

TEMAS

Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor

(entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*)

Eugenio Llamas Pombo

■ LA LEY

Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor

(entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*)

Eugenio Llamas Pombo

© **Eugenio Llamas Pombo**, 2020

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.com>

Primera edición: enero 2020

Depósito Legal: M-1204-2020

ISBN versión impresa: 978-84-9020-960-8

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-961-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

efectuar el pago. Se podrá pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento cuando se pruebe que éste ha resultado imposible»⁽⁷²⁴⁾.

6.4.5. *La esencial compatibilidad entre las acciones de resolución y resarcimiento*

Afirmábamos también la esencial compatibilidad entre la acción de resolución y la de resarcimiento⁽⁷²⁵⁾. Compatibilidad que no deriva sólo del hecho de venir así establecida explícitamente en el artículo 1124, sino de razones más profundas que inciden en su *ratio legis*. Y es que ambas pretensiones son diferentes entre sí, tanto en lo concerniente a los intereses del acreedor que satisfacen, como en lo relativo a los requisitos de una y otra —como sucedía con la acción de cumplimiento—. Veamos ambas cosas por separado.

6.4.6. *Función de la indemnización de daños y perjuicios en caso de resolución*

Desde el punto de vista de los intereses del acreedor, no existe unanimidad en la doctrina española sobre la *función que cumple la indemnización de daños y perjuicios en los casos de resolución contractual*, e incluso se ha llegado a negar el derecho al resarcimiento al contratante que opta por la resolución⁽⁷²⁶⁾. Las distintas posiciones son, muy resumidamente, las siguientes:

a) Negar la compatibilidad entre resolución y resarcimiento, dado que la resolución tiene efectos retroactivos, y su eficacia *ex tunc* deja ya absolutamente indemne al contratante que opta por dicho remedio: en la medida en que recupera su prestación y queda liberado de cumplimiento, ya no existe, se dice, desde el concepto diferencial del daño que hemos visto páginas atrás, nada que resarcir; el contratante que resuelve regresa a la situación que tenía antes del contrato y, por tanto, ningún daño adicional puede sufrir. Este planteamiento es el que acepta en el BGB por influencia de la pandectística. Pero es obvio que debe ser olvidado en nuestro Derecho si nos atenemos al tenor literal del artículo 1124.

(724) ÁLVAREZ VIGARAY, *Comentario del Código Civil, cit.*, t. II, pág. 99. En el mismo sentido, *vid.* DELGADO, *op. cit.*, pág. 274.

(725) A la compatibilidad entre cumplimiento e indemnización nos hemos referido más arriba.

(726) El estado de la cuestión en la doctrina y las diferentes posiciones al respecto han sido sintéticamente expuestas por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 726-727; y por VERDERA, *op. cit.*, pág. 134, nota 187.

b) Afirmar que la indemnización debida al contratante que resuelve no puede dirigirse más que al interés contractual negativo, excluyendo que la misma alcance al interés positivo⁽⁷²⁷⁾. Y ello por entender que, dados los efectos retroactivos de la resolución, la indemnización ha de colocar al contratante en aquella situación patrimonial en que se habría encontrado si el contrato no se hubiese concluido, y no como si el contrato se hubiese cumplido debidamente, pues a ello se ha renunciado al resolver. Se trata de resarcir los daños que a la parte perjudicada le ha producido la celebración de un contrato sobrevenidamente ineficaz, por causa imputable a la parte incumplidora.

c) Conceder al contratante que resuelve la indemnización del interés positivo, colocándole en la misma situación económica y patrimonial que tendría si el contrato se hubiera ejecutado perfectamente, al entender que tal indemnización no tiene otros límites que los establecidos en el artículo 1106 del CC⁽⁷²⁸⁾. La principal base argumental de esta posición se

