La estructura de la restitución contractual

Antonio Ismael Ruiz Arranz

Derecho Privado

BOE

LA ESTRUCTURA DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, Registrador de la Propiedad. Notario. Abogado del Estado. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Justo García Sánchez, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo.

LA ESTRUCTURA DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL

ANTONIO ISMAEL RUIZ ARRANZ

DERECHO
COLECCIÓN 26 PRIVADO

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2023

Primera edición: septiembre de 2023

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones,* se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Antonio Ismael Ruiz Arranz
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO: 090-23-120-0 (edición en papel)
090-23-119-8 (edición en linea, PDF)
090-23-118-2 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-2942-2
Depósito legal: M-21193-2023

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A mis padres y a mi hermana
A Johanna

Ítaca te brindó tan hermoso viaje.
Sin ella no habrías emprendido el camino.
Pero no tiene ya nada que darte.
Aunque la halles pobre, Ítaca no te ha engañado.
Así, sabio como te has vuelto, con tanta experiencia,
entenderás ya qué significan las Ítacas.

Kavafis, *Ítaca,* 1911
(Trad. Pedro Bádenas de la Peña, *Antología Poética,*
Alianza Editorial, Madrid, 1999)

All time is unredeemable.
What might have been is an abstraction
Remaining a perpetual possibility
Only in a world of speculation.
What might have been and what has been
Point to one end, which is always present.

T. S. Eliot, *Burnt Norton,* n.º 1, 1936

Eine Theorie, die nicht unausgesetzt aus der Quelle praktischer Anregungen schöpft, in meinen Augen um nichts besser ist, als die Naturwissenschaften es zu jenen Zeiten waren, da sie statt bei der Natur bei Aristoteles und Plinius in die Lehre gingen.

R. v. Jhering, *Zivilrechtsfälle ohne*
Entscheidungen, 1870

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo tiene su origen en la tesis doctoral dirigida por los Profesores Antonio-Manuel Morales Moreno y Nieves Fenoy Picón, y defendida el 5 de mayo de 2022 en la Universidad Autónoma de Madrid ante un tribunal compuesto por los Prof. Dr. Fernando Pantaleón Prieto (Presidente), la Prof.ª Dra. María Paz García Rubio, el Prof. Dr. Nils Jansen, el Prof. Dr. Bruno Rodríguez-Rosado y la Prof.ª Dra. Beatriz Gregoraci Fernández. La tesis recibió por unanimidad la calificación de sobresaliente *cum laude,* la mención de Doctorado Internacional y el Premio Extraordinario de Doctorado de la Facultad.

Al tribunal evaluador de la tesis, quiero agradecer la discusion, las agudas observaciones y los comentarios que han contribuido a mejorar la versión publicada del trabajo.

A mis dos directores, a su magisterio y paciencia, les debo la maduración de muchas ideas, así como la evitación de otros tantos errores, que no sé si seré capaz de restituir. Con sus aciertos y sus fallos, este trabajo es el producto de una escuela y el reflejo de una manera de hacer las cosas; también es el intento de hacer mío aquello que antes me transmitieron mis maestros, siguiendo quizás ese ideal de progreso que Goethe coloca en boca de Fausto: *«Was du ererbt von deinen Vätern hast, Erwirb es, um es zu besitzen»*. Y yo siempre podré decir con orgullo quiénes fueron mis maestros y la Escuela a la que pertenezco.

Este trabajo comenzó en octubre de 2017 y concluyó en mayo de 2022. Durante la elaboración de la tesis, conté con una Ayuda para la Formación del Profesorado Universitario (FPU-2016). A lo largo de estos cuatro años, tuve el privilegio de realizar una serie de estancias de investigación. Una, en el *Centrum für Europäisches Privatrecht* de la *Westfälische Wilhelms-Universität Münster* bajo la supervisión del *Prof. Dr. Reiner Schulze*, financiada por el programa FPU.

Otras, en el *Institut für Rechtsgeschichte* de la *Westfälische Wilhelms-Universität Münster* con el *Prof. Dr. Nils Jansen*, financiadas por el programa FPU y el Servicio Alemán de Intercambio (DAAD). La parte histórica y la parte de derecho comparado no serían como son sin estas estancias, sin las conversaciones con el Prof. Jansen y sin su cátedra, y tampoco sin las tardes de invierno invertidas en la Rechtshistorische Bibliothek de la Universidad de Münster.

Quiero agradecer también a todas las personas que de una manera u otra han tenido contacto con este trabajo, con las ideas en él contenidas, y con las preocupaciones jurídicas que me han acompañado; al Prof. Dr. José Massaguer Fuentes, al Dr. Carles Vendrell Cervantes, al Prof. Dr. Bruno Rodríguez-Rosado, a la Dra. Isué Vargas Brand, a la Profa. Dra. Susana Quicios Molina, al Dr. David Kästle-Lamparter, a la Profa. Dra. Kristin Boosfeld, al Dr. Jan-Peter Schmidt, a la Dra. Marta Pantaleón Díaz, al Prof. Dr. Salvatore Marino, al Dr. Guillermo Schumann Barragán, al Dr. William David Hernández, al Dr. José María Martín Faba, al Dr. Ignacio Varela Castro, al Dr. Konstantin Liebrand, a Julia Horn, a Dominique Dos Santos Ferreira, a Sarah Popp, a Constantin Luft, a Mika Gerardu y, en especial, a Ulrich Ettemeyer.

En fin, agradezco a mis amigos y a mi familia (en especial, a Johanna) el apoyo y el sostén que me han brindado durante estos años. Sin ellos, hoy no estaría firmando esta nota de agradecimientos.

Entre la finalización de la tesis y la publicación de este libro, tuvo lugar el nacimiento de Alma Felisa: un proyecto mejor y más estimulante que lo que cualquier investigación en Derecho pueda nunca representar.

ÍNDICE

Páginas

PRÓLOGO 31

ABREVIATURAS 37

INTRODUCCIÓN 41

PARTE PRIMERA. LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL COMO FENÓMENO HISTÓRICO

CAPÍTULO 1. LAS BASES HISTÓRICAS DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL 53

I. Introducción 53
II. Derecho Romano 54

1. *In integrum restitutio* 55

1.1 Causas de la *restitutio in integrum* 56
1.2 La validez del negocio sobre el que actuaba la *restitutio in integrum* 58
1.3 La causa *iudicati* como explicación de la recuperación de la propiedad 60
1.4 El atecnicismo de la *restitutio in integrum,* como noción 61
1.5 La *restitutio in integrum* como consecuencia 64

(a) Restitución integral y recíproca 64
(b) Excepciones en el caso de los menores ante la pérdida de la cosa 66
(c) Alteraciones en el proceso restitutorio 67
(d) La acción contra terceros adquirentes 68

Páginas

2. La restitución en otros contextos restitutorios contractuales 69

2.1 La *actio redhibitoria* 70
2.2 El pacto de *lex commissoria* 72
2.3 La *addictio in diem* 73
2.4 Alteraciones restitutorias 74

3. Excurso. El desarrollo postclásico. La rescisión y la nulidad 76
4. Recapitulación y conclusión parcial sobre Derecho romano 79

III. El Derecho histórico común europeo 79

1. Los comentaristas y la época del *ius commune* 80
2. Las Leyes de Partidas y la Glosa de Gregorio López 81

2.1 Causas de la desvinculación 81
2.2 Los efectos restitutorios 84
2.3 Conclusión parcial 85

3. La escolástica tardía 86

3.1 Luis de Molina 88
3.2 Leonardo Lessio 92
3.3 Conclusión parcial 93

4. La Escuela de Derecho natural 94

4.1 Hugo Grocio 95
4.2 Pufendorf y Wolff 96
4.3 Conclusión parcial 98

5. La doctrina de la nulidad de *Altimarius* 99
6. Los precedentes doctrinales del *Code civil* francés 100

6.1 Domat 101
6.2 Pothier 103

7. Conclusión parcial sobre el Derecho común 105

IV. El siglo XIX europeo 106

1. El Derecho francés 106

1.1 El *Code civil* francés de 1804 y la ausencia de reglas sobre restitución contractual 106
1.2 La doctrina francesa del s. XIX 107

Páginas

2. El Derecho alemán anterior y posterior a la codificación del BGB ... 110

2.1 La doctrina alemana del s. XIX. La Escuela histórica y la pandectística 111
2.2 Codificación y rechazo formal de la *restitutio in integrum* en el BGB 115

3. Recapitulación y conclusión parcial sobre Derecho francés y alemán del s. XIX 117

V. El Derecho español del s. XIX 117

1. Los primeros proyectos codificadores del s. XIX 118
2. La doctrina española del s. XIX. 118
3. El Proyecto de Código civil 1851 y las Concordancias de García Goyena 122

3.1 La rescisión o «restitución» 122
3.2 La nulidad de las obligaciones y sus efectos 124

4. El Anteproyecto de Código civil (1882-1888) 128

4.1 Las consecuencias restitutorias de la nulidad en el Anteproyecto 128
4.2 El cierre con la regla del artículo 1327 Anteproyecto 1882-1888 .. 129

5. Recapitulación y conclusión parcial sobre el Derecho español del s. XIX 130

VI. Conclusiones del capítulo 131

CAPÍTULO 2. ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO Y RESTITUCIÓN CONTRACTUAL: APROXIMACIÓN HISTÓRICA 135

I. Introducción 135
II. La *condictio* romana y la idea de enriquecimiento 136

1. El sentido de la *condictio* durante la época clásica 136

1.1 La obligación crediticia que justificaba la *condictio* 137
1.2 La abstracción de la *condictio* 138
1.3 Los supuestos de aplicación de la *condictio* 139
1.4 El objeto de la *condictio*. El enriquecimiento y el valor ... 140

2. De la *condictio* a las *condictiones* en la época postclásica 141
3. La restitución del enriquecimiento: la restitución del pupilo 143
4. Recapitulación y conclusión parcial sobre Derecho romano 146

Páginas

III. La doctrina de la *restitutio* en el *ius commune* 146

1. La *condictio indebitii* y el enriquecimiento en el *ius commune* ... 147
2. La doctrina escolástica de la *restitutio* 148

IV. La construcción del Derecho de enriquecimiento injustificado y su (no) relación con la desvinculación contractual 150

1. Hugo Grocio 150
2. El iusnaturalismo posterior 152
3. Savigny y la pandectística 153

3.1 La construcción del Derecho de enriquecimiento a partir de la *condictio* 154
3.2 La pandectística posterior 156

4. La codificación de la regla de enriquecimiento en el BGB 157

4.1 Los §§ 812 y siguientes del BGB 157
4.2 El desarrollo posterior. El «descubrimiento» de la *condictio* por intromisión 160

5. El desarrollo en Francia y España. Enriquecimiento y restitución contractual 161

5.1 El enriquecimiento en Francia 161
5.2 El enriquecimiento en España y su riesgo para la restitución contractual 163

V. Enriquecimiento injustificado y desvinculación contractual 167
VI. Conclusiones del capítulo 168

PARTE SEGUNDA. DERECHO COMPARADO: LOS MODELOS ALEMÁN, FRANCÉS Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. BREVE REFERENCIA AL MODELO INGLÉS

CAPÍTULO 3. LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO ALEMÁN 179

I. Introducción 179
II. La *condictio* de prestación (§ 812.1 S. 1 1. Alt. BGB) 180

1. Los elementos del supuesto previsto en la *condictio* de prestación .. 180
2. La discusión sobre el objeto de la *condictio* de prestación 181
3. Pérdida de la cosa a restituir, enriquecimiento y *condictio* de prestación 184

Páginas

3.1 Automóviles de segunda mano y una cosechadora 185
3.2 La laguna regulatoria del § 818.3 y la teoría de las dos *condictiones* 186

4. Los primeros intentos de acoplar la *condictio* de prestación en caso de pérdida 187

4.1 La teoría del saldo y sus excepciones 187
4.2 La teoría del saldo en el espejo 190
4.3 La teoría del sinalagma fáctico como desarrollo de la teoría del saldo 192

5. Las teorías modificadas de las dos *condictiones* 194

5.1 Flume y la teoría de la decisión patrimonial 194
5.2 Canaris y la teoría de la «*condictio* recíproca» 196
5.3 El cálculo del valor en las teorías modificadas 199
5.4 Recapitulación y conclusión parcial 200

6. Adiós al enriquecimiento. La *condictio* de prestación y la resolución ... 201

III. La restitución derivada de la resolución contractual (§§ 346 y 347 BGB) 202

1. La restitución por resolución antes de la modernización 203
2. La restitución por resolución tras la reforma 204

2.1 Restitución del valor de la cosa y su cálculo (§ 346.2 BGB) ... 205
2.2 La exención de restitución del valor a favor del deudor (§ 346.3 S. 1 BGB) 208
2.3 La pérdida de la cosa provocada por el acreedor (§ 346.3 S.1 II) 209
2.4 Pérdida de la cosa en manos del deudor, diligencia *quam in suis* y el privilegio restitutorio del § 346.3 S.1 III BGB 210
2.5 Indemnización por incumplimiento del deber de restituir (§ 346.4 BGB) 215

3. El acercamiento entre la *condictio* de prestación y la restitución resolutoria 215
4. Recapitulación y conclusión parcial 218

IV. Contratos de servicios 219
V. Restitución de provechos y mejoras 221

1. El concepto amplio de provechos en Derecho alemán 221
2. Los provechos como objeto primario de restitución: contratos de cesión del uso 222

Páginas

2.1 Los casos de nulidad (*condictio* de prestación) 223

(a) «Lo obtenido» como aprovechamiento efectivo 223
(b) «Lo obtenido» como posibilidad abstracta de uso 224
(c) La restitución del valor objetivo del uso 225

2.2 La terminación 226

3. La restitución secundaria de provechos en caso de desvinculación contractual 227

3.1 Los provechos obtenidos 227

(a) Grupos de casos 227
(b) La crítica a la restitución de los provechos obtenidos ... 231

3.2 Las ventajas de uso 232

(a) La licencia hipotética como ventaja de uso y su crítica ... 232
(b) El valor de uso como depreciación 234

3.3 Los frutos *percipiendi* 236

4. La restitución de mejoras en caso de desvinculación 237

4.1 Mejoras y *condictio* de prestación 238
4.2 Mejoras y resolución del contrato 239

(a) Mejoras necesarias y útiles («Verwendungen») 240
(b) El resto de las mejoras («Aufwendungen») 241
(c) Excurso: La restitución indemnizatoria de mejoras como complemento 242

4.3 Críticas 242

VI. Prestaciones ilícitas o contrarias a la moral 243

1. La regla del § 817 S. 1 BGB 243
2. La excepción a la restitución del § 817 S. 2 BGB 244

VII. Conclusiones del capítulo 246

CAPÍTULO 4. LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO FRANCÉS 251

I. Introducción: el Derecho francés y el problema de la restitución contractual 251
II. El Derecho francés previo a la modernización de 2016 252

Páginas

1. La restitución general (en especie y recíproca) y su fundamento ... 253
2. Las alteraciones restitutorias 256

2.1 La distribución de riesgos restitutorios 256
2.2 El valor por restituir 258
2.3 Contratos distintos de los traslativos de la propiedad 258
2.4 La restitución debida por el menor o el incapaz 259
2.5 La ilicitud o inmoralidad causal 260

3. Restitución, terceros y transmisión de la propiedad 262
4. Partidas secundarias de restitución 264

4.1 Frutos e intereses 264
4.2 Ventajas de uso 265
4.3 Mejoras 267

5. Hacia la reforma 268

III. La restitución contractual tras la modernización del Derecho de obligaciones del *Code civil* 270

1. La retroactividad, la restitución y la reciprocidad 270
2. La restitución *in natura* como regla general 272
3. Las alteraciones restitutorias 272

3.1 La distribución de riesgos restitutorios en caso de pérdida y deterioro 273
3.2 El valor por restituir 275
3.3 La restitución debida por el menor no emancipado o el mayor protegido 276
3.4 Los contratos de servicios 277
3.5 Contratos con causa ilícita 278

4. Restitución y transmisión de la propiedad 279
5. Las prestaciones secundarias de restitución 279

5.1 Frutos, valor de uso e intereses 279
5.2 Restitución de gastos necesarios y útiles (mejoras) 282
5.3 El aseguramiento de la obligación de restitución 283

6. Valoración del contenido de la reforma en cuanto a la restitución ... 284

IV. Conclusiones del capítulo 285

Páginas

CAPÍTULO 5. LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO UNIFORME Y EL *SOFT LAW* 289

I. Introducción 289
II. La CISG 291
III. Instrumentos de armonización no legislativos y propuestas europeas ... 293

1. Los PECL 293
2. El DCFR 294
3. Los principios Unidroit 296
4. El CEC 297
5. EL CESL 297
6. Los PLDC 298

IV. Conclusiones del capítulo 300

PARTE TERCERA. EL DERECHO ESPAÑOL Y EL PROBLEMA DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL

CAPÍTULO 6. LAS BASES DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL EN ESPAÑA: HACIA UN MODELO UNITARIO 307

I. Introducción 307
II. El encaje de la nulidad y la inexistencia en el Código civil de 1889 309

1. Laurent y el precedente del Anteproyecto 1882-1888 310
2. La inexistencia del contrato en el Código civil 312

2.1 El papel y la trampa de la inexistencia en relación con la nulidad 313
2.2 Los casos de inexistencia. La simulación absoluta y el disenso 315
2.3 Inexistencia y causa ilícita 319
2.4 Las consecuencias de la inexistencia. La restitución 320

3. La nulidad como concepto unitario-material 322

3.1 La tendencia expansiva de la anulabilidad como síntoma ... 324
3.2 El contrato *contra legem* y la nulidad «de pleno derecho» ... 325
3.3 La simulación como nulidad (anulabilidad) 329
3.4 El binomio nulidad-anulabilidad como decisión de política legislativa 329
3.5 La superación dogmática de la distinción 330
3.6 La prescripción de la acción de nulidad 331
3.7 La restitución como modulación de la nulidad unitaria 333

Páginas

III. Los fundamentos de la restitución contractual 333

1. «Lo nulo no produce efectos» y su confusión con la *restitutio in integrum* 334
2. La restitución integral y recíproca como principio común de la desvinculación 337

2.1 La nulidad 337

(a) La *restitutio in integrum* recíproca 338
(b) Indemnización de daños y nulidad contractual 340
(c) La obligación de restitución no opera *ex lege* 344
(d) El ejercicio autónomo de la acción de nulidad 347
(e) Resultado 347

2.2 La rescisión 348
2.3 La resolución 351
2.4 El desistimiento en contratos con consumidores 354
2.5 Conclusión parcial: la restitución contractual es unitaria ... 355

3. La relación obligatoria restitutoria, la *restitutio in integrum* y la retroactividad 355

3.1 Manifestaciones de la retroactividad: *ex tunc* y *ex nunc*; real y obligacional 356
3.2 La retroactividad como ideal, no como dogma 356
3.3 El sinalagma invertido como relación obligatoria recíproca 358
3.4 Las obligaciones accesorias de restitución y la retroactividad 360
3.5 El ejercicio de la acción de restitución y su plazo de prescripción 361
3.6 Conclusión parcial: la restitución contractual es autónoma, con efectos *ex tunc* y obligacionales 362

4. La restitución contractual no se fundamenta en el enriquecimiento injustificado 363

4.1 El enriquecimiento y el fundamento de la restitución contractual 364
4.2 El enriquecimiento como recurso semántico inocuo 365
4.3 Algunos problemas prácticos de acudir al enriquecimiento ... 367

(a) Restituir lo no percibido 368
(b) Recuperar «de menos» 370

4.4 La inoperancia de las normas del cobro de lo indebido 371
4.5 La inoperancia de las normas de liquidación del estado posesorio 372

Páginas

4.6 La propuesta independiente de Bech Serrat 373

5. La restitución contractual no es indemnizatoria 378

IV. Hacia una construcción unitaria de la restitución contractual 380

1. La dificultad para distinguir entre supuestos de hecho 380
2. Un *ius commune* de restitución contractual por desvinculación 382
3. El eco europeo e internacional 382
4. La desvinculación contractual en las propuestas de modernización del Derecho de obligaciones español 384
5. Por una construcción unitaria en Derecho español 385

V. Conclusiones del capítulo 386

CAPÍTULO 7. LAS ALTERACIONES EN LA RESTITUCIÓN 389

I. Introducción 389
II. La restitución *in natura* como regla general 391
III. La pérdida o el deterioro de la cosa a restituir 393

1. El estado de la cuestión 393

1.1 Nulidad y pérdida de la cosa 393

(a) Los primeros comentaristas del Código civil 394
(b) La incompatibilidad entre ambas normas y el cobro de lo indebido 394
(c) La interpretación conjunta de ambas normas 395

1.2 Rescisión por lesión y pérdida de la cosa 396
1.3 La alteración restitutoria y los vicios ocultos 397

(a) *Mortuus redhibetur* o la regla del artículo 1487 CC ... 397
(b) La regla del artículo 1488 CC 398

1.4 Recapitulación y conclusión parcial: un panorama inestable 399

2. Punto de partida: la neutralidad restitutoria en caso de pérdida 400
3. La restitución del valor como restitución secundaria 400

3.1 Pérdida fortuita 401

(a) Caso fortuito y riesgos. Supuestos no equiparables a la restitución 401
(b) El criterio de exclusión de la acción frente al de la restitución del valor 404
(c) La restitución del valor como manera de distribuir el riesgo restitutorio 406

Páginas

(d) Las razones para la restitución del valor 409

3.2 Pérdida culpable o dolosa I (resolución, rescisión y desistimiento) 410
3.3 Pérdida culpable o dolosa II (nulidad) 411

(a) El artículo 1314 I CC como norma restitutoria 412
(b) La reducción del artículo 1314 I CC: la restitución del valor 414
(c) La culpa o el dolo del deudor de la restitución 416
(d) La aplicación práctica del artículo 1314 I CC 417

(aa) Pérdida física 417
(bb) Pérdida jurídica 419
(cc) Consumo 419
(dd) Pérdida contractualizada 419
(ee) Deuda subordinada 421

3.4 La restitución complementaria del valor en caso de deterioro (fortuito y culpable) 425
3.5 Pérdida o deterioro de la cosa con posterioridad a la desvinculación 426
3.6 La indemnización de daños por incumplimiento del deber de restituir *in natura* 428

4. La diligencia *quam in suis*, el deudor restitutorio y el caso fortuito ... 430

4.1 Diligencia *quam in suis* como beneficio restitutorio general 431
4.2 Diligencia *quam in suis* y restitución por desistimiento del consumidor 433
4.3 El estándar de la diligencia debida en la restitución por desvinculación 434

5. La regla de restitución del valor en otros supuestos de alteraciones 435

5.1 La restitución de cosas genéricas: el valor y el *tantundem* 436
5.2 La inexigibilidad de una restitución *in natura* y su sustitución por el valor 438

6. Excepciones a la neutralidad restitutoria (y la regla de restitución del valor) 441

6.1 Pérdida de la cosa atribuible al acreedor de la restitución ... 441

(a) Planteamiento teórico 442
(b) Aplicaciones prácticas 443

Páginas

(aa) Pérdida física 443
(bb) Pérdida jurídica 445
(cc) La resolución de Banco Popular 445
(dd) Pérdida contractualizada 446

(c) Excepción a la excepción. Infracción del deber de mitigar del deudor 446
(d) Concurrencia de culpas 447

6.2 Deterioro atribuible al acreedor restitutorio 447
6.3 La evicción 448
6.4 ¿La causalidad hipotética como excepción a la neutralidad? ... 449
6.5 La mora del acreedor restitutorio 450
6.6 El desistimiento del consumidor como excepción a la neutralidad 452
6.7 La consecuencia restitutoria de excepcionar la regla del valor: el enriquecimiento 453

IV. La regulación especial de las alteraciones restitutorias en caso de discapacidad y minoría de edad 453

1. El estado de la cuestión respecto a los artículos 1304 y 1314 II CC .. 454

1.1 Las interpretaciones del artículo 1304 CC 454
1.2 El artículo 1314 II CC como regla restitutoria 456

2. La restitución del enriquecimiento solo se aplica en caso de pérdida de la cosa 457

2.1 El sentido del artículo 1304 CC 457
2.2 La regla del artículo 1314 II CC 459
2.3 Incapacidad, enriquecimiento y utilidad 460
2.4 Restitución del enriquecimiento con independencia de la causa de pérdida 461
2.5 Grupos de casos 463

3. La reforma de la Ley 8/2021 como síntoma de una incomprensión 464

V. La medición del valor a restituir en caso de pérdida 467

1. El valor objetivo de los artículos 1307 y 1488 CC 467

1.1 El precio como referencia probatoria del valor objetivo ... 467
1.2 El valor objetivo como valor de mercado 468
1.3 El momento de cómputo del valor objetivo 469
1.4 *Commodum representationis* y valor 471

Páginas

2. El enriquecimiento como medida restitutoria frente al valor 476
3. Desistimiento unilateral del consumidor y restitución del valor ... 478
4. La restitución del precio y los riesgos restitutorios ante deudas de dinero 479

4.1 La restitución del precio en condiciones normales 479
4.2 La restitución del precio y la atribución del riesgo al acreedor de su restitución 480
4.3 La restitución del precio en divisas y el riesgo de tipo de cambio 482
4.4 Hiperinflación y cambio de circunstancias en la restitución del precio 483

VI. Alteraciones restitutorias en contratos de cesión de uso, de servicios y de tracto sucesivo 485

1. La restitución integral y recíproca en contratos de cesión de uso ... 485

1.1 La idea atécnica de la compensación de las prestaciones y sus explicaciones 486
1.2 El artículo 1547 CC como fundamento restitutorio de la cesión del uso 487
1.3 La restitución integral y recíproca como «compensación» ... 489
1.4 Excepción a la neutralidad en contratos de cesión de uso ... 491
1.5 La usura como ejemplo de desequilibrio. Aplicación al arrendamiento 495

2. La restitución integral y recíproca en los contratos de servicios ... 497

2.1 El artículo 9.2 ET como referencia restitutoria aplicable y la compensación 497
2.2 Excepción a la neutralidad en contratos de servicios 499

3. Contratos de ejecución sucesiva (suministros y prestaciones parciales) 502
4. Recapitulación y conclusión parcial 505

VII. La causa torpe e ilícita como alteración restitutoria 505

1. Problemas derivados de la (no) aplicación del artículo 1306 CC 506

1.1 Casos tradicionales sobre relaciones amorosas 507
1.2 Contratos traslativos de la propiedad y problemas de reciprocidad restitutoria 509
1.3 Cesiones de uso: la usura y el préstamo al jugador 511
1.4 La evitación caprichosa del artículo 1306 CC 513

Páginas

2. El lugar del artículo 1306 CC en la restitución contractual y la razón de ser de su solución 518

2.1 El sentido histórico del artículo 1306 CC 518
2.2 Algunas explicaciones doctrinales modernas 522
2.3 Más explicaciones y conclusión parcial 523

3. La aparente incongruencia del artículo 1306 CC y los casos de su aplicación 524

3.1 Algunos ejemplos 524

(a) El consejero díscolo 524
(b) «Galletas Cuétara» 525
(c) Los casos de «intimidación económica» 526

3.2 El artículo 1306 CC se refiere exclusivamente a servicios ilícitos o inmorales 527
3.3 El problema de la imputabilidad de la nulidad 530
3.4 El artículo 1306 CC a la luz de la restitución integral 530
3.5 ¿Hay que derogar el artículo 1306 CC? Por una reducción de la norma 533

VIII. La disposición de las partes sobre la restitución contractual como alteración 534

1. El fundamento de la restitución como punto de partida 535
2. Pactos sobre la distribución de riesgos restitutorios en casos de alteraciones 536

2.1 Pérdida de la cosa imputable al acreedor de la restitución 536
2.2 Pérdida de la cosa imputable al deudor de la restitución 537
2.3 Pérdida fortuita de la cosa 537

3. Pactos sobre el precio a restituir 538
4. Normas de protección en la restitución 538
5. Pactos sobre el aseguramiento de la restitución del precio 539

IX. Conclusiones del capítulo 540

CAPÍTULO 8. LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL DE LA PROPIEDAD 545

I. Introducción 545
II. Transmisión derivativa de la propiedad y restitución contractual 546
III. Las implicaciones restitutorias del sistema traslativo 549

1. La nulidad y la transmisión de la propiedad 549

Páginas

1.1 Eficacia constitutiva o declarativa de la anulación (nulidad) 550
1.2 La importancia de la *traditio* para la restitución 551
1.3 Relación obligatoria restitutoria y reparto de riesgos ante alteraciones 553
1.4 La restitución contractual de frutos y mejoras 554
1.5 Usucapión, reivindicación e inexistencia 554

2. Rescisión, resolución y transmisión de la propiedad 558

2.1 La resolución 558
2.2 La rescisión 561

3. El funcionamiento de la readquisición de la propiedad con la restitución 562
4. Concurso de acreedores, embargo del bien a restituir y riesgos restitutorios 562

4.1 Concurso de acreedores del deudor restitutorio 562

(a) Fracaso contractual anterior a la declaración de concurso 563
(b) La inclusión del bien a restituir en la masa activa como alteración restitutoria 566
(c) Fracaso contractual posterior a la declaración de concurso 567
(d) Toma de posición 569

4.2 Embargo 570

5. Recapitulación y conclusión parcial 572

IV. *Ius ad rem* o el alcance de la restitución frente a terceros 574

1. Perfil del problema. La teoría de la «cadena de nulidades» 575
2. El ejercicio de la acción restitutoria contractual frente a terceros ... 576
3. La doctrina del *ius ad rem* y su papel en la restitución contractual .. 577

3.1 El *ius ad rem* 577
3.2 Aplicación de la doctrina del *ius ad rem* a la restitución contractual 579

(a) La rescisión y la resolución 579
(b) La nulidad 581
(c) Recapitulación y conclusión parcial: el sentido del *ius ad rem* 582

Páginas

3.3 El *ius ad rem* y la adquisición «a domino». La confirmación de la adquisición 583

(a) *Ius ad rem* y restitución de inmuebles 583
(b) *Ius ad rem* y restitución de muebles 585
(c) Recapitulación y conclusión parcial 586

3.4 La buena y la mala fe del tercer adquirente 587

(a) La buena fe del *ius ad rem* es subjetiva 587
(b) Conocimiento, buena fe y tutela aquiliana del derecho de crédito 588
(c) Comparación con la usucapión 590
(d) Aplicación a las causas de desvinculación 590
(e) El deber de conocimiento del tercero y la buena fe ... 592

3.5 El ejercicio de la acción sobre el tercero de mala fe 593
3.6 Otras manifestaciones del *ius ad rem* en la restitución 594

4. Particularidades en caso de concurso y embargo 597

4.1 Concurso de acreedores 597
4.2 Embargo 598

V. Conclusiones del capítulo 600

CAPÍTULO 9. LAS PARTIDAS SECUNDARIAS DE RESTITUCIÓN ... 603

I. Introducción 603
II. La restitución de frutos e intereses 604

1. ¿Integración con las normas posesorias o del cobro de lo indebido? .. 604
2. El contenido de la restitución contractual de frutos e intereses ... 606

2.1 ¿Restitución de los frutos percibidos? 607

(a) El problema de la restitución de los frutos percibidos ... 608
(b) Los frutos civiles o *ex negotiatione* y su no restitución 611
(c) La no restitución de los frutos percibidos (como frutos civiles) 613

2.2 ¿Restitución de los frutos debidos percibir? 615
2.3 ¿Restitución de un valor objetivo? 616

(a) La aplicación de la licencia hipotética o el interés legal a la restitución 617
(b) La restitución contractual de frutos e intereses no es indemnizatoria 620

Páginas

2.4 Los intereses del valor en caso de pérdida de la cosa 621
2.5 Recapitulación y conclusión parcial 621

3. El valor de uso en la restitución contractual 622

3.1 El valor de uso como provecho restituible tras la desvinculación 623
3.2 Valor de uso, depreciación e indemnización 625
3.3 La productividad de las cosas como condición previa 626
3.4 La medición del valor de uso de las prestaciones 627
3.5 La restitución del valor de uso en casos de deterioro y pérdida de la cosa 629
3.6 La no compensación de los usos 631

III. La restitución de mejoras 631

1. La no restitución de las mejoras necesarias 632
2. Las mejoras (útiles) en la restitución contractual 634

2.1 Las normas condicionales y de remisión al usufructo para la resolución 636
2.2 Las normas sobre liquidación de estados posesorios 637

(a) Nulidad y rescisión 637
(b) Resolución por incumplimiento 639

2.3 El reembolso de las mejoras en función del enriquecimiento 640

(a) El DCFR y el CESL 640
(b) Las propuestas de modernización 642
(c) La tesis de Bech Serrat 642

2.4 Valoración crítica del estado de la cuestión 643

3. La restitución de mejoras como problema contractual 646

3.1 Las mejoras como un problema de alteración restitutoria ... 646

(a) Dos clases de mejoras útiles 647
(b) Planteamiento teórico: la «pérdida por transformación» 648
(c) Dos alternativas restitutorias para el acreedor 649
(d) Se restituye el valor de la cosa, no los gastos (ni el ahorro) 653
(e) Mejoras e incapaces 654
(f) Las mejoras frustradas 655

Páginas

3.2 La restitución de los frutos de la cosa mejorada 655

4. La restitución de mejoras en contextos distintos de la compraventa 656

4.1 Contratos de cesión de uso 657
4.2 Las mejoras en contratos de obra 659
4.3 Las compensaciones por clientela 660

IV. Conclusiones del capítulo 661

SÍNTESIS DE LAS PRINCIPALES CONCLUSIONES DE ESTE TRABAJO ... 665

BIBLIOGRAFÍA 671

LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS 715

PRÓLOGO

1. El título de este libro, *La estructura de la restitución contractual*, condensa el reto al que se enfrentó su autor, Antonio Ismael Ruiz Arranz, cuando decidió estudiar este tema en su tesis doctoral [1]. Partió, entonces, de una poderosa intuición, que constituyó su hipótesis de trabajo: las restituciones que son la consecuencia de una desvinculación contractual, en cualquiera de sus diversas manifestaciones, deben ser agrupadas y consideradas como un tipo diferente de restitución. Su función es colocar a los contratantes en la situación jurídica que tendrían si no hubieran contratado. Son la vuelta atrás del contrato. Y es el contrato, no realizado por haberse producido la desvinculación, el que debe marcar la pauta de la restitución, su carácter recíproco (tratándose de un contrato bilateral), su contenido, el itinerario a seguir. No es aplicable, por tanto, en este caso la regla general de restitución por enriquecimiento injustificado.

Esta idea la tuvo muy clara Antonio Ismael Ruiz Arranz desde el primer momento. Y en ella basó su convicción de que es necesario evitar la aplicación a la restitución contractual del régimen liquidación del estado posesorio. Así lo ponen de manifiesto sus primeras intervenciones en congresos y las publicaciones de esa época, que encontramos en su *currículum*. Mas una hipótesis de trabajo no basta. Debe ser verificada. Y ahí es donde empezó la investigación que ha llevado al autor a ofrecernos la obra que ahora publica.

---

[1] Este trabajo se desarrolló en el marco del proyecto de investigación DER 2017-84947-P, «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento: aproximación de dos sistemas». El autor forma parte del proyecto de investigación PID2021-122985NB-I00, «La protección del consumidor en la era digital».

2. La estructura de este libro refleja el método seguido en su elaboración y el modo en que desarrolla la tesis mantenida en él, modo creativo y muy original. Consta de tres partes. Una primera, dedicada a las bases históricas de la restitución contractual. Una segunda, en la que estudia el derecho comparado. Y una tercera, en la que desarrolla su construcción, en el derecho español, del modelo unitario de restitución contractual que propone. Esta tercera parte, la más extensa, la articula el autor así: Primero ofrece las bases de la restitución contractual en España, construyendo el modelo unitario con los materiales normativos que el derecho español le proporciona. En segundo lugar, se refiere a las que denomina *alteraciones* en la restitución. Por ejemplo, la pérdida de la cosa que debe ser restituida y su efecto en la restitución. En tercer lugar, analiza cómo se produce (o tal vez mejor, cómo debería producirse) la restitución de la propiedad en derecho español en los casos de desvinculación de un contrato. Propone, con elevada influencia del sistema alemán, la exigencia de que intervenga de nuevo la *traditio*, el modo transmisivo, para que tenga lugar la retrotransmisión de la propiedad. Por fin, se ocupa de las partidas secundarias de la restitución (frutos, intereses, mejoras).

3. Volvamos al principio, a la génesis de este libro. La hipótesis de trabajo de la que en su día partió Antonio Ismael Ruiz Arranz, fue determinante del método de investigación. Utiliza un método histórico comparado. A través de él, llega al estudio del problema en el derecho español. «El estudio que me propongo realizar –según nos dice– tomará por base los textos más relevantes de cada período histórico centrándome objetivamente en lo que cada texto dice. Esto significa que no pretendo estudiar la restitución por desvinculación como si se tratara de una cuestión temporalmente inmutable, mantenida en todas las épocas. Antes bien, el enfoque historiográfico a desarrollar es uno con el que extraer del pasado y de la objetividad de sus textos aquella(s) idea(s) que han estado siempre presentes y a partir de las cuales se pueden llenar de significado y abordar los problemas actuales».

El autor encuentra una base histórica de su tesis en la *in integrum restitutio* del derecho romano. Y sigue el rastro de ella a través del derecho histórico europeo, del derecho común, la Ley de Partidas y la glosa de Gregorio López, la escolástica tardía, la escuela de derecho natural, la doctrina de *Altimarius* así como la de Domat y Pothier. Llega al momento de la codificación y, tras él, estudia con especial cuidado y profundidad el derecho alemán. Y, junto a él, el derecho francés.

La hipótesis de trabajo de la que inicialmente partió determinó también el lugar elegido para sus estancias científicas. Ha sido Alemania, concretamente la Universidad de Münster. Allí, en sus largas estancias, ha trabajado de

modo actvivo, en sus diversos institutos científicos, con especialistas en derecho civil, derecho comparado y derecho histórico.

4. La *in integrum restitutio* romana es para el autor, como ya hemos señalado, una pieza esencial en la construcción del régimen jurídico de la restitución contractual. De su importancia dan idea sus palabras: «Desde el Derecho romano clásico una institución sobresale: la *in integrum restitutio* como expresión del Derecho pretorio que permitía dar término a contratos inicialmente válidos y recuperar el *statu quo ante* a la celebración de ese contrato». «[L]as bases históricas de la restitución contractual –añade– se aglutinan en torno a la idea de *restitutio in integrum* recíproca que, entendida de manera no técnica –no como una acción particular, sino como una consecuencia amplia–, cubría cualquier supuesto de restitución contractual por desvinculación».

5. El otro soporte metodológico de la investigación ofrecida en este libro es el derecho comparado. Estudia dos modelos, el alemán y el francés. Y completa esa consideración con la exposición de las directrices seguidas por otros instrumentos internacionales, particularmente la CISG y los textos de *soft law*.

Es interesante la exposición de la evolución del modelo alemán que nos ofrece Antonio Ismael Ruiz Ruiz Arranz. El BGB reguló separadamente la restitución contractual en caso de resolución. No contempló los demás casos de restitución contractual. A ellos se les aplican las reglas de restitución de la *condictio* por prestación del § 812 BGB. La aplicación de estas reglas a la restitución contractual ha planteado dificultades. Primero, por estar previstas para un deber unilateral de restitución y no para una restitución recíproca, como la contractual. Segundo, por el concepto de enriquecimiento que utilizan. El enriquecimiento restituible en la *condictio* por prestación se refiere a la ventaja global obtenida en su patrimonio por el obligado a restituir. En la restitución contractual, el enriquecimiento se ciñe a las prestaciones obtenidas por el contrato, que deben ser restituidas. El autor nos explica, en un estudio muy detallado de primera mano, cómo ha tratado de superar estas dificultades la doctrina alemana. Esto le permite reafirmar su idea. Es necesario dar un tratamiento unitario a la restitución contractual.

Por lo que se refiere al derecho francés, el autor distingue dos etapas: la anterior y la posterior a la reforma del *Code civil* en 2016. Bajo la vigencia del Código civil de 1804, «la ausencia de normas específicas condujo a los tribunales y a la doctrina a recurrir a las normas posesorias (arts. 549, 550 CCfr) o del pago indebido (arts 1376, 1377 CCfr) para explicar la restitución contractual». «Con estos mimbres se construyó un sistema de restitución contractual que, en lo sustancial, resultaba idéntico para la nulidad y la resolución; si bien con alguna excepción en cuanto a los contratos no traslativos de la propiedad

y a los frutos e intereses». «La reforma del Derecho de obligaciones francés (2016) propició que la restitución contractual entrase *par la grande porte*». «Según el propio legislador, el sistema restitutorio del *Code civil* es aplicable a todos los supuestos de anulación (art. 1178 II CCfr), resolución (art. 1229 IV CCfr), caducidad (art. 1187 II CCfr) o, incluso a la repetición del pago de lo indebido».

En cuanto al derecho de la Unión Europea, el autor considera que «no ha conseguido abordar, de momento, el problema de la restitución contractual. Solo ha dado algunas pinceladas, de corte minimalista, limitadas al Derecho de consumo». «El contenido particular de la restitución en los textos [de principios] es confuso». Si bien, los PICC *[Unidroit Principles of International Commercial Contracts],* pensados para el comercio internacional, ofrecen «reglas sustancialmente idénticas para cada restitución contractual, a pesar de que se recogen formalmente por separado».

6. La tercera parte de esta obra está dedicada al derecho español. Es la más extensa. Abarca más de la mitad del libro. En ella, el autor intenta construir ese modelo unitario de estructura de la restitución contractual que orientó su investigación desde el principio. Lo construye con los elementos que le proporciona el Código civil español, teniendo en cuenta la experiencia histórica y comparada. No es fácil la tarea. Es, además, la primera vez que se aborda con el calado de este libro. Era necesario hacerlo. Y hay que reconocer el valor de esta obra en el momento actual, en el que sigue pendiente la modernización del derecho de contratos de nuestro Código civil. La pasividad del legislador obliga a la doctrina y a los tribunales a realizar grandes esfuerzos para adaptar un código secular a las exigencias del momento. La multitud de cuestiones que se analizan en este libro y los casos resueltos por nuestros tribunales que, al hilo de ellas, se estudian en él nos permiten comprender mejor la función de la restitución contractual y resolver adecuadamente los problemas que plantea.

7. La esencia de este libro se puede condensar así: «La restitución por desvinculación contractual constituye una institución jurídica unitaria, autónoma y neutra». «La relación obligatoria restitutoria funciona como cualquier otra relación obligatoria». Su función es volver a la situación anterior a la celebración del contrato. Volver en la medida posible, porque en ese camino de retorno se encuentran las *alteraciones restitutorias. «*Muchas veces las prestaciones intercambiadas no pueden restituirse *in natura*. A esa circunstancia la denomino –dice el autor– *alteración restitutoria*».

8. El carácter neutro de la restitución por desvinculación contractual implica para Antonio Ismael Ruiz Arranz no tomar en cuenta si la alteración restitutoria (por ejemplo, la pérdida o deterioro de la cosa que debe ser resti-

tuida) es o no imputable a la conducta del obligado. Según él, «los problemas de las alteraciones restitutorias se solucionan a partir del reparto de riesgos entre las partes de la relación obligatoria restitutoria». «El deudor restitutorio asume el riesgo de alteraciones, si la pérdida de la cosa obedece a caso fortuito o a su propia culpa; y tiene que restituir el valor». Pero la neutralidad se excluye «cuando la causa de pérdida de la cosa es imputable al acreedor de la restitución»; por ejemplo, al vendedor que entrega una cosa defectuosa (art. 1487 CC).

La razón por la que el autor atribuye carácter neutro a la restitución contractual es una exigencia impuesta por el rigor dogmático. Este rigor le lleva a distinguir la función de la restitución y su lógica, de la función y lógica de la indemnización de daños. El razonamiento es, desde un punto de vista teórico, correcto. Además, no impide necesariamente la indemnización por daños, cuando estos sean imputables al deudor de restitución.

9. Hay que agradecer a Antonio Ismael Ruiz Arranz, que haya cubierto un vacío en nuestra bibliografía jurídica. No contábamos en derecho español, con una monografía sobre la restitución contractual, tan completa como la que nos ofrece. Este libro lleva el sello de su autor. Es creativo, riguroso, valiente y, además, oportuno en un momento de revisión del derecho de obligaciones español. Se podrá estar o no de acuerdo, en mayor o menor medida, con algunas de las afirmaciones que en él se contienen. Pero eso no le resta valor, porque incita a la reflexión, ofreciendo los materiales necesarios para poderlo hacer. Tiene, sin duda, un núcleo muy sólido: la idea unitaria de la restitución contractual.

Queremos, por todo ello, felicitar a su autor Antonio Ismael Ruiz Arranz.

Madrid, junio de 2023.

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

NIEVES FENOY PICÓN

ABREVIATURAS

A.A.M.N.	*Anales de la Academia Matritense y del Notariado*
AC	*Aranzadi Civil (como referencia para sentencias)*
AcP	*Archiv für die Zivilistische Praxis*
ADC	*Anuario de Derecho Civil*
ADCo	*Anuario de Derecho Concursal*
AHDE	*Anuario de Historia del Derecho Español*
ALR	*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1794*
a. F.	*Alte Fassung (Preceptos del BGB anteriores a la modernización de 2002)*
AvP	*Avant-Projet belga de Laurent, 1884*
BB	*Betriebs-Berater (revista)*
BMJ	*Boletín del Ministerio de Justicia*
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch*
BGH	*Bundesgerichtshof*
BOE	*Boletín Oficial del Estado de España*
C	*Código, dentro del Corpus Iuris Civilis de Justiniano*
Cap.	*Capítulo (en citas), seguido en su caso del apartado de la obra*
CC	*Código civil de España (Real Decreto de 24 de julio de 1889)*
CCC 1960	*Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*
CCCat	*Código civil de Cataluña*
CCfr 1804	*Código civil de Francia en su versión antigua (antes de las modificaciones en materia de Derecho de contratos, del régimen general y de la prueba; mediante la Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, en vigor desde el 1 de octubre de 2016)*
CCfr	*Código civil de Francia en su versión actual (después de la Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, en vigor desde el 1 de octubre de 2016)*
CCit	*Código civil de Italia*

Camb. L. J.	*Cambridge Law Journal*
CCo	*Código de comercio de España (Real Decreto de 22 de agosto de 1885)*
CCJC	*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*
Cfr.	*Compárese*
CDO	*Considerando*
CEC	*Code Europeen des Contrats, elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía*
CESCO	*Revista CESCO de Derecho de Consumo*
CESL	*Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea*
C. repre./C. ex n.	*Commodum representationis/Commodum ex negotiatione*
CISG	*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980*
CP	*Código Penal de España (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*
D.	*Digesto, dentro del Corpus Iuris Civilis de Justiniano*
DCFR	*Draft Common Frame of Reference*
DogmJ.	*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*
Edinb. Law. Rev.	*Edinburgh Law Review*
EJB	*Enciclopedia Jurídica Básica*
ERPL	*European Review of Private Law*
ET	*Estatuto de los Trabajadores*
FD	*Fundamento de Derecho*
FN	*Fuero Nuevo de Navarra*
FS	*Feasibility study for a future instrument on European Contract Law*
FS-	*Festschrift (en obra citada, «Libro Homenaje»)*
HKK	*Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*
Ibid.	*Ibídem*
i. i. r.	*In integrum restitutio, como acción pretoria de Derecho romano clásico*
InDret	*Revista Indret para el análisis del Derecho*
JUR	*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD Aranzadi)*
JURA	*Juristische Ausbildung*
JuS	*Juristische Schulung*
JZ	*Juristen Zeitung*
LC 2003	*Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*
LC 2020	*Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*
LCCTM	*Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías*
LCS	*Ley 50/1908, de 8 de octubre, de Contrato de seguro*
LH	*Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946)*

LH-	*Libro Homenaje*
LEC	*Ley de Enjuiciamiento Civil de España*
LEF	*Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa*
LU	*Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios*
MDR	*Monatschrift für Deutsches Recht (Revista)*
MP	*Magistrado Ponente*
Müko	*(Sin otra referencia) Münchener Kommentar zum BGB*
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
P.	*Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio*
P. 1851	*Proyecto de Código Civil español de 1851*
p.	*Página*
Palandt	*Comentario Palandt al Bürgerliches Gesetzbuch (desde 2021 Grüneberger)*
Párr.	*Parágrafo o número marginal (Randnummer en las obras alemanas)*
PAPDC	*Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018*
PECL	*Principles of European Contract Law*
PLDC	*Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*
PMCC	*Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, 2009*
RabelsZ	*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*
RG	*Reichsgericht*
RJ	*Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)*
(S)AP	*Sentencia de una Audiencia Provincial española*
(S)BAG	*(Sentencia) del Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal de Trabajo de Alemania)*
SBGH	*Sentencia del Bundesgerichtshof de Alemania*
SCC	*Sentencia de la Cour de Cassation de Francia*
Sec.	*Sección o apartado de una obra no citada por páginas*
SRMG	*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, 2002*
STS	*Sentencia del Tribunal Supremo de España*
(S)TJUE	*(Sentencia) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*
UNIDROIT	*Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*
RCDI	*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*
RDC	*Revista de Derecho Civil*
RDP	*Revista de Derecho Privado*
RDN	*Revista de Derecho Notarial*
RJUAM	*Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*
RTDciv	*Revue trimestrielle de droit civil*
ROJ	*Repositorio Oficial de Jurisprudencia*

TRLGDCU	*Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de diciembre, BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007)*
TS	*Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil)*
Unif. Law Rev.	*Uniform Law Review*
ZIP	*Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*
ZRG	*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*

INTRODUCCIÓN

1. ¿Se puede volver al pasado? ¿Se puede enmendar el tiempo transcurrido? La cuestión, de indudables connotaciones filosóficas y desarrollada en la física teórica, presenta un interés mucho más modesto, pero no por ello menos importante, para el Derecho patrimonial, cuando una relación contractual fracasa. Acaecido este hecho, quienes formaron parte de aquella relación buscarán deshacer, en la medida de lo posible, la decisión económica que en su día tomaron. Emerge aquí una voz: restitución. En castellano, *restituir* significa «*volver algo a quien lo tenía antes*», así como «*reestablecer o poner algo en el estado que antes tenía*» [1]. De eso, de la restitución, de si se puede volver al pasado, y en qué términos, trata este libro.

2. En el Derecho continental privado europeo, la voz «restitución de las prestaciones» alude a la obligación de devolver *algo* que previamente se recibió en virtud de un contrato que fracasa; es el derecho que acompaña a las partes que previamente contrataron a recuperar lo entregado [2]. El objeto de este estudio es la restitución que sigue a aquellos expedientes que hacen que un contrato fracase, por la causa que sea. De manera genérica en este trabajo, se empleará la expresión «*desvinculación*» para referirse a la *nulidad*, la *rescisión por lesión*, la *resolución por incumplimiento* o el *desistimiento unilateral* del consumidor. Todos ellos tienen la restitución como consecuencia común de un fracaso contractual con el que, en principio, no se contaba. Y esta restitución será el centro del estudio.

---

[1] Son dos de las tres definiciones que, para la voz «restituir», ofrece la Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. «https://dle.rae.es/restituir» [Fecha de consulta: 27 de octubre 2021].

[2] Wendehorst, *European Parliament*, 2012, p. 8.

Fuera del análisis queda la restitución propia de las condiciones resolutorias, para cuya inclusión en el contrato las partes tienen en cuenta riesgos específicos que no conviene generalizar [3]. Por eso, no se abordará la restitución derivada de la compraventa con pacto de retro (art. 1518 CC), pues ante ella la restitución prestacional se plantea *ab initio* como un evento más probable. Tampoco se tratará el supuesto rescisorio de la acción pauliana (arts. 1111 y 1291 3.º CC), pues su objeto es la satisfacción de los acreedores [4].

La base del estudio la conforman los contratos traslativos del dominio, como la compraventa, por la mayor abstracción y generalización que permiten. Junto a ellos, se tratará el sentido jurídico de la restitución por desvinculación en otros contextos, como son los contratos de cesión de un uso (arrendamiento o préstamo), o los de prestación de un servicio. En todos esos escenarios restitutorios, las partes adoptan una posición inversa a aquella que en su día ocuparon al contratar. Al tratarse de contratos sinalagmáticos, cada una de las partes en la restitución es, de nuevo, acreedora y deudora a la vez. Puede hablarse entonces de un «acreedor restitutorio» o «acreedor de la restitución» y de un «deudor restitutorio» o «deudor de la restitución». Por ejemplo, en la compraventa, el comprador será deudor restitutorio de la cosa y acreedor restitutorio del precio; y a la inversa para el vendedor. A lo largo del trabajo, mantendré esta terminología, para explicar la restitución.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda excluida del análisis la obligación de restituir cosas o derechos a su propietario al término de contratos en los cuales la entrega de la cosa o del derecho no es la prestación principal, sino solo condición de posibilidad para su ejecución. Me refiero al arrendamiento, al préstamo, al comodato o al depósito (arts. 1561, 1740 I, 1753, 1758 CC).

3. Las cuestiones prácticas que afloran a propósito de la restitución por desvinculación contractual que me ocupa son muchas y de muy diversa índole: ¿Desempeña algún papel el concreto expediente de desvinculación que conduce a la restitución (por ejemplo, la nulidad o la resolución)? ¿Procede siempre una restitución *in natura*? ¿Se debe condicionar la desvinculación a que las partes puedan restituir íntegramente lo que recibieron? ¿En qué casos opera una restitución alternativa del valor de la cosa? ¿Cómo se mide ese valor? ¿A qué restitución contractual se someten los menores de edad y las personas con discapacidad? ¿Qué ocurre con los contratos distintos a los traslativos de la

[3] Schlechtriem, 2000, p. 407.

[4] Sobre la revocación como elemento integrante del *status* jurídico de todo acreedor (y no como un tipo de ineficacia contractual), véase Juárez Torrejón, *ADC*, 2018, p. 1296.

propiedad? ¿Tiene sentido limitar la restitución cuando la desvinculación obedece a una causa ilícita o torpe? ¿Qué papel desempeña el sistema traslativo de la propiedad en la restitución de contratos orientados a transmitir el dominio, como la compraventa? ¿Tiene la restitución alcance contra terceros? ¿Procede también una restitución de frutos e intereses? ¿Se tiene que compensar el uso de los bienes intercambiados? Y, ¿cuál es la suerte que deben correr los gastos necesarios y las mejoras realizadas sobre los bienes objeto de la restitución?

A propósito de algunos de los anteriores interrogantes F. Pantaleón Prieto dijo, con razón, que el sistema de restitución «*adolece entre nosotros de una gran oscuridad*» [5]. Semejante observación no despertó, sin embargo, la curiosidad necesaria como para que los autores [6] españoles se embarcasen en un intento de sistematización de la restitución contractual como problema autónomo [7]. Lejos de ello, los estudios siempre se han preocupado más de analizar y delimitar correctamente los expedientes que conducen a la desvinculación del contrato. En este contexto, la restitución de las prestaciones constituía una simple consecuencia sin excesivo peso dogmático, cuyas complicaciones se podían solventar de un modo más o menos pacífico [8]. Como resultado, no existe, en la tercera década del s. XXI, un consenso sobre el desenvolvimiento de la restitución en supuestos de desvinculación contractual en Derecho privado español; mucho menos sobre su contenido material en cada caso.

Si hoy las modernas categorías «nulidad», «anulabilidad», «rescisión» y «resolución» son empleadas con más o menos corrección, es gracias al esfuerzo y la diferenciación llevada a cabo por la dogmática del Derecho, primero, y por los tribunales en su aplicación, después. Pues bien, este trabajo se propone mejorar el estado de la cuestión existente en la restitución por desvinculación a partir de su principal interrogante: *¿Cuál es el fundamento teórico último de la restitución de las prestaciones, que surge tras la desvinculación del contrato, con el cual explicar coherentemente esta institución?* Dando respuesta a esta pregunta se pueden despachar con solvencia las cuestiones prácticas a las que acabo de hacer referencia.

4. En los cuerpos normativos nacionales, es habitual encontrar regímenes distintos para cada expediente de desvinculación. El caso español es bastante evidente. El Código civil reconoce unas reglas restitutorias para la

---

[5] Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1735. La observación se refiere a la restitución derivada de la resolución, pero es extensible a la restitución por nulidad, a mi juicio.

[6] En el presente trabajo, se ha empleado el masculino genérico, para aligerar el texto. No obstante, se encuentran comprendidas la forma femenina, como todas las identidades de género.

[7] Una excepción, aunque circunscrita a la restitución por resolución, se encuentra en el trabajo de Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1227-1275. También lo son los trabajos de Quicios Molina, que se citan en esta obra.

[8] En este sentido, refiriéndose a la nulidad Rodríguez-Rosado, 2006, sec. I.

nulidad (arts. 1303 a 1314 CC), para la rescisión (art. 1295 CC), o para los supuestos de vicios redhibitorios en la compraventa (arts. 1486, 1487 y 1488 CC). Para la resolución por incumplimiento, no se regula un régimen restitutorio especial, y todavía existen dudas de cuál le sea aplicable. De este modo, la restitución, que sigue a la desvinculación contractual, ofrece un panorama muy difuso, que dificulta un tratamiento coherente de la mayoría de los problemas prácticos (por ejemplo, cuando la restitución no puede tener lugar *in natura*). Podemos preguntarnos si tiene sentido que esto sea así, desde un punto de vista sistemático y material; si merece la pena disponer de tantas restituciones contractuales como expedientes de desvinculación existen.

5. Para responder a este interrogante en Derecho español, es imprescindible analizar la estructura de la restitución contractual en casos de desvinculación a partir de un doble eje. Primero, desde una perspectiva histórica vertical. Segundo, desde una óptica comparada horizontal. Esta es, a mi juicio, la única manera de concebir un estudio jurídico sólido desde el punto de vista dogmático en Derecho privado: tratando al Derecho como lo que es: un proceso histórico humano, presente en todos los pueblos, de cimientos muy similares, pero con ramificaciones divergentes que, sin embargo, hacen por encontrarse. Al fin y al cabo, casi todos los sistemas parten del mismo sitio: el Derecho romano clásico. Por eso, este trabajo comienza con él, y continúa con el *ius commune* europeo, hasta las codificaciones del siglo XIX. Lejos de ser un simple anticuarismo –o, cuando no, de fetichismo jurídico–, este ejercicio provee del capital necesario para emprender un estudio del Derecho privado actual; y hacerlo además desde una perspectiva comparada [9].

A nivel comparado, los ordenamientos escogidos para el análisis han sido el alemán y el francés. Siempre podría preguntarse por qué estos ordenamientos y no otros, como el italiano, el holandés, el belga, el portugués o el siempre alambicado *common law* [10]. La respuesta podría despacharse cínicamente, ad-

---

[9] Este fue el alegato que en su día mantuvo Reinhard ZIMMERMANN (1996, pp. X-XI) en el prefacio de un libro que en su día fue considerado como novedoso, casi rupturista, pero sin el que hoy nuestro trabajo sería mucho más arduo: «*For the civilian tradition lives on, albeit often unrecognized, in the modern national legal systems. All the mayor European codes find their roots at one stage or another in the development of the ius commune therefore usually presents the most appropriate starting point for comparative research in the traditional core areas of continental private law. Apart from that, however, it provides the intellectual and doctrinal framework within which a new European legal unity may one day emerge. Anyone attempting to bolster the move towards greater political and economic unity by a harmonization of the legal rules applying in the various European countries would neglect their common historical basis at his peril. The ius commune even today constitutes a unifying force of great potential*».

[10] Las líneas básicas del *common law* en materia de restitución contractual se explicarán de manera esquemática, al inicio de la Parte segunda, con el fin de justificar por qué se deja este ordenamiento sin analizar en mayor profundidad.

virtiendo que es una cuestión de gustos. Pero creo que acompañan buenas razones para haber elegido estos sistemas. El primero, porque no creo descubrir nada nuevo, si digo que el Código civil alemán, y la doctrina que lo interpreta, es una de las principales codificaciones europeas, que recoge además los frutos de la ciencia pandectista y su interpretación de las fuentes romanas clásicas; y así se demuestra echando un vistazo a sus construcciones teóricas y a la casuística que las ha requerido en un tema –la restitución contractual– cuyo punto de partida está lastrado precisamente por la experiencia histórica. El segundo, porque representa el principal ordenamiento de los denominados «latinos»; y porque ha sido el punto de referencia iusprivatista español durante largo tiempo. A ello se suma la reciente inclusión, en el *Code civil*, de un novedoso sistema de restitución contractual, tras la entrada en vigor de la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

Combinada con el recorrido histórico, la experiencia comparada permite diagnosticar mejor dónde están los problemas prácticos y, sobre todo, ayuda a evaluar mejor el propio Derecho; lo que en él está bien y lo que, quizás, merece ser revisado [11].

6. Tengo la convicción de que, manteniendo un enfoque histórico-comparado, el método jurídico-dogmático se acerca a uno científico, a través del cual se exploran nuevas soluciones a problemas existentes sin respuesta clara entre las fuentes. Se dice que allí donde terminan las fuentes comienza la ciencia [12]. Eso es lo que se pretende con este trabajo, para la restitución derivada de la desvinculación contractual. Ahora bien, este objetivo quedaría en papel mojado si los análisis se limitasen a un mero ejercicio de gimnasia mental o de jurisprudencia de conceptos, que no midiese la consistencia práctica de las soluciones. Por eso, una parte importante de los materiales empleados vienen de

[11] Conjurando, así, el provincialismo de que a veces hace gala la cultura jurídica española. Lo han destacado, recientemente con razón, Gómez Pomar, Artigot Golobardes y Ganuza-Fernández, *InDret*, 2021, pp. 1 y ss.

[12] En «Una carta a la redacción como introducción» («Ein Brief an die Redaktion als „Einleitung“») Rudolf von Jhering (1884, p. 126) utiliza la siguiente frase, al comparar el estudio del Derecho con las formas e imagenes que algunos, pero no todos, pueden producir a través del humo del tabaco: «*Darum behaupten sie, daß ein Anderer es auch nicht vermöge oder, wenn er es behaupte, daß die Bilder nichts seien als Eingebungen seiner durch Tabaksnarkose erregten Phantasie, welche die Wissenschaft mit Protest zurückzuweisen habe, –wo die Quellen aufhörten, da höre auch die Wissenschaft auf. Ich meinerseits behaupte: da fängt sie erst recht an,– ich bleibe dem Rauchen treu*» («Ante ello afirman [quienes no son capaces de crear esas formas] que los demás tampoco pueden o, cuando no, que las imágenes no son más que el producto de una imaginación excitada por la anestesia del tabaco, que la ciencia tiene que rechazar con protesta, –donde cesan las fuentes, allí también se detiene la ciencia. Yo, por mi parte afirmo: ahí es donde realmente comienza–, y sigo fiel a mi hábito de fumar» (traducción propia).

confrontarse con sentencias del Tribunal Supremo español, de las Audiencias Provinciales españolas, del *BGH* alemán, o de la *Cour de Cassation* francesa.

En ocasiones, las sentencias se quedan simplemente en la desvinculación y apenas entran a analizar los problemas restitutorios que le siguen. Ejemplificativa de los problemas prácticos que se pueden producir en la restitución por desvinculación fue la STS, 1.ª, 5 de marzo de 2018 [13]. Repasemos sus hechos. El 5 de octubre de 2010, *Papelera del Besaya* le vendió a *Besaya Converting* un negocio de fabricación de pasta de papel, junto con todos los derechos, títulos e intereses sobre sus activos. Cinco meses después del contrato, se produjo el derrumbe del techo de la nave principal del complejo transmitido, donde se encontraba el grueso de la producción. Según un informe pericial, la causa del derrumbe se hallaba en el estado de oxidación de las armaduras de hormigón, como consecuencia de un defecto en las varillas; proceso iniciado, probablemente, tras la construcción de la nave, en 1960. Este defecto era muy difícil de apreciar antes del siniestro, pues no presentaba signos externos aparentes. El suceso dio lugar a un pleito entre las partes, que giró en torno al posible incumplimiento del contrato por la vendedora, que a su vez reclamaba a la compradora el pago del total del precio. La Sala 1.ª resolvió el caso a favor de la compradora, al entender que se le había entregado una cosa inhábil para el uso pactado, y estimó la pretensión resolutoria. Hasta aquí la resolución del caso. En ningún momento se plantearon cuestiones restitutorias, si bien no cabe duda de que la ejecución de esta sentencia bien dará para alguna. Declarada la resolución, ¿qué tienen que restituirse las partes? ¿Puede la compradora recuperar el precio pagado y restituir los escombros de la nave y el resto del negocio? ¿O tiene que prestar su valor? ¿Tiene la vendedora derecho a que se le compense por el uso que, hasta el derrumbe, hizo la compradora de las instalaciones? ¿Qué ocurre con los intereses del precio?

Ya he dicho que la restitución de las prestaciones en casos de desvinculación no ha sido un campo muy fecundo para la dogmática del Derecho. Esto quizás explique la parquedad con la que las sentencias, a veces, despachan sus cuestiones. Pero, que esto sea así, no hace sino más imprescindible todavía dedicar un trabajo completo a la restitución contractual. No en vano, las preguntas, en este caso y en otros, siguen abiertas en Derecho español.

7. Con lo expuesto, se puede explicar la estructura del trabajo. En la Parte primera, se estudiará la restitución contractual desde una perspectiva histórica. Con el análisis histórico se tratará de demostrar que la restitución contractual admite ser tratada como una institución unitaria para cualquier expe-

[13] MP: Salas Carceller; RJ 2018/898.

diente de desvinculación, a partir de la generalización de la noción atécnica de la *restitutio in integrum* desde el Derecho romano (Capítulo 1). Junto a ello, se empleará el método histórico-dogmático para separar la restitución contractual que aquí se trata de la denominada restitución por enriquecimiento injustificado (Capítulo 2). El estudio histórico del Derecho privado europeo permitirá engarzar con el estudio comparado para los dos ordenamientos escogidos como modelo, el alemán (Capítulo 3) y el francés (Capítulo 4). El análisis histórico de las bases de ambos ordenamientos en materia de restitución por desvinculación explicará mejor su desarrollo y, sobre todo, el principal resultado al que están llegando por distintas vías: la construcción de un régimen unitario de restitución contractual, bien por vía dogmática (Alemania) [14], bien por vía legal (Francia) [15].

8. Ese proceso de unificación del régimen de la restitución contractual europeo se aprecia también en el desarrollo de los instrumentos de Derecho europeo armonizado, en los que se avanza, también progresivamente, hacia un sistema unitario (Capítulo 5).

9. El doble eje histórico comparado permite ubicar la *principal hipótesis de partida*, que entronca con el interrogante principal que ha originado este estudio (el de cuál sea el fundamento teórico último de la restitución por desvinculación): que la restitución contractual se estructura, en todos los escenarios de desvinculación, como una relación obligatoria sinalagmática, que parte del mismo contrato del que las partes se desvinculan, y cuyo objetivo es colocarlas en el estado jurídico existente antes de contratar (*statu quo ante*), a partir del principio de reciprocidad. Por eso, se puede construir de manera

[14] Ello, gracias a la separación de la restitución por nulidad o anulabilidad de las normas del enriquecimiento injustificado. Merece la pena traer aquí las palabras de Jansen (*AcP*, 2016a, pp. 160-162), quien ha impugnado el sistema: «*Vielmehr gilt es die Leistungskondiktionen in englischer Terminologie als remedies zu rekonstruieren: Man versteht diese Ansprüche und die Rückabwicklung* […] *jedenfalls viel einfacher, wenn man sich von dem Gedanken löst, sie seien spezifisch bereicherungsrechtlich zu begründen.* […] *Ich glaube jedoch, dass wir Abschied von dieser Vorstellung nehmen sollten, mit der die deutsche Dogmatik es sich viel zu lange unnötig schwer gemacht hat.* […]. *Entscheidend ist nicht, „welchen Platz die Leistungskondiktion ...im Bereicherungsrecht einnimmt", sondern welche Funktion ihr im System des bürgerlichen Rechts zukommt.* […]. *Diese Fragen haben keine spezifisch bereicherungsrechtliche Bedeutung mehr, sondern finden ihre Antwort in den Regeln und Wertungen des allgemeinen Schuldrechts*» («De lo que se trata es, más bien, y empleando terminología inglesa, de reconstruir las *condictiones* de prestación como *remedies*: Tales pretensiones y la restitución […] se entienden de manera más sencilla, cuando se les libera de la idea de que son manifestaciones específicas del enriquecimiento. […]. Creo, sin embargo, que nos tenemos que despedir de esta aproximación, que largo tiempo y sin necesidad ha mantenido ocupada a la dogmática alemana. […] Lo decisivo no es «qué lugar ocupan las *condictiones* de prestación en el Derecho del enriquecimiento», sino qué función les corresponde en el sistema de Derecho privado. […] Esas preguntas no encuentran propiamente una respuesta específica en el enriquecimiento, sino que lo hacen en las reglas y valoraciones del Derecho de obligaciones» [traducción propia]).

[15] Arts. 1352 a 1352-9 CCfr.

unitaria, con independencia de la causa que la patrocine. Y es que no vale con decir que el Derecho de la restitución contractual avanza hacia (o se explica mejor desde) un modelo unitario. Es necesario, al tiempo, dotar a la restitución contractual de una estructura dogmática capaz de sostener esa afirmación.

A semejante empresa ayudará la idea central según la cual la restitución contractual persigue la recuperación del *status quo ante* de manera autónoma y neutra. Esta idea se desarrollará dogmáticamente en el Capítulo 6 y será el hilo conductor de la construcción de la Parte tercera del libro, esto es, de la estructura de la restitución contractual en Derecho español.. Mediante ella, se llenarán de sentido material las preguntas con las que he comenzado esta introducción. Que la restitución contractual es autónoma significa que no tiene que ver con la causa que patrocinó el fracaso del contrato (nulidad, rescisión, resolución); que la restitución contractual es neutra significa que su resultado no viene determinado por el grado de responsabilidad de las partes en el fracaso del contrato.

Después de todo, es la neutralidad la que permite diferenciar cumplidamente la restitución derivada de la desvinculación contractual de instituciones como la indemnización de daños por interés negativo o del enriquecimiento injustificado. Porque el objetivo de la restitución no es el de reparar ningún daño que el fracaso del contrato haya podido irrogar a alguna de las partes –para eso existen otros remedios–; tampoco el de corregir enriquecimientos injustificados. Antes bien, su desenvolvimiento debe ser lo más neutro posible e ignorar la eventual buena o mala fe de las partes; lo contrario echaría por tierra el sistema restitutorio del Código y destruiría el principio de reciprocidad que informa la restitución [16]. Y es que, en nuestro sistema, las atribuciones derivadas de contratos nulos o resueltos se vehiculan a través de las normas del Derecho de contratos (y no del enriquecimiento) [17]. La cuestión es, entonces, llenarlas de sentido material ante los eventos que se pueden suceder.

10. En esa «vuelta atrás del contrato», el funcionamiento neutro y recíproco de la restitución contractual se ve comprometido, cuando las prestaciones intercambiadas no pueden devolverse *in natura*, en un supraconcepto que he denominado como «alteraciones restitutorias». Esta cuestión presenta un interés primario en los contratos traslativos del dominio, como la compraventa, y requiere de una estructura dogmática que dé soporte a la regla general: si no se puede restituir en especie, se restituye el valor. Con todo, la restitución del valor tiene sus excepciones, fundamentalmente en caso de menores, perso-

[16] Contundente, en este sentido, al estudiar el sistema de liquidación para el contrato nulo o anulado, Basozabal Arrue, 1998, p. 214.

[17] En este sentido, criticando la PAPDC, García Rubio, 2017, sec. 3.3.

nas con discapacidad y consumidores en el desistimiento; y lo mismo ocurre cuando la causa de pérdida de la cosa sea imputable al acreedor de la restitución. También requiere de un tratamiento particular la desvinculación de contratos de cesión de uso, como el arrendamiento, o de servicios, pues su reciprocidad es distinta. Esa reciprocidad restitutoria se destruye legalmente, en fin, cuando el contrato vino patrocinado por una causa ilícita, en un sistema (el del art. 1306 CC) que carece de una explicación dogmática satisfactoria. Se trata, en todos estos casos, de puntos calientes de la restitución contractual, de los que me ocuparé en el Capítulo 7, sobre alteraciones restitutorias. En él, abordaré igualmente si la restitución contractual tiene o no carácter dispositivo para las partes.

11. Íntimamente ligada a las alteraciones restitutorias está la relación entre la restitución contractual y la transmisión de la propiedad. Los principales problemas materiales aluden a los efectos retroactivos de la restitución y, sobre todo, al papel de los terceros que, en su caso, adquieran la cosa que se debe restituir (Capítulo 8). El Derecho español se cierra con las pretensiones secundarias de restitución (frutos, intereses y mejoras), con las cuales se puede cerrar la estructura de la restitución contractual (Capítulo 9).

12. Hay un dicho, relativamente extendido entre los profesores franceses y latinoamericanos, según el cual la restitución derivada de la desvinculación del contrato es una de las materias más aburridas y tediosas de explicar («*l'un des moments les plus sûrs d'ennui pour l'auditoire*») [18]. Yo creo que no es así. Y lo creí firmemente desde que el Prof. Dr. h. c. Morales Moreno me propuso por primera vez escribir una tesis doctoral sobre este tema, allá por el mes de noviembre de 2016, en el marco del grupo de investigación que dirige con la Prof.ª Dra. Fenoy Picón, en la Universidad Autónoma de Madrid.

13. Hasta la redacción final de este manuscrito no he hecho sino afianzar el convencimiento de que la restitución contractual es una materia de indudable interés práctico y que plantea numerosos retos intelectuales para el jurista. Desgraciadamente, siempre con la inevitable sospecha de que algo se queda en el tintero; y de que no he sido capaz de abordar la materia en toda su extensión. Sea de ello lo que fuere, un humilde propósito de este trabajo se cumplirá, si consigo convencer a quien se acerque a este libro de que la restitución contractual no es la pesada institución que se suele creer. Y el acierto o desacierto de este estudio, júzguelo el lector.

---

[18] Bénabent, A., *Revue des contrats*, 2008, p. 15; Momberg Uribe y Pizarro Wilson, *Ius et Praxis*, 2018, pp. 330 y 332.

PARTE PRIMERA

LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL COMO FENÓMENO HISTÓRICO

CAPÍTULO 1

LAS BASES HISTÓRICAS DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL

I. INTRODUCCIÓN

Uno puede preguntarse: ¿por qué y para qué *otro* capítulo histórico? En el caso de la restitución contractual un estudio histórico se antoja insoslayable. Un vistazo a las fuentes históricas arroja una enorme confusión. Con frecuencia se empleaban los giros «rescisión», «nulidad», «anulación» o «resolución», sin que a estos los acompañase ni el significado ni la riqueza de matices que llevan hoy aparejados. Aun así, en el terreno de las consecuencias, todos ellos presentaban un efecto muy concreto: la *restitución de las prestaciones*.

Desde el Derecho romano clásico, una institución sobresale: la «*in integrum restitutio*» («*i. i. r.*») como expresión del Derecho pretorio que permitía dar término a contratos inicialmente válidos y recuperar el *status quo ante* a la celebración de ese contrato. La *i. i. r.* era una acción de contenido y contornos propios que fue perdiendo su transcendencia jurídica. Con el tiempo, la *i. i. r.* se mezcló, primero, con la acción rescisoria de los contratos y, más adelante, con las acciones de nulidad o anulabilidad de estos, hasta quedar casi borrada, como institución en sentido técnico, de los códigos civiles. Pero eso no significa que la expresión «*in integrum restitutio*» –quizás por su potencia evocadora– se perdiera y que las fuentes no extendieran de un modo atécnico su significado, incluso durante la etapa romana clásica. Esta tendencia prosiguió, con mayor o menor intensidad, hasta la codificación en el s. XIX.

Como trataré de explicar, las bases históricas de la restitución contractual se aglutinan en torno a una idea de *restitutio in integrum* recíproca que,

entendida de manera no técnica –no como una acción particular, sino como una consecuencia amplia–, cubría cualquier supuesto de restitución contractual por desvinculación.

No existe, que me conste, un estudio historiográfico en lengua castellana de la *restitutio* contractual del que extraer conclusiones para una construcción dogmática moderna [1]. A nivel europeo, sobresale el monumental trabajo de Phillip Hellwege [2], que no es del todo completo [3]. El estudio que me propongo tomará por base los textos más relevantes de cada período histórico, centrándome objetivamente en lo que cada texto dice. Esto significa que no pretendo estudiar la restitución por desvinculación como si se tratara de una cuestión temporalmente inmutable, mantenida en todas las épocas. Antes bien, el enfoque historiográfico a desarrollar es uno con el que extraer del pasado y de la objetividad de sus textos aquella(s) idea(s) que han estado siempre presentes y a partir de las cuales se pueden llenar de significado y abordar los problemas actuales [4].

II. DERECHO ROMANO

El Derecho romano clásico no conoció una sistematización precisa de lo que hoy se conoce como «ineficacia del contrato» y las distintas categorías ligadas a la desvinculación (nulidad radical, anulabilidad, resolución o revocación) [5]. Se trataba de un Derecho eminentemente práctico. Que esto fuera así no significa que las fuentes romanas no ofreciesen mecanismos de liquidación del contrato en aquellos supuestos en los que tenía lugar una desvinculación. Aparece aquí la *i. i. r.*, como acción destinada a liquidar los efectos del contrato en cuya celebración habían intervenido determinadas

[1] En España, la *restitutio in integrum* ha sido objeto de una doble valoración. Como acción propia del Derecho romano pretorio, ha sido relegada al campo de estudio exclusivo de la doctrina romanística, como institución «muerta», y de la que ya no cabe arrancar conclusión útil alguna. Como noción o principio explicativo de la restitución contractual, la idea de «*restitutio in integrum*» se ha asociado fundamentalmente a la nulidad del contrato y, dentro de esta, no ha trascendido de la mera explicación anecdótica. Ambas cuestiones se examinan en el Capítulo 6.

[2] *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, 2004. El autor ofrece un ambicioso intento dogmático de reconstrucción *unitaria* de la restitución en los contratos sinalagmáticos desde una perspectiva histórica y iuscomparatista, cuyo eje principal es la *restitutio in integrum* romana.

[3] Hellwege se centra en el Derecho romano, el Derecho romano-holandés, el Derecho alemán de los siglos XVIII y XIX, así como el Derecho inglés y escocés de ambas centurias. Una propuesta similar, bien que de mucho menos alcance histórico, es el trabajo de BARGELLI, 2010, pp. 55-127.

[4] SKINNER, *History and Theory*, vol. 8, 1, 1969, pp. 3-53.

[5] BENÖHR, *AcP*, 1976, p. 247; KASER, *ZRG*, 1977, p. 108; KUPISCH, 1974, pp. 8-11, 120.

circunstancias. La *i. i. r.* era, principalmente, una *acción* y *no una consecuencia*. Por esta razón, su estudio exige guardar los anteojos del jurista moderno [6]. Otra cosa es que, además de una acción, la expresión *restitutio in integrum* se emplease, ya en las fuentes clásicas, como descripción atécnica de las consecuencias subsiguientes al fracaso del contrato (como la acción redhibitoria). Para el estudio del Derecho romano, me serviré de las fuentes clásicas y postclásicas más relevantes [7], así como de las principales aportaciones de los romanistas.

1. *In integrum restitutio*

La *i. i. r.* designaba una acción de derecho pretorio que, en la Roma clásica, permitía el restablecimiento de un estado de cosas anterior al de la celebración del contrato que se impugnaba [8]. Las fuentes romanas contienen referencias a la *i. i. r.* con distinto nivel de tecnicismo. En muchos casos, la expresión «*in integrum restitutio*» se corresponde con la propia acción pretoria en casos de minoría de edad, violencia o dolo. Esta acción permitía neutralizar los efectos del contrato en cuestión mediante recursos muy variados, con los que se reponían las cosas al estado existente antes de su celebración (*status quo ante*) [9]. Junto a esta acepción amplia de la *i. i. r.*, convive otra algo más reducida y que hace referencia exclusivamente al proceso de liquidación de los contratos traslativos de la propiedad mediante la devolución de lo entregado. Semejante devolución alude simplemente a una consecuencia con la que recolocar las cosas en el estado en que se encontraban antes del intercambio de las prestaciones. El empleo de la acepción de la «*restitutio in integrum*» se extiende a contextos donde no tenía propiamente lugar una *i. i. r.*, como acción. El mejor ejemplo es la acción redhibitoria. Esta segunda acepción es la más importante para este estudio historiográfico.

---

[6] Por eso, no ayuda demasiado preguntarse si la *in integrum restitutio* es la «progenitora» de las actuales acciones de anulación o si, más bien, lo es de las de rescisión, como hacen Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, p. 4.

[7] Las transcripciones en latín de estas se presentan con traducción propia y tomando como referencia la obra de García del Corral, *Cuerpo de Derecho civil romano. A doble texto, traducido al castelano del latino*, vol. II, 1892. También se ha consultado la versión traducida posterior de D'Ors Pérez-Peix, Hernández-Tejero Jorge, García Garrido y Burillo Loshuertos, *El Digesto de Justiniano. Versión castellana*, 1968.

[8] Es la definición de la primera edición del manual de consulta Kaser, 1960, p. 44.

[9] Véase Kaser y Hackl, 1996, p. 421.

1.1 Causas de la *restitutio in integrum*

En las fuentes se alude fundamentalmente a la *in integrum restitutio* ante dos tipos de *actiones arbitrarias* [10], la *actio quod metus causa* (D. 4,2) y la *actio de dolo* D. 4,3); también ante la minoría de veinticinco años (D. 4,4) [11].

Se habla de una *restitutio in integrum* por causa de miedo, habitualmente vinculada a la *actio quod metus causa* [12]. Se trataba de una acción encaminada a invalidar aquello realizado por causa de miedo o violencia [13]. Al tratarse de una acción arbitraria, habiendo concluido el magistrado que la transmisión patrimonial tuvo lugar como consecuencia de una amenaza suficiente, este pronunciaba una resolución interlocutoria, que imponía al demandado a devolver la cosa *in natura*. A través de la *actio quod metus causa*, se podía conseguir una restitución integral (*restitutio in integrum*) [14], que solo se transformaba en una condena punitiva, por el cuádruplo, si el obligado a la restitución se negaba a realizarla [15].

La *actio de dolo* constituyó también una creación del pretor en aquellos casos en que una de las partes había sufrido un engaño malicioso a merced de la otra, toda vez que el *ius civile* consideraba el negocio como válido [16]. Al igual que la *actio quod metus*, se trataba de una acción arbitraria que permitía al ma-

---

[10] Acciones en las que la satisfacción del demandante quedaba al arbitrio del juez estimar, según lo bueno y lo equitativo, conforme a la naturaleza del asunto tratado, cómo debía satisfacerse al actor; lo que en muchos casos se obtenía a través de la restitución (véase I. 4. 6. 31).

[11] De menor importancia son la *in integrum restitutio* por *capitis deminutio* (D. 4,5), por *absentia rei publicase causa* (D. 4,6), por *alienatio iudicii mutandi causa facta* (D. 4,7), por *fraus creditorum* (D. 42,8,1, pr.), o por *falsus tutor* (D. 27,6,1,1). No me ocuparé de ninguna de ellas en esta exposición. Respecto a la *i. i. r.* por ausencia, puede verse el trabajo de Ricard Martí, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 2007, pp. 409 y ss., y 421 y ss.

[12] Esta acción se insertaba dentro del contexto histórico de miedo e inseguridad experimentado en las provincias durante los últimos cien años de la República romana; véase Benöhr, *AcP*, 1976, pp. 253-254; Kaser, 1977, pp. 120-121; Zimmermann, 1996, pp. 651-653.

[13] Véase D. 4,2,1 (*Ulpianus libro XI. ad Edictum*): *«Ait Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo»*.

[14] Honsell, Mayer-Maly y Selb, 1987, pp. 126-127.

[15] Así se dice expresamente al final de D. 4,2,14,3 y se recalca en D. 4,2,14,4. También en D. 4,2,14,10, donde se indica que en la condena al cuádruplo va incluida la cosa (y su valor). Al respecto, en general, véase Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, pp. 71-72. En efecto, se dice que, además, la *actio quod metus* era una acción sancionadora. Si el demandado se aquietaba y cumplía con la restitución, se dictaba sentencia final exculpatoria; si no lo hacía, se le condenaba a indemnizar por el cuádruplo del valor de la cosa. Sobre el funcionamiento entre la *facultas restituendi* y la *condemnatio in quadruplum*, véase Calore, 2011, pp. 263 y ss., y 278 y ss.; Gaulhofer, 2019, pp. 201-224. La condena punitiva al demandado por el cuádruplo no era, sin embargo, el principal objetivo, que más bien se habría planteado como incentivo al demandado para incentivar la restitución; en este sentido, Kaser, 1977, p. 115. En definitiva, la condena por el cuádruplo tenía como presupuesto la falta de restitución integral: Calore, 2011, pp. 292-298.

[16] Véase D. 4,3,1., donde Ulpiano describe la *actio de dolo* como una acción ideada contra falaces y dolosos para que a estos no les fuese lucrativa su malicia, ni a los afectados perjudicial su sencillez.

gistrado imponer, antes de la sentencia, la restitución integral [17]. La no restitución traía como consecuencia la condena en cuanto al valor de la cosa [18]. Aunque se ha dudado sobre si la *actio de dolo* posibilitaba realmente una restitución integral [19], parece probable que así fuera [20].

La *i. i. r.* era también un mecanismo de protección al menor de veinticinco años [21] frente a negocios perjudiciales [22]. En esos casos, se le concedía el restablecimiento al estado anterior al de la celebración del contrato [23].

En fin, existía igualmente la posibilidad de ejercitar una *i. i. r.* pretoria [24], en los casos (romanos) de error [25] (a pesar de que las consecuen-

---

[17] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 70; Zimmermann, 1996, p. 664.

[18] D. 4,3,18 *(Paulus Libro XI. ad Edictum)*. Sobre este pasaje véase, *infra,* 1.5 (c).

[19] Sobre todo, Wacke, *ZRG*, 1971, pp. 114-135. Este autor, a partir de un estudio de diversas fuentes romanas clásicas y posclásicas analiza las consecuencias jurídicas que el Derecho romano aparejaba al dolo, con especial referencia a la estafa procesal. Llega a la conclusión de que el carácter penal de la acción de dolo, unido a la infamia que proyectaba sobre el actor condenado, no casarían bien con una restitución a cargo de aquel. Y, en particular, duda que el ámbito de aplicación de la *restitutio in integrum* se pueda corresponder con el de la *actio de dolo*, pues la primera solo habría estado diseñada para determinados tipos de acciones a las que se limitaría. El segundo argumento que *Wacke* encuentra frente al reconocimiento de la *actio de dolo* como *restitutio in integrum* se refiere a los textos que consulta habrían excluido la restitución por entero en supuestos de manumisión de esclavos donde intervenía dolo.

[20] Kupisch, 1974, pp. 250-254. Véase, también Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 73.

[21] La mayoría y la minoría de edad («*pubertas*» e «*impubertas*») en Roma requiere una precisión. La mayoría se situaba normalmente a partir del decimocuarto año de vida. Dentro de los menores se distinguía entre los «*infantes*» o niños pequeños que no superaban los siete años, y los «*impuberes infantia maiores*». A los primeros no se les reconocía capacidad alguna, mientras que los segundos podían hacerlo con la autorización de su tutor. La progresiva complicación del tráfico jurídico condujo a que se establecieran instrumentos de protección adicional a los *púberes*; lo que se articuló a través de una *lex Laetoria* hacia el año 200 a. C. que, de facto, contribuyó a crear una nueva franja de edad: la de los menores de veinticinco años (o, simplemente, «*minores*»). La protección de esta ley se tradujo inicialmente en una serie de multas contra quienes se aprovechaban de los menores. Más tarde y al calor de esta legislación, el pretor recogió en el edicto una serie de beneficios a favor de los menores en la contratación. El primero consistía en una excepción a favor del menor frente a las acciones contra él dirigidas, a saber, la *excepcio legis Laetoriae*; al lado de ella se reconocía una acción tendente a reponer las cosas al estado anterior al del contrato, cuando este había resultado perjudicial al menor: la *restitutio in integrum*. Véase Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, pp. 96-97,

[22] Se trataba de un auxilio pretorio basado en la inexperiencia de estos y en la amenaza latente del engaño a que se enfrentaban. Así en D. 4. 4. 6.: *«A los menores de veinticinco años se les auxilia con la restitución integral, no solo cuando se disminuye alguna cosa de sus bienes, sino también cuando les interese no ser vejados con pleitos y gastos».*

[23] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, pp. 98, 474; Thomas, 1976, p. 113.

[24] Que hubo una *restitutio in integrum* por error se aprecia ya en Rabel, 1915, párr. 109. Más recientemente, así lo entiende, Scott, 2013, p. 36.

[25] Los juristas romanos hablaban de error en casos que hoy llamaríamos de disenso. Por eso, no puede decirse que la concepción del error fuera idéntica a la que se maneja hoy y que, por influencia de la pandectística, establece una vinculación estrecha entre error y declaración de voluntad. Véase Honsell,

cias del error podían ser muy variadas [26]). Algunos textos dan cuenta de ello [27].

1.2 La validez del negocio sobre el que actuaba la *restitutio in integrum*

La *i. i. r.* romana se proyectaba sobre contratos válidos desde el punto de vista del *ius civile* [28], pero que se «rescindían» por intervención del pretor. En Derecho romano clásico, las causas de la *i. i. r.* no se conectaban con lo que hoy se conoce como «nulidad», porque los romanos no desarrollaron una teoría afinada sobre la ineficacia de los negocios [29]. Por eso, de la época clásica no puede extraerse demasiado sentido de expresiones como «*nullum*», «*invali-*

Mayer-Maly y Selb, 1987, p. 119; Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 67; Morales Moreno, 1988, p. 23; Zimmermann, 1996, pp. 587-588.

