la restitución en caso de nulidad del contrato⁵².

Pero, a mi juicio, es precipitada. Porque la derivada inmediata es buscar criterios para medir la productividad del dinero o de las cosas, e importar, por el mero hecho de ser los más conocidos pero sin la suficiente reflexión, los estándares propios de la pretensión resarcitoria o sancionadores de posesiones indebidas.

Y perdemos así la perspectiva de lo que tratamos de medir.

Recordemos pues que buscamos un parámetro que nos ayude a medir la utilidad legítimamente percibida durante la vigencia del contrato por ambos contratantes, toda vez que, resuelto el contrato, procede «neutralizarla».

- Siendo ese el objetivo, resulta sumamente seductora, por su simplicidad, la propuesta de consolidar el fruto de esa utilidad en el patrimonio en que se haya producido, compensando así «frutos» con «intereses», sean cuales fueren unos y otros⁵³.

⁵² O en el art. 84 CISG.

⁵³ Así lo hacen los PICC de UNIDROIT (vid. art. 3.2.15, comentario 5; art. 7.3.6., comentario 6). Y lo defiende A. CARRASCO [*Derecho de Contratos*, § 47, pp. 1155-6], que considera que la restitución en caso de resolución no alcanza a los frutos/intereses, que sólo pueden ser exigidos y compensados como resarcimiento de los, en su caso, daños producidos por el incumplimiento. Le sigue S. QUICIOS, en «Restitución...», cit., pp. 1466-7.

Pero admiten que tienen a toda la jurisprudencia en contra, que insiste en deslindar remedios.

Y hace bien, si con ello evitamos mezclar funciones y rentabilidades. Aunque no siempre se consiga, como demuestra el fallo de la STS de 12.05.2005 (RJ2005\6377).

El vendedor de un contrato resuelto por impago pretendía retener el anticipo del precio y sus intereses en compensación de un daño no acreditado y que, por tanto, debería circunscribirse a los intereses del precio pendiente de abono desde que debiera entregarse hasta la resolución. Fracasó por tanto en instancia pero, sorprendentemente, su pretensión prosperó en el Supremo, que admitió que de ser condenado el vendedor a devolver íntegramente lo recibido no sería indemnizado por *el lucro que no obtuvo por no poder destinar el inmueble al uso oneroso de un tercero*, pese a que semejante posibilidad fuera meramente hipotética, y le concedió como indemnización la parte del precio que equivalga a la renta de alquiler de la vivienda *interim* minorado por el interés legal del dinero anticipado.

Pero en nuestro sistema, fuera de los contratos de tracto sucesivo (y, en este caso, de los intercambios ya consumados), no hay suficiente base jurídica para sostenerla⁵⁴.

La regla para los contratos de tracto sucesivo es por tanto especial, ya que parte de la base de la perfecta reciprocidad de cada uno de estos intercambios aisladamente considerados; luego no puede extenderse «analógicamente» a supuestos en los que la expectativa de beneficio de cada contratante no esté perfectamente acotada en períodos.

En el caso general de obligación que se resuelve por incumplimiento, la posible posesión y rentabilidad que una de las partes obtenga se justifica en la que deba proporcionar al otro, aunque temporalmente diferida. Luego si no lo hace, o lo hace defectuosamente, generando así la causa de la resolución, difícilmente podremos justificar que consolide lo recibido.

Contradice además el tenor del artículo 1123. I CC; siendo la hipótesis del artículo 1120 CC (obligaciones bajo condición suspensiva) muy diferente a la nuestra, por lo que su solución no resulta aplicable⁵⁵.

Luego ambos están obligados a restituir el valor en uso percibido⁵⁶, si bien la clara interconexión de ambas rentabilidades invita a la compensación *de facto*, una vez liquidados los respectivos importes, en la cuantía concurrente⁵⁷.

⁵⁴ Nuestra jurisprudencia en materia de contratos de tracto sucesivo está consolidada y entiende que la resolución no tiene eficacia retroactiva, luego consolida las prestaciones anteriormente realizadas. Véanse, por todas, dos STS sobre contratos de suministro de carburante, de 10.3.2015 (RJ2015\1121) y de 26.2.2009 (RJ2009\1522). Aplican esta doctrina jurisprudencial a los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles Salas Carceller, en la STS de 29.3.2016 (RJ2016\1545); Arroyo Fiestas en la de 25.10.2016 (RJ2016\5361) y, últimamente, M. A. Parra Lucán, en la STS 13.07.2017 (RJ2017\3625).

Trataba esta última sobre un contrato mixto de multipropiedad que incluía una facultad de reventa no ejercida por adquirente de cuota, que abonó, durante período de vigencia del contrato, todas sus obligaciones. Transcurrido un tiempo, la adquirente solicitó la declaración de nulidad del contrato o, subsidiariamente su resolución, por incumplimiento de la vendedora de sus obligaciones de información en los términos legalmente establecidos, centrándose el debate en si la norma supuestamente conculcada e instauradora de la concreta obligación de informar era aplicable al caso. Lo relevante para nuestro estudio es colateral, a saber, si procede consolidar en el vendedor la parte del precio correspondiente al período de tiempo en que los apartamentos estuvieron a disposición de –y de hecho fueron aprovechados por– la demandante. Y la respuesta es, claro, afirmativa, habida cuenta la periodificación del aprovechamiento y la identificación de las cantidades correspondientes a dicho período.

⁵⁵ Así, F. PANTALEÓN, en «Las nuevas bases...», cit., p. 1735. V. Montes cree, en cambio, que es el régimen aplicable, pero lo califica de *injusto frente a la mejor ponderación de los intereses en juego de la regla del 84 CISG*, que obliga a ambos a restituir intereses o beneficios. En sus «Comentarios CISG», cit., p. 682.

⁵⁶ Por ejemplo, en la STS 29.2.2012 (RJ2012\4054), que versa sobre una compraventa de fincas sin licencia urbanística adecuada, el Tribunal declara conforme la liquidación de la restitución de las fincas y de las rentas que con su explotación se obtuvieron porque el vendedor, a su vez, restituye el precio y sus intereses.

⁵⁷ Así en la STS 16.10.2017 (RJ2017\4286), sobre restitución de participaciones preferentes. O la anterior, de 29.02.2012 (RJ2012\4054), que obliga al comprador que

Sentado lo anterior (que procede la restitución de la utilidad percibida), debemos enfatizar que el período relevante que tratamos de liquidar es el que media entre la entrega de la prestación y la resolución eficazmente ejercitada por el acreedor, que tiene una facultad de configuración jurídica⁵⁸; e insistir en que obligados a restituir «lo percibido» están ambos, no sólo el incumplidor, pues el legislador no distingue y no tendría sentido que lo hiciera, permitiendo al *cumplidor* retener la utilidad percibida y, además, recuperar la que su prestación, vigente el contrato, legítimamente proporcionó al contrario.

El único presupuesto o condición para resultar obligado a restituir esta partida es que la prestación efectivamente se haya entregado y que fuera susceptible de aprovechamiento, pues, de no serlo, jurídica y económicamente es como si no se hubiese entregado⁵⁹.

Para satisfacer todas estas exigencias debemos pues identificar criterios de valoración objetivos o abstractos, aplicables a ambos contratantes y a cualquier incumplimiento resolutorio, sea o no imputable⁶⁰.

resuelve el contrato porque los apartamentos comprados para uso turístico carecen de licencia a devolver al vendedor los inmuebles y todas las rentas obtenidas *interim*.

La restitución es, pues, íntegra; y la compensación puramente económica, no *grosso modo*. Aunque no siempre se cumple. La STS de 22.4.2010 (RJ\2010\2388) liquida la cuestión liberando al vendedor de la obligación de restituir los intereses del precio *en justa reciprocidad* con el disfrute de la vivienda por el demandante.