(727) Este planteamiento fue sostenido por CARNELUTTI, «Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto per inadempimento», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1923, II, págs. 321 y ss. Y más recientemente, en nuestro país, por JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS 26 noviembre 1987», en *CCJC*, 1987, págs. 5191 y ss.; «Comentario a la STS 23 octubre 1990», *cit.*, págs. 643 y ss.; y por DELGADO, *op. cit.*, pág. 277, donde cita también a ÁLVAREZ VIGARAY y OGAYAR Y AYLLÓN; así mismo, en «Comentario a la STS 3 octubre 1985», en *CCJC*, 1985, págs. 2949 y ss; y «Comentario a la STS 17 junio 1986», en *CCJC*, 1986, págs. 3773 y ss. Por su parte, Díez-PICAZO-GULLÓN, señalan: «Otras consecuencias de la resolución son las referentes al abono de daños y perjuicios. El párrafo 2º del artículo 1124 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 se pide) hubiese llegado a buen término, lo que exigiría obviamente que él cumpliera (que es lo que no quiere con la resolución)» (*Sistema...*, *cit.* II, pág. 271). En todo caso, esta es también la posición más extendida en nuestra jurisprudencia, que sigue entendiendo la resolución del artículo 1124 con eficacia *ex tunc*.

(728) Es la posición que mantienen PANTALEÓN, «Resolución por incumplimiento e indemnización», en *A.D.C.*, 1989, págs. 1143 y ss.; «Las nuevas bases...», *cit.*, págs. 1734 y 1735; y pese a la opinión del *Sistema* anteriormente transcrita, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 727, donde se afirma además que esta es la regla generalmente admitida en la doctrina francesa, en el sector mayoritario de la doctrina italiana, y también en la nuestra, afirmación esta última que, a la vista de lo señalado en notas anteriores es bastante dudosa. El primero de los mencionados trabajos del Prof. PANTALEÓN se dedica íntegramente al estudio

centra en la idea de que la resolución no es una forma de ineficacia con retroactividad absoluta y que la restitución no tiene alcance indemnizatorio. Evidentemente, pues lo contrario daría lugar a resultados manifiestamente injustos, dada la liberación/restitución de la propia prestación del acreedor; por ello, se limita el valor del interés positivo a la diferencia entre el valor de la contraprestación en el momento del contrato y el que tuviera en el momento de la resolución⁽⁷²⁹⁾.

d) Dejar a la libre elección del acreedor que su pretensión resarcitoria alcance la cuantía del interés contractual positivo, o la medida del interés contractual negativo⁽⁷³⁰⁾, en función del carácter resolutorio (propio o impropio) de la acción emprendida. Si el acreedor perjudicado por el incumplimiento del otro contratante ejercita una acción de «resolución impropia», es decir, aquella que recae más que sobre el contrato, sobre la transferencia de la propiedad de la cosa, pero con mantenimiento del valor del contrato, y en la que, por lo tanto, bajo la calificación resolutoria se esconde una auténtica acción de cumplimiento por equivalente, habrá que admitir la posibilidad de que obtenga el interés positivo o de cumplimiento. Si, por el contrario, el perjudicado ejercita una acción de resolución propia, o sea, dirigida a la resolución del contrato mismo que conduce por tanto a una reposición causal *ante contractum*, la indemnización sólo podrá alcanzar la medida del interés contractual negativo, por los argumentos lógicos expresados más arriba.

6.4.7. *Los intereses del acreedor tutelados por los diferentes remedios*

En mi opinión, sin desconocer que efectivamente existen argumentos en apoyo de todas las posiciones que acabamos de resumir, la cuestión ha de resolverse desde la necesaria incompatibilidad que existe entre resolución y cumplimiento, punto en el que existe absoluta concordancia doctrinal y jurisprudencial. Y ello nos conduce inevitablemente a negar la posibilidad de que el contratante que resuelve obtenga, *además*, la medida de su interés

de la cuestión, a partir de un nuevo examen de la STS 26 noviembre 1987, que como queda dicho más arriba, es la misma que utiliza el Prof. JORDANO FRAGA en su comentario de los CC/C para sostener la opinión favorable al interés negativo y excluyente del interés positivo.

