

Resolución por incumplimiento e indemnización

Por FERNANDO PANTALEON

Catedrático de Derecho civil. Santander

El objetivo central de este breve ensayo consiste en averiguar la respuesta que da el Derecho español al interrogante siguiente: en caso de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, ¿está legitimada la otra parte, que ejercitó su facultad de resolver, para reclamar al incumplidor una indemnización de daños y perjuicios en la medida de su interés en el cumplimiento del contrato o interés contractual positivo, o podrá sólo reclamarla en la medida de su interés en la no celebración del contrato resuelto o interés contractual negativo? Como se trata de un problema en el que existe un grave riesgo de deslizarse hacia el puro conceptualismo y el método de inversión, conviene comenzar aferrándose a la realidad de un caso concreto.

1. En lo que aquí interesa, los hechos del caso finalmente decidido por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de *26 de noviembre de 1987* (1) fueron los siguientes. La sociedad demandante, Kurt Held GmbH S. L., es una empresa alemana con actividades y filial en España, que se dedica a la fabricación y venta de maquinaria laminadora. Las distintas unidades del mencionado producto sólo se fabrican por encargo, previa venta en firme, pudiendo escoger el comprador entre diversos modelos y, dentro de cada modelo, entre diversas especificaciones o características opcionales. El 25 de mayo de 1979, la demandante celebró con la sociedad demandada, Mass S. A., un contrato de compraventa referido a uno de los modelos de la máquina laminadora que aquella fabrica. El 31 de mayo, la demandante envió a la demandada la factura proforma del modelo vendido, al efecto de que pudiera obtener un crédito bancario para financiar la fabricación de la máquina vendida: la compradora se había obligado a remitir a la fabricante-vendedora una carta de crédito

(1) Narrada y comentada por JORDANO FRAGA. CCJC, 15 (1987), pp. 5183 y ss.

irrevocable a tal fin. Simultáneamente, al amparo de las buenas referencias recogidas sobre la compradora, Held inició la fabricación de la máquina, sin haber recibido anticipo ni señal del precio pactado. Terminada la fabricación sin que Mass hubiera hecho ademán alguno de pago, Held requirió notarialmente a la demandada el día 13 de junio de 1980 para que, en el plazo de 15 días (hasta el 28 de junio), cumpliera su obligación. A la vista de la obstinada falta de cumplimiento por parte de Mass, la demandante, el 6 de mayo de 1981, notificó notarialmente a la demandada su decisión de resolver el contrato, con expresa reserva de reclamar daños y perjuicios.

En lo que ahora importa, Held reclamó en su demanda, además de que se declarase la resolución del contrato, que se condenara a la demandada a abonarle, en concepto de indemnización por la ganancia dejada de obtener, una cantidad igual a la diferencia entre el precio de venta pactado y el coste de fabricación de la máquina vendida. El juzgado no estimó esta pretensión indemnizatoria, limitándose a conceder a la demandante los intereses legales de la cantidad reclamada desde el 31 de mayo de 1979 al 7 de mayo de 1981. La Audiencia Territorial confirmó el fallo del Juzgado, con la única salvedad de fijar el día 28 de junio de 1980 como comienzo del período de devengo de los intereses legales a pagar. Lamentablemente, la denegación por los tribunales de instancia de una indemnización igual a la diferencia entre el precio pactado y el coste de producción de la máquina objeto de la compraventa resuelta, no fue objeto del recurso de casación interpuesto por la demandante. Porque me parece indudable que la pretensión indemnizatoria de la sociedad demandante debió ser estimada, salvo en la improbable hipótesis de que, en el período de tiempo relevante, la demanda de máquinas laminadoras del tipo de la vendida, en el ámbito en que se desarrollaba el comercio de Held, fuera superior a su capacidad de fabricación de las mismas.

2. En el importante caso de la jurisprudencia inglesa *Re Vic Mill Ltd* [1913] 1 ch. 465 (C.A.), el demandado compró en firme a la empresa demandante una serie de máquinas que ésta había de fabricar siguiendo las especificaciones del comprador, si bien eran de un modelo de uso bastante común. Incumplidas sus obligaciones por el demandado de manera suficiente para justificar la resolución del contrato, cuando algunas de las máquinas estaban ya fabricadas, la demandante, realizando ciertas modificaciones de escaso coste, logró vendérselas a un tercero por un precio muy similar al pactado en el primer contrato. Pese a lo cual, la *Court of Appeal* le concedió una indemnización igual a la ganancia que habría obtenido de su venta al demandado, al ser falaz suponer, en palabras de Hamilton L. J., que «el segundo cliente era un cliente sustituto y que, aunque todo hubiera ido bien, los fabricantes no habrían tenido ambos clientes, ambos encargos y ambas ganancias». Se consideró también indemnizable la ganancia que

la demandante habría obtenido de la venta de las máquinas aún no fabricadas en el momento de incumplimiento, porque, como dijo Buckley L. J., el demandado no suministró prueba alguna que demostrase que la fabricación de dichas máquinas hubiera impedido a la demandante atender otros pedidos que hubiese recibido.

La decisión anterior sirvió de precedente en el caso *W. L. Thompson Ltd. v. R. Robinson (Gunmakers) Ltd.* [1955] Ch. 177, en el que la entidad demandada se negó a aceptar la entrega de un coche Vanguard nuevo, que había comprado en firme a la entidad demandante, vendedora de coches nuevos y usados en Yorkshire al precio fijado por el fabricante. La demandante logró devolver el coche a su suministrador sin coste para ella, pese a lo cual triunfó su pretensión indemnizatoria por la ganancia dejada de obtener por el fracaso de la operación, esto es, por la diferencia entre el precio fijado de la venta al público y el precio de coste para la demandante del automóvil en cuestión. «Con base en los hechos que he de considerar —afirmó Upjohn J.—, me parece muy claro que el perjuicio de la demandante en este caso es la pérdida de su operación. Ha vendido un Vanguard menos de los que de otra forma hubiera vendido. La demandante, como la demandada tiene que haber sabido (2), se dedica a la venta de coches y obtiene su beneficio comprando y vendiendo coches, y lo que ha perdido es su beneficio en la venta de ese Vanguard.»

En este caso, se consideró probado que, en el lugar donde *W. L. Thompson Ltd.* ejercía su comercio, la demanda de coches Vanguard era inferior al número de los que aquella entidad podía conseguir de su suministrador y ofertar. Si por el contrario, la demanda de tales coches en Yorkshire hubiera sido superior a su posible oferta, la pretensión indemnizatoria tendría que haber fracasado: el número de ventas y el correspondiente beneficio no dependería entonces del número de clientes que la demandante pudiera conseguir, sino del número de coches que pudiese conseguir de su suministrador.

Así ocurrió en el posterior caso *Charter v. Sullivan* [1957] 2 Q.B. 117 (C.A.), en el que el demandado se negó a aceptar la entrega del coche Hillman Minx nuevo que había comprado en firme al demandante, de profesión vendedor de coches, quien logró volver a vender el vehículo diez días después por el mismo precio a un segundo comprador, ahora con éxito. Comprobado que la demanda de ese

(2) Análogamente a lo que ocurre en los ordenamientos latinos —artículos 1.107.1.1.^a de nuestro Código Civil, 1.150 del Código Civil francés y 1.225 del Código Civil italiano—, en los ordenamientos del *common law*, tras el famosísimo caso *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Ex. 341, sólo son resarcibles en caso de incumplimiento contractual aquellos daños que, en el momento de la celebración del contrato, las partes contemplaron o pudieron razonablemente contemplar, como consecuencia probable del incumplimiento: por todos, MCGREGOR, *On Damages*¹⁵ (1988), §§ 242 y ss.; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*³ (1987), § 14-5.

tipo de coches en el lugar en que el vendedor ejercía su comercio era tal que éste podía vender sin problemas todos los Hillman Minx que lograra conseguir, la *Court of Appeal* desestimó su pretensión indemnizatoria. Escribió Jenkins L. J.: «El número de ventas que [el demandante] pueda efectuar y, consecuentemente, la cuantía del beneficio que obtenga, vendrán determinados, de acuerdo con la situación del mercado, bien por el número de coches que sea capaz de obtener de los fabricantes, bien por el número de compradores que sea capaz de encontrar. En el primer caso, la demanda es superior a la oferta, de manera que el incumplimiento de un comprador no le supone ningún perjuicio, ya que vende el mismo número de coches que habría vendido si el comprador no hubiese incumplido. En el segundo caso, la oferta es superior a la demanda, de manera que puede afirmarse que el incumplimiento de un comprador le ha supuesto perder una venta.» Y añadió más adelante: «La decisión de Upjohn J. en favor de la vendedora demandante en el caso *Thompson*, se basó esencialmente en el hecho admitido de que la oferta de los coches en cuestión era superior a su demanda, y su sentencia no deja lugar a dudas sobre que, si la demanda hubiera sido superior a la oferta, su decisión habría sido la contraria.» (3)