⁵⁸ En el caso del precio, es clara la jurisprudencia en este sentido, diferenciando así el cómputo respecto de los intereses de demora, que se deben desde que se reclaman [STS 11.02.2003 (RJ\2003\1004), que se apoya en la de 12.11.1996 (RJ\1996\7919) y, de forma contundente, STS 4.5.2017 (RJ\2017\3273)]. La excepción es la muy criticada STS 21.06.2011 (RJ\2011\4766), que computa los intereses desde la interposición de la demanda de resolución.

Lamentablemente, en todas se miden los intereses conforme a la tasa de interés legal que, claro, puede generar enriquecimiento en la contraparte, como denuncia el fallo de la Audiencia en el caso resuelto por esta última sentencia.

⁵⁹ X. BASOZABAL, *El enriquecimiento...*, cit., p. 218.

Para exonerar al comprador de esta obligación de restitución cuando la cosa no era susceptible de aprovechamiento no hacía falta, por tanto, remitirse a sectores del ordenamiento de dudosa aplicación, como hizo el ponente en la STS 26.07.2000 (RJ\2000\9177), que versa sobre la resolución de la venta de una finca que resultó de inferior extensión a la precisada para poder urbanizarla, y que la Audiencia finalmente declaró nula. El Supremo acepta el remedio y añade «(el art. 1303) puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, de carácter complementario o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de las obligaciones (1101 ss.) y los relativos a la liquidación de estados posesorios (452 ss.), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general que veda el enriquecimiento injusto»; todo ello para aterrizar y concluir que el comprador está exonerado de restituir los frutos porque «en sentido técnico, la finca no los produce y no cabe indemnizar por la hipotética ventaja económica derivada de la tenencia de los finca por no haberse dado las condiciones para disfrutar de la misma, sin que sea suficiente al respecto la mera posesión o tenencia». Es decir, liquida igual que si no se hubiese entregado.

⁶⁰ Referencia de autoridad en X. BASOZABAL, *El enriquecimiento...*, cit., p. 213.

Que, en el caso que nos ocupa, no se trata de medir la utilidad concreta que haya obtenido cada contratante gracias al disfrute de la prestación que restituye parece generalmente aceptado.

Desde luego nadie defiende que esta sea la medida que debe restituir *el que resuelve* el contrato y, aunque un sector doctrinal importante lo proponga, y encuentre apoyo en alguna sentencia del Supremo, tampoco parece que haya convencido la idea de que esa utilidad concreta sea la medida de la restitución a cargo del incumplidor⁶¹.

El mejor argumento práctico es que nadie defendería este criterio cuando el rendimiento concretamente obtenido fuese inferior al normal o estandarizado de la prestación⁶².

Pero a mi juicio el argumento de peso es el jurídico: la atención a la rentabilidad concreta obtenida por el obligado a restituir puede ser adecuada cuando se trata de liquidar posesiones indebidas, por intromisión en derechos ajenos⁶³ o por exceso de posesión respecto del contratado⁶⁴, pero no es esa nuestra hipótesis.

En el caso que nos ocupa la posesión, también la del incumplidor, en tanto que el facultado para ello no resuelva, es perfectamente legítima, luego debe ser irrelevante lo que en concreto haya hecho con ella.

Y, en esta identificación del criterio de estimación correcto, no debemos olvidar que tratamos de devolver a cada contratante una utilidad abstracta de uso a la que había renunciado con el intercambio. Que no busquemos, por tanto, valorar la rentabilidad que por el incumplimiento hayan perdido, pues esa pérdida necesariamente atiende a la prestación contraria, que ahora devuelven, y su cobertura corresponde a la pretensión indemnizatoria.

Para tratar de identificar los parámetros relevantes creo conveniente, de nuevo, diferenciar los casos según quién sea el obligado a restituir la cosa o el precio, si el acreedor que resuelve o el incumplidor; y no perder de vista la confluencia temporal entre una posible pretensión indemnizatoria y la de restitución, objeto de nuestro estudio.

⁶¹ Vid. la doctrina citada *supra*, en nota 12.

⁶² Son muy claros en el sentido apuntado en el texto los comentaristas de la CISG, desde luego cuando tratan los intereses del precio a restituir, afirmando que han de pagarse los devengados desde la entrega del precio e independientemente de si se utilizó el capital. No se valora, por tanto, el uso concreto, sino el *tipificado*. Y conforme al estándar en el establecimiento del acreedor del precio que se restituye (§ 1888), esto es, en nuestro caso, del comprador [art. 84 § 1885 (2011)].

También, parece, cuando se refieren a la medida restitutoria correspondiente a los rendimientos de uso de las cosas. Si fueron transmitidas, entran en caos con los subrogados –vid. §§1891; 1898– mostrándose finalmente contrarios a descontar el beneficio concreto obtenido por el comprador cuando exceda el *normal* de mercado, bien apoyándose en la dicción del art. 82 –que se refiere, a otros efectos completamente distintos, al *tráfico normal de los bienes*; bien al deber de mitigación *ex art. 77 CISG*.

A mi juicio, el argumento clave es la paridad de trato respecto de la hipótesis contraria, de (re)venta por debajo de mercado, que nadie discute que no debe terminar perjudicando al vendedor.

⁶³ En nuestra hipótesis, de propiedad del acreedor sobre la cosa, que reclama su subrogado *ex art. 1186 CC*. Luego no resuelve.

⁶⁴ *i.e.*, retención de la cosa tras la resolución correctamente ejercitada por el acreedor.

Ejercicio 2: Confluencia de la restitución y la indemnización de las utilidades de uso intercambiadas

Para este segundo ejercicio, de liquidación del rendimiento percibido de la prestación a restituir, conviene distinguir según cuál sea el objeto principal de la restitución, si un bien o dinero; y, en un segundo nivel, según quién sea el que restituye, si el incumplidor o el acreedor que resuelve el contrato.

A) Restituye la cosa el que incumple el contrato

Hipótesis:

[A (vendedor)] entrega la cosa _____ [D (comprador)] no paga

A1) Si la cosa puede recuperarse y mantiene/obtiene un valor superior al precio ($V_a \geq P$), A (vendedor) resolverá el contrato.

Es evidente que será una hipótesis excepcional, porque el mercado evidencia que el incumplimiento es claramente antieconómico para D (comprador). De producirse, muchos serán casos de incumplimiento excusable (por excesiva onerosidad sobrevenida, por ejemplo), en los que A (vendedor) no podrá exigir daños (por hipótesis, los intereses del precio desde que debió abonarse hasta que se resuelve el contrato). Serán residuales, por tanto, los casos de incumplimiento imputable, pero los habrá, fundamentalmente por dificultad de prueba de la excepcionalidad de las circunstancias. Luego en ambos:

– ¿Puede reclamar A (vendedor) los frutos obtenidos por D (comprador) de la posesión de la cosa?

Sistemáticamente leemos que sí, pero lo que resulta chocante es que, también sistemáticamente, se afirma que han de computarse conforme al coste de alquiler del bien durante el tiempo que duró la posesión de D (comprador).

Aunque el contrato resuelto no sea de alquiler, luego D (comprador) no buscase un disfrute temporal, ni A (vendedor) proyectase esa utilidad de uso en el precio que esperase cobrar.

Aunque esa rentabilidad exceda con mucho el interés del precio que pudiese reclamar como indemnización, si el incumplimiento fuese imputable.

Y la pregunta es inmediata: Si ahora concedemos a A la restitución de dicha rentabilidad ¿cómo la armonizamos con la indemnización, que atiende a la utilidad esperada, esto es, a la rentabilidad del precio?

Parece que no pueden sumarse ambas⁶⁵, y como lo lógico será que reclame la indemnización, tendrá que deducirse de la rentabilidad esperada la rentabilidad de la pretensión a su cargo, desde luego durante el período de confluencia.

Pero ¿y si la utilidad de uso de la propia prestación es mayor, como muy probablemente sea el caso si se mide conforme a una renta de alquiler?

No habrá entonces daño que indemnizar (al menos, por este concepto), pero todo indica que puede recuperar esta utilidad vía restitución. Aunque sea una medida excesiva.

A2) Si el valor de la cosa disminuye por debajo del precio, A (vendedor) exigirá el pago.