[26] En ocasiones, las fuentes vinculaban el error directamente con una especie de nulidad. Aquí se inserta la sentencia «*errantis nulla voluntas est*» (cfr., D. 39,3,20). No obstante, parece que su alcance era más bien limitado, y no se convirtió en regla general; véase Kaser, 1971, vol. I, p. 241; Morales Moreno, 1988, pp. 18, 23. Más recientemente, Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 69. Otras veces, las consecuencias del error se canalizaban mediante las acciones edilicias contra los vicios redhibitorios; véase *ibid.*, p. 68.

También cabía una indemnización del *id quod interest*, Morales Moreno, 1988, pp. 26-27.

[27] Por ejemplo, al inicio del libro sobre la *restitutio in integrum*, en D. 4,1,1 (*Ulpianus libro XL. Ad Edictum*) se indica que, mediante la *restitutio in integrum*, el pretor socorre de muchas maneras a los hombres –entre otros– en caso de error («*vel lapsis*»). Asimismo, en D. 4,1,2 (*Paulus libro I. Sententiarum*) se vincula también la *restitutio* con el error («*aus iustum errorem*»). Y, más claramente, en los casos en que un falso tutor intervenía en la celebración del negocio, interviniendo el pretor para evitar el engaño de los contratantes (D. 27,6,1 pr., *Ulpianus libro XII, ad Edictum*). En esta constelación se indica que la intervención del pretor permitía considerar válido el negocio (D. 27,6,1,5: «*tunc enim valebit per Praetoris tuitionem, non ipso iure*»). Ignorando el demandante la falsedad del tutor, el pretor concedía entonces la *restitutio in integrum*, pero solo a ese y no al que lo sabía, pues en ese caso él era responsable de su engañó («*ait Praetor: si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem. Scienti non subvenit; merito, quoniam ipse decepit*»). Este último fragmento tiene un significado marcadamente procesal, es decir, la restitución integral se habría concedido al demandante frente a la *litis contestatio*, cuando accionaba contra un menor y designaba un falso tutor. Es decir, en aquella parte del proceso formulario donde quedaban fijados los límites de la controversia para demandante y demandado, constituyéndose una relación meramente procesal. En este sentido actuaría también el texto de las Instituciones de Gayo, 4, 53, que rechaza la concesión de la *restitutio in integrum* pretoria a aquel que comete pluspetición en su pretensión. Véase Kaser, 1971, p. 242; y, con mayor amplitud, Savigny, 1848, pp. 197-198. Del anterior fragmento de las Instituciones puede extraerse una idea general importante: la restitución integral por error presuponía un contrato válido y se hacía depender de que este no fuera imputable a quien lo sufría. Por ejemplo, en D. 18,1,4 se considera que hay contrato de compra (que no es nulo) cuando se compra un hombre libre por un esclavo, si el que compra ignoraba esta condición (que no era esclavo).

[28] El *ius civile* era el Derecho por excelencia, formado por las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, así como las interpretaciones de los juristas (D. 1,1,7 pr). El Derecho civilizado, basado en la autoridad de la jurisprudencia en sí, con formas e instituciones que se consideraban válidas para todos los pueblos relacionados con Roma. Véase D'Ors Pérez-Peix, 1986, pp. 31 y ss., y 57 y ss.

[29] Véase, en este sentido, Coing, 1985, p. 413; Hartkamp, 1971, p. 73; Kaser, 1971, p. 246; 1977, p. 154; Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 74; Kupisch, 1974, pp. 8-9. También, Zimmermann, 1996, p. 679.

dum», «*inutile*», «*imperfectum*» o «*infectum*»[30]. Lo más que se puede extraer de ellas es que el contrato no era vinculante para las partes; que no obligaba[31]; que no *desplegaba* aquellos efectos que le eran propios[32].

Al lado del *ius civile*, el Derecho romano clásico conoció otro Derecho, de menor entidad, pero de suma importancia práctica: el *ius honorarium*[33]. Se correspondía con los edictos de pretores encargados de los litigios, así como los edictos de los ediles encargados del mercado. Era un Derecho que podía suplir o corregir el civil (D. 1,1,7,1) y a través del cual se introducían innovaciones por causa de utilidad pública[34]. La *i. i. r.* pertenecía al Derecho pretorio y no al civil.

Esto explica que los negocios sobre los que este remedio se podía proyectar no eran ni nulos ni inválidos, de acuerdo con las anteriores categorías. La *restitutio* proporcionaba una forma distinta de «ineficacia», basada en neutralizar los efectos prácticos del negocio válido. Esa validez se aprecia bien, por ejemplo, en el negocio celebrado bajo influjo de *metus*[35]. La romanística no discute que los negocios celebrados bajo esta causa fueran válidos *ex ius civile*; otra cosa es que se hiciese necesario eliminar sus efectos producidos mediante la *i. i. r.* del *ius honorarium*[36]. Estas consideraciones admiten generalizarse. El negocio sobre el que se proyectaba la *i. i. r.* era uno válido, pero que se deshacía, por razones de oportunidad, mediante el *imperium* del pretor[37]. Esto no estaba exento de importantes consecuencias prácticas. Al igual que con la *condictio*[38], la *i. i. r.* presuponía el traspaso de la propiedad al contratante. Por eso, era nece-

---

[30] Honsell, Mayer-Maly y Selb, 1987, p. 114; Kaser, 1971, p. 247.

[31] Así, por ejemplo, en D. 4,3,7 (*Ulpianus libro 11 ad Edictum*), se reproduce la opinión de Pomponio sobre la subsidiariedad de la *actio de dolo*. En este pasaje se advierte que a la subsidiariedad de la acción de dolo no se opone el parecer de Juliano, según el cual, si un menor de veinticinco años, engañado por su esclavo, hubiere vendido a este con su peculio, y el comprador lo hubiese manumitido, debe darse contra el esclavo la acción de dolo. A continuación, en ese pasaje se dice: «*Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex empto teneri non possit; aut nullam ese venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circunmscriptus est*». Es decir, que el comprador carece de dolo y que por eso está obligado por la compra y la venta no es nula. A contrario, del pasaje se extrae que la existencia de un vicio como el dolo en el contrato se asociaba con la nulidad, entendida como «no estar obligado»; pero nada más.

[32] Kaser, 1971, p. 247.

[33] No me corresponde ocuparme de esta cuestión. Me remito, para ello, a Kaser, *ZRG*, 1984, pp. 1-117. En castellano puede verse Fernández de Buján, *RJUAM*, 2000, pp. 25-30.

[34] Véase D'Ors Pérez-Peix, 1986, pp. 43-46; Fernández de Buján, *RJUAM*, 2000, pp. 28-29.

[35] En la época clásica se distinguen con nitidez dos líneas de pensamiento opuestas –una, encabezada por Paulo (sobre todo, en D. 4,2,21,5), que consideraba que el negocio celebrado bajo la influencia del miedo era válido, pues la voluntad, aunque viciada, había existido (*coactus volui*); la otra, encarnada por Ulpiano, se inclinó por la nulidad del negocio. Las Constituciones imperiales tardías se movieron en la línea de Paulo. Al respecto, véase Hartkamp, 1971, *passim*; Schulz, *ZRG*, 1922, *passim*.

[36] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 71; Thomas, 1976, p. 113.

[37] Sargenti, *BIDR*, 1966, pp. 243-244.

[38] Por todos, Pflüger, 1937, p. 7.

saria una intervención con efectos rescisorios y restitutorios [39]. Así se explica el sentido de la *i. i. r.*: las causas que justificaban la *i. i. r.* no viciaban directamente el negocio ni, por tanto, impedían el traspaso de la propiedad. De lo contrario, la *i. r. r.* habría sido superflua y hubiera bastado con la reivindicatoria [40], pues el demandado no tendría, en ese caso, «nada» más que la posesión [41].

1.3 La *causa iudicati* como explicación de la recuperación de la propiedad

La recuperación de la propiedad por parte del demandante de la *restitutio in integrum* se producía gracias a una nueva *causa traditionis* mediatizada por una sentencia dictada por el juez, en lo que se consideraba como una ficción [42]. Kaser alude aquí a la *causa iudicati* (la entrega de la cosa «por causa de lo juzgado»), que sitúa entre las tradiciones posibles [43]; lo hace a partir del final del pasaje de D. 6,2,3,1 para la *actio publiciana* [44].

La virtualidad de la sentencia como justa causa para la (re)tradición se conocía en otros contextos, como la adjudicación [45] o la adquisición de la herencia (D. 40,7,29,1) [46]. Que la *i. i. r.* determinaba una «retradición» de la cosa

---

[39] Sargenti, *BIDR*, 1966, pp. 259-260.

[40] Hartkamp, 1971, p. 76; Schulz, *ZRG*, 1922, p. 196.

[41] En este sentido, Wesel (*ZRG*, 1968, pp. 104, 169), refiriéndose a la restitución del pacto de *lex comisoria*, pero con vocación de generalidad en cuanto a sus conclusiones, considera que cualquier ejercicio que desactivase los efectos de la *iusta causa traditionis* tenía en Derecho romano efectos reales, proyectándose sobre la condición posesoria del comprador, que deja de ser propietario, y permitiendo una reivindicatoria del vendedor, que recupera la propiedad de la cosa con la ineficacia del título

[42] Véase Kaser, *ZRG*, 1977, pp. 138-139. También, Savigny, 1848, pp. 96-97.

[43] Kaser, *BIDR*, 1961, p. 86; Kaser, *ZRG*, 1977, n. 147.

[44] El caso que aborda el citado pasaje es el siguiente. En un litigio sobre la propiedad de una cosa, el demandado, que es derrotado, restituye voluntariamente aquella al demandante, a fin de evitar una condena pecuniaria. Si el demandante vencedor, que recupera la cosa, vuelve a perderla a manos de otro, tiene a disposición la acción publiciana, según este pasaje. Lógicamente esto solo se explica desde la óptica de que el demandante que salió victorioso del pleito lo hizo de forma injusta, pues no era realmente propietario. Con todo, esa posesión que obtuvo gracias a la sentencia queda protegida mediante la *actio publiciana*, la cual se concedía al poseedor *ad usucapionem* en tanto no hubiese consumado la usucapión; y la sentencia sería el título de posesión de cara a la usucapión (*iusta causa iudicati*). Como se ve, en este caso, la sentencia se erige como *iusta causa* para la usucapión; lo que advierte Pflüger, *ZRG*, 1922, p. 153. Nada se indica sobre su eventual virtualidad como *iusta causa traditionis*.

[45] Así en la *adiudicatio*: en los juicios divisorios, como la división de la cosa común, la partición de la herencia y el deslinde de fincas, el juez adjudicaba la propiedad de las cosas a cada uno de los intervinientes (a cada comunero, a cada vecino, a cada heredero). Por ello, se consideraba que la sentencia dictada por el magistrado poseía efecto constitutivo. Véase García Garrido, 1989, pp. 352-353.

[46] Véase Pflüger, *ZRG*, 1922, pp. 154-159.

La posible contradicción entre el fragmento sobre adquisición de la herencia (D. 40,7,291) y el contenido en D. 6,2,3,1 se ha salvado mediante el matiz de que un pasaje se referiría a la sentencia en el proceso formulario, mientras que D. 40,7,29,1 lo haría al procedimiento de las *legis actiones*.

con la intervención del juez se aprecia igualmente en algunos de sus pasajes [47]. De este modo, gracias a la *i. i. r.*, en la compraventa, el antiguo comprador actuaba como el vendedor, que «vendía» a cambio del precio que recuperaba [48]. Esta especie de compraventa invertida se puede apreciar, con menos intensidad, en otros fragmentos sobre la *i. i. r.* [49].

1.4 El atecnicismo de la *restitutio in integrum,* como noción

La explicación procesal de la *i. i. r.* no es un terreno pacífico entre la romanística [50]. Tradicionalmente se entendió que existían dos *i. i. r* [51]. De un lado, la pretoria, asociada a los *iudicia rescissoria*, que liquidaban el negocio celebrado y consistían en una fórmula ficticia, una vez el pretor comprobaba discrecionalmente [52] que había causa para ello (*causae cognitio*), es decir, que concurría una *iusta causa restitutionis* (*metus*, *dolo*, minoría de edad, entre otras). Junto a la restitución pretoria, se identificó otra *i. i. r.* judicial, concedida en el marco del proceso de las acciones arbitrarias que el juez podía adoptar

---

Conviene puntualizar, tal como informa Pflüger (*ZRG*, 1922, pp. 169-170), que la *causa iudicati* servía como justo título para adquirir la propiedad, pero solo la pretoria o bonitaria, de menor entidad; no alcanzando la propiedad civil o quiritaria, para la cual esta *iusta causa* solo habría permitido la usucapión. Ello debido a la duplicidad de procesos que se genera con la consolidación del procedimiento formulario a partir de la *lex Iuia legitimum iudicium*. A este respecto, véase, también, Salomone, 2007, p. 321.

[47] Así, en D. 4,2,9,7 (*Ulpianus libro XI ad Edictum*), para los casos de *metus*: «*restitutio talis facienda est, id est in integrum oficio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur*» («se ha de hacer tal restitución, de suerte que, si por fuerza se entregó una cosa, se devuelva»). Nótese que en la versión latina se usa la expresión «retradir».

[48] Lo explica, D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1979, n. 33.

[49] Uno de ellos, es D. 4,4,41 (*Iulianus Libro XLV Digestorum*). El pasaje trata sobre la venta de un fundo realizada por un menor que el juez ordena restituir por entero (*restitutio in integrum*) a cambio de que este devolviese también el precio cobrado al comprador. El pasaje continúa y plantea el supuesto en que el menor, por alguna razón, rehusase hacer uso de su derecho a recuperar el fundo. En ese caso, según Juliano, le correspondería una *exceptio utilis* frente al comprador que interesase la culminación de la restitución y, con ella, la recuperación de lo pagado; este último no podría, por sí mismo, reclamar la vuelta al estado inicial de las cosas. Esa excepción se le daba por *causa iudicati*, según el fragmento. Lo interesante de este fragmento es que, en su sentencia final, el comprador inicial pasa a ser denominado vendedor («*venditor*»). Esta repentina mutación en la denominación es explicada por *Kupisch* mediante una analogía con la compraventa. La pretensión del comprador del fundo de obtener de vuelta el precio pagado al menor equivaldría a la reclamación de pago del precio del vendedor, mientras que la negativa del menor a devolverlo lo haría analógicamente con la excepción redhibitoria que corresponde al comprador de una cosa con defectos; Kupisch, 1974, p. 119. Con dudas respecto a esta interpretación, Kaser, *ZRG*, 1977, n. 230.

La *causa iudicati*, como *iusta causa traditionis*, se aprecia igualmente en D. 4,4,9, pr. que ilustra el caso en que «*ex causa iudicati*» se hubieran vendido prendas del menor y luego se hubiere obtenido la restitución contra la sentencia.

[50] Véase Sargenti, *BIDR*, 1966, pp. 195-198.

[51] A este respecto, puede consultarse, Spaltestein, 1873, pp. 203-204; Thomas, 1976, p. 113; Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 474.

[52] Sobre la actuación del pretor discrecional véase Sargenti, *BIDR*, 1966, pp. 230-231.

antes de la sentencia definitiva. Como ejemplos de esta clase de restitución judicial se ha señalado a la restitución generada en el marco de la *actio quod metus causa* y la *actio de dolo* (por ejemplo a partir de D. 4,3,18).

La existencia de dos *i. i. r.* motivó la aparición de intentos de explicar su funcionamiento durante el período clásico, según los cuales primero habría habido una «condena pretoria» y luego otra judicial[53]. Frente a estas tesis, apareció otra, deudora de Kupisch, según la cual las acciones personales (judiciales) constituían –ya desde la época clásica– el medio más habitual para obtener directamente la *restitutio in integrum*, estuvieran o no contenidas en el edicto[54]. Es decir, que la *i. i. i. r.* judicial y pretoria eran lo mismo. Kupisch[55] advierte que los juristas romanos no utilizaban la expresión *restitutio in integrum* de una manera técnicamente precisa, lo que explicaría la confusión generada. La novedad en Kupisch estaba en proponer que las solas acciones *quod metus causa* o de dolo daban lugar a una misma restitución integral[56].

La formulación de Kupisch se consideró correcta por los estudios posteriores[57], principalmente para el *metus* y el dolo: ambas acciones (concedidas por el juez) se correspondían ya con la *i. i. r.*[58]. Donde la absoluta equiparación entre *i. i. r.* judicial y pretoria se tambalea más era en el caso de los menores de veinticinco años. Aquí se inserta la crítica lanzada por d'Ors, quien rechaza la existencia de una restitución judicial a favor del menor, como acción personal[59].

---

[53] Destaca aquí, sobre todo, Levy, *ZRG*, 1951, pp. 362-367. Muy en resumen, para este autor, el decreto por el cual el pretor ordenaba la restitución constituía un «título» que autorizaba al demandante a llevar a cabo la restitución, que pasaba a ser «cosa suya» ¿Cómo conseguía el acreedor de la tutela pretoria la restitución de su derecho? Acudiendo al juez e interponiendo una demanda en la que concretase –ahora sí– las prestaciones a restituírsele.

Véase, más recientemente, Gaulhofer, 2019, pp. 262-263. La sentencia del juez se necesitaría, según este, para adaptar que la decisión del pretor tuviese efectos en el plano del *ius civile*.

[54] Tanto en caso de *metus*, como de dolo, Kupisch, 1974, pp. 239 y ss. Solicitada la restitución integral por la víctima (por ejemplo, del *metus*), el pretor se limitaba a decidir si concedía o no la acción, correspondiendo al juez examinar la existencia de una causa para la restitución y, con ello, ordenar la devolución recíproca de las prestaciones y la reposición de las cosas al estado inicial. El juez sería en última instancia el encargado de llevar a cabo todas aquellas actuaciones necesarias, a fin de que el demandado reintegrara por completo el estado físico y jurídico anterior al hecho.

[55] Kupisch, 1974, pp. 10-13, 67-78, 96-122.

[56] Se aprecia esta misma orientación, mucho antes, y con menos desarrollo, en Jhering, 1860, párr. 102.

[57] Véase, en este sentido, Kaser, *ZRG*, 1977, *passim*; Kaser y Hackl, 1996, p. 424; Zimmermann, 1996, pp. 651-652.

[58] Hellwege, 2004, p. 412. Conforme con Kupisch, respecto de la *actio quod metus*, D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1981, pp. 224-230, 287-290. También parece asumir esta dirección, al fundamentar ampliamente que la propia *actio quod metus causa* ya presentaba una cláusula restitutoria, Calore, 2011, pp. 267-298.

[59] Véase D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1979, pp. 297 y ss. La intervención del *iudex* o arbitrio judicial en la restitución del menor no respondería, a juicio de *d'Ors*, a una acción personal independiente, sino a un segundo estadio dentro del mismo procedimiento de restitución pretoria, que sería siempre posterior al decreto del pretor –que decide sobre la *restitutio* como acción o como excepción– y al que daría cumplimiento, para el caso en que el demandado no restituyese voluntariamente la propiedad de lo recibido.

La construcción de Kupisch se apoyaba en numerosos pasajes de las fuentes romanas donde –como reconoció– se empleaba el giro «*in integrum restitutio*» también en presencia del juez (y no del pretor) (por ejemplo, en las acciones edilicias). Esta utilización de la expresión «*in integrum restitutio*» no encerraba siempre el mismo nivel de tecnicismo. Los fragmentos se refieren con frecuencia a la *restitutio in integrum* como supraconcepto definitorio de cualquier actuación tendente a recuperar el *status quo ante* [60]. Es decir, de manera atécnica. Por eso, muchas veces, el empleo de la expresión aludía simplemente a una consecuencia: la devolución de la cosa a cambio del precio, es decir, la restitución de las prestaciones. Pero sin que ello significase que *restitutio in integrum* y la acción en cuestión fueran lo mismo, como pretendía Kupisch.

La crítica a Kupisch permite llegar a una conclusión interesante: la *restitutio in integrum* no se empleó siempre con el mismo rigor técnico; ni siquiera durante el período clásico [61]. Esta falta de tecnicismo, repárese, no se refiere a la *i. i. r.* como acción pretoria, sino al uso de la expresión «*restitutio in integrum*», a la hora de describir la *consecuencia* jurídica restitutoria de casos en los que el contrato dejaba de desplegar sus efectos. Puede decirse, entonces, que la teoría de Kupisch resulta correcta a partir de su crítica: no es que todas las fuentes del período clásico en las que se contienen las acciones judiciales de miedo, dolo o minoría de edad –así como las dedicadas a la redhibición, que trataré más adelante– fueran lo mismo que la *i. i. r.*, como acción (pretoria); sino que todas ellas –con independencia del sujeto de la acción (juez o pretor)– compartían un misma consecuencia: la restitución integral de las prestaciones. Por eso, el giro «*in integrum restitutio*», que utilizan, admite generalizarse en un sentido atécnico, volcado hacia el hecho restitutorio en sí, como consecuencia [62]; y que ya habría existido en el periodo clásico romano [63]. El atecnicismo de la *restitutio in integrum*, lejos de constituir un problema interpretativo, permite abordar la cuestión axial de la restitución contractual de las prestaciones en los casos de desvinculación, con independencia de la clase de acción –civil o pretoria– que precediese a aquella.

---

[60] Véase, para el caso del *metus* principalmente, Gaulhofer, 2019, pp. 303-343. Y para las acciones edilicias, D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1979, pp. 314-316.

[61] Se habla de un uso impreciso de la expresión «*restitutio in integrum*»: Gaulhofer, 2019, p. 259.

[62] Véase, refiriéndose a los casos de error y violencia, y para la reconfiguración del enriquecimiento que plantea en el Derecho sudafricano, Scott, 2013, pp. 34, 86.

[63] A diferencia de lo que se suele entender: que el manejo atécnico de la *restitutio in integrum*, como mera consecuencia jurídica, no se da hasta el período postclásico, con la «muerte» de la acción de derecho pretorio. En este sentido, Cervenca, 1965, pp. 154 y ss.

1.5 La *RESTITUTIO IN INTEGRUM* como consecuencia

La *i. i. r.*, como acción pretoria, tenía un efecto «restitutorio», que se manifestaba de distintas formas.

(a) *Restitución integral y recíproca*

La consecuencia inmediata de la *i. i. r.* consistía en obligar al demandado a reponer el estado de cosas anterior al de la realización del hecho que provocó la restitución (*status quo ante*) [64]. Este ejercicio exigía, entre otras operaciones, una devolución de la(s) cosa(s) entregadas, con sus frutos [65].

> La restitución de las cosas entregadas se aprecia en D. 4,2,9,7 (*Ulpianus libro XI ad Edictum*) [66], para el *metus*: «*Ex hoc Edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum oficio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur, et de dolo, sicut dictum est, repromittatur, ne forte deterior res sit facta*» [67]»).

Que la restitución incluía los frutos se aprecia bien en D. 4,2,11, (*Ulpianus libro IV. Ad Edictum*) [68]. De hecho, no se consideraba realizada la restitución, si no se restituían a su vez los frutos [69].

---

[64] Sargenti, *BIDR*, 1966, p. 214.

[65] Hartkamp, 1971, p. 227; Kaser, 1968, pp. 6-7, 19; Levy, *ZRG*, 1951, p. 361. Sobre la restitución de frutos en la *restitutio in integrum*, von Petrażycki, 1895, p. 38.

[66] No obstante, hay quienes consideran que la mención a la *restitutio in integrum* aquí es producto de una interpolación, y que no es clásica: Cervenca, 1965, pp. 158-160. Con todo, hay buenos motivos para considerar que la expresión «*id est integrum*» como genuina, toda vez que la condena al cuádruplo solo habría jugado un papel, en caso de no restitución integral. En este sentido, ampliamente, véase Calore, 2011, pp. 270-273.

[67] *«De acuerdo con este Edicto, se ha de hacer la restitución, es decir, por entero, por ministerio del juez; de suerte que, si por fuerza se entregó una cosa, esta se reentregue; y que se dé, como se ha dicho, caución de dolo, por si la cosa se hubiere deteriorado»*. En este pasaje se advierte además cómo la *restitutio in integrum* se proyectaba no solo sobre las cosas transmitidas, sino también sobre otros negocios. En el mismo fragmento se dice que, si intervino una liberación por aceptilación, se debe restituir la obligación a su primitivo estado («*Et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio*»).

[68] «*Sed et partus ancillarum, et foetus pecorum, et fructus restituti et omnem causam oportet; nec solum eos, qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui, et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabid*» («se deben restituir también los partos de las esclavas, las crías del ganado, y los frutos, y cualquier otra cosa; y no solo los percibidos, sino también los podidos percibir y que por miedo no se obtuvieron, también eso se restituirá»). Esta extensión de la restitución da cuenta de sus contornos casi punitivos.

[69] Así se ve en D. 22,1,38,6 (*Paulus libro VI ad Plautium*) donde, al enumerar cuándo se comprenden los frutos en la acción personal, se indica, para la acción *quod metus causa*: «*Item si vi, metusve causa rem tradam, non aliter mihi restituisse videtur, quam si fructus mihi restituat, nec mora mea mihi aliqui aufert*».

La recuperación de la cosa por el demandante no se concebía sin la *recíproca restitución* del precio percibido por él, a fin de conjurar que el demandante en la *restitutio* quedara enriquecido; por eso, la recuperación del precio operaba con cierto automatismo, no siendo preciso que el comprador recurriese a la *exceptio doli* o a otra acción independiente [70]. Que la restitución se acometía bilateralmente, dentro del mismo procedimiento, parece fuera de toda duda, como se desprende de D. 4,4,41 [71], para la restitución a favor de los menores de veinticinco años; lo que se consolidó a lo largo de la época posclásica [72]. La devolución del precio por parte del comprador cobraba así todo su sentido, pues el objeto de la restitución no alcanzaba la simple transmisión de la propiedad (y la recuperación de la cosa por el vendedor inicial), sino que alcanzaba también la liquidación completa del negocio, con efectos retroactivos [73].

La reciprocidad restitutoria dentro de la *i. i. r.* se aprecia bien en D. 4,4,24,4 (*Paulus libro I. Sententiarum*), para la restitución a favor de los menores de veinticinco años:

> «*Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque in integrum ius suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo ius circumscriptus restituetur iubeat Praetor emtorem rfundum cum fructibus reddere et pretium recipere, nisi si tuc dederit, quum eum perditurum non ignoraret, sicuti facit in ca pecunir, quae ei consumturo creditor. Sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est; credere autem non est necesse. Nam etsi origo contractus ita constitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emtor damno afficiendus est*» [74].

En este fragmento se aprecia el resultado que se perseguía: la devolución recíproca de la cosa comprada a cambio del precio [75], de modo que ninguna

---

[70] Sobre todo, Kaser, *ZRG*, 1977, n. 135-138, 164, 166. En contra –es decir, inclinándose por sostener que el demandado podía oponer la *exceptio doli*, cuando el demandante reclamaba la restitución sin ofrecer a la vez la restitución de lo obtenido–, Levy, *ZRG*, 1951, p. 367.

Para la *restitutio* a favor del menor, Kupisch (1974, pp. 108-114) defendió la existencia de una acción independiente del demandado para recuperar el precio pagado, ajena al proceso arbitral de la acción rescisoria, y relegada a la previa recuperación de la cosa, por parte del menor. Véase, al respecto, la crítica que de ello hace D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1979, pp. 316-322.

[71] Se trata de un texto de Juliano al que me he referido *supra,* 1.3, para explicar la *causa iudicati*.

[72] Véase Felgentraeger, 1933, pp. 105-120.

[73] Kaser, *ZRG*, 1977, p. 162.

[74] «Sin embargo, la restitución se ha de hacer de tal modo, que cada uno recupere su derecho de modo íntegro. De este modo, si se restituyese la venta de un fundo, el pretor ordena que el comprador lo restituya con los frutos y recibe a cambio el precio que dio, a no ser que lo hubiese dado conociendo que lo había de perder, como sucede en el préstamo de dinero a consumir por el deudor. Pero en la venta se procede de modo distinto, porque se paga aquí una deuda que es necesario atender, no siendo necesario prestar el dinero. Por eso, aunque el contrato se anule, si fue pagado el precio, de ningún modo debe quedar perjudicado el comprador».

[75] D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1979, pp. 215-216; Hellwege, 2004, p. 411.

parte quedase perjudicada en la restitución. La restitución recíproca del precio en el mismo procedimiento en que se recuperaba la cosa –así como la dependencia del buen éxito de la segunda de la devolución del precio– se aconsejaba también por eminentes razones de índole práctica, como era la evitación de la duplicidad de procesos [76].

Semejante manera de operar acerca la lógica del proceso de restitución de las prestaciones –propio de la *i. i. r.*– a otros contornos restitutorios, como el de la *actio redhibitoria*. Además, la reciprocidad restitutoria permite descartar las tesis que consideraban al demandante de la restitución como un reivindicante [77].

(b) *Excepciones en el caso de los menores ante la pérdida de la cosa*

Las reglas romanas establecían una cierta mitigación de esa restitución integral y recíproca cuando se contrataba con menores. En tales supuestos, se reconocía que quien contrata con un menor asumía todo el riesgo de su elección contractual, cuando la cosa se perdía [78]. Un reparto de riesgos tan abrupto –y tan beneficioso para el menor– solo se explicaba a partir de los supuestos en los que una parte se aprovechaba de la inexperiencia o limitación de facultades del menor para celebrar con él un negocio contrario a sus intereses (irrogándole un perjuicio en forma de lesión) [79]. En este sentido, se presumía que los menores iban a prestar nula o escasa diligencia en el cuidado de los bienes que recibiesen en virtud del contrato [80].

---

[76] Refiriéndose al período postclásico, FELGENTRAEGER, 1933, p. 104; KASER, *ZRG*, 1977, p. 165.

[77] Véase KUPISCH, 1974, p. 165.

[78] Así se desprende de D. 4,4,27,1 para el caso en que el menor vendiere el fundo por menos precio que el que le conviene. El comprador queda obligado a devolver el fundo, con sus frutos, pero el menor vendedor solo se obliga a restituir el precio en la medida en que se hubiere enriquecido. Y no parece que existan muchos problemas en extraer de las fuentes el mismo privilegio para el menor, y el mismo desplazamiento del riesgo hacia su co-cocontratante, en caso en que este fuera el comprador de la cosa: solo restituye aquello que todavía siga en su patrimonio (véase HELLWEGE, 2004, pp. 423-424).

[79] Ya en D. 4,4,44 se deja claro que no todo lo que realiza –en ese caso– el menor es nulo, en sí, sino solo aquellos negocios donde el menor es engañado por otro que actúa con conocimiento de causa de su condición y se aprovecha. Más claro aún en C. 2,48,2.

[80] Concretamente, en D. 4,4,7,5, en un caso en que se plantea la posibilidad de que el menor rechace una herencia menos lucrativa, por haber sufrido engaño. Al proceder a la restitución de la herencia controvertida, el pasaje señala que el menor a quien se le auxilia, tiene que restituir la herencia, con los provechos que hubiere obtenido y siempre que esta no hubiese perecido, debido a su inexperiencia de edad («*nec perit per aetanis imbecillitatem*»).

(c) *Alteraciones en el proceso restitutorio*

La suerte de la restitución en caso de imposibilidad de devolución de la cosa no resulta del todo clara. Sabemos que en caso de *metus* se preveía el pago del cuádruplo del valor de la cosa (*poena cuadrupli*) a cargo del demandado, cuando no se restituía la cosa (D. 4,2,13,3). No obstante, la pena por el cuádruplo actuaba como incentivo y aseguramiento de la devolución de la cosa; y, según parece, se imponía cuando el demandado rehusaba de mala fe restituir el bien o lo distraía dolosamente [81]. Esta valoración ha llevado a inferir que, en los casos en que la imposibilidad de restitución no estaba patrocinada por dolo del demandado, este podía satisfacer el interés del demandante abonando el valor de la cosa, evitando así la condena al cuádruplo; posibilidad supeditada a la ponderación del juez o del pretor [82]. En este sentido, para el *metus*, la posibilidad de intercesión del pretor es reconocida por Ulpiano en D. 4,2,14,1 [83], concediéndose la posibilidad de restituir el valor en lugar de la cosa, para evitar la condena por el cuádruplo [84]. Todavía en el *metus*, es de destacar la distribución del riesgo restitutorio del Derecho romano clásico, diferenciando entre pérdida fortuita o culpable de la cosa a restituir (así como según el momento procesal) [85].

Por otro lado, la facultad de arbitrio del juez se observa en D. 4,3,18 pr. Este pasaje reconoce –para la *actio de dolo,* pero que se extendía al *metus*– la potestad del juez de conceder a su arbitrio la restitución del valor de la cosa [86]. Pero ello, solo si la cosa todavía se podía restituir. En los casos en que la pérdida de la cosa era definitiva en sentido físico, se imponía la obligación de resti-

---

[81] Véase Calore, 2011, pp. 263-267.

[82] Para la *actio de metus* y de *dolo*, Kaser, *ZRG*, 1977, pp. 132-135, 146-147.

[83] «*Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur. Quadruplabitur antem omne, quodeunque restitui oportuit. Satis clementer reo Praetor egis, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. Post annun vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita*» («Si alguno no restituyera, promete contra él acción por el cuádruplo. Pero se cuadruplicará todo canto debió restituirse. Con bastante clemencia procedió el Pretor con el reo, dándole la facultad de restituir, si quiere evitarse la pena. Mas, después del año, promete acción por el tanto, pero no siempre, sino con conocimiento de causa»).

[84] Calore, 2011, pp. 273-278.

[85] Se advierte en el largo fragmento de D. 4,2,14,11. En él se indica que *(i)* si el esclavo adquirido con *metus* falleció sin culpa o dolo malo del que empleó la fuerza (obligado a restituir) *después* de la sentencia, no hay restitución de su valor, sino solo condena penal por el triple (pues el valor del esclavo se comprendía en la condena *cuadrupli*; cfr. D. 4,2,14,10); y *(ii)* si eso mismo sucede *antes* de la sentencia, el obligado debe prestar caución, es decir, hay restitución también por su valor. De otro lado, en caso de fuga del esclavo *antes* o *después* de la sentencia, se producía restitución del valor, en cualquier caso.

[86] Todo indica que la potestad de arbitrio del juez se refería a valorar si la cosa se había perdido o no con culpa del demandado, a efectos de excluir o no la condena por el cuádruplo. Creo que la valoración por el juez de si había dolo en el demandado solía producirse en los casos en que la restitución se impedía o dificultaba como consecuencia de la reventa de la cosa entregada al demandante. En ellos, como se verá, no estaba del todo claro si podía prosperar la restitución, siendo de buena fe el tercer adquirente.

tuir el valor, a fin de dejar incólume al demandante, que de otro modo perdería la cosa y el valor económico ligado a ella. Es el caso de D. 4,3,18,1. Este segundo fragmento excluye expresamente el arbitrio del juez cuando es ya evidente que la cosa no puede restituirse («*si manifestum sit, restitui non posse*»). Se trataba de un caso de venta de un esclavo entregado con dolo malo. Es decir, donde la parte vendedora es víctima de un engaño para entregar dicho esclavo. Si el esclavo hubiere fallecido, se impone la condena en lo que interesare al demandante («*quod intersit actoris*»), lo que debe interpretarse como el valor que tuviere el esclavo. Adviértase que, en esta hipótesis, el comprador que recibió el esclavo y se benefició del dolo corre con el riesgo de pérdida del objeto del contrato, debiendo prestar su valor [87].

(d) *La acción contra terceros adquirentes*

El alcance frente a terceros de la restitución se presenta de manera recurrente en las fuentes sobre *i. i. r*. En la época clásica, se abogaba por ampliar la eficacia de la restitución incluso frente a terceros de buena fe. Un ejemplo es el (contradictorio) fragmento de D. 4,2,14,5, para el caso de una *restitutio* por causa de *metus*.

> El fragmento se refiere a un supuesto donde *(i)* una cosa vino a poder de un sujeto desconocedor de que Ticio había causado el miedo en la primera venta; y *(ii)* la cosa se pierde en poder de ese sujeto, sin culpa suya. Se pregunta si ese sujeto, al que podemos llamar tercero, debe de ser absuelto frente a la restitución. La respuesta se puede dividir en dos partes. En una primera parte, se contiene un argumento favorable a la absolución del tercero de buena fe que adquirió una cosa del que causó el miedo. Pero, acto seguido, en su comentario al mismo pasaje, Ulpiano defiende con vehemencia la solución contraria, a saber, que la restitución alcance también a dicho tercero. Se vale Ulpiano del potente argumento de que el miedo que uno causa no puede revertir después en utilidad del tercer adquirente posterior. Un sector de la romanística considera que la ampliación a terceros del alcance de la restitución constituiría una adición de la época posclásica [88]. Otro sector se decanta por la indudable autoridad de Ulpiano, y estima que el alcance de la acción frente a terceros no fue ninguna adición creativa de los compiladores, sino el resultado de una preferencia valorativa hacia quien padeció el miedo, que merece más protección; a ello se añadiría que la fórmula para la

[87] Esta obligación de restitución del valor en caso de pérdida física de la cosa y, por ende, la no imposición de la pena cuadrupli confirmaría la idea de que esta sanción por el cuádruple constituía un estímulo para que el demandado devolviese la cosa adquirida *cuando todavía existía como tal*, y no la transmitiese (pues en ese caso, solo un actuar no doloso le libraría de pagar cuatro veces su valor). Este estímulo desaparece, por hipótesis, en caso de destrucción de la cosa e imposibilidad de su devolución.

[88] SCHULZ, *ZRG*, 1922, p. 250.

acción era impersonal, es decir, no identificaba al demandado con el productor del miedo [89]. Para un tercer grupo, lo que se desprende de este fragmento es, más bien, que la acción por *metus* frente a terceros contaba tanto con partidarios como con detractores [90]. En cualquier caso, dando por buena la acción frente a terceros de buena fe, parece que estos accedieron ciertamente a un régimen más favorable que el primer contratante en cuanto al alcance de la restitución, pues solo se daría frente a ellos la acción en caso de poderse restituir la cosa [91], es decir, en la medida de su enriquecimiento [92]. Y en caso de pérdida de esta, su responsabilidad solo alcanzaría al dolo (frente a la restitución en caso de caso fortuito que compelía al primer contratante); y acompañada de un régimen más favorable de cauciones [93].

Igualmente –esta vez tratándose de la *i. i. r.* del menor– contamos con el testimonio de Ulpiano en D. 4,4,13,1, basado a su vez en la autoridad de Labeo y Pomponio. Según este pasaje, se permitía solicitar la restitución frente al tercer adquirente de la cosa, salvo que tercero desconociese que la cosa había pertenecido a un menor (buena fe), y el comprador inicial fuera solvente. En cambio, la restitución también alcanzaba al tercero, si el comprador inicial resultaba insolvente, aun siendo de buena fe el tercero [94].

Con lo expuesto, resulta posible afirmar que la *i. i. r.* tenía, como acción, efectos frente a terceros, ya en el período clásico [95], y que la extensión de esta se dosificaba en muchas ocasiones a partir de la buena fe del tercero o la insolvencia del primer adquirente.

2. La restitución en otros contextos restitutorios contractuales

Las fuentes romanas muestran otros contextos en los que se hacía necesaria una restitución de las prestaciones (acción redhibitoria, pacto de *lex commisoria*, y *addictio in diem*). Esta restitución se vinculaba, en la época clásica, a la *restitutio in integrum* en un sentido atécnico [96]; lo que concuerda, además,

---

[89] Hartkamp, 1971, pp. 211-218; 1974, p. 133. Le sigue, Peters, *ZRG*, 1973, p. 459.

[90] Kaser, *ZRG*, 1977, p. 129; Kupisch, 1974, pp. 200-210.

[91] D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1981, pp. 268-269.

[92] Peters, *ZRG*, 1973, p. 462.

[93] Hartkamp, 1971, pp. 222-226.

[94] La importancia de este fragmento ha sido entrecomillada por Kupisch (1974, pp. 67-69), para quien resulta dudoso que una solución así estuviese generalizada. A su entender, la caracterización de la *restitutio* como una *actio in pesonam* se antoja contraria a una generalización que, de facto, reforzaría sobremanera la protección del menor de edad.

Para Hartkamp (1974, p. 142) esta particularidad en la restitución del menor responde a la equidad con que el pretor podía decidir en el caso concreto, en función de las circunstancias.

[95] Hartkamp, 1974, pp. 132 y ss.; Kaser, 1975, p. 90, n. 46; Kupisch, 1974, pp. 176 y ss., y 199 y ss.

[96] Sargenti, *BIDR*, 1966, p. 226.

con que en ninguno de los tres casos la realización del evento que deshacía el contrato producía efectos reales automáticos [97].

2.1 La *actio redhibitoria*

La acción redhibitoria era una acción restitutoria [98] cuyo objeto era procurar la retroacción de las cosas al estado previo al de celebración del contrato [99]. La restitución, al igual que la compraventa, era recíproca o sinalagmática [100]. Quiere esto decir que, para ejercitar con efectividad esta acción, el comprador debía a su vez entregar la cosa recibida [101]. En este contexto, la reciprocidad restitutoria se mantenía hasta tal punto que, si el vendedor aceptaba la devolución de la cosa, pero se negaba a restituir el precio, no se ejercitaba la redhibitoria, sino una *actio in factum* especial (D. 21,1,31,17), similar a la acción civil propia de la compraventa.

Así entendida, la acción redhibitoria compartía unos mismos principios con la *i. i. r.* [102]. Acaso los dos mejores ejemplos de esta conexión vengan dados

---

[97] Flume, 1976, *FS-Max Kaser*, p. 327.

[98] Así se aprecia en D. 21,1,21 pr. donde se define «redhibir» como hacer que el vendedor recupere lo que hubiere tenido, mediante la devolución, que equivale a redhibición. D. 21,1,21 pr (*Ulpiano libro I ad Edictum Aedilium*): *«"Redhibere" est facere, ut ursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellate, quasi reditio».*

[99] Lederle, 1982, pp. 12, 30.

[100] D'Ors Pérez-Peix, 1997, párr. 497; Lederle, 1982, párr. 46-47.

[101] Kaser, *ZRG*, 1977, p. 165; Kupisch,1974, p. 109.

Wesel (*ZRG*, 1968, pp. 141-142, 149) de una manera un tanto extraña y defendiendo su tesis de la eficacia real *ex tunc* del pacto de *lex comisoria*, sostiene que la obligación de restitución en la acción redhibitoria no es bilateral o recíproca, sino unilateral. No habría, a su juicio, obligación alguna de parte del comprador de restituir a su vez la cosa comprada, en la medida en que la acción solo se orientaría a que aquel recupere el precio pagado por la cosa. No obstante, reconoce que la devolución de la cosa por el comprador es condición para que la acción prospere.

[102] Así, Honsell, Mayer-Maly y Selb, 1987, p. 317; Kaser, 1971, p. 559, n. 49; Spaltestein, 1873, pp. 13-14.

También, Wesel, *ZRG*, 1968, pp. 155-156, 159, 165. Hay que advertir que este último autor equipara los efectos entre la redhibición y la *restitutio in integrum* como argumento para su tesis consistente en que la sola redhibición provocaba efectos reales, es decir, terminaba con la propiedad (bonitaria) del comprador que la ejercitaba (véase *ibid.*, p. 169).

Véase, también y más recientemente, Hellwege, 2004, pp. 413-414; Thier, *HKK*, 2007, p. 2085. Para estos autores resulta evidente que *restitutio in integrum* y *actio redhibitoria* respondían, en Roma, a los mismos principios. La restitución –en cuanto a la reciprocidad y la extensión restitutoria– era la misma, aunque la acción empleada variase. Con todo, Thier (*HKK*, 2007, p. 2085, n. 66) parece albergar alguna duda sobre si las reglas de distribución del riesgo en la redhibitoria no habrían comportado una diferenciación con la *restitutio in integrum*.

en la opinión de Juliano en D. 21,1,23,7 (*Ulpianus libro I. ad Edictum Aedilium*) [103], y la de Paulo en D. 21,1,60 (*Paulus libro LXIX ad Edictum*) [104].

De ambos fragmentos, se extrae una conexión entre la *i. i. r.* en sentido genuino y la redhibición, en la medida en que se reponía la situación económica de los contratantes en la compraventa al momento precedente al de la conclusión del contrato [105]. En los dos pasajes la restitución redhibitoria era recíproca, alcanzando a ambos contratantes («*quodammodo in integrum restituere*») [106].

La referencia a la *restitutio in integrum* en ambos fragmentos no nos debe confundir. Ninguno hace referencia a la *i. i. r.* en el sentido más genuino (y procesal) del término (como acción). El «*in integrum*» simplemente informa del desenvolvimiento de esta restitución o, por mejor decir, los textos se remiten a una de sus principales consecuencias: la restitución recíproca y por entero, a fin de que las partes recuperen la posición que ostentaban antes de la venta. Se trataba simplemente de una explicación de cómo había de ser la restitución redhibitoria [107].

En ocasiones, la reciprocidad en la restitución se salvaguardaba con ayuda de una *actio in factum*; por ejemplo, cuando el vendedor aceptaba la devolución de la cosa, pero se negaba a restituir el precio, la *actio redhibitoria* dejaba de ser procedente, pues ya se había producido jurídicamente la redhibición; correspondía entonces recurrir a una *actio in factum* (D. 21,1,31,17) [108].

El paralelismo entre la redhibición y la *restitutio in integrum* es realmente más limitado de lo que parece extraerse de una primera lectura de las fuentes. Como anticipé, la resolución de la venta no daba lugar a una revocación *ipso iure* de la propiedad, con lo que sus efectos eran meramente obligacionales y se hacía necesaria una retransmisión de la propiedad, esto es, el efecto resolutorio era personal y no real [109]. Esto es coherente con la restitución propia de la *i. i. r.*, que he venido estudiando [110].

---

[103] «*Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere*» («Dice Juliano que en el juicio de la acción redhibitoria se deben restituir el uno y el otro por entero, es decir, el vendedor y el comprador»).

[104] «*Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessit*» («hecha la redhibición se tiene que restituir por entero, como si no hubiera mediado ni compra ni venta»).

[105] En este sentido, Amanti, *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2016, p. 21, n. 45; Zwirlein, *ZEuP*, 2018, pp. 570-571.

[106] De nuevo, D. 21,1,23,7: «*id est venditorem et emptorem*».

[107] D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1979, p. 314. En distinto sentido, Kupisch, 1974, p. 97.

[108] D'Ors Pérez-Peix, 1997, párr. 497, n. 3.

[109] *Ibid.*, párr. 461, 489.

[110] Por eso, no dejan de ser llamativas las aproximaciones que –partiendo de un paralelismo entre la *i. i. r.* y la *actio redhibitoria*– sostienen que la redhibición gozaba, con carácter general, de efectos reales,

2.2 El pacto de *lex commissoria*

No existe unanimidad acerca de consecuencias restitutorias que seguían a la aplicación de este pacto, cuando se habían intercambiado parte de las prestaciones; en particular, si sus efectos eran reales –de manera que la propiedad regresaba al vendedor automáticamente– u obligacionales, de manera que el vendedor podía reclamar la cosa de vuelta y el comprador la parte del precio que hubiera pagado [111].

Sin embargo, la cosa está relativamente clara. Los fragmentos de los cuales pudiera extraerse una eficacia real del pacto de *lex commissoria* son producto de interpolaciones [112]. Todo indica que el tratamiento de la cuestión por los juristas clásicos apuntaba hacia una desvinculación de tipo obligacional, patrocinada por la *actio venditi* con la que el vendedor podía recuperar la cosa entregada, como parte del cumplimiento del contrato [113]. Apuntan en esta dirección el texto de Ulpiano D. 18,3,4, pr. [114]; el hecho de que el vendedor tuviera derecho a recuperar los frutos de la cosa en la restitución [115]; y, finalmente, el texto en D. 18,1,6,1 (para un pacto de ley comisoria), donde se indica que, aunque quede como no comprado el fundo por incumplimiento, tiene lugar la acción de venta también para recuperar el inmueble y los frutos, pues no desaparecen todas las obligaciones propias del contrato [116]. Por tanto, la lógica aquí era la de una *restitutio in integrum* en sentido no técnico.

En el pacto de ley comisoria, la restitución se organizaba por medio de la acción de venta, es decir, por medio de una *actio venditi*, que posibilitaba la recuperación de la cosa vendida, con sus frutos, por parte del vendedor, en el marco de una restitución obligacional. En este contexto, la buena fe que inspiraba esta acción conducía a la reciprocidad restitutoria; la acción obligaba no solo a

---

es decir, que devolvía automáticamente al vendedor la propiedad de la cosa *ex tunc*, alcanzando la acción a terceros en la mayoría de las oportunidades. Véase Wesel, *ZRG*, 1968, pp. 141-159.

[111] Al respecto, Hellwege, 2004, pp. 405-406. Se muestran decididamente a favor de los efectos reales, Honsell, Mayer-Maly y Selb, 1987, pp. 320-321.

[112] Wieacker, 1932, pp. 66 y ss.

[113] Kaser, 1971, pp. 561-562; Wieacker, 1932, pp. 42-44.

[114] «*Finita est emptio, sed iam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere*».

[115] Se aprecia en D. 18,3,6 pr. Ello en contra de D. 18,3,4,1, donde se añade que la restitución de los frutos en la acción de venta procede cuando el comprador hubiera dado alguna parte del precio, compensándose. En este sentido, la romanística ha indicado que la mayoría de los fragmentos sobre la ley comisoria sufrieron interpolaciones por los compiladores justinianeos y, en consecuencia, que la idea de compensación con el posible pago anticipado del comprador no pertenece al período clásico. Véase Wieacker, 1932, pp. 39-42.

[116] Esta aproximación se corresponde igualmente con el hecho de que el pacto de *lex commissoria* se consideraba en Roma como una suerte de condición resolutoria la cual –si se había ejecutado el contrato– concedía al acreedor una acción del contrato para retrotraer los efectos. Véase Rabel, 1915, párr. 113.

que el comprador restituyese unilateralmente la cosa con sus frutos [117], sino también a que el vendedor devolviese en su caso, la parte del precio recibido [118].

La restitución recíproca en la *actio venditi* se aprecia igualmente en el marco general de la acción propia del contrato (de compra y de venta). En efecto, semejante restitución habría seguido, en cualquier caso, la sistemática recíproca de la restitución integral, al igual que en la redhibitoria. Ello es claro en cuanto a los frutos [119], pero también en cuanto a la reciprocidad. Si bien se refiere a la acción de compra –no a la de venta–, resulta paradigmático el pasaje de D. 19,1,11,5 [120], en un caso de error esencial [121].

2.3 La *addictio in diem*

En Roma, se conocía como *in diem addictio* (o adición *in diem*) a la estipulación que permitía a uno de los contratantes, durante un tiempo determinado, rescindir el contrato y realizarlo con un tercero que le ofreciese mejores condiciones [122]. Las fuentes no permiten afirmar una relación entre la *addictio in diem* con la *i. i. r.*, igual que sucede con el pacto de *lex commisoria* [123]. Una significativa parte de la romanística ha considerado que la desvinculación provocada por la adición *in diem* solo tenía efectos reales y que, en consecuencia, al vendedor le acompañaba una acción reivindicatoria para recuperar la cosa del primer comprador [124]. Sin embargo, resulta más plausible pensar en que los efectos restitutorios de la *addictio in diem* se explicaban (también) a partir de las acciones del contrato, al igual que sucedía en la *lex commissoria*, y en particular mediante la *actio venditi* [125]. No en vano, la adición *in diem* tenía la

---

[117] D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1945, pp. 279-280, 282; Wieacker, 1932, p. 77. También, Kaser, 1971, p. 562.

[118] Al menos en la época clásica. Véase, el texto que acompaña *supra* a la nota 103.

[119] Véase D. 22,1,38,8 (*Paulus libro VI ad Platium*), donde se indica claramente, para la acción de compra que «*fructus restituendi sunt*».

[120] Se había comprado una virgen que resultó no serlo. En ese caso, dice el fragmento que quien padeció el error tiene a su disposición la acción de compra (*actio empti*) para disolver la compra («*ex empto competere actionem ad resolvendam actionem*») para que tuviese lugar la restitución recíproca de las prestaciones, es decir, que se devolviera el precio a cambio de la mujer («*ut pretio restituto mulier reddatur*»).

[121] En el mismo sentido, Hellwege, 2004, pp. 414-415.

[122] D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1945, p. 13. Véase también el texto de D. 18,2,1.

[123] Solo en D. 4,4,35 se hace referencia a la *in integrum restitutio*, pero como excepción, en un supuesto de cosa comprada con *addictio in diem* por un menor que ve como un aparece un tercero con mejores condiciones. Ante tal supuesto, el menor puede interesar la restitución por entero, si probase su interés en adquirir la cosa, porque hubiese sido de sus mayores, ofreciendo la diferencia del mejor precio al vendedor.

[124] Honsell, Mayer-Maly y Selb, 1987, pp. 320-321; Wieacker, 1932, pp. 62-65.

[125] D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1945, pp. 279, 282; Flume, 1976, *FS-Max Kaser*, p. 320; Wieacker, 1932, pp. 76-77.

particularidad de que su ejecución y desarrollo restitutorio se correspondían con la ejecución y cumplimiento del propio contrato celebrado; lo que se corresponde con la lógica de las acciones del contrato. En línea con ello, la *in diem addictio* concedía al acreedor obtener la restitución, por medio de las acciones del contrato [126].

Dentro de este contexto, la acción de venta permitía al vendedor reclamar los frutos en la restitución, así como compensar las impensas necesarias al comprador [127]. Esto significa que entre las partes de la primera venta debía tener lugar una desvinculación total, patrocinada por la restitución contractual que se originaba; ello por más que las fuentes omitieran una vinculación con la restitución integral y recíproca.

2.4 Alteraciones restitutorias

En los casos en que la restitución *in natura* no podía tener lugar, por perderse o deteriorarse la cosa entregada debía repartirse el riesgo [128]. Las fuentes clásicas ofrecen mucha información, sobre todo para la compraventa de esclavos en el marco de la redhibitoria. Comencemos por ella.

(a) En D. 21,1,47,1 se dice que «*post mortem autem hominis aedilicias actiones manent*» (aún tras la muerte del esclavo se pueden ejercitar las acciones edilicias). Para la acción redhibitoria esto significaba que se restituía el cadáver del esclavo fallecido: «*mortuus redhibetur*»; y que el hecho de su muerte no impedía el ejercicio de la acción. La regla del «*mortuus redhibetur*» (la restitución del muerto) no presentaba problema alguno en los casos en que la muerte del esclavo guardaba conexión causal con el vicio que justificaba la redhibición del contrato: en ese caso, el comprador podía recuperar el precio pagado sin restituir nada más que el muerto y, por tanto, traspasar por entero el riesgo al vendedor de la cosa con vicios [129]. Así considerada, la regla no constituía una ficción que permitía al comprador reclamar el precio pagado sin dar nada a cambio, sino que le obligaba a entregar físicamente el cadáver al vendedor, quien se haría responsable de su sepelio [130].

---

[126] Rabel, 1915, párr. 113.
[127] Así, en D. 18,2,6 pr., D. 18, 2, 16 y D. 43,23,11.
[128] Zwirlein, *ZEuP*, 2018, p. 571.
[129] Honsell, *FS-Peter Schwerdtner*, 2003, p. 576; Lederle, 1982, p. 31; Zimmermann, 1996, p. 332.
[130] Zwirlein, *ZEuP*, 2018, pp. 572-573.

Menos claro es si se aplicaba esta misma consecuencia jurídica cuando la causa que ocasionaba la muerte del esclavo nada tenía que ver con el vicio con el que se entregó. Los estudios sobre la materia han advertido que cuando la muerte del esclavo ocurría por culpa del comprador o sus familiares, se recurría a la ficción de que el esclavo aún vivía, quedando el comprador obligado a restituir el valor de este; y que en eso consistía también el «*mortuus redhibetur*» [131]. El riesgo se quedaba, en ese caso, del lado del comprador [132] y el vendedor tenía que devolver el precio a cambio del valor [133]. Igualmente, para el caso de fallecimiento fortuito del esclavo, nada apunta a que el Derecho romano optase por desplazar el riesgo al vendedor [134]. A favor de esta opinión actúa la idea de que el edicto del pretor únicamente se refería a enfermedades graves y mortales («*morbus sonticus*»), siendo plausible que se asumiese que la causa de la muerte era dicha enfermedad. Por eso, en caso de fallecimiento del esclavo por culpa del comprador o por caso fortuito, la restitución recíproca y sinalagmática conducía a restituir el valor [135].

Por otro lado, la reciprocidad en la restitución, propia de la *actio redhibitoria*, se apreciaba, incluso, allí donde el comprador legitimado para hacer uso de ella había enajenado o gravado la cosa: en tal caso, no podía redhibir sin recuperar la cosa para devolverla [136].

---

[131] Véase, sobre todo, Hellwege, 2004, párr. 420-423 y los pasajes del Digesto allí citados; Honsell, *FS-Peter Schwerdtner*, 2003, p. 576; Kaiser, D., 2000, p. 249; también, Lederle, 1982, pp. 36-43; Thier, *HKK*, 2007, párr. 14; Zimmermann, 1996, pp. 331-334.

[132] El pasaje más claro es D. 21,1,31,11. En él se indica que, si el esclavo hubiere muerto por culpa del comprador, de la familia de este o de su procurador, será tenido como vivo («*pro vivo habendus est*»), cumpliéndose la restitución que tendría lugar (las «*praeestentur*») si viviera.

[133] Zwirlein, *ZEuP*, 2018, pp. 571-572.

[134] Honsell, *FS-Eduard Picker*, 2010, p. 371. En distinto sentido, Thier, *HKK*, 2007, párr. 14. También, Zwirlein, *ZEuP*, 2018, pp. 574-575. A juicio de esta autora, el comprador solo habría pechado con el riesgo de la muerte del esclavo en aquellos casos en que las fuentes expresamente se refiriesen a la «ficción» de tener el esclavo por vivo, obligándose al comprador a restituir su valor; lo que no se referencia en la pérdida fortuita de la cosa. Se apoya para ello en un objetivo preventivo punitivo –que habría sido propio de las acciones edilicias en el mercado– inherente a la acción redhibitoria, mediante la reposición de las cosas al *status quo ex ante*. Esta solución parece demasiado apegada a la literalidad de las fuentes, sin tener en cuenta la reciprocidad que, en general, inspiraba la restitución. También soslaya la autora que ese eventual objetivo preventivo se habría logrado, en su caso, mediante la responsabilidad del vendedor; si no en sede de la redhibitoria, sí en sede de la *actio empti*, pero *solo* en caso de dolo (cfr. D. 19,1,13, que se referencia *infra* en nota 140).

[135] Honsell, *FS-Peter Schwerdtner*, 2003, pp. 576-577.

[136] Lederle, 1982, pp. 52-53.

Conviene, a su vez, advertir que este sistema de reparto de riesgos no cumplía, en ningún caso, una función penal [137]. Nótese, pues, la diferencia con el supuesto de dolo malo que he analizado en el apartado anterior [138].

(b) Por lo que respecta a la pérdida de la cosa debida en las acciones del contrato, estas fueron incorporando progresivamente los postulados de la redhibición, como parte de lo que el vendedor garantizaba [139]. Así se explica que a ellas se aplicasen reglas muy similares a las redhibitorias, para el supuesto de pérdida de la cosa, en caso de indemnización [140]. Es lo que se desprende, por ejemplo, de D. 19,5,20,1: habiéndose perfeccionado una compraventa de mulas a gusto del comprador, si hubiesen sido robadas por unos cuatreros estando en poder del comprador, procede la acción de venta; por lo tanto, el comprador tenía que pagar el precio, corriendo el riesgo de su parte [141].

3. **Excurso. El desarrollo postclásico. La rescisión y la nulidad**

El período postclásico trajo consigo la superación de la distinción entre el *ius civile* y el *ius honorarium* [142], en la medida en que desaparece la figura del pretor, sustituido progresivamente por la cancillería imperial [143]. Desaparecido el *ius honorarium*, se introduce la *causae cognitio extraordinaria* del pretor dentro del procedimiento ordinario, y la *i. i. r.* pasa a ser única [144]. En este

---

[137] Thier, *HKK*, 2007, párr. 14.

[138] Véase, *supra*, II. 1.5 (d). Es evidente que son supuestos distintos: en el primero, la parte defraudada es el vendedor, que entrega el esclavo por obra del dolo malo; en la redhibición, es el comprador quien adquiere un esclavo con vicios y demanda a su contraparte. La restitución del valor del esclavo en el primer caso se explica a partir del hecho del dolo que sufre el vendedor, con independencia de que la muerte del esclavo fuera o no imputable al comprador doloso; de lo contrario –si no se le permitiese recuperar su valor– el vendedor defraudado terminaría siendo perjudicado y la *restitutio in integrum* dejaría de cumplir su cometido protector.

[139] Véase Morales Moreno, *ADC*, III, 1980, p. 598.

[140] Véase D. 19,1,13. En este fragmento se hace referencia a la opinión de Juliano, que en la condena por la acción de compra diferenciaba entre si el vendedor conocía o no el defecto del ganado enfermo o lo defectuoso de la madera: de haber omitió mencionar el vicio que conocía, se responsabiliza de todos los perjuicios que el comprador hubiese experimentado por la compra. De esta forma, si la casa se llegase a desplomar por vicio del madero, se debe indemnizar el valor del edificio, y si perecieron otros animales por el contagio del ganado enfermo, se debe pagar el interés del comprador en que se vendiese sano.

[141] Esto constituye igualmente un argumento en contra de las tesis que prefieren desplazar el riesgo al vendedor el caso de pérdida fortuita. Véase, al respecto, el texto que acompaña a la nota 134.

[142] Véase, *supra,* 1.2.

[143] Véase Cervenca, 1965, pp. 69 y ss.

[144] Véase, en general, Kaser, 1971, p. 244, n. 21. Más en profundidad, Felgentraeger, 1933, p. 104; Levy, *ZRG*, 1951, p. 369; Schulz, *ZRG*, 1922, p. 228. Hay que advertir que este último autor se planteó la cuestión de la confusión de la *restitutio in integrum* por causa de *metus* con la *actio quod metus causa* en el período postclásico, a partir de la desaparición del proceso civil formulario.

momento, los casos tradicionales de *i. i. r.*, como el *metus* se comienzan a ubicar, dentro del *ius civile*, en una idea de invalidez del negocio [145]; y la *i. i. r.* queda relegada como institución [146].

En esta época también, se comenzó a manejar un concepto de ineficacia y desvinculación contractual que se hacía depender de la reclamación del perjudicado, y que se asociaba a la «rescisión». Así se aprecia en C. 4,44, para la compraventa («*De rescindenda venditione*»). Las fuentes hablan aquí de que era inválida la venta hecha de mala fe [147]. El fundamento de la rescisión recogida en este título era, en efecto, el haberse apartado de la buena fe, es decir, de violentar la voluntad de otro [148]. En principio, la posibilidad de rescindir la venta se hacía depender de la concurrencia de *metus* o dolo, por parte del vendedor [149]. Al igual que durante el período clásico, la rescisión se conectaba a la producción de un daño.

La novedad que se introduce en este momento tiene que ver con un supuesto adicional de rescisión, basado en la producción de un daño económico a una de las partes en el contrato, sin exigir formalmente la concurrencia de violencia (*metus*) o dolo. Dos rescriptos atribuidos a los emperadores Diocleciano y Maximiliano en C. 4,44,2 (285) y C. 4,44,8 (293) nos colocan sobre ello. En ambos, se permitía la rescisión del contrato, cuando la cosa se vendía en menos de la mitad de su justo y verdadero precio. De este modo, la rescisión por lesión parecía alejarse de los presupuestos de la *i. i. r.* clásica, que nunca exigió ese grado de disparidad entre precio y valor para entender efectivamente producido un daño, y que se había apoyado siempre en elementos de tipo subjetivo [150]. Ahora bien, ¿es posible trazar una línea divisoria tan nítida entre la *i. i. r.* y la rescisión por lesión en este período? No lo creo.

En su momento, se dudó sobre si la lesión en más de la mitad constituía realmente una causa de rescisión o si, simplemente, actuaba como como presunción de que había existido *metus* o dolo del lado del beneficiado [151]. Como se ha

---

[145] Ello, al colocarse el acento sobre la necesidad de voluntad impoluta, incompatible con un consentimiento precedido de *metus* o intimidación. Véase Hartkamp, 1971, pp. 84-188.

[146] Véase, ampliamente, Raggi, 1965, pp. 241 y ss.

[147] Así, en C. 4,44,1, en un caso en el que un padre de familia vendió una cosa, constreñido por la fuerza. En el fragmento se dice: «*ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est; malae fidei enim emptio irrita est*».

[148] Véase C. 4,44,3: «*De contractu, venditionis et emptionis iure perfecto, alterntro invito nullo recedi tempore bona fides patitur* […]».

[149] Así se advierte en C. 4,44,1, así como en la primera parte de C. 4,44,8 («*Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus es calliditate atque insidiis emptoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio*»).

[150] Así, Alberruche Díaz-Flores, 2010, p. 36; Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, pp. 21-23.

[151] Felgentraeger, 1933, p. 102.

indicado, el fundamento de la rescisión era siempre el mismo: la mala fe. Esa mala fe se apreciaba con claridad en los casos de dolo o de *metus*. Al mismo tiempo, los textos no vacilaban en descartar la rescisión de la venta, cuando la cosa se vendía ligeramente por debajo de su «justo precio», pues ello no repugnaba a la buena fe, al existir un consentimiento válido [152]. Tanto en los casos «típicos» de *i. i. r.*, como en los de rescisión por lesión, existía un fundamento compartido, por más que cada uno tuviese además el suyo propio [153]; ese fundamento era la contravención de la buena fe, que en los casos de lesión solo se activaba, cuando se superaba la frontera de más de la mitad del justo precio [154]. Por tanto, en ambos casos había un cierto elemento de subjetividad, siendo la lesión enorme reflejo de la mala fe del beneficiado con el contrato rescindible [155].

Que la *i. i. r.*, como acción, y la rescisión de la venta por lesión presentaban un tronco común en cuanto a su fundamento se aprecia bien en el plano de la consecuencia jurídica. Así, se aludía a la restitución integral, como consecuencia basada en la retroacción de las prestaciones [156], para los casos de rescisión (error, *metus* o dolo) [157]. Durante esta etapa, los supuestos que históricamente habían sido causa de una *i. i. r.* pretoria se vincularon o pasaron a ser entendidos desde la óptica de esa invalidez-rescisión que necesitaba de una impugnación del contrato por la parte afectada para poder realizarse [158]. Es en

---

[152] Se aprecia muy bien esta idea en la segunda parte de C. 4,44,8: «*Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quidsi videlicet contractus emptionis atque venditionis cogitases substantiam, et quod emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo, quod petierat, detrahente, emptore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emtionis ayque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concederé, rescindi propter hoc vonsensu finitum contractum vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem*». También, en C. 4,44,15.

[153] En C. 4,44,10, un rescripto de los mismos emperadores Diocleciano y Maximiliano, se indica que el dolo del comprador se refiere al propio hecho, y no se estima con arreglo a la cantidad de precio pagada («*Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur*»). Y a ello añaden que, existiendo dolo, el vendedor no tiene a su disposición la acción reivindicatoria contra aquel al que transfirió el dominio, sino la *restitutio in integrum* contra su comprador («*Quem si fuerit intercessisse probatum, non adversis eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindication venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio compelit*»).

[154] El inciso final de C. 4,44,8 da cuenta de ello, al excepcionar la no rescisión del contrato cuyo precio se separaba del valor, por no contravenir la buena fe (véase el fragmento en nota 152), el caso en que se hubiera dado menos de la mitad del justo precio; la elección era, eso sí, del comprador («*nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda*»).

[155] Solo en el caso de minoría de edad –y ya desde la época clásica– parecía bastar el hecho aislado de la lesión para provocar la rescisión del contrato. Así, se reconoce acción al menor que hubiere vendido por menos precio que el que le convenía según su valor; y en la restitución quedaba este solo obligado a restituir en la medida de su enriquecimiento: «*quanetus ex ca pecunia locupletior est*» (D. 4,4,27,1).

[156] Véase Kaser, 1975, p. 93. Más recientemente, Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 474.

[157] Kaser, 1975, pp. 87-90.

[158] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 74.

este contexto, perdida toda su cualidad de acción, cuando la *restitutio in integrum* pasa a designar exclusivamente una consecuencia jurídica atécnica, tras la desvinculación [159].

El sedimento de la *restitutio in integrum* al final del periodo posclásico romano es doble. De un lado, pervive como consecuencia anudada a la ineficacia en general, basada en los principios de integridad y reciprocidad; del otro, su lógica como acción se difumina o se confunde con los supuestos de rescisión [160].

4. **Recapitulación y conclusión parcial sobre Derecho romano**

La *i. i. r.*, como acción, responde a la división imperante durante el periodo clásico entre el *ius civile* y el *ius honorarium*. Al ser concedida por el pretor, la *i. i. r.* se proyectaba sobre negocios válidos conforme al *ius civile*, cuyos efectos neutralizaba el pretor conforme al *ius honorarium*. Sin embargo, las fuentes emplean muchas veces la expresión «*in integrum restitutio*» de manera poco precisa. El uso del término en las fuentes evoca al hecho de la restitución contractual de las prestaciones de manera integral y recíproca, aunque no se estén refiriendo a la *i. i. r.* como acción. Así se puede sostener que en Derecho romano clásico las restituciones en la órbita del contrato respondían, en últimas, al esquema informal de la *restitutio in integrum* [161]; entendida en sentido atécnico, como una consecuencia.

III. EL DERECHO HISTÓRICO COMÚN EUROPEO

El panorama que ofrece el *ius commune* europeo acerca de la restitución contractual no es más sencillo de reconstruir que el romano. Las fuentes y trabajos de cada uno de los períodos se ocupan, ciertamente, del problema de la ineficacia del contrato y la desvinculación; lo hacen a través de sus causas y a partir de los resabios romanos del *Corpus iuris civilis*. Esto conecta con que, en Derecho romano, nunca se llegó a manejar una dogmática acabada de la

---

[159] Advierte de ello, analizando diversas fuentes tardo postclásicas, orientales y occidentales, Cervenca, 1965, pp. 154-163.

[160] Lo estudiado explicaría que la idea de restitución integral haya impregnado el Derecho patrimonial moderno de muchos ordenamientos; sobre todo para señalar la necesidad de recuperar el estado de cosas anterior a la celebración de un negocio ineficaz, como indica Zimmermann, 1996, pp. 654-655.

[161] Hellwege, 2004, p. 419.

ineficacia del contrato, como categoría. En el Derecho común histórico europeo sobresale la anarquía terminológica para referir la ineficacia del contrato; lo que complica el estudio de la restitución que la había de seguir. Aun así, las fuentes ofrecen un panorama unitario cuando se ocupan del efecto asociado a la desvinculación: la restitución integral y recíproca, como mínimo común denominador.

1. **Los comentaristas y la época del *ius commune***

Hasta el s. XIV, el *ius commune* se refería a la compilación de textos legales elaborada por Justiniano y que fue principalmente comentada por Bartolo de Saxoferato (1313-1357) y por su discípulo, Baldo de Ubaldis (1327-1400), prescindiendo del Derecho canónico [162].

En su *Digestum Vetus* [163], Bartolo se ocupa de alguna de las fuentes romanas sobre la *i. i. r.* vistas en el epígrafe anterior. Para la acción de *metus*, advierte –apoyándose en Azzo– que patrimonialmente, al haberse transferido el dominio, la acción pasa por una restitución al estado antecedente, que podía ser *in rem* o *in personam* [164]; y lo mismo indica para la acción a favor del menor de veinticinco años por el daño a él causado [165], de la que se dice que alcanzaba a terceros adquirentes de la cosa [166]. Sorprendentemente, Bartolo no se ocupa con demasiada profundidad de los problemas propios de las acciones edilicias; tampoco de los restitutorios [167]. No obstante, al ocuparse de la *actio empti* –y, en particular, del caso de la esclava que se vendió como virgen sin serlo– advierte de la procedencia de una restitución contractual, derivada de una *actio ex contractu*, para recuperar lo dado e intercambiado en virtud del contrato resuelto, salvo que solo se hubiesen entregado unas arras,

---

[162] Véase SCHRAGE, 1992, pp. 72-73.

[163] He tenido a la vista la siguiente edición: BARTOLUS DE SAXOFERRAO, *Opera omnia. Studio et opera. Digestum vetus in primum tomum Pandectarum commentaria*, vol. I, 1562. Puede decirse que, en general, cualquiera de las ediciones a los comentarios de Bartolo es confiable en cuanto a su autoría (en este sentido, véase SCHRAGE, 1992, pp. 77-79). En adelante, las referencias a esta obra se harán por número de página y pasaje del Digesto al que se refieren.

[164] BARTOLUS, D. 4,2,9, p. 305: «*Vnde intellige fm Azo. cp si per metu transtuli dominium, uel per metu lberati te ab actione, datur actio quod metus causa, ut restituat in primu status, ut in praecedenti. datur etiam utilis in rem, & utilis in persona, quae primo erat directa*».

[165] BARTOLUS, D. 4,4,25, p. 331: «*Restitutio autem. Per restitutiunem, Omnia reponuntur in pristinum statum, praestera, de quibus minor laederet*».

[166] BARTOLUS, D. 4,4,39, p. 335: «*Ite restitutio in integrum est scripta in re unde per ea potest agi tertium possessorem*».

[167] Cotéjese, BARTOLUS, D. 21,1, p. 831.

en cuyo caso procedía un *condictio ob causam*. Es decir, se consagraba una restitución integral y recíproca.

Una línea similar a la de Bartolus [168], se aprecia en Baldus [169]. Así se observa en sus *additios* a la acción de *metus*, en la que refuerza la idea de reciprocidad acompañando a la restitución integral [170]; e igualmente en el comentario que hace a la *i. i. r* del menor [171].

2. **Las Leyes de Partidas y la Glosa de Gregorio López**

Las Leyes de Partidas (1256-1263), concluidas por Alfonso X el Sabio, constituyen un hito imprescindible para la tradición jurídica de raigambre española [172]. Me referiré a ellas, empezando por las causas de desvinculación, con ayuda de la Glosa de Gregorio López [173, 174].

2.1 Causas de la desvinculación

(a) La primera causa era la *i. i. r.* en favor de los menores en atención a la lesión que sufrían por medio de un acto o un contrato. Esta clase de restitución se ubicaba en P. 6,19 bajo el título «*cómo deven ser entregados los menores, si algun daño o menoscabo recibieron en sus bienes por culpa de si mismos, o de aquellos que los tuvieren en guarda*».

---

[168] Destaca la similitud entre ambos Schrage, 1992, pp. 80-81.

[169] He tenido a la vista la siguiente edición: Baldo, *Commentaria in priman Digesti Veteris Partem*, 1572.

[170] Baldus, D. 4,2,9, p. 235.

[171] Baldus, D. 4,4,25, p. 253.

[172] Su estudio es de interés, ya que ofrece una completa visión del ideal católico del medioevo en sus aspectos jurídicos, que no puede considerarse como una mera copia o continuación del Derecho romano. Así, en P. 1,1,6 se reconoce como primera fuente a «las palabras de los santos» y, solo después de ellas, «los dichos de los sabios», que hay que entender referidos a los juristas romanos clásicos. En contraposición a los comentaristas y a la glosa italiana, las Partidas ofrecen una visión castellana independiente del *ius commune* (De Castro y Bravo, 1949, pp. 143-144).

[173] *Las Siete Partidas del muy noble rey don Alfonso el Sabio. Glosadas por el Licenciado Gregorio* López, vol. III, 1555.

Se ha manejado también la edición presentada por la Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1844. En ella se contienen, además, valiosas referencias marginales a las leyes de la *Novísima Recopilación*. Una cuidada versión en castellano de *Las Siete Partidas con la Glosa de Gregorio López* puede hallarse en Sanponts y Barba, Marti de Eixalá y Ferrer y Subirana, 1843.

[174] Gregorio López es el más autorizado comentarista de las Partidas. Su labor y su autoridad, hasta la publicación del Código civil, es destacada por De Castro y Bravo, 1949, vol. I, pp. 149-150. Esta glosa es de relevancia, pues condensa tanto referencias al Digesto y al Código, como a las enseñanzas posteriores del *ius commune* con Bartolo y Baldo a la cabeza.

(b) Junto a lo anterior, las Leyes de Partidas contenían, para el contrato de compraventa, diferentes reglas sobre «*cómo se puede desfacer la véndida*». En primer lugar, la P. 5,5,56 trataba sobre *«cómo se puede desfacer la véndida que es fecha por fuerza, ó por miedo, ó en que fue fecho engaño de mas de la meytad del derecho prescio»*. Comienza refiriéndose a las causas de fuerza y miedo, aludiendo con imprecisión unas veces a la acción de «deshacer» la venta y otras a que esa venta «no vale» [175]. Con una breve anotación sobre la expresión «*que debe ser desfecha la compra*», la glosa de Gregorio López indicaba que la expresión *«desfecha»* alude a la rescisión [176]. Y lo mismo ocurre con la lesión enorme a favor del vendedor, con la que concluía esa partida [177].

(c) A continuación, la P. 5,5,57 aclaraba «*cómo la véndida que es fecha engañosamente se debe desfacer*» (dolo) [178]. Si bien esta Ley hacía uso de las expresiones «desfacer» y «no valer», Gregorio López aclaraba que el dolo conduce a rescindir («deshacer») el contrato de hecho, porque la venta en que interviene dolo se estima, de por sí, nula [179]. En este sentido, la entidad del dolo al que se refiere la P. 5,5,57 denotaba que *no existía voluntad alguna de vender*. Por eso, estimaba López que la venta ha de reputarse nula, por la ausencia absoluta de voluntad, y que su reversión solo debía ser «de hecho» [180].

---

[175] «Por miedo ó por fuerza comprando ó vendiendo algun home cosa de otro, non debe valer, ante decimos que debe ser desfecha la compra, si fuere probado que la fuerza et el miedo fue atal que lo hobo de facer maguer le pesase. Et como quir que tal véndida como esta fuese firmada por jura, ó por peños, ó por fiadura ó por pena que fuese hi puesta, non debe valer; ca pues que la compra ó la vendida, que es el principal, non vale, non deben ser valederas las otras cosas que fueron puestas por razón della».

[176] «Et dicit desfecha, quia contractus tenet, licét rescindatur per actionem quod metus causa, ut notat Glos. in dicta l. I».

[177] «Otrosi decimos que se puede desfacer la véndida que fuese fecha por menos de la meytad del derecho prescio que podiera valer en la sazon que la ficieron; ca si el vendedor podiere esto probar, puede demandar al comprador que cumpla sobre aquello quel habie dado, tanto quanto la cosa podrie entonce valer segunt derecho: et si esto non quisiere facer el comprador, debe desamparar la cosa al vendedor, et rescebir dél el prescio quel habie dado por ella. Et por menos del derecho prescio serie fecha la véndida quanto la cosa valiese diez maravedís, et fiese vendida por menos de cinco. Otrosi decimos que si el comprador podiese probar que dio por la cosa mas de la meytad del derecho prescio que poiera valer en aquella sazon que la compró, que puede demandar que se desfaga la compra ó que baxen del prescio aquello que de mas dio: esto serie como si la cosa valiese diez maravedís et diese por ella mas de quince».

[178] «Heredat, ó casa, ó viña ó otra cosa quialquier habiendo algunt home en algunt logar do non estodiese nin sopiese quanto valie, nin la hobiese nunca vista, et non habiendo voluntad de la vender, si otro alguno moviese razones engañosamiente, de manera que gela hobiese á vender; decimos que tal véndida como esta se puede desfacer, et non vale, quier sea fecha por menos de loque vale quier non».

[179] «Scilicet, quatenus de facto processit; nam de jure est nulla, cum dolus dederit causam contractus».

[180] Esta última consideración explica, a su vez, que el mismo fragmento distinguiese este dolo, que «desfacía» la venta, de otro de menor intensidad, referido a las cualidades particulares de la cosa; en cuyo caso la venta era válida; lo que según la Glosa que se corresponde con el parecer de los autores de Bolonia. En efecto, el fragmento de P. 5,5,57 continúa como sigue: *«Mas si este cuya fuese la cosa hobiese voluntad de la vender, et el comprador le ficiese engaño encobriendol alguna cosa de las que pertenescen á la heredat ó á la cosa que vendie, ó faciendol creer engañosamiente que maguer algunas cosas pertenesciesen á la heredat, dixiese que estaban en poder de alguno que eran malas de cobrar, ó que eran perdidas; en-*

(d) La P. 5,5,58 daba cuenta de «*cómo se puede desfazer la véndida, si el comprador non guarda el pleyto que puso sobre ella*». El fragmento se refiere a la rescisión de una venta basada en el incumplimiento por el comprador, siempre y cuando el motivo último de la venta fuese esta promesa o «pleyto» (pacto) [181].

(e) Las Partidas contenían también tres casos en los que se puede *«desfacer»* la venta o redhibir, cuando el vendedor encubría algunas características o cualidades de la cosa. Se trata de las Leyes 63, 64 y 65 del mismo Título 5.º de la Partida 5.ª [182].

(f) Todavía dentro de la compraventa, las Leyes de Partidas admitían la existencia de determinadas «*posturas o pleitos, que fazen el vendedor e el comprador entre si, [y que] son valederas*», es decir, de pactos resolutorios [183]. En línea con el Derecho romano, aquí se incluía el pacto de *lex commisoria* [184] y la adición *in diem* [185].

---

tonces decimos que valdrie la véndida, porque el vendedor hobo voluntad de la facer; pero el comprador es tenudo de emendarle aquel engaño quel fizo, de manera que haya el prescio derecho que podrie valer aquella cosa quel vendio con las sus pertenencias quel fueron engañosamiente encubiertas».

[181] Sanponts y Barba y otros, 1843, p. 126, n. 320.

[182] Ley 63: *«De la casa, o torr, que deve servidumbre, o que fuere tributaria, vendiendo un ome a otro, si la encubre el vendedor, se puede desfacer la vendida».*

Ley 64: *«De la tacha, o maldad que ouviesse el siervo, que un ome vendiesse a otro».*

Ley 65: *«Que la vendida de caballo, o mulo, o otra bestia, que un ome vendiesse a otro, se puede desfazer, si el vendedor encubre la tacha, o la maldad del».*

[183] Así, en P, 5,5,38 se dice que *«postura, o pleito que pone entre sí el vendedor con aquel que compra la cosa del (solo que non sea contra las leyes deste nuestro libre, nin contra buenas costumbres) debe ser guardada».*

[184] Se recoge en la P. 5,5,38, dedicada a los pactos que vendedor y comprador pueden introducir de manera válida en las ventas. En ella, tras establecer que se pueden introducir todos aquellos que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres se continúa como sigue: «*que si el vendedor, et el comprador ponen pleyto entre si, que el comprador pague el precio á dia señalado, e si non lo pagare aquel dia, que sea desfecha por ende la véndida*». El sentido de esta Partida es sencillo: si no se observa el pacto establecido en el contrato, y sin el cual no se habría celebrado este, puede «*desfacerse*»; y así se desprende de la glosa de Gregorio López a la expresión *que sea desfecha*» (la venta).

[185] P. 5,5,40 bajo el título «del pleyto (o) que el vendedor pone en la cosa que vende so condicion»: «*Usan los omes en las vendidas otra manera de pleyto, como cuando dize el vendedor: Vendote tal mi viña por tanto precio, sobre tal pleyto, que si yo fallare quien me de mas por ella, hasta tal dia, que lo pueda fazer. E dezimos, que si la vendida fuesse fecha desto guisa, e el vendedor fallasse fasta aquel dia, quien le diesse mayor precio por la viña, o que le mostrasse alguna otra mejoría, que el otro le prometia a dar en la compra; debe esto fazer saber al primero comprador, quanta es la mejoría que el otro le prometia a adar. E si el le compliere aquella mejoría, devela rescebir del, e dexarle la viña, dándole el precio sobredicho con la mejoría. E si esto non quisiere cumplir el primero comprador, non vale la vendida*». Como se aprecia hacia el final del fragmento transcrito, la negativa de ese primer comprador a mejorar el precio suponía que la venta «no valiese». Gregorio López indica que si se incluye esta clase de pacto en el contrato, respecto de la cosa, la cosa se tiene por no comprada («*discedatus ab emptione, vel sil imempta*»). Más allá de ello, no se aclara el tipo de ineficacia que se promueve; si bien todo apunta a que se trata de la misma que en los casos de ley comisoria y los generales de rescisión.

2.2 Los efectos restitutorios

(a) La principal consecuencia del beneficio de la restitución en favor de los menores consistía en devolver o retrotraer las cosas al estado existente con anterioridad al momento de contratar [186]. Es el sentido de la P. 6, 19, 8 («*ante quien puede el menor demandar la entrega, e quanto, e en que manera debe*») [187]. Con todo, ni las Partidas ni la Glosa ofrecen información ulterior sobre el alcance de la restitución.

(b) Los supuestos de rescisión –«desfacer la véndida»– participaban de los mismos efectos vistos para la *restitutio in integrum* a favor de los menores; ello habida cuenta de la idea de lesión de la que, de un modo u otro, partían todos. Así se desprende de la glosa de Gregorio López a P. 5,5,56 (fuerza, miedo o engaño en más de la mitad). El autor ofrece un extenso texto como comentario a la expresión «desamparar la cosa», a que quedaba obligado el comprador si no quería pagar al completo su valor, en el caso de engaño en más de la mitad. En él, indica que el objetivo era también devolver las cosas a su primitivo estado [188]. En este sentido, estima adecuado que se restituya la cosa con sus frutos; y lo mismo el precio, con los intereses [189]. A ello añade López que, después de todo, la palabra restituir comprende en su significado puro los frutos y las accesiones [190]. Todavía dentro de la misma glosa, López concluye advirtiendo que la lesión en más de la mitad conduce a la misma restitución [191].

---

[186] «Restitutio en latin, tanto quiere dezir en romance, como demanda de entrega que faze el menor al Juez, que le torne algun pleito, o alguna postura, que ha fecho con otro, a daño de si, en el estado primero en que ante estava; e que revoque el juyzio que fuesse dado contra el, e torne el pleyto en el estado en que era ante que lo diessen. E tiene pro esta en trega a los menores, ca por ella son guardados de daño, que les podria venir por su liviandad, o por engaño que les ouiessen fecho».

[187] «Delante del Juzgador ordinario del lugar debe demandar el menor restituticion e entrega de los daños, e de los menoscabos que ouiesse rescebido en sus cosas, por pleito que ouiesse fecho a daño de si, o por alguna de las razones sobredichas, que diximos en las leves arde fiesta. E el Juez deve llamar ante si la otra parte, a quien fazen la demanda, e si fallare que el pleyto, o la conoscencia, o el juyzio (sobre que demanda la entrega) que fue fecha a daño del menor, debe tornar en aquel estado que era ante; de manera, que cada una de las partes aya en saluo su derecho, assi como lo avia primeramente. E esta restitution puede demandar en todo pleyto, o conoscencia, que el oviiesse fecho a daño de si, o su guardador, o su abogado».

[188] «Quod bene nota in practica, facit etiam quia quanto res restituitur ex beneficio hujos legis, omnia in pristinum statum reduncetur ad instar restitutionis minoris, ut in l. quod si minor 24. §. 4. Versic. Restitutio, D. de minor».

[189] «Videtur dicendum quòd cum ista lex velit contractum istum, ubi tanta laesio, seu deceptio intervenit, reduci ad aequalitatem, quod teneatur restituere fructus pro parte pretii, in qua venditor fuit deceptus; et similiter in casu, in quo potiùs velit supplere justum pretium, tenebitur etiam ad interesse pretii, quod non dedit».

[190] «Verbum restituere plenam habt significationem, etiam fructuum, et accesisionum, etc».

[191] «Adverte etiam, quod si emtor fuisset in mala fide inducendo vendentem ut venderet minus justo pretio, tunc praecise tenetur rem restituere, neque posset supplere justum pretium».

(c) La misma clase de restitución se atisba sin dificultad en los supuestos de vicios rescisorios (redhibición de la venta), contenidos en P. 5,5, 63, 64 y 65: el vendedor quedaba obligado a devolver el precio, añadiéndosele los daños y perjuicios si supiese del vicio. En contraprestación, debía este mismo recibir la cosa objeto del contrato. En la glosa, López aclara que los frutos participan igualmente de esta restitución, idéntica a la derivada de los casos de miedo, fuerza y engaño en más de la mitad.

(d) En los pactos de ley comisoria y de adición *in diem,* la P. 5,5,38 da cuenta de la idea de reciprocidad e integridad en la restitución, al referirse a los frutos de la cosa vendida: el comprador debe devolverlos al vendedor, a no ser que este se niegue a devolver la señal adelantada o la parte del precio recibida, en cuyo caso podía el comprador retenerlos [192].

(e) El supuesto en que la cosa se perdía, destruía o deterioraba se menciona en P. 5,5,56, para la rescisión de la venta motivada por fuerza, miedo o engaño en más de la mitad. En ella se dice que, en tal caso, no se podía ejercitar la acción rescisoria [193]. La Glosa de Gregorio López sobre este escenario apunta que esta es la opinión de *Azzo* y la mayoritaria en el *ius commune*. De este modo, el riesgo de pérdida, destrucción o deterioro de la cosa lo sufría la parte perjudicada por la lesión que –como bien apunta López– en las Partidas podía ser tanto el comprador como el vendedor.

2.3 Conclusión parcial

Las leyes de Partidas no ofrecen un panorama demasiado clarificador respecto de los supuestos que articulaban la desvinculación contractual. Tampoco distinguen nítidamente entre una nulidad absoluta (en caso de contravención de la ley) y una relativa o anulabilidad [194]. Solo en algunos pasajes, las Partidas mencionan primero y la Glosa confirma después una cierta idea de

[192] La no imputación de los frutos a los intereses del precio se explica, de nuevo, porque los redactores de las Partidas consideraron el dinero como un bien no fructífero. Véase, Sanponts y Barba y otros, 1843, p. 94, n. 195.

[193] «Esto dezimos que puede faer, e demandar el vendedor, o el comprador, non seyendo la cosa que se vendio, perdida, nin muerta, nin mucho empeorada: ca si alguna destas cosas le acaesciesse, non podria despues fazer tal demanda».