(729) DÍEZ-PICAZO, *loc. ult. cit.*

(730) En esta dirección se definen ESPINAR, *op. cit.*, págs. 151-153; y CARRASCO, *Comentarios...*, *cit.*, t.XV, vol. 1º, págs. 389 y ss.

positivo. La propia terminología, que viene tradicionalmente denominando «interés de cumplimiento» a dicho interés positivo, lo expresa claramente: el interés de *cumplimiento* no puede compatibilizarse con la opción resolutoria, dados los términos de la *opción que* contempla el artículo 1124.

En definitiva, como hemos expresado en el capítulo 5º, si un contratante ha optado por la resolución del contrato (o sea, por su no-ejecución), la única manera de satisfacer su interés positivo será a través del equivalente pecuniario de la prestación cuyo cumplimiento específico «rechaza» (justificadamente, pero lo rechaza desde el momento en que no opta por el cumplimiento), lo que supone un contrasentido: obtiene, por la vía de la resolución, la liberación y la restitución de la prestación que le incumbe; y obtiene, por el medio de la indemnización, lo que no es sino el cumplimiento por equivalente de la de adverso. Y ello concuerda mal con la idea de sinalagma que informa la facultad resolutoria del contrato bilateral. En todo caso, la ruptura de la incompatibilidad entre resolución y cumplimiento es evidente: admitir la «indemnización» en la medida del interés positivo del acreedor que ha resuelto el contrato, equivale a dar entrada a la compatibilidad entre cumplimiento y resolución «por la puerta de atrás».

Adicionalmente, tal solución todavía convence menos, si además conduce a privar al contratante que resuelve de la obtención de la medida del interés contractual negativo. Porque no se puede negar que, cuando un contratante resuelve, los daños y perjuicios de los que se hace acreedor consistirán, sobre todo, en la lesión del interés de confianza; y no parece justo que, en aras de satisfacer su interés de cumplimiento (al que, insisto, renuncia desde el momento en que resuelve), se prive de la indemnización de los verdaderos perjuicios: la frustración de la confianza que tenía depositada en el contrato. Si la resolución está implícita en el sinalagma (artículo 1124.1) y la utiliza el contratante cumplidor, ya elegimos este camino, y no nos vale «indemnizar» por el *iter* del cumplimiento. Lo contrario supondría no sólo lesionar la reciprocidad e interdependencia del sinalagma, sino provocar la sombra o el fantasma del *enriquecimiento injustificado*.

Por lo demás, frente a los indiscutibles argumentos de Derecho comparado que ofrece el Prof. PANTALEÓN en favor de la indemnización del interés positivo, se levanta el criterio de nuestro TS; para comprobarlo, basta examinar las SSTs comentadas en los CCJC por JORDANO, DELGADO y CARRASCO a las que nos hemos referido.



Esta obra gira en torno a una única cuestión, incardinada dentro de esa omnicomprensiva categoría que se viene denominando «responsabilidad contractual», pero que engloba toda una serie de diferentes y heterogéneos *remedios* o instrumentos al alcance del acreedor, que no siempre resultan armónicamente articulados entre sí.

No obstante su trascendencia práctica, el viejo problema que aquí se aborda aún está abierto a discusión. En el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación, imputable al deudor, cabe dudar entre dos posibles soluciones: a) Conceder al acreedor el derecho a obtener el valor de la prestación (la *aestimatio rei*), como algo previo e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios. Solución que el autor defiende y denomina «autonomía del cumplimiento por equivalente». b) Resolver la situación con una sola indemnización de daños y perjuicios, que comprendería tanto el equivalente pecuniario, como el resto de los daños sufridos por el acreedor, al mantener un «concepto integral de indemnización».

Para resolver adecuadamente esa cuestión y sustentar su tesis, el autor examina minuciosamente tanto los preceptos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil como un elevado número de sentencias del Tribunal Supremo, a la luz de sus antecedentes históricos. Y también otros temas conexos, como las distintas formas de lesión del derecho de crédito, o la tipología de los intereses del acreedor. Siempre desde la inevitable perspectiva práctica que requiere el tratamiento de un problema que, más allá de la pura especulación teórica, se plantea cotidianamente en nuestros tribunales.



ER-0280/2005



GA-3305/01100