Y será D (comprador) quien pretenda resolver cuanto antes el contrato y liquidarlo devolviendo la cosa.

Y, salvo que pueda ampararse en una alteración extraordinaria y sobrevenida de las circunstancias, quien tendrá que abonar a A, vía indemnización, la disminución del valor de la cosa respecto del precio (coste de sustitución), además de los intereses del precio desde que debió abonarse.

- ¿Podría A, además, pretender el rendimiento de uso de la cosa que entregó y que ahora le fuerzan a recuperar? ¿en la medida de la renta de alquiler, pese a que insistió en el pago del precio y D quería devolver la cosa?

A3) Y añadamos una tercera variable, que implica la restitución de la utilidad de uso del dinero o su coste de oportunidad

Hipótesis:

[A (vendedor)] entrega la cosa _____ [D(comprador)] paga sólo un anticipo

A (vendedor), que resuelve para recuperar la cosa, y que puede pretender la utilidad de la cosa durante el tiempo de vigencia del contrato, debe restituir el anticipo.

- ¿También los intereses generados? ¿al tipo de interés de demora?

El lector acostumbrado a leer casos de resolución y liquidación de contratos probablemente se haya sentido cómodo con las soluciones antes apuntadas, ya que están muy extendidas; pero seguro que reacciona ante esta última pregunta, y que su sentido de justicia le inclina a

⁶⁵ A. CARRASCO, *Derecho de Contratos*, p. 1155.

responder que no, que el acreedor que resuelve ante el incumplimiento del otro no debe abonar intereses al tipo del previsto para el incumplidor moroso (art. 1108 CC) o para el que posee de mala fe (art. 1897 CC).

No está solo. Otros ya han planteado esta objeción en un recurso:

Es el caso resuelto por la STS 1.7.2005 (RJ\2005\5090) cuyo ponente fue A. Gullón Ballesteros.

Los vendedores de un solar recibieron del comprador, una constructora, un anticipo del precio, aplazando el resto. Ante su impago, decidieron resolver y recuperar así un solar que se había revalorizado *interim*, además de pretender una indemnización cifrada en los intereses de la parte del precio pendiente de pago desde que debió abonarse hasta la resolución.

El comprador aceptó la resolución, pero reconvino solicitando la restitución del anticipo del precio y sus intereses, cifrándolos en la tasa de interés legal, pretensión que fue aceptada en la instancia pero revocada en Casación, que admitió el recurso de los vendedores.

En él argumentaron su resistencia en que la medida del interés legal es indemnizatoria, luego aplicable al deudor moroso *ex* 1108 CC, pero no a ellos (cumplidores-resolventes); y en que la sentencia de la Audiencia motivó la condena a su restitución en que el solar que tras la resolución recuperaron se había revalorizado, luego en que los intereses compensaban esta plusvalía.

Es esta indebida vinculación entre intereses-plusvalía la que aprovechó el Supremo para enmendar un fallo injusto, arguyendo que toda plusvalía producida por circunstancias ajenas al comprador-deudor es de cuenta del vendedor-resolvente, para así, socavado su fundamento, negar la restitución de los intereses legales.

Pero es una solución demasiado circunstanciada como para admitir generalización.

En un supuesto más general, en el que el comprador tuviera que restituir la utilidad de uso de la cosa, sin duda tendría el vendedor que restituir el valor de la disponibilidad del anticipo. Y tendremos que solucionar este conflicto al margen del valor actual de la cosa que se restituye⁶⁶.

Y es aquí, en este orden de problemas, liquidación de las respectivas utilidades de uso, en el que la alegación de los vendedores cobra fuerza: ¿por qué han de restituir el interés legal, si esa es la medida indemnizatoria en caso de incumplimiento y ellos son los que han cumplido?

Seguidamente lo discutiremos, pero démosle antes la vuelta al supuesto para comprobar, de nuevo, que la cuestión sólo se debate entre los autores y en los tribunales cuando es el cumplidor quien

⁶⁶ Que ciertamente sólo será relevante si el comprador lo ha propiciado, invirtiendo en mejorarla o deteriorándola (*vid. infra* b).

se ve obligado a restituir una utilidad de uso medida con parámetros, quizá, indemnizatorios.

Y no debería ser así.

B) Restituye la cosa el acreedor que resuelve el contrato

Hipótesis

[A (comprador)] recibe un *aliud*/ cosa esencialmente defectuosa } _____ [D (vendedor)]
cobra/puede cobrar

B1) A (comprador) resolverá cuando el Va de la cosa disconforme < precio (P), para así retenerlo o recuperarlo.

Además, o independientemente, podrá reclamar la indemnización correspondiente al coste de sustitución de la cosa conforme y a la menor rentabilidad obtenida de la disconforme, si es el caso.

Reclamará, además, el interés del precio pagado, que sistemáticamente se medirá conforme a la tasa de interés legal, pese a que D (vendedor) mantuvo su legítima posesión hasta que A (comprador) resuelve.

Y tendrá que devolver a D (vendedor) la cosa disconforme (o su valor al tiempo de su pérdida).

- ¿Debe abonar además a D (vendedor) la utilidad percibida de la cosa? ¿en la medida del coste de alquiler del bien *interim*? (insisto, aunque el contrato no sea de alquiler).

Y, aunque la respuesta debe ser negativa en todo caso –también cuando el que restituye la cosa es el comprador que no paga– la doctrina y los jueces atienden argumentos cuando es A, acreedor resolvente, quien se queja, y buscan soluciones creativas para liberarle de una obligación de restitución que, así medida, resulta injusta.

El caso más relevante y polémico⁶⁷ es el resuelto en la STS 30.04.2013 (RJ\2013\8001), de la que fue ponente Orduña Moreno, que afirma que el artículo 1303 CC es compatible con el artículo 451 CC, de manera que la restitución de los frutos sólo procede desde que la posesión se torne de mala fe, aplicado al caso, desde que se notifica la demanda de resolución. Mientras, el poseedor es de buena fe y hace suyos los frutos, luego las compradoras de

⁶⁷ Porque algunos lo valoran muy positivamente, como es el caso de S. QUICIOS, [en «Restitución del valor del uso de la cosa vendida y abono de gastos al comprador tras la resolución de la compraventa. Sentencia de 30 de abril de 2013 (RJ\2013\8001)», en 96, *CCJC* (2014) pp. 15-32]; que ve en ella reconocida la tesis de J. Delgado [sintetizada en «Comentario de los arts. 1301, 1303 CC, cit., *supra* nota 12].

una finca que no termina de escriturarse a su nombre, pero que han estado disfrutando largo tiempo, no tienen que abonar el valor de uso de la finca *interim*, pese a que demandan y obtienen la restitución del anticipo del precio y de los intereses generados desde que se abonó⁶⁸.

Y no hay manera de sostener jurídica ni económicamente este resultado.

Olvidan que el otro contratante, pese a su incumplimiento, también posee legalmente luego, según su razonamiento, tampoco tendría que abonarlos.

Y que la consolidación de frutos a la que conduciría este planteamiento sólo se explica en supuestos de relaciones periódicas y respecto de prestaciones consumadas, por la perfecta reciprocidad de los intercambios aisladamente considerados. No, por tanto, en el caso general de los contratos de cambio.

Que su tesis carece, por tanto, y entiendo que afortunadamente, de apoyo legal, pues nuestro sistema es neutro y objetivo.

Pero se comprende sin esfuerzo que se objete una liquidación de la utilidad de uso así medida, porque es claramente desproporcionada.

El parámetro habitualmente empleado –coste o renta de alquiler– es el resultado de la adición y posterior fraccionamiento en períodos de tiempo del coste de adquisición del bien; de los costes de mantenimiento y amortización; de los impuestos y seguros necesarios para el desempeño de la actividad; de los costes de personal, publicidad y cualesquiera otros imputables al arriendo en sí; y del beneficio empresarial repercutido en el precio.