[194] No obstante a partir de la nulidad de la promesa contraria a la ley, Gordillo Cañas, 1990, p. 943. Este autor también se sirve, entre otros pasajes, de la P. 5,5,57, para los vicios ocultos, que ciertamente habla de «desfazer» la venta y, al mismo tiempo, dice que «non vale». No obstante, resulta muy complicado extraer de las Partidas una distinción entre unas categorías que ciertamente no conocían. Antes de él en este sentido, De Castro y Bravo, 1967, párr. 521.

nulidad, como en el supuesto de dolo contenido en P. 5,5,57, así como en el caso –no tratado– de contravención de la ley o las buenas costumbres (P. 5,11,28) [195]. Pero es complicado hablar de una distinción perfecta entre aquellas dos categorías modernas. A pesar de la imprecisión terminológica, el efecto común era la restitución integral y recíproca de las prestaciones. Este efecto consistía en reponer las cosas en el estado que existía antes del contrato; lo que se conecta a la rescisión y se deduce de la *i. i. r.* romana, que se mantiene para los menores (P. 6,19).

3. **La escolástica tardía**

El estudio de la escolástica tardía que germinó en Europa en la segunda mitad del s. XVI, de la mano principalmente de los teólogos-juristas de la «escuela de Salamanca» [196], es imprescindible para cualquier estudio historiográfico contractual [197].

Los escolásticos se ocuparon del Derecho como vía para disciplinar las acciones humanas en todo lo relativo al *alma* y la salvación de la persona [198]. El tribunal encargado de juzgar ese alma era el «fuero de la conciencia» (*forum conscientiae* o *forum internum*), cuyas «sentencias» se ejecutaban por medio del sacramento de la confesión, y cuya importancia era superior a la de

---

[195] El texto de P. 5,11,28 establece que los pactos contrarios a las buenas costumbres «no sean guardados»: *«Otrosi dezimos, que todo pleyto que es fecho contra nuestra Ley, o contra las buenas costumbres, que non debe ser guardado; maguer pena, o juramento fuese puesto en el».*

[196] Los términos extendidos de «escuela de Salamanca» o de «segunda escolástica española» no son del todo precisos u omnicomprensivos. Ello porque la conocida como escolástica tardía española comprendió también autores europeos –como Leonardo Lessio o el Cardenal Cajetan– quienes, si bien no llegaron a estar presentes en aquella universidad, recibieron su influencia y comparten su método. Por este motivo, no resulta del todo precisa ni la denominación «Escuela» ni su asentamiento en Salamanca, como no sea para denominar a una serie de valores, metodología y doctrina compartidos. Véase, JANSEN, 2013, pp. 4-5.

[197] Sobre la importancia de la Escuela de Salamanca, y sus autores, en general, para el Derecho privado europeo posterior destacan, entre otras, las aportaciones de HALLEBEEK, 1996, pp. 1-6; JANSEN, 2013, pp. 10-16; NUFER, 1969, pp. 5-9. La relevancia de los teólogos moralistas para la formación del concepto de «libertad contractual» (como una noción más producto de la religión que del desarrollo económico) es destacada por DECOCK, 2013, pp. 1-8, 32 y ss.

[198] La concepción teológica partía de que el alma humana estaba también sujeta a reglas y que estas se sometían a una jurisdicción paralela, hoy inexistente, cuyos guardadores eran los teólogos. En el tratamiento de las materias atinentes al alma, los teólogos combinaban derecho natural, divino y civil positivo; lo hacían con el fin de establecer normas y guías de actuación capaces de guiar a la persona hacia Dios.

los tribunales ordinarios [199]. Las soluciones del *forum internum* se entrecruzaban muchas veces con las de la jurisdicción normal (*forum externum*). De hecho, los escolásticos actuaban como asesores en materia de Derecho privado y de contratos [200]. La distinción entre el fuero interno o de la conciencia y el fuero externo es axial para comprender la restitución en la escolástica, pues las *sententiaes* dictadas en el *forum conscientiae* por los teólogos confesores perseguían dos objetivos: la salvación del alma y la *restitución* física de aquello que pertenecía al patrimonio de otro [201]; sin la segunda, no podía tener lugar la primera [202].

Se habla de una doctrina escolástica de la *restitutio* orientada a corregir de atribuciones patrimoniales sobre la base de la corrección del pecado, la justicia conmutativa aristotélica y la idea romana de propiedad [203]. Los teólogos-juristas de la escolástica construyeron dos clases de esferas restitutorias [204]: la *restitutio ratione acceptationis*, fundamentalmente pensada para intromisiones en derechos ajenos; y la *restitutio ratione rei acceptae*, derivada de la posesión de cosa ajena [205].

Junto a las anteriores, existía una *restitutio ex contractu* [206], menos sistematizada y asociada a la *i. i. r.* romana sobre la base de consideraciones religiosas [207]. Dentro de los tratados, la restitución contractual se menciona al hilo de diversas vicisitudes de los contratos en general, como el error o la minoría de edad; o en particular, como los vicios redhibitorios o la lesión enorme, en la compraventa. Aunque la exposición que hacen de la restitución contractual no es sistemática, es posible extraer algunas lecciones de la doctrina escolástica

---

[199] La configuración teológica de la conciencia no era de corte subjetivo o individual, sino que se objetivaba, de manera que de ella se pudieran extraer reglas (morales) aplicables por parte de los teólogos juristas. Esas reglas terminaron recogidas en los manuales de Derecho escritos por estos «confesores»; en ellos se abordaban fundamentalmente problemas de la práctica forense, que se dirimían en ese tribunal paralelo –*forum conscientia*– del teólogo y que para la vida cotidiana presentaba una importancia incluso superior a la de los tribunales ordinarios. Véase Jansen, 2020, pp. XXIX-XXX, XXXIX-XL.

[200] Sobre lo explicado sobre el fuero de la consciencia y la practicidad de los postulados de la escolástica, véase solamente Decock, 2013, pp. 26 y ss.

[201] *Ibid.*, pp. 72 y ss.

[202] Véase, *infra*, Capítulo 2, II. 2.

[203] Sobre el método de la Escuela de Salamanca, así como sobre su construcción de la doctrina de la restitución, véase Nufer, 1969, pp. 9-15.

[204] Coing, 1985, p. 190; Nufer, 1969, p. 13.

[205] De ellas me ocupo en el Capítulo 2, sobre el enriquecimiento injustificado: *infra*, Capítulo 2, II. 2.

[206] Esa división en tres de las restituciones se observa en autores como Leonardo Lessio o Antonio de Escobar y Mendoza, de lo que da cuenta Hallebeek, 1996, p. 52.

[207] Jansen, 2013, pp. 24-25, 55. Acaso por ello, la idea de recuperación del *status quo ante* no estaba tan marcada a nivel teórico entre los escolásticos. Lo apunta, Nufer, 1969, p. 12.

sobre esta tercera clase de restitución [208]. Para ello, me centraré en los dos autores más relevantes: Luis de Molina y Leonardo Lessio [209].

3.1 Luis de Molina

El jesuita Luis de Molina (1536-1600) [210] es autor de una obra colosal, en seis volúmenes: *De iustitia et iure* [211]. En el segundo tomo, dedica una buena parte de las *disputatios* al problema de la ineficacia del contrato, por diversas

[208] Ello sin perjuicio de que, junto a los tratados principales, muchos autores escolásticos se ocupasen de las cuestiones propias de los contratos en tratados de cierta especialidad Dentro de este grupo pueden incluirse: *(i)* la *Suma de tratos y contratos de mercaderes dividido en seis libros*, de Tomás de Mercado, Salamanca, 1569; *(ii)* el *Arte de los contratos*, de Bartolomé de Albornóz, Valencia, 1573; *(iii)* la *Parte primera [-segunda] del tratado utilísimo y muy general de todos los contractos, quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*, de Francisco García, Valencia, 1583; *(iv)* el *De iustitia et contractibus et de acquisitione et translatione dominium*, *libri septem*, de Esteban Fagúndez, Lyon, 1641; *(v)* el *Tractatus de contractibus et negotiationibus*, de Luis López, Lyon, 1594; *(vi)* el *Codex de restitutione et contractibus*, de Juan de Medina, Madrid, 1546; *(vii)* el *De contractibus in genere*, en 2 volúmenes, de Pedro de Oñate, Roma, 1646-1647; *(viii)* la *Praxis theologica de contractibus & restitutioninus*, de Juan de Orozco, Salamanca, 1558; y *(ix)* el *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprobación de usura*, de Cristobal de Villalón, Valladolid, 1541. Un estudio de las obras particulares dedicadas al Derecho de los contratos en la segunda escolástica española excede del objeto de este trabajo.

[209] Precediéndolos en el tiempo, y por el grado de importancia general, podría traerse también a *Domingo de Soto* (1495-1560), y su *De Iustitua et iure*. Sin embargo, este autor no aporta demasiado en la materia objeto de estudio. *Soto* dedica el libro sexto de su obra a tratar la usura y algunos contratos como la compraventa (he tenido acceso a la siguiente edición: *De iustitia et iure. Libri decem.*, 1553). Esto le lleva a tratar la rescisión de la venta por causa de lesión, advirtiendo que cuando la injusticia lo es en más de la mitad tiene lugar un injusto o hecho ilícito, un pecado, que obliga a la restitución del exceso cobrado a quien engaña (lib. 6, 3, I; las citas a esta obra se realizan en el siguiente orden: libro, cuestión y artículo). La vinculación de la restitución contractual con el engaño la traslada al caso de los vicios ocultos en la cosa comprada y la obligación de manifestarlo. El vendedor que, conociendo el defecto de una cosa, se la oculta al comprador tiene que rescindir el contrato y restituir; y lo mismo para el vendedor que vende sin conocer el defecto y tiene conocimiento de él después; en ambos casos se produce un daño que se debe evitar. La existencia de un daño –y, por tanto, la comisión de un pecado a través del engaño– es lo que explica que en estos casos surja la obligación de restituir en el contrato. La cuestión concreta de la restitución es algo que no le interesa demasiado, y así se desprende de algunos pasajes. Ante el vicio redhibitorio se remite a los jurisconsultos para determinar aquello que habría de suceder según derecho civil en el foro exterior; es decir, la devolución de la cosa al vendedor y el dinero al comprador, por razón del contrato con vicios («*Quidnam sit de iure civili in foro exterioro, ad iurisconsultos remittimus: quorum interés scire quando est vendiori merces, & pecunia emptori propter contractus vitiim redhibenda*») (lib. 6, 3, I). La aproximación de *Soto* sobre la restitución *contractual* no está del todo trabajada. Antes bien, se encuentra mediada por las otras dos clases de restituciones, de corte extracontractual, que más preocupaban a los teólogos juristas de Salamanca: la *restitutio ratione acceptionis* y la *restitutio ratione rei acepta*. Quien no se encuentra en alguno de estos dos motivos, dice, no está obligado a *restituir*, como no sea en el caso del préstamo y en otros contratos similares, en los que se obligó a tal cosa. Hacia el final del libro sexo, refiriéndose al cuarto, en el que había trabajado ambas clases de restituciones. Véase, *ibid.*, lib. 6, 13, II.

[210] Sobre la importancia de Molina, Alonso-Lasheras, 2011, pp. 1-9; Schlüssler, 2014, pp. 257-260. También la introducción a la edición traducida al alemán en dos volúmenes (incompletos) de Kaufmann y Simmermacher, 2019, pp. XXX-LI.

[211] Nufer, 1969, p. 8.

causas; también a la *restitutio in integrum*, como acción [212]. Me referiré, por separado, a cada supuesto y su restitución, pues es así como mejor se comprende al autor.

(a) Molina trata el problema de las compras y de las ventas celebradas por encima o por debajo de su justo precio [213]. En ambos casos considera que el que compra por debajo del justo precio o el que vende por encima de este comete un pecado, no solo en conciencia, sino también en su fuero externo y está obligado a satisfacer (restituir) a la otra parte [214]. Ese supuesto daba, para él, lugar a la *rescisión*, la cual obligaba al comprador a devolver la cosa y recibir el precio, cuando él era el beneficiado, y viceversa [215]. Es de destacar el cuidado que pone Molina en que la restitución se desenvuelva de la manera más *recíproca* posible.

(b) En caso de dolo que hubiera dado causa al contrato, Molina es tajante al afirmar que el contrato es «*ipso iure nullus*» [216]. Además, el dolo causante del contrato tiene el efecto de indemnizar a aquel de todo daño sufrido, lo que tiene lugar por medio de la restitución de todo el *daño* («*ad restitutionem illorum omnium* [damnoru]» [217]). Molina opera, constantemente, con la distinción entre el fuero de la conciencia, o interno, y el fuero exterior, para afirmar que, en ese caso, el contrato es inválido en ambas esferas. Ahora bien, estas consideraciones las vierte Molina para los contratos de buena fe [218]. Un contrato de derecho estricto con dolo era válido en el fuero exterior y nulo *ipso iure* en el fuero interno. El engañado disponía aquí de una acción *ad rescissionem* [219]. Esta separación en el tratamiento del dolo según los contratos *bonae fidei* y los de derecho estricto (*stricti iuris*) es común en otros teólogos jesuitas [220]. En general, parece claro que, habiendo rescisión, esta se debe conectar con la misma restitución vista en (a).

---

[212] Así se advierte en, Coing, 1985, pp. 413-414; Morales Moreno, 1988, p. 31. Este último se centra en el problema del error.

[213] Molina, *De iustitia et iure. De contractibus.*, vol. II, 1659, pt. 348. Sobre la noción de justo precio en Molina y la escolástica: Alonso-Lasheras, 2011, zpp. 148-168; Schlüssler, 2014, pp. 269-272.

[214] Molina, *De iustitia et iure*, cit., vol. II, pt. 349, n.1. En adelante, las citas siguen el siguiente orden: disputatio y párrafo (todas ellas dentro del libro II).

[215] *Ibid.*

[216] *Ibid.*, pt. 352, n.2.

[217] *Ibid.*, pt. 352, n.6.

[218] *Ibid.*, pt. 352, n.2.

[219] *Ibid.*, pt. 352, n.14. En este mismo sentido, si el contrato era de derecho estricto y el dolo no fue causa del mismo, sino que solo incidió en el mayor precio, el contrato se reputa válido tanto en el fuero interno como el externo. En tal caso, al igual que sucedía en los contratos de buena fe con dolo incidental, se debe reducir el contrato en equidad: *ibid.*, pt. 352, n.15.

[220] Entre los que destaca Covarrubias. Véase Decock, 2013, pp. 290-297.

(c) Molina considera los vicios ocultos en la venta un pecado, que debe saldarse con la restitución de todo el daño (todo el interés); lo que conecta con el dolo de ese vendedor [221]. En este sentido, Molina estima nulo el contrato, si el comprador, *una vez conocido el vicio* [222], no hubiera comprado la cosa. Esta nulidad se proyecta únicamente en el fuero interno del comprador («*in foro conscientia*»); en el fuero externo, el contrato es válido y rige la *actio redhibitoria*, que conduce a la recuperación del precio y la devolución de la cosa [223]. Es decir, una restitución integral y recíproca de las prestaciones. En este sentido, Molina asocia la redhibición del contrato con la rescisión, para contratos válidos en el fuero exterior. Dicha rescisión redhibitoria servía para *deshacer de hecho el contrato*, es decir, obligaba al vendedor a devolver el precio a cambio de recibir la cosa [224].

En otro orden, de perderse la cosa vendida con vicios, Molina no duda en que el riesgo corresponde al vendedor, porque en ese caso el contrato sí es «*ipso iure nullum*» y ningún dominio se transmite al comprador [225].

(d) Sobre el error, Molina se preocupa de determinar en qué casos la venta resultaba o no nula, y no ofrece apenas información sobre el problema restitutorio; no al menos para la falta de acuerdo entre el vendedor y el comprador sobre el precio de la cosa [226]. Cuando el error se refería a la substancia de la cosa, la venta era igualmente nula [227]. En este sentido, vuelve sobre la distinción entre contratos de buena fe y de derecho estricto [228]. Las conclusiones varían ligeramente cuando se trataba de un error en las cualidades de la cosa, ya que aquí considera la rescisión como la principal opción [229]; lo que

---

[221] Molina, *De iustitia et iure*, cit., vol. II, pt. 353, n.2.

[222] Pues estas consideraciones se descartan, claro, si el vicio era manifiesto: *ibid.*, pt. 353, 17.

[223] *Ibid.*, pt. 353, n.3.

[224] *Ibid.*, pt. 353, n.5. Molina se expresa de la siguiente manera: *«Rescissio quippe, ut optime notat glos. […], non semper est ad annullandu contractum. Quasi de iure Validus sit ante rescissionem, sed aliquando est ad revocandum factum, hoc est, ad vendirorem cogendu reítituat pretiu, quod acceptit, accipiendo rem, quam pro eo dedit, eo quod contractus de iure esset nullus».*

[225] *Ibid.*, pt. 353, n.29.

[226] La venta resultaba «nulla», cuando el vendedor afirmaba ser este precio mayor, negándolo el comprador, a menos que el precio se pueda determinar de otra manera; lo que no sucedía en si la falta de acuerdo era al revés: manifestando el vendedor ser menor el precio y opinando lo contrario el comprador. También estimaba Molina como nula la venta en la que la falta de acuerdo aludía a la cosa efectivamente vendida. Entonces, el contrato era inválido, tanto en el fuero interno, de la conciencia, como en el externo, salvo evidencia clara de que convinieron sobre lo mismo: *ibid.*, pt. 340, n.15.

[227] Pone el ejemplo de que se hubiera vendido cobre en lugar de oro o estaño en lugar de plata: *ibid.*

[228] Véase Decock, 2013, pp. 298-299. Al igual que para el dolo, en el fuero externo los contratos *bonae fidei* son nulos *ab initio*, mientras que los *stricti iuris* son simplemente *rescindibles*; en el fuero interno o de la consciencia, ambos contratos son igualmente nulos desde un principio para el autor.

[229] Molina, *De iustitia et iure*, cit., vol. II, pt. 340, n.16. Molina advierte que todo lo dicho para el error sobre la sustancia de la cosa rige para el error sobre sus cualidades, cuando estas afectan a su sustancia: la venta es asimismo *nula*; pone el ejemplo de la venta de un esclavo que se suponía ser hombre y

conduciría a una restitución similar a la del dolo (b), y, por ello, a la de la rescisión por lesión (a).

(e) Molina dedica las tres últimas *disputatios* al beneficio de la *i. i. r.* principalmente a favor de los menores de veinticinco años, por contratos válidamente celebrados durante su minoría de edad, notablemente lesivos [230]. La *i. i. r.* permitía al menor lesionado recuperar el estado jurídico primitivo, por medio de la restitución [231]. El autor indica que estamos igualmente ante la *rescisión* de un contrato válido que requería una lesión de entidad suficiente («*si se inuenit notabiliter laesum*») [232].

Abundando en la restitución, explica su desenvolvimiento en los contratos onerosos [233]. La *i. i. r.* tenía efectos *ex tunc* y el menor podía reclamar la restitución del estado en que se encontraba antes de que el contrato se celebrase, en la medida en que la cosa entregada exista, devolviéndose el precio [234].

La *i. i. r.* a favor de menores se extendía también, para Molina, a los terceros poseedores de la cosa objeto del contrato lesivo, siempre que estos fueran de mala fe, es decir, si no ignorasen el título por el cual se produjo la primera venta [235].

En cuanto al alcance de la restitución, Molina enseña que se restituye la cosa con los frutos por ella percibidos («*ex ea perceptis*») [236].

Como se aprecia, la mayoría de la información restitutoria se contiene a propósito de la restitución que seguía a la *i. i. r.*

---

resultó ser una mujer, ignorándolo el vendedor. Sin embargo, advierte que, según el Digesto y las Partidas, no sucede lo mismo si se vendió la esclava como virgen y no resultó ser así. Molina comparte esta decisión, con la excepción de que el vendedor conociese esta circunstancia y, aun así, vendiese la esclava como virgen; en ese caso dispone a su juicio el comprador de una acción para *rescindir* la venta.

[230] *Ibid.*, pt. 573, n.1. Ya fueran celebrados por el propio menor o por su padre, su tutor o su curador, con intervención o no del juez.

[231] *Ibid.*

[232] *Ibid.*, pt. 573, n.9. Pone el ejemplo de un contrato donde el valor de la cosa fueran cien monedas de oro: en ese caso no cabe apreciar la lesión en cuatro, seis, ocho, diez, quince o veinte monedas; sin embargo, si el valor de la cosa es de cien monedas de oro, se puede pedir la *restitutio in integrum* si la lesión es de diez.

[233] Siendo el contrato gratuito, Molina alberga pocas dudas de que en cualquier caso la lesión del menor conduce a la *restitutio in integrum*, como no fuera que la donación tuviera justa causa (por ejemplo, las remuneratorias): *ibid.*, pt. 573, n.13.

[234] *Ibid.*, pt. 573, n.12.

[235] *Ibid.*, pt. 573, n.19.

[236] *Ibid.*, pt. 575, n.1. Molina aborda la restitución de los frutos en general, para toda la *restitutio in integrum*, y no solo para la que juega a favor del menor; para ello se apoya bastante en la doctrina de Covarrubias. Refiriéndose solo a ella, dentro del mismo número (1), advierte que, si el menor compró un predio, el vendedor tiene que restituir el precio recibido que provocó la lesión, junto con todo aquello que de este percibió o pudo percibir, mientras que el menor solo está obligado a devolver el predio y aquello que le hubiera enriquecido («*ex illo minori factus fuerit locupletior*»). De otro lado, siendo el menor el vendedor del fundo por un precio muy inferior al de su valor, el menor recupera el precio con los frutos percibidos y solo devuelve el dinero en lo que le hubiera enriquecido realmente.

3.2 Leonardo Lessio

La obra de Leonardo Lessio (1554-1623), *De Iustitia et iure* [237], merece atención, no solo por su conexión intelectual con Molina [238], sino también por la influencia que ejerce en algunos puntos sobre Grocio [239], al que estudiaré después.

(a) Lessio aborda en conjunto los problemas contractuales atinentes al error y al dolo, diferenciando en función de la intensidad de uno y otro [240]. Prescinde de la diferenciación entre contratos *bonae fidei* y *stricti iuris*, fundamentalmente a partir de la idea de que se debe permitir al afectado *decidir* si quiere o no el contrato [241]. Este hecho facilita la comprensión del autor [242]. Si el error se refiere a la sustancia de la cosa, el contrato es inválido, pues no ha existido consentimiento [243]. Del mismo modo, quien con dolo induce a una persona a contratar irroga un daño y queda obligado a *restituir por entero* (*restitutio in integrum*) y a devolver lo recibido, si lo pide el engañado [244]. De ello se sigue que la víctima del dolo (o quien padece el error) está obligada a restituir la cosa con sus frutos, incluso aunque se hubiera transmitido la propiedad de la cosa [245].

(b) Lessio se ocupa, después, del contrato «*cui metus causam dederit*». A diferencia de Molina [246], considera que el contrato celebrado en tales circunstancias es válido [247]. Eso no significa que la violencia no permita a quien la sufre «*revocar*» su consentimiento, devolviéndose lo obtenido, como suce-

---

[237] He tenido a la vista el ejemplar de Lessio, *De iustitia et iure caeterisque Virtutibus Cardinalibus*, 1605.

[238] Sobre la importancia de Lessio en el pensamiento de la escolástica, a partir de Molina, puede verse Jansen, 2020, pp. XXI-XXXII.

[239] Decock, 2013, pp. 62-63. Morales Moreno, 1988, p. 34.

[240] Lessio, *De iustitia*, cit., lib. 2,17,27. Las citas se hacen, en adelante, por este orden: libro, capítulo y párrafo. Por un lado, distingue nítidamente entre el error sobre la sustancia de la cosa («*error circa sustantia*») y el que se proyecta sobre elementos accidentales de esta («*circa accidentia & extrínseca*»); por el otro, entre el dolo que da causa al contrato («*dolus dare causam contractui*») y aquel que solo incide en el contrato y en el mayor o menor precio que se termina pagando («*sed dolum incidere in contractum*»).

[241] *Ibid.*, lib. 2,17,5.

[242] En este sentido, Decock, 2013, p. 310.

[243] Lessio, *De iustitia*, cit., lib. 2,17,27. Pone el ejemplo de un vendedor que entrega una gema preciosa como si fuese un vidrio; en ese caso, el error del vendedor obliga al comprador, bien a restituir la gema, bien a pagar el justo precio de esta; y lo mismo sucede, pero al revés, cuando es el comprador quien se equivoca, adquiriendo un vidrio en lugar de la gema que creía.

[244] *Ibid.*, lib. 2,17,28.

[245] *Ibid.*, lib. 2,17,30.

[246] Molina no se ocupa directamente de la cuestión del *metus*, sino que lo hace al margen, al referirse a la promesa y al préstamo de consumo. Véase, en este sentido, Decock, 2013, pp. 231-234.

[247] Lessio, *De iustitia*, cit., lib. 2,17,36.

día en los casos de dolo, a los que se remite [248]. Con la revocación, se refiere a la rescisión del contrato a petición de la parte afectada, y al beneficio de la restitución [249]. Así, la violencia o la intimidación dan lugar a una *restitutio in integrum*, orientada a que quien los provocó restituya el estado existente inicialmente y, por tanto, devuelva lo que le reportó el contrato [250].

(c) Lessio trata la *i. i. r.* a favor de los menores de veinticinco años en los contratos que, aun siendo válidos, les causen un daño [251]. Aquí opera una restitución integral y recíproca, que aborda en cuanto a la devolución de los frutos [252].

(d) Para Lessio, los vicios ocultos en la cosa vendida convierten en inválido al contrato, si el comprador se hubiera negado a adquirir la cosa de saberlo [253]. El autor considera que ese caso se corresponde con el dolo que da causa al contrato [254]. En cambio, habiéndose ejecutado el contrato y consumido la cosa vendida («*res no sit integra, ut sit est consumpta*») [255], el comprador no tiene derecho a la rescisión del contrato, si no existió diferencia real en cuanto al precio. Solo si el vicio reflejase un exceso de precio pagado, puede el comprador revocar (*rectius*, rescindir) el contrato. Esa rescisión, hay que entender, produce la restitución integral.

3.3 Conclusión parcial

Molina y Lessio utilizan el término «rescisión» del contrato y lo suelen contraponer a la nulidad o «invalidez», gracias, en parte, a la distinción entre el fuero de la conciencia y el fuero exterior [256]. Con todo, se aprecia un ligero matiz diferencial.

---

[248] Lo refiere de esta manera: *«tum quia iniuria non est inmediata causa contractus, sed consensus contrahentis, tum quia etsi iniuria possit ese sufficiens causa ad revocandum consensum & contractum irritandum, non tamen est sufficiens, ut ipsum reddat omnino irritum, ut patet in contractu, cui dolus causam dedit, qui, etsi iniuria interveniat, non tamet est in iure naturae irritus, sed irritandus, ut dictum est dubit».*

[249] *Ibid.*, lib. 2,17,38.

[250] *Ibid.*, lib. 2,17,44. Si la otra parte del contrato no participó en el miedo, ignorándolo, faltaría, para Lessio, una acción de Derecho positivo tanto personal como real.

[251] *Ibid.*, lib. 2,17,63.

[252] Distingue entre los contratos gratuitos, por un lado, y onerosos, por el otro. En los primeros la restitución comprende siempre los frutos. Así, *ibid.*, lib. 2,17,70. Para los segundos, la restitución de los frutos la reserva al supuesto en que la cosa (se refiere a un predio) se hubiera vendido por debajo de su justo precio. Así, *ibid.*, lib. 2,17,71.

[253] *Ibid.*, lib. 2,21,86-87.

[254] *Ibid.*, lib. 2,21,87. Y lo mismo sucede cuando la cosa no se corresponde con el uso para el cual se la esperaba adquirir.

[255] *Ibid.*, lib. 2,21,89.

[256] Por eso, la distinción entre nulidad y rescisión que maneja la escolástica no se explica simplemente a partir de la existencia o no de una contravención de la ley que marcaría la frontera entre ambas. Sin embargo, Gordillo Cañas, 1990, pp. 945-946.

La precisión terminológica de Molina en materia de ineficacia[257] se aprecia en que, siempre que se refiere a la «nulidad», no se explica consecuencia restitutoria alguna. Se limita a apuntar que son nulos (así en el error en la sustancia o sobre las cualidades esenciales, o en el dolo causante del contrato) y lo más que hace es referirse a una «*restitutio*» amplia, orientada a reparar el daño causado[258]. Por eso, no queda claro si, en esos casos, tiene en mente una desvinculación. En cambio, cuando la desvinculación se articula por medio de la rescisión –dolo incidente, vicios redhibitorios, lesión en más de la mitad–, profundiza más en la restitución de las prestaciones. Esta restitución se construye a partir de la noción de la *restitutio in integrum*, en sentido no técnico.

Lessio reserva el uso del término «rescisión» para los casos en que el contrato no adolece de invalidez. Ello conduce a la *restitución integral*, presidida por una noción atécnica de restitución integral y recíproca. En contraste con Molina, Lessio conecta la nulidad a la *restitutio in integrum*[259]. No olvidemos que Lessio prescinde de la distinción entre contratos de buena fe y de derecho estricto; lo que le permite apostar por un régimen de nulidad relativa –y rescisión– para los casos de vicios según Derecho natural[260].

Como fuere, la conclusión general de estos autores puede reconducirse a que la desvinculación (rescisión, en Molina, rescisión-nulidad, en Lessio) conduce a una restitución integral y recíproca de las prestaciones; efecto que toman de la *i. i. r.*

4. **La Escuela de Derecho natural**

La restitución contractual escolástica no pasó desapercibida para la Escuela holandesa de Derecho natural ni para los autores del *usus modernus*

---

[257] La destaca Morales Moreno, 1988, n. 49.

[258] Se ha apuntado que, probablemente en estos casos, los escolásticos realizaban un tratamiento delictual de la cuestión: el contrato no se rescindía, porque no había el consentimiento obligacional, como tal, y su terminación o disolución (con efectos rescisorios) constituía, más bien, una suerte de indemnización: Jansen, 2013, p. 54, n.33. En similar sentido, al analizar al error/dolo en Molina y Sánchez, Decock (2013, pp. 299, 303-304) advierte la idea punitiva que se imponía tras la lógica jurídica.

[259] Conviene advertir también que Lessio distinguió expresamente la *in integrum restitutio* de la *restituio* propia de la teoría de la restitución (eminentemente extracontractual): Jansen, 2012, p. 24.

[260] Lo que debe ser seguido por el Derecho positivo. En este sentido, véase Decock, 2013, pp. 311 y ss.

alemán [261]. Yo me centraré en la Escuela de Derecho natural [262]. En su marco, Hugo Grocio formula una teoría general del Derecho natural que se proyecta también sobre el Derecho privado [263]; lo hizo en *De iure de belli ac pacis*» (1625) [264]. También haré referencia a la segunda obra más importante del autor, la *Inleidinge*, imprescindible para la restitución contractual [265].

4.1 Hugo Grocio

Hugo Grocio (1583-1645) recibió la influencia de la escolástica, a través de Lessio [266]. En *De iure de belli ac pacis*, trata la desvinculación en el capítulo dedicado a las promesas, y no en de los contratos. Grocio considera necesario el uso de la razón para que sea válida la promesa. Por eso, estima nula la que prestan el enajenado mental («*furiosi*») y los niños; no así la prestada por los menores de edad, cuya insuficiencia de juicio no resta validez al acto [267].

---

[261] Destaca la adopción, en general, de las sunciones escolásticas por los juristas de la Escuela de Derecho natural, principalmente por Hugo Grocio, Decock, 2013, pp. 6 y ss. Sobre la influencia de la Escuela en materia de restitución contractual: Jansen, 2013, pp. 17-19; Nufer, 1969, pp. 84 y ss., y 105 y ss.

[262] El principal interés que despierta la Escuela de Derecho natural es su intento de gestación de un «nuevo» Derecho privado natural inspirado en los postulados de la razón y universalmente válido; para su principal representante, Hugo Grocio, solo era natural aquello que no contradijese el mandato de la razón. Véase Wieacker, 1967, pp. 289-290; Schlosser, 2001, pp. 96-97).

[263] De ese Derecho privado natural, dos aspectos entrelazados destacan para este estudio: *(i)* la teoría de la declaración de voluntad y *(ii)* la idea de justicia o equidad contractual.

[264] He manejado la siguiente edición: Grotius, *De iure de belli ac pacis. Libro tres, cum Annotatis Auctoris, nec non J. G. Gronovii Notis & J. Barbeyracii Animadversionibus; Commentariis insuper locupletissimis*, vol. II, 1701. También he tenido a la vista la siguiente traducción española: Grocio, *Del Derecho de la guerra y de la paz. Versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll*, vol. II, 1925. Y la edición inglesa más reciente: Grotius, *On the Law of War and Peace. Student Edition*, Student ed, 2012.

[265] *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (o la Jurisprudencia de Holanda) publicada en 1631 tras escapar de su cautiverio en el castillo de Loevestein el 22 de marzo de 1621. He manejado la versión traducida al inglés de *R. Lee*, Grotius, *The Jurisprudence of Holland*, vol. I, 2.ª ed., 1977.

[266] La influencia escolástica se manifiesta, fundamentalmente, en la doctrina de la *restitutio*, de carácter extracontractual y a partir de la cual se sentaron las bases del derecho del enriquecimiento injustificado (Hallebeek, 1996, pp. 88-93; Nufer, 1969, pp. 68-78). No obstante, la influencia de la escolástica en Grocio se aprecia también en el Derecho de contratos. El racionalismo con el que Grocio construye su Derecho natural hace quebrar, por un lado, el elemento que había dado sentido a las obligaciones durante todo el periodo anterior –el contrato como *consensus* entre las partes–; por el otro, los postulados de la razón conceden a la *autonomía privada* la llave de la creación de obligaciones. La voluntad se erige como elemento clave para vincularse. Esta voluntad la segmenta en función del grado de exteriorización; así habla de *animus*, cuando solo es interno, de *pollicitatio*, como declaración de una intención indeterminada, y finalmente de *promissio* o promesa, como declaración orientada a obligarse frente a una persona concreta (Coing, 1985, pp. 399, 405-406). La promesa tiene, para Grocio, fuerza vinculante; lo que habría tomado de la *stipulatio* romana (Wieacker, 1967, p. 294).

[267] Grotius, 1701, lib. 2,11,5,1. En lo sucesivo, las citas a la obra de Grocio seguirán el siguiente orden: libro, capítulo, apartado y párrafo.

Así, advierte que la ley civil de algunos lugares –no la natural– concede a estos últimos el beneficio de la *restitutio in integrum*, siendo su cumplimiento habitual [268].

A continuación, el autor se ocupa, por un lado, del error en la sustancia de la cosa y el que no versa sobre ella («*nam distingui solet inter errorem circa substantiam rei, & qui non sit*») y, por el otro, del dolo que da causa al contrato o que no. Grocio advierte que, según sea la intensidad del error o del dolo, los autores hablan de invalidez («*alios actos irritos pronunciant*») o de validez del contrato, quedando al arbitrio del afectado lesionado su rescisión [269].

Para la violencia [270], Grocio considera que los actos en que interviene el miedo son rescindibles de acuerdo con la ley civil (no la natural), que bien los considera nulos («*irritum*»), bien revocables; y se remite a las consideraciones vertidas sobre dicha ley civil a propósito del error [271].

Grocio solo se pronuncia sobre la restitución que sigue a los casos de miedo, dolo y minoría de edad en la *Inleidinge*, donde aborda el Derecho positivo (no natural), advirtiendo que dan lugar al remedio de la *restitutio in integrum*. Por medio de la *restitutio in integrum*, se coloca a las partes en la posición que tenían antes de contratar; lo que exigía una restitución recíproca de los frutos y los beneficios obtenidos, así como una compensación de daños [272]. A pesar de considerarla contraria al Derecho natural, en esta misma obra se ocupaba de la restitución por causa de lesión enorme a la que, según Derecho positivo holandés, había de acompañar la misma consecuencia [273].

4.2 Pufendorf y Wolff

Samuel Pufendorf (1632-1694) racionaliza en un sistema didáctico el Derecho natural, fundamentalmente con su obra «*De jure naturae et Gentium*» (1672) [274]. Trata de manera conjunta el consentimiento necesario tanto para las promesas como para los pactos [275]. Si en Grocio la trazabilidad de la restitución

---

[268] *Ibid.*, lib. 2,11,5,2.

[269] *Ibid.*, lib. 2,11,6.

[270] *Ibid.*, lib. 2,11,7. Distingue *(i)* entre el miedo grave y absoluto («*metus gravem absolute*»); *(ii)* entre el que es inferido de manera justa o de manera injusta; *(iii)* entre contratos onerosos o gratuitos.

[271] *Ibid.*, lib. 2,11,7,3.

[272] Véase, en la traducción de *Lee*, Grotius, 1977, lib. 3.38.5.

[273] Véase, *ibid.*, lib. 3.52.1-5.

[274] He tenido a la vista la siguiente edición: Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo, cum integris Commentaris Virorum Clarissimorum JO. Nicolai Hertii, atque Joannis Barbeyraci*, vol. I, 1744.

[275] Pufendorf, *De jure naturae*, cit., vol. I, lib. 3,6,1. Las citas de la obra siguen el siguiente orden: libro, capitulo y párrafo.

por desvinculación es difícil –aunque apreciable–, en Pufendorf es prácticamente imposible. El autor se refiere a la *restitutio in integrum* a favor de los menores [276]; al error, que conduce en algunos casos a la rescisión [277]; al dolo [278]; o a la violencia [279]. También a la posibilidad de rescindir por lesión enorme [280]; lo que, en línea con Grocio, rechaza taxativamente para el Derecho natural [281]. No obstante, no se realizan alusiones a la restitución que había de seguirles.

Christian Wolff (1679-1754) [282], en sus «*Institutiones juris naturae et gentium*» [283], apenas aporta información relevante en materia de restitución por desvinculación contractual. El autor se ocupa del error, que parece vincular a la nulidad [284]; y de la violencia o intimidación, a la que anuda la misma consecuencia [285]. También rechaza la rescisión por lesión [286]. El autor parece vincular exclusivamente la desvinculación a la nulidad. En este sentido, afirma que «*un contrato se rescinde o se deshace*, *cuando se declara nulo, y lo que no es nulo*

---

[276] *Ibid.*, lib. 3,6,4. Las promesas emitidas por los adolescentes mayores de trece años son válidas, sin perjuicio de que las distintas leyes establezcan mecanismos para su protección. Así advierte de que en algunos lugares se les considera nulas *ipso iure*, y que en otros se les socorre por medio de la *restitutio in integrum*, si hubiera lesión.

[277] *Ibid.*, lib. 3,6,7. En particular, si el error condujo a quien lo padeció a contratar, se puede rescindir, siempre y cuando aún no se haya realizado prestación alguna y la cosa esté intacta *(«re integra»)*. En caso contrario, es decir, si la cosa no está intacta *(«res non amplius est integra»)* y el contrato ya se ha cumplido en todo o en parte, no se puede pedir la rescisión del contrato. Y si el error es esencial la parte lesionada puede *(i)* rescindir el contrato; *(ii)* compeler al otro a reparar el defecto de la cosa, o *(iii)* a indemnizar el *id quod interest*, si intervino dolo o culpa.

[278] *Ibid.*, lib. 3,6,8. Cuando el dolo da causa a la promesa o al contrato, no obligan. Cuando el dolo se proyecta sobre la cosa objeto del contrato («*incidens circa ipsam rem*»), el contrato está viciado y la parte engañada puede pedir su disolución («*dissoluere*»), por la lesión.

[279] *Ibid.*, lib. 3,6,10. Considera directamente que la violencia impide que surja una obligación. Por eso, no incide más en las consecuencias ni sobre la rescisión.

[280] *Ibid.*, lib. 5,3,9.

[281] *Ibid.*, lib. 5,3,10. Lo completa con la siguiente frase: *«& qui non vult aperire oculos, aperiat crumenam»*.

[282] A diferencia de sus predecesores, Wolff desarrolla un sistema en el que el derecho positivo y el natural (o racional) se encuentran cada vez más próximos. Ello tuvo su reflejo en la mentalidad codificadora posterior, la cual no se comprende sin el método lógico-deductivo de Wolff y su vocación omnicomprensiva (Wieacker, 1967, pp. 312-313, 318-319).

[283] A la publicación inicial latina de esta última obra, en 1750, le siguió una versión traducida al alemán, en 1754, y que iba acompañada por el siguiente subtítulo: «[Instituciones] de las que todas las obligaciones según la naturaleza del hombre se deducen en una conexión consistente». He tenido a la vista ambas ediciones: Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium, in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia*, 1750; *Grundsätze des Natur- und Völckerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem bestandigen Zusammenhange hergeleitet werden*, 1754. Las citas a esta obra se realizarán directamente según el número de párrafo.

[284] *Ibid.*, párr. 405.

[285] *Ibid.*, párr. 406.

[286] *Ibid.*, párr. 580. «*In contractibus onerosis observanda aequitas*, scilicet ut quantum praestat unus, tantundem vicissim ipsi praestandum ab altero sit, sonsequenter *contractu oneroso adimpleto, neuter contrahentium plus vel minus habet, quam ante eundem habebat*, ac propterera *ex contractu neuter sis locupletior*» (la cursiva pertenece a la edición latina del autor).

automáticamente, subsiste»[287]. La afirmación debe contrastarse con lo que el mismo Wolff dice para el *error* sobre el valor de la cosa objeto del contrato[288]. En tal escenario, estima que, si el comprador pagó, por error, un precio menor al valor de la cosa y ya no le interesa el intercambio, puede restituirla recuperando el dinero. En este caso, considera que la venta es rescindible y, por tanto, nula[289]. Y en un supuesto de error sobre la cosa repite que el contrato es nulo[290], entendiéndose que se refiere igualmente a su rescisión. Así, aproxima la desvinculación a la nulidad, y la separa de la rescisión. Con ello, anticipa la evolución de los siglos posteriores, traducida en un progresivo trasvase de las causas de rescisión a la nulidad.

4.3 Conclusión parcial

De la Escuela de Derecho natural no se puede extraer una idea más afinada de las consecuencias que siguen a la desvinculación contractual; mucho menos de la restitución propiamente dicha. Solo Grocio informa de la restitución por desvinculación, cuando trata sobre la jurisprudencia holandesa en la *Inleiinde*. Este tratamiento de la cuestión no es sorprendente, si se tiene en cuenta que la preocupación de estos autores descansaba, más bien, en lo que era adecuado según Derecho natural en cuanto a las causas de desvinculación; lo que puede explicar la falta de determinación de las consecuencias (restitutorias). Esa falta de determinación pudo influir en la pandectística alemana del s. XIX[291] –su construcción del negocio jurídico[292]– y, en lo que interesa, en las lagunas que presenta sobre restitución contractual[293].

---

[287] *Ibid.*, párr. 581. «Dicitur nimirum *Contractus rescindi*, quando pro nullo declarartur, qui ipso iure nullus non est, seu subsistit».

[288] *Ibid.*, párr. 602.

[289] Es interesante que, en la edición latina, Wolff dice que *«sed nullam»,* mientras que en la versión alemana cuatro años posterior se utiliza el verbo *«aufheben»,* que suele indicar rescisión y no nulidad.

[290] *Ibid.*, párr. 604.

[291] La posterior transmisión y desarrollo de esta por Pufendorf, Wolff y Thomasius explica su influencia en el continente –principalmente en la pandectística alemana– y en las codificaciones posteriores. Véase Wieacker, 1967, p. 290.

[292] Coing, 1985, p. 406; Wieacker, 1967, p. 375.

[293] *Infra,* en este capítulo, IV. 2.

5. La doctrina de la nulidad de *Altimarius*

Hacia finales del s. XVII, Blasio Altimarii (1630-1730) ofreció, en un monumental tratado, un interesante intento de categorización de la nulidad y la rescisión [294].

Al abordar la nulidad, advertía de una nulidad múltiple; es decir, de la existencia contratos nulos *ipso iure*, donde la nulidad operaba sin necesidad de acción o intervención del juez, y de contratos que eran «*annulandi*» y precisaban de una sentencia para su declaración, precedida de una acción del interesado. En ambos casos, la ineficacia era *ex tunc* [295]. Esa ineficacia la vinculaba con la *in integrum restitutio*, pues es a lo que le evocaba que la nulidad dejase el contrato como no realizado [296].

A diferencia de la nulidad, Altimarii consideraba la rescisión como una resolución del contrato *ex nunc*, que operaba en los casos de lesión, así como en caso de miedo, dolo, error o causa torpe [297]. En este sentido, la rescisión presuponía un contrato válido afectado, bien por el hecho de una lesión, bien por la existencia de dolo incidental, sin que ninguna de ellas tachase el acto de nulo [298]. En cuanto al desenvolvimiento de la restitución en caso de rescisión, Altimarii subraya su reciprocidad [299].

El autor italiano insistió en la diferenciación de ambas acciones a partir del plano de los efectos (*ex tunc-ex nunc*), y de la idea de «*nam quod nullum est, non est*» [300]. Más allá de eso, la restitución era, ciertamente, la misma en todos los casos: *restitutio in integrum*.

En tercer lugar, el autor abarca la *i. i. r.*, que definía como la reposición de las cosas al estado primitivo mediante la restitución de las cantidades y lo recibido [301]. Esta reposición incluía una indemnización del daño sufrido y el lucro cesante [302], como reparación que puede considerarse casi natural. Así describía a la *i. i. r.* como un remedio extraordinario que se concedía en

---

[294] He tenido a la vista la siguiente edición: ALTIMARII, *Tratctatus de nullitatibus contractum in XIV Rubricas divisus*, vol. 6, 1727. En lo sucesivo, las citas a esta obra y a este volumen se realizan en el siguiente orden: cuestión, número.

[295] Véase, *ibid.*, sec. 36, n.283-286.

[296] «Contractus si est nullus, Omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio, neque venditio intercesserit»: *ibid.*, sec. 37, n.6.

[297] *Ibid.*, sec. 37, n.9-10.

[298] *Ibid.*, sec. 37, n.4.

[299] *«Verum ille, qui vult rescindere contractum, debet offerre omne id, quod ad eum pervenit ex tali contract»: ibid.*, sec. 37, n.563.

[300] *Ibid.*, sec. 37, n.560-561.

[301] *Ibid.*, sec. 38, n.1.

[302] *Ibid.*, sec. 38, n.18.

determinados casos de lesión, no siendo procedente cuando las cosas no podían regresar a tal estado original[303]. Este privilegio solo lo consideraba aplicable a los menores[304], así como a algunas corporaciones y la iglesia[305].

Dos elementos destacan en la obra de Altimarii. El primero es la voluntad de separación entre las categorías que maneja (nulidad, anulabilidad, rescisión y restitución integral), lo que resulta algo inusual para el contexto en que escribe. El segundo es que, en todos esos casos, la restitución quedaba gobernada por el mismo principio de reposición de las cosas al estado inicial: *restitutio in integrum*.

6. Los precedentes doctrinales del *Code civil* francés

Los precedentes doctrinales del Código civil francés representan el cambio de método científico derivado del racionalismo en Europa, que anticipa la Escuela de Derecho natural[306]. Interesa tratarlos, habida cuenta de la influencia que ejercieron sobre la posterior codificación española. Me referiré, primero, a la obra de Domat y, después a la de Pothier. Eso sí, el pensamiento de ambos autores en materia de restitución por desvinculación contractual no se entiende del todo sin el Derecho francés antiguo.

El Derecho francés antiguo no diferenciaba entre la acción de nulidad y la acción de rescisión[307]. La acción de nulidad se dirigía a la eliminación de una obligación allí donde las ordenanzas o las costumbres –en los territorios por ellas regidos, principalmente en el norte de Francia– así lo establecían[308]. La acción de rescisión servía para deshacer obligaciones inicialmente válidas en Derecho, pero que contravenían las reglas de la equidad (error, violencia, dolo o lesión). Estas causas se correspondían, en parte, con la *i. i. r.* romana[309], y no se encontraban en las costumbres. Por eso, no se podían invocar directa-

---

[303] *Ibid.*, sec. 38, n.2-3.

[304] *Ibid.*, sec. 38, n.9, 12.

[305] *Ibid.*, sec. 38, n.401, 431.

[306] Este cambio se tradujo, en la ciencia jurídica, en la prevalencia del pensamiento sistemático-deductivo del que extraer los principios, abstraer las reglas y, en fin, posibilitar el tratamiento particular de cada institución. Cristaliza así una nueva tendencia que se separa, de forma cada vez más evidente, del orden del *Corpus Iuris Civilis*, del cual ya solo se extraen las reglas. Véase Coing, 1985, pp. 70-71.

[307] Laurent, 1878a, párr. 526.

[308] Véase Laurent, 1878a, párr. 526; Planiol, 1907, párr. 1272. *Laurent* explica que la exigencia de las cartas de rescisión servía igualmente a la sustracción del poder de los señores feudales en cuyas jurisdicciones se ejercitaban las acciones de nulidad, así como al reforzamiento de la autoridad del rey y a la extensión de su *iurisdictio*.

[309] Aubry y Rau, 1902, vol. 4, p. 409; Larombière, 1862, p. 418; Laurent, 2018a, párr. 526.

mente ante los tribunales si no se obtenía previamente una carta de rescisión del contrato [310] («*Lettres de rescission*»), expedidas por las *chancelleries* a través de delegación de la autoridad real [311]. Las cartas se emitían sin tener conocimiento de la causa que rodeaba al pleito, de cuyo juicio se encargaba el juez competente [312]. Semejante procedimiento no era necesario en los casos de nulidad, ya contenidos en las costumbres [313].

6.1 Domat

Jean Domat (1625-1696) trata la desvinculación contractual y sus consecuencias restitutorias en distintos lugares de su obra [314].

(a) Domat reputa nulas «*les conventions*» que adolecen de alguno de sus requisitos esenciales y no llegan a alcanzar la naturaleza de contrato [315]. Así ocurría con la falta de capacidad de los contratantes [316], los vicios de la voluntad [317], la contravención de las buenas costumbres [318], u otras causas [319]. En cuanto a la consecuencia, expone que los contratantes deben colocarse en la situación en que estarían de no haberse celebrado el negocio, siempre que las circunstancias así lo permitan, por medio de la restitución [320]. Con ello, vincula la nulidad contractual a la *in integrum restitutio* [321].

(b) En la sección siguiente, aborda la «*resolution des conventions qui n'étoient pas nulles*». Para él, la resolución afecta a contratos que, pese a todo, se deben considerar subsistentes [322]. Entre sus causas se encuentran, entre otras [323], las cláusulas resolutorias, las condiciones, la *i. i. r.*, o la rescisión del

---

[310] Planiol, 1907, párr. 1272.

[311] Un ejemplo de las cartas de rescisión se contiene en Larombière, 1862, pp. 418-419.

[312] Aubry y Rau, 1902, vol. 4, pp. 409-410. La idea de los jurisconsultos franceses habría sido que solo el rey puede conceder el beneficio de la restitución y, por tanto, la rescisión: Larombière, 1862, p. 419.

[313] Larombière, 1862, p. 419. Este autor vincula, ciertamente, la concesión pretoria de las acciones sobre la *restitutio in integrum* a la necesidad de contar con letras de rescisión reales en Francia.

[314] He tenido a la vista la siguiente edición: Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, suivies du Droit public*, 9.ª ed., 1703.

[315] *Ibid.*, lib. I, I, V,1. En adelante, las citas se hacen por este orden: libro, título, sección y número.

[316] Sobre estas, *ibid.*, lib. I, I, V, 4 y 5.

[317] A ellos se refiere más adelante, expresamente, en *ibid.*, lib. I, XVIII. Aquí se encuentran el error (sec. I), la violencia (sec. II) y el dolo (sec. III).

[318] A ello se refiere, más adelante, en *ibid.*, lib. I, XVIII, IV.

[319] *Ibid.*, lib. I, I, V,3.

[320] *Ibid.*, lib. I, I, V,14.

[321] La declaración de nulidad requiere, para Domat, la intervención del juez, bien para restablecer el derecho del afectado, bien para ejecutar lo resuelto: *ibid.*, lib. I, I, V,16.

[322] *Ibid.*, lib. I, I, VI,1.

[323] *Ibid.*, lib. I, I, VI,2.

contrato en caso de dolo o lesión. En todas ellas, las partes habían de ser colocadas en el estado que tenían antes de contratar[324]. El funcionamiento de la restitución lo explica, más adelante, al tratar las rescisiones y restituciones por entero («*rescissions & restitutions en entier*»)[325], cuyas reglas divide en tres.

(aa) La rescisión general precisaba de las «*lettres de rescission*»[326], y era un beneficio concedido a favor de quien había sufrido lesión en un contrato[327]. Funcionaba de manera recíproca, de suerte que ambas partes fuesen colocadas en el estado antecedente al del contrato (*restitutio in integrum*)[328]; y desplegaba efectos contra terceros poseedores[329].

(bb) La restitución a favor de los menores la configuraba como protección sobre los negocios perjudiciales que, por su inexperiencia, pudieran celebrar[330]. Por esto, la restitución era independiente de la buena o mala fe de la contraparte del menor[331]. Domat excepciona la reciprocidad restitutoria en este caso: el menor no perdía el beneficio de la restitución, aunque no se halle en condiciones de reintegrar el precio recibido en virtud del contrato que le fue lesivo[332].

(cc) En último lugar, se refiere a las restituciones de los mayores, en las que incluye la incapacidad para contratar, al error, al dolo o a la violencia[333]; y, junto a ellas, a la rescisión de la venta por lesión enorme o en más de la mitad de su justo precio[334] y a la restitución por ausencia u otra justa causa[335].

(c) Los vicios ocultos en la cosa vendida representaban, para *Domat*, un supuesto especial de resolución, que permitía al comprador «anular» la venta, por medio de la redhibición[336]. El vendedor y el comprador habían de ser colo-

---

[324] Terminológicamente es destacable cómo en muchos puntos el autor habla indistintamente de resolver y anular. Así sucede con las cláusulas resolutorias (lib. I, I, VI,6), la resolución convencional (lib. I, I, VI,7) y el dolo (lib. I, I, VI,8).

[325] *Ibid.*, lib. IV, VI.

[326] *Ibid.*, lib. IV, VI, I.

[327] *Ibid.*, lib. IV, VI, I,1.

[328] *Ibid.*, lib. IV, VI, I,10.

[329] *Ibid.*, lib. IV, VI, I,6.

[330] *Ibid.*, lib. IV, VI, II,1.

[331] *Ibid.*, lib. IV, VI, II,2.

[332] *Ibid.*, lib. IV, VI, II,17. También, *ibid.*, lib. IV, VI, I,10. Así, por ejemplo, si el menor obtuvo una suma de dinero y la consumió inútilmente o la malgastó; y si la invirtió sin provecho prestándoselo a un insolvente, cumple cediéndole las acciones a su acreedor en el contrato, dentro de la restitución. No obstante, Domat estima que el menor está obligado a abonar al comprador los gastos en que haya incurrido para mejorar la cosa, si la quiere recuperar, pues tampoco debe enriquecerse en perjuicio de su contraparte. Véase, *ibid.*, lib. IV, VI, II,28.

[333] *Ibid.*, lib. IV, VI, III,1.

[334] *Ibid.*, lib. IV, VI, III,4.

[335] *Ibid.*, lib. IV, VI, III,5.

[336] *Ibid.*, lib. I, II, XI,1.

cados en el estado en que se encontrarían de no haberse producido dicha venta; lo que califica como una *restitutio in integrum*, que califica de «recíproca» [337].

6.2 Pothier

Robert Joseph Pothier (1699-1772) trata la desvinculación únicamente para la rescisión del contrato, y no para la nulidad. Siendo nulo el contrato, Pothier no indica nada más que la inexistencia de convención, a la que no le sigue restitución. Hay que destacar la imprecisión terminológica del autor al referirse a la nulidad, rescisión o resolución del contrato [338]. En su *Traité des obligations* se refiere al error [339], la violencia [340] y el dolo [341], sin explicar su consecuencia restitutoria. De la restitución se ocupa al hilo de la rescisión por lesión en más de la mitad [342], que aborda en profundidad en su *Traité du contrat de vente* [343]. En virtud de esta, tiene derecho el vendedor a recuperar la cosa y el comprador a recuperar el precio pagado por ella (restitución integral y recíproca) [344], lo que incluye los frutos [345]. Lo mismo ocurre en la rescisión por lesión a favor del comprador [346]: mezclando la nulidad y la res-

---

[337] *Ibid.*, lib. I, II, XI,8.

[338] Lo que ha sido destacado por Coing, 1985, p. 414.

[339] «*Le plus grand vice des conventions*» y cuando este existe no puede haber consentimiento: Pothier, 1761, párr. 17. Por eso, dice que el error anula el contrato, tanto si se proyecta sobre la cosa, como si lo hace sobre las cualidades de esta que las partes tuvieron en cuenta al contratar y que determina su sustancia: *ibid.*, párr. 18. Sobre el tratamiento del error en *Pothier*, véase también Morales Moreno, 1988, pp. 45-48.

[340] Pothier, 1761, párr. 21. El contrato está, en ese caso, viciado. A diferencia del error –donde su presencia elimina cualquier atisbo de contrato–, considera que el consentimiento prestado bajo violencia es consentimiento, a pesar de estar viciado. Por esta razón, el contrato se puede hacer anular y rescindir «*annuller & rescinder*»). Aquí se aprecia una falta de precisión en el uso de los términos «nulidad» y «rescisión». Las equipara, allí donde considera que el contrato es existente pese a adolecer de un vicio (lo que no ocurre en el error). Pero en esta equiparación termina hablando, casi siempre, de rescisión del contrato *ibid.*, párr. 26. Así: *«La violence qui peut donner lieu à la rescision du contrat doit être une violence injuste»*.

[341] *Ibid.*, párr. 29. La anterior tendencia se aprecia bien para el caso del dolo de uno de los contratantes; el contrato no es absoluta ni esencialmente nulo, sino simplemente viciado y, por ello, la parte que sufre el engaño lo puede *rescindir.*

[342] *Ibid.*, párr. 34. En efecto, el autor se refiere por momentos y de manera indistinta a la rescisión por causa de lesión y a la restitución por causa de lesión: *«On n'admet guéres non plus la restitution pour cause de lézion quelque grande qu'on la pretende»;* véase *ibid.*, párr. 37.

[343] Tratándose del vendedor, indica que el objeto de la rescisión por lesión es «*rescindir y declarar nulo el contrato de venta*», cuando este no prefiere que el comprador abone la diferencia con el justo precio: Pothier, 1772a, párr. 331.

[344] *Ibid.*, párr. 332. Rescindido el contrato, añade, no hay causa alguna que permita al uno retener el precio y al otro la cosa.

[345] *Ibid.*, párr. 357.

[346] *Ibid.*, párr. 372.

cisión, destaca que tiene lugar una restitución de las prestaciones [347], basada en la conmutatividad [348].

Pothier se ocupa de la acción redhibitoria en su *Traité du contract de vente* [349]. Considera que el comprador tiene derecho a reclamar la «*résolution & nullité*» de la venta y a que, en consecuencia, tornen las cosas al mismo estado que estas tendrían si no se hubiera producido la transacción. El autor vincula esta consecuencia con la *i. i. r.* romana. Por eso, el vendedor tiene que devolver el precio recibido con los intereses desde el día del pago, a menos que el juez estimase conveniente compensarlos con los frutos que el comprador restituye (restitución integral y recíproca atécnica) [350].

En caso de pérdida de la cosa vendida como consecuencia de los vicios, el comprador solo queda obligado a devolver aquello que de la cosa reste, como por ejemplo la piel del caballo, junto con el resto de sus accesorios (bridas, montadura); o nada, si nada hubiera quedado de ella [351]. Si la cosa vendida «dejó de existir» por culpa del comprador, Pothier se pregunta si pierde entonces el derecho a la redhibición. Con base en el Digesto, considera que en ese caso el comprador solo debe compensar al vendedor con el valor de la cosa vendida, sin que por ello se extinga la acción [352].

Todavía en el *Traité du contrat du vente*, Pothier atiende a otros pactos de contenido resolutorio, que no anulan directamente el contrato, sino que conceden la posibilidad de deshacerlo [353]: la *addictio in diem* y del pacto comisorio. En el primero [354], el vendedor podía reclamar la restitución de la cosa vendida, salvo que el adquirente prefiriese someterse a las condiciones ofrecidas por el nuevo oferente [355]. Para el pacto comisorio [356] –cuyos efectos solo se producen una vez el juez lo declara «*nul & resolú*» [357]–, el comprador quedaba obligado

[347] Y el vendedor puede neutralizar esta rescisión ofreciendo devolver lo que hubiera recibido de más. En este sentido, *ibid.*, párr. 373-374.
[348] *Ibid.*, párr. 380.
[349] *Ibid.*, párr. 217.
[350] *Ibid.*, párr. 219.
[351] *Ibid.*, párr. 220.
[352] *Ibid.*, párr. 221.
[353] Coing, 1985, p. 453.
[354] Advierte que el pacto de *in diem additio* produce la resolución del contrato si el vendedor encuentra durante un tiempo cierto una operación más ventajosa: Pothier, 17772a, párr. 445.
[355] *Ibid.*, párr. 453. La acción, al ser personal-real, la puede dirigir también contra terceros adquirentes de la cosa (párr. 454).
[356] *Ibid.*, párr. 458.
[357] *Ibid.*, párr. 459.

a restituir la cosa vendida, junto con los frutos percibidos, que no podían ser retenidos por quien no había pagado el precio [358].

7. Conclusión parcial sobre el Derecho común

Durante el Derecho común, no llegó a prosperar una teoría unitaria sobre la desvinculación del contrato, las distintas formas mediante las que esta se articulaba y las consecuencias que le debían seguir [359]. Antes bien, la imprecisión de los juristas romanos sobre esta materia no se mejoró, sino que se arrastraron sus carencias [360], sin alcanzarse un grado significativo de claridad [361]. El mayor ejemplo de esta debilidad teórica es la vaguedad [362] con la que los autores empleaban los términos «nulidad», «anulación», «rescisión», «resolución», «revocación» o «restitución». [363]. Únicamente la doctrina de Altimarii, en el s. XVII, puede considerarse más técnica [364]; lo que representa una excepción y no la regla general [365]. En general, el expediente de desvinculación más empleado por los autores y las fuentes es la *rescisión*, si bien en muchos de los casos se habla indistintamente de ella y la nulidad, como sinónimos.

Pese a la falta de precisión, las consecuencias de la desvinculación en el plano material se conectan con una restitución de las prestaciones íntegra y recíproca, anclada en la vieja institución romana de la *i. i. r.* Continúa así un empleo de este brocardo como noción atécnica, principalmente ligada a la rescisión del contrato [366].

---

[358] *Ibid.*, párr. 465. La restitución de los frutos iba acompañada, eso sí, de una idea de reciprocidad respecto del precio que, en su caso, se hubiera pagado parcialmente. En este sentido, Pothier añade (párr. 466) que, si se hubiera pagado una parte del precio, el comprador no está obligado a restituir los frutos que haya obtenido en proporción al precio ya abonado.

[359] COING, 1985, p. 413.

[360] Véase HONSELL, MAYER-MALY y SELB, 1987, p. 119.

[361] En este sentido, ZIMMERMANN, 1996, pp. 678-679.

[362] La destaca DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 583.

[363] Por eso no convence demasiado la idea de que, durante esta época, existía una «distinción funcional» entre una nulidad absoluta por razón de utilidad o de orden público y otra relativa y disponible, «en el terreno de la disposición legal por razón del interés privado y particular», como propone GORDILLO CAÑAS, 1990, p. 946.

[364] En este sentido: COING, 1985, p. 414. Le sigue, destacando a Altimarii, ZIMMERMANN, 1996, p. 679.

[365] Así, la distinción terminológica de este autor entre nulidad y anulabilidad no puede elevarse a regla general en el periodo, como parece deducir GORDILLO CAÑAS, 1990, p. 942.

[366] HELLWEGE, 2004, pp. 408 y ss.; MEIER, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 6-7.

IV. EL SIGLO XIX EUROPEO

La desvinculación contractual y sus causas llegan al s. XIX europeo en un estado borroso y difícil de aprehender. En el presente apartado trataré de estudiar cómo fueron tratadas en el seno de las dos principales codificaciones con las que, de algún modo, se abre y se cierra la centuria: la francesa, primero, y la alemana, después. También intentaré ofrecer una visión del estado doctrinal de la cuestión.

1. **El Derecho francés**

1.1 El *Code civil* francés de 1804 y la ausencia de reglas sobre restitución contractual

La no distinción entre rescisión y nulidad, típica de la Francia del *ius commune*, pasó al *Code civil*. El artículo 1117 CCfr 1804 señalaba que los contratos en que intervenía error, violencia o dolo no eran nulos de pleno derecho, sino que simplemente daban lugar a una acción «de nulidad o de rescisión»[367]. El solapamiento entre ambas acciones tiene una explicación política[368].

Como causa exclusiva de rescisión se reconocía la lesión, vinculada a la *i. i. r.* histórica. El artículo 1305 CCfr 1804 establecía que la simple lesión da lugar a la rescisión de toda clase de contratos a favor del menor no emancipado, así como en favor del emancipado[369]. Por su parte, el artículo 1313 CCfr 1804 aludía excepcionalmente a la restitución a favor de los mayores de

---

[367] *«La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre»*. Según la explicación dada a esta norma por *Bigot-Préameneu*, el contrato celebrado bajo alguna de esas tres circunstancias existe bajo un consentimiento aparente. Por eso, conserva su inicial fuerza legítima y en consecuencia, no es nulo de pleno derecho, sino que es necesario que el acto se *rescinda*, es decir, que sea declarado nulo por el juez; véase Fenet, 1827, p. 224.

[368] Las cartas de rescisión («*Letres de rescision*»), expedidas por el poder real para poder desvincularse de los contratos, fueron abolidas por la ley 7-11 de septiembre de 1790 (arts. 20 y 21); véase Aubry y Rau, 1902, vol. 4, p. 410. Lo destaca igualmente, Coing, 1985, p. 414, n.5. Promulgada en pleno proceso revolucionario, la ley borraba el poder soberano del rey en materia de justicia, al no ser ya necesaria la diferencia formal entre la acción de nulidad y la de rescisión (Laurent, 1878a, párr. 527). Aquella ley dispuso que las acciones de rescisión se ejercerían, en adelante, directamente ante el juez, difuminándose así por completo la diferencia entre la acción de nulidad y la de rescisión (Larombière, 1862, p. 419).

[369] «La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions, et, en faveur du mineur émancipé, contra toutes conventions qui exdèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est determinée au titre de la *Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*». La versión transcrita es la original de 1804. El artículo 1305 CCfr 1804 se modificó en 1964 eliminando la parte relativa al menor emancipado.

edad, por causa de lesión [370]. En sede de compraventa, el artículo 1674 CCfr incorporó la rescisión por lesión a favor del vendedor lesionado en más de siete doceavos del precio de un *inmueble* [371].

En ninguno de los anteriores contextos, se ocupaba el *Code* de explicar la restitución que había de seguir a la rescisión o la nulidad. Únicamente el artículo 1312 CCfr 1804, para el caso de la acción de nulidad o de rescisión a favor del menor, la persona con discapacidad o la mujer casada, limitaba su obligación restitutoria a la utilidad que le hubiera reportado lo recibido [372]. Es verdad que, para los vicios en la cosa vendida, el *Code* contenía reglas de restitución contractual (arts. 1641 a 1649 CCfr 1804) [373]. Lo mismo ocurría con la condición resolutoria (art. 1183 CCfr 1804). Pero era insuficiente y la doctrina francesa pronto tuvo que ocuparse del problema de la restitución.

1.2 La doctrina francesa del s. XIX

Destacando la falta de precisión terminológica del *Code* sobre los términos «nulidad», «rescisión», así como la expresión «restitución por entero» [374], la doctrina trató de distinguirlas, según la existencia o no de lesión [375]. Por un lado, la rescisión quedó reducida a los casos de falta de equidad en el negocio [376]. Por el

---

[370] «Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent code».

[371] Según esta norma, el vendedor tenía derecho, en tal caso, a reclamar la rescisión de la venta, incluso aunque hubiera renunciado expresamente en el contrato al derecho a solicitar esta rescisión. La introducción de esta figura se hizo a pesar de las voces contrarias a mantener esta institución en la codificación francesa. Da cuenta de ello la opinión de Portalis (1844, pp. 396-397, 404-410) en las deliberaciones del *Conseil d'Etat* previas al *Code*. A la vista del resultado final del *Code*, sobre la rescisión por lesión, se terminó imponiendo la opinión de *Portalis*, frente a la de quienes, con base en la Escuela de Derecho Natural –y, sobre todo, en *Thomassius*– abogaban por rechazar de una vez la rescisión por lesión.

[372] Planiol, 1907, párr. 1277, n.1.

[373] Se permitía la redhibitoria, si la cosa resultaba ser impropia para el uso al que se le destina, o el vicio disminuía su uso, de tal manera que el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella, de haberlos conocido (art. 1641 CCfr 1804). En ese caso, el Code concedía al vendedor la posibilidad de restituir la cosa y recuperar el precio, o de reclamar que se le devolviese la parte pagada de más (art. 1643 CCfr 1804). Asimismo, el vendedor debía pechar con el riesgo de pérdida de la cosa vendida como consecuencia de su mala calidad, quien debía devolver el precio al comprador, así como indemnizar el resto de los daños irrogados; mientras tanto, la pérdida fortuita de la cosa vendida con vicios era de cuenta del comprador (art. 1647 CCfr 1804).

[374] Larombière, 1862, p. 420; Marcadé, 1873, p. 687; Planiol, 1907, párr. 1275-1276.

[375] Planiol, 1907, párr. 1275.

[376] La doctrina pasó a describir a la rescisión como un privilegio personal sobre todo atribuido a los menores e incapaces contra toda clase de contratos, así como un derecho que los mayores podían disfrutar excepcionalmente; véase Aubry y Rau, 1902, vol. 4, pp. 418-427.

otro, la doctrina [377] vinculó la acción de nulidad [378] con la contravención de la ley (personas jurídicas prohibidas, mujeres casadas sin autorización del juez o del marido), la incapacidad (menores de edad o discapacitados) o los vicios del consentimiento (error, dolo o violencia). En estos últimos –se decía– la nulidad no es más que *relativa*, es decir, que solo podía ser hecha valer por la parte sobre la que recaía el motivo de la nulidad –la merecedora de protección–, y no por el otro contratante. Se comenzó a hablar aquí de una *annulabilité* [379]. Al lado de ella, se advertía una nulidad *absoluta*, que no necesitaba de acción, y que se identificaba en aquellos casos en que el *Code* se limitaba a pronunciar la palabra «nulo» o «nulidad» sin referirse a una acción [380]. Tal nulidad absoluta representaba la «verdadera» nulidad [381].

Absoluta o relativa, la nulidad quedó asociada en este periodo a la inexistencia (falta de algunos de los requisitos necesarios para que el negocio pudiera considerarse plenamente perfeccionado) [382] y, por tanto, al brocardo «*quod nullum est, nullum producit effectum*» [383]. En ambas nulidades, las partes quedaban repuestas al estado antecedente al de la formación de la obligación anulada, mediante una restitución recíproca [384]. En este sentido, se advertía del

---

[377] Aubry y Rau, 1902, vol. 4, pp. 414-417; Larombière, 1862, pp. 420-421.

[378] Larombière (1862, p. 420), advierte que los añadidos «de derecho» o «de pleno derecho» no quieren decir que no sea necesario ejercitar una acción, sino que simplemente vienen a reforzar la potencia expresiva de la propia nulidad.

[379] Véase, en este sentido, Planiol, 1906, párr. 335-343; y 1907, párr. 1271. Sin duda es el autor que más decididamente argumenta a favor de la nulidad absoluta, por un lado, y la relativa, por el otro, criticando al punto la nueva figura de la inexistencia. Este autor considera que la nulidad absoluta es la regla general y la relativa la excepción; también que el mantenimiento de la anulabilidad es una herencia necesaria del Derecho romano pretorio. En esta línea, dice Fenet (1827, p. 369) que «*l'action en nullité ou en rescission ne s'applique donc qu'aux cas où la convention peut produire une action*».

[380] Larombière, 1862, p. 421.

[381] «*La nullité de plein droit es la véritable nullité, celle qui sanctionne en principe les prohibitions de la loi*»: Planiol, 1906, párr. 336. La nulidad absoluta se producía directamente por ministerio de la ley, sin necesidad de acción, toda vez que el acto nulo no tenía existencia legal ni, por tanto, desplegaba efecto jurídico alguno; «*il n'y avait rien*», como mostraba el brocardo romano «*nullum est negotium, nulla obligatio; nihil agitur; nihil actum est*»; Véase solamente a este respecto la exposición sobre la teoría de los actos jurídicos y las nulidades en: *ibid.*, párr. 326, 328 y 330.

[382] Se aprecia bien este hecho en Laurent, 1878a, párr. 526. Véase, también, Marcadé, 1873, pp. 686-687. A juicio de este autor, solo podía extinguirse aquello que primero hubiera sido existente; lo que estaba presente, de algún modo, en los debates preparatorios del *Code* (sobre ello, Fenet, 1827, p. 370). Una noción de nulidad muy próxima a la idea de inexistencia del negocio conecta, a su vez, con el Derecho consuetudinario anterior, en el que se habría establecido una diferenciación entre negocios que no pueden tener efecto alguno y negocios que solamente son susceptibles de rescisión; véase Klein, J. P., 2010, pp. 150-152. Muy crítico con la noción de inexistencia, y las complicaciones que esta había introducido desde 1804, al entender este campo ya cubierto por la nulidad de pleno Derecho, Planiol, 1906, párr. 329, 332-333.

[383] Véase, al respecto, Aubry y Rau, 1902, vol. 4, pp. 427-429; Larombière, 1862, p. 422; Laurent, 1878b, párr. 61.

[384] Aubry y Rau, 1902, vol. 4, pp. 427-429; Larombière, 1862, p. 422; Laurent, 1878b, párr. 62; Marcadé, 1873, p. 711; Planiol, 1907, párr. 1277.

nacimiento de una nueva relación obligatoria con la anulación, en la que las obligaciones de restitución habían de ejecutarse como si naciesen de un contrato y, por consiguiente, una parte no podía reclamar la devolución de lo debido sin prestarlo él [385]. De esta manera, la restitución quedaba ahora explicada a la luz de la acción de nulidad [386], añadiéndose que las mismas consecuencias restitutorias resultaban aplicables a la rescisión por lesión en general [387].

El efecto restitutorio que la doctrina francesa ligaba a la rescisión o nulidad del contrato era el mismo que consideraban aplicable a la resolución [388]. En efecto, todos los supuestos de desvinculación desembocaban en la misma restitución integral y recíproca [389]. Con todo, esta configuración teórica no suplía el hecho de que el *Code* carecía de un cuerpo de normas restitutorias para la desvinculación del contrato. Por esta razón, los autores recurrían a la liquidación posesoria para explicar la extensión de la restitución. Así se explica que el deudor de la restitución gozase del beneficio del poseedor de buena fe, en cuanto a frutos (arts. 549 y 550 CCfr 1804 [390]); lo que era congruente con la idea de que la nulidad o rescisión del contrato terminase con el derecho de propiedad *ipso iure* [391]. Sin embargo, las carencias del *Code* en este punto no fueron abordadas por los autores en su totalidad. El supuesto de pérdida de la cosa debida en la restitución da cuenta de ello. Los autores apenas trataron este problema; como mucho, advirtieron que los efectos de la restitución se proyectaban también contra terceros adquirentes, toda vez que el adquirente dejaba

---

[385] Planiol, 1907, párr. 1278.

[386] En este sentido, se ha advertido que la concepción tradicional de la *restitutio in integrum* romana, como acción y como consecuencia, empañó la construcción de la acción de nulidad francesa, conduciendo a entender que la propia nulidad también implicaba, de por sí, una restitución integral y recíproca. Véase Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 392-393.

[387] Laurent, 1878a, párr. 551.

[388] Laurent, 1878b, párr. 61; Planiol, 1907, párr. 1277, 1320. Sobre la diferencia entre la resolución y la nulidad-rescisión a propósito de las causas sobrevenidas que patrocinaban la primera, Larombière, 1862, p. 422.

[389] La única excepción venía dada por los casos de incapacidad, en los que se restituía el enriquecimiento (art. 1312 CCfr 1804). Los autores parecen tener simplemente en cuenta el caso de que el menor o incapaz recibe una suma de dinero, y las posibilidades que este tiene de incrementar o mejorar su patrimonio por medio de ella. Así, Larombière, 1862, p. 470; Laurent, 1878b, párr. 66-69. La idea era que el incapaz podría haber dilapidado las sumas recibidas por razón del contrato: Planiol, 1907, párr. 1278. Para el caso en que el menor recibiese una cosa en virtud del contrato, apuntan que la otra parte contratante la puede reivindicar –lo que se corresponde con la pérdida de efectos *ipso iure* del contrato por causa de nulidad o de rescisión que defiende la doctrina francesa– en este sentido, Larombière, 1862, p. 471.

[390] En contra de esta operación, por estimar que el artículo 549 CCfr 1804 no tenía nada que ver con la anulación del contrato, sino que iba referido a la restitución reivindicatoria, Laurent, 1878b, párr. 64.

[391] Sobre en qué consistía la buena o la mala fe del contratante en estos casos no se aportaba ninguna aclaración. Algún autor, eso sí, relaciona la buena fe con la ignorancia del adquirente de cosa fructífera de los vicios que acompañaban a su título. Así, Planiol, 1907, párr. 1280.

de ser propietario con la rescisión o la anulación [392]. Solo para la acción redhibitoria, el *Code* contenía reglas que alumbraban el caso de pérdida de la cosa.

La acción redhibitoria daba paso a una restitución recíproca. El comprador había de devolver la cosa con sus frutos, recuperando el precio con los intereses [393]. Este efecto de la redhibición se correspondía con la restitución integral, en la medida en que las partes debían ser colocadas en la misma situación que existiría si el contrato no se hubiera celebrado [394]. No obstante, en el caso de pérdida de la cosa por caso fortuito o por culpa del comprador, la acción redhibitoria quedaba neutralizada y no se podía ejercer (art. 1647 CCfr 1804). Los autores lamentaban aquí el abandono del sistema romano que, en ese mismo caso, no impedía el ejercicio de la acción, sino que obligaba al comprador a devolver el valor de la cosa [395].

La rescisión por lesión se guiaba por los mismos postulados y se asimilaba a la acción de nulidad, con los mismos efectos restitutorios [396].

2. El Derecho alemán anterior y posterior a la codificación del BGB

Los autores alemanes del s. XVIII habían manejado, por influencia del Derecho romano clásico, diversos instrumentos que articulaban la desvinculación y que conducían a la restitución de las prestaciones contractuales. Aquí se contaban la *i. i. r.*, las acciones contractuales, la acción redhibitoria, la *condictio* y la reivindicatoria. En todos esos escenarios, la restitución estaba presidida por un mismo principio: el de la restitución *integral* y *recíproca* de las prestaciones, cuyo efecto era el de reponer las cosas al estado jurídico anterior [397]. Esta concepción se mantuvo, en cierto modo, en la codificación del *Landrecht* prusiano, de 1794 [398], pero se altera en el s. XIX, de la mano del desarrollo que propone la Escuela pandectista.

---

[392] Se les considera *rei persecutoriae*, esto es, que siguen a la cosa objeto del contrato. LAROMBIÈRE, 1862, p. 422. También, PLANIOL, 1907, párr. 1281. En contra, LAURENT, 1878b, párr. 72-76. Este autor rechaza la idea de que, según el Derecho francés del *Code*, la acción de nulidad o de rescisión tuviese efectos reales-personales (*in rem scriptae*), incluso en caso de dolo.

[393] AUBRY y RAU, 1907, vol. 5, pp. 112-114.

[394] LAURENT, 1878c, párr. 293.

[395] AUBRY y RAU, 1907, vol. 5, p. 115.

[396] LAURENT, 1878c, párr. 441.

[397] Véase HELLWEGE, 2004, pp. 435-451. Este autor (pp. 443-444) se hace repetidas veces eco de una cita de *Johann Hieronymus Hermann* –autor alemán del s. XVIII– según la cual «*restitutio in integrum est reciproca*»; es decir, sin la idea de reciprocidad en la restitución no resulta posible el regreso a la situación existente *ante contractus*.

[398] Se trata del *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*. En esta codificación, se negaba eficacia vinculante a la declaración emitida bajo la influencia de la violencia o la intimidación (I, IV, §§ 31,

2.1 La doctrina alemana del s. xix. La Escuela histórica y la pandectística

La doctrina alemana del s. xix está casi monopolizada por la Escuela histórica del Derecho y su continuación, la pandectística[399]. La importancia de la pandectística para nuestro estudio se explica por su relación con el *iusnaturalismo* y el desarrollo que hace de la voluntad como elemento creador de las obligaciones[400]. Para Savigny, máximo representante de la pandectística, el contrato no era más que una unión de varias declaraciones de voluntad[401]. Al colocar la declaración de voluntad en el centro, rompe con el *ius commune* y la aproximación francesa[402]. A pesar de ello, el resultado respecto a la restitución por desvinculación contractual es similar: un desarrollo limitado que, sin embargo, termina siendo suplido por medio de la idea de la *restitutio in integrum* atécnica.

(a) Los tratados de pandectas abordaban la «reposición al estado previo» («*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*»), como traducción alemana de la *i. i. r.* romana[403]. Se trataba de una fuente de terminación de negocios jurídicos inequitativos[404] cuyas causas eran, entre otras, el miedo, error, dolo, incapacidad o minoría de edad[405]. La *i. i. r.* era una acción subsidiaria[406] que los pandectistas apenas son capaces de ubicar en los tratados[407]. Solo las obras independientes de la época le dieron algo más de importancia[408].

---

32 y 33 ALR); se declaraba inválida la emitida por error esencial (I, IV, § 75 a 83 ALR); y se reputaba no vinculante a que hubiera sido producto del engaño (I, IV, §§ 84-93 ALR).

Aun con todo, se regulaba la rescisión de los contratos (I, V, IX ALR). Como supuestos de rescisión se reconocían aquellos en los que había intervenido el engaño o un error provocado, ordenándose una restitución integral y recíproca de las prestaciones contractuales (I, V, § 352 ALR).

399 Sobre la Escuela pandectística y la renovación del Derecho que impulsaron con su método Schlosser, 2001, pp. 144-148; Wieacker, 1967, pp. 353-354, 363-367).

400 Así nace la teoría del negocio jurídico: Coing, 1989, pp. 275-276; Schermaier, *HKK*, 2003, p. 407.

401 Savigny, 1840, p. 340.

402 Coing, 1989, p. 276.

403 Véase Savigny, 1848, p. 91.

404 Regelsberger, 1893, p. 712; Savigny, 1848, p. 109; Windscheid y Kipp, 1963, pp. 586-588. La *restitutio in integrum* se consideraba como un remedio extrajurídico cuya fuente estaba en la equidad (*aequitas*) y no en el Derecho positivo; véase, sobre todo, Savigny, 1848, pp. 116-118. También, Puchta, 1863, pp. 156-157.

Mediante la *i. i. r.* se removía, excepcionalmente, el daño causado por un negocio. Ese daño había de ser significativo: Buchardi, 1831, pp. 82-91; Puchta, 1863, p. 165; Spaltestein, 1873, p. 29; Thibaut, 1833, p. 202; Windscheid y Kipp, 1963, vol. 1, p. 588.

405 Brinz, 1873, pp. 405-406, 415; Dernburg, 1896, párr. 139, p. 330; Puchta, 1863, pp. 157-159; Savigny, 1848, pp. 136-137; Spaltestein, 1873, p. 45; Thibaut, 1833, pp. 201-202.

406 Thibaut, 1833, p. 202.

407 Hellwege, 2004, p. 452.

408 La monografía de referencia, citada en todos los trabajos posteriores es la de Buchardi, 1831; también conviene mencionar la posterior de Spaltestein, 1873.

La *i. i. r.* daba lugar a una restitución recíproca de las prestaciones, que obligaba al demandado a devolver lo recibido[409]. El demandante debía ser colocado en la misma posición que ostentaba antes de que se realizase el negocio que justificaba la restitución, pero no en mejor posición[410]. Solo en el caso de minoría de edad, no estaba obligado el menor a restituir lo que hubiese perdido por su inexperiencia o temeridad, sino su enriquecimiento[411]. En caso de pérdida fortuita de la cosa se reconocía, a veces, la procedencia de la restitución de su valor; otras, se excluía[412]. Y, en el caso de los contratos traslativos del dominio, como la compraventa, se reconocían ciertos efectos *in rem* –esto es, frente a terceros– en caso de miedo; también en algunos escenarios de minoría de edad y mala fe del tercero o tratándose de bienes muy valiosos del menor[413].

(b) La realidad de la *i. i. r.* contrasta con el papel protagonista que los autores concedían a la «nulidad» e «impugnabilidad» del contrato[414]. Los pandectistas hablaban de «negocios viciados», para referirse a aquellos que no reunían todos los requisitos exigibles para ser considerados como un negocio jurídico, según Derecho positivo[415]. Probablemente por la influencia ejercida por Savigny, la pandectística identificaba varios grados en la ineficacia[416]. Los autores diferenciaban entre negocios nulos («*nichtig*») e impugnables («*anfechtbar*»)[417] (o entre una nulidad absoluta y otra relativa, que vendría a ser lo mismo)[418]. La nulidad absoluta aludía a la falta de algún elemento esencial en el negocio (consentimiento, capacidad, objeto…)[419] que, entonces, se consideraba inexistente[420]. Por su parte, la impugnabilidad

---

[409] Brinz, 1873, vol. 1, p. 438; Buchardi, 1831, pp. 553-556; Savigny, 1848, p. 265; Thibaut, 1833, p. 203; Windscheid y Kipp, 1963, vol. 1, p. 601.

[410] Regelsberger, 1893, p. 716; Savigny, 1848, pp. 264-266.

[411] Dernburg, 1896, párr. 143, pp. 340-341; Savigny, 1848, p. 266; Spaltestein, 1873, p. 219.

[412] Spaltestein, 1873, p. 219.

[413] Brinz, 1873, vol. 1, p. 437; Regelsberger, 1893, pp. 716-717; Savigny, 1848, pp. 271-273; Spaltestein, 1873, pp. 199-200; Windscheid y Kipp, 1963, vol. 1, p. 599.

[414] Así, por ejemplo, en el sistema de Savigny, la *restitutio in integrum* se encuentra en el tomo séptimo, dentro de la lesión de los derechos, mientras que la nulidad y la anulabilidad se tratan antes, en el tomo cuarto, como parte de la extinción de las relaciones jurídicas (y, en particular, de los hechos jurídicos).

[415] Puchta, 1863, pp. 104-105; Savigny, 1841b, p. 536; Windscheid y Kipp, 1963, vol. 1, p. 423.

[416] Savigny, 1841b, pp. 536-538.

[417] Dernburg, 1896, párr. 120, pp. 286-287; Puchta, 1863, pp. 104-105; Regelsberger, 1893, párr. 174, II.

[418] Dernburg, 1896, párr. 120, pp. 286-287. No obstante, otros muchos advertían de la superposición entre la impugnabilidad y la nulidad relativa. Por eso, terminaban hablando de una nulidad relativa o impugnabilidad, siempre que el negocio no fuera directamente nulo (Brinz, 1892, vol. 4, párr. 419; Windscheid y Kipp, 1963, vol. 1, párr. 426).

[419] Brinz, 1892, vol. 4, pp. 425-440.

[420] Brinz, 1892, vol. 4, pp. 396-397; Puchta, 1863, pp. 104-105; Windscheid y Kipp, 1963, vol. 1, p. 424.

se asociaba a los vicios de la voluntad[421]; lo que ciertamente la aproximaba a la *i. i. r.*[422].

(c) El tratamiento de la restitución en ambos casos por la pandectística es difuso. Para el supuesto en que el contrato fuera nulo y se hubieran ejecutado las prestaciones, algunos autores se referían asépticamente a la «*restitución de lo obtenido*» por el demandado[423]. En esta línea, al abordar la impugnabilidad, otros aludían, repetidas veces, a la «*restitución*», como una de las formas que esta acción podía adoptar[424]. Pero ¿a qué se estaban refiriendo? La respuesta es tan evidente como contradictoria: a la *restitutio in integrum* que habían declarado subsidiaria, como acción[425]. Se aprecia bien en Savigny.

Savigny consagró los § 315 a 343 del tomo VII de su *Sistema de Derecho romano actual* a la «*Restitution*», que vinculó a la recuperación del *status quo ante*. Esta restitución se encontraba, para él, en numerosos e importantes compartimentos del ordenamiento, y permitía reconciliar el plano jurídico con el fáctico. Ahora bien, la restitución poco o nada tenía que ver con la antigua *i. i. r.*, por más que el nombre permaneciese[426]. Savigny advertía que la antigua *i. i. r.* romana se fue dividiendo e incorporándose a instituciones jurídicas independientes, que también tenían como cometido la reposición de las cosas al estado jurídico anterior al del perjuicio experimentado por un sujeto[427]. Entre esas acciones, Savigny contaba las *condictiones*, la acción redhibitoria, la impug-

---

[421] Los consideraba supuestos de impugnabilidad, Brinz, 1892, vol. 4, p. 441. Pero no era una cuestión pacífica, y dependía del vicio. Para muchos, el error esencial determinaba la nulidad absoluta: Dernburg, 1896, párr. 102, p. 238; Regelsberger, 1893, pp. 525-526; Thibaut, 1833, p. 10. En contra, Puchta, 1863, pp. 86-87; Windscheid y Kipp, 1963, vol. 1, pp. 402-403. Y lo mismo sucedía con el dolo causante, aunque aquí estaban más divididas las opiniones: Dernburg, 1896, párr. 104, pp. 246-247; Thibaut, 1833, p. 12. En contra, Windscheid y Kipp, 1963, vol. 1, p. 404. Advierte de que una mayoría de autores pandectistas consideraban el dolo como causa de la impugnabilidad, Hellwege, 2004, p. 458. De otro lado, la mayoría de los autores consideraban que la violencia o amenazas no provocaban la nulidad, sino que solo hacían el negocio impugnable: Dernburg, 1896, párr. 103, p. 243; Puchta, 1863, p. 85. Véase, también, Hellwege, 2004, p. 457. No obstante, Thibaut (1833, p. 14) considera que, si la violencia o el miedo proceden de un contratante y da causa el contrato, este es directamente nulo. No así, si la violencia procedía de otra fuente.