El cuerpo de doctrina que constituyen las tres decisiones mencio-

(3) Bastante peculiar fue el más reciente caso *Lazenby Garages Ltd. v. Wright* [1976], 1 W.L.R. 459 (C.A.). El demandado, de profesión agricultor, visitó un día la exposición de coches de segunda mano de la entidad demandante, y terminó comprando en firme un BMW 2002 con motor de inyección por 1.670 libras. Al volver a casa, su mujer le convenció de que había cometido una insensatez, y el demandado comunicó a la vendedora que ya no quería el coche comprado. Esta logró volver a venderlo a otro cliente dos meses después por 1.770 libras. Pero no por ello dejó de reclamar al demandado una indemnización de 345 libras, diferencia entre el precio pactado y las 1.325 libras por las que la demandante había adquirido el automóvil en cuestión; con el argumento de que, dado que se dedicaba profesionalmente a la venta de coches de segunda mano, el incumplimiento del demandado le había impedido vender un coche más del mismo tipo, de los que tenía en su exposición. En primera instancia, el juez estimó que la demandante no había probado que hubiese vendido un coche menos; pero, considerando que existía un cincuenta por ciento de probabilidades de que, de haber cumplido el demandado, hubiera vendido aquella un coche más, le concedió una indemnización de 175,5 libras. La *Court of Appeal*, integrada entre otros por Lord Denning M. R., estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado, y le absolvió plenamente; con el argumento de que, en el momento de la celebración del contrato, no pudo razonablemente contemplar que, de incumplir él, la entidad demandante vendería un coche menos: los coches de segunda mano —se dijo, a fin de distinguir el caso litigioso de *Thompson v. Robinson*— son objetos «únicos», cada uno diferente de los otros, y «no existía base para ninguna deducción precisa sobre el efecto que se habría sentido en el negocio de la entidad demandante, si el coche en cuestión hubiese sido vendido y entregado al demandado, en vez de al comprador que, al final, efectivamente lo adquirió».

Dudo bastante de que la solución hubiera sido la misma, de haberse tratado de un automóvil de segunda mano de un marca de uso más frecuente en Inglaterra y, sobre todo, de haberse tratado de otro tipo de comprador, capaz de suscitar menor simpatía que el bueno de Mr. Wright. Y quizá también, de no haber integrado el tribunal un juez tan sensible como conocidamente lo es Lord Denning, a las razones de equidad y protección del contratante débil.

nadas cuenta con el favor de los mejores especialistas ingleses en la materia (4). Casos y decisiones análogos e igual consenso entre los autores cabe encontrar en el Derecho de los Estados Unidos de América, donde el § 2-708(2) del *Uniform Commercial Code* establece con toda claridad que, en supuestos como los que nos ocupan, el vendedor podrá reclamar al comprador incumplidor una indemnización calculada sobre la base del beneficio que aquél habría obtenido, de haberse atendido éste a lo pactado y aceptado el bien o los bienes objeto del contrato (5). Y lo mismo cabe decir, retornando al ámbito del *civil law*, de la jurisprudencia y la doctrina alemanas (6).

Volvamos ahora al caso finalmente decidido por la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987. Seguramente, el Juzgado y la Audiencia se dejaron llevar por la impresión de que, puesto que, resuelto el contrato de compraventa, la demandante se quedaba finalmente con la máquina laminadora, que con toda probabilidad había vuelto ya a vender o podría volver a vender a un segundo comprador por un precio igual o mayor al pactado en la primera compraventa, no había sufrido aquélla otro perjuicio que el de no haber podido disponer de la cantidad de dinero reclamada, desde el momento en que debió serle pagada, hasta el momento de la resolución. Sin parar en mientes de que, salvo en la improbable (y, desde luego, improbable) hipótesis de que, en el período de tiempo relevante, Held hubiera carecido de capacidad de fabricación bastante para atender la demanda de máquinas laminadoras como la vendida, no podía considerarse que ese segundo comprador sustituyera al primero: Held habría tenido ambos clientes, ambos encargos y ambas ganancias.

3. La no concesión por las sentencias de instancia de la indemnización reclamada por Held por la ganancia dejada de obtener en la venta de la máquina a Mass (diferencia entre el precio pactado y el coste de producción de la máquina vendida), sólo podría tener buen sentido, si fuese cierto en nuestro Derecho —como lo es, por ejem-

(4) BEALE, *Remedies for Breach of Contract* (1980), pp. 199 y ss.; FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*¹¹ (1986), pp. 589 y ss.; BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (1987), pp. 128 y s.; HARRIS, *Benjamin's Sale of Goods*¹ (1987), §§ 1291 y ss.; TREITEL, *The Law of Contract*⁷ (1987), pp. 734 y s.; MCGREGOR, *On Damages*, cit., § 846A y s.

(5) Véanse DOBBS, *Handbook on the Law of Remedies* (1973), §12.19, pp. 888 y ss.; MURPHY y SPEIDEL, *Studies in Contract Law*³ (1984), pp. 1032 ss.; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., pp. 626 y s.; WHITE y SUMMERS, *Uniform Commercial Code*¹ (1988), §§ 7-8 y ss., pp. 313 y ss., con abundante bibliografía suplementaria en p. 314 nt. 1. Con anterioridad al *Uniform Commercial Code*, McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), § 173, pp. 661 y s.

(6) VON CAEMMERER, *Dölle Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (1976), Art. 63 RdNr 10 y ss.; LANGE, *Schadensersatz* (1979), § 6 X 5 c.; HUBER, «Leistungsstörungen», en los *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I (1981), pp. 848 y s.; STAUDINGER¹²/MEDICUS, § 252 Rz 26; MünchKomm²/GRUNSKY, § 252 RdNr 13.

plo, en el Derecho suizo (arts. 107.II *in fine* y 109.II del Código de las Obligaciones)— que la parte que opta por la resolución del contrato no puede ya reclamar una indemnización que tenga por objeto su interés en la prestación, interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, sino únicamente su interés en la no celebración del contrato resuelto o interés contractual negativo. Que es precisamente lo que, con apasionada contundencia, ha sostenido Jordano Fraga en su comentario jurisprudencial antes mencionado, siguiendo anteriores desarrollos más ponderados del profesor Delgado Echeverría (7). Creo firmemente, sin embargo, que tal postura no puede ser comparada, por más que parezca ir ganando otros autorizados adeptos (8).

No tiene apoyo alguno, sino todo lo contrario, en la letra del artículo 1.124 del Código Civil, cuyo párrafo segundo comienza diciendo que «el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución, *con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*». Las palabras «resarcimiento de daños y abono de intereses» son una mala traducción de las francesas «*dommages et intérêts*» (indemnización de daños y perjuicios), análoga a la cometida en los artículos 1.147.II y 1.152.I del Código Civil. Con acierto ha dicho el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de octubre de 1980 (Col. leg. núm. 295, p. 379), que «el “abono de intereses” a que se alude en el artículo 1.124, párrafo segundo, no se refiere a la suma dineraria en concepto de fruto civil por disponer de dinero ajeno y como compensación por su disposición y disfrute, sino que la expresión “resarcimiento de daños y abono de intereses” contenida en el citado precepto legal, es sinónima de indemnización de daños y perjuicios, refiriéndose el segundo concepto más bien a ganancias dejadas de obtener, según se deduce del criterio sentado por esta Sala en sentencias de 28 de enero de 1961 y 17 de marzo de 1964». No acabo de ver, entonces, cómo puede defenderse que aquellas palabras de la ley se refieren únicamente, y sólo en uno de los casos, al interés contractual negativo.

(7) Primero, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1² (1985), pp. 277 y s., y luego en sus comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1985, CCJC 9 (1985), pp. 2949, 2954 y ss. y 17 de junio de 1986, CCJC 11 (1986), pp. 3773, 3778 y s., 3784 y s.

(8) En DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II⁶ (1989), p. 271, puede leerse: «Otras consecuencias de la resolución son las referentes al abono de daños y perjuicios. El párrafo 2.º del artículo 1.124 se los concede al legitimado para ejercitar la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución, opte por la que opte. Sin embargo, es más que dudoso que, si elige la resolución, pueda pretender otra cosa que no sea la devolución de lo entregado y la aplicación de la normativa vista en el párrafo anterior; concretamente el lucro cesante. No se olvide que la resolución tiende a colocar a las partes en la misma posición que tuvieron al contratar, que opera retroactivamente hasta ese momento borrando lo ocurrido. El lucro cesante, por propia definición, implica que el acreedor se quiere colocar en la misma situación patrimonial que si el contrato (cuya resolución pide) hubiese llegado a buen término, lo que exigiría obviamente que él cumpliera (que es lo que no quiere con la resolución).»

Que yo sepa —por comenzar por los ordenamientos que tienen o han tenido normas más parecidas a nuestro artículo 1.124.II: artículos 1.184.II del Código Civil francés, 1.165.II del Código Civil italiano de 1865 y 1.453.I del Código Civil italiano de 1942—, la tesis aquí combatida no ha sido sostenida jamás por ningún autor francés significativo (9). Y si bien fue sostenida por algunos juristas italianos de prestigio durante la vigencia del Código Civil de 1865, la jurisprudencia y la doctrina dominante italianas la rechazan de forma clara en el momento presente (10).