Es, por tanto, adecuado para medir el daño que sufre quien espera recibir una cosa para disfrutarla si, por no recibirla, ha de buscarse un bien sustituto (daño emergente); o como parámetro para identificar el daño del que pretendía rentabilizarla alquilándola si, por no recibirla a su debido tiempo, pierde una rentabilidad probable (lucro cesante). Es útil para la determinación de la pretensión indemnizatoria, esto es, para medir expectativas frustradas por el incumplimiento del contrato⁶⁹.

⁶⁸ Pero hay otras: en el caso resuelto por la STS de 18.7.2012 (RJ2012\9333), el vendedor reclama la restitución como fruto del canon hipotético de arrendamiento de las viviendas que le devuelven (por ilegales), que es rechazado por TS alegando que su disfrute no fue pacífico (¿?) y que, en todo caso, se ve compensado con las obras de ampliación realizadas por el comprador. El vendedor, por su parte, devuelve el precio y abona la indemnización correspondiente al coste de sustitución, pero al menos no consta que le reclamen intereses.

⁶⁹ Y que deben en todo caso probarse, aunque este requisito se olvide con cierta frecuencia. Por ejemplo, en la STS de 13.04.2016 (RJ2016\1681), cuando afirma que «(...) la determinación del importe del perjuicio por retraso en la entrega en atención al precio de alquiler de las viviendas que los perjudicados podrían haber obtenido en caso de su entrega en el tiempo pactado (...) constituye un criterio generalmente aceptado por la jurisprudencia para determinar el “lucro cesante” en estos casos», cuando lo cierto es que

Y puede también medir el beneficio concreto que, desde que se operó el intercambio hasta la restitución del bien, haya obtenido el contratante que efectivamente lo disfrutase si, además de poseerlo *de facto*, hubiese alquilado un sustituto de no haberlo recibido.

Pero ya hemos explicado que no tratamos de medir daños ni de valorar la utilidad concretamente obtenida por los contratantes⁷⁰, sino la abstracta, la objetivamente derivada de la disponibilidad de uso del bien y, para este fin, el coste o renta de alquilarlo es a todas luces excesivo⁷¹.

Tampoco tiene sentido medir el valor de la disponibilidad del dinero (el coste de oportunidad) aplicando el interés legal del dinero porque, como sabemos, esa es la medida del interés de demora, y lo es porque, en nuestro sistema, cubre al acreedor frente a la depreciación del dinero, actualizando la cantidad debida.

Este resultado es idóneo para cifrar la tasa normativa de interés resarcible, como inmediatamente recordaremos, pero no para liquidar el exceso de utilidad producida por la mera disponibilidad de un capital⁷².

Luego tenemos que identificar otro criterio de «descuento» de lo percibido por las partes más allá del objeto de las prestaciones, de valoración de la mera disponibilidad de las prestaciones.

El valor de la mera disponibilidad de las cosas y del dinero.

Se trata, recordémoslo, de liquidar el exceso que, sobre las cosas intercambiadas, hayan podido percibir las partes. Ese «exceso» es la posibilidad de usar las prestaciones recibidas durante la vigencia del contrato, que acabamos de criticar que se traduzca por el coste/renta de alquiler de la cosa o por los intereses legales del precio.

Partimos pues de una asunción generalmente aceptada, cual es que la mera disponibilidad de un bien que tenga mercado y, desde luego, del dinero es un activo susceptible de valorarse⁷³.

Sólo hay que identificar cómo.

la probabilidad de haberlas alquilado de haberse entregado tempestivamente ni siquiera intentó acreditarse.

⁷⁰ Que será relevante para liquidar la *condictio* por intromisión que, insisto, parte de una hipótesis de posesión no consentida que aquí no se da.

⁷¹ Porque, visto su desglose, se advierte que repercute costes no necesariamente asumidos y absorbe beneficios no esperados por quien lo demanda; y, en la generalidad de supuestos, tampoco acierta en la liquidación del coste ahorrado.

⁷² Pero es el parámetro al que aluden sistemáticamente los autores. Así, F. PANTALEÓN, en su «comentario del art. 78 CISG», p. 634; V. MONTES, en su «Comentario del art. 84 CISG», p. 682.

⁷³ Así, por ejemplo, califica la pérdida del uso y disfrute de unas viviendas durante el período en que se demoró su entrega como daño *in re ipsa* la STS 18.11.2014 (RJ2014\5946). Y valora la pérdida conforme al informe pericial presentado por el demandante, que esperemos no la cifrase equivalente a la renta de alquiler.

Y lo mismo ocurre con el dinero. Vid, también como muestra, la STS 23.07.1993 (RJ1993\6474).

Sobre esta cuestión me detuve en *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, con el propósito de medir el daño derivado de la pérdida de la mera disponibilidad de un bien⁷⁴.

Allí defendí que, independientemente de que el acreedor pudiera alegar (y probar) *en concreto* que la privación del bien comprado le había generado un daño superior, podía pretender, por defecto, el resarcimiento del valor estándar de esa disponibilidad, y que ésta se aproxima a los costes fijos de mantenimiento del bien, incluidos impuestos y seguros, proporcionales al tiempo de privación⁷⁵.

Ese es nuestro parámetro de referencia. Para facilitar su liquidación, los tribunales alemanes, que expresamente rechazan la concesión del coste íntegro de alquiler, simplemente deducen del coste o renta de alquiler el importe del beneficio empresarial medio repercutido en el período relevante⁷⁶. Es una aproximación, porque el resultado incluye el coste medio de amortización del bien, que varía en función de su destino o uso; pero es objetivo y facilita una liquidación que, de otro modo, sería demasiado costosa⁷⁷.

Cuando se trata del precio, debemos buscar un tipo de interés que mida el coste de oportunidad del capital, pero que no actualice el precio⁷⁸, luego no puede ser, desde 1984, el interés legal.

Desde entonces este es un índice variable referenciado al interés básico que cada año fijan los Presupuestos Generales del Estado, con el expreso propósito de absorber la inflación y compensar la pérdida de poder adquisitivo.

Es, por tanto, el parámetro idóneo para tasar el daño derivado del retraso en el pago de una deuda de dinero⁷⁹. Pero no la medida adecuada a nuestro propósito.

⁷⁴ Aranzadi (1998), pp. 167-174; 229-243; y defendí que esta medida es resarcible por defecto (...) «porque debe presumirse que el agraviado habría utilizado por sí o por otros la cosa tempestivamente entregada y que, por tanto, la demora en la entrega le habrá ocasionado la pérdida de su disponibilidad; pero, también, que esta circunstancia no deja de ser una mera presunción, rebatible en todo caso por el deudor que consiga acreditar que al no pretender el acreedor la utilización de la cosa en el período conflictivo, o no estar en condiciones de hacerlo, la discutida pérdida no se ha producido», p. 171.

Lo califican, en cambio, de daño *in re ipsa* las SSTS de 12.5.2005 (RJ\2005\6377) y de 18.11.2014 (RJ\2014\5946).

⁷⁵ P. 173.

⁷⁶ Vid. doctrina y jurisprudencia citada en *La valoración del daño...*, p. 174.

⁷⁷ Y es, desde luego, mejor que atender a la vida útil del bien y su posible merma, porque este es un criterio meramente contable. Pero también se ha aplicado en Alemania, como denuncia M. SCHWAB, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Vertägen nach §§ 346 ff. BGB n. F.», 7 *JuS* (2002), p. 630.

⁷⁸ Porque, recordemos, el legislador no mide la restitución conforme a valores actuales, sino que limita el alcance del remedio a la devolución de lo percibido. No parece procedente que se desbarate esta lógica aplicando una tasa de interés que absorba la depreciación.

⁷⁹ Normativamente, y en ambos sentidos. Sigo pensando que excluye la prueba del menor y del mayor daño, gracias a la adopción de un índice variable y ajustado a la inflación. Pero esa es otra polémica, sobre la que ya me pronuncié en la obra antes citada, pp. 235-243.