[422] En este sentido, Jhering (1860, párr. 100, 102) advierte que la *Aufhebung* (nulidad o impugnación) sería más sencilla que la *i. i. r.*, pero que, de no mantenerse esta, se dejarían sin cubrir aquellos negocios que, sin ser abyectos, provocan resultados inequitativos (lesión).

[423] Véase, si bien con referencia a la *condictio sine causa* como vía para esa restitución, Regelsberger, 1893, párr. 174, II.1. También, Thibaut, 1833, pp. 206 y ss. En esta misma línea, autores como Puchta (1863, p. 87) advierten que vicios como el error o el dolo pueden dar lugar a una variedad de acciones, entre las que se encontraban la *condictio indebitii*, las acciones edilicias o la *restitutio in integrum*.

[424] Savigny, 1841b, pp. 537, 539 y 543. La misma idea se aprecia en Brinz, 1892, vol. 4, p. 423; Regelsberger, 1893, párr. 174, II.2.

[425] Véase Jhering, 1860, párr. 67, 100.

[426] Savigny, 1848, p. 93.

[427] *Ibid.*, pp. 93-94.

nación (rescisión) del contrato por lesión en más de la mitad, así como las acciones pretorias de *dolo* y *quod metus causa*. Todas se comprendían bajo el paraguas de la restitución integral[428].

Para Savigny, la esencia (romana) de la *restitutio* contractual no se encontraba en ella misma, sino en el resto de las acciones (o remedios ordinarios) enumeradas. Por eso, su progresiva eliminación no habría obedecido tanto a una superación de sus postulados materiales, cuanto a su dilución dentro de cada uno de los remedios jurídicos ordinarios (acciones)[429]. Como se observa, en la construcción teórica de Savigny –clave para entender la posterior codificación alemana–, la *i. i. r.* no desapareció realmente, simplemente «murió de éxito»; diseminada en diferentes acciones. Esto explica que, cada vez que se aludía a una «restitución» en sede de nulidad o impugnabilidad del negocio, se hacía referencia, en realidad, a la *i. i. r*; no como acción en sí misma, sino como principio atécnico. De este modo, se cierra al círculo y las consideraciones iniciales sobre la *i. i. r.* pueden entenderse aplicables, en la pandectística, también a la nulidad o impugnabilidad[430]; y lo mismo, con matices, cabe para la redhibitoria[431]. La aproximación de Savigny expuesta era compartida por otros pandectistas[432].

---

[428] *Ibid.*, pp. 94-95.

[429] *Ibid.*, pp. 114-115.

[430] La posición de Savigny en cuanto a la restitución es contrapuesta a la del otro gran estudio que sobre este particular vio la luz en la primera mitad del s. XIX. Se trata de la extensa monografía de Buchardi (citada *supra* en nota 408). En materia de restitución integral, Buchardi había visto las cosas exactamente de modo opuesto al de Savigny (o viceversa, pues aquel escribió antes). Si para Savigny la tendencia habría ido hacia la progresiva disolución de la restitución integral en una ristra de acciones y excepciones de derecho ordinario, Buchardi advierte que la restitución habría de algún modo «absorbido» o ganado terreno al resto de acciones: BUCHARDI, 1831, pp. 1-22. Así, para el caso del *metus* véase *ibid.*, pp. 359-376. Y para el caso del dolo, *ibid.*, pp. 376-382. Bien miradas las cosas, la discrepancia entre ambos autores no era tan relevante como a primera vista pueda parecer. Y es que ambos tienen un mismo común denominador, a saber: que la idea o la lógica de la restitución integral se mantuvo, con mayor o menor protagonismo, en el tiempo y dentro de una serie de acciones o excepciones dirigidas a producir la desvinculación contractual.

[431] No obstante, para la acción redhibitoria matizó que no se podía situar en un mismo plano a la *in integrum restitutio* ordenada por el pretor que al deber de restitución (también integral) que pesaba sobre las partes en caso de redhibición; SAVIGNY, 1848, p. 106. Esta puntualización no acaba de entenderse, salvo desde el rechazo a que la redhibitoria fuese una rescisión. Para otros autores de la pandectística la redhibitoria reconocía una *restitutio in integrum*: THIBAUT, 1833, pp. 48-49. Y la misma consecuencia, indica este autor se predicaba para la rescisión por lesión (pp. 50-51). En similar sentido, desde fuera de la escuela, BUCHARDI, 1831, p. 15.

[432] Se aprecia muy bien en BRINZ, 1892, vol. 4, p. 424. En similar sentido parece pronunciarse THIBAUT (1833, p. 201), quien advierte de una *restitutio in integrum* en sentido propio, como instrumento destinado a recuperar una situación jurídica antecedente, y de otra en sentido amplio que comprende las acciones con las que una persona puede obtener una compensación.

2.2 Codificación y rechazo formal de la *restitutio in integrum* en el BGB

El BGB excluyó la *i. i. r.* como acción. De algún modo, se impusieron las tesis de Savigny, que consideraban innecesaria la *i. i. r.*[433]. Como expedientes de desvinculación se recogieron, principalmente, la nulidad/impugnabilidad y la resolución.

(a) Para la desvinculación por nulidad o impugnabilidad, el BGB incorporó la teoría de la declaración de la voluntad[434], pero sin ofrecer información directa sobre la restitución[435]. La influencia del sistema abstracto de transmisión de la propiedad alemán (cfr. §§ 873, 929 BGB), heredado también de Savigny, redirigió esta restitución al enriquecimiento injustificado y a la *condictio* de prestación[436] (§ 812.1 S. 1 1 Alt. BGB: «*quien mediante la prestación de otro* […] *obtiene algo a su costa sin causa que lo justifique está obligado a restituir*»). Mediante esta operación se difuminaron los principios restitutorios contractuales (integridad y reciprocidad), a pesar de que tanto la nulidad como la impugnabilidad siempre tuvieron por objeto recuperar el estado jurídico preexistente a la celebración del negocio (*restitutio in integrum*)[437].

Con este proceder, el sistema del BGB se situaba al margen de las necesidades prácticas; y no sería por falta de llamadas de atención. Ya antes de la codificación, autores como Bolze advirtieron de los problemas que la restitución derivada de la nulidad planteaba en aquellos contextos donde ambas prestaciones se habían ejecutado, pues el BGB no indicaba nada acerca del desenvolvimiento de la restitución y si esta había de acometerse de manera

---

[433] En efecto, en los motivos para su exclusión se aludió a lo improcedente e innecesario de incorporar un remedio extraordinario basado en la equidad cuando el resto de los instrumentos de Derecho positivo resultaban fallidos: *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. 1, 1888, p. 392. En general, fue la concepción subsidiaria de la *restitutio in integrum* lo que terminó por condenarla en la encrucijada de la codificación. A ello se añadieron razones particulares para excluir la *restitutio in integrum* en cada uno de los casos. Para los menores, se apuntó que estos ya quedaban protegidos por las disposiciones que obligaban a los tutores a recabar la autorización judicial para enajenar sus bienes y que, en el caso excepcional en que el tutor se excediera en sus competencias, el negocio celebrado debía quedar incólume para el adquirente, so pena de perjudicar el tráfico. Y para los casos donde interviniesen error, engaño o amenaza, también se destacaba la suficiencia del ordenamiento para neutralizarlos con arreglo a los preceptos que permitían impugnar y despojar de eficacia a dichos negocios (nulidad e impugnabilidad). Sobre ambas razones, véase en los *Motive*, pp. 394-395.

[434] Al respecto, véase Coing, 1985, pp. 277-279; Schermaier, *HKK*, 2003, pp. 408-416.

[435] Solo un precepto se ocupaba de los efectos derivados de la impugnación. El § 142.1 disponía (y dispone) que «la impugnación del negocio convierte a este en nulo desde el principio». Hasta la impugnación, puede decirse que el negocio es válido, según derecho alemán.

[436] Windscheid y Kipp, 1963, vol. 1, p. 434.

[437] Véanse, a este respecto, las consideraciones de Flume, 1992, cap. 31.6; Larenz, 1980, pp. 417 y 441.

recíproca[438]. Asimismo, el RG ya se había enfrentado a casos en que alguna de las prestaciones intercambiadas no podía devolverse *in natura* y que mostraban las debilidades de la *condictio* de prestación[439].

(b) Por otro lado, el BGB reconoció la resolución del contrato, como expediente de desvinculación. La restitución que le seguía se inspiraba en la acción redhibitoria[440]. Por eso, sus efectos se describieron, en la codificación, por influencia de Windscheid, como una *obligatio ad restituendum in integrum*[441]. Con otras palabras, la restitución por resolución era integral y recíproca[442]. Esta figura también contenía reglas sobre distribución del riesgo en caso de pérdida[443].

La restitución por resolución se reforzó dogmáticamente a lo largo del s. XX. Destaca el trabajo de Stoll (1891-1937)[444], quien se posicionó contra el consenso que rechazaba la posibilidad de ejercitar una acción de daños por incumplimiento, paralela a la resolutoria[445]. A su juicio, entender que la resolución eliminaba la relación obligatoria con carácter *ex tunc* –conjurando la posibilidad de una indemnización de daños al mismo tiempo– no era más que una frágil jurisprudencia de conceptos[446]. Para Stoll, la resolución, lejos de eliminar la relación obligatoria contractual, únicamente eliminaba los deberes de prestación hacia el futuro, transformándose en otra relación dirigida a la restitución de las prestaciones. En consecuencia, estaba presidida por la misma idea de reciprocidad del negocio resuelto[447]. Con ello, se profundizaba en la reciprocidad restitutoria propia de la *i. i. r.* [448].

---

[438] Es imprescindible el trabajo de Bolze, *AcP*, 1890, pp. 233 y ss.

[439] Hellwege, 2004, p. 463. Tales casos obligaron a corregir el sistema de la *condictio* mediante, entre otras, la famosa teoría del saldo. De ella me ocupo en Capítulo 3, II. 4.1.

[440] Kaiser, D., 2012a, párr. 9.

[441] Schlüter, 2021, pp. 68-69.

[442] Así, el § 346 BGB a. F establecía que, cuando tiene lugar la resolución, «las partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas». En esta línea, el § 348 BGB a. F. establecía que las obligaciones que se derivan de la resolución han de cumplirse recíprocamente por las partes («*Zug um Zug*»).

[443] Se trata de los §§ 350 y 351 BGB a. F. Según el primero, la resolución no se excluye, como acción, cuando ha perecido por caso fortuito la cosa que el legitimado para ejercerla tenía que restituir. Por su parte, el § 351 BGB a. F. establecía que la resolución se excluye, cuando el legitimado para ejercerla es responsable del deterioro severo, la pérdida o cualquier otra imposibilidad de restitución de la cosa recibida.

[444] Stoll, *AcP*, 1929, pp. 141-185.

[445] A partir de una perspectiva histórica, comparada y de valoración de los intereses en conflicto –los de los comerciantes de la época– Stoll concluyó que era del todo punto lógico permitir al acreedor insatisfecho, que resuelve el contrato, el ejercicio adicional de una acción indemnizatoria por los daños propios del interés negativo, así como todo el daño emergente (gastos incurridos en el cumplimiento del contrato, como podían ser los costes de viaje, desplazamiento, envío, publicidad); rechazaba, eso sí, una compensación por el lucro cesante en este sentido. Véase, *ibid.*, pp. 154-170.

[446] *Ibid.*, pp. 171-172.

[447] Véase, en particular, *ibid.*, pp. 183-185.

[448] A este respecto, se hace eco del trabajo de *Stoll*, Hellwege, 2004, pp. 467-469.

3. Recapitulación y conclusión parcial sobre Derecho francés y alemán del s. XIX

Ni el Derecho francés ni el alemán decimonónicos llegaron a delinear con precisión los expedientes de desvinculación (nulidad absoluta, relativa, anulabilidad, impugnabilidad); lo que explica que la terminología fuese tan variada [449]. Pese a ello, en el plano restitutorio, llegaron a consecuencias más o menos similares, aunque por derroteros distintos. El modelo francés codificó una restitución contractual, pero tenía bastante presente la noción atécnica de la *restitutio in integrum* como principio inspirador. Frente a ello, el sistema alemán se desembarazó de la idea de restitución integral y recíproca para la nulidad y la impugnabilidad, cuya restitución ligaron a la *condictio* de prestación (§ 812.1 S. 1 1 Alt. BGB). Ello contrasta con la codificación de la restitución por resolución.

V. EL DERECHO ESPAÑOL DEL S. XIX

El Derecho español de la centuria es partícipe de la confusión terminológica en cuanto a las voces «rescisión» y «nulidad». No es sorprendente, habida cuenta del sustrato procedente del *ius commune* y, sobre todo, de la importancia que las Leyes de Partidas (y la Novísima Recopilación) mantuvieron en España, como Derecho civil castellano, hasta la codificación [450]. Con todo, la experiencia española presenta unas notas algo distintas a la evolución francoalemana, que merece la pena estudiar por separado.

---

[449] Véase, para el Derecho francés y la nulidad, LUTZESCO, 1945, p. 165. También, COING, 1989, p. 446.

[450] No merece la pena detenerse en los trabajos, tratados o manuales sobre Derecho privado español anteriores a esta centuria. Se ha dicho que *«no es fácil precisar el debe y el haber de la ciencia jurídica española en los siglos XVI y XVII»* (DE CASTRO Y BRAVO, 1949, vol. I, p. 167). Una curiosa excepción la constituye la *Curia Philippica*, de *Juan de Hevia Bolaño* (1570-1623), cuyo original data de 1603. Se trata de un manuscrito orientado al Derecho comercial del momento. El autor trata la *restitutio in integrum* a propósito del remate, que con la restitución se han de devolver los bienes, con sus frutos, con referencia a la rescisión de la venta (p. 153). A su vez, el autor dedica un extenso tratamiento a la acción redhibitoria, como restitución contractual (pp. 312 y ss.). Aquí afirma: «redhibiéndose la cosa, ha de ser bolviendola al vendedor, con mas lo que se huviere deterioraro, o diminuido, y su aumento, y accesiones, partes, frutos, y reditos, y alquileres causados despues de la venta, y todo lo demàs que por ella hubiere adquirido el comprador, al qual se ha de volver el precio que huviere pagado, con sus intereses, y la costa que en la cosa hubiere hecho, y por ella le compete retencion de ella, porque el vendedor y el comprador sobre esto *han de ser puestos en el mismo estado del tiempo que se hizo el contrato de venta, por ser la redhibitoria una restitución in integrum*, como se dice en el Derecho» (p. 318) (la cursiva es mía).

1. **Los primeros proyectos codificadores del s. XIX**

En los proyectos de 1821[451] y 1836 se aprecia el poso del *ius commune*. La nulidad apenas se aborda, mientras que el papel principal lo ocupa la lesión como causa de desvinculación, incluso en los supuestos que hoy conocemos como de vicios de la voluntad[452]. La idea de lesión –y la necesidad de proteger patrimonialmente a una de las partes– explicaba la pérdida de efectos del contrato y la restitución de las prestaciones. En esta línea, la restitución se empleaba como sinónimo de rescisión y, por lo tanto, de acción. Puede hablarse entonces de una «restitución-rescisión». Esa relación entre la rescisión-restitución y los vicios del consentimiento se acentúa conforme avanza la centuria, y se hace más evidente en la doctrina española del s. XIX.

2. **La doctrina española del s. XIX**

La doctrina española del s. XIX se ocupó de la rescisión y trató de deslindarla de la nulidad, sin demasiado éxito. Aun así, la consecuencia restitutoria era la misma.

(a) La *nulidad* constituía un vicio radical que daba lugar a que un acto se reputase como no celebrado, por faltarle alguno de los elementos esenciales de este (falta de capacidad de las personas, falta de consentimiento, la falta de

---

[451] En él, se incluía un Título IV bajo la rúbrica «De la restitución de los derechos civiles», dentro de la Parte Primera del Libro Primero. La restitución se proyectaba sobre los derechos «ya perdidos» (art. 105), diferenciándose entre restitución sobre hechos judiciales y extrajudiciales (art. 106). En ambos casos, la restitución se condicionaba a la existencia de una *lesión* (art. 108). Nos interesan más los hechos extrajudiciales. Respecto de ellos, la lesión que podía dar lugar a la restitución había de ser *«de una cuarta parte a lo menos, habida consideración al valor de las cosas en la época en que se causó»* (art. 109). Entre las causas que daban lugar a la *restitución* en el Proyecto de 1821 se contaba la menor edad y la incapacitación (arts. 112 a 117); el miedo (arts. 118 a 119); el dolo (art. 120); la ausencia (art. 121); y la ignorancia y el error (arts. 122 a 126).

[452] De gran valor explicativo resulta la Exposición de Motivos del Proyecto de 1836, firmada por D. José Ayuso y Navarro, D. Eugenio de Tapia y D. Tomás M.ª Vizmanos. En ella, sus autores defendieron la conveniencia de mantener la rescisión por lesión en más de la mitad para el contrato de compraventa, pero únicamente a favor del vendedor. Se sirvieron, a estos efectos, de una conexión entre algunas causas que afectan a la emisión de una declaración de voluntad –como el dolo, el error sustancial y el temor grave– y la lesión que experimenta el contratante que los sufre. El razonamiento era bastante claro. Si los vicios eran causa de restitución-rescisión, en sí mismos, incluso para los mayores de edad, al no considerarse prestado un verdadero consentimiento, ¿por qué no había de regir eso mismo para el caso de lesión enorme en un contrato? A su entender, la lesión enorme era tanto como la prueba de un vicio rescisorio: *«¿Y se podrá decir que el que ha sufrido lesión enorme hubiera accedido al contrato si hubiese conocido dicha lesión, o hallándose en situación bastante libre para no tolerarla?»*. Este hecho explica que el Proyecto únicamente admitiese la rescisión por lesión en más de la mitad a favor del vendedor, y la rechazase para el comprador. Véase LASSO GAITE, 1970, pp. 103-104.

objeto). Según los autores, las obligaciones nulas lo eran por incurrir en un *defecto legal* al contraerlas y, por eso, se consideraba que no habían existido jamás [453]. Destaca el tratamiento de la falta de consentimiento, cuando este se otorgaba por *error*, *dolo* o *violencia* [454], que se mezclaba con la rescisión. La doctrina responsabilizaba a las Partidas, que tan pronto empleaban la una como la otra expresión [455]. Pero ello era síntoma de su impotencia para ofrecer una separación más solvente.

(b) La *rescisión* apelaba a actos que, siendo válidos, podían *anularse* a voluntad de uno de los interesados y por virtud de alguna circunstancia. A la rescisión también se la denominaba *restitución* o *beneficio de la restitución*, toda vez que la causa común de sus supuestos era que se hubiera producido algún perjuicio a quienes gozaban de este beneficio [456]. Entre tales circunstancias se contaba la *i. i. r.*, por minoría de edad («beneficio de la restitución») [457]; la lesión enorme o en más de la mitad [458]; los vicios redhibitorios [459], casi tratados como un caso de dolo [460]; o los casos de error, dolo, fuerza o miedo, a pesar

---

[453] Rodríguez, 1861, p. 458.

[454] Domingo de Morató, 1868, pp. 302, 317; Gutiérrez Fernandez, 1871b, vol. IV, p. 32; Rodríguez, 1861, pp. 368-369; Del Viso, 1857, p. 38.

[455] Gutiérrez Fernandez, 1871b, vol. IV, p. 179; Sánchez Román, 1899, p. 343, n. 2; Del Viso, 1857, p. 162.

[456] Rodríguez, 1861, p. 458.

[457] La restitución por minoría de edad presuponía que el menor hubiese padecido un daño por su debilidad de juicio, por culpa de su guardador o por engaño de otro. Así en la voz «restitución *in integrum*» de Escriche, 1876, p. 933. El beneficio de la restitución buscaba reparar estas consecuencias derivadas del defecto de capacidad (Sánchez Román, 1912, p. 1278). Adviértase que el empleo de la expresión adquiere un significado técnico en este contexto, que no se refiere al efecto de la desvinculación.

[458] La mera lesión no era suficiente para rescindir el contrato; era necesario un perjuicio adicional que se cifraba en que esta ascendiese a más de la mitad: Escriche, 1876, p. 299. De este modo, se evitaba la litigiosidad, como advierten Gómez de la Serna y Montalbán, 1843, pp. 69-70. En este sentido, la Institución y su desarrollo se vinculaba a la P. 5,5,56, así como a la Novísima Recopilación (10,1, leyes 2 a 4). Véase, por todos, Rodríguez, 1861, p. 405. Hay que decir que, de alguna manera, la lesión enorme se equiparaba al dolo y al engaño: De Asso y del Río y De Manuel y Rodríguez, 1805, p. 198. Se entiende así que, al listar las «obligaciones susceptibles de rescisión» Gutiérrez Fernández (1871b, vol. IV, p. 181) incluyese: «*aquellas en las que ha habido lesión en más de la mitad del justo precio, y en las que, aun sin llegar al engaño, á esta cuantía, se probase que había mala fé y dolo*».

[459] Supuesto que se encuadraba, por los autores, dentro de las obligaciones típicamente rescindibles (Gutiérrez Fernández, 1871b, vol. IV, p. 181; Del Viso, 1857, p. 168). Según se dice, podían dar lugar a la acción redhibitoria, que permitía rescindir el contrato: Domingo de Morató, 1868, p. 406; Rodríguez, 1861, p. 409.

[460] La rescisión del contrato mediante la acción redhibitoria se trataba tanto en los apartados correspondientes para el contrato de compraventa como en la parte general, cuando se analizaba la figura del error que recaía solo sobre las cualidades de la cosa; contrato que no consideraban nulo, por esta razón, pero sí rescindible. El mejor ejemplo es Gutiérrez Fernandez, 1871b, vol. IV, pp. 367-372. Esto da cuenta de la confusión en el encuadre de la nulidad y la rescisión; lo que explica afirmaciones como esta de Domingo de Morató (1868, p. 319): «*El error que recae únicamente sobre una parte de la materia, ó bien sobre las cualidades de la cosa, no puede producir generalmente la nulidad del contrato […]. En algunas convenciones concurren además las acciones redhibitoria y quanti minoris, la primera de las*

de que vinieran también incluidos en las causas de nulidad [461]. Ante estos últimos, se hacía evidente la confusión terminológica y la dificultad de encuadre sistemático de la rescisión y la nulidad [462]. Esto generaba muchas dudas y explica que, en la práctica, ambas instituciones fueran tratadas de manera conjunta [463] y se las considerase idénticas [464].

También se identificaba la rescisión con las obligaciones procedentes de contratos con pacto de resolución, como el de la adición *in diem* o el de *lex commisoria* [465].

---

cuales tiende a la rescisión del contrato». En similar línea, Del Viso (1857, p. 170), refiriéndose al tiempo para pedir la rescisión, advierte de las semejanzas con el dolo: «*En las obligaciones contraídas por fuerza ó miedo se concede el mismo tiempo que el designado para la reclamación de nulidad […]; y si lo hubieren sido con dolo incidente ó accidental, durará solo seis meses la acción, que se contarán dese la celebración del contrato del mismo modo que para la acción redhibitoria*». En efecto, los casos de vicios redhibitorios se trataban como u supuesto específico de dolo del vendedor; lo que se aprecia también en la voz «redhibición» del Escriche (1876, p. 845): «*Redhibición. La rescisión de la venta que puede intentar el comprador, obligando al vendedor á restituirle el precio y recobrar la cosa vendida, por razón de su dolo en haber ocultado algun vicio o carga que esta tenía*».

[461] Los mismos trabajos incluían, después, los casos de vicios de error, dolo y fuerza dentro de la rescisión. Se aprecia bien en Domingo de Morató, 1868, pp. 317 y ss. En este sentido, un sector doctrinal estimaba que el consentimiento así prestado conservaba la misma fuerza que el legítimo, mientras no se impugnase. Esto explica la siguiente definición de la voz «acciones rescisorias y resolutorias» que se puede encontrar en el diccionario Alcubilla: «*Rescisión es la invalidación de algún contrato, obligación, testamento, etc. no porque hayan dejado de llenarse las formalidades necesarias á su otorgamiento sino por haber intervenido dolo, intimidación ó violencia, ó daño ó perjuicio causado á un menor de edad*» (Martínez Alcubilla, 1868, vol. I, p. 98). También la opinión de autores que directamente afirmaban que los contratos en que concurría error, dolo o fuerza «*no son nulos, sino que han de rescindirse*» (Gómez de la Serna y Montalbán, 1843, pp. 13-14). Otros autores son menos claros y se limitaban a reconocer que esas circunstancias daban lugar a un consentimiento viciado o no completamente libre; por consiguiente, impugnable, lo que encaja con la rescisión (Domingo de Morató, 1868, p. 317). En fin, desde otros manuales se ubicaba a los vicios del consentimiento como causa de nulidad, pero con alusiones constantes a la acción de rescisión (Gutiérrez Fernandez, 1871b, vol. IV, pp. 32-43; Del Viso, 1857, pp. 38-44).

[462] Ello se refleja bien en la definición de la voz «rescisión» que ofrece el Diccionario Escriche: «*La anulación ó invalidación de algun contrato, obligación o testamento*» (1876, p. 921). A su vez, los casos de vicios (nota anterior) son el mejor ejemplo. Así, en el tratamiento particular del error, como vicio, que realiza Escriche en su diccionario se hablaba indistintamente de nulidad o anulabilidad de este, sin mención alguna a la rescisión ni a sus requisitos. Ello aun cuando al ocuparse del significado de la voz «nulidad» alude al orden público y soslaya por completo mencionar a los vicios como el error. Compárese en este sentido: Escriche, 1874, pp. 835-837; 1876, p. 299.

[463] Leyéndose afirmaciones como esta: «*Los contratos que son nulos ó están sujetos a rescisión se disuelven por la determinación del juez, que declara los vicios de que adolecen*» (Gómez de la Serna y Montalbán, 1843, p. 48). En similar sentido, Domingo de Morató, 1868, pp. 317-325. Llamativa también es la explicación de la rescisión en Fernández Elías, 1873, p. 585: «*Rescisión. Las obligaciones pueden ser nulas cuando las personas que las contraen son incapaces, falta el consentimiento ó la materia del contrato; y se rescinden cuando adolecen de vicios que hacen imposible su validez (sic) tanto la rescisión como la nulidad; (sic) son por punto general resultado de una sentencia, y las causas más que generales son especiales á cada caso ó contrato*».

[464] Del Viso, 1857, p. 163.

[465] En parte por apreciar aquí una condición resolutoria: Fernández Elías, 1873, p. 585; Martínez Alcubilla, 1868, vol. I., p. 99; Del Viso, 1857, p. 176.

(c) En particular, la *i. i. r.*, como acción, buscaba reparar el daño irrogado al legitimado para impetrar la rescisión del contrato, permitiendo recuperar el *status quo ante*[466]. Esta idea se predicaba igualmente para el resto de los supuestos de rescisión, así como para los de nulidad, considerados sustancialmente idénticos en cuanto al efecto principal[467]: la restitución integral y recíproca[468].

La misma restitución operaba, para los autores, ante el resto de los casos de rescisión, y se extendía a los de nulidad. Así, un contratante restituía las cosas objeto del contrato con sus frutos, y el otro el precio con los intereses o réditos[469]. Era el efecto natural de la desvinculación que se producía[470]. En este punto, el aspecto clave en la restitución rescisoria que asumió la nulidad es que en cualquier caso tenía que ser *recíproca*[471].

Los casos de vicios redhibitorios compartían el mismo esquema para la doctrina. El vendedor debía devolver el precio y recibir la cosa, comprendiendo la operación los frutos[472]. Y lo mismo sucedía ante los «pactos resolutorios»[473].

---

[466] Los primeros párrafos de la voz «restitución (*in integrum*) del Diccionario de Escriche resumen muy bien el papel de la restitución: «*Es: un beneficio legal por el que la persona que ha padecido lesión en algun acto o contrato, logra que se repongan las cosas al estado que tienen antes del daño; de suerte, que la restitución es efecto de la rescisión*» Escriche, 1874, p. 933.

[467] «*No obstante estas diferencias los resultados de la nulidad y rescisión* […] *vienen á ser casi iguales*», como apunta Del Viso, 1857, p. 163.

[468] «*Se considera que no ha debido existir* [la obligación], *retrotrayéndose sus consecuencias al principio de hecho legal que la motiva: la rescisión y la nulidad no se distinguen en sus efectos*» (Rodríguez, 1861, p. 458).

[469] Contrarios a incluir los frutos en la restitución: Gómez de la Serna y Montalbán, 1843, p. 70.

[470] Del Viso, 1857 p. 173 explica el efecto común restitutorio para la nulidad y la rescisión: «*La razón en cuanto á este segundo efecto es, porque, tanto que se declaren nulas como que se rescindan las obligaciones, en ambos casos no se hace otra cosa sino declarar insubsistentes los actos que han motivado esta declaración, y como lo que no puede subsistir legalmente, deja de producir efecto alguno civil, es consiguiente el que hayan de devolverse los contrayentes las cosas que recibieron del contrato*».

[471] «*Pero como en todo contrato bilateral la obligación es recíproca, el que no cumple con la suya no puede exigir el cumplimiento del otro contratante*» (Gutiérrez Fernandez, 1871b, vol. IV, p. 183). Las únicas excepciones a esa reciprocidad de la restitución se planteaban, con base en las Leyes de Partidas, en los supuestos de incapacidad de un contratante y de ilicitud o torpeza causal; en el primer caso, la restitución se limitaba al enriquecimiento del incapaz; en el segundo, se distinguía si la ilicitud causal estaba patrocinada por ambos o por uno de los contratantes, para sostener que ninguno disponía de acción contra el otro, o que solo contaba con ella el no culpable. Véase Gutiérrez Fernandez, 1871b, pp. 181-184; Del Viso, 1857, pp. 172-175.

Para el caso de rescisión por lesión de la venta las consecuencias en caso de rescisión se estimaban las mismas; con el añadido de que la parte perjudicada tenía derecho a evitar la rescisión y a que se le abonase el verdadero precio (si era el vendedor), o a que se le devolviera la cosa (si era el comprador); véase Fernández Elías, 1873, pp. 601-602; Del Viso, 1857, pp. 371-372.

[472] Gutiérrez Fernandez, 1871b, vol. IV, pp. 371-372.

[473] En ellos, el vendedor podía pedir la restitución de la cosa, con sus accesiones y frutos, así como el reparo de los menoscabos, mientras que el comprador estaba habilitado para recuperar el precio con los intereses. Véase De Asso y del Río y De Manuel y Rodríguez, 1805, p. 192; Fernández Elías, 1873, pp. 600-601; Del Viso, 1857, pp. 316, 319, 326-327.

(d) En cuando al beneficio de la restitución para menores, la recuperación del estado precedente al del contrato[474] se traducía que el menor recuperase la cosa con sus frutos, quedando compelido a reintegrar todo aquello que hubiese recibido de la obligación rescindida[475]. No obstante, la responsabilidad restitutoria del menor se dosificaba a su enriquecimiento, cuando no se encontraba en condiciones de devolver lo recibido[476].

3. El Proyecto de Código civil 1851 y las Concordancias de García Goyena

El P. 1851 se esforzó en distinguir la rescisión y la nulidad[477]. La primera acudiría a los contratos válidos pero despojados de «equidad»; mientras que los contratos nulos no la precisaban porque ya eran nulos y porque «*lo nulo no puede rescindirse*». A pesar de esta distinción, García Goyena reconocía que la rescisión y la nulidad presentaban unos efectos prácticamente idénticos en el terreno práctico: la restitución de prestaciones[478].

3.1 La rescisión o «restitución»

El P. 1851 rechazó expresamente la rescisión por lesión como causa de rescisión[479]. Bajo este instituto solo reconoció el beneficio de la restitución a

---

[474] La doctrina se remitía a la P. 6,19,8 para afirmar que «*el resultado de esta acción, si prevalece en juicio, era ya conocido y esta espreso en la ley, deber tornar en aquel estado en que era ante*» (Gutiérrez Fernandez, 1871a, vol. I, p. 802).

[475] Del Viso, 1868, p. 307.

[476] Sánchez Román, 1899, p. 344. En este sentido, véase también Sanponts y Barba y otros, 1843, p. 787, n. 43. Los comentaristas decimonónicos de las partidas indican, que no siempre resultará posible volver las cosas al estado existente con anterioridad al acto del que salió perjudicado el menor. Mencionan los ejemplos de un menor que recibió cierta cantidad en préstamo y que termina gastando de forma improductiva; o la venta de una finca cuyo precio dilapida sin provecho para su patrimonio. En esos casos, advierten que la restitución no puede desenvolverse de manera natural y que es evidente que la restitución no puede efectuarse indistintamente en los términos de la ley española. Por eso, se remiten al Derecho romano donde, si bien existía el mismo principio restitutorio, junto a él convivían decisiones que lo modificaban; y se refieren a aquella que deja indemne, por más que el resultado perjudique a la persona con la que contrató.

[477] García Goyena, 1852, vol. III, pp. 176-177. El autor criticaba el lenguaje confuso de las Partidas («*pues tan pronto dice que el contrato non vale, como que debe ser desfecho*»), así como el *Code* francés.

[478] *Ibid.*, pp. 176, 194, 198. El autor, al referirse al plazo de prescripción de ambas (4 años; cfr. art. 1184 P. 1851) afirmaba que la nulidad y la rescisión *«vienen á ser casi iguales»* (p. 194).

[479] La rechaza expresamente en el artículo 1164. Véanse las explicaciones que ofrece en (*Ibid.*, pp. 180-181). Se ha considerado que, tras la exclusión de la rescisión por lesión enorme, subyacía la «*hostilidad personal hacia esta institución*» de García Goyena (Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 79-80); pero ciertamente parece una crítica injusta, pues ello estaba en línea con la mentalidad liberal de la época (Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, p. 61).

favor del menor y/o el incapaz en contratos celebrados por sus representantes, así como otras causas especiales, entre las que destacan los vicios ocultos [480].

(a) El P. 1851 identificaba el beneficio de la restitución para menores o incapaces con la antigua *i. i. r.* [481]. Sin embargo, la principal herramienta para auxiliar al menor pasaba por conservar el contrato (art. 1171) [482]. Eso significa que la rescisión-restitución era secundaria. Cuando tenía lugar, la restitución-rescisión obligaba «*recíprocamente, al tercero y á las personas beneficiadas, á la devolución de la cosa que fue materia del contrato con los frutos, y de su precio con los intereses*» (art. 1172 P. 1851). De este modo, se codificaba la restitución como instrumento por el que el juez tornaba las cosas al estado existente con anterioridad al contrato. La reciprocidad explicaba que la restitución incluyese los frutos y los intereses, a menos que estos pudieran compensarse entre sí [483]. Asimismo, la restitución había de tener lugar *in natura*. El artículo 1173 I la excluía expresamente en caso de que quien la pidiese no pudiera devolver la cosa que hubiera recibido su tutor o curador. A la restitución también se le reconocía una eficacia *in rem* frente a los ulteriores adquirentes de la cosa objeto del contrato rescindible, si estos fueren de mala fe (art. 1174) [484].

(b) García Goyena conectaba la acción de saneamiento por vicios ocultos con la *redhibitoria* romana y, a su vez, con la *restitutio in integrum* recíproca, entendida en sentido atécnico [485]. Los artículos 1409 y 1410 P. 1851 establecían una serie de reglas para el caso en que esa restitución integral no pudiese llevarse a cabo, como consecuencia de la pérdida de la cosa. Aquí, el

---

[480] Véase el artículo 1165 P. 1851. García Goyena alude a los casos de partición de la herencia (art. 924 P. 1851), los supuestos de vicios o defectos ocultos (art. 1408 P. 1851) y a los casos de reparaciones en la cosa arrendada que hicieran inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitasen para su habitación (art. 1489 P. 1851), es decir, de vicios en la cosa arrendada (1852, vol. III, p. 182).

[481] Véase, *ibid*., pp. 59 y ss.

[482] Véase, *ibid.*, pp. 184-185.

[483] *Ibid.*, p. 186.

[484] Así se condenaba la mala fe, «*a cuya sombra nadie puede enriquecerse: fuera de este caso, el orden y reposo público abogan por la estabilidad de los contratos y la seguridad del dominio de las cosas*» (*Ibid.*, p. 187). A ello, el autor del proyecto isabelino añade también la regla subsiguiente de D. 4,4,15, que permite al comprador ulterior que sufre la restitución *in rem* accionar frente al que le vendió («*sed ubi restitutio datur, posterior emtor reverti ad auctorem suum poterir*»).

[485] «Se reponían las cosas, así respecto del vendedor, como del comprador, al ser y estado que tenían al celebrarse el contrato. Viene a ser una especie de restitución *in integrum,* de modo que uno y otro contrayente *nihil amplius consequatur quam quod haberet, si venditio facta non esset.* El vendedor recobrará la cosa con sus acciones, con los frutos y utilidades que produjo ó dejó de producir por culpa del comprador, y este el precio con sus intereses, a menos que se compensen con los frutos» (*Ibid.*, p. 398).

proyecto isabelino distinguía según la causa de pérdida de la cosa (arts. 1409[486] y 1410[487] P. 1851).

(c) Para la condición resolutoria (art. 1031 P. 1851), García Goyena advertía que el cumplimiento de la condición resuelve el contrato; lo que vinculaba con la idea de «*desfacer la vendida*», de las Partidas. De este modo, «*las cosas vuelven al estado que tenían al celebrarse el contrato, como si nunca se hubiera celebrado*[488]», mediante la *restitutio in integrum* y recíproca, en sentido no técnico[489]. Al mismo tiempo, se refería a una condición resolutoria implícita (art. 1042) para el incumplimiento que permitía que la venta pudiera «*desfacerse*»[490]. El P. 1851 incorporó así la resolución como un supuesto más de rescisión, cuya consecuencia era la restitución integral y recíproca.

3.2 La nulidad de las obligaciones y sus efectos

La nulidad del P. 1851 incluía expresamente los problemas de incapacidad para contratar (art. 987), así como los de consentimiento, donde se incluía el error, la violencia, la intimidación y el dolo (art. 988)[491]. En cuanto a la restitución que le seguía, la nulidad se bifurcaba en dos momentos: *(a)* la «acción de nulidad» en caso de pérdida de la cosa; y *(b)* los efectos de la declaración de nulidad.

(a) El artículo 1188 P. 1851 recogía una serie de reglas para decidir si resultaba o no admisible la acción de nulidad, *cuando se perdía la cosa objeto de la obligación*. Este precepto –clave para comprender el funcionamiento de la nulidad y la restitución en el proyecto– diferenciaba en función de la causa que hubiera provocado la ineficacia.

(aa) «*Si la nulidad provenía de la incapacidad, tendrá siempre lugar la acción*» (art. 1188.1.º). En su glosa, García Goyena recuperaba la idea de que

---

[486] Esta norma se correspondía con la regla romana del «*mortuus redhibetur*», lo que confirma García Goyena al indicar que el comprador tenía que devolver, en todo caso, «*lo que reste de la cosa y de sus accesorios; por ejemplo, tratándose de un caballo, la piel, cabeza, brida, silla, etc., que fueron comprendidas en la venta*» (*Ibid.*, p. 400).

[487] García Goyena estimaba inequitativo no permitir la acción redhibitoria al comprador, de perderse la cosa *por su culpa* (*ibid.*, p. 401).

[488] *Ibid.*, p. 69.

[489] Así lo atestigua el artículo 1041 P. 1851 cuando establecía que «*debe restituirse lo que se hubiere percibido á virtud del contrato*» y que, además, «*la restitución se hará además con frutos e intereses por aquel que hubiere faltado al cumplimiento de su obligación*».

[490] *Ibid.*, p. 80.

[491] Véanse respectivamente los artículos 989, 990 y 992 P. 1851.

se presume dolo en quien contrata a sabiendas con un incapaz, y culpa en quien lo hace ignorando este hecho. Por ello –explicaba– el menor solo podía quedar obligado (restitutoriamente, se entiende) «*in quantum locupletiur factus est*», es decir, en la medida del enriquecimiento o en cuanto se hubiere enriquecido. Esta regla se reconocía por el citado autor como un «*favor concedido al incapaz*», en atención a la presunción de que «*no sabe cuidar de sus cosas*»; favor que se haría ilusorio si se le hiciera responsable de la pérdida por culpa suya [492].

(bb) «*Lo mismo procederá* [tendrá lugar la acción] *en la nulidad por error, dolo, violencia ó intimidación, á no ser que la cosa se haya perdido por culpa del reclamante*» (art. 1188.2.º). El esquema del que partía el proyecto era el de que la cosa se perdía en manos de quien la compraba, que era a su vez la víctima del vicio [493]. La acción de nulidad se permitía tanto si la cosa se perdía como consecuencia de un vicio vinculado con el dolo, la violencia o el error como si esta se perdía como consecuencia de un caso fortuito. Solo cuando la parte perjudicada por el vicio era, a su vez, responsable de la pérdida, soportaba el riesgo, pues perdía el recurso a la acción de nulidad [494].

(cc) «*En los demás casos de nulidad, si la cosa se hubiere perdido en poder del reclamante, cesará este recurso. También cesará si se hubiere perdido en poder de aquel contra quien se reclama sin culpa o sin estar constituido en mora*» (art. 1188.3.º). Se trataba de una regla de cierre. García Goyena situaba aquí, por ejemplo, el caso del error no provocado por ningún contratante [495], esto es, *casos neutros* de nulidad del contrato en que la nulidad no resultaba imputable a ninguna de las partes contratantes (a diferencia de los que conformaban el segundo párrafo) [496].

---

[492] *Ibid.*, pp. 197-198.

[493] *Ibid.*, p. 198.

[494] El lector atento apreciará aquí una inconsistencia entre la regulación de la acción redhibitoria –donde se permitía al comprador ejercitar la acción, aunque la cosa se perdiese por su culpa, restituyendo su valor– y la de la acción de nulidad. Es una inconsistencia que no conjuga bien con el hecho de que, en ambos casos, la restitución estaba presidida por una idea de *restitutio in integrum* recíproca.

[495] *Ibid.*

[496] En las Concordancias se especifica que la regla de este tercer párrafo es expresión de la más general del artículo 1160 P. 1851 que regulaba el caso de pérdida de la cosa debida y que declaraba extinguida la obligación cuando la deuda consistía en una cosa cierta y determinada y se perdiere sin culpa del deudor, antes de constituirse en mora (cfr. actual art. 1182 CC). Así se explica que el último inciso del artículo 1188.3.º P. 1851 también excluyese la acción cuándo la cosa se perdía *«en poder de aquel contra quien se reclama»*, sin culpa suya y sin estar en mora. Con ello, se estaba refiriendo el precepto probablemente al supuesto en que la cosa no se había entregado todavía en el contrato, que se declaraba nulo antes de esta prestación, habiéndose pagado su precio. En tal caso, la parte deudora de entrega no soportaba la acción de nulidad, siempre que la cosa se hubiera perdido por caso fortuito (y no por su culpa) y en un momento temporal anterior al de entrar en mora.

La literalidad del artículo 1188 P. 1851 se refiere a «*si es o no admisible la acción de nulidad*», cuando la cosa se pierde. Su comprensión se ve facilitada con un vistazo a la explicación de García Goyena sobre la rescisión por lesión y al beneficio de la restitución integral que, en su concepción, tenían unos efectos sustancialmente idénticos a los de la nulidad. En rigor, lo que el proyecto isabelino expresaba con la exclusión de la acción de nulidad no era sino una exclusión indirecta de la restitución en algunos supuestos de pérdida de la cosa[497]. Por eso, la regla del artículo 1188 era una regla restitutoria, de reparto de riesgos anticipado, que se complementaba con las normas sobre «*los efectos de la declaración de nulidad*».

(b) Los efectos de la nulidad del contrato estaban presididos por la idea de la reposición de las cosas al estado anterior al de su celebración, es decir, por la lógica atécnica de la *restitutio in integrum*. De ello daba buena cuenta el artículo 1190 P. 1851[498]. La anotación de García Goyena a este precepto es tan parca como contundente: *(i)* existe una cuasi identidad entre la rescisión y la nulidad del contrato[499]; *(ii)* el contrato nulo no puede, en tesis general, producir efecto alguno, pues «*lo nulo no ha existido civilmente*». Por eso, el autor vinculaba los efectos tanto de la nulidad como de la rescisión a la *restitutio in integrum*, no como acción o beneficio, sino como consecuencia, en sentido atécnico; una restitución que, para ser integral, tenía además que ser recíproca. La idea de reciprocidad se reforzaba mucho en esta sede a través del artículo 1195 P. 1851[500]. En su anotación a esta norma, García Goyena relaciona la reciprocidad restitutoria con la existencia de una relación obligatoria en sede de restitución[501].

---

[497] Que fuera admisible o no la acción de nulidad solo se comprende bajo está óptica: la *admisibilidad* de la acción de nulidad ex artículo 1188 P. 1851 simplemente significaba que el riesgo, en caso de pérdida de la cosa e imposibilidad de restitución *in natura*, se trasladaba, en un primer momento, al contratante que no tenía la cosa en su poder (en la compraventa, al vendedor). Este contratante no podría retener lo recibido en virtud del contrato (normalmente el precio), sino que como veremos tendría que restituirlo. El efecto era el contrario cuando la acción de nulidad se declaraba no admisible, pues se excluía cualquier restitución de prestaciones. El riesgo de pérdida lo soportaba, por completo, el contratante en cuyo poder se perdió la cosa y que estaría obligado a restituirla.

[498] «*Declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio, con los intereses*».

[499] De este modo, esta norma dispone para la nulidad lo mismo que el artículo 1172 P. 1851, para la rescisión, como indica García Goyena, 1852, vol. III, p. 198.

[500] «*Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que, en virtud de la declaración de nulidad, esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba*».

[501] Afirma: «*En ningún contrato bilateral ú obligación recíproca, el que no cumple la suya no puede exigir el cumplimiento del otro contrayente: lo mismo debe observarse en las sentencias*» (*ibid.*, p. 202).

(c) En caso de imposibilidad de restituir, el artículo 1194 P. 1851 imponía, para la nulidad, una restitución del valor [502]. De él, García Goyena apuntaba que «*guarda consecuencia con el 1190, y es su complemento*» [503]. El autor vinculaba la norma con los casos en los que la acción de nulidad seguía resultando admisible, a pesar de la pérdida de la cosa debida [504]. Por consiguiente, y como apunté, hay que poner la norma en relación con el artículo 1188. Cuando la acción de nulidad resultaba procedente, la parte que sufrió el dolo, la violencia o que fue inducida a error debía poder recuperar aquello que entregó (normalmente el precio), aunque la cosa se hubiera perdido por caso fortuito o por culpa de aquel otro contratante [505]. En ese caso, estaba obligada a prestar su valor a cambio. Es importante destacar el vanguardismo del artículo 1194, inédito hasta el momento en los códigos europeos. No es algo que García Goyena destacase, pero se aprecia con la ausencia de cita de normas extranjeras, normalmente presentes en sus anotaciones [506].

(d) En fin, el artículo 1191 P. 1851 se ocupaba del caso en que la nulidad procediese de la incapacidad de uno de los contratantes. En ese caso, «*no está obligado el incapaz, sino en cuanto se enriqueció con la cosa ó precio que recibió*». De nuevo, hay que conectar esta norma con lo dispuesto en el artículo 1188.1.º P. 1851 [507], que declaraba siempre procedente la acción de nulidad (*rectius*, restitución) a favor del incapaz, pero beneficiándole con la limitación de la restitución a su enriquecimiento. Por tanto, esta regla se vinculaba con la pérdida de la cosa a restituir, como veremos en el Capítulo 2.

---

[502] «Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la restitución de la cosa no pueda hacerlo por haberse esta perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa, cuando se perdió, con los intereses respectivos desde la misma época».

[503] *Ibid.*

[504] En ese escenario –continúa– «*el precio se subroga necesariamente en el lugar de la cosa, y no puede ser otro que el que tenia al tiempo de la pérdida, porque la cosa habría sido entregada en el estado que entonces tenia*».

[505] Pues, recordemos, si la cosa se había perdido por culpa de este contratante en los casos de dolo, violencia o error inducido, el proyecto excluía la acción de nulidad, impidiéndole recuperar consecuentemente el precio o lo entregado (cfr. art. 1188.2.º P. 1851).

[506] Su único problema es que parecía obligar al afectado por el dolo, la violencia, o el error provocado a restituir el valor, incluso en los casos en que la pérdida de la cosa tenía lugar en su poder, pero resultaba atribuible al otro contratante (que habría generado el vicio). Esto genera una inconsistencia dentro del proyecto, en relación con los casos de vicios ocultos. Ante ellos, el P. 1851 no obligaba a restituir al comprador más que los restos de la cosa, cuando esta se perdía como consecuencia de los vicios ocultos.

[507] Así lo hace el propio García Goyena, en su comentario al artículo 1188.

4. El Anteproyecto de Código civil (1882-1888)

El *Anteproyecto de Código civil 1882-1888* [508] dio forma a un Capítulo VI del Título II, «*de la nulidad de los contratos*», como lugar central de la desvinculación contractual. En lo que a la rescisión (por lesión) respecta, se mantuvo el contenido del P. 1851, algo más comprimido [509]. La estructura de la restitución en caso de nulidad se alteró en este momento, si se la compara con el P. 1851, debido a la influencia del *Avant-Projet de révision du Code civil* belga, de *Laurent* [510]. Esta influencia se manifestó en la introducción, dentro del apartado dedicado a la nulidad de los contratos (y la restitución), de las reglas sobre la nulidad y la confirmación (arts. 1322 a 1326 Anteproyecto 1882-1888) [511]. La inclusión de esta causa de extinción de la acción de nulidad trajo consigo la partición en dos de las reglas restitutorias, quedando una –la del artículo 1327, relativa a la exclusión de la acción en caso de pérdida– al final del todo, como continuación formal de la confirmación.

4.1 Las consecuencias restitutorias de la nulidad en el Anteproyecto

En los artículos 1316 a 1321 se recogían las consecuencias restitutorias de la declaración de nulidad de una obligación. Según el Anteproyecto, aquellas normas bebían directamente de los artículos sobre nulidad del proyecto isabelino (arts. 1190 a 1195 P. 1851) [512]. En este sentido, se mantenían y refor-

---

[508] En lo concerniente al Libro IV, sobre obligaciones y contratos, este se redactó probablemente a finales de 1887. Véase Peña Bernaldo de Quirós, 2006, pp. 6-11.

[509] Con la única diferencia de que se reconoció la posibilidad de indemnización en caso de lesión en más de la mitad, a pesar de rechazarse esta como causa de rescisión. Es el artículo 1306 Anteproyecto 1882-1888: «*La lesión en los contratos, fuera de los casos mencionados en el artículo 1304, no será causa de rescisión; pero dará derecho a la indemnización de daños y perjuicios, siempre que exceda de la mitad del verdadero valor de las cosas, objeto del contrato, a menos que prefiera el adquirente devolverlas*». Sobre esta cuestión y la relación entre esta norma y el artículo 344 CCo, que había sido promulgado en 1885, Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, pp. 62-65. Y, sobre su no inclusión en la versión final del Código: *ibid*., pp. 65 y ss.

[510] Destaca esa influencia, Gordillo Cañas, 1990, p. 959. El trabajo de *François Laurent* –quien ya había dedicado un monumental comentario al *Code civil* francés hacia 1878, advirtiendo en muchos puntos de sus carencias, como se vio, *supra*, IV. 1.2– era una de las obras de Derecho civil más logradas del momento; y a ella no fueron ajenos los codificadores españoles en materia de obligaciones y contratos (Salvador Coderch y Santdiumenge, 1990, pp. 1924-1927). En lo que interesa, la influencia vino del Libro IV, del proyecto belga, publicado en 1884 (Peña Bernaldo de Quirós, 2006, p. 97).

[511] Peña Bernaldo de Quirós, 2006, p. 97.

[512] Por eso, quizás no sea del todo correcto afirmar que todo el Capítulo «de la nulidad de los contratos», Título II, Libro IV del Código civil español está profusamente influido por el *Avant-Projet* de *Laurent* (como hacen, Salvador Coderch y Santdiumenge, 1990, p. 1946). No obstante, hay que decir

zaban las reglas sobre restitución integral y recíproca de las prestaciones que García Goyena[513] había vinculado al brocardo «*quod nullum est nullum effectum producit*» (lo nulo no produce efectos).

Con todo, el Anteproyecto aportaba algunas novedades de estructura. En materia de efectos restitutorios de la nulidad, prescindía, casi por completo, de ese sistema en dos fases de que hacía gala el P. 1851. En particular, no incorporaba una norma como el artículo 1188 P. 1851, que excluía la acción de nulidad en determinados casos de pérdida de la cosa a restituir[514]. Al mismo tiempo, el Anteproyecto recogía otras reglas restitutorias y de reparto de riesgos, sustancialmente similares a las del P. 1851[515].

4.2 El cierre con la regla del artículo 1327 Anteproyecto 1882-1888

El Anteproyecto 1882-1888 cerró el bloque normativo sobre la nulidad de los contratos con un artículo 1327. Esta norma comienza con el adverbio «también», en una referencia clara a la extinción de la acción de nulidad por confirmación[516]. El antecedente del artículo 1327 Anteproyecto se encuentra en el artículo 1188 P. 1851, relativo a si era admisible o no la acción de nulidad. Sin tener en cuenta el P. 1851, resulta bastante difícil de comprender el sentido de la esta regla, que propugna la exclusión de la acción de nulidad por

---

que la influencia del *Avant-Projet* de Laurent sobre este capítulo es relativa y, desde luego, no es uniforme o de igual intensidad. En particular, solo se advierte en cuestión de nulidad y de confirmación, pero los efectos restitutorios derivados de la nulidad son tomados directamente del Proyecto de 1851 y responden a otros esquemas.

[513] *Supra* V. 3.2.

[514] *Supra* V. 3.2.

[515] Así, los artículos 1514 y 1515 Anteproyecto establecían sendas reglas para el caso de venta de una cosa con vicios y pérdida de esta, con o sin culpa del comprador; estas reglas se corresponden con los artículos 1409 y 1410 P. 1851. En particular, la regla del artículo 1515, heredera del artículo 1410 P. 1851, resultaba ciertamente novedosa en el momento precodificador. Según esta norma, vendida una cosa con vicios, pero perdiéndose la cosa por una causa diferente de estos, correspondía al comprador el riesgo de pérdida tanto si la cosa se perdía por caso fortuito como por culpa suya. La mayor parte de preceptos de Derecho comparado que existían en el momento de su promulgación y que se habían tomado como antecedentes atendían principalmente al escenario en que la cosa se perdía por efecto de los vicios (antes visto) o a aquel en que la misma se perdía por caso fortuito. Véase Peña Bernaldo de Quirós, 2006, pp. 526-527. De algún modo, se recuperaba una lógica que ya había estado presente en el P. 1836, cuyo artículo 1098 P. 1836 eximía al vendedor del saneamiento, cuando la cosa vendida perecía por accidente o infortunio atribuible al comprador. El artículo 1515 Anteproyecto equiparaba ambos casos y le atribuye el riesgo al comprador. Su lógica se incorporó a la versión final del Código civil (art. 1488 CC).

[516] Según el artículo 1327, la acción de nulidad se extinguía cuando la cosa objeto del contrato «*se hubiere perdido por dolo o culpa del que debiera ejercitar aquella*»; y añade: «*si la causa de la acción fuera la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que aquella prevalezca a menos que hubiere ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de que este hubiere adquirido la capacidad*».

medio de un reparto de riesgos. A su vez, la ubicación del artículo 1327 al final de la nulidad solo se explica si se considera la influencia del AvP, de Laurent, que determinó que se introdujesen las normas sobre confirmación dentro de la sección dedicada a la nulidad.

En efecto, la colocación de esta norma, que es restitutoria, al final de las reglas sobre confirmación es un enigma que solo se explica a partir de una trampa terminológica. Todo apunta a que los redactores del Anteproyecto español confundieron la referencia a la «*admisibilidad de la acción de nulidad*» –con la que el proyecto de 1851 establecía un primer reparto de riesgos en caso de pérdida de la cosa a restituir– con la noción de «*exclusión de la acción de nulidad*» propia de la confirmación, que acababan de exportar desde el borrador belga. Por eso, se incluyó al final del capítulo sobre la nulidad de las obligaciones, como si estuviera añadiendo un supuesto adicional de confirmación. Sin embargo, la regla habría estado mejor colocada en el artículo 1320 Anteproyecto, donde se reconocía la restitución del valor en caso de imposibilidad de restitución de la cosa (art. 1194 P. 1851). Su desplazamiento al final supuso un error de técnica legislativa, que fue arrastrado hasta la versión final del Código [517].

5. Recapitulación y conclusión parcial sobre el Derecho español del s. XIX

Durante buena parte del siglo la rescisión gozó de un papel preponderante, mientras que la nulidad se reducía a una especie de inexistencia de la obligación [518]. Aunque este estado de cosas se va invirtiendo progresivamente a favor de la nulidad, no es casual que, durante la centuria, los autores españoles entremezclasen ambas instituciones, en cuanto a sus requisitos [519]. Dentro de este proceso, la nulidad va absorbiendo el contenido material de la rescisión. Se aprecia muy bien en el P. 1851, que consolida a la nulidad como figura principal

[517] Dejando «aislada» la regla del artículo 1314 CC y originando imprecisiones interpretativas: *infra*, Capítulo 7, III. 3.3.

[518] Rodríguez, 1861, p. 458.

[519] De este modo, consideraban legitimados para ejercer la acción de *nulidad* a los perjudicados por la obligación; apostaban por un plazo de prescripción general de *cuatro años*, que era el plazo de prescripción tradicional de la rescisión; y consideraban posible la ratificación del contrato, una vez cesado el vicio o motivo que produjese la nulidad. El mejor ejemplo de ello es Del Viso, 1857, pp. 163-167. En particular, el autor afirma (p. 165): «*Algunos sostienen que solo puede pedirse la nulidad dentro de cuatro años que es el tiempo señalado* […] *para pedir la rescisión de un contrato; fundándose para ello en que á los menores no se les concede después de su menor edad otro tiempo que el de cuatro años para pedir tanto la rescision como la nulidad; y también, en que siendo casi iguales los efectos de uno y otro vicio, debe guardarse uniformidad en cuanto al tiempo que se conceda á una y otra acción*»

Para los casos de causa ilícita, Gutiérrez Fernandez, 1871b, vol. IV, pp. 183-184.

orientada a la desvinculación, marginando a la rescisión o eliminándola (en el caso de lesión). El Anteproyecto 1882-1888 culmina este trasvase de la rescisión a la nulidad. Así se explica que la consecuencia jurídica que seguía a ambos expedientes de desvinculación fuera la misma (o, si se quiere ver así, que la nulidad asumiese, poco a poco todas las consecuencias de la rescisión)[520]. En todos los supuestos, ya de nulidad, ya de rescisión, se operaba con una noción no técnica de *restitución* integral y recíproca de las prestaciones.

Como fuere, destaca el tratamiento que el Derecho español dedica a la restitución y a sus particularidades y que contrasta con su abandono en el Derecho francés codificado, así como en la pandectística alemana y la codificación del BGB. En este sentido, el Derecho español codifica la idea de reciprocidad restitutoria, para todos los expedientes, e introduce reglas para la distribución del riesgo, en caso de pérdida de la cosa.

VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. El Derecho romano conoció la *i. i. r.*, como acción de derecho pretorio en supuestos en los que el contrato celebrado producía un daño a una de las partes o se consideraba indeseable su mantenimiento. Así sucedía en los casos de minoría de veinticinco años, *metus* (violencia) o dolo. En ellos, el Derecho civil también concedía acciones (*actio quod metus causa*, *actio de dolo*) donde el resultado perseguido era el mismo desde el punto de vista material: la recuperación del estado de cosas existente con anterioridad a la celebración del contrato. La romanística no es unánime a la hora de evaluar la relación entre esas acciones y la *i. i. r.* durante el periodo clásico. En cualquier caso, las fuentes reflejan para esos casos de desvinculación una misma noción amplia de restitución integral de las prestaciones, la cual operaba de manera recíproca; también que la restitución podía tener lugar contra terceros adquirentes de la cosa, salvo que fuesen de buena fe. Esa misma restitución se daba ante otros supuestos de desvinculación, como el error, la acción redhibitoria, la *addictio in diem* o el pacto de *lex commisoria*.

2. La época postclásica trajo consigo un abandono de la *restitutio in integrum*, que como acción se mezcla con la nulidad propia del *ius civile*, así como con la rescisión por lesión que se perfila en el Derecho justinianeo. En esta última acción, la lesión en más de la mitad del precio de la venta (*laesio enormis*) pasa a constituir casi por sí sola una causa de desvinculación, y se

[520] Gutiérrez Fernandez, 1871b, vol. IV, p. 181; Rodríguez, 1861, p. 458.

conecta con los supuestos típicos de la antigua *restitutio in integrum*. De este modo, las consecuencias restitutorias se mantienen.

3. El *ius commune* europeo arroja una confusión en el manejo de los términos con arreglo a los cuales se articulaba la desvinculación contractual; fundamentalmente, la «rescisión» y la «nulidad» del contrato. En todos los casos de desvinculación el efecto jurídico era el mismo: la *restitutio in integrum*, no como acción o institución, sino como mínimo común denominador que señala una consecuencia, es decir, como noción o principio. El ejemplo más claro de este periodo es la doctrina de Altimarii, quien afina algunas de las aportaciones de Molina y de Lessio.

4. La Escuela de Derecho Natural no se pronunció sobre la desvinculación de los contratos y solo se centró en sus causas (a excepción de Grocio en el Derecho positivo, quien alude a la *restitutio in integrum* atécnica como consecuencia común). Esto influyó, de algún modo, en la pandectística.

5. Los precedentes doctrinales del *Code* (Domat y Pothier) también adolecen de imprecisión en el uso de los términos –principalmente la nulidad y la rescisión–, aunque en ambos la desvinculación se reconduce a una restitución de las prestaciones integral y recíproca, presidida por la noción atécnica de la *restitutio in integrum*.

6. El Derecho europeo (francés y alemán) del s. XIX vio cómo la nulidad se erigía como la causa principal de desvinculación contractual y, al mismo tiempo, cómo la rescisión comenzaba a ocupar una posición secundaria. En cualquier caso, la desvinculación se articulaba con idea atécnica de restitución integral y recíproca; lo que conectaba con el *ius commune* y el Derecho romano.

7. El *Code civil* no diferenciaba la nulidad y la rescisión, sino que las trataba de manera sinonímica (cfr. art. 1117 CCfr 1804), posiblemente por influencia del Derecho histórico anterior. Es la doctrina posterior al *Code* la que las separó, a partir de la idea de lesión, que no juega para la nulidad. En este ejercicio de separación, los autores identificaron una nulidad relativa, que tenía que ejercitarse, y una absoluta, que no necesitaba de acción. Aun así, la restitución por nulidad (ya absoluta, ya relativa) se construyó a partir del brocardo «*quod nullum est nullum efectum producit*» y la regla del artículo 1183 CCfr 1804, para la condición resolutoria. Este último precepto incorporaba la idea atécnica de restitución integral y recíproca, la cual estaba presente en otros expedientes de desvinculación, como la acción redhibitoria en la compraventa. Lo mismo servía para la rescisión, a excepción de los menores, que restituían en la medida del enriquecimiento (art. 1312 CCfr 1804).

8. La pandectística alemana del s. XIX se centró en la nulidad y a la impugnabilidad («*Nichtigkeit*, *Anfechtbarkeit*»). Como tal, la desvinculación

contractual solo la estudian a partir de la anquilosada figura de la *i. i. r.* que toman del *Corpus Iuris Civilis*, como acción subsidiaria para los casos en que existiese una lesión. Sus causas eran realmente las mismas que conducían a la nulidad o a la impugnación del negocio. Esto explica que, cuando se ocupaban de las consecuencias que habían de seguir a la nulidad o impugnación se hicieran menciones puntuales a la consecuencia de la *i. i. r.*: devolver las cosas al estado jurídico anterior al contrato, mediante una restitución recíproca.

9. La codificación alemana rechazó expresamente la *i. i. r.* como institución. El BGB recondujo la desvinculación para la nulidad o la impugnación al enriquecimiento injustificado y a la *condictio* de prestación (§§ 812.1 y 818 BGB). Con ello, prescindió de la restitución integral y como principio atécnico; lo que hubo de ser salvado por la doctrina. Esta carencia contribuyó a incrementar la distancia entre la desvinculación por nulidad o impugnación y la resolución, que sí contaba con reglas propias sobre la restitución de las prestaciones (cfr. §§ 346, 348, 350 y 351 BGB a. F.), en las que se contenía la noción atécnica de la *restitutio in integrum* recíproca.

10. El Derecho español del s. XIX es partícipe de la misma imprecisión terminológica respecto a los expedientes de desvinculación. Los términos «rescisión» y «nulidad» se emplean de manera descuidada y, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, conforme avanza la centuria, la nulidad va ganando terreno, al tiempo que la rescisión pierde protagonismo. El mejor ejemplo lo constituyen los vicios de la voluntad que se van convirtiendo, poco a poco, en supuestos de nulidad, y no de rescisión. En el plano de las consecuencias de la desvinculación, los comentaristas y los proyectos se refieren a una noción de restitución integral y recíproca de las prestaciones, que se emplea de modo atécnico y se toma de la antigua *i. i. r.* Esta consecuencia se aplica a todos los casos: nulidad, rescisión, resolución (condición resolutoria) o redhibición.

11. El recorrido histórico arroja una conclusión: la historia de la desvinculación de los contratos en Derecho privado europeo se cimienta sobre la base de la restitución integral y recíproca de las prestaciones («*restitutio in integrum*»), entendida, no como acción en sí misma, sino como recurso atécnico que explica el proceso y objetivo de la restitución.

12. El análisis histórico-dogmático ofrecido en este primer largo capítulo no ha tenido por objeto ofrecer una excursión histórica por los contornos de la institución que me ocupa, para deleite de los más eruditos. Quien haya llegado hasta aquí verá, antes bien, que este capítulo *(i)* ha tratado de explicar objetivamente los rasgos comunes de la restitución contractual a lo largo de las diferentes etapas; y, por tanto, *(ii)* sitúa el trabajo ante su hipótesis principal de partida: la posibilidad de construir dogmáticamente una restitución contractual

unitaria, válida para todos los supuestos de desvinculación contractual. Quien siga leyendo a partir de aquí verá que esa hipótesis central será testada suficientemente en el análisis comparado y, sobre todo, en el estudio del Derecho español privado actual, sobre el que orbita este trabajo; y que solo de ahí salen las conclusiones, no de la historia. Precisamente porque el trabajo trata sobre Derecho actual, se hace todavía necesario dirigir la mirada nuevamente a la historia, con el fin de averiguar si la restitución contractual tiene algo que ver o no con el enriquecimiento injustificado. Ya adelanto que la respuesta será negativa. Con ello, se cierra la hipótesis de partida y la Primera Parte de este trabajo [521].

[521] Sea de ello lo que fuere, no deja de sorprender la reticencia y suspicacia con las que habitualmente se reciben los estudios históricos en nuestra disciplina. Ya por estar muy acostumbrados a capítulos históricos que –es cierto– raras veces tienen algo que ofrecer; ya por considerar que la aproximación histórica puede ser parcial e interesada (aunque me temo que pocas cosas en ciencias sociales escapan de ese calificativo inmovilista). Mi propósito hasta ahora ha sido analizar los textos a partir de un enfoque que no es ni textual ni contextual, sino que se ha preocupado de exponer lo que cada autor quiso decir o pudo haber querido decir (doy por buena la aproximación de Skinner, *History and Theory*, vol. 8, 1, 1969, pp. 3-53). Por eso, el estudio histórico de esta obra, bien leída, no pretende ni la divulgación ni, desde luego, dar brochazos históricos. Por supuesto, se puede criticar, con argumentos, un determinado enfoque histórico en Derecho privado y destacar sus inconsistencias (yo lo hago en este capítulo y, sobre todo, en el siguiente, para las relaciones entre restitución contractual y enriquecimiento). Lo que no termino de comprender es esa alergia a la historia, sin entender el método. Tengo por seguro que el análisis histórico-dogmático no es un ejercicio de onanismo intelectual inerte; tampoco un mero repaso de lo sucedido en tiempos anteriores. En Derecho privado, constituye un punto de partida insoslayable para comprender las categorías actuales, redefinirlas si es preciso y enmendar errores de percepción. Y, como muchos otros, tengo el convencimiento de que los fenómenos jurídicos solo se comprenden en su plenitud a partir de un análisis histórico (y comparado). Al fin y al cabo, el Derecho es un producto histórico y cultural, aunque casi más de un siglo de positivismo jurídico se haya encargado de convencernos de lo contrario.

CAPÍTULO 2

ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO Y RESTITUCIÓN CONTRACTUAL: APROXIMACIÓN HISTÓRICA

I. INTRODUCCIÓN

Las conclusiones del Capítulo 1 chocan con aquellas aproximaciones que explican teóricamente la restitución contractual de las prestaciones a partir del *enriquecimiento injustificado*. El paradigma de este resultado –hemos visto [1]– se encuentra en la *condictio* de prestación, que el Derecho alemán recogió en el § 812.1 S. 1 S. 1 1 Alt. BGB. Esta pretensión se diseñó, principalmente, para los casos de nulidad o de impugnación del contrato. El enriquecimiento injustificado también está presente en el Derecho inglés de restitución contractual [2], así como en algunos textos del moderno *soft law* europeo [3] sobre la misma materia. Por ello, no es ocioso detenerse en estudiar su papel para nuestro estudio desde una perspectiva histórica.

El actual Derecho del enriquecimiento injustificado es el resultado de combinar las antiguas *condictiones* existentes en el Derecho romano con la doctrina escolástica de la restitución («*restitutio*»), tras el «descubrimiento» del «derecho subjetivo» como categoría. Se trata, como veremos, de un impulso del *iusnatu-*

---

[1] *Supra*, Capítulo 1, IV. 2.2.

[2] Véase Zimmermann, 1996, pp. 834-835 y 887-900.

[3] El mejor ejemplo es el DCFR. Su artículo VII.-2: 101 se ocupa de las *«circunstancias en las que el enriquecimiento es injustificado»* y establece, en su párrafo segundo, que *«si el contrato u otro acto jurídico, […] son nulos, han sido anulados o resultan ineficaces por otro motivo con efecto retroactivo, el enriquecido no tiene derecho al enriquecimiento que proceda de ellos»*.

ralismo que la pandectística alemana del s. XIX desarrolla y abstrae hasta sus últimas consecuencias; sobre todo, gracias a las aportaciones de Savigny. De este modo, cimentó una noción de enriquecimiento injustificado con vocación de ser aplicada a desplazamientos patrimoniales sin causa que tenían lugar en un contexto contractual. La consecuencia de este proceso histórico-dogmático no ha sido, sin embargo, baladí para ordenamientos jurídicos diferentes al alemán, como el español. En ellos, la influencia del sistema alemán condujo a situar el origen de la moderna categoría del enriquecimiento en las *condictiones* romanas[4] y, a partir de ahí, a ubicar la restitución por desvinculación contractual dentro de la *condictio* de prestación. Ello, acaso sin prestar demasiada atención a la formación del concepto.

En este segundo capítulo histórico, trataré de demostrar lo inadecuado de explicar teóricamente la restitución contractual desde las bases del enriquecimiento, más allá de determinados casos, como la restitución del menor. De nuevo, merece la pena comenzar por el Derecho romano clásico.

II. LA *CONDICTIO* ROMANA Y LA IDEA DE ENRIQUECIMIENTO

El Digesto presenta un sistema fragmentario y no demasiado claro de acciones orientadas a la recuperación de aquello que previamente había sido entregado y cuya *propiedad* se había transmitido: la(s) *condictio(ne)s*.

1. **El sentido de la *condictio* durante la época clásica**

La *condictio* tiene su origen en la *legis actio per condictionem*[5], introducida por una *Lex Silia*, en el s. III a. C., que permitía reclamar deudas pecuniarias de cantidad determinada (*certa pecunia*)[6]. Esto explica que el caso paradigmático –y originario– de la *condictio*, como instrumento restitutorio, fuera

[4] Por todos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1987, p. 71. Para este autor «*está fuera de toda duda que la categoría moderna del enriquecimiento injustificado tiene su origen remoto en la regulación romana de las condictiones*».

[5] Esta ley se enmarcaba en el procedimiento de las *legis actiones*. El significado original del término «*condicere*» era «dar noticia» o «avisar»; si el demandado negaba deber al demandante una suma de dinero (o una cosa específica), este le «avisaba» de que se presentaría ante el magistrado pasados treinta días. El plazo concedido daba a las partes la posibilidad de arreglarse y, solo si fracasaban y no llegaban a un acuerdo, el proceso terminaba ante el juez. Véase ZIMMERMANN, 1996, p. 835.

[6] D'ORS PÉREZ-PEIX, *AHDE*, 1963, p. 350.

el préstamo (*mutuum*) [7]: la *condictio* se empleaba para recuperar el dinero entregado con ocasión de un préstamo. Esta misma lógica se extendió durante la época clásica –hacia el año 200 a. C. con una *Lex Calpurnia*– a aquellos casos en los que se entregaba una cosa cierta (*res certa*) por virtud de una *datio* o de una *stipulatio certi* [8]. Más tarde, la *legis actio per condictionem* fue reemplazada por una *lex Ebucia*, de forma que la acción de la *condictio* también pasó a denominarse *actio certi* [9]. Pero lo que interesa es que la *condictio*, en el período clásico romano, no era otra cosa que la *acción crediticia*, cuya noción –el *credere* y el *solvere*– albergaba un significado distinto al que el mismo término evoca al jurista moderno.

1.1 La obligación crediticia que justificaba la *condictio*

La obligación crediticia a la que se refería la *condictio* se vinculaba a la *datio* y a un *dare opponere*, es decir, a una obligación de hacer propietario al acreedor (que a la postre sería la parte frente a la que se efectuase la reclamación recuperatoria, por medio de la *condictio*) [10]. La expresión *dare* significaba hacer propietario a quien recibía [11] un pago o «*solutio*» con el que se daba cumplimiento al crédito («*credere*») [12].

Así considerada, la *condictio* se erigía en el mecanismo de protección de la *datio*, como obligación de crédito. Se trataba de una acción unilateral de

---

[7] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 297. También, Scott, 2013, p. 1.

[8] Clave, D'Ors Pérez-Peix, *ZRG*, 1957, pp. 91-92.

[9] D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 393. También, D'ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1963, pp. 349-350. La diferencia estaba en que la *condictio* se refería exclusivamente a una obligación de restitución fundada en una previa *datio* (o traspaso de la propiedad) en el marco de un préstamo, mientras que la *actio certi* incluía otras causas, como la *stipulatio certi* o la *expensilatio*.

[10] D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 395.

[11] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 297.

[12] No me corresponde profundizar aquí en el sistema romano traslativo de la propiedad. Bastará con decir que, bajo determinadas circunstancias, la transmisión de la propiedad romana podía estar envuelta en una cierta abstracción (Jakobs, *SZ*, 2002, pp. 307-308). Ello se aprecia en la existencia de una *causa solvendi*, como justa causa para la transmisión de la propiedad mediante la *traditio*; imprescindible aquí es el trabajo de Rabel, 1915, párr. 39. También el de Kaser, *BIDR*, 1961, pp. 74-75; y la crítica de Beseler, *ZRG*, 1925, p. 225. La existencia de una *causa solvendi* implica que el solo hecho del pago (*solutio*) tenía efectos liberatorios, y así sucedía en la compraventa, en el cumplimiento de una *stipulatio*, de un legado o en la devolución de un préstamo (Kaser, *BIDR*, 1961, p. 77). Entregándose una cosa para el pago (*pro soluto*), la transmisión de la propiedad operaba con independencia de la existencia de la deuda o la correspondencia exacta entre la deuda existente y el pago. La eventual «ineficacia del negocio» no producía entonces ningún efecto en el terreno patrimonial sobre la transmisión efectuada (Rodríguez-Rosado, 2009, p. 35). Por tanto, había que recurrir a un expediente distinto al de la acción reivindicatoria: a la *condictio*, como indica Kupisch, 1987, pp. 4-8.

derecho estricto [13], basada en que quien la ejercitaba no era propietario de lo que reclamaba, sino que lo era el deudor frente al que se dirigía (por eso, procedía la *condictio* y no la *reivindicatio* [14]). Sin embargo, el receptor propietario no podía retener lo recibido [15], ya que el motivo por el cual el transmitente había realizado la asignación patrimonial no se había materializado (el pago del crédito). La noción *sine causa* aludía simplemente a la inexistencia de una causa suficiente para retener la atribución [16] y, por tanto, a la causa para su retención [17] (*causa retinendi*).

1.2 La abstracción de la *condictio*

La característica más relevante de la *condictio* era su naturaleza abstracta [18]. Como acción crediticia, no necesitaba incluir en su fórmula la causa del crédito, sino solo su objeto, esto es, la cantidad (o a la cosa) que se debía devolver («el «*dare oportere*») y por la que el juez debía de condenar al demandado [19]. La abstracción explica, por un lado, que la fórmula que empleaba fuera *única* [20] y estuviese dirigida a un objeto cierto: una cantidad de dinero o una cosa (*certa pecunia* o *aliae certa res*) [21]; por el otro, que durante la época clásica la *condictio* fuera siempre *la misma* acción, por más que esta presentase variaciones [22] o resultase aplicable a situaciones muy variadas [23].

---

[13] D'Ors Pérez-Peix, *ZRG*, 1957, pp. 92-93.

[14] Kaser, 1971, p. 592; Zimmermann, 1996, pp. 841-842.

[15] Kaser, 1971, p. 593; Kaser y Hackl, 1996, pp. 111-113.

Considera que, en Derecho romano, el carácter abstracto de la *condictio* soporta un mandato de condenar al demandado, en caso que se aporten pruebas que acrediten que éste se ha beneficiado de una prestación, injustificadamente, es decir, sin una causa de base jurídica que le diese fundamento, Ricart Martí, *LH-M.ª Victoria Berzosa Francos,* 2013, p. 319. En similar sentido, Orozco Muñoz, 2015, pp. 48-49.

[16] Sobre la falta de *causa retinendi* véase, sobre todo, el trabajo clásico de Schwarz, 1952, pp. 212-230.

[17] Barrientos Grandon, 2018, pp. 2-3; D'Ors Pérez-Peix, 1973, pp. 231-232; Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 299; Rabel, 1915, párr. 76; Schwarz, 1952, pp. 224-230; Zimmermann, 2005, p. 23.

[18] Kupisch, 1987, p. 3; Zimmermann, 1996, p. 835. También, Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, pp. 38-39.

[19] La fórmula era la siguiente, según D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1963, p. 349. «*Si paret NmNm AoAo sestertium x milia dare oportere, iudex NmNmAoAo condemna. Si non paret absolve*». Esta fórmula habría sido mantenida con posteriodidad, a pesar de la abrogación de la *legis actio per condictionem*, manteniéndose el nombre «*condictio*» y su referencia a cantidades de dinero («*certae pecuniae*» o a cosas ciertas («*certae rei*»); en este sentido, Zimmermann, 1996, pp. 835-836.

[20] Barrientos Grandon, 2018, p. 2.

[21] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 297; Rabel, 1915, párr. 76.

[22] D'Ors Pérez-Peix, *AHDE*, 1963, p. 350. Véase, en este sentido, D. 12,6,65 pr.: *«in quibus omnibus quaeritur de repetitione»* («en todos los casos se trata de la repetición»).

[23] Por eso no puede concebirse la *condictio* clásica desde una óptica plural, es decir, como si hubieran existido varias instituciones (*condictiones*) separadas; en este sentido, Zimmermann, 1996, pp. 836 y 839.

1.3 Los supuestos de aplicación de la *condictio*

Evidentemente, el negocio que por excelencia podía dar lugar a una *condictio* era el préstamo o mutuo [24]. Junto a él, la *condictio* cabía ante *(i)* las *dationes ob rem*, por no cumplirse las expectativas del que entregaba anticipadamente algo con el fin de recibir una contraprestación a cambio [25]; *(ii)* las *dationes ob causam* [26], referidas a eventos futuros, todavía no cumplidos, que, de no verificarse, amparaban la *condictio ob causam finitam* [27], o una *condictio indebitii*, si el pago se realizaba por error [28]; y *(iii)* las generalmente denominadas «*dationes ex evento*», que englobaban supuestos en que procedía una *condictio* aun no habiéndose producido una *datio* inicial y voluntaria del demandante, toda vez que se había transmitido la propiedad [29].

---

[24] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 297. Se ha dicho que, en sus orígenes, la *condictio* basada en el mutuo se habría configurado como una especie de *condictio furtiva*, en la medida en que el mutuario que se negaba a devolver lo prestado se equiparaba a un ladrón. En este sentido, Kaser, 1971, p. 593; Zimmermann, 1996, p. 836, n. 20.

[25] La idea se aprecia muy bien en D. 12,6,52 (*Pomponius libro XXVII ad Quintum*): «*Damus aut ob causam, aut ob rem […]; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit*». («Damos o por una causa o por una cosa; se da por una cosa para que subsiga alguna otra, y de no hacerlo, procede la repetición»). Véase, también, D'Ors Pérez-Peix, 1973, pp. 403-404; Honsell, 1974, p. 74; Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 300; Zimmermann, 1996, pp. 842 y 854-855.

Las *dationes ob rem* guardan también relación con la *conditio causa data non secuta* que se construyó en la doctrina postclásica y, por tanto, con la categoría de los contratos reales o innominados; véase D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 405; Zimmermann, 1996, pp. 843-844 y 858.

[26] Se trataba de situaciones en las que la *datio* tenía una causa última que, de no cumplirse o realizarse, daban lugar a la *condictio*; es decir, hubo una *causa para transmitir* la propiedad, pero esta no se ha mantenido y el que recibe retiene la propiedad transmitida sin causa. Véase D. 12,5,1,1 (*Paulus libro X ad Sabinum*»); y D. 12,6,52 (*Pomponius libro XXVII ad Quintum*).

[27] Véase Zimmermann, 1996, p. 855. El autor se refiere al caso recogido en D. 19,1,11,6 (*Ulpianus libro 32. Ad Edictum*), para el caso de un anillo entregado a modo de arras en una compraventa de vino que las partes deciden después terminar («*postea convenerat, ut emptio irrita fieret*») o, si se quiere, rescindir. Ulpiano se pregunta qué sucede si se hubiera dado un anillo, como arras, y este fuera retenido después, tras ejecutarse las prestaciones. En ese caso, se entiende que –junto a la acción de compra– cabe ejercitar la condictio para recuperarlo.

Recientemente, rechazando que existiera una *condictio ob causam finitam*, que más bien habría sido un supuesto especial de la *condictio sine causa*, Lohsse, *FS-Reinhard Zimmermann*, 2022, pp. 581 y ss.

[28] Barrientos Grandon, 2018, pp. 4-5; Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, pp. 299-300; Kupisch, 1987, p. 15; Zimmermann, 1996, pp. 848-850. La idea del error se aprecia muy bien en D. 12,6,7 (*Pomponius libro IX ad Sabium*): «*Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantumdem repetitur*» («Cuando por error se paga lo que no se debe, se repite, bien lo mismo, bien otro tanto»). Si el que recibió lo pagado probase que no hubo error del lado del *solvens*, no procedía la *condictio* y el caso se equiparaba al de una donación. En este sentido, D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 406.

[29] «Ex evento» es la denominación empleada por D'Ors que he preferido mantener: *ibid.*, pp. 409-410. Son casos, por ejemplo, de una donación *mortis causa* donde la cosa donada no pertenecía al donante.

1.4 El objeto de la *condictio*. El enriquecimiento y el valor

La construcción clásica de la *condictio* –como medio para reclamar la obligación crediticia derivada de la *datio* tanto sobre dinero como sobre cosas ciertas no específicas [30]– facilita entender su objeto: una suma de dinero que se correspondía, bien con la cantidad entregada, bien con el *valor* de la cosa, cuando se trataba de cosas ciertas no específicas [31]. Esto puede resultar chocante para las cosas distintas de dinero, pero tiene una sencilla explicación. En primer lugar, la *condictio* entraba en escena, porque el demandante había perdido la propiedad de lo dado [32]. En segundo lugar, porque en muchos casos no resultaba posible recuperar las cosas *in natura*, ya que «lo dado», aun siendo una cosa cierta, podía haberse confundido en el patrimonio del deudor [33].

El objeto de la restitución no se dirigía al *enriquecimiento restante* o existente en el patrimonio del *accipiens* frente al que se ejercitaba la *condictio* [34]; es decir, no había ninguna escala de responsabilidad que atenuase el deber de restitución cuando la cosa no pudiere restituirse *in natura* [35]. En ese caso, regía el principio de la *perpetuatio obligationis* [36] y se buscaba una restitución por el valor equivalente de la cosa; para lo que se podía acudir, en su caso, al precio de (re)venta (*condictio pretii*) [37]. En suma, el objeto de la *condictio* iba dirigido, bien a la cosa misma, bien a su valor [38].

---

[30] Jansen, *ZRG*, 2003, pp. 120-123.

[31] Véase Kupisch, 1987, pp. 3-4.

[32] D'Ors Pérez-Peix, *ZRG*, 1957, pp. 90-91.

[33] D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 395.

[34] Kaser, 1971, p. 598.

[35] Kupisch, 1987, pp. 1-2.

[36] Kaser, 1971, p. 598; Zimmermann, 1996, pp. 897-898.

[37] Se trata del caso en que el deudor de la *condictio* no pudiese devolver la cosa por haberla vendido. Esta idea se aprecia, por ejemplo, en D. 12,6,65,6. En este pasaje se dice que –de no poderse devolver el trigo entregado *in natura*– se repetirá el precio. Véase, también, Harke, *Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 2003, pp. 77-81; Kaser, 1971, p. 589, n. 52.

Lo mismo sucede en D. 12,1,23 para un supuesto en que el esclavo legado por A a L lo poseyese B creyendo haberle sido legado a él y lo vendiese. En ese caso, si el esclavo falleciese, se remite a la opinión de Juliano, quien considera que L puede reclamar mediante *condictio* el precio, porque B se ha enriquecido a costa de su patrimonio. Es importante reparar en que, en este caso, la propiedad seguía siendo de A, por obra del legado, que era vindicatorio. Véase Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, pp. 299y 301. Que cupiera la *condictio* se debe –como hemos visto– a la imposibilidad de ejercer la reivindicatoria; el hecho de que la acción se dirigiese al precio habría sido una estimación de su valor. Hay autores que enmarcan la *condictio pretii* en estos casos dentro de una suerte de *condictio* por intromisión romana en la época clásica. Es el caso de Harke, *Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 2003, pp. 81-83. No obstante, no parece que pueda hablarse de una *condictio* por intromisión opuesta a la de prestación en el Derecho romano clásico: Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 301.

[38] Rabel, 1915, párr. 76.

Corolario de lo anterior es que, durante la época clásica, las *condictiones* nunca se emplearon como instrumentos correctivos de enriquecimientos injustificados [39]; la restitución de la *condictio* no se dirigía al patrimonio del *accipiens* ni, por tanto, al enriquecimiento restante en él o al incremento patrimonial experimentado [40]. Se trataba de una acción restitutoria dirigida a recobrar cosas ciertas y concretas [41]; y que terminaba restituyendo un valor, si aquellas no se podían devolver *in natura* [42].

2. De la *condictio* a las *condictiones* en la época postclásica

Con la caída del proceso formulario en el periodo postclásico y justinianeo, la unicidad de la *condictio* desaparece, y pasa a denominarse por sus causas [43]. De este modo, la *condictio* se dividió en distintas acciones o *condictiones*: *condictio causa data non secuta*, *condictio ob turpem vel iniustam causam*, *condictio indebiti* y *condictio ob causam finitam* [44]. Se trataba de acciones tan diversas como eran los particulares motivos en que se fundaban [45]. Al lado de ellas, el Derecho justinianeo situó una *condictio sine causa*, aplicable a una generalidad de supuestos [46] (y que el periodo clásico tampoco llegó a conocer) [47].

La herencia clásica determinó que todas las *condictiones* compiladas en el período justinianeo se orientasen, como regla general, a la reintegración de

---

[39] Barrientos Grandon, 2018, p. 5; Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, p. 109; Honsell, Mayer-Maly y Selb, 1987, p. 355; Jansen, 2016a, p. 133; Kaser, 1971, p. 598; 1975, p. 425; Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 301.

No obstante, parece inferir lo contrario, Wallinga, 2017, sec. previa. Este autor se refiere a la *condictio* de D. 12,6,33 y encuentra –quizás con anteojos excesivamente modernos– un supuesto típico de enriquecimiento en lo que constituye una construcción en suelo ajeno; ello si bien en ese caso no se admite acción por *condictio*. Aun así, el autor reconoce que la *condictio* no podía ser considerada una acción general de enriquecimiento.

[40] Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, pp. 129 y 132-133.

[41] Véase, no obstante, Hallebeek, 1996, pp. 35-36. Este autor parece querer vincular la *condictio indebitii* con el enriquecimiento, si bien termina reconociendo que las fuentes no reconocen una acción general de enriquecimiento.

[42] Se ha dicho que la *condictio* servía *«para recuperar el enriquecimiento injusto del demandado, pero no cualquier enriquecimiento sino solo el que procede de una* datio *del demandante»* (D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 399). La idea de enriquecimiento o equidad que se mencionaba en algunas fuentes no era más que un motivo último que se empleaba para justificar la devolución de lo recibido; en este sentido, Kupisch, 1987, pp. 1-2.

[43] D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 394. También, Kupisch, 1987, pp. 22-23; Zimmermann, 1996, p. 839.

[44] Barrientos Grandon, 2018, pp. 5-7; D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 394, n. 6; Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, p. 132; Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 302.

[45] Kaser, 1971, pp. 596-598.

[46] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 303.

[47] Zimmermann, 1996, pp. 856-857; Fest, 2006, p. 25.

lo obtenido sin causa para retener y, solo excepcionalmente al enriquecimiento persistente en el patrimonio del obligado [48]. Que los compiladores de Justiniano reconociesen las *condictiones* de una manera prácticamente calcada a como se había ideado la *condictio* en la época clásica –es decir, orientadas a la restitución de la cosa o cantidad recibida– no impidió que, a partir de esta época, tuviera lugar una cierta mutación o –si se quiere– vulgarización de su sustrato teórico.