En el Derecho inglés, no cabe hoy la menor duda de que la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes —la terminología es muy variada: se habla de *rescission*, *termination*, *discharge*, *cancellation*, *avoidance*— no impide a la otra, que ejerció su facultad de resolver, reclamar una indemnización de daños y perjuicios que tenga por objeto su interés en la prestación convenida o interés contractual positivo. Y varios autores han propuesto que se abandone en esta sede el tradicional término «*rescission*», precisamente porque sugiere una plena extinción retroactiva del contrato, como si nunca hubiera existido, al modo como en efecto sucede, por ejemplo, en los casos de *rescission for fraudulent misrepresentation* (entre nosotros, anulación por dolo según los arts. 1.269, 1.300 y ss. del Código Civil); en los que, ciertamente, el inducido mediante insidias a contratar que *rescinds for misrepresentation*, no puede reclamar una indemnización que tenga por objeto su interés en el cumplimiento del contrato, a diferencia de lo que ocurre con el contratante que «*rescinds*» for breach (11).

El § 2-711(1) del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de América deja perfectamente claro que, en caso de incumplimiento por parte del vendedor, el comprador puede resolver el contrato («*the buyer may cancel*») y, tanto si lo hace así como si no, reclamar, además del precio pagado, una indemnización de daños y

(9) Y véanse, en cambio, explícita o implícitamente a favor de la compatibilidad entre resolución por incumplimiento e indemnización en la medida del interés contractual positivo, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations* (1906), núms. 900 y 928, nt. 4; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II (1932), núm. 1.317; ESMEIN, en AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, V, § 354, p. 52 y § 356, p. 112. Véase también RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I (1936, reimp. 1964), pp. 213 y s.

(10) DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, I (1979), pp. 347 y ss.; GRECO y COTTINO, *Vendita*² (1981), en el «Comentario del codice civile Scialoja-Branca», p. 400; SACCO, *Trattato di diritto privato privato Rescigno*, X (1982), p. 516; ZACCARIA, *Commentario breve al codice civile Cian-Trabucchi*² (1984), p. 990. Véase también BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*² (1981), en el «Comentario del codice civile Scialoja-Branca», pp. 278 y ss.

(11) BEALE, *Remedies...*, cit., pp. 104 y s.; ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*³ (1981), pp. 294 y s.; GUEST, *Chitty on Contracts*²⁵, I (1983), §§ 1591 y 1631; FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, cit., pp. 530 y ss.; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., pp. 283, 574 y ss. y 650 y ss.; MCGREGOR, *On Damages*, §§ 872 y 936.

perjuicios en la medida de su interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, de acuerdo con lo dispuesto en los §§ 2-712 o 2-713 del mismo Cuerpo legal (12).

Es bien sabido, que los redactores del Código Civil alemán, desechando el ejemplo de los ordenamientos latinos y del Derecho austríaco (§ 921 ABGB), se decidieron de manera explícita por la incompatibilidad entre resolución e indemnización de daños por falta de cumplimiento, entre *Rücktritt* y *Schadensersatz wegen Nichterfüllung*: §§ 325 y 326 BGB. Pero también lo es que, con rara unanimidad, la doctrina alemana no ha dejado de criticar tal decisión legislativa, tachándola de poco respetuosa con los que se estiman legítimos intereses del contratante que cumplió lo que le incumbía, o estaba dispuesto a cumplirlo. Y lo es también que, cuando quien contrató con el incumplidor no ha realizado aún su prestación, aquella incompatibilidad se ha obviado en la práctica mediante la aceptación, en materia de cálculo de la cuantía indemnizatoria, de la llamada «*abgeschwächte Differenztheorie*», hoy absolutamente dominante en la jurisprudencia y doctrina alemanas, y que algunos autores pretenden que se aplique incluso, cuando el acreedor insatisfecho haya llevado ya a cabo su prestación (13). Conviene advertir, además, que la otrora dominante tesis de que la resolución extingue por completo el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiese existido, ha sido completamente abandonada por los juristas alemanes, entre otras razones porque están convencidos de que la resolución no es incompatible con la subsistencia de pretensiones indemnizatorias por *culpa in contrahendo*, cumplimiento defectuoso e, incluso, mora *ex* § 286.I BGB, siempre que se trate, claro está, de daños extramuros del interés en el cumplimiento en sentido estricto (14).

Tras lo que acabamos de exponer, no podrá extrañar que, en la *Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías*, hecha en La Haya el 1 de julio de 1964, triunfara plenamente la postura de la plena compatibilidad entre la resolución (*résolution*, en la versión francesa; *avoidance*, en la inglesa; *Aufhebung* (15), en la alemana) de la compraventa por la parte que cum-

(12) Véanse DOBBS, *Handbook on the Law of Remedies*, cit., §§ 1.5, 12.9, 12.17 y 12.23; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., § 15-7.

(13) Por todos, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1¹³ (1982), § 22 II; MünchKomm²/EMMERICH, § 325 RdNr 29, 33 y 38 y ss. Además, en la línea de una reforma legislativa que acoja la plena compatibilidad de ambos remedios, siguiendo el ejemplo de la legislación uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. HUBER, *Gutachten...*, cit., pp. 665, 713 y ss., 763 y 846 y s. En fin, véase ya RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., pp. 429 y ss.

(14) STAUDINGER¹²/OTTO, § 327 Rz 18 y s.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., § 26; STAUDINGER¹²/KADUK, Vorbem zu §§ 346 ss. Rz 14 y 28; MünchKomm²/JANSSEN, Vor § 346 RdNr 30 y ss.; PALANDT⁴⁸/HEINRICHS, Einf v § 346 Anm 1 b.

(15) Siguiendo el consejo de RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., pp. 434 y

plió, o estaba dispuesta a cumplir, y la pretensión indemnizatoria en favor de la misma, en la medida de su interés en el cumplimiento o interés contractual positivo; véanse los artículos 41.2 (en relación con el 41.1.b), 63.1, 68.1, 84, 85, 86 y 87 (16). Y que lo propio haya ocurrido en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980: artículos 45.1 (en relación con el 49), 45.2, 61.1 (en relación con el 64), 61.2, 75, 76 y 81.1 (17).

Fácil es intuir que, si la tesis que aquí se defiende goza de tan amplio predicamento en el Derecho comparado y uniforme, ello es porque responde adecuadamente a una justa valoración de los intereses en conflicto. Trataré de demostrarlo con un par de ejemplos.

Dos anticuarios convienen en permutar un jarrón del primero por una escultura del segundo. El primer anticuario entrega el jarrón al segundo, pero los descuidados dependientes de éste rompen la estatua antes de su entrega al primero. Supongamos que el primer anticuario celebró la permuta a la vista de un muy lucrativo negocio de reventa de la escultura, cuyos detalles (salvo, claro está, la identidad del cliente) hizo saber al otro anticuario al tiempo de contratar (18). Y supongamos, en fin, que éste se avendría a considerar resuelta la permuta y a devolver el jarrón a aquél, aunque no a pagarle indemnización alguna. ¿Cómo va a ser justo que se coloque al primer anticuario ante el dilema de tener que dejar el jarrón en manos del segundo anticuario, que a lo peor atraviesa serios apuros financieros, y de sus descuidados dependientes, durante todo el tiempo que puedan durar los oportunos procedimientos judiciales, como único camino para poder obtener por vía indemnizatoria la utilidad que legítimamente esperaba de un contrato que él cumplió fielmente?

El caso finalmente decidido por la sentencia del Tribunal Supremo origen de estas reflexiones, puede servirnos bien como segundo ejemplo. De ser cierta la postura que aquí combatimos, ¿qué tendrá que hacer una empresa como Held, de querer conservar la posibilidad de obtener la utilidad esperada del contrato, esto es, la diferencia entre el precio pactado y el coste de fabricación de la máquina vendida? La respuesta sería clara: guardar la máquina en sus almacenes,

s., de evitar términos que sugiriesen una plena extinción retroactiva del contrato, incompatible con la subsistencia de la pretensión indemnizatoria por falta de cumplimiento.

(16) VON CAEMMERER, *Dölle Kommentar...*, cit., Art. 63 RdNr 14 y ss.; WEITNAUER, *Dölle Kommentar...*, cit., Vor Artt. 78-81 RdNr 35, Artt. 82-89 RdNr 3 y ss., Vor Artt. 84-87 RdNr 5 y ss.

(17) HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (1982), §§ 277 y 441; WILL, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (1987), p. 331 (con un serio error por lo que se refiere al Derecho inglés); KNAPP, *Bianca-Bonell Commentary...*, cit., p. 448; TALLON, *Bianca-Bonell Commentary...*, cit., pp. 602 y s.

(18) Digo esto, a fin de evitar cualquier problema en relación con los dispuesto en la proposición primera del artículo 1.107.1 del Código Civil.

a la espera de que finalizaran los procedimientos judiciales en que se condenase a una empresa como Mass a hacerse cargo de la máquina que compró, previo abono del precio pactado con sus intereses, más los gastos de almacenamiento y conservación de la misma. ¿Cómo va a ser justo que se coloque a una empresa como Held ante el dilema de tener que mantener inmovilizada una parte de su patrimonio, quizá durante varios años, con los gastos de conservación y almacenamiento que ello conlleva, como único camino para obtener la utilidad que legítimamente esperaba de un contrato que ella siempre estuvo dispuesta a cumplir fielmente? ¿En nombre de qué interés digno de protección podría un ordenamiento jurídico imponerle una conducta tan ineficiente, contraria al interés general en la plena movilidad de los recursos productivos? ¿Se ha notado que, en la gran mayoría de casos como el que nos ocupa, los intereses de la compradora coincidirán con los de la vendedora (siempre conservando a ésta su pretensión indemnizatoria en la medida del interés contractual positivo) en que, de existir un nuevo comprador para la máquina, el contrato entre ambas se resuelva de inmediato y se proceda lo antes posible a la venta de la máquina a aquél (conducta que vendría exigida entonces por el deber de buena fe de la vendedora de mitigar su daño), evitándose así la generación de nuevos gastos?