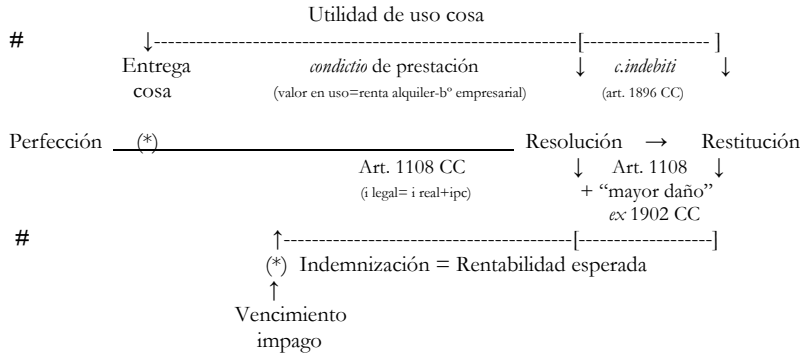
Si lo que pretendemos es medir el valor abstracto derivado de la disponibilidad del capital, debemos pues deducir del interés legal el porcentaje correspondiente a la inflación concurrente en el período relevante, y deducir así el interés real del dinero.

Observará el lector que las medidas propuestas responden a la finalidad perseguida por el remedio restitutorio en un contexto de liquidación de una relación bilateral. Y que son notablemente inferiores a las habitualmente aplicadas, contribuyendo así a un mejor deslinde de la indemnización, en su caso concurrente.

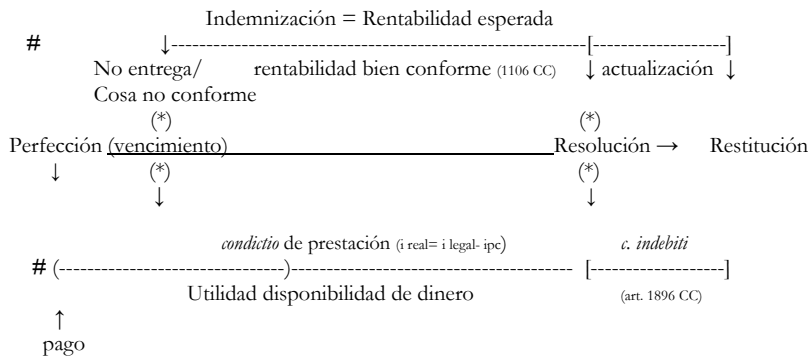
Que permiten, en definitiva, centran mejor el debate.
Pero veámoslo gráficamente:

Confluencia temporal de las pretensiones indemnizatoria y restitutoria

Resuelve quien entrega la cosa –incumple el deudor del precio



Resuelve quien paga –incumple el deudor de la cosa



- # Período relevante para el remedio restitutorio: Se liquida como remedio bilateral en tanto que A mantenga vigente el contrato. Una vez resuelto, la obligación de restitución será unilateral, siendo *ilegítima* la prolongación de la posesión.
- # Período relevante a efectos indemnizatorios: Se liquida como contractual hasta la resolución del contrato. A partir de entonces, es un remedio extracontractual.

El comienzo del período puede ser, como se aprecia, distinto; y pueden no confluir en absoluto, porque una de las partes no haya entregado su prestación (o no sea susceptible de aprovecharse); o porque no haya lugar a la pretensión indemnizatoria (no se aprecian daños/el incumplimiento no es imputable).

De concurrir ambas pretensiones, podemos presumir –porque es lo estadísticamente normal en casos de incumplimiento– que fue A quien hizo un buen negocio, y que la rentabilidad de la prestación que esperaba absorbe la de la prestación entregada. Luego A generalmente pedirá la indemnización en la medida de la rentabilidad esperada y podrá acumular la restitución de la utilidad de la cosa durante el período *no* confluyente.

La utilidad del uso de la prestación a su cargo forma parte del coste que necesariamente asumió para obtener la rentabilidad que pide, de manera que si solicita y obtiene su restitución deberá *restarse* de la pretensión de indemnización de la rentabilidad frustrada en el período confluyente o de vigencia del contrato.

b) La liquidación de los gastos, mejoras y deterioros en el bien restituido.

En definitiva, de la inversión productiva del que poseyó la cosa durante la vigencia del contrato, en términos de incremento de valor o de conservación de la misma; y de los deterioros que le sean imputables.

Porque toda mejora o deterioro fortuito de la cosa (léase, por circunstancias externas al obligado a restituirla) corresponde a quien la recupera, como fácilmente se deduce de lo dicho hasta ahora, luego no forman parte de la liquidación⁸⁰.

La inversión será productiva cuando:

i. Se abonen gastos necesarios –que permiten conservar la cosa que ahora se restituye⁸¹. Su abono por parte del que recupera la cosa está fuera de discusión⁸².

⁸⁰ Véase, por ejemplo, V. MONTES, «Comentario al art. 81 CISG», cit., p. 668; A. CARRASCO, *Derecho de Contratos*, p. 1156. Y también la STS 1.7.2005 (RJ\2005\5090) antes resumida.

⁸¹ *i.e.* el IBI, STS 30.4.2013 (RJ\2013\8001).

⁸² Por todos, F. PANTALEÓN, «Las nuevas bases» ..., cit., p. 1735.

ii. Se invierta en ella con resultado, esto es, incrementando el valor objetivo de la cosa. En términos legales estaríamos hablando de un gasto útil, pues el calificativo de «mejora» comprende también las de puro lujo o mero recreo, luego no generadoras de plusvalía⁸³.

En este segundo supuesto, lo razonable es abonar el gasto a quien lo hizo o, como criterio alternativo, y a opción del que recupera la cosa –que no encargó la mejora– liquidar el incremento de valor de la cosa⁸⁴.

Si el gasto es de mero recreo, si no se traduce en un incremento de valor objetivo de la cosa, quien la recupera no tiene por qué abonarlo. Puede hacerlo, para quedarse el ornato si le interesa. O aceptar su retirada, si puede hacerse sin deteriorar la cosa.

Lo que acabamos de sintetizar es lo previsto en el régimen general de liquidación del estado posesorio (arts. 453-454 CC) y, en términos similares –aunque no idénticos–, en el de liquidación del censo enfiteútico, ya en desuso. También, aunque en términos más genéricos, es la liquidación prevista en caso de activación de la retroventa⁸⁵.

Es, en todo caso, una solución que atiende de forma equilibrada los intereses en conflicto en caso de resolución del contrato⁸⁶.

⁸³ Argumento *ex arts.* 453-454 CC.

⁸⁴ Y, de nuevo, sin distinguir si fue quien incumplió el contrato o el que resuelve. Insiste en un tratamiento diferenciado, también a estos efectos, S. Quicios (en «Restitución...», cit., p. 1469), defendiendo que se abonen las mejoras útiles realizadas por el comprador cuando sea el vendedor el que incumple el contrato –por hipótesis, por falta de conformidad de la cosa–; pero no cuando sea el comprador quien incumpla el contrato *dolosamente*. Pero no alcanzo a ver el supuesto. Si la cosa entregada es disconforme y el comprador invierte en mejorarla de forma eficaz (aumentando su valor objetivo), es improbable que resuelva. Los ejemplos que propone (segregaciones o divisiones horizontales inútiles por imposibilidad de explotación disgregada del inmueble) no son válidos, pues son gastos sobrevenidamente inútiles, reclamables como daño, pero no como mejora. Y tampoco alcanzo a identificar el caso en el que un comprador invierta en mejorar la cosa pero deje de pagar el precio *dolosamente*, esto es, por oportunismo.

⁸⁵ Art. 1518 CC: El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además:

1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

⁸⁶ Así, F. PANTALEÓN, «Las nuevas bases...», cit., p. 1735, nota 54; A. CARRASCO, p. 1156; o B. RODRÍGUEZ-ROSADO, p. 254. Últimamente se suman C. VENDRELL, en «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, cit., pp. 283-327, particularmente p. 301-302; y parece que también GARCÍA VICENTE, en su recensión al citado libro, «Enriquecimiento sin causa: manca fineza, publicada» en El almacén de Derecho (<http://almacende-derecho.org/enriquecimiento-sin-causa-manca-finezza/>).