Justiniano vinculó las *condictiones* con una idea general de *equidad natural*, cuyo fundamento se encontraba en la filosofía estoica [49], según la cual nadie debe enriquecerse a expensas de otro con daño o injuria suyo («*neminen cum alteribus detrimento fieri locupletiorem*») [50]. Se trata, en efecto, de la máxima atribuida a Pomponio, recogida por los compiladores (en D. 12,6,14) y elevada por estos a la categoría de *regula iuris* del Derecho civil (en D. 50,17,206) [51]. Aunque no era una regla directamente aplicable, sí representaba un ideal [52]. En este momento comienza a hablarse de un *Derecho de enriquecimiento* que daba cobertura a todas las *condictiones* [53].

> Por lo que después se dirá, resulta preciso dedicar un poco más de espacio al fragmento de Pomponio en D. 12,6,14. No ocupa más de dos líneas en las que sentencia: «*nam hoc natura aequum est, neminencum altericus detrimento fieri locupletiorem*» («porque resulta equitativo según la naturaleza que nadie se haga más rico en perjuicio de otro»). Hay que leer la frase en su contexto, toda vez que comienza con un «porque» («*nam*»). En el pasaje anterior (D. 12,6,13,1), Pomponio explicaba que, si el pupilo recibió un mutuo sin la autorización del tutor, se hizo con ello más rico y devolvió el importe del préstamo al hacerse mayor, no tiene derecho a repetir lo que hubiese devuelto merced a ese contrato. La razón: que es equitativo no enriquecerse con daño de otro. Como se aprecia, la regla de interdicción del enriquecimiento no se utilizaba por Pomponio para posibilitar

---

[48] Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, pp. 106-133; Kaser, 1975, pp. 422-423 y 425.

[49] Véase Wollschläger, 1985, pp. 46-64.

[50] Kaser, 1975, p. 421.

[51] Una formulación similar se aprecia en Papiniano para la *condictio indebiti*. Así, en D. 12,6,66 (*Papinianus libro VIII Quaestionum*): «*Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit*» («Esta condictio se introdujo en atención a la bondad y la equidad con el objeto de reclamar aquello que es de uno, pero que se halla en poder de otro»). Se ha explicado la relación de esta fuente sobre la *condictio* con el enriquecimiento a partir de la mención a «*ex bono et aequo*»: la *condictio indebiti* se habría equiparado aquí a la *condictio furtiva* y, por tanto, lo transmitido se habría considerado –en puridad y para el derecho natural que inspiraba la máxima de interdicción del enriquecimiento– como algo ajeno. En este sentido, Wollschläger, 1985, pp. 82-84.

[52] En este sentido, Hallebeek, 1996, p. 36; Zimmermann, 1996, p. 852.

[53] De alguna manera, y a pesar del tecnicismo de la *condictio* clásica, los compiladores identificaban el fundamento de esta acción con una distinción entre «lo que está bien y lo que está mal»; lo que explicaba las decisiones tomadas en cada caso particular. En este sentido, Zimmermann, 1996 pp. 853-854.

una restitución, sino todo lo contrario, para impedirla[54]. El fragmento se inserta dentro del contexto de la contratación de un pupilo sin la *autorictas* de su tutor. Así celebrados, se consideraba que esos contratos no tenían eficacia vinculante para las partes. El problema surgía cuando, a pesar de ello, se ejecutaban y el pupilo obtenía algo de su contraparte. En ese caso, el Derecho romano, aun no teniendo el contrato por válido, tampoco veía con buenos ojos que el pupilo retuviese lo recibido; era injusto. Por esta razón –y como veremos en el apartado siguiente– concedía una acción extraordinaria al acreedor del pupilo para recuperar aquello que hubiera incrementado el patrimonio del pupilo (enriquecimiento); y por eso también, impedía al pupilo recuperar la reintegración del mutuo mediante esta misma idea de la interdicción del enriquecimiento. Más allá de ello, no parece que Pomponio hubiese querido expresar una regla o principio generalizable a todos los supuestos[55], y acaso se haya concedido demasiada importancia a una regla como la contenida en D. 12,6,14, que prohíbe el enriquecimiento[56].

En realidad, es difícil establecer una conexión técnica entre la prohibición moral del enriquecimiento y las *condictiones* postclásicas[57]. Suele decirse que el texto de D. 12,6,14 es producto de una interpolación[58] con la que se habría intentado generalizar la *idea* de enriquecimiento. Ello, no sin cierta manipulación[59] y con apoyo en una idea de equidad natural[60] nunca presente en la *condictio* clásica. En este sentido, los compiladores justinianeos habrían buscado sustento adicional en otro tipo de acciones donde el demandado restituía solo el enriquecimiento («*locupletior factus est*»)[61].

3. **La restitución del enriquecimiento: la restitución del pupilo**

El Derecho romano clásico conoció otras acciones (pretorias) en las que la restitución se dirigía hacia el «*id quod pervenit*» o el «*quanto locupletior factus est*»; es decir, al enriquecimiento existente o restante en el patrimonio del obli-

---

[54] Jansen, 2016a, n. 147. En este sentido hay poderosos indicios que apuntan a que el texto original de Pomponio en D. 12,6,14 no relacionaba la *condictio* con la prohibición del enriquecimiento, sino más bien con la *exceptio doli* que es lo que realmente habría podido oponer quien dio el préstamo al menor. Véase, en este sentido, Wollschläger, 1985, pp. 78-81.

[55] Barrientos Grandon, 2017, p. 61.

[56] En España, una prueba de este proceder, se ve en Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, pp. 71-76. En el mismo sentido –otorgándole una gran importancia general al juego de los fragmentos en D. 12,6,14 y D. 12,6,13,1 y a la prohibición del enriquecimiento–, Hallebeek, 1996, pp. 36-37.

[57] Scott, 2013, p. 2.

[58] Lo que ciertamente explicaría que comience con «*nam*» (porque) que obliga a conectarlo, como acabo de exponer, con el fragmento que le precede.

[59] Barrientos Grandon, 2017, pp. 65-66.

[60] Barrientos Grandon, 2018, pp. 8-11; Kaser, 1975, pp. 421-422.

[61] Rabel, 1915, párr. 76. Pero sin que el Derecho romano llegase nunca a establecer como tal una institución jurídica del enriquecimiento injustificado: Wollschläger, 1985, pp. 86-87.

gado. Se suele mencionar aquí a la *hereditatis petitio* [62], que habría dado lugar a una responsabilidad del poseedor de buena fe era en la medida del enriquecimiento [63]. Sin embargo, la relación del enriquecimiento con la petición de la herencia solo parece apreciable en casos de imposibilidad de restituir en especie [64]. Donde el Derecho romano sí reconoció una genuina responsabilidad restitutoria en la medida del enriquecimiento es en la gestión de negocios ajenos [65], así como en la *actio de in rem verso* [66]. Acciones muy próximas la una de la otra [67].

---

[62] En la *hereditatis petitio*, así se desprende del *Senatus Consultum Iuventianum*, de 14 de marzo de 129 d. C. (Ulpiano en, D. 5, 3, 20, 6.). Sobre el *Senatus Consultum Iuventianum* y la tendencia a extender su régimen a supuestos originariamente no previstos en él, véase Barrientos Grandon, 2017, pp. 54-57; Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, pp. 126-127; Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 301; Kupisch, 1987, pp. 28-29.

[63] Barrientos Grandon, 2017, p. 55.

[64] El problema que plantean es el de la venta de la herencia pedida, por quien la posee de buena fe. En ese caso, la restitución comprendía las cosas y sus frutos, sin perjuicio de que estas pudieran sustituirse por el precio obtenido (si, por ejemplo, se vendieron porque habían de consumirse). Así se aprecia, en D. 5,3,20,16; D. 5,3,20,18; D. 5,3,20,21. Por eso, en estos casos, la mención al «*id quod pervenit*» no habría hecho realmente referencia a una restitución en la medida del enriquecimiento restante en el patrimonio del *accipiens*, al tiempo de la *litis contestatio*, sino a la cosa o cantidad verdaderamente recibida (Honsell, Mayer-Maly y Selb, 1987, pp. 355-356; Kaser, 1971, p. 598). Una restitución en la medida del enriquecimiento solo se habría planteado respecto de la cantidad recibida, cuando el mismo poseedor perdía, consumía o donaba la herencia. En ese caso, parece que sí podía restituir aquello que restase en su patrimonio (D. 5,3,23, pr.). Este es, según lo veo, igualmente el sentido de D. 5,3,20,6 (*Ulpianus libro 15 ad Edictum*), que refiere Wallinga, 2017, sec. 3.

[65] La gestión presuponía una falta de mandato en el representante; lo que hacía imposible recurrir a la *actio mandati*; véase D'Ors Pérez-Peix, 1973, pp. 478-480; Wallinga, 2017, sec. 2; Zimmermann, 1996, pp. 875-876. El ejemplo más habitual era la representación procesal de un ausente. Así, en D. 3,5,2 (*Gaius libro 3 ad Edictum provincial*) se dice que, si alguien hubiere gestionado los negocios de un ausente, aun ignorándolo este, tiene por este hecho una acción por aquello que útilmente hubiere gastado en sus cosas. Se dice, en el fragmento, que, en ese caso, nace una acción hacia uno y otro lado. Mediante esta acción, el representado podía reclamar del gestor la entrega de todo aquello que hubiese conseguido a consecuencia del proceso. En este contexto, al gestor de negocios se le reconocía también una acción contraria (*actio negotiorum gestorum contraria*) con la que demandar una restitución de los gastos que le había ocasionado la gestión, siempre que esta hubiera enriquecido al principal (véase D. 3,5,5 [*Ulpianus libro 10 ad Edictum*]). Ello cuando la gestión fue razonablemente asumida y realizada, aunque su resultado no hubiese sido óptimo.

[66] El Derecho romano clásico reconocía una acción de *in rem verso* o de reembolso cuando una persona sometida al poder de un *pater familias* celebraba negocios en su nombre para los cuales no estaba autorizado (Coing, 1985, p. 498). En ese caso, se producía una relación triangular entre el *pater familias* (A), el gestor (B) y el tercero con el que se contrataba (C). Dentro de esta relación, B solía ser o un esclavo o un hijo de A. Ninguno de estos podía obligarse propiamente ni administrar patrimonios, por lo que el contrato celebrado no era vinculante y lo que obtenían pasaba a engrosar directamente el patrimonio del *pater familias* bajo cuya potestad se encontraban (Kupisch, 1965, p. 11). Por esta razón, el pretor concedía a los acreedores de B –es decir, a C– una acción directa contra A, el cual se obligaba únicamente en la medida de lo que se hubiera incrementado su patrimonio gracias al negocio del que no había sido partícipe (D'Ors Pérez-Peix, 1973, pp. 258-259). Era el caso cuando, por ejemplo, el dinero de un préstamo celebrado entre B y C había sido empleado para el patrimonio de A (*in rem versum*). La acción se denominaba, así, *actio de in rem verso*; a este respecto, Kupisch, 1987, p. 29; Wallinga, 2017, sec. 1; Zimmermann, 1996, pp. 878-879.

[67] El desarrollo postclásico extendió el ámbito de aplicación de esta figura a otras situaciones en las que el gestor ya no se encontraba bajo la potestad del enriquecido (*actio de in re verso utilis*); en este

Muy cercano a la acción de *in rem verso* actuaba el supuesto del pupilo que recibía una asignación patrimonial sin la participación de su tutor. Ese contrato no llegaba a alcanzar fuerza vinculante de ningún tipo; no obligaba en Derecho [68]. La obligación contraída por el pupilo se consideraba inexistente *ex iure civile* [69]. No obstante, y para conjurar la injusticia que suponía que el pupilo retuviese aquello que recibía en virtud del intercambio, se concedía una acción al otro contratante, por aquello en que el pupilo se hubiese enriquecido [70] (*in quantum locupletiur factus est*). Así sucedía, al menos, desde la promulgación de un rescripto de Antonino Pío [71]. Hasta este momento, la contraparte del menor carecía de cualquier tipo de acción frente a este, ya que se entendía que el pupilo que contrataba sin la autoridad del tutor no se obligaba en Derecho [72]. De alguna manera, la acción frente al pupilo por su enriquecimiento tenía, desde este rescripto, una cierta vinculación con la gestión de negocios ajenos [73].

El lector atento enseguida establecerá una conexión entre el supuesto que acabo de esbozar y la regla de Pomponio en D. 12,6,14, que he explicado en el apartado precedente. El estudio de esta acción excepcional a favor del acreedor del menor permite relativizar aún más la regla de interdicción del enriquecimiento que se utilizó masivamente a partir del periodo postclásico. El acreedor del pupilo tenía derecho a recuperar patrimonialmente aquello que hubiese enriquecido al menor –en un préstamo como el de D. 12,6,13,1, sería normalmente el importe de lo recibido–; y, del mismo modo, ese derecho del acreedor a recuperar el enriquecimiento era la otra cara de la moneda de que el pupilo no pudiese repetir el enriquecimiento que hubiese devuelto.

La restitución del pupilo en la medida del enriquecimiento no pensaba propiamente en un caso de desvinculación contractual, como los estudiados en

---

sentido la acción de *in rem verso* se comenzó a vincular con la gestión de negocios ajenos. Así, en C. 4,26,7,3 se dice que, si contrataste con un hombre libre que administraba los negocios de otro, con quien tú querías contratar, no tienes acción contra el dueño, salvo que el dinero obtenido por aquel con el que contrataste se haya aplicado a una cosa del dueño (*in rem eius pecunia processit*), o que este haya ratificado el contrato.

[68] Se dice así en D. 26,8,1, pr. (*Ulpianus libro 1 ad Sabinum*): «*iure pupillam non teneri*».

[69] Barrientos Grandon, 2017, p. 57.

[70] Además de en el pasaje citado en nota 68, se observa lo mismo en D. 26,8,5, pr. *(Ulpianus libro 40 ad Sabinum*). Allí se dice que se debe dar acción frente al pupilo, no solo a su tutor, sino a cualquiera.

[71] Sobre la restitución del pupilo que hubiere gestionado sus negocios sin autorización de su tutor, véase Barriendos Grandón, 2017, pp. 57-59; Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, p. 125.

[72] En la correspondencia con su hermano Willen, Hugo Grocio entendía que, con el rescripto, se convertía en Derecho civil lo que era una obligación de Derecho natural. En este sentido, el mismo autor consideraba que, pese a todo, la regla del rescripto no habría sido aplicada en exceso por los juristas posteriores, más apegados a la solución antigua. Sobre la opinión de Grocio en esa correspondencia, Feenstra, 1995, p. 221.

[73] Así se aprecia claramente en D. 3,5,3,4 (*Ulpianus libro 10 ad Edictum*). Allí se dice que, si un pupilo hubiese administrado sus negocios, puede ser demandado por aquello en que se hizo más rico, tras el rescripto del Divino Pío. Este pasaje se inserta dentro de la gestión de negocios (D. 3,5).

el Capítulo 1. Tampoco constituía una *condictio*. Se trataba, simplemente, de una acción contractual excepcional dirigida a recuperar el enriquecimiento [74]. Ese enriquecimiento se proyectaba sobre el patrimonio de diversas maneras [75].

4. **Recapitulación y conclusión parcial sobre Derecho romano**

La *condictio* romana clásica nunca tuvo el cometido de remover enriquecimientos injustificados; antes bien, se orientaba la restitución al valor patrimonial de lo recibido, al menos en el periodo clásico [76]. La restitución del enriquecimiento se insertaba al hilo de otras acciones (sobre todo, en la *negotium gestio*, la acción de *in rem verso* y la restitución especial del pupilo que contrataba sin la autorización del tutor). Pese a ello, algunas codificaciones decimonónicas –y la alemana es el mejor ejemplo– incorporaron una acción general de restitución del enriquecimiento, basada en la *condictio* romana [77], con una restitución originalmente vinculada al patrimonio del deudor [78], y que tenía en mente supuestos de desvinculación contractual (nulidad e impugnación). Por eso, conviene estudiar cómo llegaron a tal resultado.

III. LA DOCTRINA DE LA *RESTITUTIO* EN EL *IUS COMMUNE*

La idea de enriquecimiento injustificado, que se asienta durante la época romana posclásica, germinó en el pensamiento moral-filosófico medieval y, más tarde, en la doctrina escolástica de la *restitutio* [79]. Los juristas del *ius civile* trataron de cohonestar el enriquecimiento con el sistema de las *condictiones* romanas explicado [80]. Se llega así a la llamada doctrina de la *restitutio*. Para la

---

[74] Coing, 1985, p. 498.

[75] Sobre lo que restase en el patrimonio del deudor de buena fe –como en la petición de la herencia–, sobre un ahorro de gastos –como en la gestión de negocios– o sobre un incremento patrimonial a devolver –como en la acción de *in rem verso* o en la restitución extraordinaria del pupilo que contrataba sin la *autorictas* del tutor.

[76] Wallinga, 2017, sec. previa.

[77] Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, p. 297. El ejemplo más claro se contiene en el § 818.3 BGB.

[78] Como hemos visto, los orígenes últimos de esta operación se sitúan en el periodo posclásico romano. En este sentido, refiriéndose a la restitución del enriquecimiento prevista en el § 818 BGB (se supone que a su tercer párrafo), Rabel, 1915, párr. 76.

[79] Kaser, 1975, pp. 421-422.

[80] Barrientos Grandon, 2017, pp. 61-64; König, 1985, p. 18.

Entre nosotros, Carrasco Perera (*ADC*, 1988, p. 93) ha llamado la atención sobre este hecho, indicando que «la *regula* de medición del enriquecimiento se construye en el Derecho común sobre la base fundamental de las normas romanas que regulan la *petitio hereditatis* (D. 5.3), la *in rem verso actio* (D. 15.3) y las donaciones uxorias (D. 24.1)».

filosofía moral cristiana medieval, la *restitutio* era una condición necesaria para la expiación de los pecados. Sin restituir el bien obtenido de manera fraudulenta, no era posible la salvación del alma del actor [81]. Esta aproximación se corresponde con una concepción teológica del Derecho, poco técnica, que va desapareciendo en la escolástica (s. XIII) [82]. En este contexto, se fundamenta la restitución con una idea de equidad, en detrimento de la idea de penitencia hasta entonces dominante. Esta concepción permitió emplear la *restitutio* como instrumento para la compensación del perjuicio sufrido por la víctima del injusto [83].

1. La *condictio indebitii* y el enriquecimiento en el *ius commune*

La *condictio indebiti*, heredada del Derecho romano, estuvo muy presente en el *ius commune*, si bien alejada de connotaciones religiosas [84]. El elemento principal era el pago por error, de hecho o de derecho, de una deuda [85]. Tanto para la Glosa como para los juristas del *ius commune*, la *condictio* constituía una acción de enriquecimiento, estrictamente vinculada a la equidad (*aequum*). Distinguían si esta se dirigía a recuperar una cosa cierta (*certa res*) o un género (*certa quantitas*); en el primer caso, el objeto de la restitución se medía por el enriquecimiento restante para el deudor de buena fe, en caso de pérdida [86]; tratándose de una *quantitas*, la restitución era de otro tanto de la misma especie y cantidad [87]. Así, en paralelo a la concepción de la restitución medieval, se popularizó una idea de enriquecimiento injustificado anclada en

[81] Véase HALLEBEEK, 2017, sec. II. Así, el papel de la víctima quedaba relegado a un segundo plano; lo importante era que quien cometía el injusto alcanzase, con la restitución, el perdón de sus pecados; véase WEINZIERL, 1936, pp. 179-182. Esto aclara que no tuviese lugar allí donde el actor no se encontraba ya en condiciones de devolver nada o hubiera dilapidado lo percibido. El fundamento de la restitución consistía en el sacramento de penitencia, el cual prescindía de resarcir de manera justa al dañado para centrarse en que quien dañaba corrigiese su acción (JANSEN, 2013, pp. 25-28 y 47-48).

[82] Al respecto, WEINZIERL, 1939, pp. 122-139. *Alberto Magno* se centra más en los aspectos jurídicos de la restitución y en la idea de que esta consiste, principalmente, en la devolución de una cosa sustraída o en la indemnización. El objeto de la restitución lo refiere solo a las cosas que han salido del poder de su propietario sin su voluntad. Más tarde estas ideas se perfeccionan con *Tomás de Aquino* en su *Summa teológica*; sobre la teoría de la restitución en *Tomás de Aquino*, véase *ibid.*, pp. 163-214. *Aquino* combina algunas fuentes romanas con la filosofía aristotélica. En este sentido, considera que la restitución se dirige a recuperar la posesión de una cosa. Su fundamento descansa en la justicia conmutativa que se obtiene cuando alguien es reintegrado en la posesión o en la propiedad de una cosa.

[83] Véase DECOCK, 2013, p. 515 y ss.; JANSEN, 2013, pp. 28-34; WEINZIERL, 1939, pp. 215-226.

[84] JANSEN, 2013, pp. 24-25.

[85] COING, 1985, p. 494.

[86] FLUME, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, pp. 141-142. También, BARRIENTOS GRANDON, 2018, pp. 11-19.

[87] COING, 1985, p. 495.

la máxima de Pomponio presente en D. 12, 6, 14[88]. Esta regla pasó al *corpus Iuris Canonici*[89], generalizándose la idea moral que vedaba enriquecerse a expensas de otro[90], pero que no era más que una máxima[91].

2. La doctrina escolástica de la *restitutio*

La escolástica tardía aprovechó todo el sustrato anterior para formular una teoría jurídica más compacta de la *restitutio*[92]. Lo hizo a partir de la idea de dominio y la necesidad de su protección. Con la vinculación al dominio, la doctrina de la *restitutio* se tiñó de elementos jurídicos; las cuestiones restitutorias se transformaron en jurídicas[93]; y la *restitutio* en una institución jurídica de Derecho natural[94]. La restitución se asoció entonces al enriquecimiento obtenido del derecho de *propiedad* ajeno[95]. A restituir quedaba obligado tanto *(i)* quien usurpaba o detentaba ilícitamente un bien ajeno, causándole un daño como *(ii)* aquel que poseía un bien ajeno sin derecho, debido a diferentes circunstancias que no necesariamente presuponían la existencia de un ilícito[96]. Así, se comienza a hablar de *(i)* una *«restitutio ratione acceptionis»,* vinculada al daño y la intromisión ilícita en la propiedad ajena; y *(ii)* de otra *«restitutio ratione rei»,* ligada a una posesión sin derecho sobre lo ajeno[97]. La distinción principal entre ambas se basaba en el alcance de la responsabilidad, más dura en la *restitutio ratione acceptionis*, que comportaba un ilícito. Por eso, obligaba al que sustraía una cosa

---

[88] Jansen, 2016a, p. 136. En concreto, gracias la tan citada máxima de Pomponio presente en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (véase D. 50, 17, 206), basada en la equidad, de que «*resulta naturalmente equitativo que nadie se enriquezca con perjuicio de otro*» («*neminen cum alterius detrimento fieri locupletiorem*»).

[89] Wollschläger, 1985, p. 42. Véase, también, sobre la asunción de la idea de «igualdad natural» por los juristas del *ius commune*, Zimmermann, 1996, pp. 873-874.

Sobre la extensión de la *condictio* a partir de la idea de enriquecimiento contenida en la regla de Pomponio y la idea de equidad (*bonum et aequum est*) en la época medieval, la glosa y los comentaristas, Wallinga, 2017, sec. 4.

[90] Véase Barrientos Grandon, 2017, pp. 60-61; 2018, pp. 19-24; Kupisch, 1987, pp. 30-31.

[91] Por eso, no tiene que ver con lo que hoy se entiende por enriquecimiento injustificado (una acción patrimonial de contenido más o menos definido). Véase Jansen, 2013, p. 149.

[92] Las enseñanzas de Tomás de Aquino son claves para la escolástica tardía, ya que este autor concebía la restitución como la reparación de una violación del dominio. Véase Hallebeek, 2017, sec. III.

[93] Wollschläger, 1985, p. 42.

[94] Jansen, 2013, pp. 33-48. Esto se hace posible a partir de Molina y Lessio, quienes no redujeron la restitución a una mera reacción frente a la violación del dominio, sino que la extendieron a otros casos en los que una cosa se encontraba indebidamente en poder de otro (*ibid.*, pp. 70-72).

[95] Jansen, 2013, p. 50; y 2016a, p. 135.

[96] Jansen, *Edinb. Law. Rev.*, vol. 20, 2, 2016, p. 128.

[97] Respecto a la *restitutio ratione rei* y la *restitutio ratione acceptationis*, véase Hallebeek, 1996, pp. 47-52; Jansen, 2013, pp. 59-136; Nufer, 1969, pp. 16-58. Un resumen de ambas en castellano en Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1062.

ajena o al que la poseía de mala fe. Mientras tanto, la *restitutio ratione rei* –que también corregía una pérdida [98]– proyectaba sus efectos sobre los poseedores de cosa ajena. Ahora bien, la *restitutio ratione rei* diferenciaba cuando la cosa no podía devolverse *in natura*, por haberse perdido o consumido.

(i) El poseedor de buena fe que hubiera enajenado a un tercero o consumido el bien objeto de restitución solo restituía el «enriquecimiento económico realmente restante en el patrimonio» [99]. Es decir, solo restituía, bien lo que quedase de la cosa, bien en cuanto se enriqueció con ella (los gastos que hubiese ahorrado) [100]. Los casos en que aplicaba esta extensión restitutoria podían atender a diferentes razones [101]. Pero lo que interesa, en cualquier caso, es destacar que la responsabilidad restitutoria se limitaba para él de manera doble (enriquecimiento restante en su patrimonio y pérdida efectivamente experimentada por el actor) [102]. Naturalmente, esta clase de extensión restitutoria se construyó a partir de las fuentes romanas acerca de una restitución en la medida del «*locupletior*» [103]. Pero es una lectura bastante particular de dichas fuentes que, a pesar de todo, sentó las bases de una responsabilidad general basada en el enriquecimiento desconocida hasta entonces, y orientada al patrimonio abstracto del obligado [104].

(ii) Frente a lo anterior, el poseedor de mala fe en la misma situación estaba obligado a restituir todo lucro y todo daño; aunque hubiera dejado de poseer [105].

---

[98] Hallebeek, 1996, p. 53-54. Si bien los autores escolásticos no diferenciaron con demasiada precisión, por no serles necesario, entre las acciones obligacionales, propias de la *condictio,* y las reales, propias de la reivindicación. Así, Hallebeek, 1996, pp. 58 y ss., y 81 y ss.; Jansen, 2013, pp. 51-52.

[99] Hallebeek, 1996, p. 55.

[100] Un ejemplo muy claro para ilustrar la responsabilidad en la medida del enriquecimiento en la *restitutio ratione rei* es el utilizado por el Cardenal Cayetano: Si se consumió de buena fe un ternero robado en un banquete, no se restituye el valor del animal, sino más bien lo que el deudor se hubiese ahorrado; es decir, el valor del ternero que el deudor hubiese comprado para sí y para ser consumido en un banquete habitual. Ejemplo traído por Jansen, 2013, p. 70.

[101] Nufer, 1969, pp. 43-44. Destaca el caso de haber vendido el poseedor la cosa a un tercero, donde la responsabilidad del poseedor de buena fe se habría calculado con referencia a su enriquecimiento, esto es, con referencia al beneficio final obtenido con la transacción (precio de compra menos precio de venta). Sin embargo, la cuestión distó de ser pacífica. Algunos autores, como Molina, defendieron la necesidad de distinguir entre el enriquecimiento procedente de la cosa (beneficio natural), en sí misma, y el proveniente de la habilidad del vendedor poseedor (beneficio industrial), abogando por la restitución de un enriquecimiento basado en la diferencia entre el precio básico de la cosa y la media entre ese precio básico y el precio real de venta; en este sentido, Hallebeek, 1996, pp. 58-62.

Para el caso de haberse consumido la cosa, la mayoría de los autores se habrían inclinado por una restitución del enriquecimiento basado en lo que el poseedor ahorró con ese consumo, y no tanto en el valor del objeto consumido. Véase, igualmente, Hallebeek, 1996, pp. 62-67.

[102] Véase, con citas de Francisco de Vitoria y Luis de Molina, Jansen, 2013, p. 137.

[103] Hallebeek, 1996, pp. 57-58.

[104] Jansen, 2013, pp. 69-73. También, Hallebeek, 1996, p. 84.

[105] Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1062.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO Y SU (NO) RELACIÓN CON LA DESVINCULACIÓN CONTRACTUAL

El modelo escolástico de la restitución es tomado casi por entero por Hugo Grocio y reelaborado después por Samuel Pufendorf hasta convertirse en el Derecho de restitución del *ius Gentium*, es decir, que es acorde con el Derecho natural.

1. **Hugo Grocio**

Se atribuye a Hugo Grocio el mérito de haber compactado todas las enseñanzas precedentes –principalmente, las romanas sobre la *condictio* y la doctrina de la *restitutio* de los escolásticos españoles– y de enunciar, por primera vez, la fórmula del enriquecimiento injustificado, como fuente de las obligaciones [106]. Para el estudio de su teoría me centraré en su *De iure de belli ac pacis* [107].

En el Capítulo X, Grocio se refiere a una «obligación que *nace* del dominio»; categoría que expresaría la posesión pasada o presente de una cosa ajena. La obligación que nace del dominio es una obligación restitutoria de la propiedad ajena y se corresponde con la reivindicación [108]. En este sentido, Grocio diferencia entre las cosas que todavía son recuperables en sí mismas (*rebus extantibus*) y aquellas que, por haberse perdido, consumido o vendido a otra persona (*rebus non extantibus*), no lo son [109]. Esta distinción la toma de los autores escolásticos, si bien es Grocio quien le confiere un papel principal para explicar su teoría de la restitución del dominio [110].

---

[106] Feenstra, 1995, pp. 198-199; Zimmermann, 1996, p. 885.

[107] La teoría del enriquecimiento injustificado de Grocio se contiene en dos obras. La primera es su *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, publicada en 1631 tras escapar de su cautiverio en el castillo de Loevestein el 22 de marzo de 1621. En ella, se centra en el Derecho holandés de la época explicado desde las bases del Derecho natural y apenas se contienen referencias bibliográficas, por no haber tenido acceso a estas. Aun así, en esta obra se sirve del consumo del alimento ajeno, caso prototípico de los teólogos. Véase, en este sentido, Feenstra, 1995, p. 197; Hallebeek, 2017, sec. IV.

La segunda es *De iure de belli ac pacis*, mucho más rica en referencias y en la que reconoce explícitamente –en su prólogo– la influencia de los escolásticos españoles. En este sentido, puede verse, Hallebeek, 1996, pp. 87-89; Wieacker, 1967, pp. 287-289; Nufer, 1969, pp. 70-71 y 77-78.

[108] A pesar de que la terminología confunda al jurista moderno. En este sentido, Feenstra, 1995, p. 209.

[109] La traducción literal de *rebus extantibus* y *rebus non extantibus* es la de «cosas existentes» y «cosas no existentes».

[110] Feenstra, 1995, pp. 209-210; Hallebeek, 1996, pp. 91-92.

En ambos casos, la obligación de restituir es universalmente vinculante, para el autor. Sin embargo, su extensión no es idéntica. De las primeras (*extantibus*), indica que aquel que tiene una cosa ajena en su poder está obligado a restituir; y que esta obligación resulta así tanto en el derecho de gentes (natural) como en el civil [111]. De las segundas (*non extantibus*), advierte que si alguien se *hizo más rico* con una cosa ajena está obligado a restituir el enriquecimiento que hubiera obtenido a costa de ese bien ajeno. La razón para ello estaba en que el dominio sirve para mantener la igualdad de cada uno respecto de lo que es suyo, y el enriquecimiento de uno se corresponde con lo que el otro ha perdido [112].

De esta manera, Grocio reconoce el enriquecimiento injustificado como fuente de una obligación –de restitución– y por tanto la existencia de una acción general dirigida a recuperar el enriquecimiento [113]. A partir de ambas reglas de *restitución*, Grocio enuncia once aplicaciones de la obligación de restitución del dominio [114]. En ellas, el enriquecimiento adquiere un papel preponderante en los supuestos en que no se restituye la cosa en sí misma, por ser imposible.

La teoría de la restitución de Grocio guarda relación con la *restitutio ratione rei* de la escolástica [115]. Para la escolástica, no había diferencia entre restituir la cosa o restituir el enriquecimiento [116]. La distinción entre las cosas que podían ser restituidas *in natura* y las que no ya estaba presente en los trabajos escolásticos; la novedad es que Grocio eleva esta distinción (a partir de las *rebus non extantibus*) a categoría y, con ello, sienta las bases del futuro Derecho de enriquecimiento [117]. En este sentido, va más allá que los escolásticos [118].

---

[111] Grotius, 1701, lib. 2,10,1,2-5. De nuevo, las citas a esta obra se realizan por el siguiente orden: libro, capítulo, apartado y párrafo.

[112] *Ibid.*, lib. 2,10,2,1.

[113] Hallebeek, 1996, pp. 90-91.

[114] De ellas destacan las siguientes: *(i)* Que el poseedor de buena fe no está obligado a restituir nada, si la cosa perece, porque no la tiene ya en su poder ni obtiene lucro de ella («*quia nec res ipsa apud eum est, nec lucrum ex re*»); *(ii)* otra cosa sucede ante el poseedor de mala fe, que está obligado *ex facto suo* y no solo por razón de la cosa («*ex re*»), como le ocurre al de buena fe (lib. 2,10,3). Véanse también las expresiones del enriquecimiento en lib. 2,10,4; lib. 2,10,5; lib. 2,10,7; lib. 2,10,8; y lib. 2,10,9.

[115] Hallebeek, 1996, pp. 90-91.

[116] En este sentido, no puede decirse que Grocio desarrollase un sistema de restitución por enriquecimiento de la nada; los problemas que trata y muchas de las soluciones ya se encontraban en la escolástica española (Nufer, 1969, p. 77).

[117] Hallebeek, 1996, p. 92.

[118] Feenstra, 1995, p. 219. En efecto, mediante esta nueva subdivisión entre la restitución de la cosa misma (*rebus extantibus*) y el enriquecimiento a restituir, cuando no cabe la restitución *in natura* (*rebus non extantibus*), el enriquecimiento adquiere, por primera vez en la historia, una posición autónoma e identificable dentro de las fuentes de las obligaciones (Hallebeek, 1996, p. 103).

Con lo anterior se explica que Grocio condicionase el éxito de la restitución que deriva del dominio al *enriquecimiento*, cuando la cosa no puede devolverse *in natura* (la cosa se consumió, se perdió o se vendió a otro). La extensión restitutoria la hace depender aquí de la efectiva producción de un enriquecimiento en el patrimonio del poseedor. Por «enriquecimiento», entiende un incremento del patrimonio de este sujeto o, en determinados casos, un ahorro de gastos. Así, el enriquecimiento se convierte en una medida de la obligación de restituir que informa, al mismo tiempo, si tiene lugar o no una restitución [119].

Con posterioridad, en la *Inleidinge*, Grocio desarrolló sus ideas acerca de la restitución del enriquecimiento a costa de otro [120], como una obligación vinculada a la propiedad [121]. Con ello, pareció aludir, por primera vez, a las *condictiones* romanas como expresiones del principio de enriquecimiento sin causa [122]; y, en particular, a la posibilidad de recuperar lo pagado por error, lo pagado sin causa o lo pagado por una causa que no se materializa (*data non secuta*; aquí se refiere al ejemplo de lo dado en expectativa de matrimonio) [123].

La construcción de Grocio es la primera piedra en la elaboración de un Derecho del enriquecimiento injustificado, como expediente para restituir desplazamientos patrimoniales a costa del dominio de *otro*. Pero, atiéndase, Grocio no refiere en ningún momento esta «nueva» obligación de restitución al contrato o a la desvinculación.

2. **El iusnaturalismo posterior**

El sedimento teórico de la responsabilidad por enriquecimiento, propio del Derecho natural, permaneció vigente también en el *usus modernus* del s. XVII [124]; ello teniendo en cuenta que los autores de esta escuela recibieron

---

[119] Dicha restitución es siempre extracontractual –lo que Grocio resalta al final, en su regla *xi*– en cuanto que nace del dominio, y permite dosificar la responsabilidad restitutoria del poseedor; es una restitución, recalca, por «razón de la cosa» («*ratione rei*») (lib. 2,10,13).

[120] Véase FEENSTRA, 1995, pp. 202-206; SCOTT, 2013, pp. 2-3.

[121] Véase *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheid* en la traducción de R. Lee, GROTIUS, 1977, lib. 3.30.1. Aquí se indica: «*Obligation from enrichment arises when someone without legal title derives or may derive advantage from another person's property*». En 3.30.2 se indica que la expresión «sin causa» se refiere a que no exista ni donación ni otro contrato. Y en 3.30.3 se asocia la obligación de restitución con el Derecho natural y con la idea de que la equidad no permite enriquecerse a costa de otro.

[122] SCOTT, 2013, p. 3.

[123] Véase, en la traducción de Lee, GROTIUS, 1977, lib. 3.30.4-19.

[124] Esta denominación se refiere a la época que media entre la ciencia jurídica de la baja edad media y su recepción en Alemania, y la revolución intelectual que supuso el Derecho natural: WIEACKER, 1967, p. 214.

importantes influencias de los escolásticos españoles en lo que a la doctrina de la restitución se refiere [125]. Al mismo tiempo, autores *iusnaturalistas* posteriores, como Wolff, asumieron el sistema romano de las diferentes *condictiones* [126]. Desde este momento, se comienza a hacer perceptible una vinculación teórica entre la doctrina de la restitución (enriquecimiento), por un lado, y las *condictiones* romanas, por el otro [127]. Este esquema permeó en alguna codificación de corte alemán, como la prusiana [128]. La operación creadora del enriquecimiento en suelo alemán culmina con Savigny y la pandectística.

3. **Savigny y la pandectística**

Savigny (1769-1861) culmina la construcción de las bases teóricas del enriquecimiento injustificado moderno, del que es deudor el actual sistema alemán de enriquecimiento [129]. Tanto Savigny como la pandectística posterior construyeron una acción por enriquecimiento injustificado de base romana, que prescindía del desarrollo jurídico de los siglos anteriores en materia de restitución; esto les hizo renunciar a incorporar una acción de *in rem verso* [130]. En lo que a Savigny respecta, su configuración del enriquecimiento no se alcanza a comprender sin manejar su concepción sobre la transmisión abstracta de la propiedad, que también extrajo de los textos romanos [131].

---

[125] Nufer, 1969, pp. 84-94 y 105-109. Sobre la influencia de Grocio en el s. xvii y en especial en Huber, Feenstra, 1995, pp. 222-228. Sobre la influencia de Grocio en el Derecho romano-holandés en materia de enriquecimiento, Scott, 2013, p. 3.

[126] Coing, 1985, p. 494.

[127] Schäfer, *HKK*, 2013, pp. 2597-2600.

[128] En este sentido, la codificación prusiana de finales del s. xviii (1794) había reconocido, por influencia del *iusnaturalismo*, la *condictio indebiti* como instrumento para recuperar los pagos realizados a otro por error (I, XVI, §§ 166-198 ALR). Junto a ella se incorporaba una *condictio* para recuperar pagos realizados en atención a un objeto que no se había cumplido –la *condictio ob causam datorum*– (I, XVI, §§ 199-204 ALR); una *condictio* referida a pagos con objeto ilícito (I, XVI, §§ 205-212 ALR), que solo el fisco podía reclamar; y también una acción de *in rem verso* (I, XIII, § 262 ALR). Sobre esta acción en la codificación prusiana, Kupisch, 1965, pp. 57-91.

[129] Ellger, 2002, pp. 41-42.

[130] Kupisch, 1965, p. 114.

[131] La explicación más clara que Savigny ofrece sobre su teoría traslativa se contiene en su Derecho de obligaciones. Aun así, los primeros testimonios que se recogen sobre esta teoría son indirectos y se reflejan en los apuntes de clase de sus alumnos, a partir del primer semestre del curso 1814/1815 (Felgentraeger, 1927, p. 31). Savigny (1853, pp. 254-260) parte de la autonomía de la *traditio*, como forma de transmisión voluntaria de la propiedad, y acomete un análisis de esta a partir de los textos romanos que negaban eficacia autónoma a la tradición, como no estuviera acompañada por una *iusta causa*. Así rechaza que la tradición necesitase de una justa causa para transmitir la propiedad. Se vale de dos argumentos: *(i)* que, si para la *mancipatio* romana no era necesaria una *iusta causa*, tampoco debía serlo para la *traditio*, como medio de transmisión de la propiedad; y *(ii)* que no es necesaria la preexistencia de una obligación para que la transmisión de la propiedad se produzca. El cometido de la *iusta causa* no sería otro que servir de indicio de la voluntad de transmitir la

3.1 La construcción del Derecho de enriquecimiento a partir de la *condictio*

Partiendo del sistema de las *condictiones* romanas (postclásicas), Savigny ideó un supuesto de hecho unitario y abstracto [132], anclado en la *condictio indebiti* [133]. Tal supuesto se basaba en el «*sencillo principio*» aplicable siempre que tuviese lugar un «*incremento patrimonial gracias al decremento de otro patrimonio, el cual careciese de causa o hubiese perdido la que inicialmente tenía*» [134]. Para Savigny, todas las *condictios* romanas obedecían a ese principio: el enriquecimiento sin causa a costa de otro patrimonio [135]. Esta formulación le permite reagrupar las *condictios*, diseminadas en las Pandectas, y reflejar en un supuesto compacto la acción de enriquecimiento injustificado, como pretensión restitutoria disponible en defecto de la acción reivindicatoria [136]. En efecto, Savigny recurre a la *condictio* como instrumento para restituir la propiedad, previamente transmitida; y, por tanto, como sustituto de la *reivindicatio* [137]. Es decir, la *condictio* se convertía en la acción patrimonial para proteger a quienes les estaba vedada la acción reivindicatoria [138].

---

propiedad (en la compraventa, en la permuta o en la donación), teniendo en cuenta que esta no se exterioriza las más de las veces. La causa no sería más que una mera «comparsa», sin sentido material propio.

Así se explicaría, para Savigny, 1840, pp. 312-313 que en algunos pasajes romanos se hiciera referencia expresa a la justa causa, junto con la tradición, y en otros no: la causa solo ayudaría a concretar la voluntad transmisora que no se suele especificar. Y, así también, se entienden mejor las ideas que, tiempo antes, el mismo Savigny había vertido de pasada en su Sistema de Derecho Romano (III), afirmando que la tradición, por sí misma, constituía ya un contrato, en tanto que contenía la declaración de voluntad común a ambas partes de entregar la posesión y propiedad de la cosa. Entonces, Savigny se centra en la *voluntad libre de transmitir*, para lo cual parece prescindir de una interpretación coherente de las fuentes romanas (aun así, véase Liebs, 2001, pp. 127-129). Y es que es discutible que las fuentes clásicas –no así las justinianeas– reconociesen realmente algo siquiera parecido a la abstracción de la forma en que Savigny la formula; más allá de los supuestos *solutionis causa* (Jakobs, *SZ*, 2002, pp. 306 y 310-311; Kaser, *BIDR*, 1961, p. 66). La idea de la voluntad transmisiva se aprecia bien en la explicación que ofrece para el caso de error: la voluntad libre resultaba, para él, absolutamente independiente de los motivos, verdaderos o errados, que acompañasen al contratante (Savigny, 1840, p. 356).

Sobre el dogma de la voluntad y su papel en la teoría traslativa de Savigny, véase Ranieri, 1977, pp. 102-104; Rodríguez Rosado, *ADC*, 2004, p. 1040.

[132] Probablemente gracias a la formulación abstracta de la *condictio*, que no mencionaba un presupuesto concreto para su ejercicio (véase Jansen, 2016b, p. 126).

[133] Zimmermann, 1996, pp. 866-868.

[134] Así aglutina todos los supuestos de las *condictiones* romanas que encontró diseminadas en el *Corpus Iuris Civilis* bajo la rúbrica de la *condictio sine causa* general y, con ello, pasa a tratar el enriquecimiento producido en el patrimonio del *accipiens* como un «*habere*» injusto, al no existir base legal (causa) para el desplazamiento patrimonial o haber estado desaparecido (*ibid.*, párr. 872-873).

[135] Savigny, 1841a, pp. 511-526.

[136] Ellger, 2002, p. 45.

[137] Jansen, *ZRG*, 2003, p. 151. Este autor apunta que Savigny concibió la *condictio* no como una acción restitutoria *derivada* del derecho de propiedad, sino como una acción restitutoria tal y *como si se derivase* del derecho de propiedad (*ZRG*, 2003, p. 154; 2016a, p. 151).

[138] Savigny, 1841a, pp. 113-119.

La razón de la protección del acreedor a través de la *condictio* descansaba, no en la intromisión en la propiedad, sino en la «alta confianza» («*höheres Vertrauen*») depositada por el acreedor de la *condictio* en su deudor. Para explicarlo, recurre al préstamo [139]. Pero no se detiene ahí, y extiende la lógica protectora de la *condictio* a otros supuestos donde el desplazamiento patrimonial injustificado se había producido por error [140]. Es decir, para casos donde el desplazamiento no respondía a un *acto de la voluntad* del empobrecido, sino a la actuación del enriquecido o a la simple casualidad [141]. En estos escenarios, no podía existir un concurso entre la voluntad [142] de las partes del enriquecimiento, relativo al desplazamiento patrimonial.

> Lo explicado se comprende mejor con los ejemplos que ofrece el mismo Savigny [143]. El autor nos refiere al caso en que el poseedor, contra quien el propietario dispondría de una acción reivindicatoria, vende la cosa a un tercero, convirtiéndola en irreivindicable. En tal caso, el propietario dispone de la *condictio* por la suma de dinero obtenida (*condictio pretii*). De acuerdo con las tesis de Savigny, con la venta, se ha producido un incremento patrimonial, y por tanto un enriquecimiento, pero que no ha tenido lugar por razón de la voluntad del acreedor de la restitución. Lo mismo resultaría, en otro ejemplo, cuando el poseedor de mala fe consume los frutos de la cosa poseída: ha tenido lugar un enriquecimiento que no responde a la voluntad del *solvens* (el propietario) y que debe ser corregido mediante la *condictio*, pues la propiedad de los frutos se había perdido.

Con Savigny, la vinculación entre transmisión de la propiedad y recuperación del enriquecimiento vía *condictiones* se vuelve cada vez más estrecha [144]. Aunque el fracaso del fin perseguido con la prestación, como consecuencia del error padecido implicaba perder la propiedad, la atribución

---

[139] Savigny comienza su disertación explicativa de la condictio basada en la «alta confianza» con el ejemplo del préstamo (*mutuum*). En el préstamo, la concesión de este presupone una «alta confianza» del prestamista en el prestatario. Esta confianza, manifestada en el crédito («*credere*»), le hace merecedor de una protección patrimonial estricta, para recuperar lo dado; protección que se fundamenta en la condictio (*Ibid.*, p. 109).

[140] A diferencia de en el préstamo, en el resto de los casos la intención no reside tanto en confiar una cosa a alguien, como en el cumplimiento de una obligación. La razón para dicho cumplimiento puede ser inexistente de antemano, o bien puede faltar más tarde, resultando siempre obligatorio restituir. Savigny no ve ningún inconveniente en dirigir la *condictio* también hacia ellos, no porque haya existido una confianza depositada en el deudor, sino porque quien realiza la prestación se equivoca sobre la existencia de la obligación (véase Ellger, 2002, pp. 45-46; Jansen, *ZRG*, 2003, p. 152; Wilhem, 1973, p. 19).

[141] Savigny, 1841a, p. 523.

[142] Conviene advertir que el diseño *savignyano* del enriquecimiento injustificado se asienta sobre el papel axial que el autor concede a la voluntad subjetiva, en consonancia con el sentir de la época (dogma de la voluntad); donde no hay *voluntad* no puede haber causa que justifique incremento patrimonial alguno; véase, Loewenheim, 2007, p. 5; Reuter y Martinek, 1983b, vol. II, p. 13.

[143] Savigny, 1841a, pp. 523-524.

[144] Tanto que podría decirse, incluso, que la previa formulación del Derecho de restitución del enriquecimiento por prestación (*condictio*) habría sido la razón lógica que explicase, en últimas, la creación, por el mismo Savigny, del sistema traslativo según el cual la transmisión se mantiene aun cuando carece

patrimonial se debía corregir mediante la *condictio* [145]. Con su teoría, Savigny sentó las bases teóricas para la codificación del Derecho de enriquecimiento injustificado. Ahora bien, nunca aclaró la conexión entre las *condictiones* y la corrección del enriquecimiento derivada del derecho de propiedad [146].

3.2 La pandectística posterior

La pandectística posterior asumió, sin demasiadas vacilaciones, las difíciles tesis de Savigny respecto al enriquecimiento injustificado [147]. Los pandectistas incorporaron la idea de que las *condictiones* constituían acciones restitutorias basadas en la infracción del derecho de propiedad, cuyo alcance se explicaba con base en el enriquecimiento del patrimonio del deudor de la restitución [148]. El enriquecimiento se convertía, por tanto, en la medida última de la responsabilidad restitutoria. Ello podía producirse en un doble sentido: como incremento o como decremento patrimonial. Centrar la restitución en el enriquecimiento conducía a resultados muy distintos. Bernhard Windscheid (1817-1892) explica esa «bidireccionalidad» del enriquecimiento: en caso de decremento, solo se restituía aquello que permaneciese en el patrimonio del deudor [149]. Esto último es lo que se conoce como la «pérdida del enriquecimiento» («*Wegfall der Bereicherung*») que, con anclaje en las fuentes romanas y del Derecho común, es un producto de la pandectística [150]. En la construcción de Windscheid se aprecia muy bien la asociación entre la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado y la idea del desplazamiento patrimonial a corregir [151]. A juicio del autor, el enriquecimiento restituible había de tener en

---

de causa, siendo solo impugnable. Es decir, si no sería más bien el Derecho restitutorio de las *condictios* el que explicase el sistema traslativo, y no al revés (véase Jakobs, *SZ*, 2002, pp. 303-305).

[145] Savigny, 1841a, p. 526. Explica esta idea, Ellger, 2002, p. 46.

[146] Jansen, 2016a, p. 141.

[147] Schäfer, C., 2002, p. 24. Pese a que después este esquema se ha superado, la pandectística hubo de recurrir, apoyándose en las fuentes romanas, a la abstracción del supuesto de hecho (de la *condictio*), a fin de reconstruir el sistema de enriquecimiento injustificado. Y es que misma idea de sistematización inspiró también en Roma ciertas orientaciones abstractas, como por ejemplo la de Ulpiano, contenida en D. 12,7,1,3 (véase Jansen, *ZRG*, 2003, pp. 119-120).

Sobre la recepción de las ideas de Savigny por la pandectística, véase Ellger, 2002, pp. 59-60.

[148] Véase, sobre todo, Windscheid y Kipp, 1900, pp. 808-810.

[149] *Ibid.*, pp. 810-811.

[150] Kupisch, 1987, pp. 36-37.

[151] Así se aprecia en la Comisión para la Primera Lectura del BGB. Jakobs (1993, pp. 106-118) advirtió que el cometido de la Comisión solo consistía en reflejar –y solo reflejar– el Derecho vigente en Alemania, lo que obligaba a una interpretación con las Pandectas de Windscheid; con todo lo que ello conllevaba en materia de enriquecimiento injustificado. Entre nosotros, se ha considerado a Windscheid el creador del enriquecimiento injustificado como institución, lo que supone desconocer los desarrollos an-

cuenta, no solo el incremento patrimonial inicial, sino también todo aquello que después se consiguiese como consecuencia de lo obtenido; lo que, por ejemplo, alcanzaría aquello que se percibiese gracias a la enajenación de la cosa inicialmente obtenida [152].

4. **La codificación de la regla de enriquecimiento en el BGB**

La influencia de la pandectística y, sobre todo, de Windscheid en la codificación del enriquecimiento injustificado dentro del BGB es indudable en este punto [153]. La idea del desplazamiento patrimonial como medida de la restitución por enriquecimiento injustificado se aprecia tanto en el § 812.1 S. 1 1 Alt. BGB como en el § 818.3 BGB. Así, el BGB introdujo un sistema de *condictiones* que recibía influencias del Derecho romano y del *ius commune* [154]. No obstante, esta influencia no se correspondía con la incorporación de la *regula iuris* que se extendió como Derecho vulgar a partir del Derecho romano postclásico; esta es rechazada expresamente [155].

4.1 Los §§ 812 y siguientes del BGB

Según el § 812.1 S. 1 1. Alt BGB «*quien mediante la prestación de otro o de otra manera obtiene algo a su costa sin justificación jurídica está obligado a su restitución*». Por medio de esta norma se daba carta de naturaleza a una *condictio* general destinada a corregir desplazamientos patrimoniales; idea reforzada con la norma del § 818.3 BGB.

(a) La primera frase del parágrafo contiene la *condictio* de prestación. Todo indica que los antecedentes del § 812.1 BGB [156] tuvieron presente el mo-

---

teriores y, en particular, a Savigny, Badosa Coll, 2012, pp. 81-83. Sobre esto último son imprescindibles las aportaciones en España de Vendrell Cervantes, 2012, pp. 459 y ss.

[152] Windscheid y Kipp, 1900, pp. 812 y 827-829.

[153] Para un resumen en castellano sobre la codificación del enriquecimiento injustificado en el BGB, véase Badosa Coll, 2012, pp. 87-90. No obstante, este autor parece querer situar en *Windscheid* (y no en Savigny) el origen del enriquecimiento injustificado que se incorporó al BGB; lo que es incorrecto. A este respecto, véase, Vendrell Cervantes, 2012, pp. 459 y ss.

[154] Heck, 1929, p. 418.

[155] Así, al comienzo de la exposición sobre el enriquecimiento: *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. 2, 1888, p. 829.

[156] La gestación de este precepto fue objeto de importantes modificaciones. El Proyecto de la Primera Comisión para la Primera Lectura, de 1887, optó por incluir, en el § 748, una serie de acciones de enriquecimiento para diferentes supuestos (el pago de lo indebido, el incumplimiento de un acontecimiento

delo restitutorio del desplazamiento patrimonial, por influencia de Savigny [157], primero, y de la pandectística, después [158]. Esta *condictio* se erigió en manifestación general de la acción de enriquecimiento [159]. Sin decirlo, el sistema partía de que el enriquecimiento se producía a costa del patrimonio de quien la realizaba [160]. En este esquema, la *condictio* de prestación corregía las atribuciones patrimoniales realizadas en el seno de un contrato [161] y, en particular, servía para recuperar lo dado en virtud de un contrato nulo; también para deshacer aquellas prestaciones consistentes en pagar una deuda inexistente [162].

(b) La vinculación de la *condictio* de prestación al desplazamiento patrimonial sin causa se nutrió de la asunción complementaria según la cual la restitución ordenada por la *condictio* se limita con el enriquecimiento del deudor [163]. Según el § 818.3 BGB, la obligación de restituir lo obtenido (§ 812 BGB) se excluía si el *accipiens* deja de estar enriquecido. Se consagraba así la llamada «*pérdida del enriquecimiento*», como medida de la restitución del BGB, que había sido un producto de la pandectística [164].

En esta línea, el código alemán reconoció un sistema restitutorio que perseguía la eliminación de ventajas y perjuicios patrimoniales y que, en consecuencia, no se diferenciaba demasiado de la indemnización de daños, es decir, de la orientación basada en la diferencia patrimonial antes y después del hecho dañoso en cuestión [165]. En efecto, al estar netamente fundamentada en el desplazamiento patrimonial, la operación era similar a la de

---

futuro del que se hace depender el mantenimiento de la prestación, la caída de la razón jurídica que inicialmente justificaba la prestación o la recepción de una prestación ilícita). El proyecto de la Primera Comisión asumía igualmente el empleo de la *condictio* de prestación como elemento correctivo del principio de abstracción (*Motive, cit.,* pp. 829-830).

[157] Schuster, 2015, p. 11.

[158] En este sentido, el § 748 del Borrador redactado por la Comisión para la Primera Lectura del BGB hacía referencia a la restitución del enriquecimiento obtenido «*de su patrimonio*» [del acreedor de la restitución]. El § 748 se refería al enriquecimiento que no había sido obtenido mediante prestación. Mientras tanto, el § 737 –sí referido a la *condictio* de prestación– omitía cualquier referencia al enriquecimiento obtenido del patrimonio del acreedor. La Comisión para la Segunda Lectura del BGB sustituyó el giro «*de su patrimonio*» por la expresión «*a su costa*», que es la que actualmente figura en el § 812 BGB, para evitar equívocos, pero sin pretender una modificación del significado inicial de la locución «*de su patrimonio*» (*Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, 1897, p. 685).

[159] Loewenheim, 2007, pp. 6-7.

[160] La razón de esta omisión al desplazamiento patrimonial en la *condictio* de prestación obedecería al simple hecho de que el enriquecimiento se derivase de la prestación ya presuponía que lo hacía «*de su patrimonio*». En este sentido, Flume, 2000, pp. 525-526.

[161] Jansen, 2016a, n. 202.

[162] Heck, 1929, pp. 420 y 422.

[163] Jansen, 2016a, p. 146.

[164] Kupisch, 1987, p. 37.

[165] Reuter y Martinek, 2016, pp. 185-186.

un cálculo hipotético diferencial (restitución natural)[166]. El § 818.3 BGB marcaba el límite de la restitución: la pretensión llegaba tan lejos como fuera el enriquecimiento del demandado al tiempo de la demanda. Por tanto, todo aquello que, de lo obtenido, hubiera perdido el demandado se descontaba de la obligación de restitución[167]. Solo en caso de mala fe del enriquecido se producía un incremento de su responsabilidad restitutoria[168].

(c) Como se aprecia, la *condictio* de prestación terminó supliendo la «laguna regulatoria[169]» de un BGB que carecía de reglas restitutorias expresas para la nulidad o impugnación del contrato[170]. No es casual que fuera así, pues este sistema permitía cerrar el círculo con el sistema alemán traslativo de la propiedad. Según el sistema alemán traslativo, la ineficacia del negocio obligacional no afecta, en nada, al negocio real abstracto. Por eso, si el negocio real carece de vicios, la propiedad se transmite eficazmente a favor de la parte contractual que recibió la entrega[171]. En este contexto, la *condictio* de prestación actúa como pieza correctora[172] con la que se cohonestan los planos real y obligacional, una vez declarada la ineficacia del contrato[173].

Así las cosas, la codificación alemana terminó incluyendo una herramienta –la *condictio* de prestación– para vehicular la restitución derivada de la nulidad o la impugnación del contrato, aunque este no fuese nunca su cometi-

---

[166] Heck, 1929, pp. 420 y 429-430.

[167] Heck (1929, p. 430) lo ilustraba con este ejemplo: si alguien recibió un billete de lotería que resultó premiado, tendría que devolver normalmente el dinero obtenido en el premio, como subrogado (§ 818.1 BGB); sin embargo, si en la creencia de haber sido premiado gastó todo o parte de la recompensa, solo está obligado a restituir lo que reste en su patrimonio, que es el enriquecimiento (§ 818.3 BGB).

[168] La mala fe se identificaba con el momento de toma de conocimiento de lo injustificado de la atribución (§ 819 BGB) o con las atribuciones ilícitas (§ 817 BGB). También, si la prestación se condicionaba a un resultado y este no se producía; desde ese momento, el deudor debía devolver inmediatamente la cosa con los intereses desde que tuvo conocimiento de este hecho (§ 820 BGB).

[169] Deplewski, 1976, p. 64.

[170] König, 1985, pp. 38 y 81.

[171] Grigoleit y Auer, 2016, p. 9; Larenz y Canaris, 1994, p. 146.

A contrario, cuando la ineficacia afecta al negocio abstracto traslativo, la *condictio* de prestación se orienta a la restitución de la posesión.

Desde una perspectiva comparada de Derecho europeo, véase Wendehorst, 2005, pp. 70-71, 85-86.

[172] En palabras de Heinrich Dernburg (1915, p. 722): «*la condictio de prestación viene a sanar de urgencia las heridas abiertas por el principio de abstracción*».

[173] Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a, p. 338; Jagmann,1972, p. 286. Antes, Wilburg, 1934, p. 113. Von Caemmerer (*FS-Ernst Rabel*, 1954a, p. 342) equiparó la *condictio* de prestación a otras acciones de liquidación propias del Derecho de obligaciones y contratos, como las derivadas del préstamo, el arrendamiento, el depósito, la redhibición o la resolución. Más tarde en el mismo sentido, Kaiser, H., 1987, p. 57.

do histórico [174]. En esta operación se descartó, sin excesiva reflexión, la *restitutio in integrum recíproca* [175].

4.2 El desarrollo posterior. El «descubrimiento» de la *condictio* por intromisión

El modelo de restitución del enriquecimiento del BGB se centraba unitariamente en aquellos desplazamientos patrimoniales sin causa, que tienen lugar por medio de una prestación. La concepción del desplazamiento patrimonial basado en la voluntad del *solvens* dejaba a la vista las costuras de un sistema que no era capaz de ofrecer respuestas a casos [176] en los que el desplazamiento no era tan evidente, sino que se producía por la intromisión en el patrimonio de otro [177]. Esto obligó a la doctrina a buscar soluciones. Aquí se insertan los trabajos de Schulz (1909) [178] e, inspirados en él, las aportaciones de Wilburg (1934) [179] y de von Caemmerer (1954) [180]. Todos ellos desembocaron en la *condictio* por intromisión. La recién descubierta *condictio* [181] se dirigía a la defensa de los derechos subjetivos a partir de la idea axial del *contenido de atribución* («*Zuweisungsgehalt*») [182]. Por medio de la

---

[174] Jansen, 2016a, p. 146. En distinto sentido, Coing, 1989, p. 506.

[175] En este sentido, Jansen, 2016b, p. 134.

[176] Un ejemplo es el icónico caso *Ariston*, resuelto por el RG el 8 de junio de 1895 (RGZ, 35, 63). Bajo la denominación «Ariston», el demandado había fabricado un gramófono con el que reproducir contenidos musicales; entre esos contenidos, utilizó las piezas de un compositor sin su consentimiento, quien demandó al fabricante por los perjuicios que este uso le había ocasionado. Sobre este caso, en castellano, véase Basozabal Arrue, *ADC*, 1997, pp. 1264 y ss.

[177] Loewenheim, 2007, pp. 8-9.

[178] Schulz, *AcP*, 1909, pp. 1-443.

[179] Wilburg, 1934, pp. 17 y ss., 49-51 y 113.

[180] El autor advirtió de que la *condictio* de prestación (§ 812.1 S.1 1. Alt. BGB) pertenecía a la esfera jurídica del tráfico de bienes, mientras que la acción frente al enriquecimiento que se producía «de otra manera» (§ 812.1 S.1 2. Alt. BGB) se insertaba en una esfera de protección de esos bienes (Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a, pp. 352-353). v. Caemmerer explicará así que la *condictio* de prestación tenía sentido para explicar la restitución de prestaciones realizadas en el marco de un contrato (desvinculación). Gracias a ella, se podían corregir las distorsiones producidas por el sistema alemán de transmisión de la propiedad, en el que la ineficacia del contrato (del negocio de disposición) no afectaba a la eficacia de la transmisión, que era abstracta (*ibid.*, pp. 342-343). Mientras tanto, el enriquecimiento producido «de otra manera» había de limitarse a la intromisión ilegítima, es decir, al uso, usurpación o consumo o aprovechamiento de un derecho subjetivo absoluto ajeno (*ibid.*, p. 353).

[181] Sobre este proceso, véase Ellger, 2002, p. 89; Jansen, 2016a, pp. 158-159; Loewenheim, 2007, pp. 10-12; Reuter y Martinek, 1983a, p. 25.

[182] Esta idea ya estaba presente en concepciones anteriores del enriquecimiento (Heck, 1929, p. 421). Según ella, el derecho subjetivo absoluto confiere a su titular (y solo a él) el derecho de uso de la cosa; en este sentido, si alguien se sirve de esa misma cosa sin estar autorizado se ha enriquecido con lo que la propiedad *atribuye* exclusivamente a su titular. Por eso, tiene que restituir el valor de ese uso, mediante la *condictio* (Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a, p. 353).

–hoy dominante [183]– teoría del contenido de atribución, el Derecho de enriquecimiento se ha desarrollado dogmáticamente en Alemania [184]. El enriquecimiento de la *condictio* por intromisión se convierte así en reverso del derecho de daños, extracontractual [185]. Pero, lo que interesa destacar ahora es que la evolución del Derecho alemán de enriquecimiento ha transcurrido a través de casos muy lejanos a la restitución prevista para la nulidad o la impugnación del contrato, que paradójicamente fue lo que propició la codificación de la *condictio* de prestación [186].

5. El desarrollo en Francia y España. Enriquecimiento y restitución contractual

El enriquecimiento injustificado tuvo un desarrollo diferente en el Derecho francés y el español. Tanto el *Code* como el Código civil contenían normas que, de una manera u otra, aludían a la restitución del enriquecimiento. De entre ellas, la más importante para este estudio era aquella que, en caso de nulidad del contrato por incapacidad, limitaba el deber de restitución del menor o la persona con discapacidad al enriquecimiento. En ella me centraré.

5.1 El enriquecimiento en Francia

El Derecho francés previo al *Code* no concedió una atención excesiva al enriquecimiento injustificado; tampoco a la antigua acción de *in rem verso* romana [187]. Pothier habla de la *condictio indebitii* y la gestión de negocios [188] y lo más que hace es ubicarla en la *regula iuris* romana de la equidad (D. 50,17,206)

---

[183] Por todos, Jansen, 2016a, pp. 151-158. Un buen resumen del estado actual de la doctrina puede verse en Schwab, *MüKo*, 2020a, párr. 281-286. Véase, también, Ellger, 2002, p. 177 y ss.

[184] Jansen, 2016a, pp. 159-160.

[185] Para describir esta manera de operar de la restitución por enriquecimiento, como forma de corregir desplazamientos patrimoniales del deudor, se ha acudido, en Alemania, a fórmulas que ponen el acento en la relevancia de la figura del enriquecido, como por ejemplo que se trata de «un derecho de *en*riquecimiento y no de *des*requecimiento»; o que el Derecho de enriquecimiento constituye «espejo del Derecho de daños» (que pone el foco en el dañado) (véase Wendehorst, 2012, párr. 4).

[186] Jansen, 2016a, pp. 160-166.

[187] Es decir, una acción pretoria de reembolso a favor de los acreedores del hijo de familia o el esclavo que realizaba un negocio en nombre de la persona a la que estaba sometida, sin autorización de esta. Véase, *supra*, en este capítulo, II. 3.

[188] Kupisch, 1987, p. 42; Zimmermann, 1996, pp. 883-884.

que prohíbe enriquecerse a costa de otro [189]. Pero no construyó una teoría sobre el enriquecimiento. Acaso por ello, el *Code* solo incluyó la *condictio indebiti*, como cuasi contrato [190].

Como institución, el enriquecimiento se introdujo en Francia por medio de la obra de Aubry y Rau [191]. Ambos autores se valieron de la antigua acción de *in rem verso*, que no estaba en el *Code*, se «arrancó» de él [192] –y en cierto modo, se desnaturalizó [193]–, y terminó siendo aceptada por la jurisprudencia [194]. Una de las normas en las que Aubry y Rau se apoyaron para gestar la acción de enriquecimiento sin causa a partir de la de *in rem verso* fue el artículo 1312 CCfr 1804; norma que condicionaba la obligación de restitución del menor de edad o la persona con discapacidad [195] en caso de nulidad o rescisión a que se demostrase que lo que había recibido le había sido de utilidad («*a tourné à leur profit*»), esto es, al enriquecimiento. Así lo reconoció, desde bien temprano, la doctrina francesa posterior al *Code* [196]. Mediante este expediente, el *Code* combinó la acción excepcional del acreedor romano sobre el enriquecimiento del menor que contrataba sin la autorización de su tutor con la extensión restitutoria en casos de nulidad o rescisión [197]. Al medirse según el enriquecimiento, la restitución excepcionaba el principio de la *restitutio in integrum* recíproca que presidía el resto de los casos de desvinculación [198]. Por esta razón, ningún autor planteo que de la regla del artículo 1312 CCfr 1804 cupiese deducir una acción general de enriquecimiento en Francia.

---

[189] Pothier, 1824, n. 140. El objeto de esta acción consistía en recuperar la cosa misma pagada por error, o bien en obtener una suma o cantidad igual a la entregada (el *tantundem*) y, por tanto, no se refería al enriquecimiento del demandado (*ibid.*, n. 169). No me corresponde ocuparme del tratamiento de Pothier del cobro de lo indebido. Por otro lado, sobre la influencia de Cujas en la construcción de la doctrina francesa del pago de lo no debido, Coing, 1985, p. 495.

[190] Arts. 1371 y ss. CCfr 1804. Sobre la codificación de la *condictio* a partir de Pothier, Barrientos Grandon, 2017, pp. 66-70.

[191] Kupisch, 1965, pp. 120-121. También, Coing, 1989, p. 505; Zimmermann, 1996, p. 884.

[192] La idea de una existencia de una acción de *in rem verso* vinculada al enriquecimiento se advertía también por otros autores de la centuria a partir de la acción de gestión de negocios ajenos, que sí estaba regulada. Por todos, Larombière, 1863, pp. 587-588.

[193] Y es que la idea de un enriquecimiento sin causa no parecía del todo compatible con una acción *in rem verso* donde la restitución se derivaba de una atribución patrimonial que sí había estado justificada. Véase Kupisch, 1987, p. 43.

[194] Se trata de la famosa SCC en el *arrêt* «*Patureau c/ Boudier*» (1892) de 15 de junio de 1892 (Req. 15 juin 1892: S. 1893. 1. 281, note J.-E. Labbé; F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* 12e éd., t. II, Dalloz, 2008, n.º 239).

[195] La norma fue modificada el 19 de febrero de 1938 excluyendo de ella a la mujer casada.

[196] Por todos, Larombière, 1862, p. 470.

[197] La regla habría estado influida por el *Traité de la pussance du mari sur la personne et les biens de la femme*, según informa Barrientos Grandon, 2017, pp. 71-72.

[198] Aubry y Rau, 1902, vol. 4, pp. 428-429; Larombière, 1862, p. 468.

5.2 El enriquecimiento en España y su riesgo para la restitución contractual

El Código civil español tampoco reconoció una acción general de enriquecimiento. La única referencia se contenía en una regla de las Partidas [199] sobre cuya base la jurisprudencia anterior al Código aplicaba el principio de interdicción del enriquecimiento a situaciones en las que, tras un ilícito extracontractual, nacía una obligación de restituir a la víctima [200]. Como acción general, el enriquecimiento se construye bien entrado el s. xx, de la mano de autores influenciados por el pandectismo alemán [201]. Quizás por ello, el enriquecimiento enraizase sin dificultad en la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS de los años cuarenta, como acción subsidiaria basada en el empobrecimiento correlativo del actor [202]. Lo sorprendente es que la visión tradicional del enriquecimiento no haya sido revisada aún en profundidad por la misma Sala 1.ª [203].

A nivel doctrinal, no puede decirse que la tesis de una acción de enriquecimiento injustificado general obtuviese en España el aplauso de los autores [204].

---

[199] El Derecho histórico español había reconocido desde las partidas la misma *regula iuris* de D. 50,17,206. En ellas se recibía la regula mediante la siguiente rúbrica: «*Como nadie a tuerto debe enriquecer con daño de otro*» y se establecía «*E aun dixeron, que ninguno non debe enriquecerse tortizeramente con daño de otro*» (P. 7,34,17). Al respecto, Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, pp. 15-16. Esta incorporación no suponía ningún avance respecto a la misma *regula iuris* y a la vulgarización jurídica que la acompañaba. En este sentido, no sorprende la parquedad con que la Glosa de Gregorio López explicaba la idea de enriquecimiento por remisión a la misma regla del Digesto.

[200] Álvarez Caperochipi, 1989, pp. 124-127; Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, pp. 17-20.

[201] La obra clave es Nuñez Lagos, 1934, pp. 17 y ss. Su obra está claramente influenciada por la lectura de la pandectística alemana –y de Savigny– en este punto; lo que explica su interés en referir la acción de enriquecimiento al Derecho de los contratos (y, en definitiva, a la *condictio* de prestación). Véase Vendrell Cervantes, *ADC*, 2012, p. 1118; y del mismo autor 2012, pp. 459 y ss.

[202] Destaca aquí la STS, 1.ª, 12 de enero de 1943 (Id Cendoj: 28079110011943100005; MP: Castán Tobeñas). Por lo demás, véanse las resoluciones que se citan y la crítica a la aplicación de la acción de enriquecimiento que hace la jurisprudencia en Vendrell Cervantes, 2012, p. 1119. Igualmente crítico con el requisito del empobrecimiento para la acción de enriquecimiento y la subsidiariedad, Bech Serrat, 2015, pp. 463-477 y 519-537. Sobre el requisito de la subsidiariedad del enriquecimiento, si bien desde un enfoque distinto al mío, véase Basozabal Arrue, *RDC*, 2019, pp. 99-167.

[203] Es el caso de la STS, 1.ª, 24 de junio de 2020 (MP: Díaz Fraile; RJ 2020/5137). El Tribunal Supremo recuerda su doctrina inveterada sobre el enriquecimiento sin causa, con especial mención al requisito de la subsidiariedad (FD 4.º) para aplicarla al caso que resuelve. En la construcción de su *ratio decidendi* estima que existe enriquecimiento injustificado del marido frente a la mujer, por destinar el importe de una línea de crédito, garantizada mediante hipoteca sobre la vivienda común, para adquirir unilateralmente un local de negocio en el que ejercer su actividad. Con esta resolución y la aplicación de la doctrina tradicional, la Sala 1.ª refuerza la idea de que, en España, la acción de enriquecimiento no deja de ser, todavía, un mero expediente de equidad.

[204] Y es que, como se ha apuntado, no deja de resultar paradójico que, cuando el Derecho alemán ya avanzaba hacia la construcción de un Derecho de enriquecimiento injustificado distinto, alejado de la idea abstracta del desplazamiento patrimonial, calaran acríticamente en España unos postulados en vías de superación en su ordenamiento de origen. En este sentido, Basozabal Arrue, 1998, p. 37; Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, p. 96; Vendrell Cervantes, *ADC*, 2012, p. 1126.

No, al menos, desde el icónico trabajo de L. Díez-Picazo en el que proponía, en línea con el desarrollo dogmático alemán, tratar por separado los diferentes tipos de enriquecimiento que pueden producirse, a fin de solucionar con mayor soltura los problemas prácticos [205]. Desde entonces, la doctrina apuesta por un «tratamiento tipológico» de la acción de enriquecimiento [206]. A resultas de esta dirección, en España se identifican, al menos, dos grandes bloques de enriquecimiento injustificado: la *condictio* de prestación –para atribuciones contractuales– y la *condictio* por intromisión –para supuestos de usurpación ilegítima de un derecho subjetivo ajeno [207]. La base de la orientación tipológica consiste en identificar dichos grupos de supuestos de enriquecimiento dentro del ordenamiento jurídico vigente [208]. Poco a poco, esta orientación tipológica comienza a abrirse cierto camino también entre la jurisprudencia [209]. Es una tendencia a celebrar que, además, cuenta con el aval del modelo alemán. Sin embargo, esta aproximación plantea, a mi juicio, un problema para la desvinculación contractual y su entendimiento.

La construcción tipológica del enriquecimiento injustificado español ha asociado, casi sin reflexión, la restitución por contractual –la derivada de la nulidad contractual (arts. 1303 y ss. CC); de la restitución por rescisión (arts. 1295 CC); y la restitución resolutoria– con la *condictio* de prestación [210]; senda que sigue la jurisprudencia, al menos nominalmente [211]. Ello, a pesar de que estas restituciones ya están normativamente reconocidas al margen de cualquier valoración propia del enriquecimiento injustificado. Da la sensación de que esto se hace para «cerrar el círculo» tipológico en nuestro país,

---

[205] Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, p. 97.

[206] Así, véase Alfaro Águila-Real, *Almacén de Derecho*, 2016; Barros Bourie, 2009, pp. 20-21; Basozabal Arrue, 1998, pp. 35-51; 2017, pp. 219-237; Basozabal Arrue, *InDret*, 2018b, pp. 1-54; Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, pp. 71-133; Fariña Fariña, 2017, pp. 23-160; García Rubio, 2009, pp. 89-92; García Rubio, 2017, pp. 239-278; Miquel González, *EJB*, 1995b, pp. 2806-2808; Vendrell Cervantes, *ADC*, 2012, pp. 1127-1129.

[207] Por todos, Fariña Fariña, 2017, *passim*. También se habla de una *condictio* por inversión o desembolso, de la que participan el pago de una deuda ajena y la restitución de las impensas. Sobre la acción de enriquecimiento por mejoras y el alcance de la pretensión restitutoria véase, respectivamente, Bech Serrat, 2015, pp. 435-537 y 539-632. También, en general, Vendrell Cervantes, 2017, p. 285.

[208] Basozabal Arrue, 1998, p. 47; Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, p. 97.

[209] Si bien muchas veces de una manera meramente nominal. En este sentido, véase Vendrell Cervantes, 2017, pp. 283-337.

[210] Véase Vendrell Cervantes, *ADC*, 2012, p. 1128; y 2017, pp. 285 y 319.

[211] Así, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo realiza afirmaciones tan apodícticas como la siguiente (en un caso de nulidad de un convenio de cesión de bienes por alimentos): «*En definitiva, los demandados reconvinientes ejercen una pretensión de restitución del enriquecimiento sin causa que constituye un caso claro de condictio de prestación, que ha sido delineada por un importante y autorizado sector de la doctrina como la pretensión de restitución de «un aumento patrimonial que tiene su fundamento en una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio*» (STS, 1.ª, 8 de enero de 2007, FD 7.º [MP: Montés Penadés; RJ 2007/812).

como si resultase imprescindible advertir de una *condictio* de prestación al lado de la *condictio* por intromisión, para obtener un sistema similar al alemán [212]. Tal como lo veo, esta operación es innecesaria y soslaya que, precisamente, la tendencia de aquel ordenamiento es la de extirpar la desvinculación contractual por nulidad o impugnación del contrato (*condictio* de prestación) de cualesquiera valoraciones típicas del enriquecimiento; y de llevársela al Derecho de los contratos [213].

La presencia de normas restitutorias específicas para la desvinculación contractual en el Código civil ha permitido contener la tendencia que quiere ver en toda restitución de prestaciones un caso de enriquecimiento. En este sentido, los autores no han tenido más remedio que reconocer que esta clase de restitución no pertenece al Derecho de enriquecimiento, sino al de los contratos [214]. Y lo mismo ha hecho alguna sentencia, normalmente inspirada por el principio de subsidiariedad con el que mantiene la construcción del enriquecimiento [215]. Con todo, el dique de contención que ha representado la literalidad del Código civil no ha impedido que la doctrina española estime que las normas sobre restitución contractual deben interpretarse a la luz del derecho de enriquecimiento y la *condictio* de prestación, de la que serían una manifestación [216].

Al asociar, en el plano teórico, la *condictio* de prestación con la restitución contractual se pierde la oportunidad de ahondar en la verdadera proble-

---

[212] Ello en un ordenamiento –el español– que, hasta donde se me alcanza, es el único en reconocer formalmente en una norma con rango de ley la teoría del contenido de atribución: en el artículo 32 6.º LCD. Esta regla permite ejercitar una «acción de enriquecimiento injusto» contra los actos de competencia desleal, «*que solo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico*».

[213] Lo he apuntado *supra*, en este capítulo, III. 4.2; y lo veremos ampliamente en el Capítulo 3, III. 6.

[214] En este sentido Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, cap. 4/21; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 227-228.

[215] Así, la STS, 1.ª, 24 de junio de 2020 (MP: Díaz Fraile; RJ 2020/5137) afirma (FD 4.º [16]) que «*la regla de la subsidiariedad se afirma con mayor claridad en los casos que pertenecen al grupo de las condictio comúnmente denominadas «de prestación» o condictio indebiti (centradas típicamente en la restitución de prestaciones realizadas solvendi causa), que se rigen por las reglas propias de los contratos. Este es el caso de las reglas contenidas en los artículos 1.303-1.306 CC para los contratos nulos, la regla del artículo 1.123 CC para los casos de contratos resueltos por incumplimiento, la del artículo 1.295 CC para la restitución de las prestaciones derivadas de contratos rescindidos, o las contenidas en los artículos 1.895 y ss. CC para el cuasicontrato del cobro de lo indebido*».

[216] Ejemplos de esta aproximación son Alfaro Águila-Real, *Almacén de Derecho*, 2016; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, cap. 4/21. La opinión de este último autor es la más representativa de este enfoque: «*En nuestro derecho, una gran parte de los problemas resueltos a través de la condictio de prestación, no pertenecen en rigor al Derecho de enriquecimiento, sino al Derecho de contratos. […]. Ello no obstante, tal conjunto de reglas deberán ser interpretadas con los postulados de la condictio de prestación, cuando las reglas legales no den completa solución al problema. Por ejemplo, en la restitución de la prestación contractual que consistía en un facere o en un non facere, que es rigurosamente irrestituible*».

mática de esta última. Así, lo que de entrada representa un acierto –y uno grande– para la formulación teórica general del enriquecimiento injustificado español (sobre todo, en lo referido al enriquecimiento por intromisión) tiene un efecto colateral: obstaculizar un análisis material de la restitución derivada de la desvinculación contractual como institución autónoma fuera de los contornos del enriquecimiento injustificado. En este capítulo se ha demostrado –también en el capítulo anterior– que esta clase de restitución no tiene, en general, nada que ver con el enriquecimiento.

Solo la restitución derivada de la nulidad del contrato por minoría de edad o discapacidad de un contratante hace referencia al enriquecimiento, desde el P. 1851 (hoy, art. 1304 CC) [217]. En este sentido, García Goyena se basaba en la general de interdicción del enriquecimiento del Digesto y las Partidas; también en la equidad; y en la influencia de códigos, como el francés (art. 1312 CCfr 1804) [218]. Al mismo tiempo, el autor conectaba la norma con el pago hecho a un incapaz [219]. Esto hace pensar que, pese a la aséptica explicación de García Goyena, el origen de este precepto está en la acción de *in rem verso* romana, y en la limitación de la obligación del menor al enriquecimiento [220].

En realidad, con esta inclusión sucedía algo similar a lo acaecido en Francia: se combinaba el antiguo beneficio del acreedor que contrataba en Roma con un pupilo sin la autorización del tutor con la *restitución* del menor para el caso de nulidad del contrato. Es decir, se vinculaba el enriquecimiento *excepcionalmente* con la desvinculación del contrato y, por tanto, se construía una excepción a la noción de restitución integral y recíproca (*restitutio in integrum*). Así, al menor o a la persona con discapacidad se les permitía restituir

---

[217] Se trataba del artículo 1191 P. 1851, que ya analicé en el Capítulo 1, V. 3.2. Según esta norma, cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio recibido.

[218] García Goyena, 1852, vol. III, p. 199.

[219] Se trata de la regla del artículo 1102 P. 1851, según el cual «*el pago hecho a una persona impedida de administrar sus bienes es válido en cuanto se hubiera convertido en su utilidad. También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor*». García Goyena explicaba este artículo sobre el pago por referencia a la norma francesa (art. 1241 CCfr 1804), así como por referencia a la acción de *in rem verso* contractual que vimos en su momento (D. 26,8,1 y 5); pero el fundamento último era, al igual que en el artículo 1191, la regla que impedía enriquecerse a costa de otro (*ibid.*, pp. 130-131).

[220] La regla del artículo 1191 P. 1851 hay que conectarla, por eso, con la de la P. 5,11,4, cuando se refiere a «*entre quales personas puede ser fecha la promission*». En ella se impide prometer a otro al menor de siete años. Gregorio López, en su glosa, conecta esta regla explicando –en relación con el menor de siete años– que este no queda obligado en virtud del contrato celebrado, aunque de resultas de ello se hubiere hecho más rico. En este sentido, matiza que no queda obligado por la acción de dicho contrato, pero sí por medio de la *condictio sine causa*, o de la acción *ad exhibendum*, en cuanto se hubiere enriquecido.

en la medida de su enriquecimiento [221]. La diferencia más importante con el texto francés es que, en el proyecto isabelino, la restitución del menor en la medida del enriquecimiento se conectaba, específicamente con el supuesto de imposibilidad de restitución de la cosa debida [222].

V. ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO Y DESVINCULACIÓN CONTRACTUAL

Corolario del apartado anterior es que el campo genuino de actuación del enriquecimiento es *extracontractual* y que la acción se orienta a proteger el patrimonio (propiedad) del *accipiens* [223]. Así se ve en la reivindicatoria, pero también en la *actio de in rem verso* o en la gestión de negocios ajenos. Técnicamente, el enriquecimiento injustificado hace referencia al incremento o disminución patrimonial que se produce en el patrimonio del deudor obligado a restituir, como consecuencia de la recepción de una atribución [224]. El enriquecimiento determina el alcance de la restitución, de modo que esta puede excluirse si el deudor ha dejado de estar «enriquecido» (no puede devolver lo recibido o lo ha consumido o transmitido). Su lógica resulta incompatible con una restitución derivada de la desvinculación contractual cuya principal base teórica se encuentra en la *restitutio in integrum* recíproca, orientada a recuperar el *status quo ante*. Restituir en la medida del enriquecimiento es, precisamente, lo contrario a recuperar el *status quo ante*. Por eso, su uso en restitución contractual solo se justifica allí donde merece la pena excepcionar el principio general de la restitución integral y recíproca (por ejemplo, ante la restitución del menor o la persona con discapacidad).

---

[221] La cuestión pasa por estudiar el sentido y funcionamiento de esta regla dentro del actual articulado del código civil y, en particular, en qué se concreta que sea una excepción a la noción de *restitutio in integrum est reciproca*. A ello me dedico en el Capítulo 7, IV, al referirme al actual artículo 1304 CC.

[222] En efecto, vimos que la regla del artículo 1191 P. 1851 se explicaba a partir del artículo 1188.1.º P. 1851. Este último precepto establecía que la acción de nulidad tenía siempre lugar, cuando la nulidad procedía de la incapacidad de uno de los contratantes y se había perdido la cosa a restituir.

[223] Jansen, 2016a, pp. 158-166.

[224] Entre nosotros, Carrasco Perera (*ADC*, 1988, p. 93) ha denominado a la noción técnico-jurídica de enriquecimiento aquí presentada como una *regula* de «*cálculo hipotético diferencial, […], de acuerdo al principio de que el enriquecimiento restituible en los casos de buena fe se mide por el «incremento real» económico en el patrimonio del obligado, no por el sólo hecho objetivo de la prestación, consumo o disposición*». Hay que advertir que el autor parece asumir que este modelo de enriquecimiento injustificado es el que actualmente rige en el Derecho alemán (cfr. *ibid*., p. 94), cuando la tendencia actual es precisamente la contraria (véase, *infra*, Capítulo 3, II. 6).

VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. La *condictio* romana clásica se empleaba en sustitución de la acción reivindicatoria para supuestos en los que se había traspasado la propiedad mediante una entrega solutoria (pago como, *iusta causa traditionis*) de una cantidad de dinero o de cosas ciertas no específicas. En este sentido, la *condictio* se orientaba a recuperar la misma cosa o, cuando no era posible por haberse perdido o consumido, su valor. Nunca se utilizó como instrumento para corregir enriquecimientos injustificados, es decir, incrementos producidos en el patrimonio de un sujeto.

2. Durante la época clásica, existían otros expedientes en los que la restitución se articulaba en función de si el obligado a restituir se había hecho o no «más rico» y, por tanto, en la medida del enriquecimiento («*in quantum locupletior factus est*»). Tales expedientes se dividían en dos. *(i)* Por un lado, aquellos que limitaban la responsabilidad restitutoria del obligado de buena fe a aquello que restase en su patrimonio (la petición de la herencia) bajo determinadas circunstancias (consumo, destrucción o enajenación de la cosa a restituir). *(ii)* Por el otro, aquellos que vinculaban ese «hacerse más rico» con un incremento del patrimonio o un ahorro de gastos (la *negotium gestio*; la *in rem verso*; y la acción extraordinaria al acreedor del pupilo).

3. La idea de «enriquecimiento» se empleaba solo como categoría imprecisa para expresar que a nadie le está permitido enriquecerse a costa de otro (es la *regula iuris* de derecho civil contenida en D. 50,17,206). La elevación de esta regla a la categoría de principio se corresponde con un Derecho vulgar postclásico. Aquí, la fórmula única de la *condictio* comienza a denominarse por sus causas y se divide en tantas acciones (*condictiones*) como causas la patrocinaban.

4. En el *ius commune* se comienza a hablar de una restitución basada en la equidad, en las *condictiones* romanas, y en la idea de interdicción del enriquecimiento. En este contexto, la escolástica tardía española construye la doctrina de la *restitutio*, basaba en la idea del *dominium* como derecho subjetivo. La idea de enriquecimiento se asocia aquí a un beneficio en la responsabilidad del deudor de la restitución *ratione rei* (poseedor) que hubiera consumido de buena fe lo que debía devolver.

5. Grocio desarrolla las restituciones de los escolásticos y elabora una teoría de Derecho natural sobre la «obligación que nace del dominio». En ella, el enriquecimiento se instaura como beneficio del poseedor de buena fe (frente al propietario que le reclama), el cual solo queda obligado a restituir si se hubiera hecho más rico, es decir, si hubiera incrementado su patrimonio gracias

a la atribución por la cual recibió la cosa. El enriquecimiento entraba en juego, si la restitución de la propiedad indebidamente poseída de buena fe –vía reivindicación– devenía imposible. Dentro de su aproximación, Grocio también alude al enriquecimiento del propietario cuando la recuperación de la cosa le hubiera ahorrado algún gasto que, de otro modo, habría tenido que pagar; y eso también lo califica como enriquecimiento.

6. Hay que esperar hasta Savigny para ver nacer un Derecho del enriquecimiento propiamente dicho. Savigny mezcla las *condictiones* romanas con la *restitutio* de la escolástica y de Grocio. Desde ahí, construye una única *condictio* cuyo propósito era corregir desplazamientos patrimoniales sin causa producidos mediante una prestación y que no pudieran atenderse con la reivindicación, al haberse traspasado la propiedad.