4. Frente a todo lo anterior, ¿qué argumentos pueden ofrecernos Delgado Echeverría y Jordano Fraga? Sólo uno. Ha escrito el primero de ellos: «Si se opta por la resolución, en congruencia con su naturaleza y efectos retroactivos, el resarcimiento habría de ser del interés contractual negativo, es decir, para colocar al contratante en aquella situación en que se habría encontrado si el contrato no se hubiese concluido; pero no como si el contrato se hubiese cumplido debidamente, pues a ello se ha renunciado al resolver.» Y el segundo: «Resulta, por tanto, claro que la resolución (que significa ineficacia del contrato *ex tunc* y, con ella, decaimiento *ab initio* de las obligaciones que en él tienen su fuente) es incompatible con el interés de cumplimiento: el acreedor resolvente no puede pretender del deudor incumplidor la realización de la prestación total o exactamente, o de su valor, pues la obligación que justificaría tal pretensión no subsiste, y ahora se considera como si nunca hubiera existido. Devenido ineficaz el contrato por su propia iniciativa, el acreedor cumplidor no puede pretender colocarse en la misma posición que si hubiera cumplido; ello, sobre ser contradictorio (es tanto como pretender la eficacia e ineficacia del contrato al mismo tiempo), es jurídicamente imposible: ha desaparecido *in radice* el fundamento jurídico de tal pretensión (una obligación subsistente e infringida).» (19)

(19) DELGADO, *Elementos...*, cit., p. 277. JORDANO FRAGA, CCJC, 15 (1987), páginas. 5192 y s.

Se trata, en mi opinión, de un argumento de pura lógica formal, y construido además sobre arenas movedizas, por cuanto su premisa mayor —la resolución «significa ineficacia del contrato *ex tunc* y, con ella, decaimiento *ab initio* de las obligaciones que tienen en él su fuente»— se presupone sin demostrarla.

De la incardinación sistemática del artículo 1.124, del (erróneo) tratamiento de condición resolutoria que el legislador ha querido darle, lo único que cabe deducir es lo que dispone el artículo 1.123.I *in fine*: que los interesados «deberán restituirse lo que hubiesen percibido», aunque «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria» (art. 1.124.IV). Si se quiere llamar a esto «retroactividad» o «efecto retroactivo», para lo que ofrecería alguna base, aunque débil, la remisión del artículo 1.123.III al párrafo segundo del artículo 1.120, llámese así. Pero pretender seguir deduciendo que la resolución extingue plenamente el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiera existido, al punto de hacerla incompatible con las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo, es, en mi opinión, pura jurisprudencia de conceptos. Jurisprudencia de conceptos que alcanza cotas muy altas cuando, como Jordano Fraga, se califica de «jurídicamente imposible» la tesis que aquí se mantiene. La doctrina italiana, sostiene hoy esa tesis «jurídicamente imposible», a la que también responde la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*, sin considerar un obstáculo de importancia el hecho de que el artículo 1.458 del Código Civil italiano comience diciendo que «*La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti*».

Es verdad que en muchas sentencias de nuestro Tribunal Supremo pueden encontrarse afirmaciones tan rotundas como éstas de la sentencia de 17 de junio de 1986 [CCJC 11 (1986), p. 3.776]: «Es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc*, sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiera concluido (...).» Pero para añadir de inmediato: «(...) con la secuela de que las partes han de entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil, al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para la nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa, en el artículo 1.123». Para dejar inmediatamente claro, esto es, que el recurso al pretendido efecto retroactivo o *ex tunc* de la resolución, no tiene otro ámbito

de juego que el grupo de difíciles problemas relativos al sentido y alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones ya cumplidas (¿qué ocurre con los frutos, intereses, mejoras o deterioros?) y a la eficacia o no de los actos de administración y disposición de las cosas objeto de aquellas prestaciones, realizados por las partes hasta el momento de la resolución.

Debo advertir que coincido plenamente con el profesor Delgado, cuando, en su meticulosa disección de la sentencia del Tribunal Supremo que acabo de citar, afirma que los artículos 1.295.I y 1.303 del Código Civil no son directa ni analógicamente aplicables en materia del alcance de los deberes recíprocos de restitución derivados de la resolución del contrato por incumplimiento (20). Y lo creo con mayores argumentos que él, por cuanto yo no comparto su idea de la sustancial identidad de los efectos retroactivos de la nulidad, la rescisión y la resolución. Por lo demás, tras lo que el mencionado jurista nos ha enseñado sobre el sentido de la remisión expresa del artículo 1.124.IV al artículo 1.295, creo que a nadie podrá ocurrírsele ya argumentar así: puesto que existe tal remisión, y no cabe duda de que la rescisión elimina retroactivamente el contrato como si nunca hubiese existido, hay que concluir que también es ese el efecto de la resolución por incumplimiento y que, por tanto, la misma es incompatible con la pretensión indemnizatoria en la medida del interés contractual positivo. Aquella remisión legal lo es a los meros efectos de dejar clara la protección del tercero adquirente de buena fe del bien mueble objeto del contrato resuelto. O más exactamente, la no protección, pese a haber adquirido del entonces verdadero dueño, del tercero que, en el momento de contratar, conocía que su causante había cometido ya un incumplimiento capaz de provocar la resolución del contrato anterior por el que adquirió la propiedad del bien mueble en cuestión.

Los problemas relativos al alcance de los deberes recíprocos de restitución y a la eficacia o ineficacia de los actos de administración y disposición intermedios, constituyen, sin duda alguna, el único campo de juego que siempre ha tenido el dogma de la retroactividad de la resolución para la generalidad de la doctrina italiana y francesa. Y el que tiene hoy en el artículo 1.458 del *codice civile*: tras afirmar el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento, excepciona los contratos de ejecución continuada o periódica, «respecto de los cuales, el efecto retroactivo de la resolución no se extiende a las prestaciones ya realizadas»; y añade en su párrafo segundo que la resolución no perjudica a los derechos adquiridos por terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución. Me parece absolutamente indudable que la jurisprudencia española tampoco ha pensado nunca en la aplicación a otros grupos de problemas del pretendido principio de la retroactividad o eficacia *ex tunc* de la resolu-

(20) DELGADO, CCJC, 11 (1986), pp. 3872 y s.

ción. Nunca, desde luego, al de la compatibilidad o no de la misma con las pretensiones indemnizatorias que tienen por objeto el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo; compatibilidad que, como vamos a ver de inmediato, admiten con claridad las distintas Salas de nuestro Tribunal Supremo.

5. En el caso finalmente decidido por la sentencia de la Sala Cuarta, de lo Contencioso-administrativo, de 29 de octubre de 1983 (Rep Ar. 5.275/1983), el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera adjudicó la obra de construcción de un nuevo edificio para la Casa Consistorial, en el recinto del antiguo alcázar o fortaleza histórica de la ciudad, a una determinada sociedad constructora. La obra debía realizarse en el plazo de 18 meses, a contar desde el replanteo; pero este acto inicial, que por estipulación expresa debía tener lugar a principios de 1975, se fue retrasando por la intervención de la Dirección General del Patrimonio, cuyo parecer no tuvo a bien solicitar el Ayuntamiento a lo largo del procedimiento previo a la celebración del contrato, y que puso como condición un cambio total de la fachada del edificio a construir y alteraciones sustanciales en la volumetría del mismo. Tras dos años de espera infructuosa, la contratista incoó expediente de resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración contratante, con devolución de la fianza y resarcimiento de daños y perjuicios: en concreto, 992.853 pesetas por diversos gastos realizados, entre ellos los de concurrir a la subasta, y 8.890.077 pesetas por *la ganancia dejada de obtener o beneficio industrial* de una obra cuyo importe proyectado era de más de 68 millones de pesetas.

El Ayuntamiento accedió a la resolución, devolución de la fianza, y, en lo esencial, abono de gastos realizados; pero rechazó la indemnización del lucro cesante. Desestimado el recurso de reposición, la contratista interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la Audiencia Territorial de Sevilla, que condenó al Ayuntamiento a indemnizar a la contratista en la cuantía reclamada por ésta. El Tribunal Supremo, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, desestimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento. En uno de dichos considerandos puede leerse que «la doctrina y la jurisprudencia, tanto de la Sala Primera como de las de la jurisdicción contencioso-administrativa, son reiteradas y unánimes en que en estos casos de rescisión culposa haya que indemnizar, para reestablecer el equilibrio patrimonial, no sólo los daños efectivos causados (*damnum emergens*), sino la ganancia dejada de percibir por dicha conducta (*lucrum cesans*)» (21).