También lo entiende así nuestra jurisprudencia. Por ejemplo, en la STS de 29.06.2015 (RJ2015\4486). Se trataba de una permuta de unas de fincas a cambio de una nave a construir y cierta cantidad de dinero, incumplida por los receptores de las fincas (una constructora) que, no obstante, avanzan en la urbanización de las fincas y abonan el IBI.

En instancia, tras declarar procedente la resolución del contrato, liquidan la posesión restituyendo recíprocamente cosa y precio (sin intereses, por cierto) y obligando a los per-

No obstante, y pese a contar con amplio respaldo doctrinal y jurisprudencial, la remisión del artículo 1122 CC al régimen de liquidación del usufructo (arts. 487-8 CC) dificulta su defensa⁸⁷. Pero afortunadamente no la impide. Digo por fortuna porque el *status* del que posee bajo condición, como la del usufructuario, difiere del que adquiere la cosa en virtud de un contrato traslativo puro. A aquél quizá pueda argumentársele que si invierte en la cosa poseyéndola eventualmente, lo hace a su riesgo⁸⁸. Pero a este último, digamos que comprador que posee en virtud de contrato que posteriormente se resuelve por incumplimiento, ciertamente no.

Desde luego no es esta la posición del comprador que cumple y resuelve por disconformidad de la cosa. Posee, en principio, en concepto de dueño y sin conciencia de límite.

Pero tampoco lo es la del comprador que pierde la cosa por impago, porque el mismo hecho de que invierta en su mejora evidencia su propósito de consolidar la transmisión.

Luego ninguno de ellos invierte «a fondo perdido», sino con clara vocación de amortizar la inversión o, en el peor escenario, de recuperarla. Y el sistema generalmente defendido y aplicado lo permite, garantizándole el importe del gasto que se haya traducido en un incremento de valor. El exceso de valor que, en su caso, genere el gasto *acrece* pues al que recupera la cosa, atribución de valor que sin duda tendrá presente el comprador a la hora de incumplir o de resolver el contrato.

Esta liquidación no convence a J. M. Bech Serrat, que en un prolijo estudio sobre liquidación de mejoras critica los parámetros

mutantes a abonar el IBI, pero no conceden el reembolso de los gastos de urbanización. La constructora los reclama en casación, pero su recurso es rechazado por el Supremo con dos arguements, el segundo mejor que el primero.

Entiende el ponente que «sería ilógico y contrario a derecho que la parte cumplidora tuviera que abonar a la incumplidora unos gastos a los que se había comprometido por contrato». Y no lo es, si gracias a esos gastos la cosa que ahora recupera el cumplidor fuese objetivamente más valiosa. Pero añade, apuntando certeramente al resultado de la inversión, no ya a la causa por la que se hizo, que «ni siquiera consta que esta obra beneficie a los que vendieron el terreno» para inmediatamente admitir que (de ser así) «podría discutirse en otros términos, bajo la perspectiva de la liquidación de un estado posesorio, pero ni se ha pedido, ni ha sido objeto de esta litis».

Y es también la liquidación más común en los sistemas de nuestro entorno: art. 83 III código suizo 2020; art. 1352-5 Code 2016; arts. 3.2.15 IV y 7.3.6. IV. Sobre ellos, S. MEIER, «Unwinding...», p. 26.

⁸⁷ El art. 1122 CC sólo concede al que mejora la cosa el mismo derecho del usufructuario, esto es, un *ius tollendi* y la posibilidad de compensar su importe con el de los deterioros. V. Montes explica este reenvío aludiendo al *tratamiento condicional* de la resolución en nuestro código, en «Comentario al art. 81 CISG», cit., pp. 667-668.

⁸⁸ Pero lo dudo, porque tampoco es plena ni indefinida la posesión del enfiteuta o la del comprador con pacto de retro y, en ambos casos, reciben de quien les priva de la posesión de la cosa el importe de su inversión. Véanse los arts. 1652.1 y 1518 CC.

recogidos en los artículos 453-454 CC⁸⁹. Considera que no son coherentes con la función del remedio restitutorio y propone, de *lege ferenda*, criterios alternativos de liquidación de las mejoras.

El primer criterio propuesto es indiscutible: si las partes estipularon quién ha de costear y con qué alcance la mejora, se estará a lo pactado.

i. En defecto de pacto, entiende prioritaria la restitución *in natura*, detrayendo la mejora cuando sea posible sin detrimento de la cosa y sin un coste excesivo⁹⁰;

ii. y sólo cuando esta restitución no sea factible, habrá de medirse el «valor del mejoramiento» conforme al gasto ahorrado por quien recupera la cosa, liquidando así el enriquecimiento concretamente obtenido⁹¹.

iii. De forma residual, únicamente cuando los dos parámetros anteriores no procedan, acepta que se atienda al mercado, esto es, al incremento de valor objetivo de la cosa⁹².

Por todo lo dicho hasta ahora se comprenderá que no podemos compartir esta propuesta, salvo en lo referente a la aplicabilidad de los pactos de liquidación entre las partes.

En defecto de pacto el sistema debe liquidar el enriquecimiento conforme a parámetros objetivos y ciertos, así como salvaguardar el interés del que recibe un bien cuya mejora ni solicitó ni incentivó.

No discuto que el gasto ahorrado por el contratante enriquecido responda mejor al objetivo de descontar el enriquecimiento concretamente obtenido que la medida del gasto asumido por el vencido a la hora de acometer la mejora. Pero es un parámetro incierto, hipotético, luego en absoluto operativo. Y plantea además un serio conflicto cuando su importe exceda el incremento de valor objetivo de la cosa o el del coste efectivo de la mejora⁹³.

Tampoco negaré que el incremento del valor objetivo de la cosa gracias a la mejora puede no *aprovechar* al que la recupera, por no estar en condiciones de realizarla en el mercado, pero sí discutiré

⁸⁹ Aunque se suma a la mayoría en la defensa de su *aplicabilidad* (técnica) a nuestro caso. La monografía se titula *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson Reuters Aranzadi (2015) Pamplona, p. 398

⁹⁰ Pp. 544 ss.

⁹¹ Pp. 575, 594-5.

⁹² P. 599.

⁹³ Conflicto cuya respuesta no se aborda claramente en el trabajo citado, pero debe hacerse: el contratante que recupera la cosa ¿debe restituir el gasto que se ha ahorrado, aunque exceda el incremento de valor del bien? Y aunque no lo exceda ¿también es ésta la medida cuando exceda la del coste efectivo de la mejora? Me temo que no, que en ninguno de estos escenarios puede exigírsele al contratante que, insisto, ni encarga ni incentiva la realización de la mejora, el (superior) coste que, hipotéticamente, a él le habría supuesto realizarla.

que esa coyuntura deba soportarla el otro, que devuelve un bien de mayor valor.

Y parece también evidente que si al que recupera la cosa no le interesa la mejora y ésta puede desprenderse, puede restituir *in natura*. Pero no lo es que pueda exigírselo el otro, cuando sí le interese retenerla.

Entiendo, en definitiva, que la propuesta no mejora el sistema articulado por el legislador en los artículos 453-454 CC al que, espero, siga acudiéndose en su día para concretar el sentido del artículo 1203.3. PMCC cuando dice que «los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye».

Por último, respecto de los deterioros, parece indiscutible que si son imputables a quien restituye, debe indemnizarlos.

Probablemente conforme a los parámetros de la pretensión indemnizatoria extracontractual y por incumplimiento de la obligación instrumental de conservación que pesa sobre el potencial obligado a restituir⁹⁴, pero siempre que comprenda la pérdida de valor comercial o depreciación que, en su caso, debe asumir el incumplidor que restituye un bien ya de segunda mano⁹⁵.

Y, de nuevo, concretado el importe de ambos conceptos, mejoras y deterioros, nada impide su compensación económica en la cantidad concurrente.