7. La pandectística alemana posterior –en particular, Windscheid– asumió que es el desplazamiento patrimonial el que permite la restitución en su caso; e incorporó la idea de pérdida del enriquecimiento, para aquellos supuestos en que el receptor de la atribución patrimonial no hubiese incrementado su patrimonio (hubiese dejado de estar enriquecido). En ellos, no tendría lugar la acción. Las ideas de la pandectística se incorporan al BGB. Esto supuso reconocer una acción de restitución del enriquecimiento injustificado (*condictio* de prestación) basada en el dominio y las realidades extracontractuales, pero que pasó a ser utilizada para recuperar lo entregado en casos de nulidad o impugnación (§ 812.1 S.1 1. Alt. BGB). El objeto de esta acción era el incremento o decremento experimentado por el patrimonio del deudor de la restitución (*accipiens*). Por eso, se excepciona la restitución de lo recibido (o de su valor) cuando se hubiera producido una pérdida del enriquecimiento (§ 818.3 BGB).

8. El desarrollo del enriquecimiento en Francia se produce doctrinalmente por medio de la acción de *in rem verso*, no reconocida en el *Code*, y que comienza siendo aplicable a relaciones triangulares como la que dio lugar al *Arrêt Boudier*. Es decir, a relaciones extracontractuales. En el Derecho de contratos, el ordenamiento francés había reconocido, simplemente, y por influencia de la acción *in rem verso* histórica, una restitución del incapaz en la medida del enriquecimiento, cuando el contrato se anulaba o rescindía por causa de minoría o discapacidad (art. 1312 CCfr 1804).

9. El Derecho español tampoco incorporó una acción de enriquecimiento, más allá de la *regula iuris* vulgar, presente en las Partidas. A partir de los años treinta del s. XX se perfiló una acción abstracta de enriquecimiento, unitaria y de perfil subsidiario, que la jurisprudencia asumió, pero que pronto devino inconsistente para la doctrina, preocupada por detectar un sistema de enriquecimiento tipológico homologable al alemán en el Código civil. Con

ello se identificaron, sobre todo, una *condictio* por intromisión y otra de prestación. El problema de este tratamiento –que en lo relativo a la *condictio* por intromisión debe ser bienvenido– es que ha llevado a identificar la restitución derivada de la desvinculación contractual con la *condictio* de prestación y el enriquecimiento. Esta dirección resta posibilidades de análisis sobre la desvinculación contractual. De los preceptos dedicados a la desvinculación contractual, solo el relativo a la restitución del incapaz hace referencia al enriquecimiento (art. 1304 CC). Pero es una reminiscencia de la antigua acción de *in rem verso* que debe ser interpretada como excepción a la *restitutio in integrum* recíproca.

10. El análisis histórico-dogmático enseña que el enriquecimiento injustificado va referido al patrimonio de quien debe restituir. Bajo ciertas condiciones (pérdida del enriquecimiento o consumo), este sujeto puede quedar exonerado de la obligación de restituir. Esta restitución –extracontractual– casa mal con un contexto donde los desplazamientos patrimoniales se producen un contrato cuyo fracaso explica la necesidad de restituir las prestaciones de manera integral y recíproca.

PARTE SEGUNDA

DERECHO COMPARADO: LOS MODELOS ALEMÁN, FRANCÉS Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. BREVE REFERENCIA AL MODELO INGLÉS

Abordar la restitución derivada de la desvinculación contractual desde una perspectiva comparada no es sencillo. Los ordenamientos nacionales suelen ofrecer una imagen desdibujada de la restitución [1], con regímenes distintos [2]. Acaso por ello, los estudios de Derecho comparado sobre la materia no hayan sido excesivamente prolijos, si se compara con otros campos [3]. En esta parte, estudiaré la restitución de las prestaciones en los dos ordenamientos jurídicos escogidos para la comparación: el alemán y el francés.

A lo largo de esta Parte Segunda expondré cómo *(i)* el *Derecho alemán* trata de avanzar dogmáticamente hacia un sistema unitario de restitución contractual, extirpando la liquidación del contrato por nulidad o impugnabilidad del enriquecimiento injustificado; *(ii) el Derecho francés* del s. XX ha terminado incorporando, al fin, un sistema de restitución contractual unitario en 2016; y *(iii)* los instrumentos internacionales avanzan progresivamente hacia un sistema igualmente unitario de restitución.

Al igual que el análisis histórico, el estudio comparado pretende realizarse desde un enfoque objetivo, descriptivo-narrativo, con apuntes o valoraciones puntuales. El fin es tratar la experiencia comparada desde el convencimiento de que ofrece soluciones razonables y, sobre todo, de las que el jurista extranjero puede aprender [4].

Frente a los modelos de restitución continentales, se erige el sistema inglés de los *unjust factors* [5]. El Derecho inglés relaciona de una manera particular la

---

[1] En este sentido, Huber, 2015, p. 959.

[2] Hellwege, 2018d, pp. 1393-1394.

[3] Selectas excepciones las constituyen las obras de Bargelli, 2010; Berg, 2002; Coen, 2003; Hellwege, 2004; Hornung, 1998; Schlechtriem, 2000, pp. 403-703.

[4] Véase, en este sentido, Jansen, *FS-Reinhard Zimmermann*, 2022, pp. 121-122.

[5] La literatura inglesa más relevante sobre la materia en la que me he basado para redactar este párrafo es la siguiente: Birks, 1985, pp. 99 y ss.; Burrows, 2011, pp. 201 y ss.; Mitchell, Mitchell y Watterson, 2011, párr. 8-01; Virgo, 2015, pp. 152 y ss. A nivel europeo no inglés destacan, Basozabal Arrue, *ADC*, 2018a, pp. 20 y ss, 37-39; Hellwege, 2018d, p. 1395; Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 15-19.

restitución derivada de la desvinculación contractual con el *enriquecimiento injustificado*; pero no en la forma en la que se ha explicado en el Capítulo 2. Para este ordenamiento, no basta con que la prestación se realizase *sine causa*, para que tenga lugar una restitución contractual. Además, es necesario que la parte que interesa la restitución funde su demanda en un *unjust factor* [6]. Solo así se considera el enriquecimiento como «injusto» [7]. Entre los *unjust factors* se cuentan causas que, realizadas en un contexto contractual, convierten al contrato en anulable, es decir, que dan lugar al remedio inglés de la *rescission* (error, intimidación o explotación injusta) [8]. Junto a ello, la imposibilidad («*frustration*») y el incumplimiento esencial («*fundamental breach of contract*») [9] pueden conducir a una restitución. Para ello, es preciso que, a su vez, se haya producido una *total failure of consideration*. En un contrato sinalagmático, la *failure of consideration* se concibe también como un *unjust factor* asociado a la prestación que se realiza y a la contraprestación que se espera recibir. Existirá una *failure of consideration*, si la parte que realizó (anticipadamente o no) su prestación no recibió aquello que el contrato le garantizaba. Si ambas prestaciones se intercambiaron, la parte que interese resolver el contrato por incumplimiento tiene que *rechazar* previamente la prestación que recibió, a fin de generar una *failure of consideration*. De lo contrario, no se origina restitución alguna [10]. Al mismo tiempo, la reciprocidad restitutoria únicamente se obtiene mediante la *defence* de la «*counter-restitution*» y la propia *failure of consideration* [11].

---

[6] Mitchell, Mitchell y Watterson, 2011, párr. 1-18.

[7] Burrows, 2011, pp. 86-87. El concepto «*unjust factors*» fue acuñado por Birks (1985, pp. 6 y 7-9).

[8] Sobre la *restitutionary rescission*, sobre ella en cada uno de los *unjust factors* merece la pena ver la exposición de Burrows, 2011, pp. 243-248, 259-252 y 286-289.

[9] Sobre el funcionamiento de la *total failure of consideration* puede verse, Burrows, 2011, pp. 340 y ss.; Peel, 2015, párr. 22-001 y ss.; Virgo, 2015, pp. 332 y ss.

[10] En este sentido, se dice que «*the legal enforceability of the contract and the failure of consideration are two sides of the same coin*» (Burrows, 2011, p. 328). La noción de *failure of consideration* significaría así que no hay obligación contractual que prestar, así como que existe la posibilidad de restituir lo que se ha prestado; por medio de ella, el Derecho inglés obtiene cierta consistencia entre el contrato y el enriquecimiento (Burrows, 2011, p. 329).

[11] La excepción de la «contra restitución» se menciona ante la nulidad (*rescission*) de contratos por error, miedo o explotación injusta. La idea es que, si solo restituye una parte, la restitución produce un enriquecimiento injusto a favor del demandante que se soluciona considerando que la prestación recibida por este adolece de *consideration*. Es decir, no existe causa para retener lo recibido, si se recupera lo dado. Lo interesante de esta excepción es que, durante mucho, tiempo, se vinculó a la propia posibilidad de restituir lo recibido, de tal suerte que se neutralizaba la *rescission*, cuando no se estaba en condiciones de garantizar una contra restitución («*restitutio in integrum is imposible*»). Véase, a este respecto, sobre todo, Burrows, 2011, pp. 249-252 y 569-572. También, refiriéndose a la *rescission* en caso de error, Peel, 2015, párr. 9-105 y ss.

Cuando eso sucede, la regla inglesa es que, entonces, «mejor dejar las cosas como están»; lo que en cierto modo es coherente con la idea de que la *failure of consideration* ha de ser total. El problema de este enfoque es que, muchas veces, se ha excepcionado cuando los resultados a los que conduce no son los deseados (porque impide al demandante que se equivoca recuperar lo dado). En esos casos, se acude a un «*monetary equivalent*» o a otro tipo de medidas, pues se consideraba que el principio de la *restitutio in integrum* no se debe aplicar con todo su rigor cuando el contexto es de equidad (*equity*), es decir, fuera del sistema del *commom law*. Así ha sido, fundamentalmente, en casos de error (*ibid.*, párr. 9-110). Con todo ello, no es de extrañar que la doctrina critique la existencia de esta *defence* y se incline por un reconocimiento general de una suerte de restitución del valor para casos de imposibilidad de restitución *in natura*.

El sistema inglés que acabo de resumir es complicado [12], poco práctico [13], se separa formalmente del desarrollo europeo continental en esta materia, y solo ha encontrado un ligero reflejo en la regulación de la restitución en caso de resolución del contrato que se contiene en los PECL (arts. 9:306 a 9:308). No es de extrañar que la teoría de los *unjust factors* esté siendo sometida hoy a profunda revisión, tras haberla abandonado –o, si se quiere– matizado– su principal impulsor, Peter Birks, quien terminó apostando por un modelo de *restitution* a partir de la «ausencia de base» para retener lo recibido («*absence of basis*») [14]. Esta es, ciertamente, una aproximación más propia del *civil law* que del *common law*, de indudable influencia alemana [15]. Con todo, el nuevo enfoque de Birks no ha terminado de cuajar [16] y

---

En este sentido, véase Burrows, 2011, pp. 249-252 y 571-572. Como tampoco es de extrañar que jurisprudencialmente se avance cada vez más hacia el reconocimiento de una contra restitución subsidiaria (por el valor) en cualquier contexto, y no solo en la *equity*; al respecto, Mitchell, Mitchell y Watterson, 2011, párr. 31-11.

[12] Entre nosotros, ha estudiado con particular profundidad las consecuencias restitutorias de la resolución en el Derecho inglés, Clemente Meoro, 1998, pp. 482-488.

[13] Meier, 2006, p. 346.

[14] Véase Birks, 2005, pp. 101-128. El punto de inflexión del cambio de paradigma inglés detectado por Birks fueron los casos de contratos *swap* celebrados, en los años noventa, por ayuntamientos cuyas autoridades carecían de poder para contratar en representación de la entidad. La cuestión jurídica pasaba por determinar si los consistorios podían recuperar los pagos realizados en ejecución de dichos contratos. En *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln CC* ([1999] 2 AC 349) la *House of Lords* concedió esta restitución sobre la base del error de Derecho («*mistake of law*»), en lo que podía considerarse, todavía, un análisis tradicional. Sin embargo, en *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London BC* ([1994] 4 All ER 890), [1996] AC 669) se identificó el deber de restitución de las cantidades con el hecho mismo de la nulidad del contrato, que provocaba una ausencia automática de *consideration*. Lo mismo ocurrió en *Guinnes Mahon & Co Ltd v Kensington and Chelsea RLBC* ([1999] QB 215). En esos casos se consideró, en apretada síntesis, que siempre que el contrato es nulo (*void*) y existe una *total failure of consideration*. El sedimento de estos casos movió a Birks a cambiar su postura y a considerar que el Derecho inglés acababa de abandonar el sistema de los *unjust factors* (*ibid*., pp. 108-113).

[15] Véase Visser, 2019, pp. 962-963. En efecto, esta influencia fue reconocida por el propio autor en el prólogo a la primera edición de su *Unjust Enrichment* (2002): «*The onward march of case law and academic analysis, especially comparative analysis, has both compelled and convinced me that it was a misjudgement to insist that the common law, late coming, had by good luck hit upon a better way of answering the question whether an enrichment was unjust than, with their much longer experience, the civilian jurisdictions had achieved*» (*ibid*. p. xii). Posición que reforzó en el prólogo a la segunda edición de su *Unjust Enrichtment* (*ibid*., p. ix.) diciendo: «*I had certainly failed to convince most of my colleagues that the English approach through 'unjust factors' would have to be given up in favour of an English version of the civilian 'sine causa' approach*».

[16] Véase Burrows, 2006, pp. 33 y ss. Este autor estima que Birks no tenía realmente necesidad de derribar su propia obra de los *unjust factors* y que el modelo de la ausencia de base se podría haber adaptado dentro del anterior, como herramienta alternativa para casos complicados. A su juicio, el esquema de Birks no llega a resultados demasiado distintos a los que ya llegaba el modelo del *common law*. Y es que, de algún modo, Birks no hace sino pintar de *civil law* el modelo tradicional (p. 44), camuflando viejos problemas en un modelo «superficialmente más elegante» (pp. 45-47). Esto es interesante porque, en lo que respecta a los contratos anulables o resolubles, el autor (pp. 38-41) critica el nuevo modelo de Birks de querer moverse hacia la ausencia de base sin soltar del todo el sistema del enriquecimiento (lo que le lleva a decir que la resolución o anulación del contrato vienen causadas por la ausencia de base). Para los contratos ello (colocar la ausencia de base antes de la resolución o la nulidad) le parece innatural y problemático (p. 47).

Y quizás ese sea el principal problema: trasplantar sin demasiado miramiento una suerte de sistema alemán de enriquecimiento, que además ya está siendo revisado en cuanto a contratos, al *common law*; de

ha sido criticado [17], al tiempo que inexplicablemente se rechaza la existencia de un sistema restitutorio contractual alejado del enriquecimiento [18]. El nuevo sistema de Birks [19] no deja de ser una especie de implementación de un modelo de restitución por enriquecimiento injustificado unitario que se alinea con el desarrollo europeo continental en la materia.

Como fuere, las soluciones de las que se alcanzan en el Derecho inglés tradicional (fuera del modelo de Birks) no varían demasiado con respecto a las que se alcanzan en el *civil law*, respecto al tema que me ocupa, si bien el camino que recorren es muy diferente (y, las más de las veces, innecesario) [20]. Como en tantas otras cuestiones, el *civil law* y el *common law* no están tan alejados como *a priori* puede parecer [21]. Pero la excesiva complejidad con la que se recubren las soluciones inglesas, así como el punto de partida de su enfoque para la restitución contractual (el enriquecimiento, ajeno al Derecho de contratos [22]), desaconsejan tener más presente este sistema para el ejercicio *ius comparatista* que me propongo con respecto al Derecho español.

Fuera del Derecho inglés, aunque en su órbita, desde el Derecho sudafricano, se ha tratado de establecer una conexión entre la *restitutio in integrum* (y sus bases históricas romanas) y el enriquecimiento, considerando que lo que realmente existen son *causas para la restitución* (y no una desvinculación contractual que origina la restitución integral y recíproca); pero a mi parecer no es una alternativa convincente [23].

---

tal suerte que se termine adoptando un sistema híbrido. Sobre esto último, Burrows, 2011, pp. 96 y ss.; Krebs, 2001, pp. 60-66.

[17] Lodder, 2012, pp. 222-223; Mitchell, Mitchell y Watterson, 2011, párr. 1-20, 1-21; Virgo, 2015, pp. 129-132. Desde el Derecho sudafricano, véase Scott, 2013, pp. 204-208. La autora critica, además, el sistema y los reproches alemanes al modelo de los *unjust factors* (pp. 184 y ss.), y lo defiende para el Derecho surafricano, a partir de una curiosa interpretación de las causas de la *restitutio in integrum* en los contratos, que considera entrecruzadas con la *condictio*. Sobre la tesis de esta autora véase *infra* nota 23.

[18] Aunque eso sea, precisamente, lo que dogmáticamente se debe demostrar. Véase, no obstante, y desde una errónea concepción del Derecho francés y sobre todo alemán de restitución contractual, Letelier, *Camb. L. J.*, 2021, pp. 527 y ss., y 538 y ss.

[19] En España, se han ocupado con profundidad del cambio inglés, Basozabal Arrue, *ADC*, 2018a, pp. 58 y ss.; Meier, 2017, pp. 209 y ss.

[20] El mejor ejemplo se halla en la manera que tienen de construir la reciprocidad restitutoria en casos de *rescission*: por medio de una *defence*, así como en la forma con la que están llegando a una restitución del valor en casos en los que no se puede restituir en especie. Véase *supra* nota 11.

[21] Zimmermann, *AcP*, 1993, p. 169. Desde Derecho español para la restitución resolutoria, Clemente Meoro, 1998, p. 487.

[22] Visser, 2019, p. 975.

[23] Se trata de la interesante tesis de Scott, 2013, pp. 165-207. La autora advierte que, en el Derecho sudafricano, antes que a la *condictio indebiti*, los tribunales acuden realmente a la *restitutio in integrum*, como acción, cuando se trata de restituir prestaciones intercambiadas en caso de error, violencia o minoría de edad; y que otras veces mezclan valoraciones propias de la *condictio indebiti* y la *restitutio in integrum*. En este sentido, la autora advierte que la *restitutio in integrum* en esos tres casos guarda puntos de intersección con la *condictio*. A partir de aquí, y con un análisis histórico basado en la *in integrum restitutio* romana, entiende que el Derecho sudafricano de enriquecimiento se asienta realmente en el sistema inglés de los *unjust factors*, toda vez que acude a una causa concreta para ordenar la restitución (el error, la violencia o la minoría de edad); y critica el sistema continental (que identifica con la ausencia de base o el sistema alemán, al que acusa de abstracto y objetivo; pp. 176 y ss.). Con estos mimbres, defiende la construcción de un sistema de enriquecimiento para el

De los dos sistemas jurídicos que se presentan, la amplitud teórica del Derecho alemán contrasta con la del Derecho francés. Si esto es así, no ha sido por capricho. Los dos capítulos históricos han mostrado –y ahí reside, una vez más, su importancia– una evolución en la que el ordenamiento alemán dedica sobrado espacio a la restitución contractual (fundamentalmente, la derivada de la nulidad), pero dentro de la órbita del Derecho de enriquecimiento. Esta estrategia, conviene adelantar, se ha revelado como un error que sus más conspicuos autores tratan hoy de corregir, aproximando la restitución por nulidad o impugnación al Derecho de los contratos. Frente a este panorama, el Derecho francés desatendió el problema de la restitución contractual en su codificación; una carencia que inevitablemente ha lastrado los estudios doctrinales sobre la materia, que no han sido tan prolijos como los alemanes. Atento al estado de la cuestión, el Gobierno francés no perdió la oportunidad de incluir una regulación detallada y unitaria de la restitución por desvinculación contractual en la reforma de su Código civil, en 2016. Esta característica entronca directamente con la principal hipótesis de partida de este trabajo, que se extrae del Capítulo 1, y convierte en insoslayable el análisis del Derecho francés; por más que sus construcciones dogmáticas desentonen al lado de las que se encuentran a la otra orilla del Rin (y a las que de algún modo ha obligado su propio proceso codificador). Y es que, a pesar de todo, el punto de partida francés mejora al alemán, en lo que a restitución contractual se refiere, como veremos.

Derecho sudafricano que se ancle en las concretas causas de restitución, y que prescinda de la causa de fracaso (invalidez) del contrato. De este modo, la sola invalidez no habría de dar lugar a la restitución, si no existe una causa adicional que la permita (un *unjust factor*) (pp. 185-187): «*certainly it* [the unjust factors approach] *has greater explanatory power than an analysis which founds directly on the invalidity of the contract itself*». Y es que la autora parece entender que la restitución en los sistemas de *civil law* se produce casi «porque sí» de una manera muy poco tangible (p. 200). Dejando a un lado las particularidades del Derecho sudafricano, la tesis de la autora no es convincente. La importancia de la *restitutio in integrum* para explicar la restitución contractual y su funcionamiento (Capítulo 1) no debe conducir a la idea de que la restitución contractual se explica por medio de las causas históricas de la antigua *restitutio in integrum*. Que la *restitutio in integrum* fuera una acción de equidad insertada en el Derecho pretorio no significa que la restitución (integral y recíproca) a la que, entre otras consecuencias, daba lugar se activase directamente por sus causas (dolo, *metus*, minoría de edad o error). Lo que en últimas explicaba la restitución era el *daño* que se irrogaba a un sujeto, que era merecedor de la restitución. Eso explica que –como se vio en el Capítulo 1– la histórica *restitutio*, como acción, pasase a identificarse en el desarrollo posterior con la *rescisión* del contrato, la cual continuaba teniendo en mente esa idea de lesión. Por eso, resulta algo difuminado decir que la *restitutio* se explicaba directamente por sus causas; y mucho más extender esta idea a una construcción inglesa del enriquecimiento. Tanto en la acción histórica romana como con posterioridad, el error, el *metus* o la minoría de edad eran causas que, en general, «paralizaban el contrato». A partir de aquí, se producía la restitución, que tenía lugar de acuerdo con el esquema atécnico de la *restitutio in integrum*, porque el objetivo era *siempre* recuperar el *statu quo ante*. Hablar solamente de causas de la restitución, como clave de bóveda, soslaya el hecho del contrato mismo. Además, conduce a un tratamiento indiferenciado de lo contractual y lo extracontractual. Acaso este sea el mayor problema de la tesis de la autora (y de los *unjust factors*): mezclar la restitución derivada de la desvinculación contractual con los supuestos de enriquecimiento o atribuciones patrimoniales extracontractuales. En este ejercicio está la trampa. Pues se obliga a buscar una coherencia valorativa entre ambas esferas que ni existe ni es necesaria. Helen *Scott* encuentra, con todo, tal coherencia en acercar la lógica contractual al enriquecimiento.

CAPÍTULO 3

LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO ALEMÁN

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho alemán cuenta con dos grandes bloques para la restitución de las prestaciones por desvinculación. La *condictio* de prestación («*Leistungskondiktion*»), para articular la restitución derivada de la nulidad o impugnabilidad del contrato [24]; y un sistema restitutorio contractual para los supuestos de resolución por incumplimiento («*Rücktritt*»), en los §§ 346 a 348 BGB. La convivencia entre ambos bloques deja tras de sí algunas contradicciones valorativas para los casos de pérdida o destrucción de la cosa a restituir cuando está en manos del obligado a hacerlo. Ante ellos, el sistema previsto para la *condictio* de prestación no da una respuesta satisfactoria, si se aplica en su literalidad. La razón de ello se encuentra en que –como se vio en los Capítulos 1 y 2– el Derecho alemán no incorporó la lógica de la *restitutio in integrum* recíproca a la restitución derivada de la nulidad o la impugnación. Antes bien, optó por una restitución basada en el desplazamiento patrimonial en el que la pérdida de la cosa a restituir conduce literalmente a la no restitución («pérdida del enriquecimiento», § 818.3 BGB). Frente a ello, la restitución derivada de la resolución conlleva, tendencialmente, a una restitución del valor en ese mismo supuesto (§ 346.2 BGB), salvo excepciones (§346.3 BGB). Esta situación ex-

[24] Reuter y Martinek, 2016, vol. II, pp. 191 y 216.

plica que el Derecho alemán avance progresivamente hacia un modelo unitario para la restitución, bajo los postulados del Derecho de contratos.

II. LA *CONDICTIO* DE PRESTACIÓN (§ 812.1 S. 1 1. ALT. BGB)

Aunque influida por la lógica de la *condictio indebiti* –pago por error de atribuciones patrimoniales destinadas al cumplimiento de una obligación, cuyo objetivo finalmente fracasa [25]–, el supuesto principal de la *condictio* de prestación es la nulidad o la impugnación del contrato [26] que inicialmente justificaba la realización de la prestación [27] (aunque hay otros [28]). En ese caso, quien la recibió no puede retenerla en su patrimonio [29].

1. **Los elementos del supuesto previsto en la *condictio* de prestación**

Dice el § 812.1 S. 1 1. Alt BGB que «*quien mediante la prestación de otro* […] *obtiene algo a su costa sin justificación jurídica está obligado a su restitución*». De la lectura del parágrafo se advierten cuatro elementos principales: *(i)* la existencia de una prestación («*Leistung*»); *(ii)* la obtención de «algo» (lo que la doctrina alemana denomina «*das erlangte Etwas*» y que yo traduciré, en adelante, como «lo obtenido»); *(iii)* el hacerlo «*a su costa*» (del «empobrecido» o, por mejor decir, del acreedor de la restitución); y *(iv)* la ausencia de causa jurídica.

Ya sabemos que el supuesto del § 812.1 S.1 1. Alt. BGB es heredero de Savigny y que, por eso, el precepto piensa en la idea de desplazamiento patrimonial [30]. Esto convierte en superfluo al análisis de los elementos *(i)*, *(iii)* y *(iv)*

---

[25] Véase Wieling, 2007, p. 24; Wendehorst, 2012, párr. 63.

[26] Grigoleit y Auer, 2016, p. 14; König, 1985, p. 151.

[27] No olvidemos que el efecto primero de la impugnación del contrato es que el contrato sea considerado como nulo desde el inicio (§ 142.1 BGB); lo que conduce a la misma restitución por desvinculación, basada en el enriquecimiento. Por todos, Flume, 1992, párr. 31.6.

[28] Fuera de la órbita estrictamente contractual, la *condictio indebiti* resulta también de aplicación en supuestos donde existía efectivamente una obligación pero entre personas distintas (por ejemplo, quien abona la reparación de un cristal creyendo erróneamente que su hijo es quien lo destruyó); o cuando la prestación debida existía igualmente, pero tenía un contenido distinto, según el contrato, al efectivamente realizado (por ejemplo, el vendedor envía al comprador una mercancía que no se corresponde con la pactada, es decir, entrega un *aliud*). En este sentido, puede verse, Loewenheim, 2007, p. 58; Medicus y Lorenz, 2018, párr. 61.14.

Estas cuestiones, ajenas al ámbito estrictamente contractual, quedan fuera de la órbita de este trabajo.

[29] Véase Medicus y Petersen, 2017, p. 366.

[30] Esta visión se asienta, de algún modo, sobre una (re)interpretación del denominado «dogma del desplazamiento patrimonial», anticipado por Savigny [*supra*, Capítulo 2, IV. 3.1], según el cual la *condic-*

que acabo de listar [31]. Para la restitución contractual, lo importante está en «lo obtenido». Se han propuesto dos aproximaciones distintas al significado de la expresión. Cada una entronca con una concepción distinta del enriquecimiento en el Derecho alemán.

2. La discusión sobre el objeto de la *condictio* de prestación

(a) Un sector, hoy minoritario, identifica el objeto de la restitución con el *enriquecimiento* obtenido, es decir, con el *incremento patrimonial* que experimenta el deudor de la restitución gracias a la prestación [32]. Acaso el más notorio representante de esta corriente haya sido Flume (1908-2009) [33]. Para este autor, el enriquecimiento no puede quedar constreñido al simple objeto de la prestación, sino que debe referirse al patrimonio global del que la recibió, el *accipiens*. [34] Esta aproximación se corresponde con el punto de vista del legislador histórico alemán para la acción de enriquecimiento [35]. Por eso, desde esta postura, la referencia del § 812.1 S. 1. 1. Alt. BGB a «lo obtenido» solo representaría la primacía de la restitución *in natura* del bien recibido, siempre que

---

tio vendría a cumplir una función de corrección de todas las ventajas ocasionadas por un desplazamiento patrimonial (véase Wilhem, 1973, pp. 26-27).

[31] En relación con el enriquecimiento producido «a su costa», una gran parte de la doctrina alemana estima irrelevante, para el estudio de la *condictio* de prestación, que el desplazamiento patrimonial haya tenido lugar «a costa» del acreedor de la restitución. De acuerdo con esta concepción, el elemento «*a su costa*», presente en el § 812.1 BGB, simplemente cumple la función de identificar al acreedor de la relación jurídica restitutoria, cuando en el desplazamiento patrimonial han intervenido más de dos personas. Se trata de las denominadas *relaciones triangulares* de las que no me ocupo en este trabajo. En este sentido, véase Ellger, 2002, p. 179; Kaiser, H., 1987, pp. 72-73; Larenz y Canaris, 1994, p. 131; Lieb, *MüKo*, 2004a; Loewenheim, 2007, pp. 16-18. Con todo, una corriente doctrinal estima que la expresión «a su costa» goza de plena virtualidad también para con la condictio de prestación. Para defender esta postura, se acude a los antecedentes legislativos de la codificación del § 812.1 BGB. En concreto, el § 748 del Proyecto elaborado por la Comisión para la Primera Lectura del BGB hacía referencia al enriquecimiento obtenido «de su patrimonio» [del acreedor de la restitución empobrecido]. (Véase Flume, 2000, pp. 525-526).

[32] Partidarios de esta visión, Ernst, 2003, pp. 8-10; Esser, 1969, p. 342; con un argumento histórico, Flume, 2000, pp. 528-533; Jakobs, 1993, pp. 110-111; Koppensteiner, *NJW*, 1971, p. 1769; Reeb, 1975, pp. 96-100; Roth, G., *FS-Günther Küchenhoff*, 1972, pp. 376-379; Schauhoff, 1992, pp. 39-41; Wilhem, 1973, pp. 62-63.

[33] Principalmente a través de su trabajo, Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, pp. 148 y ss.

[34] *Ibid.*, pp. 151-152.

[35] Para una explicación del punto de vista del legislador histórico alemán sobre el contenido de la acción de enriquecimiento injustificado en este sentido, véase Reuter y Martinek, 2016, vol. II, pp. 185-190.

sea posible. De no serlo, tendría lugar una restitución del enriquecimiento restante en el patrimonio del deudor[36]; con dos consecuencias:

(aa) La restitución abarca todas las ventajas procuradas por el bien o derecho obtenido al patrimonio del deudor (las ganancias)[37].

(bb) Como se vio en el Capítulo 2, el enriquecimiento codificado obligaba a proteger al deudor (de buena fe), evitando que restituya más de aquello que aún permanecía en su patrimonio[38]. Según esta idea (§ 818.3 BGB), la acción solo tiene razón de ser, si el enriquecimiento obtenido permanece en el patrimonio del *accipiens*[39]. En efecto, esta postura otorga mucha importancia al § 818.3 BGB, que establece que el deber de restitución cesa cuando el deudor deje de estar *enriquecido*. Para los defensores de esta tesis, si la acción de enriquecimiento cesa cuando el deudor deja de estar enriquecido, la acción se refiere al patrimonio general de aquel. Por eso, no habría diferencia alguna entre «lo obtenido» y el enriquecimiento; o, de otro modo, la restitución del enriquecimiento equivale a la restitución de «lo obtenido»[40].

(b) Frente a la teoría anterior, se ha defendido un enfoque que liga «lo obtenido» a la prestación ejecutada en el contrato nulo o impugnado (y no al patrimonio del *accipiens*)[41]. La aproximación es deudora del pensamiento de Von Caemmerer (1908-1985)[42]. De acuerdo con su planteamiento, la *condictio* de prestación simplemente constituía un correctivo de las distorsiones que el sistema alemán abstracto de transmisión de la propiedad –heredado de Savigny– producía, ya que la propiedad se transmitía a pesar de la nulidad del contrato. Pero que esto fuera así no implicaba que «lo obtenido» por el deudor restitutorio tuviese que ver con el enriquecimiento. El objeto de la restitución

---

[36] Los partidarios de esta visión conciben la acción por enriquecimiento injustificado como el reverso de la indemnización de daños y perjuicios, pero dirigida al patrimonio del deudor. La acción de enriquecimiento compensaría así la diferencia entre los dos estados patrimoniales que experimenta el *deudor* de la restitución, como consecuencia de la atribución (mientras tanto, con la indemnización de daños y perjuicios se busca la remoción de esa diferencia patrimonial que sufre el acreedor). Véase Reuter y Martinek, 1983b, vol. II, pp. 516-517.

[37] Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, p. 152; 2000, p. 527; Jakobs, 1993, pp. 116-119; Koppensteiner y Kramer, 1988, p. 115; Wilhem, 1973, pp. 86-88.

Advierten de esta consecuencia, Reuter y Martinek, 1983b, vol. II, p. 522.

Se inclina hacia una solución de restitución –al menos parcial– de ganancias, si bien a partir de lo dispuesto en el § 816 BGB para la venta de una cosa ajena, Hartmann, 2007, pp. 280-289.

[38] Koppensteiner y Kramer, 1988, p. 115.

[39] Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, pp. 154-155.

[40] Por todos, Ernst, 2003, pp. 9-10.

[41] Schäfer, C., 2002, pp. 30-31.

[42] Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a, pp. 352-353. El autor es uno de los principales responsables del tratamiento tipológico del enriquecimiento en el Derecho alemán.

de la *condictio* tenía que ser lo efectivamente recibido, con la prestación o, en su defecto, el subrogado de la cosa (§ 818.1 BGB) o su valor (§ 818.2 BGB)[43]. La postura de Von Caemmerer es hoy mayoritaria entre la doctrina[44], aunque no ha terminado de calar en el BGH[45].

A diferencia del primer planteamiento, que contemplaba dinámicamente el patrimonio como objeto de restitución, esta orientación lo hace de manera «estática»[46]. Por eso, este enfoque reduce el alcance del § 818.3 BGB para la *condictio* de prestación[47]. Para Von Caemmerer, la limitación de la restitución al enriquecimiento constituía un mero privilegio excepcional del *accipiens* de buena fe[48]. Frente al papel protagonista que la tesis de la orientación patrimonial atribuía a esta regla, los defensores de esta aproximación entendieron que el § 818.3 BGB no autorizaba a variar el objeto de la acción restitutoria del § 812.1 S. 1 BGB, pues el § 818.3 BGB solo se ocuparía del supuesto de pérdida de la cosa recibida a restituir[49].

---

[43] Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a p. 348; *FS-Gustav Boehmer*, 1954b, p. 150.

[44] Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, p. 53; Ellger, 2002, p. 184; Gsell y Fervers, *NJW*, 2013, p. 3610; Kaiser, H. 1987, p. 60; Kaiser, D., 2000, pp. 232 y 339; Larenz, *FS-Ernst von Caemmerer,* 1978, pp. 209 y ss.; Larenz y Canaris, 1994, pp. 254 y 275; Loewenheim, 2007, pp. 137 y ss.; Lorenz, W., 2007, pp. 168-169; Mühl, 1985, párr. 32; Schwab, *MüKo*, 2020a, párr. 1-2; Él Mismo, 2020b, párr. 127; Wendehorst, 2012, párr. 232,339; Wieling, 2007, pp. 62 y ss.

[45] Para un repaso de la jurisprudencia del BGH sobre esta cuestión y la *condictio* de prestación, véase Reuter y Martinek, 2016, vol. II, pp. 199-200.

[46] Linke, 2007, p. 20.

[47] Ciertamente, el § 818.3 BGB representa un principio básico del Derecho alemán de enriquecimiento injustificado; *y así lo advierte* Hellwege, 2004, p. 95. Como vimos, la razón de ser de este precepto se encontraba en el dogma, presente en el momento de la codificación, de que la acción de enriquecimiento no podía terminar derivando en una erosión del patrimonio del *accipiens* (Linke, 2007, pp. 20-21). Mediante ella, se trataba de corregir el desplazamiento patrimonial producido sin causa sin perjudicar al enriquecido; como indica Beuthien, *JURA*, 1979, p. 532.

[48] Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a, p. 368; *FS-Gustav Boehmer*, 1954b, p. 150.

[49] Larenz y Canaris, 1994, p. 255. De poderse restituir *in natura*, no advierten de ninguna razón para dejar de interpretar «lo obtenido» como el objeto de la prestación recibida en el contrato, como ha advertido más recientemente Fest, 2006, pp. 141-142.

A esta operación de reducción del alcance del § 818.3 BGB se añade que la norma solo resulta aplicable en caso de buena fe del obligado a restituir. Así se aprecia en Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a, p. 368. Explican, después, esta idea, Loewenheim, 2007, pp. 18-19; Wieling, 2007, p. 7. La buena fe se entiende como el desconocimiento del *accipiens* de la falta de causa de la atribución, que le debe permitir disponer como le plazca de «lo obtenido»: Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, p. 20; Larenz y Canaris, 1994, p. 324. Incluso los defensores de una orientación patrimonial abstracta de la acción de enriquecimiento injustificado admiten que el sentido del § 818.3 BGB es la protección de la confianza del *accipiens* de buena fe (véase Reuter y Martinek, 1983b, vol. II, p. 520). Esta protección de la confianza en el carácter irreversible de la prestación recibida explica que se limite su obligación de restituir a aquella parte de «lo obtenido» que todavía permanezca en su patrimonio (Larenz y Canaris, 1994, p. 258). Si lo recibido con la prestación se consumió, se enajenó o se destruyó, el *accipiens* de buena fe solo restituye lo que reste en su patrimonio; y, tratándose de dinero, si lo gastó o lo perdió en una inversión, no restituiría nada. Con estas bases, el § 818.3 BGB permite que la buena fe del *accipiens* traslada el riesgo de pérdida al acreedor de la restitución (Schlechtriem, 2003, p. 332).

3. Pérdida de la cosa a restituir, enriquecimiento y *condictio* de prestación

El lector español se puede preguntar en este punto dónde radica la diferencia entre la teoría de la orientación patrimonial y la teoría de la orientación al objeto de la prestación. La respuesta se encuentra en los supuestos en los que el bien a restituir no puede devolverse por haberse perdido. Ante ellos, el § 818.3 BGB puede desempeñar un papel esencial (orientación patrimonial), o no hacerlo (orientación al objeto de la prestación). Si se le otorga relevancia, el deudor de la restitución no está obligado a restituir más de lo que quede de la cosa en su patrimonio (que puede ser nada); si no, la prestación inicial se sustituye por su valor. A su vez, se deberían restituir todos los beneficios que el deudor de la restitución haya obtenido gracias a la prestación recibida. No por casualidad, los abogados han recurrido al § 8183 BGB, para incrementar el montante de restitución a su cliente.

> Fue lo sucedido en la SBGH 4 de mayo de 1994 - VIII ZR 309/93 (Köln) (NJW 1994, 2021) («caso salón de bronceado»). Se trataba de una compraventa, en 1990, de un salón de bronceado con su inventario. A finales de mayo de 1991, el comprador cesó en el ejercicio de las operaciones comerciales y, desde entonces, el salón dejó de existir. En ese mismo año se determinó médicamente que el comprador padecía un «síndrome de defecto cerebral orgánico», como consecuencia de una intoxicación con monóxido de carbono acaecida en febrero de 1985. La representación tutelar del comprador interpuso demanda en la que interesaba la devolución del precio pagado por el salón de bronceado, devolviendo al tiempo el inventario restante en su patrimonio. La vendedora se opuso a la demanda, indicando que la restitución no debía tener lugar, porque el incapaz no estaba en condiciones de restituir lo recibido. Junto a ello adujo que resultaba acreedora de todos los beneficios obtenidos por el comprador gracias al salón y al inventario en su día adquiridos.

En el caso, se aprecia cómo la teoría de la orientación patrimonial excede de la prestación recibida, y permite que se restituya todo lo obtenido directa o indirectamente; lo que encaja en el § 818.3 BGB. Al mismo tiempo, en el caso resuelto, el objeto de la prestación principal no se podía devolver en especie, y en ello se amparaba la representación de la persona con discapacidad para no restituir más que el sobrante del salón de bronceado (de nuevo, *ex* § 818.3 BGB). Esta clase de supuestos hacen ver las costuras del sistema de la *condictio* de prestación, si se le interpreta de acuerdo con la teoría de la orientación patri-

monial[50]: resulta difícil hacer encajar el § 818.3 BGB dentro de un contexto restitutorio contractual. Lo mismo ha sucedido en otros casos.

3.1 Automóviles de segunda mano y una cosechadora

A comienzos de los años setenta del siglo pasado, el BGH se encontró con dos casos de compraventa de un vehículo de segunda mano[51]. Los hechos fueron idénticos en lo sustancial. Al primer supuesto lo denominaré S1, al segundo S2.

> En S1, el vendedor (V) manifiesta al comprador (C) que el automóvil tenía un determinado kilometraje, aunque había manipulado el tacómetro del coche; y en S2, que el automóvil objeto del contrato no había sido accidentado con anterioridad, pues a C le preocupaba mucho no adquirir un vehículo previamente siniestrado. En los dos supuestos, esta información se reveló, más tarde, inexacta; siendo conocida por V en ambos. Tanto en S1 como en S2 el automóvil se destruyó tras el contrato, mientras era conducido por C, como consecuencia de un accidente. En S1, no concurrió –o no se pudo demostrar– culpa de C en la pérdida del vehículo; en S2 la actuación de C durante la conducción que propició la destrucción del coche sí fue calificada de culposa. En ambos casos, C impugnó después del accidente el contrato por dolo de V (§ 123 BGB), reclamando la devolución del precio. Ni en S1 ni en S2 se encontraba C en disposición de devolver algo más que un vehículo siniestrado. La resolución a que el BGH llegó en ambos casos se expondrá más adelante, al analizar la teoría del saldo[52]. Basta ahora con adelantar que, en ambos, el BGH asignó el riesgo de pérdida del automóvil siniestrado al V, doloso.
>
> Hay un tercer caso (S3) algo distinto[53]. Se trataba de la compraventa de un vehículo de segunda mano que el comprador había impugnado por error esencial relativo a una característica de este. La demanda fue estimada, de tal suerte que el comprador podía recuperar el precio pagado a cambio del coche. Pues bien, resultó que, declarada la ineficacia del contrato, el automóvil se deterioró severamente por causas que no constan en la sentencia, estando aún en poder del comprador y sin que el vendedor hubiera pasado a recogerlo.

Al lado de los casos de automóviles de segunda mano coexiste, en este ámbito, el famoso «caso de la cosechadora»[54]. C demandó a V por dolo, al no

---

[50] Que es a su vez deudora de una concepción unitaria y no tipológica del enriquecimiento. Al respecto, véase Schlüter, 2021, pp. 283-287.

[51] Se trata de las Sentencias SBGH 8 de enero de 1970 - VII ZR 130/68 (Hamm), NJW 1970, 656; y 14 de octubre de 1971 - VII ZR 313/69 (Karlsruhe), NJW 1972, 36.

[52] *Infra*, en este capítulo, II. 4.2.

[53] SBGH 26 de octubre de 1978 - VII ZR 202/76 (Frankfurt), NJW 1979, 160.

[54] SBGH 9 de octubre de 1980 - VII ZR 332/79 (München), NJW 1981, 224.

haberle informado sobre la antigüedad de la máquina adquirida, que no tenía tres –como se afirmaba en la garantía de uso– sino nueve años. Durante el primer uso, la cosechadora se deterioró gravemente, sin que interviniese culpa de C. La pretensión de impugnación por dolo no prosperó en la instancia, que sí concedió la anulación del contrato por error (§ 119.2 BGB). Al decidir sobre el alcance de la restitución, el BGH autorizó a C recuperar el precio pagado, devolviendo la cosechadora en el estado en que se encontraba.

3.2 La laguna regulatoria del § 818.3 y la teoría de las dos *condictiones*

Formalmente, el Derecho alemán confiere a cada parte una *condictio* unilateral frente a su contraria, independiente de la *condictio* que la otra parte atesora[55]. A este proceder se le ha denominado «teoría de las dos *condictiones*» y fue la orientación seguida tras la entrada en vigor del BGB[56]. En ejemplos como los expuestos, el comprador podía reclamar la devolución del precio sin restituir nada a cambio o, simplemente, una chatarra (enriquecimiento restante) (§ 818.3 BGB)[57]. Este resultado rompe el vínculo entre prestación y contraprestación e implica un castigo restitutorio para la parte que sí está en condiciones de restituir la prestación recibida (el precio) pero no puede recuperar la entregada[58]. Por eso, la doctrina dominante califica de inadecuado este reparto de riesgos[59]. Y, por eso también, se ha dicho que la redacción de la norma no invita a sostener su aplicación a la desvinculación de un contrato sinalagmático, toda vez que el § 818.3 BGB realmente piensa en casos en los que la prestación es unilateral[60]. Con todo ello, no es de extrañar que algunos autores hablasen de una «laguna regulatoria» que tenía que ser colmada[61]. Tampoco que, a la luz de los casos de automóviles y cosechadoras, la doctrina

---

[55] Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a, p. 385; Hellwege, 2004, p. 104; Leser, 1956, p. 19; Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 34.

[56] Büdenbender, *AcP*, 2000, p. 640.

[57] Büdenbender, *AcP*, 2000, p. 655; Larenz y Canaris, 1994, p. 321.

[58] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 655; Leser, 1975, p. 111.

[59] Beuthien, *JURA*, 1979, p. 534; Boosfeld, *JuS*, 2013, p. 713; Fest, 2006, p. 20; Koppensteiner y Kramer, 1988, pp. 138 y ss.; Leser, 1956, pp. 35 y ss.; Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 84, 114; Mühl, 1985, párr. 85.

[60] En este sentido, véase Beuthien, *JURA*, 1979, p. 533; Deplewski, 1976, p. 65; Fest, 2006, p. 91; Honsell, *MDR*, 1970, p. 717; Linke, 2007, pp. 135-139. También se ha advertido de la dificultad de adaptar la idea de la *buena fe* (advertida *supra* en nota 48) a la restitución contractual. Véase Linke, 2007, pp. 151-152.

[61] Deplewski, 1976, pp. 64-69; Linke, 2007, p. 134.

haya intentado dar respuesta al problema restitutorio contractual de la *condictio* de prestación en casos de pérdida [62]. Veámoslo.

4. Los primeros intentos de acoplar la *condictio* de prestación en caso de pérdida

4.1 La teoría del saldo y sus excepciones

Descrita como «*una de las más oscuras y para los estudiantes más ininteligibles partes del Derecho civil*» [63], el origen de la teoría del saldo («*Saldotheorie*») se remonta al caso del «señorío», resuelto por el *Reichsgericht* (RG), en 1903 [64].

> El vendedor había enajenado, el 2 de octubre de 1900, un antiguo *Rittergut* (una especie de masía o casa de labor grande con un terreno incorporado, típica del norte de Europa), por 300.000 marcos. Tiempo después, el comprador impugnó el contrato por dolo del vendedor (§ 123 BGB), reclamando unilateralmente la restitución del precio abonado (§ 812.1 BGB). En su defensa, el vendedor argumentó que, de estimarse la nulidad del contrato y procederse a la restitución, lo lógico sería que el comprador desalojase el señorío y se lo devolviese, junto los frutos percibidos. El RG estimó la excepción del vendedor. En su razonamiento (p. 141), el RG adujo que la corrección del enriquecimiento injustificado perseguida por el BGB tenía que atender a la totalidad de lo transmitido, tomando en igual consideración tanto lo entregado por uno como lo recibido por el otro.

El caso no planteaba, en puridad, un problema de pérdida de la cosa a restituir. Sin embargo, la sentencia es importante, porque reconoció una característica restitutoria tan evidente como ausente en la restitución prevista por la *condictio* de prestación alemana: la reciprocidad [65]. Gracias a ella, el vendedor demandado no tuvo que interponer a su vez una demanda restitutoria para recuperar el terreno vendido; ambas restituciones se ventilaron dentro del mismo procedimiento. Por eso, se reconoce a esta sentencia ser la creadora de la teoría del saldo «en sentido procesal» [66].

---

[62] Que me conste, la teoría de las dos *condictios*, en su formulación clásica y literal, se ha defendido modernamente solo por Kaiser, D., 2000, pp. 319 y ss. El autor escribió, eso sí, con anterioridad a la modernización del Derecho alemán de obligaciones.

[63] Beuthien, *JURA*, 1979, p. 532.

[64] Sentencia RG 14 de marzo de 1903 (RGZ 54, 137-142).

[65] Sobre la ausencia de la reciprocidad y la no incorporación formal de la noción *restitutio in integrum* en el proceso codificador alemán, *supra*, Capítulo 1, IV. 2.1.

[66] Flume, *ZIP*, 2001, pp. 1622-1623; y 2000, pp. 536 y ss. Véase, también, Coen, 2003, p. 206.

La idea de reciprocidad en la restitución, inaugurada con esta sentencia, tuvo su reflejo material en casos posteriores en que la cosa a restituir no podía devolverse al vendedor. Siendo el contrato sinalagmático, las pretensiones restitutorias de las partes dejaban de contemplarse de manera aislada, como *condictiones* independientes, y pasaban a hacerlo como prestaciones restitutorias interconectadas. Habiéndose perdido la cosa vendida, el deudor de la restitución quedaría obligado a prestar su *valor objetivo*. Así, las prestaciones se saldaban dinerariamente [67] y la parte imposibilitada para restituir *in natura* no se podía acoger a la excepción de pérdida del enriquecimiento (§ 818.3 BGB), para no restituir nada [68]. En consecuencia, cada parte en la restitución asumía el riesgo de pérdida de lo recibido con el contrato (no de lo entregado) [69]. En la compraventa, la teoría del saldo beneficia –o, mejor dicho, no perjudica– al vendedor, pues este goza de una pretensión por el valor de la cosa frente al comprador, cuando este no está en condiciones de restituir *in natura* [70]. Por eso, la teoría del saldo es una explicación del § 818.3 BGB y su concepto de «enriquecimiento» [71].

El BGH ha asumido los fundamentos de la teoría del saldo [72] entendiendo que, si bien la letra de la ley obligaría a aplicar la teoría de las dos *condictiones*, el saldo se impone por razón de la equidad, como principio rector del enriquecimiento injustificado [73].

La propia concepción de la teoría explica su crítica, ya que en determinados supuestos resulta indeseable atribuir al deudor de la restitución el riesgo de

---

[67] Véase Schlechtriem, 2000, p. 404.

[68] Esta idea representa un buen argumento para preferir la teoría del saldo –y, con ello, la aplicación de la *condictio* de prestación en su versión corregida por esta– frente a la aplicación de la *condictio* a favor del vendedor. En este último caso, recurriendo a la reivindicatoria, todo el riesgo se colocaría, de nuevo, del lado del comprador. Véase Stadler, 1996, pp. 327-328.

[69] Hellwege, 2004, p. 108; Roth, H., *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, pp. 1135-1136.

[70] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 658; Honsell, *MDR*, 1970, p. 717.

[71] Su fundamento es que cada contratante no solo recibe una prestación, sino que también entrega otra y que –respecto a la que entrega– «deja de estar enriquecido». Esta idea justifica que cada parte se pueda descontar de su obligación restitutoria la cantidad por la que ya no está enriquecida, la cual coincide con la contraprestación que realiza. Es así como la *condictio* de prestación se transforma en una especie de «descuento de efectos» («*Abzugposten*») donde la pretensión restitutoria de una parte –normalmente, el precio– se minora restándole el valor de la contraprestación. En concreto, no es más que una «adaptación» de lo dispuesto en el § 818.3 BGB a la restitución contractual, pues posibilita que solo una de las dos partes pueda ampararse en aquella regla y no restituir (en función del resultado de la operación aritmética de descuento). Véase, sobre lo explicado: Beuthien, *JURA*, 1979, p. 534; Honsell, *MDR*, 1970, p. 717; Linke, 2007, pp. 17-18. También, en similar sentido, Deplewski, 1976, p. 11.

[72] Por todas, véase la Sentencia BGH 20 de marzo de 2001 - XI ZR 213/00 (KG), NJW 2001, 1863.

[73] Véase Hellwege, 2004, p. 107. Para un análisis reciente de la teoría del saldo, véase Röthel, *JURA*, 2015, pp. 1288-1291.

destrucción de la cosa [74]. Así sucede cuando una norma busca proteger a una de las partes en la restitución, o cuando el acreedor de la restitución ha provocado la pérdida del objeto a restituir [75]. Por este motivo, se han planteado excepciones [76] que buscan regresar a la teoría de las dos *condictiones*. Veamos algunas de ellas.

En primer lugar, la teoría del saldo se excepciona por la jurisprudencia cuando uno de los contratantes es menor o una persona con discapacidad y la cosa recibida se pierde en su poder [77]. La idea es protegerle y despojarle del riesgo de pérdida de la cosa que la teoría del saldo le imputaría [78]. La doctrina se inclina también por esta solución [79]. Perdiéndose la cosa en manos del menor o la persona con discapacidad (comprador), este no restituiría el valor (con el saldo), sino que podría acogerse a la pérdida del enriquecimiento (§ 818.3 BGB) [80]. Una segunda excepción se propugna a favor del contratante que padece dolo de la otra parte [81]. Por ejemplo, si el vendedor es doloso, el comprador puede no restituir el valor y trasladarle al otro el riesgo de pérdida [82]. Con todo, y para evitar resultados injustos, el BGH toma en consideración si el deudor de la restitución patrocinó algún tipo de culpa en la pérdida de la cosa, a los efectos de un reparto de riesgos más equitativo [83]. En tercer lugar, la teoría del saldo se excepciona en casos de «prestación anticipada», cuando una parte anticipa la prestación que le correspondía, pues se hace imposible cualquier tipo de compensación [84]. E, igualmente, siempre que se estime oportuno proteger la posición del deudor restitutorio [85]. Sin embargo, las excepciones no han salvado a la teoría del saldo de importantes críticas.

---

[74] Véase Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, p. 35; Esser y Weyers, 2000, p. 116; Larenz y Canaris, 1994, p. 336; Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 114-121.

[75] Schlechtriem, 2000, pp. 404-405.

[76] Para un resumen de las excepciones, véase Kaiser, 2012a, párr. 32.

[77] SSBGH 2 de diciembre de 2004 - IX ZR 200/03, NJW 2005, 884; 29 de septiembre de 2000 - V ZR 305/99 (Oldenburg), NJW 2000, 3562.

[78] Véase Larenz y Canaris, 1994, pp. 329-330; Linke, 2007, pp. 78-79. No obstante, véase Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, p. 454.

[79] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 661; Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a, p. 387; Loewenheim, 2007, p. 154.

[80] Se ha advertido, eso sí, que esta excepción puede conducir a resultados ciertamente inequitativos para el vendedor no menor que –en un contrato de permuta– soporta a la vez el riesgo de pérdida de la cosa que recibe y la que entrega. Véase Hellwege, 2004, pp. 109-111.

[81] Así en los dos renombrados casos de compraventa de automóviles de segunda mano. *Supra*, II. 3.1.

[82] Büdenbender, *AcP,* 2000, pp. 661-662; Hellwege, 2004, p. 112.

[83] Véase, igualmente, la BGH 14. 10. 1971; NJW 1972, 36 (p. 40), a la que se ha hecho referencia en los casos de compraventa de automóviles de segunda mano [*supra* II. 3.1].

[84] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 660; Fest, 2006, p. 15.

[85] Así sucede cuando el contrato se perfeccionó por amenazas al comprador; cuando el contrato es nulo, por usurario (§ 138 BGB); o cuando la pérdida de la cosa se produjo como consecuencia de un vicio

4.2 La teoría del saldo en el espejo

A la teoría del saldo se le ha acusado, en general, de estar «*contaminada por el espíritu de la jurisprudencia de conceptos* [86]», y se le ha censurado por su carácter aritmético [87], considerado contrario a la literalidad del BGB [88]. En esta dirección, se le ha negado el carácter restitutorio, porque solo permite al acreedor restitutorio deducirse un importe [89]. Esa deducción no sería más que el desafortunado reflejo de la equidad, que asigna indebidamente el riesgo de pérdida al deudor restitutorio para solucionar los problemas de la teoría de las dos *condictiones* [90]; lo que se considera cuestionable para los casos de pérdida fortuita de la cosa [91]. En la misma línea, se cuestiona que la teoría realmente no se ocupe del reparto restitutorio de riesgos [92]; y que el valor de la cosa que maneja sea el inicial de la prestación recibida, y no el que esta tenía al tiempo de perderse [93]. En fin, se ha desmerecido que resulte insensible a los concretos motivos que propiciaron la desvinculación (la nulidad, por ejemplo) del contrato [94].

En efecto, el problema de la teoría del saldo es que pone el foco de la solución en el contratante que ejecutó la prestación que después se pierde; y no en la del contratante en cuyo poder se destruye la cosa. Este hecho impide discutir si y en qué condiciones el deudor restitutorio puede acogerse a la excepción de pérdida del enriquecimiento [95].

De las críticas tampoco han resultado bien paradas las excepciones a su aplicación. Una de ellas aludía al dolo del vendedor: siendo este doloso, el comprador queda exonerado de restituir el valor (y restituye el enriquecimien-

---

oculto del que debe responder el vendedor. Véase Hellwege, 2004, p. 112; Medicus y Petersen, 2017, párr. 226; Wandt, 2017, p. 226.

[86] Larenz y Canaris, 1994, p. 322.

[87] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 666; Von Caemmerer, *FS-Karl Larenz*, 1973, p. 635; Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, p. 58; Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, p. 151; Kaiser, D., 2000, p. 307; Koppensteiner y Kramer, 1988, p. 137; Larenz y Canaris, 1994, p. 322; Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 86-91; Linke, 2007, pp. 107-112.

[88] Leser, 1956, p. 18. Esta crítica procede, sobre todo, de los defensores de orientar el objeto de restitución a la prestación obtenida y no al enriquecimiento en general (*supra*, II. 2). Véase Wendehorst, 2012, párr. 54.

[89] Kaiser, D., 2012a, párr. 34. También se ha cuestionado la clase de vinculación dogmática entre prestación y contraprestación que establece (Kohler, 1989, pp. 176-177). O por qué se ha de recurrir al saldo cuando las partes del contrato configuran las prestaciones como de igual valor; así Beuthien, *JURA*, 1979, p. 534. Más tarde, en esta línea, Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 658; Linke, 2007, pp. 74-75.

[90] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 658; Leser, 1956, p. 153; Linke, 2007, p. 39.

[91] Aquí hay quienes defienden que el riesgo de pérdida permanezca en el vendedor en ese caso y que, perdiéndose la cosa por culpa del comprador, se excluya la posibilidad de que recupere el precio pagado. En este sentido, Büdenbender, *AcP,* 2000, pp. 678-680.

[92] Honsell, *MDR*, 1970, p. 718.

[93] Deplewski, 1976, p. 28.

[94] Jansen, 2016b, pp. 141-142.

[95] Basándose en el contrato de permuta, Deplewski, 1976, pp. 15-16 y 27-28.

to). La poca consistencia de esta excepción se aprecia bien ante los casos de compraventa de automóviles presentados al principio, y cuya solución expongo ahora [96]. En ambos el BGH rehusó aplicar la teoría del saldo. En S1 –donde el comprador no había participado de culpa alguna en la destrucción del vehículo– la inaplicación de la teoría del saldo se hizo descansar en el dolo del vendedor [97]. En S2 –donde la destrucción del coche sí era debida a la culpa del comprador– se aplicó el mismo argumento, minorando el resultado final [98]. Sin embargo, la solución del BGH no ha resultado del agrado de la doctrina, que advierte que asignar al vendedor doloso el riesgo de pérdida de la cosa por este hecho equivale a una sanción [99]. Así, se estima que la solución correcta habría pasado por impedir al comprador ampararse en la pérdida del enriquecimiento [100] (y obligarle a restituir el valor del coche).

Los casos automóviles ponen sobre la mesa que las excepciones al saldo privilegian demasiado al deudor restitutorio, en caso de dolo del vendedor. Pero la teoría no da para más: o se aplica en su totalidad o se excepciona en su totalidad (y se privilegia al comprador), porque no permite tomar en consideración la eventual culpa del comprador en la pérdida [101]. Por ello, tampoco han sido del todo convincentes las excepciones a la aplicación del saldo en los casos de incapacidad [102] o de prestación anticipada [103].

---

[96] El tercero de los casos presentados *supra*, II. 3.1 merece algo menos de atención, por ser distinto. En él, el BGH atribuyó al vendedor el riesgo de deterioro del coche, habida cuenta de que este se produjo una vez declarada la nulidad y estando, en consecuencia, el vendedor en mora. La doctrina ha considerado esta solución como adecuada (Fest, 2006, p. 9).

[97] De esta manera se conseguía un resultado idéntico al que se habría logrado si el comprador hubiese demandado la resolución del contrato con base en los vicios ocultos de la cosa; pues, de lo contrario, se trataría mejor al vendedor doloso en la anulación que en la resolución.

[98] El BGH minoró la extensión restitutoria del precio a favor del comprador, en aplicación de la cláusula general de buena fe, prevista en el § 242 BGB; en un intento de aplicar el criterio de la concurrencia de culpas previsto para la indemnización (§ 254 BGB). Véase respecto de la aplicación del § 254 BGB, Deplewski, 1976, pp. 172-174.

[99] Von Caemmerer, *FS-Karl Larenz*, 1973, p. 637; Flume, *NJW*, 1970, p. 1164; Hellwege, 2004, pp. 116 y 559; Honsell, *MDR*, 1970, p. 720. En contra, Linke, 2007, pp. 93-100.

[100] Linke, 2007, pp. 100-106. Sin que resulte en absoluto satisfactoria la solución salomónica de corregir después el resultado mediante la buena fe, como si de un caso de concurrencia de culpas en la responsabilidad extracontractual se tratase; como apuntan Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 662; Hellwege, 2004, p. 117; Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 93.

[101] Linke, 2007, pp. 106-107.

[102] Aquí se dice que el argumento que permite al incapaz acogerse a la excepción de pérdida del enriquecimiento con el fin de protegerle es incompatible con una teoría insensible a cualquier necesidad de protección de un sujeto. Véase Leser, 1956, p. 155; Linke, 2007, pp. 79-80.

[103] Al excepcionarse su aplicación cuando una de las partes presta anticipadamente, la teoría termina colocando el riesgo de pérdida en el contratante que realizó anticipadamente su prestación de entrega, pero que no puede recuperar la cosa ni exigir la contraprestación aún pendiente (no se puede saldar). El resultado se justifica con la idea de que quien presta antes acepta asumir con su anticipo el riesgo de pérdida; igual que, en general, se asume el riesgo de insolvencia de la contraparte (Koppensteiner y Kramer, 1988, pp. 188-190). Pero, con razón, se ha advertido de lo inadecuado que resulta condicionar el riesgo de

Pese a todo, las críticas no han logrado condenar la teoría del saldo al ostracismo. Su aplicación –con las excepciones presentadas– sigue siendo defendida por parte de la doctrina actual [104]. Al mismo tiempo, se continúa explicando, como plenamente aplicable, en los estudios jurídicos en Alemania [105]. Su resiliencia teórica se explica con que, en la práctica, representa una superación de los resultados inequitativos de la excepción de pérdida del enriquecimiento (§ 818.3 BGB) [106] en la *condictio* de prestación ante la nulidad de contratos traslativos de la propiedad [107]. Además, el BGH aplica la teoría del saldo en sintonía con la teoría del sinalagma fáctico [108].

4.3 La teoría del sinalagma fáctico como desarrollo de la teoría del saldo

A mediados del s. XX se gestó la «teoría del sinalagma fáctico», deudora de las aportaciones de Leser, discípulo de Von Caemmerer [109]. Su objetivo era aclarar la teoría del saldo y sus excepciones [110]. El punto de partida es que, a pesar de su ineficacia, el contrato se ha ejecutado, intercambiándose las prestaciones. La ineficacia del contrato no rompería la vinculación entre los contratantes, basada en la confianza de cada parte de realizar la prestación para recibir a cambio la contraprestación [111]. Si las prestaciones se intercambiaron, existe un sinalagma fáctico que la restitución tiene que respetar. Esto significa que el reparto de riesgos del contrato anulado pervive en sede restitutoria, cuando la cosa no se puede reintegrar *in natura*. La pérdida del bien en poder del comprador caería dentro de su esfera de riesgos y no podría reclamar la

---

pérdida al hecho, muchas veces arbitrario, de quien cumplió antes con su prestación: Fest, 2006, pp. 148-149; Linke, 2007, pp. 75-77. Y otro tanto de lo mismo sucede en los casos de prestación anticipada –del vendedor– y prestación parcial del comprador (Boosfeld, *JuS*, 2013, p. 713).

[104] Grunewald, *FS-Walther Hadding*, 2004, pp. 37-38; Roth, H., *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, pp. 1142-1143 y 1146-1147; Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, p. 451.

[105] Puede consultarse, por ejemplo, el material preparatorio sobre enriquecimiento injustificado que proporciona la editorial para la preparación del primer examen estatal para juristas por la editorial Alpmann-Schmidt. No obstante, se excluye expresamente frente a la teoría modificada de las dos *condictiones*, que veremos a continuación en la resolución del examen estatal que propone Boosfeld, *JuS*, 2013, pp. 710-711 y 713.

[106] Véanse las advertencias a este respecto de Von Caemmerer, *FS-Karl Larenz*, 1973, pp. 634-639.

[107] Bockholdt, *AcP*, 2006, p. 771.

[108] Fest, 2006, p. 143.

[109] Leser, 1956, pp. 110 y ss.

[110] Leser, 1956, p. 35. No es por tanto casual su denominación como «nueva teoría del saldo». En este sentido, Flume, *AcP*, 1994, p. 448; Kohler, 1989, pp. 183-185.

[111] Leser, 1956, p. 48.

devolución del precio pagado, aunque la pérdida sea fortuita. Con ello, la restitución recíproca se hace depender de la posibilidad de restituir lo recibido [112]. La única excepción consiste en que la pérdida de la cosa obedeciera a un vicio de esta, en cuyo caso se deposita el riesgo en el vendedor [113].

La teoría supuso un cambio de paradigma, pues prescindía de buscar una determinada interpretación del concepto de «lo obtenido» y se centraba en el contrato efectivamente celebrado [114] y en el principio de reciprocidad restitutoria [115]. Así, reformulaba la teoría del saldo y la hacía dependiente del mantenimiento del sinalagma del contrato anulado [116]. Solo se saldaba si la nulidad afectaba al sinalagma del contrato, alterando el reparto de riesgos inicial (por ejemplo, dolo del vendedor) [117]. En caso contrario, el riesgo de pérdida lo sufría el comprador (deudor de la restitución). La reciprocidad restitutoria, que reconocía, permitía este enfoque [118]. De esta manera, la teoría se preguntaba qué causas de nulidad alteran el sinalagma fáctico de riesgos del contrato [119]. En ese caso, se traslada el riesgo a la parte en cuyo poder no se destruyó la cosa.

Con todo, su parentesco con la teoría del saldo le hizo merecedora de críticas similares [120], a las que hoy se suma lo artificioso de la idea del sinalagma fáctico [121]. Por eso, las aproximaciones doctrinales se han alejado de ella [122].

---

[112] Linke, 2007, pp. 23-24.

[113] Leser, 1956, pp. 55-57; y 1975, pp. 110-113. Así formulada, la teoría del sinalagma fáctico no terminaba de explicar si había alguna diferencia entre la pérdida de la cosa por culpa del comprador o por caso fortuito (si se excluía o no la acción restitutoria). En este sentido, Hellwege, 2004, p. 120. Aun así, cuando la pérdida de la cosa obedece a un caso fortuito, se opta mayoritariamente por entender procedente la restitución del valor. Así, más tarde, Von Caemmerer, *FS-Karl Larenz*, 1973, p. 638; Reuter y Martinek, 1983b, vol. II, p. 604.

[114] Kohler, 1989, p. 186; Linke, 2007, pp. 21 y 30.

[115] Véase Beuthien, *JURA*, 1979, p. 535.

[116] Favorable a extender el reparto sinalagmático de riesgos de esta teoría a la acción reivindicatoria aplicable a los contratos, a fin de armonizar las reglas del enriquecimiento y las reivindicatorias, Stadler, 1996, pp. 341-342.

[117] Honsell, *JZ*, 1980, p. 804.

[118] Leser, 1956, p. 78.

[119] Ello sucederá en aquellos casos en que la voluntad de una de las partes actuó viciada, lo que alcanzaría al contrato celebrado por un incapaz (§ 104 BGB), el dolo (§ 123 BGB), el error (§ 119 BGB), así como aquellos negocios que atentan contra la ley o las buenas costumbres (§§ 134, 138 BGB). Kohler, 1989, p. 188; Leser, 1956, pp. 111 y 118. Y, para un tratamiento diferencial según la causa de nulidad, véase, sobre todo, Pawloski, 1966, pp. 48 y ss.

[120] Linke, 2007, pp. 84 y 171. Para menores o incapaces, véase Kohler, 1989, pp. 186-187. En distinto sentido, Reuter y Martinek, 1983b, vol. II, p. 606.

[121] Véase Schlüter, 2021, pp. 257 y ss., y 265 y ss.

[122] Véase Hellwege, 2004, pp. 121-126. También, Linke, 2007, pp. 32-33. Su problema es que se separa por completo de texto legal de la *condictio* de prestación, sin terminar de explicar del todo bien por qué la ineficacia del contrato inicialmente celebrado tiene efectos en el reparto sinalagmático de riesgos para la restitución. En este último sentido, Canaris, *JZ*, 1992, p. 1115; Fest, 2006, pp. 143-144.

5. Las teorías modificadas de las dos *condictiones*

Se habla de la «teoría modificada de las dos *condictiones*» para aludir a aquellas propuestas que, ante los resultados insatisfactorios de la teoría del saldo, buscaron racionalizar el sistema restitutorio de la *condictio* de prestación del BGB y restringir la excepción de pérdida del enriquecimiento [123], según qué contratante se considerase responsable de la pérdida o deterioro de la cosa a restituir [124]. Con su elaboración se trató de dar respuesta a los casos de automóviles, ya presentados.

5.1 Flume y la teoría de la decisión patrimonial

El primer intento de reformular la teoría de las dos *condictios* pertenece a W. Flume. Su «teoría de la decisión patrimonial» («*Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung*») [125] criticaba a la teoría del sinalagma fáctico por ofrecer una solución alejada de las reglas del Derecho de enriquecimiento [126]. A su juicio, la pérdida del enriquecimiento solo resulta relevante, si era atribuible a la prestación realizada y no a la decisión patrimonial del *accipiens*. Con otras palabras, el *accipiens* solo podía «parapetarse» en la pérdida del enriquecimiento, cuando esta no era imputable a su decisión patrimonial, sino a la adquisición misma [127]. Esto es muy abstracto y se ve mejor con el ejemplo que el mismo Flume ofrece: si se compra un perro que destruye una alfombra del comprador y el contrato se anula después, la nulidad no afecta a la decisión patrimonial de adquirir el animal que destruyó la alfombra. La pérdida de la alfombra no es esgrimible como pérdida de enriquecimiento (y no se aplica el § 818.3 BGB): porque no es atribuible a la decisión patrimonial de adquirir el can. Por eso, el comprador no puede retener el animal adquirido y recuperar el precio, bajo el pretexto de que ha dejado de estar enriquecido tras haberse destruido la alfombra [128].

---

[123] En este sentido, Lorenz, S., 2001, p. 346.

[124] Hellwege, 2004, p. 127; Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 110-113.

[125] Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, pp. 160-171.

Con posterioridad, el mismo autor ha seguido insistiendo en ella. Véase Flume, *NJW*, 1970, pp. 1163-1165; *AcP*, 1994, pp. 438-442; 2000, pp. 539-545.

[126] Hellwege, 2004, p. 127.

[127] Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, pp. 155-156.

[128] Repárese una vez más en que, para este autor, la restitución por enriquecimiento alcanza todo el patrimonio en abstracto del deudor de la restitución, y no la concreta prestación que el contrato posibilita.

En general, esta teoría rechaza la aplicación § 818.3 BGB a contratos traslativos [129]. En toda compraventa, la adquisición viene precedida por la «decisión patrimonial» del comprador consistente en sustituir el dinero por la cosa. Sería, entonces, contradictorio con dicha decisión que, en caso de pérdida, el *accipiens* (comprador) pudiese trasladar las consecuencias de su decisión al vendedor, vía § 818.3 BGB [130], aunque el contrato se anule [131]. Solo cuando la decisión patrimonial de adquirir no se considere imputable al deudor de la restitución (error esencial, dolo del vendedor, amenazas, usura o incapacidad para contratar), puede acogerse a la pérdida del enriquecimiento [132].

Tiempo después, Flume llamó la atención sobre una *segunda decisión patrimonial*, atinente al modo en que el adquirente se sirvió de la cosa tras su adquisición [133]. Para ello, tomó el caso de S1, expuesto más arriba, en el que el comprador había sido engañado respecto al kilometraje del vehículo. Sin embargo, la causa del accidente que provocó su destrucción fue ajena al dolo del vendedor. En ese escenario, la pérdida accidentada del automóvil sí obedeció a la decisión patrimonial del comprador, por lo que debe restituir su valor y tampoco entraría en juego la excepción del § 818.3 BGB.

La teoría de Flume ha sido seguida por algunos autores [134], si bien en general se ha advertido lo discutible que resulta condicionar la distribución de riesgos en la restitución a un criterio tan etéreo como la supuesta «decisión patrimonial» de una de las partes [135].

Por ello, en su teoría, la pérdida del enriquecimiento abarca otros bienes del patrimonio del deudor, como en este caso es la alfombra. Véase, *supra*, II.2.

[129] En este sentido, Flume (1953, *FS-Hans Niedermeyer*, p. 156) entiende que la pérdida del enriquecimiento es atribuible a la adquisición y no a la decisión patrimonial del *accipiens* en los casos en que, por ejemplo, como consecuencia de la recepción de la prestación, el patrimonio de aquel se incrementó y se vio obligado a abonar un mayor impuesto sobre la renta del que habría tenido que afrontar de no haber obtenido la prestación; impuesto pagado, que ya no puede recuperar. En ese caso, insiste, la pérdida del enriquecimiento se atribuiría a la adquisición y no a la decisión del deudor.

[130] Flume, 1953, *FS-Hans Niedermeyer*, pp. 151-154.

[131] *Ibid.*, pp. 165-173. Presentar la decisión patrimonial como el resultado de entregar conscientemente el precio a cambio de la cosa que se recibe lleva a Flume a subrayar que esa obligación de restituir el valor, para el comprador, solo se limita con el propio valor de la prestación entregada (precio) y no va más allá, por mucho que el valor real fuese mayor (*ibid.*, pp. 167-168).

[132] Flume, pp. 173-176; *NJW*, 1970, p. 1164. Con posterioridad, el mismo autor ha advertido de otra excepción a su teoría, para el caso hipotético en que la cosa se hubiera perdido igualmente en manos del vendedor (Flume, *AcP*, 1994, pp. 441-442; *JZ*, 2002, p. 324).

[133] Véase Flume, *NJW*, 1970, p. 1164, n. 22.

[134] Alaba esta tesis, Ernst, 2006, *FS-Ulrich Huber*, pp. 234-235.

[135] Hellwege, 2004, p. 134; Schlüter, 2021, pp. 265-277.

5.2 Canaris y la teoría de la «*condictio* recíproca»

La teoría modificada de las dos *condictiones* obtuvo un nuevo vuelco gracias a las aportaciones de Claus-Wilhem Canaris (1937-2021) con la tesis de la «*condictio* recíproca» («*Gegenleistungskondiktion*») [136]. La teoría de Canaris es la más completa hasta la fecha; también la más complicada y la que más elementos utiliza.

Canaris parte de que la excepción de pérdida del enriquecimiento (§ 818.3 BGB) no resulta aplicable con carácter general [137]. En este sentido, advierte que no es lo mismo que la pérdida del enriquecimiento se produzca por una causa imputable al deudor de la restitución (por ejemplo, la venta o su destrucción) a que lo haga como consecuencia de un acontecimiento fortuito. En el primer caso, el comprador tiene que soportar el riesgo de pérdida, y restituir el valor. En el segundo, el riesgo no lo soporta el deudor de la restitución, sino el acreedor y ese deudor (comprador) puede reclamar la devolución de lo que entregó [138]. Para el caso en que el deudor de la restitución deba restituir el valor, por serle imputable su pérdida, Canaris acude a la «frontera del sacrificio» («*Opfergrenze*»). A su juicio, dado que el deudor de la restitución obtuvo la cosa perdida a cambio una contraprestación en el contrato, su obligación restitutoria del valor no puede superar el valor de la prestación que, a su vez, entregó [139].

Para valorar la imputabilidad de la pérdida, Canaris se pregunta si, de conocer el deudor la causa de nulidad, su comportamiento con la cosa adquirida cambiaría o no. Y es que, siempre en su opinión, si conoce esta causa, se repre-

---

[136] Por primera vez expuesta en el *FS-Werner Lorenz*, 1991. Tres años más tarde, en 1994: Larenz y Canaris, 1994, pp. 321-329.

[137] Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, pp. 20-22.

[138] *Ibid.*, pp. 19-28 y 30-36. Canaris entiende que, ante el caso fortuito, las razones que empujan a inaplicar la excepción de pérdida del enriquecimiento no son extrapolables. Su idea pasaría por acercar la *condictio* de prestación al régimen de la resolución del contrato entonces vigente (antiguo § 350 BGB), que realizaba la misma atribución del riesgo. A ello, añadió el argumento de la relación entre riesgo y provecho (de no haberse perdido la cosa, el vendedor la recuperaría con sus provechos y eventuales incrementos de valor) (*ibid.*, pp. 26-28).

Pero estos argumentos no se entienden bien. De hecho, un aspecto muy poco convincente de la teoría de Canaris –y en lo que no concuerda con la tesis de la «decisión patrimonial» de Flume– es la razón por la cual coloca el riesgo de pérdida fortuita de la cosa en el vendedor. Sobre todo, el argumento de que la conciencia del deudor de la restitución de haber perdido la prestación recibida es lo que justifica que el riesgo de pérdida no le afecte. Esta consideración puede conducir a este resultado o a uno opuesto. En este sentido, Hellwege, 2004, p. 144; Lorenz, W., *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, pp. 800-801.

[139] Canaris explica esta consecuencia a partir de que el comprador «da por perdida» la cosa que da a cambio de la contraprestación que realiza. El importe de la contraprestación realizada por el deudor –el precio que pagó– marcaría el límite del riesgo que está dispuesto a asumir. Según esta idea, si el comprador compró barato (el valor de la cosa era superior al precio pagado en el contrato), su límite se sitúa en el precio que abonó como contraprestación; en el excedente, hasta el valor de mercado de la cosa, podría remitirse a la excepción de pérdida del enriquecimiento (*FS-Werner Lorenz*, 1991, pp. 24-25 y 29).

sentará la posibilidad de tener que restituir en algún momento y sus deberes de cuidado se incrementan [140]. Así, la reventa de la cosa sería imputable al deudor restitutorio [141], pero no el mero uso de esta según su destino económico [142]. Tampoco si se perdió como consecuencia de los vicios ocultos [143].

Abundando en esta dirección, Canaris escruta si es posible aplicar el § 818.3 BGB con independencia de si la pérdida de la cosa es o no imputable al deudor restitutorio [144]. En este punto, distingue entre *(i)* la decisión del deudor (y comprador) de realizar la prestación a que le obliga el contrato; y *(ii)* la decisión de utilizar la cosa que obtiene y que será objeto de restitución [145]. Con ambas, se lanza a explicar otros casos.

En primer lugar, el del incapaz, que siempre podrá acogerse a la excepción de pérdida del enriquecimiento porque no le es imputable la decisión de realizar la prestación, de acuerdo con la norma que los declara incapaces (§ 104 BGB) [146].

En segundo lugar, trata casos donde se produce una intromisión en la libertad de elección de una parte contractual, como por ejemplo los contratos celebrados «puerta a puerta» (fuera del establecimiento mercantil) en los que el cliente desconoce que puede desistir. En ellos, la ley alemana entonces vigente establecía un estándar de diligencia muy a favor del comprador en caso de desistimiento y pérdida de la cosa [147]. Pues bien, estas mismas consideraciones serían aplicables, para Canaris, a los contratos celebrados con amenaza o dolo: la norma que declara anulable el contrato (§ 123 BGB) puede permitir aplicar la excepción de pérdida del enriquecimiento (§ 818.3 BGB), siempre que dicha pérdida constituya una actualización del riesgo que la norma fundamentadora

---

[140] Esta aproximación será criticada por Flume con posterioridad. Entiende este autor que se trata de una responsabilidad por enriquecimiento y no de una «responsabilidad irreal por culpa», como pretende Canaris (*AcP*, 1994, p. 444 n. 43).

[141] Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, pp. 31-32.

[142] *Ibid.*, pp. 30-31.

[143] *Ibid.*, pp. 32-34.

[144] *Ibid.*, p. 35.

[145] *Ibid.*, pp. 20-22 y 35.

[146] *Ibid.*, pp. 35-37.

[147] *Ibid.*, pp. 38-39. Se refiere a la norma que, para estos contratos obligaba al cliente no informado de su derecho de revocación a restituir el valor de la cosa perdida, solo si actuaba con culpa grave. Se trata del § 3.2 de la Ley alemana sobre desistimiento en negocios celebrados puerta a puerta y otros similares (*Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16/01/1986*), con la que se buscaba proteger al consumidor desinformado de su derecho a desistir, así como su libertad de decisión. Para ello se recurría al estándar de la diligencia *quam in suis* a su favor, permitiéndole desistir, aunque hubiera perdido la cosa, si no se le había informado de ese derecho. En opinión de Canaris, al no ser libre el consentimiento, si la cosa se perdía por el uso que el cliente le asignase, la pérdida suponía la actualización del riesgo que la norma que fundamentaba el desistimiento pretendía evitar: que el cliente mantuviese la cosa en caso de querer devolverla. Esto explicaba, para Canaris, que la norma le privilegiase y que solo le obligase a restituir el valor cuando no observaba una diligencia «*quam in suis*».

de la nulidad pretendía conjurar [148]. Esto último le lleva –como a Flume– a los casos de compraventa de automóviles de segunda mano expuestos; y a criticar que el BGH impidiese al vendedor doloso acogerse a la teoría del saldo, cuando el dolo del vendedor no tenía nada que ver con la causa de destrucción del vehículo [149]. Solo si la pérdida se correspondiese con la actualización del mismo riesgo que la norma que anula el contrato pretendía evitar, el comprador puede ampararse en la excepción de pérdida del enriquecimiento [150].

La clave de la teoría de Canaris descansa en el criterio de imputación de la culpa de la pérdida del enriquecimiento que emplea: el *fin de protección de la norma fundamentadora de la nulidad* («*Schutzzweck der die Nichtigkeit auslösenden Norm*»). De acuerdo con este criterio, se trataría de analizar si, en el caso concreto, la pérdida del enriquecimiento entra dentro del fin de protección de la norma fundamentadora de la nulidad y si, por tanto, dicha pérdida constituye la actualización del riesgo del que esa norma pretendía proteger al deudor. Si la respuesta es negativa, se excluye la posibilidad del deudor restitutorio de oponer el hecho de la pérdida de la cosa en la restitución (y tiene que restituir el valor). Ahora bien, en caso afirmativo, la excepción de pérdida del enriquecimiento no se aplicaría de manera automática. Siendo la pérdida de la cosa una actualización del riesgo que la norma fundamentadora de la nulidad pretendía conjurar, habría que ver, además, si el deudor restitutorio guardó para con la cosa la misma diligencia que le es exigible en sus propios asuntos (*quam in suis*). Si lo hizo, puede ampararse en la pérdida del enriquecimiento, y no restituir el valor objetivo de la cosa; pero, en caso contrario, tiene que restituir el valor objetivo [151].

Al final de su trabajo, Canaris se ocupó de poner de relieve las diferencias entre su teoría y la teoría del saldo. A su juicio, mientras la segunda simplemente representaba una excepción a la *condictio* que podía ejercitar un contratante (obligando a restituir el valor), la suya originaba una verdadera e independiente pretensión restitutoria por el valor de la cosa perdida, a partir de la reducción teleológica del § 818.3 BGB. De este modo, erigía un sistema de pretensiones restitutorias interconectadas («*condictio* recíproca»), que después ha servido de inspiración para muchos autores posteriores [152].

---

[148] Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, p. 40.

[149] *Ibid.*, pp. 42-43.

[150] Por tanto, si la pérdida o deterioro de la cosa hubiesen sido producidas por la misma circunstancia sobre la que fue engañado o erró el comprador del vehículo, el riesgo de aquellas se trasladaría a su contraparte (vendedor doloso) (*ibid.*, p. 41). También, Larenz y Canaris, 1994, p. 330.

[151] Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, p. 44.

[152] Bockholdt, *AcP*, 2006, pp. 773 y 777; Kaiser, D., 2012a, párr. 34; Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, pp. 450 y ss.

En efecto, la teoría de Canaris es la más rica de las planteadas para explicar el problema restitutorio de los contratos tras la nulidad o la impugnación en Alemania [153]; y es seguida por buena parte de la doctrina [154], que la ha intentado desarrollar [155], afianzando la idea –axial– según la cual el que una parte sea responsable de la nulidad/impugnación no justifica imponerle el riesgo de todas las consecuencias restitutorias que se deriven del fracaso del contrato [156]. Con todo, la tesis no ha estado exenta de críticas, que la acusan de alejarse en exceso de la letra de la ley [157], lo que mismo autor reconoció [158]; o que apuntan al conjunto de «decisiones del deudor de la restitución» y a las distorsiones que este criterio genera [159].

5.3 El cálculo del valor en las teorías modificadas

Las orientaciones propuestas desde la teoría modificada de las dos *condictios* han servido para precisar el modo de cálculo del valor de la cosa, cuando se impone su restitución (§ 818.2 BGB). La duda está en si el cálculo debe atender al propio contrato que se anula o a un valor objetivo. En general, se considera que el valor objetivo se puede computar de acuerdo con el propio contrato, siempre que la nulidad del contrato no afecte a la equivalencia sina-

---

[153] Hellwege, 2004, p. 141. Con anterioridad a la formulación de sus tesis, ya existían voces en Alemania que, de un modo u otro, defendían una solución sustancialmente similar a la que Canaris termina explicando con más profundidad. Aquí destaca la formulación de Von Caemmerer, *FS-Karl Larenz*, 1973, p. 621.

[154] Véase, sobre todo, Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 96-106.

[155] Véase Bockholdt, *AcP*, 2006, pp. 774-776 y 786-788.

[156] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 680.

[157] Flume, *AcP*, 1994, n. 43.

[158] Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, p. 62.

[159] De nuevo, es el punto de Hellwege, 2004, pp. 147-148. Este autor señala que Canaris distingue entre *(i)* la decisión del deudor restitutorio de realizar su prestación contractual a cambio de la contraprestación (que el autor utiliza para justificar lo que denomina «frontera del sacrificio», de tal suerte que la obligación de restituir el valor no pueda sobrepasar nunca el valor de la prestación que a su vez entregó); y *(ii)* la decisión de utilizar la cosa recibida (que el autor utiliza para determinar si la pérdida es o no imputable). En particular, porque el hecho de que no le sea imputable la pérdida (decisión *ii*) no significa que no le sea imputable la decisión de contratar, es decir, de realizar su prestación (decisión *i*). En el caso de los menores de edad o incapaces, la crítica no termina de entender cuál de las dos decisiones no le es imputable al menor o incapaz que contrata. Si la razón para que el menor no restituya nunca el valor de la cosa que se pierde en sus manos es que no le es imputable la decisión de contratar (decisión *i*), no se entiende porque eso mismo no sería aplicable al comprador que contrata influenciado por el dolo del vendedor. Si para el menor no se aplica nunca una reducción teleológica, según Canaris, ¿por qué habría de hacerse para el vendedor doloso, según el caso?

Últimamente en similar sentido, Schlüter, 2021, p. 264, n. 143.

lagmática de prestaciones [160]. En ese caso, el precio del contrato sería un indicio del valor objetivo.

Sea de ello lo que fuere, resulta importante destacar que la restitución del valor («lo obtenido») se aleja de una restitución del enriquecimiento –entendido como incremento patrimonial experimentado por el deudor–. Por tanto, no tiene lugar una restitución de las ganancias que el deudor restitutorio haya podido obtener gracias a la cosa que fue objeto de prestación y que no puede devolver [161]. En otras palabras, la restitución del valor no incluye el llamado «*commodum ex negotiatione*».

5.4 Recapitulación y conclusión parcial

La teoría restringida de las dos *condictiones*, en sus diferentes versiones, consiste en una reducción teleológica del § 818.3 BGB. Parte de la base de que el riesgo de pérdida lo sufre el deudor de la restitución [162]. Acto seguido, explora si en un determinado caso, merece la pena que ese mismo deudor se acoja o no a la pérdida del enriquecimiento. Este proceder otorga relativa libertad aplicativa al juez, pues la letra del código no aclara nada [163]. Aun así, la práctica alemana es relativamente estable en lo que a la restitución derivada de la nulidad o impugnación se refiere. Con la teoría modificada de las dos *condictiones* se impide al deudor de la restitución ampararse en la pérdida del enriquecimiento, si no está en condiciones de restituir lo recibido; y se le obliga a restituir el valor [164]. Ahora bien, la misma práctica jurisprudencial excluye la restitución del valor si la nulidad procede de la incapacidad (y aplica el

---

[160] Bockholdt, *AcP*, 2006, pp. 781-783; Hellwege, 2004, párr. 159; Kaiser, D., 2012a, párr. 29.

[161] Jagmann, 1972, pp. 230-231.

El enriquecimiento (rectius, su desaparición) solo desempeña un papel como elemento que permite aminorar la restitución del *accipiens*, cuando este no puede restituir «lo obtenido» *in natura* y además no le es imputable su pérdida. A contrario, considerar que el objeto de la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado se dirige, de manera abstracta, hacia el patrimonio del deudor y, por tanto, hacia cualquier incremento que este haya podido experimentar conduce a reconocer la restitución de ganancias, que quedarían cubiertas por la restitución (en este sentido, Flume, 2000, p. 527).