(21) En un considerando anterior, se lee: «Así planteados los términos del problema, no hay inconveniente en deducir, sin más, que, poca o mucha, hay que apreciar una notoria imprevisión en la conducta precontractual de la Corporación Municipal, que descarta la aplicación de las normas sobre caso fortuito o fuerza mayor; es incon-

Sentencias de la misma Sala Cuarta del Tribunal Supremo como las de *28 de diciembre de 1983* (Rep. Ar. 475/1984) y *14 de abril de 1987* (Rep. Ar. 4.448/1987), demuestran que la concesión del beneficio industrial ordinario a los contratistas, como indemnización en los casos de resolución del contrato de obra por incumplimiento de la Administración, es jurisprudencia perfectamente consolidada.

No debo abandonar el campo de los contratos administrativos, sin aportar un dato normativo que estimo de gran significación. En materia de contrato de gestión de servicios públicos, dispone el artículo 80.II de la Ley de Contratos del Estado que «cuando la explotación del servicio se haga imposible como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, el empresario podrá pedir la resolución del mismo». Añade el artículo 80.III que «la indemnización al empresario se sujetará a lo dispuesto en el artículo anterior». Y en el artículo 79 se habla de indemnizar al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a la Administración, habida cuenta de su grado de amortización, y «los daños y perjuicios que se le irroguen, así como *los beneficios futuros que deje aquél de percibir atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio*».

En el caso decidido por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *21 de abril de 1987* (Rep. Ar. 2.719/1987), el demandante pactó con los demandados la cesión de una casa propiedad de aquél y del terreno sobre el que estaba construida, a cambio de determinados elementos del nuevo edificio que los demandados pretendían construir. Derribado el primitivo edificio, no se construyó el nuevo, y el demandante instó que se declarase la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia declaró la resolución y condenó a los demandados a restituir al actor el solar y a pagarle el precio que tuviere, al momento de ejecución de sentencia, levantar una casa similar a la que existía y se derribó; «y si no fuere posible tal edificación por razones urbanísticas, la entrega del solar se sustituirá por el valor que tuviere en tal momento de ejecución de sentencia otro solar de las mismas dimensiones, pero edificable, y análogos caracte-

cebible, en efecto, que, dada la índole de la obra y de su emplazamiento en el recinto del antiguo alcázar o fortaleza histórica de la ciudad, no se hubiera previsto a lo largo del laborioso proceso previo a la contrata definitiva la necesidad o conveniencia de oír y tener en cuenta el parecer de los organismos encargados legalmente de velar por el contorno artístico e impedir agravios al mismo, en consonancia con la historia del paraje; por eso no puede sorprender la anteriormente citada interferencia de la Dirección General correspondiente, que el Ayuntamiento tuvo que atacar, reconociendo sus razones, y terminar por reconocer que la única solución ya no podía ser otra que la completa rescisión del contrato; prueba de ello es que el Ayuntamiento se muestra no sólo conforme en devolverle al contratista la fianza prestada, sino en resarcirle los gastos hechos, en la forma anteriormente indicada, lo que equivale a reconocerse culpable de las causas que originaron la rescisión.»

rísticas urbanísticas de situación, todo ello además del precio de la edificación antes expresado». Les condenó asimismo a pagar al demandante una indemnización de daños y perjuicios, en cuantía a determinar en ejecución de sentencia, tomando como bases las rentas que hubiera tenido que pagar por la ocupación de otras viviendas y las expectativas de beneficios dejados de percibir con las dependencias que en la nueva construcción habían de entregársele. La Audiencia Territorial confirmó integramente la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados. Se lee en el fundamento jurídico 5.º de su resolución que la Audiencia, como antes el Juzgado, al acordar el pago de aquellas indemnizaciones, «lejos de infringir el artículo 1.124 del Código Civil, en relación con el artículo 1.106 del propio Cuerpo legal, efectuó una recta aplicación de dichos preceptos, en cuanto según dispone el primero de ellos, el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, resarcimiento de daños que, como es obvio, comprende tanto la indemnización del valor de lo que entregó cuando su restitución sea imposible, como los perjuicios propiamente dichos que se le hayan irrogado».

El caso que decidió la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1988 (Rep. Ar. 3.552/1988), comienza con un contrato formalizado el 1 de octubre de 1985 entre el cantante Camilo Sesto y el Grupo Musical Alcatraz, integrado por los nueve demandantes, para que dicho grupo acompañase musicalmente al cantante demandado en sus giras y galas durante el año 1986. Las retribuciones fijadas eran: por giras fuera de España, 5.400.000 pesetas mensuales; y por galas en España, 405.000 pesetas por cada una. El demandado se obligaba en el contrato a comunicar por escrito a los demandantes, antes del 31 de octubre de 1985, las fechas del período de actuaciones hasta octubre de 1986 y, antes del 1 de junio de 1986, las fechas de las actuaciones entre octubre y diciembre de ese año. Incumplida dicha obligación por el demandado, los demandantes le requirieron notarialmente el 10 de diciembre de 1985 para que en el plazo de 48 horas notificase las fechas de trabajo del primer período, pues de no hacerlo así, darían por resuelto el contrato, con reclamación de daños y perjuicios; requerimiento que no tuvo contestación. El cantante demandado programó dos galas en España, una en enero y la otra en febrero de 1986, para las que al parecer llamó al grupo Alcatraz, que no acudió a las mismas, debiendo suspenderse por ese motivo.

Los demandantes reclamaron una indemnización de 20 millones de pesetas, y el demandado reconvino reclamando una de 7.820.000 pesetas, por la suspensión de las galas mencionadas. La Magistratura de trabajo declaró resuelto el contrato en diciembre de 1985 y concedió a los actores una indemnización de 910.000 pesetas, 405.000 por

cada una de las galas programadas, desestimando la reconvencción. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el cantante, diciendo entre otras cosas que «el juzgador ponderó las consecuencias del incumplimiento del demandado y señala módica indemnización, dadas las retribuciones altas fijadas en el contrato, y limita a los perjuicios a 910.000 pesetas, por entender que sólo se acreditó que el demandado efectuara dos galas para 1986 —por las que solicitó reconvencción—, sin que, ante la falta de prueba suficiente de otras actuaciones, quepa fijar mayor indemnización —que no solicitó el Grupo, que no recurre a la sentencia y se limitó a impugnar el recurso de Camilo Sesto». La Sala de lo Social admite, pues, palmariamente la compatibilidad entre la resolución del contrato y la indemnización de daños por incumplimiento, dejando claro que sólo la falta de prueba de otras ganancias dejadas de obtener le impiden señalar una mayor cuantía indemnizatoria.

En el caso decidido por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *31 de octubre de 1988* (Rep. Ar. 7.782/1988), la entidad demandada, Hulleras del Norte S. A., que había arrendado una escombrera a la entidad demandante, Minecar S. A., obstaculizó sistemáticamente la explotación de la misma por la arrendataria, a consecuencia de los indiscriminados vertidos de escombros procedentes de sus explotaciones mineras. La demandante solicitó que se declarase la resolución del contrato y se condenase a la demandada a abonar una indemnización de daños y perjuicios relativa, tanto al valor aún no amortizado de las instalaciones emplazadas por Minecar para la explotación de la escombrera, como a *las ganancias dejadas de obtener en el pasado y en el futuro* en dicha explotación. De las cuatro zonas integrantes de la escombrera, la primera y la cuarta eran absolutamente improductivas, pero la segunda y la tercera seguían conteniendo carbón explotable.

La Audiencia Territorial, revocando la sentencia desestimatoria del Juzgado, declaró resuelto el contrato de arrendamiento y condenó a la demandada a abonar a la actora ocho millones de pesetas, como indemnización por el valor de las instalaciones, sólo amortizadas en parte, habida cuenta del tiempo pactado de duración del arrendamiento; pero rechazó la petición relativa a las ganancias dejadas de obtener. Recurrió en casación la entidad demandante. El Tribunal Supremo estimó el recurso y condenó a la demandada a indemnizar también a la demandante «por el concepto de beneficios dejados de obtener por ésta en virtud del mencionado contrato de arrendamiento, por no poder seguir aprovechando la escombrera tantas veces aludida, a consecuencia de la causa determinante de la resolución de este vínculo contractual, lo que se determinará en fase de ejecución de sentencia, teniendo para ello como bases de limitación de tales perjuicios, en el ámbito territorial, por beneficios dejados de obtener en los bloques o zonas segunda y tercera (...) y en el ámbito tempo-

ral, con cómputo inicial a partir de enero de 1976, al reconocerse en la recurrida sentencia que hasta ese mes la explotación de la escombrera en cuestión fue normal». Según la Sala Primera, «declarada, con carácter de firmeza procesal, la resolución del meritado contrato de arrendamiento de 15 de febrero de 1968, afectante a la escombrera Pamarabule, por consecuencia de incumplimiento del mismo por parte de Hulleras del Norte S. A., arrendadora en sustitución de la inicial contratante Minas de Langreo de Siero S. A., con los efectos de resarcimiento del daño con ello causado a la arrendataria Minecar S. A., que previene el artículo 1.124 del Código Civil, claro es que ha de proyectarse con alcance de viabilidad a la indemnización por razón de beneficios dejados de obtener por causa del incumplimiento generador de la referida sanción resolutoria del contrato de arrendamiento cuestionado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil».