III. CONCLUSIONES

1. Sede normativa de la restitución tras la resolución del contrato.

El remedio resolutorio se enuncia en el artículo 1124 CC, como alternativo a la pretensión de cumplimiento del contrato y como «cierre» de la regulación de las obligaciones condicionales, afirmando el legislador que la facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

⁹⁴ Así, V. MONTES, en «Comentario al art. 81 CISG», cit., p. 666, defiende que en el ámbito de la Convención, *ex arts.* 85 y 86; en general, en derecho español, *ex art.* 1902 CC. En Alemania, *ex §* 346.4 BGB, Y. DÖLL, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt*, cit., p. 438.

⁹⁵ *Merkantilen Mindermwert* que, también en su caso, comprende la merma de vida útil del bien. Sobre el particular, *vid. La valoración del daño*, cit., p. 170.

El Supremo admite que se presuma esta pérdida en caso de transmisión de bienes comerciales, pero exige cumplida alegación y prueba de los deterioros cuya indemnización se pretenda. Es la STS 30.10.1997 (RJ\1997\8563).

Este tratamiento condicional de la resolución inclina a pensar que la liquidación del contrato resuelto se regula por los artículos precedentes, reguladores de la obligación condicional.

Pero es una mala intuición. Porque la regulación en ellos contenida se centra en la obligación condicional, regulándola de forma unilateral; y porque nuestro legislador, no obstante la parquedad y dispersión con la que aborda esta materia, sí deja clara una cosa: que la restitución de las prestaciones realizadas en cumplimiento de un contrato se rige por normas contractuales y no por el, llamémosle así, derecho de enriquecimiento general de la *condictio indebiti*, entre nosotros, por la regulación de la restitución de pagos indebidos.

Desgaja así la *condictio* de prestación, para dotar su regulación de la reciprocidad y objetividad que exige la causa o motivo de la atribución, y que no concurre en las atribuciones unilaterales, como son las realizadas por error.

Y si esto es así cuando el contrato es nulo, o resulta sobrevenidamente anulado (arts. 1303 ss.), cuanto más si el contrato es válido, el intercambio querido, y las posesiones legítimas hasta que una de las partes (el acreedor frustrado), lo resuelve por incumplimiento.

La *sedes materia* más próxima es, por tanto, el artículo 1488 CC, seguido por los ya mencionados 1303-1308, y 1314 CC.

2. Restitución *in natura* v. restitución por valor.

Resuelto el contrato, procede la restitución de lo percibido, empezando por la prestación recibida. Nuestro sistema, como todos los continentales y armonizados (excepción hecha de la CISG, que sigue al derecho inglés en este punto), muestra preferencia por la restitución *in natura*.

Pero exige, cuando ésta no sea posible o, con cada vez más amplitud, *exigible* –por muy onerosa– la restitución por valor. –vid. artículo 1488 CC; 1307 CC.

Exige, como digo, ese valor, para salvaguardar la reciprocidad en la liquidación, ya que el obligado a su pago retiene o recupera la prestación a su cargo.

Y lo hace independientemente de la «buena» o «mala» fe del obligado, desde luego en casos de nulidad, donde quizá podría defenderse una liquidación diferenciada cuando la posesión se obtuviera gracias al engaño o a la intimidación.

Cuanto más, por tanto, en casos de resolución, en los que, por definición, la posesión de ambos, vigente el contrato, es perfectamente legítima.

Y admite una única excepción, en la que el contratante que no puede restituir *in natura* tampoco debe restituir por valor, y es el caso en que el bien se pierde por alguna circunstancia imputable al contrario.

La pérdida fortuita no excusa, por tanto, la restitución del valor perdido.

3. El valor relevante para la restitución. La función del remedio restitutorio.

Admitida la restitución por valor, resta por determinar cuál es el relevante: si el objetivo o de mercado, el acordado (precio) o el subjetivo para el obligado a la restitución.

El legislador nos ayuda en esta tarea, optando decididamente por el valor objetivo al tiempo de la pérdida de la cosa (arts. 1488, 1307 CC).

Y, de paso, nos aclara cuál es la concreta función del remedio, que no es indemnizatoria (por eso desdeña el valor al tiempo del cumplimiento), ni de reajuste o reequilibrio de prestaciones (por eso obvia la referencia al valor al tiempo de la entrega). Tampoco de liquidación de beneficios concretamente obtenidos.

Unos y otros deben perseguirse, si se da el caso, mediante el ejercicio de otros remedios.

El de restitución del valor de la prestación no pretende consolidar la reciprocidad de los valores intercambiados ni garantizar los esperados, tampoco descontar beneficios indebidos.

Persigue, simplemente, hacer *tabula rasa* devolviendo, si persiste en el patrimonio del obligado, la prestación recibida o, de haberse perdido, su valor *entonces*, porque toda oscilación posterior no la percibe el que restituye.

Así delimitado, el remedio se diferencia claramente de los demás remedios monetarios con los que pueda concurrir, indemnizatorios o de rebaja del precio, y permite una liquidación mejor fundamentada de la relación.

4. Pretensiones secundarias de restitución.

Además de las prestaciones intercambiadas, la restitución se extiende a otras partidas que denominamos secundarias, como son la utilidad de uso percibida gracias a la disponibilidad de la prestación que deba restituirse; y el abono de los gastos que incrementen el valor del objeto que se restituye.

4.1 El valor de la disponibilidad de los bienes y del dinero.

Que la disponibilidad de bienes de mercado o del dinero tienen un valor ya no se discute. Tampoco que, de percibirse, hayan de

restituirse. La única condición es pues que el objeto o el dinero se hayan efectivamente entregado y, en el primer caso, que fuera susceptible de aprovecharse durante la vigencia del contrato.

Lo que se discute es cómo deben valorarse estas partidas.

De nuevo, la posición mayoritaria es favorable a la valoración objetiva o abstracta de esta utilidad, esto es, independientemente de cual fuese el provecho concreto que el contratante obtuviese gracias a la utilización del bien o del dinero. Conforme a lo dicho, no tengo nada que objetar en este punto.

Lo que no comparto es el parámetro objetivo que comúnmente se aplica, cual es el coste o renta de alquiler en caso de objetos y el interés legal en el caso del dinero.

Son, ambos, parámetros idóneos para medir la rentabilidad o productividad perdida por el contratante que hubiese rentabilizado el uso del bien, de haberlo poseído; o el gasto que se vio obligado a asumir por no tenerlo.

También para cifrar el coste que se ha ahorrado el poseedor si, de no haber recibido el bien, hubiese alquilado otro.

Parámetros útiles, por tanto, a las pretensiones indemnizatoria o a la *condictio indebiti*, pero excesivos a nuestro propósito.

Porque la *condictio* de prestación persigue, como vimos, devolver la utilidad que la mera disponibilidad de las cosas o del dinero representa, y este es un valor mucho más limitado que los referidos.

Propongo, por tanto, sustituir las medidas anteriores por otras también abstractas y de fácil cálculo pero, lo más importante, más próximas al valor a liquidar, como es *el coste de mantenimiento del bien* (al que nos aproximamos deduciendo del coste de alquiler el beneficio empresarial); y *el interés real o coste de oportunidad* del dinero, resultante de la deducción de la inflación del interés legal.

Y lo sostengo sea quien fuere el obligado a restituir la utilidad de uso, pues el problema jurídico y económico es el mismo, aunque sólo llame la atención cuando es el cumplidor-resolvente el obligado a restituirla.

4.2 Gastos y mejoras.

La liquidación del contrato resuelto exige también el abono, por parte del que recupera un bien, de la inversión productiva (en términos de incremento de valor o de conservación del mismo) realizada por el poseedor durante la vigencia del contrato.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria asientan este resultado en el régimen de liquidación del estado posesorio, aplicando las reglas de los artículos 453 y 454 CC, aunque también podrían

ampararse analógicamente en el artículo 1652 (censo enfiteútico) o en el artículo 1518 (retracto).