[162] Al respecto, Wandt, 2017, p. 209. También, Larenz y Canaris, 1994, pp. 325 y 336; Reuter y Martinek, 1983b, vol. II, p. 602; Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 262.

En contra, sobre todo, Koppensteiner y Kramer, 1988, p. 181, pues consideran que la restitución del valor solo cobra sentido cuando existe un enriquecimiendo.

[163] En este sentido, hay quienes plantean la posibilidad de que el juez decida libremente y dentro de un sistema abierto qué parte tiene que correr con el riesgo de pérdida; lo que proponen calcular a través de porcentajes, si la culpa es repartible. Así, Deplewski, 1976, pp. 177-182 y 193-195.

[164] Sprau, *Palandt*, 2021, párr. 48.

enriquecimiento) [165]. Lo mismo sucede en los supuestos de dolo, cuando deudor de la restitución (comprador) no puede devolver la cosa debido a una causa que es imputable al acreedor de la restitución (vendedor) [166]. La referencia la siguen marcando aquí los casos de compraventa de automóviles usados, vistos *ut supra* [167]. En fin, cuando la cosa se pierde por caso fortuito (y no por culpa del acreedor o deudor de la restitución), la teoría modificada de las dos *condictiones* atribuye, sorprendentemente, el riesgo al acreedor de la restitución, a pesar de que este caso fortuito suceda, estando la cosa en poder (y propiedad) del deudor restitutorio [168]. Este resultado es muy cuestionable y, como se verá, se ha trasladado a la distribución de riesgos restitutorios en caso de resolución por incumplimiento.

6. Adiós al enriquecimiento. La *condictio* de prestación y la resolución

El viaje teórico expuesto refleja el esfuerzo alemán por recuperar la lógica de la *restitutio in integrum* recíproca, de la que prescindieron en la codificación y que está presente tanto en los ordenamientos con los que se compara [169] como en los instrumentos europeos o supranacionales de Derecho de contratos [170]. La pregunta que surge es: entonces, ¿qué relación guarda la *condictio* de prestación alemana con el enriquecimiento injustificado? En realidad, ninguna. Como se ha visto, recurrir a la *condictio* para liquidar contratos nulos o impugnables fue un error, puesto de manifiesto incluso antes de la codificación [171] y que alejó la restitución por nulidad/impugnación del derecho de contratos [172]. Las teorías –presentadas hasta ahora en este capítulo– que la doctrina alemana ha enarbolado no son sino un intento de acercar la restitución deriva-

---

[165] Fue lo sucedido en la SBGH 4 de mayo de 1994 - VIII ZR 309/93 (Köln) (NJW 1994, 2021) visto *supra* II. 3 («caso salón de bronceado» y adquisición por un incapaz). Ante él, el BGH excluyó aplicar la teoría del saldo, y obligó al incapaz a restituir el valor de la prestación, permitiéndole acogerse a la excepción del enriquecimiento (§ 818.3 BGB).

[166] Este resultado se reconoce en todos los manuales al uso. Véase Brox y Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 42.ª ed., 2018, párr. 15; Looschelders, 2011, párr. 1137; Medicus y Petersen, 2017, pp. 229-230; Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 216.

[167] Véase, por todos, Sprau, *Palandt*, 2021, párr. 49.

[168] Es la aproximación que, sobre todo, defendió Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, pp. 26-27; Larenz y Canaris, 1994, p. 324. Le ha seguido, más tarde, Kaiser, D., 2000, pp. 329 y ss.

[169] Lo destaca, Lorenz, W., *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, pp. 799-800.

[170] Zimmermann, 2005, p. 45.

[171] Bolze, *AcP*, 1890, pp. 233-240.

[172] Esta necesidad se puso en su día de manifiesto por Von Caemmerer, *FS-Ernst Rabel*, 1954a, pp. 342-345. En idéntico sentido, Ellger, 2002, p. 179.

da de la *condictio* de prestación al Derecho de contratos [173]. Desde hace ya algunos años existe cierto consenso en Alemania sobre lo inconsistente de mantener dos sistemas restitutorios contractuales, el de la *condictio* de prestación y el de la resolución [174]. Por eso, no son pocas las voces que abogan por acercar la *condictio* de prestación contractual al plano del Derecho de contratos y los remedios frente al incumplimiento, abandonando el enriquecimiento [175]. Extirpándola del enriquecimiento, se simplifican mucho las cosas [176], pues se atiende mejor a los intereses patrimoniales de las partes de la restitución [177]. Así, la restitución por nulidad se acerca a la restitución por resolución contractual, en el marco de una progresiva construcción dogmática de un régimen unitario para la restitución en el Derecho alemán [178].

III. LA RESTITUCIÓN DERIVADA DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL (§§ 346 Y 347 BGB)

Si se recuerda, las teorías modificadas de las dos *condictiones* buscaban reducir el § 818.3 BGB para la nulidad/impugnación, teniendo en cuenta los postulados contractuales [179], porque la *condictio* de prestación pretende retro-

---

[173] Destacan aquí las palabras textuales de Schlechtriem, 2000, p. 405. Para este autor «*la premisa de que la restitución contractual no puede ser particularmente independiente de las causas de fracaso del contrato y que tales causas tienen que ser consideradas precisamente para determinar los efectos de la restitución* […] *no permite esconder que los preceptos disponibles sobre el enriquecimiento injustificado son solo parcialmente útiles (y en una perspectiva comparada rudimentariamente desarrollados); de manera que el intento de hacerlos aptos para el caso concreto únicamente conduce a construcciones teóricas difícilmente manejables y complicadas, que además apenas se entienden más allá de las fronteras del círculo jurídico alemán*» (traducción propia).

[174] Zimmermann, 2005, p. 45.

[175] Hellwege, 2004, pp. 520 y ss.; Jansen, 2016a, pp. 158-164; Wendehorst, 2005, pp. 68 y ss.; Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, pp. 563-566; refiriéndose a la contractualidad de los supuestos de la antigua *condictio ob causam finitam*, Lohsse, *FS-Reinhard Zimmermann*, 2022, pp. 575 y ss., y 588 y ss.

Recientemente, y desde una perspectiva particular y novedosa, Schlüter, 2021, pp. 283-317. El autor defiende que los mecanismos de restitución contractuales merecen abordarse de manera unitaria, dentro del Derecho de contratos, pues todos ellos sirven a proteger la libre determinación del legitimado a la restitución (comprador) que quedó involuntariamente vinculado a una disposición patrimonial. No obstante, el autor considera que este tratamiento unitario, en el Derecho de contratos, quiebra cuando se trata de restituir el valor (en el marco de la teoría del saldo). En ese caso, considera que la pérdida elimina la afección a la libre determinación; y entiende que la restitución del valor ya no se puede basar en el contrato inicial, sino en una promesa autónoma que legitimaría este resultado.

[176] Jansen, 2016b, p. 144.

En esta línea y desde una perspectiva de Derecho comparado europeo, véase Wendehorst, 2005, pp. 79-81 y 82-84; La Misma, 2012, párr. 15. También, y criticando la falta de acometido de una reforma del Derecho de enriquecimiento injustificado a propósito de la SMG, Lorenz, S., 2001, p. 347.

[177] Jagmann, 1972, p. 286.

[178] Zimmermann, 2006, pp. 339-340.

[179] Así, Bydlinski, 1996, p. 289.

traer una relación obligatoria contractual, bien que ineficaz [180]. Esto explica que, en el actual Derecho alemán de obligaciones, la adaptación contractual de la *condictio* de prestación solo tenga razón de ser cuando encaja en los valores del § 346 BGB [181], para la resolución. A diferencia de las normas sobre la *condictio* de prestación, la restitución resolutoria fue objeto de modificación sustancial dentro de la modernización del Derecho alemán de obligaciones. Por eso, no es ocioso estudiar, primero, el régimen anterior a 2002.

1. **La restitución por resolución antes de la modernización**

No puede decirse que, con anterioridad a la SRMG (2002), el régimen restitutorio de la resolución fuese modélico [182]. El sistema de resolución entonces vigente constituía una mezcla entre las reglas de la *lex commissoria* y la acción redhibitoria [183]; por ello, estaba previsto, sobre todo, para las denominadas «causas legales de resolución», es decir, para supuestos donde el deudor era responsable del incumplimiento [184]. Si bien las consecuencias de la resolución se regían por la reciprocidad [185], las costuras del sistema legal saltaban en los casos de imposibilidad de restitución *in natura*.

En este contexto, los §§ 350 y 351 BGB a. F. incorporaban un reparto de riesgos restitutorios basado en permitir o impedir el ejercicio de la acción resolutoria a la parte en cuyo poder se perdía o deterioraba el bien a restituir [186]. Por un lado, el § 350 BGB a. F. permitía resolver si la destrucción se debía a un caso fortuito. En tal supuesto, el deudor de la restitución (el comprador) podía exigir el reintegro de su prestación (precio) sin devolver nada a cambio [187]. Con ello, el riesgo de pérdida fortuita de la cosa correspondía siempre

---

[180] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 630; Reuter y Martinek, 2016, vol. II, pp. 215-216.

[181] Boosfeld, *JuS*, 2013, p. 713.

[182] Destacan aquí las palabras de Von Caemmerer, *FS-Karl Larenz*, 1973, p. 625. «*Los preceptos del BGB que informan sobre la ejecución de la resolución son tan desafortunados desde el punto de vista de la técnica jurídica y, en líneas generales, tan cuestionables y discutibles desde la política legislativa que han dado lugar a una maleza de controversias difícilmente penetrable para la teoría y la práctica*». (traducción propia). Para un resumen completo del estado de la cuestión anterior, véase Kaiser, D., 2012a, párr. 11-15.

[183] Leser, 1975, pp. 26 y ss., y 286 y ss.

[184] Kaiser, D., 2012a, párr. 11.

[185] Así lo vimos *supra*, en el Capítulo 1, IV. 2.2.

[186] Además de ambas normas hay que tener en cuenta que, si la imposibilidad de restitución era imputable al obligado a restituir, el sistema le imponía la obligación de indemnizar daños. No obstante, cuando la destrucción o el deterioro de la cosa obedecían a un caso fortuito, el mismo deudor de la restitución (comprador) sí podía acogerse a la excepción de pérdida del enriquecimiento (§ 818.3 BGB) y no indemnizar (§§ 347.1 y 327 BGB a. F.).

[187] Linke, 2007, p. 50.

al acreedor de la restitución (el vendedor); lo que recordaba al «*mortuus redhibetur*» romano [188]. Esta construcción originó multitud de críticas, que la consideraban incompatible con la teoría del saldo, la cual obligaba al mismo contratante a indemnizar el valor [189]. Por eso, solo se defendía su aplicación para la pérdida por culpa del vendedor [190]. Por el otro lado, el § 351 BGB a. F., impedía ejercitar la acción de resolución, cuando el bien a restituir se hubiera destruido o deteriorado significativamente con culpa del deudor restitutorio (el comprador) [191]. El fundamento de esta regla descansaba en la idea de que quien tiene conocimiento de la posible obligación de restitución de la cosa se somete a un deber específico de cuidado para con ella [192].

Como se ve, la restitución por resolución existente en Alemania antes de 2002 presentaba contradicciones valorativas con la *condictio* de prestación. Así, por ejemplo, habiendo dolo del vendedor en la compraventa y perdiéndose después la cosa por culpa del comprador, este podía, bien impugnar el contrato, bien ejercitar la redhibitoria (y resolver). En el primer caso, la pérdida de la cosa resultaba inocua para él (§ 818.3 BGB); en el segundo, se excluía la redhibición [193]. Esto condujo a una modificación del régimen restitutorio asociado a la resolución [194], uno de los bloques centrales de la reforma [195]. El objetivo era explicar mejor toda esa «maleza de controversias» [196], incorporando aportaciones de la teoría modificada de las dos *condictiones* [197].

2. La restitución por resolución tras la reforma

Tras la entrada en vigor de la SMG, la restitución resolutoria en caso de incumplimiento se contiene en el § 346 BGB, a cuyo tenor «*si una parte se reserva contractualmente la posibilidad de resolver o le acompaña un derecho de resolución legal, tienen que restituirse las prestaciones intercambiadas, así como los provechos percibidos*». La literalidad de la norma puede sorprender.

---

[188] *Supra*, Capítulo 1, II. 2.4.
[189] Hellwege, 2004, p. 24.
[190] Zimmermann, 2006, p. 329.
[191] Lo mismo regía para la modificación sustancial o la venta de la cosa por el acreedor restitutorio, si hubiese procedido con culpa, impidiendo la restitución (Hellwege, 2004, pp. 24-26).
[192] Fest, 2006, pp. 41-42.
[193] Hellwege, 2004, pp. 102-103; Thier, *HKK*, 2007, párr. 45.
[194] *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts. Drucksache 14/6040*, 2001, p. 186.
[195] Thier, *HKK*, 2007, párr. 37, 48.
[196] Expresión de Lorenz, S., 2005, p. 89.
[197] Hellwege, 2004, p. 156.

Se aplica tanto a una resolución contractual (cláusula resolutoria), como a una legal (incumplimientos resolutorios) [198]. El objeto de esta restitución derivada de la resolución es recuperar el *statu quo ex ante* que existiría si el contrato no hubiera sido perfeccionado [199] con una restitución integral de las prestaciones. No obstante, sigue faltando un elemento que destaque la reciprocidad [200].

Como fuere, en el § 346 BGB se dio por fin carta legal a la orientación dogmática, surgida en los años veinte del pasado siglo, que rechazaba que la resolución eliminase *ex tunc* la relación obligatoria y que defendía su transformación en otra orientada a la restitución [201].

El § 346 BGB piensa fundamentalmente en contratos traslativos de la propiedad. Su clave se encuentra en el juego de los párrafos 2.º y 3.º, en los que se dirime la extensión restitutoria, cuando la cosa no puede restituirse *in natura*. Como se verá, este sistema ha creado más problemas de los que ha resuelto [202].

2.1 Restitución del valor de la cosa y su cálculo (§ 346.2 BGB)

A diferencia de la anterior regulación, la actual no excluye la restitución en caso de imposibilidad de devolver la cosa *in natura*, imponiendo el deber de restituir su valor [203]; lo que ha sido celebrado [204]. La problemática se ha trasladado a la restitución del valor [205]. El § 346.2 S.1 BGB reconoce una restitución del valor en lugar de la devolución de la cosa en tres supuestos: *(i)* Cuando la

---

[198] Grüneberger, *Palandt*, 2021a, párr. 5-6. La modernización trajo consigo una ampliación los supuestos legales de resolución recogidos por el BGB, que ha sido destacada por los comentaristas: Gaier, *MüKo*, 2019a, párr. 1; Honsell, *FS-Eduard Picker*, 2010, p. 369; Kaiser, D., 2012b, párr. 4; Lorenz, S., 2005, p. 92. Esa «resolución legal» no exige, además, que el deudor incumplidor sea responsable del incumplimiento, como apunta, Berg, 2002, p. 74.

[199] Fue la intención del legislador: Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts. Drucksache 14/6040*, pp. 189-190. Y son mayoritarias las opiniones doctrinales en este sentido. Así, Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 631; Coen, 2003, p. 199; Fest, 2006, p. 2; Gaier, *MüKo*, 2019c, párr. 1; Hellwege, 2004, p. 53. No obstante, Canaris, *FS-Herbert Wiedemann*, 2002, p. 16. El autor estima que el fin de la resolución es que el legitimado recupere lo que entregó y no la reproducción del *statu quo ante*. En similar sentido, Döll, 2011, p. 51. Este último autor considera que el objeto de la restitución por resolución es recuperar el estado que existía tras la celebración del contrato, pero antes del intercambio de las prestaciones (y no el existente antes de contratar).

[200] Kaiser, D., 2012a, párr. 17.

[201] Zimmermann, 2006, pp. 326-327.

[202] Schwab, *JuS*, 2002, p. 630.

[203] Grüneberger, *Palandt*, 2021b, párr. 7.

[204] Hager, 2001, p. 440.

[205] Lorenz, S., 2005, p. 90.

naturaleza de lo obtenido impide una restitución en especie; lo que se asocia a contratos de servicios o a casos en los que el vendedor se obliga inicialmente a derruir el edificio vendido[206]; *(ii)* cuando la cosa ha sido consumida, enajenada, gravada, transformada o remodelada; o *(iii)* cuando la cosa se ha perdido o deteriorado, no considerándose deterioro la pérdida de valor que surge como consecuencia de la puesta en funcionamiento o servicio de la cosa (por ejemplo, la matriculación de un vehículo)[207]. En los tres casos, se atribuye el riesgo de pérdida de la cosa al deudor de la restitución (el comprador).

(a) La restitución del valor en estos tres casos no depende de si el obligado a restituir provocó el incumplimiento o no; pues la restitución del valor no es indemnizatoria[208]. Por eso, tampoco se hace depender de ningún grado de culpa en la pérdida de la cosa, y se impone también cuando la pérdida fue fortuita[209]. Cada parte en la restitución asume el riesgo de pérdida o deterioro de lo que recibe[210]. Que el riesgo de pérdida esté del lado del deudor restitutorio se explica a partir de la decisión consciente de este de utilizar la cosa para sus propósitos económicos –en el caso *(ii)*– una vez la adquiere; o –en el caso de pérdida o deterioro causal: *(iii)*– porque el hecho de que la cosa se encuentre en su poder le permite controlar mejor este riesgo[211].

(b) La medición del valor a restituir se realiza, preferentemente, teniendo en cuenta el precio pactado en el contrato que se liquida. Así lo determina el § 346.2 S. 2 BGB. En palabras del legislador, esta regla parte de la idea de que el incumpliendo que desencadena la resolución contractual no afecta al acuerdo sinalagmático entre las partes, fruto de la autonomía de la voluntad[212]. Por tanto, se opta por mantener una equivalencia *subjetiva* entre las prestaciones, de la que parte el ordenamiento[213], y solo se acude a un valor objetivo en ausencia de pacto[214].

Un sector doctrinal se ha mostrado muy crítico con esta opción, advirtiendo del peligro de ruptura de la equivalencia prestacional y del perjuicio que se irrogaría al comprador que compró caro, obligándole a restituir ese valor

---

[206] Grüneberger, *Palandt*, 2021b, párr. 8.
[207] Véase Kaiser, D., *JZ*, 2001, p. 1059. También, Schwab, *JuS*, 2002, p. 632.
[208] Döll, 2011, pp. 91-112; Schwab, *JuS*, 2002, p. 631.
[209] Lorenz, S., 2001, p. 343.
[210] Hellwege, 2004, p. 55.
[211] Véase Fest, 2006, pp. 29-39.
[212] *Entwurf eines Gesetzes...*, cit., p. 196.
[213] Véase Canaris, *FS-Herbert Wiedemann*, 2002, pp. 6-8.
[214] Döll, 2011, p. 137.

contractual, a pesar de querer «salirse» del contrato [215]. Asimismo, se ha subrayado que la regla se alejaría del criterio para el enriquecimiento injustificado, donde se restituye el valor objetivo (§ 818.2 BGB) [216]. Por eso, hay quienes han propuesto reducirla teleológicamente a dicho valor [217]. Aun así, las críticas no han desmerecido la regla, pues se trata de mantener, en la restitución, la equivalencia entre las prestaciones intercambiadas [218], conjurando que se corrija un «mal negocio» para alguna de las partes, por medio de la restitución de un valor objetivo [219]. En este sentido, los defensores de la regla apuntan a que el § 346.2 S. 2 BGB simplemente reconoce una presunción *iuris tantum* de equivalencia entre el precio del contrato y el valor [220]. Así, el precio del contrato solo se excluye como módulo en casos de vicios ocultos, donde el incumplimiento resolutorio afecta a la equivalencia entre las prestaciones [221]. La cuestión es qué se hace entonces.

Un sector doctrinal acude aquí a la reducción proporcional del precio, aplicando analógicamente el criterio de la *quanti minoris* (§ 441.3 BGB) [222]. De este modo, no se acudiría directamente al valor objetivo, sino que se aplicaría una regla de tres con los siguientes elementos: *(i)* el precio del contrato, *(ii)* el valor objetivo de la cosa sin el vicio y *(iii)* el valor real de la cosa con el vicio [223]. Desde ahí, se calcularía el «precio hipotético» que informaría sobre el valor proporcional a restituir, igual que en la *quanti minoris*. Esta operación

---

[215] Sobre todo, Zimmermann, 2006, p. 335. Este autor no entiende por qué el vendedor en un contrato donde el precio estaba por encima del valor debería estar mejor por el mero hecho de haberse destruido la prestación entregada.

[216] Kaiser, D., *JZ*, 2001, p. 1059. Esta autora propone un acercamiento de la restitución resolutoria a la *condictio*, a fin de evitar estos casos (véase Kaiser, D., 2012a, párr. 29, 33-34).

[217] Kohler, *JZ*, 2002, pp. 689-691. Este autor solo considera adecuado acudir al precio del contrato en los casos en que la resolución se produzca como consecuencia de una cláusula resolutoria.

[218] En este sentido, desde el rechazo a que la resolución persigue recuperar el *statu quo ante*, Döll, 2011, p. 117.

[219] Sobre todo, Canaris, *FS-Herbert Wiedemann*, 2002, pp. 12-24. También, Fest, 2006, p. 101; Lorenz, S., 2005, p. 93.

[220] Coen, 2003, pp. 200-201.

[221] Hager, 2001, pp. 450-451.

[222] Canaris, *FS-Herbert Wiedemann*, 2002, pp. 19-21; Fest, 2006, pp. 99-100; Lorenz, S., 2005, pp. 94-95.

[223] Por ejemplo, si se vende una bicicleta con defectos por 200 euros, siendo su valor sin defectos de 150 y su valor con el defecto de 100, una reducción proporcional implica que el precio a pagar por el comprador se reduce a 133,33 euros (y no a 150 euros, como resultaría de detraer simplemente del precio la diferencia de valores). El resultado procede de construir una regla de tres entre el precio a reducir (a); el precio original del contrato (b); el valor real sin defectos (c); y el valor de la cosa con el defecto (d). De este modo, a/b = c/d; y entonces: a = (cxb)/d. Véase, solamente, Boosfeld, *AcP*, 2018, pp. 974 y ss.

permitiría mantener la equivalencia en caso de restitución del valor, cuando el contrato se resuelve por vicios y la cosa se perdió [224].

(c) La posición del § 346.2 S. 2 en cuanto a la medición del valor determina que, en general, se acuda al momento del contrato (y no al de la pérdida o al de la restitución) para determinar el valor [225].

(d) En otro orden, cuando la imposibilidad de restituir la cosa *in natura* obedece a que el deudor restitutorio la vendió antes de que tuviese lugar la resolución, se entiende que nada en el § 346.2 BGB permite recurrir al precio de esa segunda venta (*c. ex n.*) [226].

2.2 La exención de restitución del valor a favor del deudor (§ 346.3 S. 1 BGB)

La regla del § 346.2 BGB pierde gran parte de su virtualidad aplicativa con el § 346.3 BGB [227]. Este tercer párrafo recoge las circunstancias bajo las cuales el deudor de la restitución queda liberado de restituir el valor. Lo hace en tres supuestos: *(i)* cuando el vicio oculto que da lugar a la resolución se manifiesta por primera vez durante el procesado o modificación de la cosa comprada (§ 346.3 S.1 I BGB); *(ii)* cuando la pérdida o deterioro de la cosa fueren imputables al acreedor de la restitución, así como cuando el daño a la cosa se hubiera producido igualmente estando en poder de aquel (§ 346.3 S.1 II BGB); y *(iii)* cuando se resuelve como consecuencia del ejercicio de un «derecho legal de resolución» y la cosa a restituir se pierde o deteriora en manos del legitimado para resolver, habiendo observado este la diligencia que guarda para con sus propios asuntos (*quam in suis*) (§ 346.3 S.1 III BGB).

En los tres casos, excluida la restitución del valor, el § 346.3 S.2 BGB obliga a restituir el enriquecimiento restante; lo que, entre otros aspectos, se manifiesta en los subrogados de la cosa [228]. El § 346.3 BGB es, de algún

---

[224] Véase Canaris, 2002, p. XXXIX. Abiertamente en contra de aplicar valoraciones de la reducción del precio a la restitución del valor en la resolución, Kohler, *JZ*, 2002, pp. 688-689.

[225] Véase Döll, 2011, pp. 137-139.

[226] Es decir, la doctrina se manifiesta mayoritariamente en contra de aplicar el § 285.1 BGB al § 346.2 BGB. En este sentido, Hartmann, 2007, pp. 90-91; Helms, 2007, pp. 320-321. En distinto sentido, sin embargo, se suelen posicionar los comentaristas del § 346 BGB. Por todos, Gaier, *MüKo*, 2016, párr. 49.

[227] Lo critica, Honsell, *FS-Eduard Picker*, 2010, p. 364.

[228] El acreedor restitutorio podría obtener, por esta vía, la restitución del subrogado (o la acción para hacerlo efectivo), si la destrucción o deterioro de la cosa hubiesen sido provocadas por un tercero; así lo explica Döll, 2011, pp. 342-344. Menos en profundidad, Kaiser, D., 2012b, párr. 221. No obstante, esta opinión no es compartida por quienes han estudiado el subrogado del § 285 BGB, ya que el § 346.2 BGB no se remite expresamente a esta norma. En este sentido, véase la doctrina citada en la nota 226.

modo, el § 818.3 BGB, en sede de resolución. No es de extrañar, entonces, que haya sido criticado por quienes advierten que, por esta vía, la regla del § 350 a. F. BGB –el cual atribuía al vendedor el riesgo en caso de pérdida fortuita– se ha insertado indirectamente [229]. En esta línea, también se ha resaltado que el § 346.3 BGB convierte al § 346.2 BGB en superfluo [230]; lo que contrariaría la lógica de la restitución del valor como regla general [231].

A continuación, me centrare en explicar las excepciones *(ii)* y *(iii)* antes listadas, por ser las más importantes. La primera –que el vicio que da lugar a la resolución aparezca con el procesado o modificación de la cosa– no ha dado lugar a demasiados comentarios y se entiende adecuada [232].

2.3 La pérdida de la cosa provocada por el acreedor (§ 346.3 S.1 II)

De los dos supuestos que plantea el § 346.3 S.1 II BGB solo me referiré al primero: que la pérdida de la cosa haya sido provocada por el acreedor restitutorio (el vendedor) [233]; normalmente, como consecuencia directa de los vicios ocultos con los que fue vendida [234]. Que la pérdida sea imputable al acreedor de la restitución no se refiere a la culpa en un sentido técnicamente estricto [235]. Es imprescindible que la cosa se pierda como consecuencia del vicio con el que fue vendida, sin que un comportamiento del comprador interrumpa la causalidad [236]. Por eso, la excepción no resultaría aplicable, cuando del lado del deudor restitutorio haya algún género de culpa relevante en la pérdida de la cosa [237]. Para explicar la excepción, la literatura alemana echa mano, de nuevo, de los casos de compraventa de automóviles de segunda

---

[229] Fest, 2006, pp. 14 y 40-41; Hager, 2001, p. 444; Honsell, *FS-Peter Schwerdtner*, 2003, pp. 580-581.

[230] Coen, 2003, p. 202.

[231] En este sentido, defendiendo una interpretación de las reglas restitutorias a la luz del enriquecimiento, Kohler, *JZ*, 2002, pp. 690-693.

[232] Por todos, Schwab, *JuS*, 2002, p. 634. Su aplicación se refiere a casos en los que el vicio se manifiesta después del procesado, modificación o inspección de la cosa. Al respecto, véase Grüneberger, *Palandt*, 2021b, párr. 11.

[233] No trataré, pues, la causalidad hipotética. Es decir, el supuesto en que la cosa se hubiera perdido igualmente estando en manos del acreedor de la restitución. En ese caso, el Derecho alemán excepciona también la restitución del valor. El caso didáctico que se utiliza para explicar esta segunda excepción es el de la casa vacacional que se destruye como consecuencia de un temporal (Hager, 2001, p. 439). Sobre el particular, véase Linke, 2007, pp. 212-215.

[234] Fest, 2006, pp. 64 y 68-69; Grüneberger, *Palandt*, 2021b, párr. 12; Hager, 2001, pp. 439 y 440; Linke, 2007, p. 109; Schwab, *JuS*, 2002, p. 634.

[235] Hellwege, 2004, p. 56.

[236] Fest, 2006, pp. 66-67; Hellwege, 2004, pp. 112, 130, 133 y 160.

[237] Esto último incluye especialmente el caso en que el comprador tiene conocimiento del vicio y se sirve de la cosa a pesar de ello. En este sentido, Linke, 2007, pp. 206-212.

mano: si se vendió un vehículo con vicios ocultos y la cosa se pierde como consecuencia de estos –conociéndolos, habiéndolos debido conocer, o habiendo garantizado la ausencia de vicios el vendedor– el comprador queda exonerado de restituir el valor de la cosa [238].

2.4 Pérdida de la cosa en manos del deudor, diligencia *quam in suis* y el privilegio restitutorio del § 346.3 S.1 III BGB

La regla del § 346.3 S.1 III BGB no solo es la más importante; también la que más quebraderos de cabeza ha generado [239]. Recordemos su dicción: el deber de restitución del valor no rige cuando «*tratándose de un derecho legal de resolución, la destrucción o el deterioro de la cosa se produce en manos del legitimado para resolver, y aunque este haya observado la misma diligencia que aplica a sus propios asuntos*» [240]. Al hablar de un «*derecho legal de resolución*» el § 346.3 S.1 III BGB se refiere –por contraposición a los supuestos contractuales (cláusula resolutoria) [241]– a casos en que la resolución obedece a un incumplimiento imputable al otro contratante (al vendedor). El caso paradigmático son los vicios ocultos en la cosa vendida [242]. Ante ellos, acabamos de ver que el comprador no restituye el valor, si la pérdida se debió al vicio [243].

El supuesto que plantea ahora el § 346.3 S.1 III BGB es ciertamente muy similar al anterior. La diferencia está en que, en el número precedente, la causa de fracaso del contrato coincide perfectamente con la causa que impide restituir en especie. Mientras tanto, en el supuesto que ahora me ocupa, esa coincidencia no es perfecta, pues la pérdida de la cosa no se debe a la causa de fracaso del contrato (al vicio oculto), sino a otra. Por ejemplo, si el vehículo se vendió con vicios y se destruyó después durante la conducción en manos del comprador por otra causa, el riesgo se trasladaría al vendedor, siempre que el

---

[238] Wagner, *FS-Ulrich Huber*, 2006, p. 604.

[239] Kaiser, D., 2012b, párr. 203. También, Fest, 2006, pp. 40-63.

En efecto, este concreto apartado ha sido descrito como el más importante y complicado de la reforma, en cuanto a restitución resolutoria. Así, Canaris, 2002, p. XL.

[240] El parágrafo se refiere al enriquecido, para denominar al deudor de la restitución; lo que no deja de sorprender. Aun así, esta alusión al enriquecido no levanta demasiadas suspicacias y los comentaristas, al referirse a esta excepción, se refieren directamente al deudor de la restitución. Por todos, Gaier, *MüKo,* 2016, párr. 62.

[241] En principio, con la referencia a los supuestos legales de resolución, el privilegio no se aplica cuando el incumplimiento obedece a una cláusula resolutoria pactada entre las partes. No obstante, algunas voces abogan por extender la lógica de la excepción también a los supuestos «contractuales» de resolución. Véase, por todos, en este sentido, Schmidt, H., 2020, párr. 68.

[242] Gaier, *MüKo*, 2016, párr. 62; Kaiser, D., 2012a, párr. 35; Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, p. 452.

[243] Wagner, *FS-Ulrich Huber*, 2006, p. 610.

comprador se hubiese aquietado a las reglas de circulación durante la conducción [244]. En un caso así, el riesgo se trasladaría igualmente al vendedor, que tampoco recibiría el valor del automóvil, cuando el vehículo se hubiese perdido como consecuencia de un error del comprador durante la conducción que solo un conductor excepcional –no uno con habilidades normales– pudiese haber evitado [245].

A partir del ejemplo anterior, puede decirse que la excepción a restituir el valor del § 346.3 S.1 III BGB se aplica, al menos, en dos supuestos. El primero, y quizás el más importante, es aquel en el que la resolución obedece a una causa legal (que pueden ser los vicios ocultos u otro incumplimiento resolutorio) y la cosa vendida se pierde por una causa no imputable al deudor de la restitución, es decir, un caso fortuito [246]. El segundo se refiere al escenario en el que la resolución viene provocada también por una causa legal y la cosa se pierde interviniendo algún género de culpa del deudor de la restitución en su destrucción, siempre que esa culpa se corresponda con la diligencia que aquel emplea en sus propios asuntos (*quam in suis*) [247]. Como puede apreciarse, la excepción es muy beneficiosa para el deudor de la restitución. Por eso, se la califica de «privilegio» [248].

El legislador alemán explicaba esa «desprotección» del acreedor restitutorio a partir de la idea de que quien incumple no puede confiar en que el riesgo de pérdida se asigne a su contraparte en la restitución [249]. A ello, añadía la confianza del comprador en la irreversibilidad del negocio y el desconocimiento por este de la causa de resolución (del incumplimiento del vendedor) [250]. Además, el legislador alemán, en 2002, habría pretendido evitar con esta regla los problemas que presentaba valorar la culpa del obligado a restituir en la pérdida de la cosa, aplicando un estándar subjetivo [251]: la di-

---

[244] De nuevo, véase *ibid.*, pp. 604-605.

[245] En este último sentido, se manifiestan Canaris, 2002, p. XLI; Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, pp. 452-453.

[246] Véase, en este sentido, Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, p. 22; Zimmermann, 2006, pp. 333-336. Hay que advertir que el traslado al acreedor de la restitución del riesgo de pérdida fortuita de la cosa ya se había planteado por Canaris, en su teoría de la *condictio* recíproca, si se recuerda. En este sentido, véase *supra*, II. 5.2; así como Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, pp. 26-27; Larenz y Canaris, 1994, p. 324.

[247] Wagner, *FS-Ulrich Huber*, 2006, pp. 604-605.

[248] Y así ha sido denominado. Por todos, Grüneberger, *Palandt*, 2021b, párr. 13.

[249] *Entwurf eines Gesetzes...,* cit., p. 196.

[250] El comprador y deudor restitutorio *confía* en que la cosa se incorporará a su patrimonio de manera estable. Por eso, no se le puede exigir cuidarla como tal, hasta que conozca la causa de resolución. Véase Canaris, 2002, p. XLII; Fest, 2006, pp. 46-49; Konzen, *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, p. 625.

[251] El estándar para la culpa es empírico-subjetivo y no objetivo: Grundmann, *MüKo*, 2019, párr. 3.

ligencia *quam in suis*[252]. Con todo, estas justificaciones no han librado a la regla de las críticas. Veámoslas.

(a) Que el deudor sea responsable del incumplimiento puede justificar que soporte el riesgo de pérdida fortuita de la cosa, pero no que tenga que pechar, además, con las consecuencias de un comportamiento culposo del comprador que no alcance a considerarse como grave (*quam in suis*)[253]. Ello equivale a una sanción[254]. Por ello, se advierte que, si el legislador hubiera querido realmente condicionar la aplicación de la regla a que el incumplimiento resolutorio fuera imputable a la otra parte, lo habría indicado expresamente[255].

(b) Por otro lado, se ha advertido de lo inoportuno que resulta condicionar la distribución de riesgos restitutorios a la causa de la resolución. Es decir, de mezclar la causa de la resolución (el incumplimiento) con la causa que impide restituir *in natura*[256]. Ante un incumplimiento resolutorio, el Derecho debe permitir resolver y recuperar el *statu quo ex ante*, preguntándose, en su caso, qué parte es responsable de la pérdida de la cosa[257].

(c) El estándar de diligencia *quam in suis* del deudor restitutorio ha dado pie a críticas adicionales[258]. Con carácter general, este estándar de diligencia *quam in suis* se regula en el § 277 BGB. Según esta norma, «*quien solo tiene que guardar la diligencia observable en sus propios asuntos, no se libera de responder por culpa grave*». Salvo para la culpa grave (o el dolo), la norma consagra un beneficio para el deudor sometido a este estándar de diligencia, como ocurre en el § 346.3 S.1 III BGB[259]. En efecto, gracias a esta regla, el comprador puede liberarse del riesgo de pérdida de la cosa aun actuando con negligencia, siempre que esa sea la diligencia que emplea para con su patrimonio[260]. Con ello, se

---

[252] En la medida en que la negligencia se asocia a un deber objetivo, la nueva regla lo evita acudiendo a un estándar empírico que observa si el deudor ha sido menos cuidadoso con la cosa adquirida que con el resto de sus pertenencias; en este sentido, Zimmermann, 2006, pp. 333-334.

[253] Kaiser, D., 2012b, párr. 206.

[254] Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, p. 446.

[255] Heinrichs, *FS-Eike Schmidt*, 2004, p. 179. También, Grüneberger, *Palandt*, 2021b, párr. 13.

[256] Berg, 2002, pp. 146-147.

[257] Hellwege, 2004, p. 57; Kaiser, D., *JZ*, 2001, p. 1065; Lorenz, S., 2001, p. 345.

[258] Véase Honsell, *FS-Eduard Picker*, 2003, p. 375; Lorenz, S., 2001, p. 345; Wagner, *FS-Ulrich Huber*, 2006, pp. 606 y 608-609.

[259] Para una exégesis de este parágrafo, en relación con este aspecto: Grundmann, *MüKo*, 2019, párr. 1.

[260] Véase Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, p. 444. También, Heinrichs, *FS-Eike Schmidt*, 2004, p. 178. Este autor advierte que si el deudor restitutorio, que actuó con cierta imprudencia en la pérdida de la cosa, quiere liberarse de restituir el valor, tiene que acreditar que en el terreno de sus propios asuntos no actúa de manera más imprudente a como hizo en el caso concreto.

privilegia –y mucho– al deudor restitutorio «chapucero»[261], trasladándose el riesgo al vendedor[262]: la restitución del valor dependerá de la diligencia subjetiva y particular del comprador en cada caso[263]; a este se le concede el mismo beneficio de que goza consumidor en las ventas «puerta a puerta», cuando no se le informa del desistimiento[264]. La dureza de este planteamiento legal se aprecia bien en los casos de permuta[265].

(d) Abundando en esta dirección, se ha llegado a decir que todo el acierto alcanzado con la inclusión de la regla de restitución del valor (§ 346.2 BGB) ha terminado dilapidado con la excepción. En este sentido, el § 346.3 S.1 III BGB soslayaría que el adquirente ha de asumir el riesgo de pérdida o deterioro (fortuito o no), como propietario[266], salvo que esos hechos sean imputables a su contraparte en la restitución[267]. Y es que una restitución contractual que desconozca a quién le resulta imputable la pérdida o deterioro de la cosa solo puede conducir a resultados indeseables en la práctica[268].

(e) Un estándar tan ligero como el de la *quam in suis* se defiende –y explica– a partir de la *confianza* del deudor restitutorio en que el bien queda incorporado efectivamente a su patrimonio, en tanto desconozca la causa de resolución[269].

---

[261] Canaris, 2002, p. XLIV. Y, con anterioridad a la codificación del § 346 BGB, el mismo autor lanzó una crítica semejante. Véase Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, p. 39.

En efecto, la regla permite exonerar al deudor restitutorio de prestar el valor salvo que haya atentado contra sus propios intereses (Kaiser, D., 2012b, párr. 211, 214). Esto es, cuando su comportamiento sea tal que desconozca la diligencia más mínima que cualquiera guardaría para sus propios asuntos (Linke, 2007, pp. 175-178). Así, por ejemplo, se entiende que no se atiende dicha diligencia, cuando el deudor destruye intencionalmente la cosa o no le dedica el mantenimiento mínimo durante un largo período de tiempo (Gaier, *MüKo,* 2016, párr. 66).

[262] Hellwege, 2004, p. 57.

[263] Kohler, *JZ*, 2002, p. 692.

[264] Berg, 2002, p. 147.

[265] En un contrato de permuta, si el bien adquirido por el contratante se hubiese perdido sin que este hubiese desatendido una diligencia *quam in suis*, este puede recuperar la cosa que entregó a cambio de nada o, solamente, del enriquecimiento que le quede (Hellwege, 2004, p. 58).

[266] Honsell, *FS-Peter Schwerdtner*, 2003, p. 580. A juicio de este autor, el legislador alemán no habría sido capaz de aprovechar todo el capital dogmático que los supuestos de jurisprudenciales de automóviles de segunda mano (y cosechadoras) habían suministrado, lo que se habría evitado con un mínimo de delicadeza hacia los antecedentes históricos y el Derecho comparado. El mismo autor rechazará después (2010, *FS-Eduard Picker*, pp. 235-236) que la obligación de restitución de provechos al acreedor de la restitución (vendedor) justifique el traspaso del riesgo (axioma: «*periculum eius ese debet, cuius est commodum*»), pues una cosa es que los provechos pertenezcan al comprador y otra, bien distinta, que el ordenamiento le obligue después a entregarlos al vendedor en el marco de la relación obligatoria restitutoria, inspirada en la *restitutio in integrum*. En similar sentido, Ernst, 2006, *FS-Ulrich Huber*, pp. 235-236; Zimmermann, *FS-Ernst A. Kramer*, 2004, pp. 753-754.

[267] Honsell, *FS-Peter Schwerdtner*, 2003, p. 580. En similar sentido, Coen, 2003, p. 203.

[268] Así, Stadler, 1996, p. 343. En similar sentido, Hager, 2001, pp. 445-446.

[269] Es decir, no cabe exigirle comportarse con el bien de otra manera, mientras no sepa que tiene que restituir; como apuntan, Fest, 2006, pp. 45-46; Konzen, *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, p. 625; Linke, 2007, pp. 178-179; Lorenz, S., 2005, pp. 96-97; Döll, 2011, pp. 289-293.

Hemos visto que el beneficio de la *quam in suis* cesa con la culpa grave o el dolo en la pérdida de la cosa (§ 277 BGB). Esta construcción teórica se aproxima mucho a la liquidación posesoria[270]. Por eso precisamente, sorprende su empleo como vía para exonerar al deudor de la restitución contractual[271].

Las críticas expuestas han abierto la puerta a propuestas de reducción teleológica del § 346.3 S. 1 III BGB. Una de ellas, sobre la que hay consenso, pasa por no aplicar el parágrafo a la alteración de la base del negocio (que también es un supuesto legal de resolución), pues no habría incumplimiento como tal[272]. También se ha defendido aplicar la excepción hasta el momento en que el deudor restitutorio conozca la posibilidad de resolver el contrato, pues a partir de entonces se representa la posibilidad de tener que restituir[273]. No obstante, esta posición no es unánime[274], y está relativamente extendida la idea de que se debe respetar la literalidad de la excepción[275].

Las posiciones más críticas con la norma proponen eliminar directamente esta excepción y permitir solo la exoneración del deudor restitutorio de la obligación de restituir el valor, cuando la destrucción del bien recibido sea una consecuencia directa del incumplimiento (vicio oculto) o cuando el fin de protección de la norma que fundamenta la nulidad así lo justifique[276] (contratante

---

[270] Hasta la demanda, el comprador confía, al igual que el poseedor de buena fe, en lo irreversible de su adquisición, por lo que no sería descabellado aplicarle un estándar de diligencia similar. Ahora bien, la diferencia axial que se ha apuntado es que, en la restitución posesoria, el poseedor no tiene relación contractual con quien le reclama y no puede exigirle la devolución del precio que pagó. En este sentido, Medicus, 2005, p. 205.

[271] Con razón ya algún autor advirtió –refiriéndose al estándar de culpabilidad del deudor en la pérdida de la cosa a restituir y a la posibilidad de acogerse a la excepción de pérdida del enriquecimiento– que esta diligencia –a la que también se llama «culpa frente a sí mismo»– serviría en realidad para llegar al resultado contrario: si confiaba en la irreversible adquisición de su prestación, como un propietario, a él deben asignarse los riesgos de la ulterior pérdida de la cosa, salvo que esta sea debida directamente a su contraparte: Deplewski, 1976, pp. 78-85.

[272] Canaris, 2002, p. XLV; Fest, 2006, pp. 48-49; Gaier, *MüKo,* 2016, párr. 63; Heinrichs, *FS-Eike Schmidt*, 2004, p. 179; Kaiser, D:, *JZ*, 2001, p. 1064; Kamanabrou, *NJW*, 2003, p. 31; Lorenz, S., 2005, p. 96.

[273] Canaris, 2002, pp. XLII-XLII; Gaier, *MüKo,* 2016, párr. 65; Heinrichs, *FS-Eike Schmidt*, 2004, p. 99; Kaiser, D., *JZ*, 2001, p. 1064; El mismo, más en profundidad, 2012b, párr. 204; Konzen, *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, p. 625; Linke, 2007, pp. 57-60; Looschelders, 2011, párr. 849; Roth, H., *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, p. 1140; Schwab, *JuS*, 2002, p. 635; Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, pp. 447-449. Desarrolla especialmente esta posibilidad, y la aplica a los ejemplos de automóviles usados, Döll, 2011, pp. 309-326.

[274] Hay autores que se inclinan por aplicar el privilegio del § 346.3 III BGB igualmente al deudor restitutorio que conoce la causa de resolución, pues el precepto no establece ninguna distinción. Así, Heinrichs, *FS-Eike Schmidt*, 2004, pp. 180-182; Wagner, *FS-Ulrich Huber*, 2006, pp. 618-620. También, Kaiser, D., 2012b, p. 205. Este último plantea que, en ese caso y sin reducir el precepto, el acreedor sea indemnizado como consecuencia de la pérdida culposa del bien (*infra*, III. 2.5).

También se alude al propósito del legislador de reflejar el incumplimiento en la restitución por resolución (Fest, 2006, pp. 49-56; Kamanabrou, *NJW*, 2003, pp. 30-31).

[275] Desde la necesidad de evitar nuevas interpretaciones que retuerzan el panorama llenándolo de confusión y excepciones, Lorenz, S., 2005, pp. 97-98. En general, Grüneberger, *Palandt*, 2021b, párr. 13, 13a, 13b.

[276] Zimmermann, 2005, p. 45.

incapaz); lo que se compadecería con los antecedentes históricos y el Derecho comparado [277].

2.5 Indemnización por incumplimiento del deber de restituir (§ 346.4 BGB)

El § 346 BGB se cierra con un cuarto párrafo que permite al acreedor reclamar del obligado a restituir una indemnización por incumplimiento de la restitución, remitiéndose a las reglas sobre indemnización por incumplimiento. Se trata de una indemnización distinta a la restitución del valor [278]. Un incumplimiento de la restitución se produce cuando no se restituye lo recibido o no se restituye puntualmente [279]. Esta posibilidad de indemnizar comienza, para la gran mayoría de los autores, a partir del momento en que el (futuro) obligado a restituir conoce o debe conocer la posibilidad de resolución (y no solo a partir del surgimiento de la relación obligatoria de restitución). A partir de entonces, el deudor restitutorio se representa que tendrá que restituir. Por eso, se le obliga a guardar la diligencia normalmente exigible para con la cosa [280]. En cualquier caso, la indemnización precisa un incumplimiento imputable del deber de restituir. Entre tales incumplimientos, se cuenta la devolución de la cosa en un estado sustancialmente peor a aquel en que se entregó, como consecuencia de un uso inadecuado tras conocer el deber de restituir; la no restitución de la cosa por pérdida (por ejemplo, por robo, o influencias atmosféricas que fueran evitables); y, en fin, el retraso en el cumplimiento de la restitución [281].

3. El acercamiento entre *la condictio* de prestación y la restitución resolutoria

El Derecho alemán busca progresivamente coordinar la restitución derivada de la *condictio* de prestación con la restitución por resolutoria. Esta evolución se evidencia a la luz de los casos en que se ha de decidir quien tiene que

[277] Ernst, 2006, *FS-Ulrich Huber*, pp. 235-236; Honsell, *FS-Eduard Picker*, 2010, pp. 367-373 y 376.
[278] Döll, 2011, pp. 376-391.
[279] Gaier, *MüKo*, 2019c, párr. 69.
[280] Canaris, 2002, p. XLVI; Gaier, *MüKo*, 2019c, párr. 70; Heinrichs, *FS-Eike Schmidt*, 2004, pp. 166 y ss.; Kamanabrou, *NJW*, 2003, p. 31; Kohler, *JZ*, 2002, p. 694. En contra, Kaiser, D., *JZ*, 2001, p. 1063; Schwab, *JuS*, 2002, p. 636. Estos autores ubican el deber de indemnizar por incumplimiento de la restitución a partir del momento en que la resolución se declara.
[281] Véase Gaier, *MüKo*, 2019c, párr. 75-77.

correr con el riesgo de pérdida de la cosa en la restitución [282]. A resultas de este desarrollo, el planteamiento dogmático de la *condictio* de prestación se ha acercado cada vez más a los postulados de la restitución resolutoria [283]. El proceso ya era, por lo demás, observable antes de la SMG [284]; solo se ha acelerado con ella. En efecto, la exposición de motivos de la SRM indicaba que «*la restitución derivada de la resolución del contrato y la del enriquecimiento injustificado han de regirse, en la medida de lo posible, por los mismos principios*», pues esta se erige sobre la relación existente entre prestación y contraprestación contractuales [285]. La doctrina alemana pronto abrazó este enfoque, bajo la idea de la recuperación del *statu quo ante* y la *restitutio in integrum* recíproca, como principio común a ambas restituciones [286]. Por eso, hoy son mayoría quienes defienden la adaptación de la *condictio* de prestación a la restitución resolutoria [287]. En este contexto, se indaga si las normas sobre reparto de riesgos restitutorios en la resolución (§ 346.2 y 3 BGB) se pueden emplear para llenar las lagunas que presenta la restitución de la *condictio* de prestación [288].

---

[282] Hager, 2001, p. 442.

[283] Los autores han advertido el paralelismo entre la impugnación del contrato, cuando la cosa presenta vicios, y la resolución de este por incumplimiento; como también han advertido la contradicción valorativa que implicaría mantener regímenes restitutorios divergentes ante supuestos sustancialmente idénticos. Ello empuja, bien a prescindir de la regla del § 818.3 BGB, bien a su interpretación conforme, en lo posible, con la restitución por resolución del § 346 (Bockholdt, *AcP*, 2006, pp. 775-776). Con todo, la SMG no aprovechó para modificar la regulación del enriquecimiento injustificado, lo que ha sido lamentado (véase Wendehorst, 2012, párr. 9).

[284] Von Caemmerer, *FS-Gustav Boehmer*, 1954b, pp. 147-151. Más tarde, en el mismo sentido, Deplewski, 1976, pp. 97-102 y 187-189; König, 1981, pp. 1547-1549; y, con amplia referencia al Derecho francés, el mismo autor, 1985, p. 85. También, Larenz y Canaris, 1994, pp. 324 y 327.

[285] Véase *Entwurf eines Gesetzes...*, cit., p. 194. Según se ha dicho, la frase «en la medida de lo posible», alude a que el paralelismo o armonización entre ambas restituciones no ha de ser absoluto (Fest, 2006, p. 21). Para un repaso histórico, Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, pp. 439-443.

[286] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 631; Fest, 2006, p. 2; Gaier, *MüKo*, 2019b, párr. 1; Hellwege, 2004, p. 104; Linke, 2007, pp. 60-61.

[287] Canaris, 2002, p. XXXV; Jansen, 2016a, pp. 157-166; Kaiser, H., 1987, p. 61; Linke, 2007, pp. 142 y ss.; Lorenz, S., 2001, pp. 346-347; Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 11-12; Reuter y Martinek, 2016, vol. II, p. 203; Schäfer, C., 2002, p. 171; Thier, *HKK*, 2007, párr. 45.

En contra, defendiendo una interpretación de las normas restitutorias sobre resolución en clave de *condictio* de prestación y del enriquecimiento, Kohler, *JZ*, 2002, pp. 691-693.

En contra, defendiendo que la *condictio* de prestación y la restitución resolutoria resuelven problemas distintos que no conviene mezclar, pues solo en la segunda se originaría una relación obligatoria restitutoria, Medicus y Petersen, 2017, p. 349; Reuter y Martinek, 2016, vol. II, p. 78. En esta misma línea, Kaiser, D., 2012a, párr. 27. Esta autora ya se había inclinado, con anterioridad a la SRMG, por rechazar la armonización entre ambos sistemas restitutorios (Kaiser, D., 2000, p. 334). Que esta visión representa, realmente, un prejuicio dogmático que desconoce el hecho de que, en ambas, el adquirente de la cosa se coloca en una posición que le permite cubrirse mejor ante determinados contratiempos ha sido puesto de manifiesto, entre otros, por Fest, 2006, pp. 80-81.

[288] Para un estudio pormenorizado, supuesto por supuesto, de las posibilidades (y los límites) de la aplicación del régimen de la resolución a la restitución por enriquecimiento injustificado en sede de la *condictio* de prestación, Bockholdt, *AcP*, 2006, pp. 779-802; Grunewald, *FS-Walther Hadding*, 2004,

El objeto es superar las contradicciones valorativas [289] que afloran al tener dos sistemas distintos de restitución y reparto de riesgos [290].

El principal escollo ha venido marcado por la coordinación de la excepción vista a favor del deudor restitutorio en el § 346.3 S.1 III BGB –que le libera de la obligación de restituir el valor de la cosa en caso de pérdida cuando *(i)* la resolución obedece a un «supuesto legal de restitución»; y *(ii)* el deudor actuó con la misma diligencia que observa en sus propios asuntos (*quam in suis*)– con el § 818.3 BGB [291]. En principio, el beneficio restitutorio de la resolución a favor del deudor restitutorio solo se aplicaría a los casos en que la nulidad resulte imputable al acreedor restitutorio (dolo, error provocado…); no a los casos neutrales de ineficacia de los que ningún contratante es responsable [292]. Para el supuesto de nulidad por incapacidad, se entiende que al incapaz nunca se le podrá reprochar un desconocimiento de la diligencia que observa en sus propios asuntos y, en consecuencia, que siempre le será aplicable el beneficio restitutorio en caso de pérdida [293].

Más sencillo de «adaptar» ha sido el supuesto del § 346.2 S.1 II BGB –que descarga al deudor de la restitución de restituir el valor, cuando la pérdida de la cosa se debe *exclusivamente* a la otra parte: vicios ocultos– al § 818.3 BGB. Este último precepto se aplicará en consonancia con la resolución si, por ejemplo, concurre dolo del vendedor, y el dolo se proyecta sobre la causa de la pérdida [294].

---

pp. 35-39; Roth, H., *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, pp. 1138-1148. Antes de la SRMG, Büdenbender, *AcP,* 2000, pp. 671-680. Recientemente, Schlüter, 2021, pp. 293 y ss., y 297 y ss.

[289] Medicus y Petersen, 2017, pp. 110-113; Schuster, 2015, pp. 72-73.

[290] Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 673; Fest, 2006, pp. 20-22.

[291] Claves aquí con las aportaciones de Linke, 2007, pp. 170-183, quien considera que el § 818.3 BGB no se debe reducir, cuando la decisión de utilizar la cosa recibida y que se destruye no resulta imputable al deudor restitutorio (*accipiens*), por haber actuado también con una diligencia *quam in suis*. En cuanto al género de culpa del deudor en la *condictio* estima que la pregunta es si su comportamiento con la cosa alcanzaría a ser considerado como gravemente culposo (o doloso) de haber conocido la ineficacia del contrato. En caso afirmativo, no se puede acoger al privilegio restitutorio. Al final, este autor aboga por aplicar la regla del § 346.3 S.1 III BGB sin restricción a la *condictio* (pp. 184-187). En similar sentido, véase Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 283; Konzen, *FS-Claus-Wilhem Canaris,* 2007, p. 627.

[292] En todos, se aplicaría la reducción teleológica del § 818.3 BGB al comprador y, por ende, se le obligaría restituir el valor según los §§ 818.2 y 346.2 BGB. Así, Bockholdt, *AcP*, 2006, pp. 789-792; Boosfeld, *JuS*, 2013, p. 713; Fest, 2006, pp. 78-83 y 88-90; Hellwege, 2004, p. 161; Lorenz, S., 2001, p. 347; Lorenz, W., *FS-Claus-Wilhem Canaris,* pp. 806-808; Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, p. 453.

Aunque la teoría del fin de protección de la norma fundamentadora de la nulidad ofrece, *mutatis mutandis* y según lo veo, el mismo resultado: el riesgo se traslada al vendedor, porque el dolo basado en el vicio de la cosa que produce su pérdida se opone al inicial reparto de riesgos.

[293] Bockholdt, *AcP*, 2006, pp. 775 y 787; con referencia al mantenimiento de la base del negocio Canaris, 2002, p. XLV; Fest, 2006, p. 148; Linke, 2007, pp. 194-201; Thier, *FS-Andreas Heldrich*, 2005, p. 454.

Para el caso del contrato celebrado con el incapaz, esta consecuencia se ha explicado también desde la óptica de que, en este supuesto, se produce una desaparición absoluta del sinalagma y del reparto de riesgos inicialmente planteado; lo que no permitiría imputar el riesgo al incapaz. Por todos, Büdenbender, *AcP,* 2000, p. 628.

[294] Fest, 2006, pp. 105-106. También, Hellwege, 2004, p. 160; Linke, 2007, pp. 210-212.

Así quedarían resueltos algunos casos de compraventa de automóviles de segunda mano y de la cosechadora [295].

Por último, el cálculo del valor a restituir allí donde este se impone al deudor también precisa de una coordinación. Según se vio, el § 346.2 S. 2 BGB establece que, si en el contrato se ha establecido un precio, este se computa para calcular el valor. Mientras tanto, en el § 818.2 BGB, el valor por restituir es objetivo [296]. La coordinación se ha conseguido echando mano de la idea de la «frontera del sacrificio» expuesta por Canaris para la *condictio* de prestación [297], y afirmando que la regla del § 346.2 S.2 BGB, para la resolución, no es sino una concretización de la idea de Canaris, siempre que haya equilibrio entre las prestaciones del contrato [298].

4. **Recapitulación y conclusión parcial**

No resulta sencillo explicar el funcionamiento del tortuoso § 346 BGB; mucho menos, trazar una línea divisoria entre los supuestos de aplicación de los §§ 346.3 S.1 II y III BGB. El § 346.3 S.1 II se aplica solo cuando la pérdida obedece exclusivamente a un hecho situado en la esfera de riesgos del vendedor (vicios ocultos) y esta es, además, la causa de fracaso del contrato. Esta regla rige tanto para una resolución legal como para una cláusula resolutoria pactada. Del otro lado, el § 346.3 S.1 III BGB se aplica a escenarios de resolución legal en los que la imposibilidad de restituir en especie no tiene que ver directamente con la causa de resolución, sino que obedece *(i)* a un caso fortuito, o *(ii)* a culpa del deudor de la restitución que no alcanza a ser considerada como grave, es decir, que se corresponde con la diligencia que guarda en sus propios asuntos (*quam in suis*). Así, en la resolución de una compraventa de un automóvil que se vendiese con vicios y se destruye después, el comprador se libraría de pagar el valor si la cosa se perdió exclusivamente por culpa del vicio (§ 346.3 S.1 II); pero también si la cosa se vendió con vicios, y se perdió después por caso fortuito o por una cierta imprudencia del comprador que, sin embargo, se corresponda con la diligencia que observa en sus propios asuntos (§ 346.3 S.1 III).

---

[295] En particular, S3, en el que el vendedor incurría en mora en su obligación de recoger el coche para recuperarlo y, en el ínterin, se perdía de manera fortuita en manos del comprador. El de la cosechadora se subsumiría en el supuesto del § 346.3 S.1 II BGB (Fest, 2006, p. 108). Sobre estos casos véase, en este capítulo, supra, II. 3.1.

[296] *Supra* II. 5.3.

[297] *Supra* II. 5.2.

[298] Se ha advertido a este respecto que, cuando la causa de la impugnación afecta directamente a la equivalencia de prestaciones (usura, o dolo del vendedor), recurrir al valor del contrato resultaría contradictorio; véase Fest, 2006, pp. 102-104; Hellwege, 2004, pp. 568-569.

En lo que concierne a la restitución derivada de la nulidad o impugnación del contrato (dolo, error, violencia o incapacidad), no se aprecia, en la jurisprudencia alemana, un esfuerzo de coordinación del sistema de la *condictio* con el de la resolución. No obstante, acaso, no sea ese su trabajo (y los resultados prácticos gracias a la teoría modificada de las dos *condictiones* no difieren en exceso [299]). Por el momento, es solo doctrinal el esfuerzo por acercar las bases de ambas instituciones restitutorias y los principios que las gobiernan, sobre todo en materia de reparto de riesgos [300]. Esa es la pulsión latente hoy en Alemania: un entendimiento unitario de la restitución contractual en caso de desvinculación, con los ajustes que sean precisos [301].

IV. CONTRATOS DE SERVICIOS

Los contratos de servicios plantean la cuestión de cómo opera la restitución y, sobre todo, cómo se mide el valor del servicio. Ante contratos de trabajo o de servicios nulos o anulados, existe unanimidad en que se restituye siempre el valor objetivo del servicio según el § 818.2 BGB [302]. La cuestión es cómo se calcula dicho valor y si se puede acudir al precio determinado por el contrato. La jurisprudencia del BAG resolvió esta cuestión entendiendo que la nulidad de un contrato de trabajo no eliminaba por completo la relación laboral que hubiera existido, sino que originaba una relación laboral fáctica, habida cuenta de los efectos perjudiciales que una liquidación del contrato tendría para el trabajador [303]. De este modo, la nulidad

---

[299] Véase, *supra*, II. 5.4.

[300] Fest, 2006, pp. 18-22; Hellwege, 2004, pp. 155-157.

[301] Meier, 2006, p. 345.

[302] Berg, 2002, p. 156; Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 89.

[303] Imprescindible, en este sentido, es la SBAG 16 de septiembre de 1982 – 2 AZR 228/80 (NJW 1984, 446). Los hechos del caso son curiosos. La demandante se presentó al proceso de selección del demandado para un puesto como gerente en el servicio de comercio exterior. Al publicar la oferta de empleo, el demandado exigía la presentación de un currículo escrito a mano (lo que había de ser importante en la fecha y para ese puesto). La demandante lo remitió, pero escrito por otra persona, a mano. La demandante fue contratada el 1 de octubre de 1977 y despedida en febrero de 1978 por el director del servicio de comercio exterior de la empresa. A este despido se opuso la demandante, aduciendo que el director no tenía un poder suficiente a tal efecto. Ante este hecho, el jugado de lo laboral aceptó la impugnación del despido. Llevado el caso a la apelación laboral, el empleador y demandado argumentó que el contrato era nulo, por dolo de la demandante, ya que no había escrito ella misma a mano el currículo exigido en la oferta de empleo; lo que habría conocido después, y que esta era la causa del despido. En lo que interesa, el BAG declaró el contrato como nulo, por dolo o error provocado, bajo la premisa de que, si el empleador exige la presentación de un currículo manuscrito, espera que este venga escrito a mano por el candidato. Sin embargo, y en lo que interesa, declaró que la impugnación del contrato no operaba con fuerza retroactiva hacia el pasado, sino que tenía efectos *ex nunc*.

solo eliminaría el contrato de trabajo hacia al futuro, *ex nunc* [304]; las prestaciones se compensan.

Una parte de la doctrina estima adecuado este proceder, toda vez que en muchos casos el servicio irrestituible se corresponderá con la prestación del contrato, no habiendo diferencias significativas entre una restitución de prestaciones y el mantenimiento del contrato hacia el pasado [305]. En este sentido, muchos consideran que el valor del servicio pactado en el contrato constituye un indicio para determinar la compensación con la que operar [306], pues se debe equiparar la contraprestación pactada con el valor objetivo [307].

No obstante, hay quienes rechazan acudir a la información del contrato anulado para medir el valor, y prefieren acudir a un valor objetivo de mercado, toda vez que la nulidad habría roto con la equivalencia de las prestaciones [308]. Dentro de esta posición, el rechazo a acudir al precio del contrato como aproximación del valor del servicio se manifiesta especialmente, cuando su empleo penaliza al contratante no culpable del fracaso (por ejemplo, en caso de dolo del empleador y nulidad del contrato, el uso del precio del contrato perjudicaría al que impugna, si prestó un servicio por mayor valor; y viceversa, cuando el empleado comete dolo: el uso del precio del contrato perjudicaría al empleador que impugna, porque pagó de más como consecuencia del dolo del otro) [309]. Esto explica que, en caso de nulidad del contrato, normalmente se acuda a la remuneración objetiva del puesto, para calcular el valor, llegándose a la conclusión de que esta se corresponde con el montante de lo pactado [310].

Cuando se trata del incumplimiento de una obligación de hacer, el Derecho alemán acude al concepto de terminación («*Kündigung*»), prevista en modo general en el § 314 BGB), cuyos efectos son *ex nunc* [311]. De algún modo, la intención del legislador tras la SRMG fue que la terminación sustituyese a la resolución, para las relaciones obligatorias duraderas [312]. Esto significa que

---

[304] Ello salvo que el trabajador hubiera cometido dolo precontractual. Así sucedió en el caso resuelto por la SBAG 20 de mayo de1999 - 2 AZR 32 0/98 (Brandenburg) (NJW 1999, 3653) en el que el trabajador había mentido sobre sus antecedentes penales al ser preguntado por su empleador en la entrevista. No obstante, en este caso no se habría comenzado a ejecutar el contrato.

[305] En este sentido, Berg, 2002, p. 161.

[306] Wendehorst, 2021a, párr. 30.

[307] Baker, 2016, cap. 3. B. V.

[308] Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 46.

[309] Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 95. Este autor reconoce que, al menos, el precio del contrato sirve para aproximar el valor objetivo de la prestación.

[310] Así lo advierte, Sprau, *Palandt*, 2021, párr. 22.

[311] Berg, 2002, p. 158. No obstante, Schwab, *JuS*, 2002, p. 631.

[312] Véase Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes...*, cit., p. 177. Crítico con esta idea por considerar que en estas relaciones siempre se puede resolver también, Ernst, 2019, *MüKo*, 2019, párr. 36.

la terminación no produce entonces deber alguno de restitución (ni una relación obligatoria restitutoria), porque solo se proyecta hacia el futuro, y lo intercambiado durante la ejecución del contrato de servicios mantiene su causa; si se realizó alguna prestación anticipada, lo más que se puede reclamar es su restitución de acuerdo con las reglas del enriquecimiento injustificado[313].

Con esto se aprecia que, para contratos de servicios, el Derecho alemán reconoce también una cierta unificación entre la *condictio* de prestación y la resolución (*rectius*, terminación), gracias a la idea de que, en ambos casos, se elimina la relación solo *ex nunc*; ello, salvo que el contrato estuviera desequilibrado, como consecuencia del dolo, a favor de alguna de las dos partes.

V. RESTITUCIÓN DE PROVECHOS Y MEJORAS

La restitución contractual de provechos se prevé en el § 818.1 BGB, para la *condictio* de prestación, y en los §§ 346.1 y 347 BGB, para la resolución, donde además se hace referencia a las mejoras. Ambos parágrafos tienen en mente contratos traslativos de la propiedad en los que los provechos representan una partida secundaria de restitución. La idea de provechos es empleada también, en Derecho alemán, para explicar la denominada *restitución primaria*, en aquellos contratos donde una de las prestaciones principales consistía en la posibilidad de obtener un uso por una de las partes (arrendamiento o préstamo). Para centrar mejor el objeto de estudio es preciso explicar, primero, qué entiende por provechos el ordenamiento alemán.

1. **El concepto amplio de provechos en Derecho alemán**

En Derecho alemán, los provechos («*Nutzungen*») constituye un supraconcepto que engloba tanto los frutos, por un lado, como las ventajas de uso (*Gebrauchsvorteile*), por el otro. Así se define en el § 100 BGB. En cuanto a los frutos, estos se separan de la clasificación tradicional (frutos naturales, industriales y civiles)[314]. Por frutos, el Derecho alemán entiende los productos inmediatos o mediatos de las cosas[315] (§ 99.1 BGB), así como los productos inmediatos y mediatos de los dere-

[313] En este sentido, véase Gaier, *MüKo*, 2019a, párr. 34; Gaier, *MüKo*, 2019b, párr. 17, 27.

[314] Enneccerus y Nipperdey, 1959, p. 817.

[315] En cuanto a las producciones de la cosa, únicamente se consideran frutos aquellos productos que se obtienen sin la pérdida de la cosa misma (fruta, madera, lana…). Por ello, el despiece de la ternera no se considera un fruto de esta. La noción fruto requiere que su obtención obedezca a un aprovechamiento conforme con

chos[316] (§ 99.2 BGB)[317]. Según el § 99.3 BGB, son frutos mediatos de una cosa o de un derecho la contraprestación que se genera como consecuencia de haber establecido una relación obligatoria en torno a ello[318]. Englobadas dentro de los provechos, las ventajas de uso resultan de utilidad para aquellas cosas que, debido a su naturaleza, no producen frutos inmediatos o cuyo valor se concreta en su propio aprovechamiento[319]. Así, ventajas de uso son solo aquellas utilidades que confiere la posesión de una cosa o un derecho[320].

2. Los provechos como objeto primario de restitución: contratos de cesión del uso

En los contratos no traslativos de la propiedad, los provechos son una de las prestaciones principales intercambiadas. Esto se refleja en la restitución[321]:

---

la sustancia de la cosa o los usos del tráfico respecto de ella. Así, el tesoro oculto no se considera fruto del terreno; pero sí los minerales y rocas que se extraen de una mina o cantera, o el agua que se recoge de un acuífero, aunque ello se realice merced a la sobreexplotación de la cosa madre. En este sentido, *ibid.*, pp. 818-819.

[316] En segundo orden, los frutos de un derecho (§ 99.2 BGB) se corresponden con aquellos productos que el derecho produce de conformidad con su naturaleza, bien de forma inmediata, bien de forma mediata. Este concepto precisa que lo obtenido responda al contenido del derecho de crédito y, en consecuencia, a la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, constituyen fruto inmediato del derecho los productos que el usufructuario percibe de la cosa usufructuada, los frutos que el arrendatario obtiene de la cosa dada en arrendamiento, la renta que percibe el acreedor de una renta vitalicia, las piezas que se cobra el beneficiario de un coto de caza, la ganancia del editor, la ganancia del titular de una licencia, las reservas madereras asignadas a cada miembro de una sociedad cooperativa maderera. En este sentido, véase Marly, 2000a, p. 580.

Técnicamente, el derecho no produce frutos como tales, sino que simplemente genera, de nuevo, derechos. Los frutos de un derecho son, en realidad, la propiedad que el derecho confiere al beneficiario (por ejemplo, al usufructuario) sobre los frutos que la cosa produce. Y otro tanto de lo mismo sucede con las pretensiones de cobro que genera un derecho de crédito: el fruto de un capital es la pretensión o derecho de cobro que este confiere (Enneccerus y Nipperdey, 1959, p. 820).

[317] La distinción entre frutos de la cosa y del derecho se aprecia en el arrendamiento. Lo que el arrendatario de la cosa arrendada percibe es un fruto del derecho de arrendamiento. No obstante, aquello que el arrendador obtiene del arrendatario, como renta por el arrendamiento de la cosa viene a ser un fruto mediato de la cosa en el sentido del § 99.3 BGB; véase Marly, 2000b, p. 581. Y, del mismo modo, la renta que revierte al nudo propietario de la cosa cedida en usufructo, como contraprestación, constituye un fruto mediato (§ 99.3 BGB) de la propia cosa (§ 99.1 BGB).

[318] Por ejemplo, la contraprestación que recibe el autor de una obra por la concesión de los derechos de explotación constituiría un fruto mediato del derecho. Por el contrario, la suma pagada por el asegurador tras un incendio no se subsume en el concepto de fruto mediato, pues no constituye un producto producido por una relación jurídica sobre la cosa destruida, sino su subrogado. También, y en contraposición a las piezas de caza que se cobra el beneficiario de un coto de caza (que son un fruto inmediato del derecho), el ingreso que recibe el arrendador de un terreno cinegético es un fruto mediato *ex* § 99.3 BGB. Véase Marly, 2000b, p. 581.

[319] Así sucede con el ajuar, las viviendas, los caballos de carreras o de montar, los animales de tiro o los automóviles; como apunta, *ibid.*, p. 582.

[320] *Ibid.*

[321] La terminología, de origen doctrinal, que alude a los provechos como objeto primario o secundario de la restitución se acepta hoy por la jurisprudencia. Véase SBGH 7. de marzo de 2013 - III ZR 231/12 (LG Berlin), NJW 2013, 2021.

los provechos se corresponden con «lo obtenido» [322], aunque se trate de un intangible [323]. Así sucede ante la desvinculación de contratos de cesión de un uso, como el arrendamiento o el préstamo [324]. En ambos, el *uso* de la cosa o derecho es lo que el deudor de la restitución obtiene del contrato; no la cosa o el derecho en sí mismos [325]. El funcionamiento de la restitución ante esta clase de contratos no es pacífico en Alemania.

2.1 Los casos de nulidad (*condictio* de prestación)

Ante la restitución por nulidad, la discusión pasa por determinar en qué se concreta «lo obtenido», dentro de la *condictio* de prestación. Cabe identificar tres posturas.

(a) *«Lo obtenido» como aprovechamiento efectivo*

Los defensores de esta postura vinculan lo obtenido (y, por tanto, el objeto de la restitución) al incremento patrimonial experimentado por el *accipiens*: su enriquecimiento [326]. Este incremento se concreta en el *ahorro* de costes real de que se haya beneficiado, es decir, en el importe que este habría tenido que satisfacer, en cualquier caso. La restitución de provechos se fundamenta así en el § 818.1 BGB, que literalmente obliga a restituir (solo) los «*provechos percibidos*» [327]. El BGH ha respaldado históricamente este punto de vista [328] y todavía lo mantiene. Así, en supuestos de terminación de un contrato de suministro de *ADSL* en el que el cliente mantiene, por error de la compañía, el *router* tras la terminación del contrato, el tribunal ha declarado que el cliente tiene que devolver el aprovechamiento efectivamente obtenido (medido según el mercado) y no la mera posibilidad de uso [329]. De algún modo, esta posición

---

[322] Buck-Heeb, 2017, p. 3633.
[323] Jagmann, 1972, p. 127.
[324] Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 25.
[325] Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 12.
[326] Gursky, *JR*, 1998, p. 12; Hadding, 2011, párr. 20; Koppensteiner, *NJW*, 1971, p. 1773; Larenz y Canaris, 1994, p. 256; Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 20-22.
[327] Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 31-35.
[328] Para un repaso por la jurisprudencia del BGH durante el s. xx sobre esta cuestión, Schäfer, C., 2002, pp. 43-44.
[329] Se trata de la SBGH 7 de marzo de 2013 - III ZR 231/12 (LG Berlin), NJW 2013, 2021), que admite generalizarse a otros casos de *condictio* de prestación. Un particular había contratado con una compañía telefónica el suministro de teléfono e internet por un periodo de 24 meses. Tras diversos problemas ocasionados por el funcionamiento defectuoso de la línea como consecuencia de un error de enrutamiento,

refleja un análisis de la restitución contractual en una clave influenciada por el derecho de enriquecimiento tradicional[330]. Y conduce a que, si no se obtuvo nada gracias al uso cedido, nada habría de devolver el deudor[331].

La anterior ha sido la aproximación histórica del BGH también para el contrato de préstamo. Para el tribunal, en este contrato no se obtiene la mera posibilidad abstracta de uso de un capital, sino que lo obtenido sería el capital mismo. Por eso, considera que solo se restituyen los provechos efectivamente obtenidos con ese capital (§ 818.1 BGB), presumiendo, *iuris tantum*, que el prestatario obtuvo un rendimiento de aquel[332].

(b) *«Lo obtenido» como posibilidad abstracta de uso*

Otro sector entiende que la restitución alcanza la sola posibilidad de uso de la cosa o derecho, computada de manera objetiva (§ 818.2 BGB)[333]. Esta posición parte de que quien obtiene contractualmente la cesión de un uso ten-

---

el cliente decide denunciar el contrato con la compañía, y lo hace sin previo aviso. Pese a la terminación del contrato, la compañía telefónica no interrumpió la conexión del cliente, que siguió teniendo el *router* durante seis meses en su poder. La compañía demandó la restitución de los provechos, en forma del precio pactado en el contrato (que debía ser el del mercado) por el tiempo extra en que el *router* había seguido a disposición del cliente. El BGH (párr. 27) estimó que no es admisible la orientación que identifica «lo obtenido» con la posibilidad abstracta de uso; ello porque el derecho de enriquecimiento persigue remover el enriquecimiento efectivamente percibido y asignárselo a quien le corresponda, según el ordenamiento jurídico. Por ello, en la resolución del caso enjuiciado, el BGH estimó que la restitución debía referirse al efectivo aprovechamiento que el *accipiens* percibió del *router ADSL*. Para medir ese aprovechamiento, habría que acudir al precio de mercado del uso del *router* (limitado, eso sí, por el precio del contrato de suministro terminado) (párr. 28); y determinar el efectivo uso que el cliente hizo del *router* durante ese tiempo; lo que constituye una cuestión de prueba (párr. 29). La doctrina que se ha ocupado de esta sentencia la ha calificado de errada (por ejemplo, Lorenz, S., *LMK*, 2013, p. 345110). Para este autor, el mantenimiento de la conexión durante seis meses constituyó un enriquecimiento impuesto al cliente que, durante ese tiempo, obstaculizó la contratación de otra línea. Por eso, la sentencia habría contrariado el objeto de la *condictio* de prestación, que solo se orienta a lo obtenido como prestación, y no al enriquecimiento.

[330] Ebert, 2001, pp. 27-38. Este autor considera que «lo obtenido» en estos casos no se puede corresponder con la posibilidad de uso abstracto, sino que debe hacerlo con el uso efectivo. Para él, la mera posibilidad de uso en abstracto no permite diferenciar entre la cesión de uso amparada en el contrato y la intromisión ilegítima. Bajo su óptica, «lo obtenido» es más bien el *derecho* de aprovechamiento. En la medida en que el objeto de la prestación contribuye a mejorar la posición competitiva del *accipiens*, lo que este obtiene es un factor o fuente de ingresos. «Lo obtenido» son los provechos efectivamente procurados por dicho factor.

[331] Buck-Heeb, 2017, p. 3664; Kaiser, H., 1987, p. 65.

[332] Un buen resumen en Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 28-30.

[333] Baker, 2016, cap. 3. A. III; Buck-Heeb, 2017, p. 3634; Flume, 1997, pp. 122 y 125-127; Gursky, *JR*, 1998, pp. 11-13; Kaiser, H., 1987, pp. 62-63; Kaiser, D., 2000, pp. 62 y ss.; Kohler, 1989, pp. 312 y ss.; Lieb, *MüKo*, 2004a, párr. 357; *MüKo*, 2004b, párr. 12; Reuter y Martinek, 2016, vol. II, pp. 229 y ss.; Wendehorst, 2012, párr. 57; Wieling, *AcP*, 1969, p. 167. También, Schäfer, C., 2002, pp. 111-113. No obstante, este último autor añade el matiz de que «lo obtenido» no es la posibilidad abstracta de uso, sino el uso real; de tal suerte que la restitución de provechos depende de que se haya hecho uso del bien cedido, con independencia del éxito logrado. Para él, si no se empleó el bien cedido de ningún modo, no se deben restituir provechos como objeto primario.

drá que restituir el valor de dicha cesión durante el tiempo que mantuvo la posesión de la cosa, y con el límite de la renta pactada en el contrato [334]. Por eso rechaza, para el préstamo, la restitución de los intereses efectivamente percibidos por el prestatario gracias a la cesión del capital [335].

Bajo esta concepción, la restitución primaria de provechos se produciría con independencia de si, en el caso concreto, el *accipiens* realmente obtuvo rendimientos gracias al uso de la cosa o derecho [336]. La restitución del valor se dirigiría, más bien, hacia el precio usual de mercado de la cesión del uso; ese precio sería, *prima facie*, el estipulado en el contrato [337]. En la práctica, ello conduce a una compensación.

A propósito del caso del *router ADSL* [338], la tesis que vincula «lo obtenido» a la posibilidad abstracta de uso ha tratado de ser matizada, combinándola con la del aprovechamiento efectivo. Desde esta óptica habría que distinguir dos momentos: el previo al fracaso del contrato y el posterior. Solo tras el fracaso tendría sentido restituir el aprovechamiento realmente obtenido [339]. Por su parte, otros autores entienden que, si la nulidad obedeció a la incapacidad del *accipiens*, a amenazas o al dolo, no acompaña razón alguna para vincular «lo obtenido» a la posibilidad abstracta del uso; y que aquel puede ampararse en el no aprovechamiento efectivo de la cosa [340]. Ambas advertencias dan cuenta de los límites de esta teoría, y explican que hoy no sea la dominante.

(c) *La restitución del valor objetivo del uso*

Los comentaristas más modernos estiman generalizable la postura tradicional del BGH para el préstamo. Si se recuerda, este enfoque se basa en la restitu-

---

[334] Es la postura de Flume, 1997, p. 125. El autor se basa en la teoría de la decisión patrimonial, explicada *supra*, II. 5.1. Alternativamente –para el caso en que se identificase «lo obtenido» con el uso en sí mismo–, Koppensteiner (*NJW*, 1971, p. 1774) apoyaba una restitución de «lo obtenido» que no sobrepasase el ahorro real de costes en *(i)* la idea de desaparición del enriquecimiento del § 818.3 BGB (pues el uso que se cede es incorporal e irrestituible *in natura*); o *(ii)* en una interpretación del valor *ex* § 818.2 BGB orientado al incremento del patrimonio del *accipiens*.

[335] Lo correcto sería entonces remunerar al prestamista el interés pactado por la cesión del uso de capital, con independencia del éxito o fracaso logrado con el uso del capital prestado. Así, Schäfer, C., 2002, pp. 45-46.

[336] Flume, 1997, p. 125; Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 13.

[337] Jagmann, 1972, p. 134.

[338] *Supra*, nota 329.

[339] En este sentido, Gsell y Fervers, *NJW*, 2013 p. 3611; en contra, Lorenz, S., *LMK*, 2013, p. 345110. Para los primeros, hasta el fracaso del contrato, «lo obtenido» es la posibilidad abstracta de uso. No obstante, tras la terminación no puede seguirse considerando que el *accipiens* haya obtenido realmente la posibilidad de uso de una cosa que ha manifestado no desear. A partir de aquí, la restitución comprende solo el aprovechamiento efectivamente percibido.

[340] Gsell y Fervers, *NJW*, 2013, pp. 3608 y 3610; Kaiser, H., 1987, p. 69.

ción de los provechos de la cosa o el capital como prestación secundaria (§ 818.1 BGB), o, sobre todo, su valor, si se consumieron (§ 818.2 BGB)[341]. Este valor objetivo se corresponde con el precio a cambio del cual se habría podido obtener la misma cesión en el mercado (alquiler, licencia hipotética…)[342].

La restitución del valor objetivo del uso impide aplicar a la desvinculación derivada de la nulidad de contratos de arrendamiento o préstamo un régimen *ex nunc*, similar al de los contratos de servicios[343]. Es decir, impide una compensación. El BGH ha rechazado, en efecto, esta posibilidad. Lo hizo en un caso de nulidad, por dolo, de un contrato de arrendamiento de un inmueble en el que se pretendían instalar unas oficinas, habiendo omitido el arrendador información relevante sobre el estado de saneamiento del edificio[344]. Siempre podría argüirse que se trata de un caso excepcional, por el dolo, y decirse que, en circunstancias normales, la nulidad de los contratos de arrendamiento o de préstamo solo tiene efectos *ex nunc*[345]. No obstante, la doctrina se ha esforzado por diferenciar los contratos de cesión de uso de los de servicios[346]. Con ello, las soluciones restitutorias a las que se llega en los casos de nulidad y en los de terminación no son las mismas. Detrás de ello, acaso de encuentre un exceso de dogmatismo en concebir esta restitución como una liquidación de provechos.

2.2 La terminación

Al igual que sucedía con los contratos de servicios, el Derecho alemán prevé la posibilidad de terminar («*kündigen*») en cualquier momento estos contratos. La terminación tiene, a diferencia de la nulidad, efectos enteramente *ex nunc*, de manera que no se origina ninguna clase de restitución[347]. En

[341] Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 33-34.

[342] Schwab, MüKo, 2020b, párr. 98; Wendehorst, 2021a, párr. 31.

[343] Véase, *supra*, IV.

[344] SBGH 6 de agosto de 2008 – XII ZR 67/06 (NJW 2009, 1266). El 30 de julio de 1997 se había celebrado un contrato de arrendamiento de unas oficinas en el sótano, entrepiso y en el segundo piso de un edificio antiguo que, según el contrato, había sido saneado previamente por el arrendador. Según el contrato, los espacios se entregaban totalmente renovados y en condiciones de uso para el propósito operativo del arrendatario. Este hecho resultó ser falso y, desde noviembre de 1997, el arrendatario exigió el montante de la renta. Ante ello, el arrendador terminó el contrato, exigiendo la devolución del edificio y el pago de la renta pactada. En la resolución, el BGH ordenó una restitución en la cual el arrendatario engañado restituiría la renta habitual para esa zona, es decir, el valor objetivo *ex* § 818.2 BGB.

[345] En este sentido, Berg, 2002, pp. 157 y 161.

[346] En este sentido, diferencia de manera algo artificial entre ambas clases de contratos, para defender la solución de la restitución del valor objetivo en los de cesión de uso, Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 35. En contra de diferenciar el tratamiento de la cesión de uso y de los servicios, Wendehorst, 2021a, párr. 31.

[347] Véase la bibliografía citada en notas 311, 312 y 313, para los contratos de servicios.

consecuencia, la desvinculación por nulidad queda lejos de la que juega en caso de terminación [348].

3. La restitución secundaria de provechos en caso de desvinculación contractual

Para los contratos de intercambio, como la compraventa, los provechos de la cosa son un objeto secundario de restitución [349]. Tanto el § 818.1 BGB (*condictio* de prestación) como el § 346.1 BGB (resolución) reconocen una obligación de restituir los «provechos obtenidos». Junto a ello, el § 347.1 BGB impone, para la resolución, una obligación de restituir los provechos podidos percibir por el deudor de la restitución. Tras la SRMG se considera que la restitución de provechos propia de la *condictio* de prestación se debe articular también por la vía de las normas propias de la resolución [350]; lo que va en línea con la necesidad de coordinación entre ambos bloques, pretendida por el legislador alemán [351]. Por esta razón, trataré ambos expedientes unitariamente.

3.1 Los provechos obtenidos

Una adecuada delimitación del concepto «provechos obtenidos» exige separar grupos de casos. Como se verá, el principal problema que presenta la restitución de provechos en Derecho alemán es el de decidir si también son objeto de restitución los provechos *ex negotiatione*. Aunque yo me referiré siempre a los provechos, conviene advertir que este término admitiría ser traducido al lenguaje jurídico español como «ganancias».

(a) *Grupos de casos*

(aa) Ante el arrendamiento de la cosa por el deudor de la restitución, surge la cuestión de si las rentas deben restituirse como provechos percibidos (§ 818.1 BGB). La mayoría de la doctrina alemana [352] y la jurisprudencia del

[348] Solo excepcionalmente se ha planteado un acercamiento entre ambas clases de desvinculación para el caso del préstamo. Es la tesis de Berger, *MüKo*, 2019, párr. 124-128; 242.
[349] Röthel, *JURA*, 2013, pp. 1110-1111.
[350] Véase Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 297; Wendehorst, 2021a, párr. 128.
[351] *Entwurf eines Gesetzes...*, cit., pp. 194-195.
[352] Reuter y Martinek, 2016, vol. II, pp. 286-287; Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 12.

BGH[353] responden afirmativamente a esta cuestión. Frente a esta postura, se erige la opinión, ya clásica, de Canaris. A juicio de este autor, la remisión genérica que realiza el § 818.1 BGB a los provechos exige una interpretación restrictiva, en aras a proteger la sistemática del BGB, que no admite la restitución del *c. ex n.*, en caso de venta de la cosa a restituir[354]. La razón es que son fruto del trabajo del deudor restitutorio. Por eso, solo serían restituibles, si la cosa se transmitió con el arrendamiento[355].

(bb) Los intereses o rendimientos que el acreedor restitutorio (el vendedor) recibe del precio plantean la pregunta de si corresponden al acreedor de la restitución[356]. La doctrina responde afirmativamente[357]. Lo mismo entiende el BGH, que además recurre a la presunción de que, si el obligado a restituir una cantidad de dinero es un banco, los intereses efectivamente percibidos se estiman en cinco puntos porcentuales sobre el interés básico legal[358]. Es la forma de determinar el interés de demora en Derecho alemán[359]. Por eso, la presunción de rentabilidad se extiende, al menos, al caso en que el deudor de la restitución del precio sea un comerciante[360]. Esta postura doctrinal no es, sin

---

[353] Paradigmático es el caso resuelto por la SBGH 11 de noviembre de 1994 – V ZR 116/93 (Düsseldorf); NJW 1995, 454. El 4 de mayo de 1990 se formalizó en escritura pública un contrato de compraventa de un inmueble entre C y V. Ese mismo día, C abonó 65.000 marcos en efectivo, como parte del precio estipulado en la escritura notarial. El resto del precio estipulado (135.000 marcos) se pagó mediante transferencia bancaria el 25 de junio de 1990. Desde el 1 de agosto de 1990 hasta el 30 de abril de 1991 C mantuvo arrendado el inmueble, percibiendo una renta mensual de 1800 marcos. En julio de 1990, V exigió a C el pago de otros 65.000 marcos adicionales, como último pago del precio. Esta cantidad no había sido reflejada en la escritura notarial; excepción que fue opuesta por C en el procedimiento de ejecución interpuesto por V. Dentro de este procedimiento, se anuló el contrato de compraventa, por simulación, pues el precio declarado en la escritura había sido inferior al realmente pactado. El BGH condenó a C a restituir a V las rentas derivadas del arrendamiento del inmueble, como provechos percibidos *ex* § 818.1 BGB. En contraposición, V no tuvo que restituir nada más que el precio recibido a cambio, pues no había obtenido provechos con el capital recibido.