En fin, en la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de *17 de febrero de 1989* (AC 543/89), a propósito de las pretensiones en reconvención de la sociedad demandada, Distribuidora Jap S. L., de que se declarase resuelto por incumplimiento de la sociedad demandante, Unión Industrial y Agroganadera S. A., el contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva que existía entre ambas, y de que se condenase a la demandante a indemnizarle los daños y perjuicios correspondientes, puede leerse:

«El sexto y último motivo, amparado en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción por aplicación indebida de los artículos 1.124 y 1.106 del Código Civil, en relación con el artículo 50 del Código de Comercio, infracción cometida por la sentencia recurrida al condenar a la actora reconvenida, hoy recurrente, al pago de determinadas cantidades en concepto de daño emergente y a la que se determine en ejecución de sentencia en concepto de lucro cesante. Calificadas las relaciones negociales existentes entre las partes como contrato de concesión mercantil o de distribución en exclusiva, calificación aceptada expresamente por la recurrente en la vista de la alzada ante la Audiencia, y declarado probado por la sentencia combatida el incumplimiento por la actora de las obligaciones de suministro de las mercancías que para ella se derivaban de tal contrato, sin que ello haya sido atacado eficazmente por la vía adecuada, no ha vulnerado la Sala de Instancia los artículos del Código Civil que se citan en este motivo, ya que el incumplimiento contractual imputado a Unión Industrial Agroganadera S. A. (UNIASA), es suficiente para justificar la petición de resolución instada por Distribuidora Jap S. L., al haberse frustrado el fin del contrato, haciendo desaparecer las legítimas expectativas de la parte perjudicada, de cuyo incumplimiento surge la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del mismo; ha de tenerse en cuenta que la determinación de la causa de la indemnización de daños y

perjuicios —el incumplimiento contractual—, así como la fijación o concreción pecuniaria de los mismos son, como ha declarado con reiteración esta Sala, cuestiones de hecho y corresponde su conocimiento a los Tribunales de Instancia, no revisables en casación sino por el cauce del error en la apreciación de la prueba del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que pueda dejarse para la fase de ejecución de sentencia la determinación del *quantum*, partiendo de las bases sentadas al efecto en aquella, como se hace en la sentencia impugnada al condenar a la recurrente “a abonar a Distribuidora Jap S. L., en concepto de lucro cesante, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, resultante de aplicar la comisión que, como concesionario en exclusiva, le corresponde sobre el volumen de ventas conseguido por UNIASA en Alicante, Elche, Novelda, Aspe y Monforte, durante el período comprendido entre el 13 de mayo de 1985 y la fecha de esta sentencia”, confirmando la sentencia de primera instancia, sin que pueda tacharse ese pronunciamiento de impreciso, como afirma la recurrente, al no fijarse la comisión que ha de tenerse en cuenta para esa cuantificación al no aceptar el juzgador, por no estimarla probada, la del diez por ciento que se alegaba en la reconvención; en conclusión, no combatidos esos datos fácticos por el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la Sala *a quo* efectuó una recta aplicación de los artículos 1.124 y 1.106 del Código Civil que se dicen infringidos, lo que provoca el periclitamiento de este motivo.»

Preciso es reconocer, sin embargo, que los partidarios de la tesis de incompatibilidad, aquí combatida, pueden aportar también alguna resolución del Tribunal Supremo que, de considerarse únicamente el fallo, cabría traer a colación en apoyo de aquella postura. La sentencia de la Sala Primera de 3 de noviembre de 1988 (Rep. Ar. 8.410/1988) ilustra bien lo que queremos decir.

La entidad demandante compró a la demandada cinco plazas de garaje, a construir por ésta, que aquella tenía previsto vender junto a cinco pisos construidos por ella. Las plazas resultaron no ser aptas para cumplir la finalidad específica de su compra. Reclamó la demandante, en vía principal; la entrega de las plazas de garaje en condiciones de utilidad y, subsidiariamente, la resolución del contrato con devolución de los dos millones de pesetas pagados a la demandada el 17 de septiembre de 1979, más «la diferencia hasta el importe actualizado y preciso o equivalente a cinco plazas de garaje que permitan su utilización normal y correcta y de características análogas (edificación, zona de emplazamiento, etc.) a las del inmueble de autos, de haber sido idóneas o válidas conforme al destino de las mismas», más el importe del desmerecimiento en el valor de cinco pisos, privados de plaza de garaje en el edificio colindante, más el importe de los frutos o rentas correspondientes a esas cinco plazas de garaje, desde que debieron ser entregadas cumpliendo su función, hasta el momento de la liquidación efectiva y abono del precio actualizado de las cinco plazas, compradas

en 1977 en dos millones de pesetas; fijación de precio actualizado y de frutos a verificar en ejecución de sentencia.

El Juzgado y la Audiencia declararon la resolución del contrato y condenaron a la demandada al pago de los dos millones de pesetas, más los intereses legales de dicha suma, aunque señalando diferentes fechas de arranque del devengo de los mismos; pero rechazaron las restantes pretensiones del demandante. Recurrió éste reiterándolas, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Tras advertirnos que «los tres motivos del recurso giran, con el presupuesto de las pretensiones de la demanda, en orden a conseguir la devolución del dinero importe del precio satisfecho el 17 de noviembre de 1979, no en la cuantía monetaria correspondiente a su valor nominalista, sino en el equivalente al que correspondería en su valor real a la fecha de su reintegro o reembolso, es decir, su valor actualizado», se lee en los dos fundamentos jurídicos nucleares de su sentencia:

«Es evidente que la devolución del importe del precio en su valor actualizado, por el declive general del valor de la moneda, no se contempla en forma clara por el ordenamiento jurídico más que en casos especiales, de suerte que la aplicación de las normas sustantivas que propugna el recurrente [arts. 1.124 y 1.095 CC, en vez de los arts. 1.303 y 1.307, aplicados por la Audiencia] no puede entenderse de conformidad con las tesis mantenidas en los motivos; y en la jurisprudencia, siempre que se ha hecho aplicación de esa tesis, ha sido por la voluntad concorde manifestada en forma expresa o implícita, dada la excepcional naturaleza o condiciones del contrato objeto de estudio, lo que no acaece en el de autos; es por eso, por lo que la doctrina jurisprudencial y científica se ha manifestado en todo caso, con la base de estudio de las denominadas “cláusulas valor”, “cláusulas valor oro”, “cláusulas de estabilización”, etc., tendentes todas a corregir el desequilibrio económico en el sinalagma negocial por la devaluación monetaria (...), que requieren, como se dice, esa voluntad nitidamente manifestada por las partes contratantes o deducida en forma inequívoca de las circunstancias particulares del caso (...). En consecuencia, es correcta la afirmación de la sentencia recurrida de que “la obligación de devolución es, conforme queda dicho, del valor de la cosa al tiempo de la obligación y no de la devolución”.

»Otra cosa, distinta de la devolución de lo entregado, es la indemnización de daños y perjuicios propiamente dicha, y aquí nos encontramos con dos graves dificultades para el éxito del recurso: a) Que las sentencias de instancias obtienen la conclusión fáctica —que como se advirtió en el segundo fundamento jurídico vincula al recurrente— de que no se ha demostrado en el presente caso la existencia de perjuicios, fuera de los intereses desde la fecha de la entrega del importe del precio, por demérito en la venta de los pisos construidos por la parte demandante, por su venta sin plaza de garaje; y b) Que el resarcimiento de los daños y perjuicios, cuando se trata de entrega o devolución de dinero, es el interés legal que corresponda en el transcurso del tiempo, desde que debió hacerse la entrega o su reembolso (artículo 1.108 del Código Civil), hasta la fecha de su efectividad.»

Se trata, desde luego, de una de las sentencias más peregrinas que

uno podría imaginarse sobre el tema, por cuanto lo que era una clara pretensión indemnizatoria por la diferencia entre el precio pactado de las cinco plazas de garaje y el precio de mercado de cinco plazas de garaje de las características convenidas en el momento de la ejecución de sentencia (que, en mi opinión, debió ser estimada), se confunde lamentablemente con el problema de si la obligación de restitución del precio pagado puede o no ser tratada como una deuda de valor, no regida por el principio nominalista (problema respecto del que coincido en la respuesta negativa). Y además, al final del último fundamento jurídico transcrito, se olvida incomprensiblemente que la obligación incumple por la demandada no fue una de pago de dinero, sino de entrega de cinco plazas de garaje de determinadas características. Ahora bien, si logramos cerrar los ojos ante todo lo anterior, para considerar únicamente el fallo, comprobaremos que el mismo resulta plenamente congruente con la tesis de la incompatibilidad entre la resolución y las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo.

La sentencia anterior, sin embargo, podría dar lugar a falsas impresiones, que conviene desvanecer de inmediato, mediante la aportación de otros datos jurisprudenciales.