Garantizan, por tanto, al poseedor vencido el importe del gasto (real y concreto) que se haya traducido en un incremento de valor, obviando el gasto hipotético que pueda haberse ahorrado el que recupera la cosa y, también, el exceso de valor que, en su caso, genere el gasto ciertamente realizado, que acrece al otro.

Evitan pues, doctrina y jurisprudencia, el reenvío del artículo 1123. II CC a los artículos precedentes y, concretamente, el del artículo 1122.6.º CC al artículo 487 CC, que limita el derecho del usufructuario que invierte en mejorar la cosa al *ius tollendi*: a retirarlas, si no causa demérito, o a compensar su valor con el de los deterioros.

Hacen bien, porque el usufructuario, y quien posee de forma condicionada, saben de la eventualidad o limitación de su derecho, y en esa conciencia invierten en la cosa poseída.

El que la adquiere en un contrato de cambio que por incumplimiento (propio o del contrario) se resuelve, ciertamente no. Poseen generalmente como dueños, sin conciencia de límite, e invierten para amortizar el gasto. Si resulta útil (o necesario), deben pues recuperarlo.

Y aceptar la pérdida del exceso de utilidad (Δ de valor > gasto) que, en su caso, aprovechará al otro, pues sin duda la tuvieron presente al dejar de pagar el precio o al activar la resolución del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- BASOZABAL, Xabier & DEL OLMO, Pedro: en «Unjustified Enrichment in Spanish Law», ponencia presentada en el congreso *The Global Futures of Unjust Enrichment*, 21-22 april 2017, UCL London (en prensa).
- *El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid 1998.
- BECH SERRAT, Josep María: *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- BURROWS, Andrew: *The Law of Restitution*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- «Absence of Basis: The New Birksian Scheme», en A. Burrows & Lord Rodger of Earlsferry (ed.) *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 33-49.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: Comentario al art. 70 CISG, en L. Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- CLEMENTE MEORO, MARIO E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1998.

- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: Comentarios a los arts. 1303, 1307 y 1314 CC en el *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos de Derecho Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*. Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- DÖLL, Yves: *Rückgewährstörungen beim Rücktritt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- FEST, Timo: *Die Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung*, CH Beck, Münchener Universitätschriften, 207 München, 2006.
- FOUTOULAKIS, Christiana, SCHLECHTRIEM & SCHWENZER: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, II*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en DEL OLMO & BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Enriquecimiento sin causa: manca finezza», en *El Almacén de Derecho* (<http://almacenederecho.org/enriquecimiento-sin-causa-manca-finezza/>).
- KAMANABROW, Sudabeh: «Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung», 1 *Neue Juristische Wochenschrift* (2003), pp. 30-32.
- KOHLER, Jürgen: «Rücktrittsausschluss im Gewährleistungsrecht bei nachträglicher Nacherfüllungsunmöglichkeit –Wiederkehr der §§ 350, 351 BGB a. F.?» 203 *Archiv für die zivilistische Praxis* (2003), pp. 539 ss.
- «Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung», 14, *Juristen Zeitung* (2002), pp. 682-696.
- LANDO, Ole & BEALE, Hugh (Eds.): *Principios de Derecho Contractual Europeo (partes I y II)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- LESER, Hans G., en V. CAEMMERER & SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht –CISG–* C. H. Beck, München, 1990, vor arts. 81-84, arts. 81-84, pp. 681-711.
- LORENZ, Stephan: «Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sächmangel im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?», *Neue Juristische Wochenschrift* (2002), pp. 2497-2505.
- MEIER, Sonja: «Unwinding Failed Contracts: New European Developments», *The Edinburgh Law Review* 21.1 (2017): 1-29.
- «Restitución de pagos indebidos: “factores injustos” vs. “sine causa”», DEL OLMO & BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- MONTES PENADES, Vicente: «Comentario del art. 1123 CC» en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo), Edersa, Madrid, 1989.
- «Comentario del art. 81 CISG», en L. Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- PAZ ARES, Cándido: «Comentario del art. 1170 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Resolución por incumplimiento e indemnización», 42 *Anuario de Derecho Civil* (1989), 4, pp. 1143-1168.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», 46 *Anuario de Derecho Civil* (1993), 4, pp. 1719-1745.

- QUICIOS MOLINA, Susana: «Restitución de frutos, compensación de mejoras e intereses del precio en la resolución», en A. Carrasco (Dir.), *Tratado de la Compraventa: homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 1459-1470.
- «Restitución del valor del uso de la cosa vendida y abono de gastos al comprador tras la resolución de la compraventa. Sentencia de 30 de abril de 2013 (RJ\2013\8001)», en 96, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2014) pp. 15-32.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia & ALASCIO CARRASCO, Laura: «Pérdida del objeto vendido en poder del comprador no propietario Comentario a las SSTs, 1.^a, 4.12.2008, RJ 6951 (MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) y 30.6.2011, RJ 5847 (MP: Juan Antonio Xiol Ríos)», *InDret* 3/2012, pp. 1-27.
- RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid 2013.
- SCHWAB, Martín: «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Vertägen nach §§ 346 ff. BGB n. F.», 7 *Juristische Schulung* (2002), p. 630-637.
- SOLER PRESAS, Ana: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- TREITEL, G. H.: *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press, New York, 1991.
- VENDRELL, Carles: «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», DEL OLMO & BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- ZIMMERMANN, Reinhard: «Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform of 2002», en A. Burrows & Lord Rodger of Earlsferry (ed.), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press (2008), pp. 323-343.
- «Restitutio in integrum: The Unwinding of Failable Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats», *Uniform Law Review*, 2005-4, pp. 719-734.

JURISPRUDENCIA

STS 6.5.1988 (RJ\1988\4018) MP Latour Brotons
 STS 3.11.1988 (RJ\1988\8410) MP Malpica González-Elipe
 STS 18.9.1991 (RJ\1991\6055) MP Almagro Nosete
 STS 11.2.1992 (RJ\1992\1207) MP Malpica González-Elipe
 STS 23.7.1993 (RJ\1993\6474) MP Granizo Fernández
 STS 12.11.1996 (RJ\1996\7919) MP Morales Morales
 STS 30.10.1997 (RJ\1997\8563) MP Martínez Calcerrada
 STS 26.7.2000 (RJ\2000\9177) MP Corbal Fernández
 STS 11.2.2003 (RJ\2003\1004) MP Corbal Fernández
 STS 12.5.2005 (RJ\2005\6377) MP Ferrándiz Gabriel
 STS 1.7.2005 (RJ\2005\5090) MP Gullón Ballesteros
 STS 8.1.2007 (812) MP Montes Penades

STS 4.12.2008 (6951) MP Sierra Gil de la Cuesta
STS 26.2.2009 (RJ\2009\1522) MP Marín Castán.
STS 25.6.2009 (RJ\2009\4238) MP Roca Trías
STS 22.4.2010 (RJ\2010\2388) MP Roca Trías
STS 21.6.2011 (RJ\2011\47669) MP Xiol Ríos
STS 23.11.2011 (RJ\2012\569) MP Ferrándiz Gabriel
STS 29.2.2012 (RJ\2012\4054) MP Roca Trías
STS 18.7.2012 (RJ\2012\9333) MP Arroyo Fiestas
STS 30.4.2013 (RJ\2013\8001) MP Orduña Moreno
STS 18.11.2014 (RJ\2014\5946) MP Seijas Quintana
STS 10.3.2015 (RJ\2015\1121) MP Saraza Jimena
STS 29.6.2015 (RJ\2015\4486) MP O'Callahan
STS de 29.3.2016 (RJ\2016\1545) MP Salas Carceller
STS 13.4.2016 (RJ\2016\1681) MP Salas Carceller
25.10.2016 (RJ\2016\5361) MP Arroyo Fiestas
STS 4.5.2017 (RJ\2017\3273) MP Parra Lucán
STS 13.07.2017 (RJ\2017\3961) MP Vela Torres
STS 13.7.2017 (RJ\2017\3625) MP Parra Lucán
STS 16.10.2017 (RJ\2017\4286) MP Salas Carceller