Ha de comenzarse por la sentencia de *15 de julio de 1987* (Rep. Ar. 5.793/1987), por cuanto decidió un caso que guarda gran similitud con el de la sentencia que acabamos de analizar. Los diez demandantes solicitaron que se declarase la resolución de los contratos de compraventa de plaza de garaje que habían celebrado con los demandados, ante la imposibilidad de que las plazas cumplieran el destino pactado; y que se condenase a los demandados a indemnizarles los daños y perjuicios causados. De acuerdo con los datos ofrecidos por el repertorio jurisprudencial manejado, «el Juzgado, acogiendo la demanda, declaró resueltos los contratos y condenó a los interpellados a *satisfacer a los actores el precio actualizado y a indemnizarles por los daños y perjuicios*»; y su sentencia fue íntegramente confirmada por la Audiencia Territorial. Desgraciadamente, en casación se discutió únicamente la procedencia o no de la resolución.

En el caso finalmente decidido por la sentencia de *6 de octubre de 1982* (Rep. Ar. 5.543/1982), se declaró resuelto el contrato de arrendamiento de obra celebrado entre el demandante y la empresa demandada para la construcción por ésta de un chalet en una parcela propiedad de aquél, a causa del incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales: lo construido era tan defectuoso, que lo único técnicamente sensato era demolerlo. Junto a la constructora, fueron también demandados los arquitectos y el aparejador. Y se condenó a todos solidariamente a abonar al demandante «la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, en concepto de indemnización, y que vendrá determinada por el costo que se produzca por la demolición de la obra realizada hasta el momento en que los Arquitectos ordenaron su paralización, que es toda la actualmente hecha, y *el mayor costo de la nueva construcción*, con arreglo al mismo proyecto, al tener que encomendarla el actor a otra empresa constructora, habida cuenta de la subida que hayan experimentado los materiales y mano de obra,

es decir, *la diferencia entre el presupuesto que se confeccione para realizar la obra, una vez sea firme la sentencia recurrida, y el presupuesto hecho en su día por la empresa demandada, aceptado por el actor*».

En el caso finalmente decidido por la sentencia de *3 de octubre de 1985* [(CCJC 9 (1985), pp. 2.949 y ss.), las demandantes cedieron a la entidad inmobiliaria demandada un solar, a cambio de pisos en el futuro edificio que ésta construiría. Se pacto una indemnización de 5.000 pesetas a favor de cada una de las cedentes por cada mes de retraso en la entrega de los pisos respecto de la fecha convenida, y salieron fiadores de las obligaciones contraídas por la inmobiliaria, los socios de la misma, también demandados. Tras diversas vicisitudes, la entidad demandada vendió el solar a otra sociedad y ésta a una tercera inmobiliaria. Las demandantes consiguieron cobrar la pena pactada sólo durante cierto tiempo. El Juzgado y la Audiencia estimaron sustancialmente su demanda de que se declarase resuelto el contrato y se condenase a los demandados a indemnizarlos *con una cantidad equivalente al precio de mercado de pisos de las características de los prometidos*, más el pago de la pena pactada mientras no recibiesen dicha suma. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados.

En el caso finalmente decidido por la sentencia de *17 de diciembre de 1985* (Rep. Ar. 6.589/1985), la empresa contratista demandada comenzó las excavaciones de vaciado del solar propiedad del dueño de la obra demandante, incumpliendo la norma pactada de preaviso al arquitecto director de la obra, y sin atenerse a las disposiciones de carácter general reguladoras de la actividad de construcción. Los trabajos tuvieron que detenerse, ante el grave riesgo de causar la ruina de los edificios colindantes. La Audiencia Territorial declaró resuelto el contrato de obra y condenó a la entidad demandada a indemnizar al demandante los daños y perjuicios producidos por los siguientes conceptos: a) En la cuantía necesaria para realizar las obras precisas en orden al asentamiento suficiente del solar y de las cimentaciones de los edificios medianeros. b) En la cuantía suficiente para reparar los perjuicios causados por la retención y posesión del solar, *retraso en la ejecución de las obras, aumento de los costes de construcción, mobiliario y decoración, y pérdida de beneficios que resulten al no poder explotar el edificio*, cuyas respectivas cuantías se fijarán en ejecución de sentencia, si bien, sólo por el tiempo transcurrido desde la interposición de la demandada (22). El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos.

En fin, puede mencionarse como curiosidad el caso decidido por la sentencia de *14 de febrero de 1985* (Rep. Ar. 554/1985). Comienza con un contrato de compraventa de vivienda, celebrado entre el com-

(22) Esta limitación temporal fue cuestionada casación por el demandante; pero el Tribunal Supremo desestimó su recurso, en atención «no sólo al principio de moderabilidad discrecional de la responsabilidad procedente de negligencia que proclama el artículo 1.103 del Código civil, sino a la circunstancia de que tampoco se contradice razonablemente por el interesado la afirmación de propia negligencia que, en la interposición de la querrela y actuaciones penales subsiguientes, le imputa la sentencia recu-

prador demandante y los vendedores demandados, por el precio de 550.000 pesetas. Tras diversas vicisitudes, entre ellas el pago de 300.000 pesetas por el comprador a cuenta del precio, y la venta y entrega por los demandados de la vivienda a un tercero, protegido por la fe pública registral, dedujo aquél demanda solicitando que se declarase resuelto el contrato de compraventa que había celebrado con los demandados, y que se condenase a éstos a devolverle las 300.000 pesetas y a abonarle una indemnización de daños y perjuicios, en cuantía a determinar en ejecución de sentencia, «tomando como base para su fijación el valor que en el momento de ejecución, o más concretamente, del pago de la indemnización, tenga, de acuerdo con la situación del mercado de inmuebles en dicho momento, la parte del piso que tenía pagada, atendidos el precio estipulado y la cantidad percibida por los demandados a cuenta del precio, o aquellas otras bases que se establezcan en la sentencia».

Una tan peculiar pretensión indemnizatoria resultó sustancialmente estimada en ambas instancias y no fue luego discutida en casación. Pero nos informa el Tribunal Supremo de que «la sentencia dictada por la Audiencia en el presente recurso y contra la que se endereza, pronuncia la resolución del contrato de 12 de marzo de 1973 y la devolución de las 300.000 pesetas pagadas como parte del precio y, en cuanto al punto de la indemnización, declara que “los demandados deben indemnizar al actor según lo establecido en el penúltimo considerando de esta resolución”, cuya, expresa, literalmente, “que el módulo determinante del resarcimiento o indemnización de perjuicios, postulado y acogido, se haga en función del índice experimentado por el coste de la vida, con referencia precisa al capítulo coste de vivienda, según señale el Instituto Nacional de Estadística en la actual provincia de Cantabria, incluyéndose como período de tiempo el transcurrido desde que se efectuó la entrega de la suma anticipada de 300.000 pesetas, hasta el día en que se materialice el pago de la cantidad que resulte, incluso mediante los obligados trámites de ejecución de sentencia que resulten necesarios”; cuyo “módulo determinante del resarcimiento o indemnización de perjuicios”, se haya en sede del séptimo considerando de la sentencia del Juzgado, donde se establece “como base para tal indemnización, el porcentaje que la cantidad entregada representaba respecto al precio pactado y hallándose después el valor de ese porcentaje sobre el precio en el mercado inmobiliario y en el momento referido (momento de la ejecución) de pisos de análoga naturaleza, cuya diferencia será la indemnización”».

Cabe imaginar que, si el demandante hubiera reclamado una indemnización igual a la diferencia total entre el valor de la vivienda en el momento de la ejecución de sentencia y el precio pactado, en

rrida y de la que es buena muestra el contenido del Auto de la Audiencia Provincial más arriba examinado». En efecto, antes de deducir su demanda ante la jurisdicción civil, el demandante inició mediante querrela actuaciones penales contra el representante de la empresa demandada; actuaciones que constituyeron una pérdida de tiempo, habida cuenta de que, de acuerdo con el auto mencionado, que puso fin a las mismas, el querellante no se molestó siquiera en aportar a las diligencias el contrato celebrado entre las partes y el proyecto elaborado por el arquitecto director de la obra.

vez de sólo 6/11 (300.000/550.000) de la misma, también la hubiese conseguido. De todas formas, parece que en la jurisprudencia menor en materia de resolución del contrato de compraventa de inmueble por incumplimiento del vendedor, existe bastante confusión, quizá por culpa de los abogados de las partes: las cuestiones indemnizatorias se tratan como problemas de actualización del precio pagado. Confusión que, como hemos visto, ha llegado a contagiar al Tribunal Supremo.

Y ya que hablamos de compraventas de inmuebles, convendrá advertir de la peligrosidad que la postura que venimos combatiendo puede representar para los legítimos intereses de los compradores de primera vivienda, en momentos como los presentes de fuertes y rápidas alzas de precios en el mercado inmobiliario: puede fomentar incumplimientos dolosos por parte de los vendedores, conscientes de que un buen número de compradores optarán por la resolución, a fin de poder utilizar de inmediato sus ahorros en la compra de otro lugar en que vivir.

Creo que lo menos que puede afirmarse al final de este apartado es que los partidarios de la tesis de la incompatibilidad entre resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios en la medida del interés contractual positivo, no pueden traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo en defensa de su postura. Si alguna, es la tesis de compatibilidad de ambos remedios la que dicha jurisprudencia consagra, bien que, quizá, sin ser plenamente consciente del problema analizado en estas páginas: aplicando sin más las reglas generales en materia de determinación del daño resarcible.

6. Si se repasa lo escrito al comienzo del apartado 4 de este trabajo, se recordará que ha sido tachado de *contradictorio* el comportamiento del contratante que, resolviendo el contrato por incumplimiento de la otra parte, reclamara a la vez una indemnización de daños y perjuicios en la medida de su interés contractual positivo. A mi juicio, como espero haber demostrado con los ejemplos propuestos al final del apartado 3, no existe contradicción alguna, salvo que se parta de la petición de principio de que la concepción de la resolución por incumplimiento que profesan los que estiman que tal contradicción existe, es la única conforme con la «naturaleza de las cosas». El contratante que resuelve no tiene por qué querer, ni de ordinario querrá, que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiese celebrado, sino sólo limitar el perjuicio que el incumplimiento de la otra parte podría llegar a causarle, recuperando el objeto de su prestación ya realizada, o consiguiendo poder disponer libremente de la cosa aún no prestada. Como me resulta palmario que la voluntad típica de un tal contratante es absolutamente diferente a la del contratante que, por ejemplo, anula el contrato por violencia o intimidación, y que la valoración normativa de los supuestos de nulidad y anulabilidad tiene lógicamente que ser y es absolutamente distinta que la de las hipótesis de resolución por incumplimiento, no

puedo estar de acuerdo con quien ha escrito: «Para mí resulta claro que aquello que se indemniza es el *interés contractual negativo*, los daños causados por la resolución, por la celebración del contrato inválido. Si hablando de otras causas de ineficacia (nulidad, anulabilidad) se afirma la responsabilidad por el interés contractual negativo de la parte que dio lugar a la causa de invalidez (por ejemplo, violencia, dolo) o que, conociéndola, la ocultó a la contraparte (por ejemplo, extracomercialidad del objeto del contrato), podemos aplicar esos mismos principios a la particular causa de ineficacia del contrato constituida por su resolución (23).» Por no mencionar que en modo alguno es seguro que, en todos los casos de nulidad y anulabilidad del contrato imputable a una de las partes, la pretensión indemnizatoria de la otra haya de limitarse siempre al interés contractual negativo (24).

He escrito que, de ordinario, el contratante que resuelve no querrá que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiera celebrado, sobre la base de que, de ordinario, no será él quien haya hecho un mal negocio con el contrato en cuestión. Cabe, sin embargo, que ese haya sido el caso, y que el interés contractual negativo sea superior al positivo. Supongamos que un sujeto compra a otro una determinada máquina por diez millones de pesetas, poco antes de que una importante innovación tecnológica reduzca a la mitad el valor de las máquinas de ese tipo. Supongamos también que el comprador realizó obras en su fábrica para permitir la instalación de la máquina comprada, que le supusieron un gasto de un millón de pesetas. Y supongamos, en fin, que, antes de su entrega al comprador, la máquina se destruye por culpa del vendedor o de sus dependientes. ¿Podrá el comprador resolver la compraventa y reclamar una indemnización de un millón de pesetas, sin que sea admisible al vendedor alegar en contra de la concesión de una tal indemnización que, de haberse entregado la máquina según lo pactado, el comprador habría sufrido un perjuicio de cinco millones?

Los juristas norteamericanos, con Fuller y Perdue a la cabeza, piensan que no (25), y esa fue también la opinión que mantuvo Learned Hand C. J. en el importante caso *L. Albert & Son v. Armstrong Rubber Co.*, 178 F. 2d 182 (1946) (26).

Entre nosotros, Espinar Lafuente ha distinguido entre una resolución por incumplimiento impropia, que recaería, más que sobre el contrato, sobre la transferencia de la propiedad de una cosa, pero con mantenimiento del valor del contrato —por tanto, la indemnización tendría por objeto el interés contractual positivo—, y una resolución

(23) JORDANO FRAGA, CCJC, 15 (1987), p. 5194.

(24) Véase, por todos, MünchKomm²/ROTH, § 242 RdNr 124, 166, 296 y 312 y s.

(25) FULLER y PERDUE, «The Reliance Interest in Contract Damages», *Yale Law Journal* 46 (1936), pp. 75 y ss.; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., § 14-9, p. 604; WHITE y SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., § 6-4, nt. 45. Véase ya McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages*, cit., § 142, p. 584.

(26) El lector interesado podrá encontrar el texto de la sentencia en McCORMICK y FRITZ, *Cases and Materials on Damages*² (1952), pp. 642 y ss.

en sentido técnico propio (con verdadera retroactividad), en que la indemnización representa una reposición *ante contractum*. Según el mencionado autor, aunque el artículo 1.124 se redactó pensando en el primer tipo de resolución, su tenor lógico-semántico permite entender también incluido el segundo: quien ejercita la facultad resolutoria —nos dice— podrá optar por uno u otro tipo, aunque en la duda se entenderá que ha elegido la resolución impropia (27).

El desarrollo lógico de tales ideas, hacia las que parece inclinarse últimamente el profesor Delgado Echeverría (28), permitiría responder en sentido afirmativo el interrogante planteado al final del ejemplo propuesto: el comprador podría optar por la resolución en su sentido técnico propio, y solicitar la indemnización de un millón de pesetas, medida de su interés contractual negativo, prescindiendo de lo que hubiera ocurrido, de haber cumplido el vendedor.

Yo creo, por el contrario, que la solución negativa de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas es la más correcta: no tiene buen sentido que, por el hecho de incumplir, convirtamos al contratante incumplidor en «asegurador forzoso» de las malas inversiones de la otra parte. Y creo que la llamada «resolución en sentido técnico propio» es una creación puramente conceptual, sin encaje alguno en el artículo 1.124 del Código Civil.

Debe mencionarse, en fin, que la doctrina española dominante opina, creo que con razón, que la «indemnización de daños y perjuicios» de que habla el artículo 1.486.II del Código Civil, tiene por objeto el interés contractual positivo (29). Lo mismo piensa la doctrina italiana dominante, con relación al artículo 1.494 del *codice civile* (30), y la doctrina alemana, respecto del § 463 BGB (31). Y lo mismo cabe decir, en mi opinión, en nuestro Derecho, a propósito de los artículos 1.479.5.º, 1487, 1488.II y 1.529.III del Código Civil.

7. Nos restan sólo unas reflexiones finales. Hemos visto que la doctrina alemana, pese a que el BGB establece la incompatibilidad entre la resolución y la pretensión indemnizatoria por falta de cumplimiento, ha abandonado por completo la idea de que la resolución elimina íntegramente el contrato o relación obligatoria, como si nunca hubiera existido. ¿No va siendo hora de que dicha idea, en modo alguno impuesta por datos normativos claros, desaparezca también

(27) ESPINAR LAFUENTE, «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, II (1969), pp. 11 y ss.

(28) CCJC, 11 (1986), p. 3784.

(29) GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales Albaladejo*, XIX (1980), p. 352; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3² (1986), p. 69. En contra, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987), p. 598, nt. 319.

(30) RUBINO, *La compravendita*² (1971), en el «Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo», núm. 247, p. 820. GRECO y COTTINO, *Vendita*, cit., p. 275.

(31) WALTER, *Kaufrecht* (1987), § 5 II 6 d, p. 211; PALANDT⁴⁸/PUTZO, § 463 Anm 4 a aa.

de nuestra literatura jurídica, con el argumento, entre otros, de que en nuestro Derecho, como lo prueba el artículo 1.124.II del Código Civil (o los párrafos segundo y tercero del art. 80, en relación con el art. 79 de la Ley de Contratos del Estado), aquella incompatibilidad no existe? Quizá se lograría con ello que desapareciera también de la jurisprudencia, a mi juicio con ventaja: la utilidad de simplificación de las decisiones que el dogma de la retroactividad de la resolución pueda tener en los ámbitos de problemas en que tradicionalmente se ha venido empleando, no compensa el grave riesgo de que su cómoda aplicación mecánica pueda conducir en demasiados cargos a resultados irrazonables, cuando no derechamente absurdos.

Y quizá sea hora de decir también con toda claridad, pues intuyo que la cuestión late en el trasfondo de la polémica que ha sido objeto del presente trabajo, que, de acuerdo con un muy autorizado sector de la moderna doctrina alemana (32), no hay razón alguna, sino todo lo contrario, para sostener que la pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento, valor de la prestación incluido, es la misma pretensión originaria de cumplimiento (se trataría de un verdadero cumplimiento por equivalente), sólo que con su objeto modificado. La supervivencia o extensión a la pretensión indemnizatoria de las garantías pactadas, incluido lo dispuesto en el artículo 1.147.II del Código Civil, puede explicarse perfectamente por la identidad de fundamento, el contrato, de ambas pretensiones. Y ¿no es acaso lo más sensato afirmar que el plazo de prescripción de la pretensión indemnizatoria no comienza a correr hasta que, por ejemplo, se produce la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, por más que, vencida y exigible antes la obligación originaria, hubiera comenzado antes a correr la prescripción de la pretensión de cumplimiento? Pero todo esto es otra historia, que debe ser contada en otra ocasión.

(32) MEINCKE, *Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag*, AcP 171 (1971), pp. 27 y ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., § 22 I; MünchKomm²/EMMERICH, § 280 RdNr 3 y s.