[354] Larenz y Canaris, 1994, p. 271.

[355] *Ibid.*

[356] Bütnner, *BB*, 1970, p. 234; Schauhoff, 1992, p. 142.

[357] Buck-Heeb, 2017, p. 3634; Hadding, 2011, p. 348; Kaiser, D., 2000, p. 401; Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 7; Lorenz, W., 1986, párr. 11; Schäfer, C., 2002, pp. 56 y 70-72; Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 12, 24; Sprau, *Palandt*, 2018, pp. 1413-1414.

[358] Fue lo sucedido en la SBGH 24 de julio de 2007; XI ZR 17/06 (OLG Bamberg - NJW 2007, 2401). El demandante interesaba la restitución de los pagos realizados a un banco en el marco de un contrato de préstamo para la adquisición de participaciones en unos fondos inmobiliarios. El contrato se había celebrado en 1994 y para garantizar la devolución del préstamo se realizaba una prenda sobre la participación en los fondos. En lo que interesa, el cliente desistió del contrato de préstamo, aludiendo dolo del banco en relación con los fondos inmobiliarios; contrato del que también desistió. El BGH se ocupó de la restitución del contrato y declaró que el banco estaba obligado a abonar al cliente la cantidad de 10260,30 marcos en concepto de intereses obtenidos por este, de acuerdo con la presunción de los 5 puntos porcentuales sobre el interés básico legal.

[359] Véase, por todos, Grüneberger, *Palandt*, 2021b, párr. 6.

[360] Bütnner, *BB*, 1970, p. 235.

embargo, pacífica [361]. Hay quienes han adoptado posturas eclécticas –o, si se quiere, más dubitativas [362]– en torno a la restitución de los intereses del dinero obtenido merced a un contrato que luego se deshace [363]. Mientras tanto, otro sector doctrinal se muestra en contra, aludiendo *(i)* a lo diversa que puede ser la inversión de ese precio por el acreedor restitutorio [364]; *(ii)* a que restituir estos rendimientos soslaya que el resultado de la inversión del precio depende de la situación patrimonial previa del deudor de la restitución [365]; y *(iii)* a que son provechos *ex negotiatione*, y no deben restituirse (§ 818.1 BGB) [366]. Todo ello les conduce a proponer una restitución solo de las ventajas que el uso del capital proporciona, como provechos [367].

(cc) Otro grupo de casos atiende a si el ahorro de intereses es un provecho restituible. Este ahorro se puede manifestar de dos maneras [368]. *Primero*: el deudor de la restitución emplea el precio en cancelar anticipadamente una deuda preexistente, ahorrándose los intereses no devengados. *Segundo*: el deudor de la restitución del precio evita tener que endeudarse para acometer una inver-

---

[361] En contra de considerar los intereses del dinero como provechos, SCHAUHOFF, 1992, pp. 90-95.

[362] SCHÄFER, C., 2002, pp. 70-72. Este autor defiende, por un lado, la restitución de los intereses efectivamente percibidos, cuando se trata de la restitución de un capital que ha sido invertido por el *accipiens* en un producto financiero remunerado (cuenta corriente, fondo de inversión…). Por el otro, se alinea con la posición doctrinal que rechazaba la restitución de ganancias en sede contractual. El rechazo a esta postura le conduce a una toma de posición bastante extraña en cuanto a la admisión de la restitución de las ganancias derivadas de la inversión del capital en títulos valor; ello para evitar una contradicción con su previa opinión que admitía la restitución de los intereses efectivamente percibidos. Se trata de casos donde, con el capital recibido, el *accipiens* adquiere acciones, las cuales experimentan una subida de cotización. A su entender, los antecedentes históricos del § 818.1 BGB no permiten excluir con claridad la restitución del *c. ex n*. Así se postula a favor de una restitución general del *c. ex n*. Gracias a este giro, concluye que resulta indiferente el modo en que el *accipiens* haya invertido el capital recibido (si lo hizo en productos financieros o en títulos valor), ya que en ambos casos los intereses percibidos y el incremento de la cotización de las acciones constituyen provechos restituibles.

[363] Una posición ciertamente ecléctica es de FLUME, 1997, p. 128. Para este autor, los provechos obtenidos por el deudor restitutorio constituyen un objeto de prueba (§ 287 ZPO). A su juicio, lo relevante es que el deudor, en su caso, sea capaz de demostrar que no obtuvo provechos con el capital. Si los obtuvo, considera que el interés de mercado representa el límite superior de restitución.

[364] HAGMANN, 2007, p. 146.

[365] SCHAUHOFF, 1992, pp. 145-146. El autor advierte que un deudor del precio en la restitución que disponga de un amplio patrimonio probablemente no escogerá el mismo destino –ni el riesgo– para el capital percibido, en su caso, que otro con peores recursos.

[366] ARMBRÜSTER, *NJW*, 2015, p. 3067.

[367] En tal caso, y a tenor de esta visión, el interés a restituir se estimaría conforme al interés usual, es decir, al precio que habría tenido que satisfacer el *accipiens* por obtener un préstamo en el mercado. Véase JAGMANN, 1972, p. 181; LARENZ y CANARIS, 1994, p. 272. Abiertamente en contra, SCHÄFER, C:, 2002, pp. 54-56. En particular, este autor critica la opinión de Canaris de imponer la restitución del interés de mercado usual, en los casos en que el deudor haya percibido intereses gracias a la inversión del capital recibido, pero estos sean irrisorios. Además, considera que el *accipiens*, en estos casos, siempre puede ampararse en la pérdida del enriquecimiento (§ 818.3 BGB) para evitar pagar el interés usual de mercado que él no ha conseguido.

[368] SCHÄFER, C:, 2002, pp. 72 y 93.

sión; por ejemplo, para adquirir una propiedad. En ambos casos, la pregunta es si se tienen que restituir los intereses ahorrados. Tradicionalmente, el BGH rechazó esta posibilidad[369]. Sin embargo, la importante SBGH 6 de marzo de 1998 modificó el estado de la cuestión[370]. Es interesante repasar sus hechos.

> Las partes habían celebrado, el 20 de diciembre de 1991, ante notario, un contrato de compraventa de dos terrenos en Berlín, con la intención de construir en ellos viviendas y un edificio comercial. El precio de la venta alcanzó los 3,5 millones de marcos. De esta cantidad, el vendedor destinó 1,5 millones a la cancelación de deudas propias. Poco tiempo después, las partes discutieron sobre la eficacia del contrato celebrado ante notario, el cual habían renunciado a leer. Ello propició que alcanzaran un acuerdo y el vendedor devolviera al comprador el dinero recibido como precio por la compra. El comprador reclamó también la restitución, como provechos, de los intereses que el vendedor ahorró con la cancelación de las deudas. El BGH concluyó que, desde el punto de vista de la construcción económica de la obligación de restitución del capital, no se puede diferenciar entre si el deudor de la restitución invirtió dicho capital de manera productiva (consiguiendo con ello un incremento patrimonial) o si, por el contrario, evitó un decremento patrimonial, gracias a la cancelación de una deuda propia que le gravaba con elevados tipos de interés. Llegar a un resultado contrario habría sido, para el BGH, ilógico desde la perspectiva económica, pues –dice– si el acreedor de la restitución hubiera tenido que pedir un préstamo para hacer frente a la compra de los terrenos, se encontraría en una situación en la que él tiene que pagar intereses, mientras que el *accipiens*-vendedor puede devolver el precio sin interés. La doctrina de esta sentencia ha permanecido invariada[371].

Bajo este precedente, la doctrina considera hoy que los intereses ahorrados son provechos restituibles, ya como frutos[372], ya como ventajas de uso[373]. A partir de aquí, la pregunta se sitúa en cómo medirlos. Un sector asocia la ventaja de uso con las ventajas patrimoniales que el *accipiens* haya podido experimentar gracias al capital recibido[374]. Pero la doctrina mayoritaria se inclina

---

[369] Así, la SBGH 28 de junio de 1961 - V ZR 75/60 (FHZivR 7 Nr. 4887). En aquella ocasión, el BGH consideró que la restitución del precio de compra por enriquecimiento injustificado no incluía aquellas ventajas derivadas de la adquisición de una vivienda con él, ni tampoco los intereses ahorrados por el deudor de la restitución, al haberse evitado tener que recurrir a un crédito. De esta sentencia solo he podido obtener una nota con la referencia indicada. No he tenido acceso al texto completo.

[370] SBGH 6 de marzo de 1998 - V ZR 244/96 (KG Berlin), NJW 1998, 2354.

[371] SBGH 14 de octubre de 2015 - IV ZR 438/14, NJW 2016, 156.

[372] Un amplio sector los considera frutos: Buck-Heeb, 2017, p. 3634; Flume, 1997, pp. 128-129; Hadding, 2011, p. 348; Kaiser, H., 1987, p. 207; Schlechtriem, *JZ*, 1998, p. 959; Sprau, *Palandt*, 2018, p. 1414.

[373] Es la línea más moderna, seguida por Hagmann, 2007, p. 156; Schäfer, C., 2002, p. 73. Véase, también, Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 8; Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 16.

[374] Roth, *FS-Günther Küchenhoff*, 1972, pp. 384-385. En el mismo sentido, Kaiser, H., 1987, pp. 199-205. Esta tesis ha sido criticada con el argumento de que el atributo «percibidos» solo puede

por restituir un valor objetivo: la suma que el deudor restitutorio habría tenido que abonar por la cesión del uso [375] (por obtener un préstamo en el mercado [376]).

(dd) La inversión del capital obtenido con el contrato en la propia organización empresarial del deudor restitutorio dificulta determinar en qué medida este hecho contribuye a la obtención de ganancias de manera aislada, toda vez que interceden otros factores de producción [377]. Por eso, los mayores beneficios empresariales que se obtengan gracias a la inversión interna del capital no se consideran frutos restituibles [378]. Como mucho, el capital invertido en la propia organización dará lugar a una ventaja de uso [379], que sería el provecho [380].

(ee) Los beneficios derivados de la incorporación del bien obtenido a la unidad productiva del deudor de la restitución tampoco son un provecho restituible. Al igual que en el caso anterior, la razón descansa en la complejidad de los procesos productivos y a la combinación de factores [381]. Lo mismo ocurre cuando se trata de un servicio: si una empresa encarga un dictamen a un experto para incorporarlo a su proceso de toma de decisiones, no tendría sentido decir que la empresa debe restituir los beneficios obtenidos gracias al uso del dictamen, de resultar nulo el contrato de encargo [382].

(b) *La crítica a la restitución de los provechos obtenidos*

Como se ve, los grupos de casos analizados convergen en la pregunta de si la restitución secundaria de los «provechos obtenidos» abarca también una restitución de ganancias. Desde un punto de vista formal, los §§ 818.1 y 346.1 BGB parecen remitirse a los §§ 99 y 100 BGB, donde se definen con carácter general los provechos en este ordenamiento. Este planteamiento, fácilmente deducible

---

complementar a los frutos, pero no a las ventajas, que por definición no se restituyen nunca *in natura*, sino solo su valor. En este sentido, Schäfer, C., 2002, pp. 86-89.

Véase también el razonamiento de Gursky (2013, pp. 209-211) sobre la valoración de las ventajas de uso, en el marco del § 987 BGB, que obliga al poseedor a entregar al propietario reivindicante los provechos percibidos tras las litispendencia.

[375] En general y con extensa cita de doctrina y jurisprudencia, Gursky, 2013, pp. 208-211.

[376] Schäfer, 2002, p. 90.

[377] Schauhoff, 1992, p. 148.

[378] Hagmann, 2007, pp. 130-131.

[379] Hadding, 2011, p. 348; Schlechtriem, *JZ*, 1998, n. 36; Sprau, *Palandt*, 2018, p. 1414.

[380] Sin embargo, hay autores que diferencian, de la mano de la jurisprudencia, entre la obtención del uso capital (por medio de un contrato de préstamo, por ejemplo) y la obtención del capital en sí (por medio de un contrato de compraventa). Para ellos, solo cuando el capital entró en poder del deudor de la restitución con una vocación de continuidad, y no como mero uso, deben restituirse las ganancias obtenidas con su inversión en una actividad productiva. Así, Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 18.

[381] Ejemplo tomado de Ebert, 2001, pp. 157-158. También, Schauhoff, 1992, pp. 161-163.

[382] Ebert, 2001, p. 159.

del BGB, ha llevado a algunos autores a proponer una reducción del concepto de provechos en la restitución contractual. Se trata de la teoría de Hagmann [383], solo referida a la restitución propia de la *condictio* de prestación (§ 818.1 BGB). A su juicio, los §§ 99 y 100 se utilizan para asignar activos a determinados sujetos, no para restituir por casos de nulidad o impugnación. Por eso, aboga por que el concepto de provechos en sede de restitución no atienda a los provechos *efectivamente* percibidos, sino a criterios objetivos, en función de la cosa a restituir. A pesar de haber sido criticada por los comentaristas [384], esta tesis no ha sido mal recibida por la doctrina que se ha ocupado de la restitución de ganancias [385].

3.2 Las ventajas de uso

El concepto de «provechos» se cierra en Derecho alemán con las ventajas de uso, las cuales plantean el problema de su medición. En principio, las ventajas de uso se computan de manera objetiva, en la medida en que el uso como tal es irrestituible *in natura* (§ 818.2 BGB, para la *condictio* de prestación, y § 346.2 BGB, para la resolución). Pero la cuestión es cómo medir dicho valor objetivo. Se han planteado dos alternativas: *(a)* Cuantificar las ventajas mediante una licencia hipotética; o *(b)* hacerlo con la amortización del bien objeto de restitución o, por mejor decir, mediante el ahorro de gastos del deudor restitutorio, gracias al uso de la cosa.

(a) *La licencia hipotética como ventaja de uso y su crítica*

Tradicionalmente, se asoció el valor objetivo de uso con la cantidad que el deudor restitutorio habría tenido que abonar por obtener la cesión del uso de la cosa en el mercado (licencia hipotética) [386].

---

[383] Hagmann, 2007, pp. 136-143 y 145-156.

[384] La tesis de Hagmann se ha enfrentado al siguiente reproche: no existe ningún prejuicio frente a la restitución del *c. ex n.*; sí frente al *c. ex n.* como subrogado de la cosa a restituir (Reuter y Martinek, 2016, vol. II, pp. 286-287). Según esta postura, la intención del legislador descansaba únicamente en restringir la restitución del *c. ex n.*, como subrogado, aceptando, por el contrario, la restitución de los provechos procedentes de la negociación: *Protokolle II*, cit., vol. II, pp. 709-710. Desde esta posición se considera que no existe la contradicción valorativa que Hagmann quiere ver, toda vez que la obtención de provechos presupone haber continuado el destino económico de la cosa a restituir con ellos, mientras que la obtención del precio por la venta de la cosa responde a la decisión de no haber querido continuar su destino económico, sino la desinversión.

[385] Véase Boosfeld, 2015, p. 212.

[386] Así, por ejemplo, tratándose de una cosa física, el valor objetivo de uso se calculaba, con carácter general, con la renta que el *accipiens* habría tenido que pagar en el mercado por obtener la cesión del uso del bien en arrendamiento o usufructo. Véase Lorenz, W., 1986, párr. 13.

> Merece la pena mencionar la SBGH 2 de julio de 1962[387]. Un comprador impugnó con éxito el contrato de compraventa que celebró con su vendedor sobre un determinado modelo de automóvil, que adquirió creyendo ser nuevo, cuando en realidad estaba usado. El comprador utilizó durante cierto tiempo el automóvil vendido para su propia explotación empresarial. En lo que importa, el BGH reconoció que la restitución de prestaciones, basada en la condictio de prestación, debía comprender también los provechos que al comprador le había reportado el uso del vehículo, teniendo en cuenta el precio que habría abonado por la cesión de su uso.

Desde los años noventa, la doctrina más atenta ha revisado la anterior aproximación, porque obligar al deudor restitutorio a pagar la licencia hipotética del bien adquirido en una compraventa, luego anulada, repugna al fin perseguido con el contrato de compraventa: adquirir la propiedad de la cosa y no obtener una cesión de su uso[388]. La doctrina posterior se ha sumado mayoritariamente a este parecer[389], añadiendo que una restitución de prestaciones intercambiadas en un contrato de compraventa que asociase el valor objetivo de los provechos a la licencia hipotética sobrepasaría, incluso, el propio valor de la cosa en la restitución, cuando esta se ha tenido durante un tiempo largo[390]. Esta postura ha sido después asumida por el BGH[391], en su sentencia de 25 de octubre de 1995.

> El demandante se dedicaba a comercializar con maquinaria de diferentes proveedores dedicados a la fabricación de cajas de cambios para automóviles. El demandado producía placas de circuitos impresos para aparatos electrónicos. En la primavera de 1986, el demandado envió al demandante-comprador, bajo pedido, dos equipos. Los equipos suministrados resultaron no ser conformes con las especificidades técnicas que, en la fase precontractual, el demandante había remitido al demandado. Por razones que ahora no interesan, el BGH estimó que no había tenido lugar el acuerdo de voluntades entre las partes, mediante el concurso entre la oferta y la aceptación, y que el contrato no se había perfeccionado. Dado que los equipos habían sido entregados al comprador, procedía su restitución,

---

[387] VIII ZR 12/61 (Nürnberg); NJW 1962, 1909).

[388] Véase Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, pp. 55-56. También, Larenz y Canaris, 1994, p. 333. En idéntica línea argumental respecto a las ventajas de uso Koppensteiner y Kramer, 1988, p. 125; Lieb, *MüKo*, 2004b párr. 15; Reuter y Martinek, 1983b, vol. II, p. 532.

[389] No obstante, un sector sigue prefiriendo el uso de la licencia hipotética para medir el uso en los casos de nulidad y *condictio* de prestación, que consideran distintos a los de resolución. En este sentido, Kaiser, D., 2000, p. 397. En similar sentido, más recientemente, Buck-Heeb, 2017, p. 3642. De lo contrario, se privilegiaría al deudor restitutorio en casos de nulidad contractual, frente al mismo deudor en casos de *condictio* por intromisión, aun siendo aplicable la misma norma (§ 818.1 BGB): Gursky, *JR*, 1998, pp. 9 y 13-14; Hagmann, 2007, p. 152.

[390] Gaier, *MüKo*, 2016, párr. 26-27; Röthel, *JURA*, 2013, p. 1112; Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 98; Stresemann, *MüKo*, 2015, párr. 10.

[391] SBGH 25 de octubre de 1995 - VIII ZR 42/94 (Nürnberg), NJW 1996, 250.

junto con los provechos (§§ 812.1 y 818.1 BGB). Los provechos solo se referían aquí a las ventajas de uso. El BGH entendió que las ventajas tenían que calcularse de acuerdo con la amortización lineal del valor, comparando el uso real con la vida útil prevista para los equipos.

(b) *El valor de uso como depreciación*

El cálculo de las ventajas de uso a partir de la depreciación del bien en cuestión acude a la diferencia entre *(i)* el valor de la cosa al tiempo en que entró en poder del deudor restitutorio y *(ii)* el valor de la cosa al tiempo de la restitución. Este cálculo no se realiza de forma lineal, sino decreciente (esto es, con cuotas de amortización cada vez menores), en la medida en que la pérdida de valor de la cosa al inicio es mucho mayor que al término [392]. La mayor parte de la doctrina alemana ha respaldado esta manera de computar las ventajas de uso, considerando que esta clase de restitución de provechos debe orientarse hacia el gasto ahorrado que, en forma de depreciación temporal, habría tenido que asumir el deudor restitutorio, en caso de que la adquisición se hubiera mantenido [393]. No en vano, es el criterio que quiso establecer el legislador alemán en la modernización, indicándose en el proyecto que los provechos obtenidos se restituirían «*incluyendo el desgaste derivado del uso previsto*» de la cosa [394].

(aa) El criterio de la depreciación lineal se ha asentado fundamentalmente para los *bienes muebles*; no así para los bienes inmuebles [395]. Para los casos más habituales de restitución de muebles (automóviles) se recurre a la siguiente fórmula [396]:

$$\textit{Ventaja de uso} = \frac{\textit{Precio bruto de compra} \times \textit{kilometraje realizado}}{\textit{kilometraje total estimado}}$$

[392] Véase Kaiser, D., 2000, p. 396; Schauhoff, 1992, p. 153.

[393] Gsell y Fervers, *NJW*, 2013, p. 3609; Kaiser, H., 1987, pp. 80-81; Kohler, 1989, p. 530; Koppensteiner, *NJW*, 1971, p. 1774; Larenz, *FS-Ernst von Caemmerer,* 1978, p. 224; Larenz y Canaris, 1994, p. 333; Lieb, *MüKo*, 2004b, párr. 13-15; Wendehorst, 2021a, párr. 32.

[394] En este sentido, recientemente, Gaier, *MüKo*, 2019c, párr. 33.

[395] Contrario a interpretar la restitución de provechos del § 346 BGB con referencia al desgaste que sufre el bien a restituir (y, por tanto, partidario de la interpretación que asocia el valor objetivo con el precio de la licencia hipotética), Schäfer, C., 2002, p. 174.

[396] Gaier, *MüKo*, 2019c, párr. 34.

> Con esta fórmula, la jurisprudencia suele imputar, a partir de un kilometraje de 150.000, el 0,67% del valor de fábrica cada 1.000 km. Las variables varían cuando se trata de vehículos de gama alta o diésel. En el mismo sentido, cuando se trata de coches usados, se parte del kilometraje estimado restante y del precio de la segunda compra [397].

(bb) Tratándose de un *bien inmueble*, la jurisprudencia entiende que el valor objetivo de los provechos derivados del uso de este no puede calcularse atendiendo a su depreciación lineal *pro-rata temporis*. Por eso, la SBGH 31 de marzo de 2006 [398] terminó acudiendo a la renta de alquiler hipotética durante el tiempo en que el inmueble estuvo en poder del deudor restitutorio. La doctrina comparte este enfoque: por hipótesis, el empleo de bienes inmuebles es ilimitado en el tiempo, con lo que la amortización no ajusta bien el valor de uso, como sí lo hace la renta hipotética de mercado [399].

Con todo, la jurisprudencia del BGH no es pacífica. Un año antes, la SBGH 6 de octubre de 2005 había aplicado el criterio de la amortización lineal a supuestos idénticos de restitución de inmuebles, en los que –adviértase– la restitución de la vivienda venía acompañada de una importante indemnización a la compradora, por los importantes defectos de insonorización acústica que presentaba [400]. Para justificar la diversidad de criterios, la SBGH 31 de marzo de 2006 citada precisó que la posibilidad de acudir a una amortización lineal concurre, si la desvinculación va acompañada de una indemnización cuantio-

---

[397] Al respecto, véase *ibid.*, párr. 35.

[398] SBGH 31 de marzo de 2006 - V ZR 51/05 (OLG München), NJW 2006, 1582. El caso trataba sobre la restitución de un terreno con una casa unifamiliar, en julio de 1996. En otoño de ese mismo año, los compradores advirtieron que la casa sufría de importantes humedades en el sótano, que estaba insuficientemente aislado. Como consecuencia de este hecho, los compradores demandaron a los vendedores por dolo, reclamando la recuperación del precio pagado a cambio de devolver el inmueble con el edificio. La cuestión litigiosa que llegó al BGH hacía referencia a la restitución de las ventajas de uso. Los vendedores interesaban que se redujese el importe a restituir en concepto de precio en atención al uso que los compradores habían hecho de la casa y el terreno. El BGH rechazó aplicar el criterio de la amortización lineal que, a su juicio, resulta aplicable para los bienes muebles; y que determina que se compute el uso de acuerdo con la amortización ahorrada (párr. 13 y 14). A juicio del BGH, para los bienes inmuebles su puesta en arrendamiento representa una decisión económica bastante usual, la cual justificaba acudir a la medida de un alquiler hipotético (párr. 16).

[399] Gaier, *MüKo*, 2016, párr. 28; Schwab, *MüKo*, 2017, párr. 98; Stresemann, *MüKo*, 2015, párr. 11.

[400] SBGH 6 de octubre de 2005 - VII ZR 325/03 (OLG München), NJW 2006, 53. En la sentencia se trataba de una vivienda adquirida que presentaba importantes defectos de aislamiento. Ello dio lugar a una indemnización, como parte de la restitución. En este contexto, el BGH consideró oportuno deducir de la indemnización el importe del uso de la vivienda. Para estimar su montante, acudió a la depreciación lineal proporcional al tiempo de uso del inmueble. De este modo, para calcular la amortización lineal, el BGH indicó que los problemas de insonorización no debían tenerse en cuenta para el valor inicial de cálculo de la amortización, sino que debían detraerse después del montante de la ventaja de uso que la amortización arrojase (párr. 21).

sa, como consecuencia de la imposibilidad de usar la vivienda adquirida. Ante estos casos, el comprador puede escoger entre un cálculo de la ventaja de uso por la vía del alquiler hipotético o por la amortización lineal [401].

Lo expuesto da cuenta de una cierta inestabilidad del BGH en el cálculo de las ventajas de uso para los inmuebles. Parte de los autores han criticado la aproximación de la SBGH 6 de octubre de 2005, y con ello el criterio de la amortización lineal para inmuebles [402]. Pero acaso el problema no sea el de si este criterio merece o no ser aplicado, sino la clase de desvinculaciones contractuales a las que se aplica, pues la amortización lineal obliga a considerar el precio bruto del contrato que fracasa. Esto explica que, desde otro sector doctrinal, se rechace acudir a la amortización, cuando la causa de nulidad compromete el equilibrio de las prestaciones y el precio pagado deja de concordar económicamente con la contraprestación (por ejemplo, casos de dolo). Desde esta posición, solo tendría sentido acudir a la amortización, si la desvinculación del contrato obedece a una causa neutra, no existiendo desequilibrio entre las prestaciones [403]. Este último enfoque acaso soslaye, sin embargo, que la fórmula de la amortización lineal también se adapta a casos de desequilibrio prestacional; y así se ha señalado. Se ve muy bien en los casos de automóviles [404]. Si el comprador fue engañado sobre el kilometraje del vehículo, se debe descontar una cantidad del kilometraje realizado (en el numerador) para calcular la depreciación. De otro lado, si el coche se vendió con vicios, el valor de uso se rebajaría, reduciendo una cantidad del importe final obtenido de la operación (y no se descuenta simplemente el valor de su vida útil o kilometraje restante previsible del denominador, pues eso incrementaría el resultado). En fin, si el coche no se llegó a utilizar por los vicios, no se restituye ningún valor de uso.

3.3 Los frutos *percipiendi*

La reforma del Derecho alemán de obligaciones introdujo, para la resolución, la obligación del deudor restitutorio de compensar al acreedor, cuando este no obtiene los provechos que debería según una ordenada economía, y a pesar de haberle sido posible (§ 347.1 BGB; «*fructus percipiendi*»). La restitución de estos provechos se considera aplicable, por coherencia valorativa, a

[401] Véase, solamente, el párrafo 17 de la SBGH 31 de marzo de 2006.
[402] Gaier, *MüKo*, 2019c, párr. 36. En distinto sentido, Stresemann, *MüKo*, 2015, párr. 13.
[403] Bockholdt, *AcP*, 2006, pp. 800-801.
[404] Gaier, *MüKo*, 2019c, párr. 35.

la *condictio* de prestación [405]; lo que se corresponde además con el parecer de la doctrina anterior a la modernización [406]. El § 347.1 BGB se centra en la sola posibilidad de haber utilizado la cosa adquirida de manera productiva [407] y adecuada al objeto previsto en el contrato [408].

El fundamento de esta obligación restitutoria está en que el no uso de la cosa no puede perjudicar al acreedor restitutorio, que tiene derecho a los provechos percibidos (§ 346.1 BGB). Por eso, el bien adquirido tiene que ser productivo, excluyéndose aquellos casos donde el no uso de la cosa beneficia al acreedor, porque no se desgasta (por ejemplo, un coche particular, un vestido o un apartamento vacacional) [409]. Curiosamente, las exigencias no se trasladan a la restitución del dinero, donde se reconoce que no existe una obligación de invertirlo productivamente (no al menos a un cliente particular) [410].

El alcance de la regla del § 347.1 BGB se ve limitado en la última proposición. Allí se indica que en caso de un «derecho legal de resolución», el deudor de la restitución solo tiene que observar, en relación con la obtención de frutos, la misma diligencia que observa en sus propios asuntos (*quam in suis*). Al igual que en el § 346.3 S. 1 III BGB [411], el sentido de esta última adicción es no perjudicar al deudor restitutorio, si no es responsable de la resolución [412]. De este modo, el estándar objetivo de las reglas de una ordenada economía se sustituye, a su favor, por el subjetivo del propio deudor; y la desidia o la dejadez del deudor para con la obtención de frutos le es inocua [413].

4. **La restitución de mejoras en caso de desvinculación**

Las mejoras realizadas por el deudor restitutorio en la cosa a restituir reflejan una diferencia regulatoria importante entre la *condictio* de prestación y la de la resolución. Conviene advertir que el Derecho alemán se refiere a las «mejoras», que pueden ser necesarias o útiles, bajo diferentes expresiones, que

---

[405] Así, Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 297; Wendehorst, 2021a, párr. 128.

[406] Véase Larenz y Canaris, 1994, pp. 332-333. Este autor advirtió que con el intercambio inicial, ambas partes «dan por perdida» la prestación que entregan y que, si el deudor omite una adecuada obtención de provechos de la cosa que recibe, tiene que responsabilizarse de ello, detrayendo la cantidad correspondiente de su propia pretensión a que se le restituyan los frutos.

[407] Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 6.

[408] Kaiser, D., 2012c, párr. 9.

[409] Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 7.

[410] *Ibid.*, párr. 8.

[411] *Supra*, III. 2.4.

[412] Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 11.

[413] Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 12; Kaiser, D., 2012c, párr. 16.

estudiaré. En España, esto se suele identificar con los «gastos» (necesarios o útiles). Yo mantendré la fórmula alemana.

4.1 Mejoras y *condictio* de prestación

Las reglas sobre la *condictio* de prestación guardan silencio sobre la restitución de mejoras que incrementan el valor de la cosa (útiles); lo que plantea el problema de cuál sea su fundamento normativo. Tradicionalmente, se ha entendido que las mejoras se reembolsan sobre la base de la «pérdida del enriquecimiento» (§ 818.3 BGB)[414]. Otra posición ha defendido una restitución de las mejoras útiles a partir de una *condictio* por impensas («*Aufwendungskondiktion*») y el derecho de enriquecimiento[415]. Consideradas como un enriquecimiento impuesto («*aufgedrängte Bereicherung*») al acreedor de la restitución, en general no ha habido excesivos problemas para reconocer –con una u otra postura– que las mejoras se deben reembolsar al deudor restitutorio en la desvinculación contractual[416].

Como fuere, el enfoque actualmente preponderante aboga por respetar el sentido del legislador en la SRMG y aplicar analógicamente las normas para la resolución a las mejoras útiles en la *condictio* de prestación[417]. En este contexto, la restitución de las mejoras se explica también en Derecho alemán desde el prisma de la compensación con la restitución de frutos a que está

---

[414] Flume, 1997, pp. 117-118; Kohler, 1989, p. 139; Larenz y Canaris, 1994, p. 190; Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 161, 299.

[415] Es la tesis de Kohler, 1989, pp. 463-506. Se trata de una de las aproximaciones más exhaustivas a la cuestión de la restitución contractual de las mejoras tras la desvinculación. Al anclarse en el derecho del enriquecimiento, esta tesis estima que, en la restitución, las mejoras útiles se trasladan sin causa al acreedor que recibe la cosa; lo que origina una *condictio* por impensas. Esta *condictio* concedería al deudor, primero, un derecho a retirar tales mejoras, si ello puede hacerse sin detrimento de la cosa a devolver, porque técnicamente no forman parte ella. Solo cuando la mejora no puede retirarse físicamente (por haber consistido en un servicio o por ser muy costoso) tiene lugar una restitución de su valor. Desde esta posición, el autor advierte del paralelismo y la similitud de la restitución contractual de las mejoras útiles por medio de la *condictio* por impensas y las normas de liquidación del estado posesorio, pero rechaza expresamente (sobre todo, pp. 503-505) que ambas constelaciones normativas traten de lo mismo. Para Kohler, el § 818.3 BGB (pérdida del enriquecimiento a favor del deudor de la restitución) resulta aplicable a la *condictio* por impensas. Una vez aquí, considera que la restitución de las mejoras se realiza de acuerdo con módulos objetivos, es decir, con arreglo a la tesis de «lo obtenido» y no con referencia al incremento patrimonial que experimente el acreedor de la restitución. Por eso, considera que el derecho al reembolso se limita *(i)* con la pérdida de enriquecimiento que le supongan al mejorante (aunque al acreedor aprovechen en mayor medida); *(ii)* por medio de la doctrina del enriquecimiento impuesto –según el § 818.3 BGB–, si al acreedor no le interesa su obtención; así como *(iii)* excluyéndose las mejoras de puro lujo (también por referencia al § 818.3 BGB).

[416] Flume, 1997, pp. 117-118; Kohler, 1989, p. 139; Larenz y Canaris, 1994, p. 190; Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 161, 299.

[417] En este sentido, Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 299; Wendehorst, 2021a, párr. 128.

obligado el deudor de la restitución [418]. Por eso, la doctrina incluye dentro de las mejoras los costes de obtención y producción de frutos y provechos en la cosa que se restituye [419].

Mención aparte merecen las mejoras «frustradas», es decir, aquellos gastos en los que incurre el deudor de restitución sobre el bien que después tiene que devolver, pero que no redundan en un incremento de su valor. Desde su teoría de la «*condictio* recíproca [420]», Canaris consideró que también estas mejoras frustradas son reembolsables, toda vez que se trata de gastos realizados con la idea de que la cosa permanezca en el patrimonio de quien los realiza, frustrándose esa expectativa con el fracaso del contrato [421]. Pero es una aproximación que fue rechazada, al entender que el mejorante (y deudor de la restitución) debe asumir el riesgo de su decisión de invertir en la cosa [422]. Esta es la posición actualmente predominante [423].

4.2 Mejoras y resolución del contrato

La restitución de mejoras en la resolución experimentó un cierto cambio tras la SRMG. La anterior regulación (§ 347 S. 2 BGB a. F.) se remitía a las normas de liquidación de estados posesorios. Bajo este modelo, el deudor restitutorio únicamente restituía las mejoras necesarias, pero no las útiles, desde la situación de litispendencia [424]. Este sistema fue criticado, porque trataba peor al

---

[418] Véase Wendehorst, 2021a, párr. 128. Esta autora se refiere al deber de indemnización de los provechos debidos percibir –considerando aplicable a la *condictio* de prestación la regla del § 347.1 BGB para la resolución– e indica que la obligación de restituir esos provechos se explica porque las partes asumen también el riesgo de realizar las mejoras en la cosa que reciben.

[419] Véase Kohler, 1989, p. 139; Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 161; Wernecke, 2004, p. 601.

[420] *Supra*, II, 5.2.

[421] Canaris, *FS-Werner Lorenz*, 1991, pp. 46 y ss.; El mismo, *JZ*, 1992, pp. 1115 y ss.; Larenz y Canaris, 1994, pp. 333-334.

[422] En este sentido, Flume, 1997, pp. 120-121. Este autor considera incompatible el reembolso de las mejoras frustradas con la restitución del enriquecimiento y advierte de que, de compensarse al deudor de la restitución por ellas, se llegaría a la paradoja del enriquecimiento injustificado terminaría corrigiendo minoraciones patrimoniales (y no aumentos).

[423] Schwab, *MüKo*, 2020b, párr. 161.

[424] Lo que se reconocía en la propia Exposición de Motivos de la SRMG: Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes...*, cit., pp. 196-197. Al remitirse el § 347.2 a. F. BGB a la regulación de las normas posesorias a partir de la entrada de la situación de litispendencia, resultaba de aplicación la regla del § 994.2 BGB. Según este precepto, todavía en vigor, el poseedor que realiza mejoras necesarias una vez iniciada la situación de litispendencia es considerado como un gestor de negocios ajenos sin mandato. El § 996 BGB, relativo a la liquidación de mejoras útiles, no estaba contenido en la remisión. La remisión que, a su vez, se realizaba a las normas de gestión de negocios ajenos conducía al § 683 BGB, a cuyo tenor la restitución

deudor restitutorio en la resolución que a quien posee una cosa sin derecho[425]. Este contexto explica el surgimiento de propuestas proclives a unificar la restitución contractual de mejoras (nulidad o resolución) a partir del enriquecimiento y la *condictio* por impensas[426]. Consciente de la incoherencia, el legislador rompió con la «*poco transparente remisión*» a las normas posesorias[427] y estableció un régimen novedoso. Según el actual § 347.2 BGB, el deudor de la restitución tiene derecho en general a que se le abonen las mejoras necesarias («*Verwendungen*»). El resto de las mejoras («*Aufwendungen*») se reembolsan, siempre que *enriquezcan* al acreedor de la restitución. El § 347.2 BGB denomina «*Aufwendungen*» a las mejoras que no son ni útiles ni necesarias; lo hace en contraposición a las «*Verwendungen*», que son las mejoras necesarias y útiles. La acepción «*Verwendungen*» pretende ser estrecha –por estar más vinculada al uso normal de la cosa– pero comprende la mayor parte de lo que un jurista «latino» vincularía a los gastos necesarios y útiles[428].

(a) *Mejoras necesarias y útiles («Verwendungen»)*

El § 347.2 BGB reconoce una obligación de reintegro de las mejoras necesarias y útiles, tanto cuando el deudor restituye en especie como cuando está obligado a restituir el valor (§ 346.2 BGB); también reconoce la obligación de reembolso de las mejoras al deudor restitutorio, cuando excepcionalmente este no tiene que prestar el valor de la cosa, aunque solo en las dos primeras excepciones del § 346.3 BGB[429]. Así, solo se excluye el reembolso de las mejoras en el privilegio concedido al deudor restitutorio en el último apartado del § 346.3 BGB (deterioro o pérdida de la cosa en su poder, empleando una diligencia *quam in suis*). El sentido de la exclusión es que no sería justo

---

de mejoras necesarias quedaba supeditada a que estas se correspondiesen con la voluntad real o presunta del acreedor de la restitución. Véase Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 14.

[425] Larenz y Canaris, 1994, p. 191.

[426] Kohler, 1989, pp. 510-511. Su teoría se ha resumido en nota 414.

[427] Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes...*, cit., p. 197.

[428] De hecho, es la expresión que se emplea en las normas alemanas de liquidación del estado posesorio, reservándose la voz *Aufwendungen* para las mejoras en sede de enriquecimiento y *condictio* por impensas. Véase Kohler, 1989, pp. 504-505. Hay que destacar que el legislador alemán no incorporó una definición del término «*Aufwendungen*»; las cuales se identifican con todos los sacrificios patrimoniales realizados por el deudor de la restitución y que pueden aparecer, por ejemplo, al momento de contratar; en este sentido, Wernecke, 2004, p. 600, n. 972.

[429] Es decir, se obliga a abonar las mejoras necesarias tanto *(i)* si el vicio que condujo a la resolución apareció durante el tratamiento o transformación de la cosa (§ 346.3 S. 1 Nr. 1 BGB) como *(ii)* si es el acreedor el responsable del deterioro o pérdida de la cosa o si la pérdida hubiera tenido igualmente lugar de encontrarse la cosa en su poder (§ 346.3 S. 1 Nr. 2BGB). Véase, *supra*, Capítulo 3, III. 2.

que el acreedor de la restitución –que no percibe ni la cosa ni su valor– tenga que abonar, además, las mejoras [430]. Precisamente por este motivo, hay autores que rechazan –con razón, a mi juicio– el reembolso de cualquier mejora, si el deudor restitutorio no restituye ni la cosa ni su valor [431].

Cuando la cosa no se pierde, sino que solo se deteriora, pudiéndose devolver *in natura*, aunque en un estado mucho peor, se entiende que también son restituibles las mejoras no afectadas por el deterioro [432].

Dentro del concepto de «mejoras necesarias» («*Verwendungen*»), se subsumen aquellos gastos que permiten el mantenimiento, la reparación o –adviértase– el incremento de valor del bien [433]. Son «mejoras necesarias» aquellas inversiones que ahorran al acreedor restitutorio gastos que habría tenido que afrontar, en cualquier caso. En cambio, no serían reembolsables aquellos emolumentos gracias a los cuales la cosa se puede restituir *in natura*, es decir, que evitan su pérdida y, con ello, una restitución del valor a cargo del deudor restitutorio [434]. Por otro lado, no entran dentro de las *Verwendungen* los gastos que modifican la sustancia de la cosa de tal modo que permiten emplearla de otra manera (por ejemplo, los gastos de edificación de un edificio en un terreno) [435].

(b) *El resto de las mejoras («Aufwendungen»)*

Bajo las «*Aufwendungen*», se insertan aquellos costes que modifican la esencia de la cosa a restituir [436]. El § 347.2 BGB solo admite su reembolso, si enriquecen al acreedor de la restitución. Esta remisión se refiere al enriquecimiento como medida de la restitución [437]. El enriquecimiento se vincula al incremento de valor del bien o al incremento de su productividad (en forma de obtención de provechos) en beneficio del acreedor de la restitución [438]. Ante esta situación, los autores defienden la retirada de la mejora a petición del acreedor o, si no es posible, a si este podría rentabilizar la revalorización objetiva [439]. Ocurre, sin embargo, que la cosa objetivamente mejorada puede no interesar económica-

---

430 Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 16.
431 Grüneberger, *Palandt*, 2021c, párr. 3.
432 Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 16.
433 Kaiser, D., 2012c, párr. 26.
434 Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 19.
435 *Ibid.*, párr. 18.
436 *Ibid.*, párr. 21.
437 Kaiser, D., 2012c, párr. 58.
438 Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 22.
439 Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 22.

mente al acreedor restitutorio[440]. Piénsese, por ejemplo, en el vendedor que recupera las motocicletas vendidas y mejoradas, pero que no puede venderlas fácilmente en el mercado[441].

(c) *Excurso: La restitución indemnizatoria de mejoras como complemento*

Una corriente ha ubicado el reembolso de las mejoras dentro de la restitución indemnizatoria, y la compensación del interés negativo, en supuestos de nulidad imputable al otro contratante, como el dolo (§ 249.1 BGB)[442]. En tales supuestos, se trata de compensar a la víctima del engaño –de haberlo sabido, no habría acometido inversión alguna–, a fin de que sea situada en la situación que tendría de no haber contratado[443]. En caso contrario –de realizarse las mejoras teniendo conocimiento el perjudicado de la causa de fracaso del contrato– la misma opinión defiende un no reembolso de estas a partir de la *compensatio lucri cum damno*. Con estos mimbres, se considera necesario completar la regla del § 347.2 BGB con la indemnización de las mejoras y las normas posesorias: las mejoras que incrementen el valor solo se reembolsarían si el deudor las realizó desconociendo la causa de desvinculación[444].

4.3 Críticas

La restitución contractual de mejoras en el sistema alemán conduce a un debate en términos cuantitativos-cualitativos, porque en unos casos la mejora se restituye *siempre* y en los otros solo si hay enriquecimiento del acreedor[445]. La problemática jurídica sobre las mejoras se reduce así a una mera cuestión

---

[440] *Ibid.*

[441] Es el ejemplo que se contiene, para la resolución, en el comentario al artículo III.- 3:513 (2) DCFR, de indudable influencia alemana. En este sentido, véase Von Bar y Clive (eds.), 2009a, p. 906.

[442] Según esta norma, el obligado a indemnizar daños tiene que reintegrar el estado que existiría, si el evento que da lugar a la indemnización no se hubiera producido. A partir de esta regla, la doctrina y la jurisprudencia han construido una denominada «restitución indemnizatoria» en casos de *culpa in contrahendo* en los que una de las partes es víctima de dolo («*arglistischer Tauschung*») o engaño imprudente («*fahrlässiger Täuschung*») –al amparo del § 123 BGB– y tiene derecho a la compensación del interés negativo. Véase, en este sentido, Canaris, *AcP*, 2000, pp. 304-314; Fleischer, *AcP*, 2000, pp. 111-118; Grigoleit, *NJW*, 1999b, pp. 901-902; Oetker, *MüKo*, 2019.

[443] Es la tesis de Wernecke, 2004, pp. 597-599.

[444] *Ibid.*, pp. 602-605.

[445] En este sentido, dentro de su construcción de la restitución contractual de mejoras basada en la *condictio* por impensas, se ha advertido que no tiene demasiado sentido diferenciar entre *Verwendungen* y *Aufwendungen*, porque de lo que se trata es de restituir aquellas mejoras que provocan un enriquecimiento

de prueba que, ante las *Aufwendungen*, obliga al acreedor de la restitución a demostrar además que no queda enriquecido[446]. Por eso, la regulación se ha criticado: porque impone casi en cualquier caso un reembolso de mejoras con el único límite del enriquecimiento, para aquellas que alteran la esencia del bien restituido; lo que perjudica al acreedor de la restitución[447].

VI. PRESTACIONES ILÍCITAS O CONTRARIAS A LA MORAL

El § 817 BGB establece que «*cuando el objeto de la prestación estaba determinado de tal forma que, con su aceptación, el destinatario contraviene una prohibición legal o las buenas costumbres, surge una obligación de restitución de su lado*» (§ 817 S. 1). A continuación, añade una segunda proposición, a cuyo tenor se excluye la restitución «*cuando quien realizó la prestación participó igualmente de la contravención, a no ser que la prestación consistiese en asumir un compromiso obligacional previo*» (§ 817 S. 2). Cada regla opera en función de si la conculcación de la ley o las buenas costumbres fue solo culpa de uno (el receptor de la prestación) o de ambos (también del que la ejecutó).

1. **La regla del § 817 S. 1 BGB**

El precepto prevé una *condictio* de prestación especial, que no difiere demasiado de la *condictio* general del § 812.1 S. 1 1. Alt. BGB[448]. Esto explica que haya quienes consideran superflua la norma, pues su supuesto de hecho se solucionaría igualmente con el esquema de la *condictio* de prestación –y, en particular, de la *condictio ob rem*, pensada para cuando el fin perseguido con la prestación finalmente no se produce; § 812.1 S. 2 2. Alt. BGB–, cuando el contrato es nulo, por ilícito o inmoral[449]. También se ha defendido aplicar al caso previsto en la primera proposición la regla de la segunda, bloqueando así la *condictio*[450].

---

impuesto: Kohler, 1989, pp. 490-491. En este sentido, el autor advierte que no conviene reducir la restitución de mejoras al concepto más estrecho de *Verwendungen* de las normas posesorias.

[446] Gaier, *MüKo*, 2019d, párr. 24.

[447] Wernecke, 2004, pp. 601-602. Esta autora defiende una diferenciación en la restitución contractual de las mejoras en función de si el mejorante conocía o no la causa de fracaso del contrato, cuando las realizó (pp. 602-603).

[448] Wendehorst, 2021b, p. 4.

[449] Véase Honsell, 1974, pp. 32-36. De la misma opinión, Larenz y Canaris, 1994, pp. 157-158.

[450] Berg, 2002, p. 167.

Estas objeciones no han impedido a muchos autores manifestarse en favor de la especificidad del § 817 S.1 BGB: la nulidad por ilicitud o inmoralidad eliminaría el fin perseguido por la prestación, convirtiendo en inservible la *condictio* «normal» [451]. Desde esta última óptica, se subraya que la aplicación del § 817 S.1 BGB se prevé para cuando el propósito ilícito o inmoral fue alcanzado; porque ya se recibió la prestación [452]. El ejemplo paradigmático es el caso del funcionario que se deja sobornar (cohecho pasivo). Si se alude a este supuesto es precisamente porque, aunque el negocio seguiría siendo válido, el funcionario recibe la atribución [453], y sería incoherente bloquear la *condictio* y «dejar las cosas como están» [454]. El objetivo es corregir un traspaso de bienes indeseado, recuperando una asignación correcta de los recursos, y procurando la restitución de lo pagado a quien no participó de la ilegalidad o la inmoralidad (cuando la prestación provino de una previa exigencia del que la recibe [455]).

2. **La excepción a la restitución del § 817 S. 2 BGB**

El § 817 S. 2 BGB neutraliza la *condictio* de prestación cuando el que la realizó participó *igualmente* de la ilegalidad o la inmoralidad. Se habla aquí de un «bloqueo de la *condictio*» («*Kondiktionssperre*») [456]. Así, el § 817.2 BGB se aplica a los casos en los que, de otro modo, tendría lugar una *condictio* de prestación (§ 812.1 BGB) [457]. El sentido de esta norma se liga, no tanto a una sanción, sino a la negación de la protección jurídica, en forma de restitución, a quien voluntariamente se sitúa fuera de la ley o las buenas costumbres; con ello, se persigue la prevención general y desincentivar esta clase de transacciones [458]. En esta línea, se ha asociado la regla con el aforismo «*in pari turpitudine melior est condictio possidentis*», subrayándose que la torpeza común hace preferir la posesión de cada uno a una restitución, pues ninguno merece protección [459].

Corolario de lo anterior es que, en una compraventa prohibida por el ordenamiento (la compra de un burdel, en su momento, o la compra de un aparato

---

[451] Schwab, *MüKo*, 2020c, párr. 5.
[452] Wendehorst, 2021b, párr. 6-7.
[453] Koppensteiner y Kramer 1988, p. 61; Schwab, 2020c, párr. 6.
[454] Véase Berg, 2002, p. 167. El autor indica que no está del todo claro, por qué quien recibe la prestación ilícita o inmoral, y que no fue culpable de ello, puede retener lo recibido.
[455] Wendehorst, 2021b, párr. 10.
[456] Koppensteiner y Kramer, 1988, p. 61.
[457] Schwab, 2020c, párr. 11-12; Wendehorst, 2021b, *párr.* 11.
[458] Larenz y Canaris, 1994, p. 162; Schwab, *MüKo*, 2020c, párr. 11.
[459] Honsell, 1974, pp. 63-64.

para prevenir a los conductores sobre la existencia de radares), la nulidad impide restituir, incluso aunque una parte realice anticipadamente su prestación[460]. Esta conclusión puso en guardia a la doctrina, que abogó por una reducción del alcance del § 817 S. 2 BGB[461]. La orientación limitadora de la norma se ha visto, sobre todo, en los supuestos de préstamo usurario, donde la norma se aplica con ciertas adaptaciones[462]. Una aplicación literal del bloqueo de la *condictio* solo se defiende, si este resultado se compadece con el fin de la norma infringida o la buena costumbre traspasada[463]; lo que se antoja muy difícil de determinar en el caso concreto.

Atento al desarrollo histórico-dogmático de la norma, a partir de la *condictio ob turpem causam* en el sistema romano de acciones, Honsell[464] propuso en su día una significativa reducción del campo de aplicación del § 817 BGB en general. En su opinión, la norma solo funciona adecuadamente a las atribuciones patrimoniales unilaterales consistentes en encargar un servicio ilícito o inmoral. Con estos mimbres, el § 817 S. 1 BGB sería de aplicación cuando quien paga fue chantajeado, por ejemplo, por un funcionario, para hacer lo que debe (o no hacer lo que no debe). En estos casos, tiene todo el sentido no poder recuperar lo dado. Por otro lado, el bloqueo de la restitución del § 817 S. 2 BGB regiría para los casos de encargo de una prestación ilícita o inmoral, realizada o no (por ejemplo, pagar dinero para un asesinato, para un falso testimonio, para un soborno a un empleado público). En ese caso, no puede haber restitución en ninguna dirección, porque la prestación ilícita no tiene, por hipótesis, valor económico[465]. El reverso de la tesis de Honsell es que el § 817

---

[460] Véase, con cita de jurisprudencia, Schwab, *MüKo*, 2020c, párr. 60-61.

[461] Honsell, 1974, pp. 10-11.

[462] Véase Koppensteiner y Kramer, 1988, p. 66; Larenz y Canaris, 1994, p. 164; Medicus, *FS-Rolf Dietz*, 1973, pp. 65-79; Wendehorst, 2021b, párr. 21; Zimmermann, 1979, pp. 173-174. Abiertamente en contra de esta aproximación, por contradecir el fin preventivo de la norma, Schwab, *MüKo*, 2020c, párr. 49-50.

Aquí se considera que el prestamista no puede recuperar de un golpe el capital prestado, pues este no se corresponde con el objeto de la prestación, sino que lo es la cesión temporal del uso del capital. Por eso, la aplicación del § 817 S. 2 BGB consistiría en que el prestatario retiene el capital recibido durante el tiempo restante de duración del contrato. El préstamo celebrado se adapta –o se reduce conservadoramente su validez– en otro a un tipo de interés adecuado, hasta su finalización. De lo contrario, se beneficiaría excesivamente al prestatario, que obtendría gratis un capital que, de otra manera, nunca habría recibido. El prestamista dejaría de tener una pretensión al interés usurario inicial y solo tendría que restituir el exceso de intereses cobrados respecto al nuevo interés al que se reconduce el préstamo (el interés de mercado o el interés legal).

[463] Berg, 2002, p. 168, quien rechaza la aplicación de reglas abstractas a estos casos; Reuter y Martinek, 1893a, vol. I, pp. 201 y ss.; Wendehorst, 2021b, párr. 20. Refiriéndose a la compra de títulos académicos, con cita de jurisprudencia, apuesta por una aplicación del § 817 S. 2 BGB en esos casos, Berg, 2002, pp. 173-174.

[464] 1974, pp. 136-155.

[465] Honsell, 1974, p. 143.

BGB no resulta de aplicación a contratos de compraventa o de arrendamiento, ante los que la nulidad por ilicitud o inmoralidad debe conducir a una restitución. La tesis de Honsell no ha terminado de permear, que me conste, en la práctica jurídica alemana.

VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. La codificación alemana colocó a este ordenamiento en una comprometida posición de partida para dar respuesta a la restitución derivada de la desvinculación contractual. Basar la restitución por nulidad o impugnación en la *condictio* de prestación (enriquecimiento injustificado), pronto generó problemas relativos a en qué se concreta la noción de «lo obtenido» («*das Erlangte*») (§ 812.1 S. 1 1. Alt. BGB). En su construcción tradicional, la acción de restitución del enriquecimiento «lo obtenido» *(i)* incluiría todas las ganancias reportadas por la prestación recibida; y *(ii)* de haberse perdido esta o ser irrestituible *in natura*, el alcance de la restitución se rebajaría al enriquecimiento restante en el patrimonio del *accipiens* (§ 818.3 BGB).

2. Frente a la corriente tradicional se alzó otra, hoy mayoritaria, que desde mediados del s. XX advirtió que «lo obtenido» no era más que la prestación contractual. Si la prestación se había perdido, la restitución había de transformarse en una por el subrogado (§ 818.1 BGB) o por su valor (§ 818.2 BGB). Esta posición restaba importancia al § 818.3 BGB, reduciéndolo, y resaltando la dificultad de apreciar la buena o mala fe en un supuesto contractual.

3. Las costuras del sistema alemán se mostraban ante casos en los que la cosa entregada en virtud de un contrato nulo no podía restituirse *in natura*. El § 818.3 BGB conduce aquí a una no restitución a cargo del obligado a hacerlo, si nada quedaba en su patrimonio. Después de todo, la *condictio* no se asienta en la reciprocidad restitutoria. La inconsistencia –y evidente injusticia– del sistema pronto empujó a la doctrina y jurisprudencia alemana a buscar soluciones a los casos de pérdida. En este contexto surgió la *teoría del saldo*, que pretendía dotar de reciprocidad a la restitución, descontando el valor de la prestación recibida del precio.

4. La teoría del saldo no daba, sin embargo, respuesta a los problemas contractuales y a cómo las causas de desvinculación podían influir en la restitución. A cubrir este hueco vino la denominada *teoría del sinalagma fáctico*, que partía de la ordenación de intereses del contrato, a pesar de la nulidad. Así, se desplazaban mejor los riesgos en función de si la causa de fracaso era o no imputable a una parte (el dolo es el mejor ejemplo). El problema era que esta

teoría tampoco daba una respuesta convincente a los casos de pérdida, pues se centraba más en relacionar la restitución con el fracaso del contrato y construir así excepciones que en reconciliar el sistema de la *condictio* de prestación con la reciprocidad.

5. Las carencias del sinalagma fáctico propiciaron que surgieran otras teorías que restaron influencia a la excepción de pérdida del enriquecimiento. Se trata de la teoría de la decisión patrimonial, de Flume, y la teoría de la *condictio* recíproca, de Canaris. Ambas llegaban a resultados sustancialmente idénticos, consistentes en que el deudor de la restitución tuviera que devolver el valor de la cosa, si esta se perdía por una causa imputable al acreedor restitutorio (decisión patrimonial basada en el contrato, en Flume, o fin de protección de la norma fundamentadora de la nulidad, en Canaris). No obstante, en la complicada construcción de Canaris, si la pérdida obedeció a un caso fortuito, el riesgo debe ser asumido por el acreedor de la restitución.

6. El resultado de Canaris para la pérdida fortuita desplaza el riesgo a la parte en peores condiciones para cubrirse frente a ese evento; ello en un sistema donde la transmisión de la propiedad no se ve de ningún modo alterada por la nulidad del título. Sea de ello lo que fuere, las teorías estudiadas dan cuenta de las extremas complicaciones a las que conduce la *condictio* de prestación para la restitución contractual.

7. El sistema de la *condictio* de prestación (y sus adaptaciones a través de diversas teorías) produce contradicciones valorativas, que se advierten al comparar este régimen con el de la restitución en caso de resolución. Por eso, el Derecho alemán avanza hacia un acercamiento de la *condictio* de prestación a la restitución por resolución, recogido en el complejo § 346 BGB. Esta pulsión actual del Derecho alemán conduce hacia un entendimiento unitario de la restitución derivada de la desvinculación contractual.

8. El § 346.1 BGB prevé una restitución integral y recíproca de las prestaciones y una restitución del valor (§ 346.2 BGB): *(i)* cuando la cosa no puede restituirse en especie, por su propia naturaleza; *(ii)* cuando la cosa ha sido consumida, enajenada, gravada, transformada o remodelada; o *(iii)* cuando la cosa se ha perdido o deteriorado, no considerándose deterioro la pérdida de valor que surge como consecuencia de la puesta en funcionamiento o servicio de la cosa (por ejemplo, la matriculación de un vehículo). La restitución del valor se excepciona (§ 346.3 BGB): *(i)* cuando el vicio oculto que da lugar a la resolución se manifiesta por primera vez durante el procesado o modificación de la cosa comprada; *(ii)* cuando la pérdida o deterioro de la cosa fueren imputables al acreedor de la restitución, así como cuando el daño a la cosa se hubiera producido igualmente estando en poder de aquel; o *(iii)* cuando el contrato se resuelve como

consecuencia del ejercicio de un derecho legal de resolución y la cosa a restituir se pierde o deteriora en manos del legitimado, siempre que haya observado la diligencia que guarda en sus propios asuntos (*diligentia quam in suis*). En el tercer párrafo de la norma se encuentran todos los problemas interpretativos.

9. Mientras segunda excepción se antoja perfectamente comprensible, pues atribuye al acreedor de la restitución el riesgo de pérdida de la cosa a él imputable, la tercera representa un privilegio al deudor de la restitución. Gracias a esta regla, el deudor restitutorio queda liberado de restituir el valor en los casos de resolución legal (vicios u otro incumplimiento resolutorio), si la pérdida de la cosa *no le es imputable*, esto es, cuando se produce por un caso fortuito. Asimismo, aunque la pérdida de la cosa le sea imputable, la excepción sigue rigiendo, si el deudor restitutorio observó la misma diligencia que acostumbra en sus propios asuntos (*quam in* suis), es decir, siempre que no hubiera actuado con culpa grave. Los autores alemanes han tratado de llenar de sentido a esta última excepción, muchas veces por la vía de una reducción teleológica. Esta reducción se basa, sobre todo, en aplicar la excepción hasta el momento en que el deudor de la restitución tenga conocimiento de su deber de restituir, pero no después.

10. Para los contratos de servicios y trabajo, el Derecho alemán maneja un tratamiento unitario ante la nulidad y la terminación. En ambos casos, se elimina la relación hacia el futuro; lo que permite acudir al precio del contrato como aproximación del valor. La excepción es que el contrato estuviera desequilibrado, por ejemplo, como consecuencia del dolo, a favor de alguna de las dos partes. Ante este supuesto, acudir al valor del contrato puede resultar inequitativo para la parte que impugna el contrato y que sufrió el dolo. Lo sorprendente es que esto mismo no se aplique a los contratos de cesión de uso. Ello se debe a que este ordenamiento disciplina la restitución de los contratos de cesión de uso a partir de los provechos como objeto de restitución (primario y secundario).

11. El Derecho alemán maneja un supra concepto de *provechos* (frutos, intereses y ventajas de uso). En los contratos orientados a la cesión de un uso (arrendamiento, préstamo), los provechos son la prestación principal que se restituye. Cuando se ordena la restitución en contratos de cesión del uso como consecuencia de su nulidad, la posición mayoritaria entiende que la nulidad elimina la relación y que, en ese momento, se restituye su valor objetivo. Este resultado varía en caso de terminación de un contrato de esas mismas características: la compensación *ex nunc*.

12. Como partida secundaria de restitución, los provechos acompañan a la prestación principal. Tanto para la nulidad –*condictio* de prestación– como para la resolución, se restituyen de los provechos percibidos; lo que plantea el problema de si se incluyen los provechos *ex negotiatione*, obtenidos gracias a

la acción del deudor restitutorio (por ejemplo, las rentas del arrendamiento de la cosa y los intereses de la inversión del precio). Las voces doctrinales que más específicamente se han ocupado de la cuestión abogan por que estos provechos *ex negotiatione* no engrosen la restitución.

13. Para el Derecho alemán, la restitución de las ventajas de uso representa una buena alternativa a la restitución de ganancias. El problema es su *cómputo*. La doctrina mayoritaria, así como el BGH, aboga por calcular las ventajas de uso mediante la amortización lineal de la cosa o derecho a restituir. Solo para los casos de restitución de bienes inmueble, existen dudas sobre la aplicabilidad de una amortización. Por su parte, el Derecho alemán reconoce la restitución de los frutos debidos percibir (*percipiendi*) en la resolución (§ 347.2 S. 1 BGB). Esta posibilidad –sancionadora para deudor de la restitución– ha tratado de ser rebajada; y, legalmente, no se aplica, cuando este no es responsable del fracaso del contrato, pues opera el estándar de la diligencia *quam in suis*.

14. En Derecho alemán, el deudor restitutorio tiene derecho tanto a las mejoras necesarias como a las útiles (que denomina «*Verwendungen*»); el reembolso del «resto de las mejoras» (que denomina «*Aufwendungen*») depende de que el acreedor resulte enriquecido por ellas. La doctrina y la jurisprudencia sitúan dentro de esta última categoría a aquellas mejoras que modifican la sustancia de la cosa. El problema de esta regulación es que conduce, en últimas, a un debate en términos cuantitativos-cualitativos que, a mi juicio, se debe evitar: dado que en unos casos la mejora se restituye *siempre* y en los otros solo si hay enriquecimiento del acreedor, este sistema reduce la cuestión de las mejoras a la prueba de si se trata de *Verwendungen* o de *Aufwendungen*.

15. Ante los contratos ilegales o contrarios a la moral, el sistema alemán de la *condictio* diferencia entre si el que recibe la prestación es responsable de la ilicitud o la inmoralidad, en cuyo caso el *solvens* puede pedir la restitución mediante la *condictio* (§ 817 S. 1 BGB); o si ambos son copartícipes de la ilicitud inmoralidad, en cuyo caso se neutraliza la restitución en las dos direcciones (§ 817 S. 2 BGB). El principal problema es que el sistema solo parece excluir la restitución cuando ambos son partícipes de la ilicitud o amoralidad; y no cuando solo lo es el que la realiza. Autores como Honsell plantearon en su día una reducción del supuesto de hecho a los encargos ilícitos/inmorales, que pasaría por *(i)* una reducción de la clase de supuestos a los que se refiere una norma como el § 817 BGB, y *(ii)* un adecuado ejercicio de imputación de la torpeza.

CAPÍTULO 4

LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO FRANCÉS

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO FRANCÉS Y EL PROBLEMA DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL

La restitución derivada de la desvinculación contractual no fue un terreno excesivamente cultivado en Francia durante las primeras décadas del s. xx. Este hecho va en línea con el olvido de la restitución contractual en el articulado del *Code* [1]. Durante buena parte del s. xx, los estudios doctrinales franceses se centraron más en estudiar las causas de la desvinculación del contrato (sobre todo, anulación y resolución) que sus consecuencias [2]. No sorprende, entonces, que muchos de los manuales de consulta omitieran tratar la restitución al abordar la anulación y la resolución [3]; o que otros, simplemente, mencionasen de pasada la obligación de restitución recíproca en caso de anulación –con la excepción del régimen restitutorio de los menores (cfr. art. 1312 CCfr 1804)–, así como los efectos retroactivos que seguían a la resolución [4].

Ni la restitución, en general, ni mucho menos la restitución derivada de la desvinculación contractual, en particular, fueron un terreno prolífico hasta fi-

[1] Véase, *supra*, Capítulo 1, IV. 1. Sobre la restitución se ha dicho en este sentido que «[…] *notre Code est à la fois, très curieusement, bavard et incomplet*» (Bousiges, 1982, p. 1).

[2] Advierte de ello, Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 1. Más tarde en el mismo sentido, Fréchette, 2017, p. 6.

[3] Es el caso de Colin y Capitant, 1928, pp. 344-350 y 351-359. Los autores inciden en los otros efectos de la anulación, como la prescripción, o en la forma de ejercicio de la resolución, y solo se dedican a las cuestiones restitutorias a propósito del estudio de la rescisión por lesión en la venta (pp. 452-454).

[4] Planiol y Ripert, 1932, párr. 1278-1279, 1320.

nales de los años ochenta del pasado siglo en el Derecho francés, donde se carecía de una teoría general[5]. Solo a partir del último cuarto del s. XX, la doctrina[6] comenzó ciertamente a dedicar algo más de espacio a la restitución contractual; ello, sin dejar de advertir la dificultad que suponía hacerlo en ausencia de disposiciones legales, con una jurisprudencia creativa e incierta[7] y marcadamente insuficiente[8]. Por eso, incluso bien entrado el s. XXI, seguía presente la idea de que Francia no disponía de una teoría general sobre la restitución contractual[9]; lo que en parte obedecía a una falta de motivación general para abordar una materia descrita sencillamente como «aburrida de explicar» («*l'un des moments les plus sûrs d'ennui pour l'auditoire*»[10]). Ese «desinterés» hizo del Derecho francés de la restitución contractual un terreno muy poco desarrollado a nivel dogmático, a pesar de los problemas prácticos que puede plantear[11]. Como resultado, se alcanzó un sistema de restitución contractual, más de corte jurisprudencial y doctrinal, que en muchos aspectos engarzaba con otras instituciones colindantes, como el pago de lo indebido, las normas posesorias o el enriquecimiento sin causa. Esta experiencia «precodificadora» se analizará en la primera parte de este capítulo.

La segunda parte se dedicará a analizar la nueva regulación de la restitución por desvinculación contractual introducida en los artículos 1352 a 1352-9 CCfr. Con ella, se ha pretendido completar una de las grandes lagunas del *Code* de 1804. Tras la modernización, Francia cuenta ahora con un régimen unitario de restitución contractual, válido para cualquier supuesto de desvinculación.

II. EL DERECHO FRANCÉS PREVIO A LA MODERNIZACIÓN DE 2016

Como se ha anticipado, la ausencia de normas específicas condujo a tribunales y autores franceses a recurrir a las normas posesorias (arts. 549 y 550 CCfr)

---

[5] En este contexto se inserta la frase «*il n'y a pas en droit civil de théorie générale de la restitution*», de Philippe Malaurie, 1975, p. 37. Tiempo después, en su trabajo general sobre la restitución en el Derecho francés, Marie Malaurie, 1991, p. 271 se pronunciaría de manera similar: «*Les restitutions s'inscrivent dans des domaines si divers qu'il ne peut y avoir de thèorie générale de la restitution*».

[6] El momento temporal que media entre principios los ochenta y principios de los noventa es en el que se insertan lo siguientes trabajos: Bousiges, 1982; Guelfucci-Thibierge, 1992; Malaurie, 1991; Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, pp. 85 y ss.

[7] Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 1.

[8] En este sentido, Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 90.

[9] Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 1.

[10] Son palabras de Bénabent, A., *Revue des contrats*, 2008, p. 15.

[11] Advierte recientemente de ello Fréchette, 2017, pp. 1 y ss. Con anterioridad, véase Malaurie, 1991, pp. 74-75.

o las del pago de lo indebido (arts. 1376 y 1377 CCfr 1804) para explicar la restitución contractual. No es casualidad, entonces, que el fundamento de esta restitución se hiciese difícil de identificar, distinguiéndose muchas veces en función de la clase de bien o de contrato [12]; tampoco que germinase la idea de que las reglas restitutorias contractuales, en caso de nulidad o resolución, eran una especie de conglomerado tomado de otros sectores [13]. Con estos mimbres, se construyó un sistema de restitución contractual que, en lo sustancial, resultaba idéntico para la nulidad y la resolución; si bien con alguna excepción en cuanto a los contratos no traslativos de la propiedad y a los frutos e intereses. Por eso, me referiré a ambas causas de desvinculación de manera conjunta, sin perjuicio de realizar las puntualizaciones necesarias.

1. La restitución general (en especie y recíproca) y su fundamento

La restitución en caso de desvinculación contractual se edificó a partir de la idea de retroactividad. Para la nulidad, esta idea se asociaba a la ficción de que, una vez declarada, se tenía al acto o contrato como si nunca hubiera existido, privado *ab initio* de todos sus efectos [14]. Ese efecto retroactivo, excesivamente asociado a la nulidad [15], buscaba recuperar el *statu quo ante* [16], y consistía en una restitución recíproca de las prestaciones intercambiadas, cuando el contrato había sido ejecutado [17]. Para la resolución por incumplimiento, se recurría a la misma idea de retroactividad, con la diferencia de que no se considera el contrato «como si nunca hubiera existido» [18].

---

[12] Así, se aludía al régimen del pago de lo indebido, si se trataba de una suma de dinero; al enriquecimiento injustificado, para los bienes muebles y las obligaciones de hacer; o a las normas de reivindicación para los bienes inmuebles. En este sentido, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 369-371. En las páginas siguientes, la autora critica estas aproximaciones.

[13] Así, aludiendo a los principios del derecho de bienes, de la responsabilidad, la inmoralidad de las partes o la depreciación monetaria: Ghestin, 1980, párr. 920. Este autor se mostraba partidario de integrar algunos de los interrogantes que planteaba la restitución contractual (como, por ejemplo, el problema de la depreciación de los bienes a restituir) con arreglo a la regulación del pago de lo indebido (párr. 920, 927).

[14] En efecto, el enfoque más común entre los autores franceses pasaba por observar que la nulidad incluía el principio de la retroactividad, de tal suerte que el contrato nulo «*ne s'est jamais formè et n'à jamais produit d'effet*», y a partir de ahí se estudiaban sus efectos restitutorios. Véase Legier, 1993, pp. 56-57; Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 324.

[15] Muy crítica con la confusión ente la nulidad y la restitución a efectos de retroactividad, si bien desde una posición minoritaria, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 392 y ss.

[16] Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 6.

[17] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 357; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 423.

[18] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 462; Mazeaud y otros, Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 1151; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 653.

En ambos escenarios, si el contrato se ejecutó, la retroactividad exigía aplicar la misma lógica [19], a fin de recuperar el *statu quo ante contractum*, que era el elemento teórico que unía las dos clases de restituciones [20]. Se formaba así lo que los autores denominaban un «contrato sinalagmático invertido» («*contrat synallagmatique renversé*») [21] en cuyo seno las partes debían restituirse recíprocamente las prestaciones intercambiadas al inicio [22]. Y se llegaba a una misma restitución tanto para los casos de nulidad como para los de resolución [23].

Solo desde un sector minoritario se defendía una posición más heterodoxa, que pretendía asimilar el fin de la restitución contractual con el de la responsabilidad civil y, consecuentemente, equiparar la restitución derivada de la nulidad a la indemnización del interés negativo, rechazando que la restitución hubiese de funcionar de manera recíproca [24]. Se trata del planteamiento de *Guelfucci-Thibierge*, quien, a pesar de todo, no terminó de asignar un sentido extracontractual a la restitución derivada de la nulidad, sino que pareció encontrar su fundamento en el propio contrato anulado [25]. En esta línea, quienes hicie-

---

[19] Bénabent, 2003, pp. 162 y 264; Ghestin, 1980, párr. 919; Mazeaud y otros, Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 325.

[20] En este sentido, sobre todo, Malaurie, 1991, pp. 74-79. También, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 387 y 457-458.

[21] Expresión de Carbonnier, 2000, párr. 107. Fue seguida por la mayoría; por todos: Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 15. Más tarde, Bénabent, 2003, p. 163, emplea la expresión «*contrat à l'envers*».

[22] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 358; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 424.

[23] Legier, 1993, p. 88.

[24] Es la tesis de Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 457 y 482-488. Esta autora *(i)* rechazaba el carácter recíproco de la restitución derivada de la nulidad; *(ii)* subrayaba su unilateralidad (dependiente de que cada parte ejerciese la respectiva acción de restitución); y, sobre todo, *(iii)* advertía que el objeto de la restitución no era la recuperación del *statu quo ante*, sino la colocación al acreedor restitutorio en el lugar que tendría el día de la restitución, si el contrato no se hubiese anulado, de manera que el acreedor de la obligación de restitución recibiese ni más ni menos que lo prestado. Por ello, estimaba que el momento para evaluar el montante de la restitución debida era el de la propia restitución cuyo objeto sería el de dejar indemne al acreedor de las consecuencias perjudiciales del contrato; igual que sucede ante la responsabilidad precontractual. Aun así, la autora, a pesar de negar la reciprocidad, reconocía que el alcance de la restitución derivada de la nulidad estaba limitado por la prestación entregada en virtud del contrato anulado, mientras que en la responsabilidad se extendía a todo daño y lucro cesante por culpa precontractual. Por eso, consideraba ambas instituciones –restitución derivada de la nulidad y responsabilidad precontractual– como complementarias.

[25] Así, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 381-384, al estudiar la restitución derivada de la nulidad, no le otorga un carácter plenamente contractual, pero tampoco extracontractual o de cuasidelito, sino que habla de un tercer género de obligaciones (bajo el manto de los «*faits juridiques*») «*consistant dans l'accomplissement d'une prestation en exécution d'un contrat entaché d'une cause de nullité puis anullté, générateur d'une obligation de restituer*». Qué duda cabe que esta autora rondaba la idea de que la restitución respondía a una lógica contractual, pero acaso sin atreverse a formularlo así, por entender que la restitución contaba con un «*fondement légal*». Estas cavilaciones están detrás del resultado al que llega la autora sobre el fundamento de la restitución consecutiva a una nulidad: «*c'est donc plus prècisament, et plus directement, l'accomplissement d'une prestation en exécution d'un contrat entachè d'une cause de*

ron por buscar un sentido plenamente contractual a la restitución derivada de la desvinculación del contrato lo encontraron. En particular, ciertos autores rechazaron que el fundamento de la restitución contractual se hallase en el enriquecimiento injustificado [26] –pues no se apreciaba realmente una ausencia de causa capaz de convertir en injustificada la atribución–, el pago de lo indebido –pues la restitución contractual era ajena a cualquier *error* del *solvens*– o la reivindicación –pues su lógica era incompatible con la reciprocidad restitutoria [27]–.

Tanto para la nulidad como para la resolución, la restitución *in natura* era la regla general [28], siempre que ello fuera posible [29]. Con todo, existían voces que abogaban por una mayor flexibilización de la idea de restitución en especie, convirtiéndola en una restitución del valor, cuando la primera se antojase muy complicada [30]. Este enfoque venía reforzado por algunas decisiones de la jurisprudencia menor francesa, que descartaban la restitución en especie de productos petrolíferos bajo tierra, debida por sociedades energéticas, por abuso de derecho del acreedor de la restitución [31]. Con todo, esta posición no fue acogida nunca por la *Cour de Cassation*, que apostaba por la restitución en especie como regla general, por muy difícil que se antojase la restitución *in natura* en estos casos [32].

Fuera de los anteriores supuestos, la idea del «*contrat à l'enverse*» se topaba con una realidad en la que, muchas veces, la restitución no podía ejecutarse de manera tan plácida, si durante el tiempo en que la relación contractual se ejecutó se utilizaron los bienes, se obtuvieron frutos, se deterioraron las cosas o se perdieron [33]. Estos eventos, se medían la consistencia de la doctrina francesa sobre la restitución contractual.

---

nullitè puis anullé, qui fonde l'obligation de restituer» (pp. 380-381); y de él parte su análisis en profundidad del contenido de la restitución (pp. 454 y ss.). Todo ello, a pesar de negarle, carácter recíproco a la restitución (*supra*, nota 24).

[26] Véase Bousiges, 1982, pp. 42 y 48. También Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 3.

[27] Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 374-379.

[28] Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 15.

[29] Bénabent, 2003, p. 163; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 424.

[30] En este sentido, Malaurie, 1991, pp. 100-102 y 104-108. La autora advertía –y se inclinaba– de una evolución, cada vez más marcada, hacia un principio general de restitución del valor, que además quedaría acelerado por las exigencias de la sociedad de consumo, en donde los bienes pierden más rápido su valor original.

[31] Informa de estos casos, y de que la *Cour de Cassation* no ha admitido una solución en este sentido, Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 17.

[32] Véase *ibid*., párr. 17.

[33] Véase Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 3.

2. **Las alteraciones restitutorias**

La doctrina iusprivatista francesa del último cuarto del s. XX pronto comprendió que el retorno de las cosas al *statu quo ante* se encontraba con dificultades [34]. En un contrato traslativo de la propiedad, tales dificultades se refieren a la pérdida de la cosa, su deterioro, consumo, venta o incorporación a otros bienes de modo irreversible [35]; pero no a la pérdida de valor del precio o la cosa a restituir, que habían de ser asumidos por la parte que los recuperaba (acreedor de la restitución) [36]. El tratamiento de estos casos exigía un ejercicio de reparto de riesgos para el que el sistema francés no era especialmente sofisticado.

2.1 La distribución de riesgos restitutorios

Si bien en un primer momento la jurisprudencia francesa optaba por neutralizar la posibilidad de ejercitar la acción –de nulidad– cuando no se podía restituir *in natura* lo recibido por el contrato, paulatinamente se impuso una restitución del valor de la cosa [37]. Esa tendencia se fue asentando con el tiempo [38] y la restitución del valor se convirtió en moneda común [39], también para los casos de resolución [40]; solo así se podía intentar recuperar el *statu quo ante* en casos de imposibilidad de restituir en especie [41]. En efecto, cuando la pérdida de la cosa resultaba imputable a una de las partes, los tribunales tampoco albergaban demasiadas dudas en que esa parte había de correr con el riesgo restitutorio [42]. Es decir, que tenía que restituir su valor [43], sin que el dolo del deudor de la

---

[34] En este sentido, Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 85.

[35] Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 424.

[36] Bénabent, 2003, pp. 163-164; Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, pp. 88-89. En efecto, para el precio se aplicaban los principios del nominalismo y no los de una deuda de valor: Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 458-459.

[37] Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 86. Un análisis crítico de esta posición, a partir de una antigua sentencia de la *Cour de Cassation* que llegó a esta conclusión puede verse en Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 405-406.

[38] Así, criticando, a finales de los setenta que los casos de pérdida de la cosa a restituir supusiesen la desaparición de la posibilidad de anular el contrato; y abogando por una restitución del valor: Ghestin, 1980, párr. 925-926.

[39] Bénabent, 2003, p. 166; Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, pp. 358-359; Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 325 (y n. 5); Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 424.

[40] Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 464-465; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 654.

[41] Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 387.

[42] Da cuenta de ello, Ghestin, 1980, párr. 926.

[43] Malaurie, 1991, pp. 130-132 y 138-139; Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 325; Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 23.

restitución cambiase el resultado[44]. Solo en los supuestos de vicios ocultos se excepcionaba la regla general de atribución del riesgo restitutorio al deudor, cuando la cosa se perdía como consecuencia de los vicios, pues se consideraban imputables al vendedor (acreedor restitutorio)[45].

Mayor debate se generó en los escenarios de *pérdida fortuita* de la cosa a restituir. Ante ellos, no estaba del todo claro si el acreedor de la restitución debía soportar ese riesgo, por aplicación del principio *res perit domino*[46]. Un sector acudía aquí, a la teoría de los riesgos aplicada a la restitución, para atribuir el riesgo al acreedor (vendedor), con el argumento de que este recuperaba automáticamente su condición de propietario tras el fracaso del contrato[47]. Con el paso del tiempo, se fue asentando –tanto para la nulidad y como para la resolución– la solución basada en la restitución del valor, también ante la pérdida fortuita[48]. Que el deudor de la restitución corriese con el riesgo de pérdida fortuita se explicaba a partir de la configuración de la restitución como una *obligación*; lo que permitía acudir al *res perit debitori*, y no al *res perit domino*; también por medio de un razonamiento más pragmático según el cual el obligado a restituir se encontraba en mejores condiciones de asegurar la cosa que el acreedor de la restitución[49].

Como solución, la restitución del valor en caso de imposibilidad de restituir *in natura* era coherente con lo que se venía haciendo para los casos de deterioro de la cosa a restituir. Aquí, se acudía a una solución extramuros de la lógica restitutoria, según la cual el deudor de la restitución responsable del deterioro debía indemnizar ese daño al acreedor, que recuperaba el bien, salvo que el deterioro resultase fortuito[50]. En ese caso, se consideraba que los deterioros tenían que ser soportados por el acreedor de la restitución, pues este se beneficiaría de los incrementos fortuitos de valor[51].

---

[44] Malaurie, 1991, p. 133.

[45] Véase, en este sentido, Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 86.

[46] Véase Ghestin, 1980, párr. 926, quien critica la jurisprudencia anterior por confundir el *res perit domino* (o riesgos de la cosa) con los riesgos del contrato, para defender que fuera el deudor quien corriese también con este riesgo de pérdida fortuita.

[47] Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 22.

[48] Véase Malaurie, 1991, pp. 130-132.

[49] Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 464-465.

[50] Ghestin, 1980, párr. 926; Bénabent, 2003, p. 165; Malaurie, 1991, pp. 264-266, autora que considera indemnizables los deterioros atribuibles al deudor, porque este también tiene derecho a la restitución de las mejoras; Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 88.

El fundamento último de esta obligación de compensar el deterioro no se hallaba en la responsabilidad extracontractual, sino simplemente en el hecho de que el deterioro le era atribuible (véase Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 462-464).

[51] Véase, sobre todo, Malaurie, 1991, pp. 252-255. También, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 467-468.

2.2 El valor por restituir

Para la determinación del valor, la doctrina francesa rechazaba acudir al precio original del contrato, pues ello equivaldría a cumplir soterradamente aquel [52]. A partir de aquí, la práctica francesa barajaba, al menos, tres métodos distintos para evaluar dicho valor [53]. El *primero* consistía en acudir al valor *al tiempo de la restitución* de una cosa similar a la que fue objeto de prestación. Este sistema asignaba el riesgo de depreciación de la cosa imposible de restituir al acreedor de la restitución (el vendedor, en la compraventa), lo que generaba una cierta injusticia, en la medida en que esta parte no había tenido la cosa en su poder, pero recuperaba un valor como si así hubiera sido. El *segundo* método computaba acudía al valor de la cosa *al momento del contrato*, de manera que era el deudor de la restitución (el adquirente) el que soportaría, por hipótesis, la depreciación de la cosa [54]. La *tercera posibilidad* consistía en obligar a restituir el valor de la cosa *al tiempo de la restitución, pero partiendo del valor que efectivamente tenía al momento del contrato*; con ello, el deudor restitutorio (adquirente) corría con la pérdida de valor por uso, mientras que el acreedor (vendedor) haría lo propio con el riesgo de obsolescencia de la cosa. De las tres opciones, se terminó imponiendo la tercera, gracias al reconocimiento de que en este contexto había de operarse con una deuda de valor [55]. Pero no era una cuestión unánime [56]. Acudir al valoren el momento de la pérdida nunca se barajó como opción.

2.3 Contratos distintos de los traslativos de la propiedad

Ante los contratos de cesión de uso, de servicios o de prestaciones periódicas que se consumen (suministros), el Derecho francés enfrentaba el problema de la imposibilidad de restituir *in natura* el servicio, el uso o lo consumido [57]. Para dar respuesta a la restitución derivada de la nulidad de esta clase de contratos, se acudió a la indemnización por equivalente (valor);

---

[52] Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 458; Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 23.

[53] Malaurie, 1991, pp. 86-87.

[54] Favorable a esta opción, Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 23.

[55] Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 455-456; Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, pp. 358-359.

[56] No obstante, se inclinaba por el valor de la cosa al tiempo del contrato: Bénabent, 2003, pp. 166-167; Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 326.

[57] Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 325; Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 24; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 425.

si bien no sin discusión teórica sobre la corrección de este planteamiento [58]. Como fuere, el enfoque general rechazaba la posibilidad de entender compensadas las prestaciones y abogaba por una restitución del valor [59], asociada a la indemnización [60]. En este contexto, se estimaba más satisfactorio que fuera el juez el que determinase el valor del servicio, del uso o de la prestación irrestituible *in natura*, con base en la equidad, en el momento de la restitución [61]. Igual que en los casos de restitución tras una compraventa, el precio se descartaba como referencia para calcular el valor, pues ello equivaldría a cumplir el contrato anulado [62].

Para la resolución, aunque la jurisprudencia vacilaba, los autores optaban, sin embargo, por una solución, más simple [63]: entender compensadas las prestaciones ejecutadas hasta el momento del fracaso del contrato [64]. La única excepción venía dada por los contratos de ejecución «escalonada» o sucesiva, si las prestaciones no podían considerarse como divisibles, en cuyo casi tenía lugar una restitución normal y no una compensación [65].

2.4 La restitución debida por el menor o el incapaz

La única restitución contractual que el *Code* expresamente preveía era la que seguía a la nulidad del contrato por minoría de edad o falta de capacidad [66]. Según el artículo 1312 CCfr 1804, en esos casos, la obligación restitutoria del menor o la persona con discapacidad dependía de que el pago le hubiera bene-

---

[58] Para los contratos de arrendamiento se hablaba de una «*indemnité d'occupation*», véase Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 325. Sin embargo, otros autores fundamentaban la obligación de compensar, no en la imposibilidad de restitución en especie, sino directamente en la prohibición del enriquecimiento injustificado que justificaba esa compensación (véase Ghestin, 1980, párr. 923). Por su parte, Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 325, n. 4 advierten que la obligación restitutoria tras la anulación no se puede confundir con la posibilidad del arrendador de exigir una compensación por enriquecimiento sin causa, cuando el arrendatario se mantenía en el inmueble tras la declaración de nulidad.

[59] Bénabent, 2003, p. 167; Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 24.

[60] Legier, 1993, p. 57.

[61] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, pp. 360-361; Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 85; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 425.

[62] Ghestin, 1980, párr. 924; Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 474-476.

[63] Barajada para la nulidad por algún autor: Posson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 85.

[64] Véanse las consideraciones de Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 464; Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, pp. 1153-1154; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 655.

[65] En este sentido, ilustrando, además, sobre las dudas de la jurisprudencia, Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 1154.

[66] Véase, *supra*, Capítulo 1, IV. 1.1. El artículo 1312 CCfr fue modificado el 19.2.1938 excluyendo de su ámbito de aplicación a la mujer casada.

ficiado [67], es decir, de su enriquecimiento. Con ello, se evitaba una lesión patrimonial, para el caso en que dilapidasen lo recibido en virtud de un contrato nulo debido a su falta de capacidad [68]. La regla actuaba así como excepción a la restitución integral y reciprocidad –recuperación del *statu quo ante*– que inspiraba la restitución en el resto de los casos de nulidad [69].

Para la determinación de enriquecimiento, la doctrina y la jurisprudencia [70] acudían al concepto de utilidad, así como a lo hecho por el incapaz con la prestación recibida [71]. Existía enriquecimiento –y, con ello, deber de restitución– siempre que el menor o la persona con discapacidad hubieran aprovechado la prestación (por ejemplo, para liquidar una deuda, para adquirir otro bien, o si se sirvió de la cosa adquirida) [72]. En cambio, si dilapidaban lo recibido, quedaban dispensados en todo o en parte de su obligación de restituir [73] (por ejemplo, vender un bien por 5.000 y dilapidar la mitad del dinero: solo restuían 2.500). En consecuencia, el sistema protegía a estos sujetos incluso frente a la restitución de una cosa perdida «voluntariamente» [74]. Es más, el cocontratante del incapaz debía probar el enriquecimiento. Para equilibrar los intereses en juego, y hacer menos dura la regla para el otro contratante, la jurisprudencia interpretaba flexiblemente esta obligación de prueba del enriquecimiento [75].

2.5 La ilicitud o inmoralidad causal

La jurisprudencia francesa también articuló una excepción a la restitución recíproca de las prestaciones, cuando el contrato resultaba nulo como consecuencia de su inmoralidad (por ejemplo, una compra o alquiler de un

---

[67] Article 1312 CCfr 1804: «*Lorsque les mineurs ou les majeurs en tutelle sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité ou la tutelle des majeurs, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit*».

[68] Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 326.

[69] Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 389.

[70] Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 87; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 427.

[71] No en vano, vinculaban el artículo 1312 CCfr 1804 con el artículo 1241 CCfr 1804, para los pagos hechos a un incapaz. Según esta última regla, el pago hecho a un incapaz no es válido, «*à moins que le déniteur ne prove que la chose payée a tourné au profit du creancier*». Véase, en este sentido, Ghestin, 1980, párr. 932. La relación entre ambas normas también se había puesto de manifiesto en la construcción de la acción de *in rem verso* francesa. Véase, *supra*, Capítulo 2, IV. 5.1.

[72] Con cita de jurisprudencia, véase *ibid*., párr. 932.

[73] Véase Bénabent, 2003, pp. 167-168; Legier, 1993, p. 57; Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, pp. 326-327.

[74] Malaurie, 1991, p. 138.

[75] Véase Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 22.

burdel, un pacto que permitía a una mujer casada encontrarse con su amante, o un préstamo para el juego)[76]; también en los casos de corrupción de un funcionario[77]. En tales supuestos, los tribunales acudían a los adagios «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» e «*in pari causa turpitudinis cesat repetitio*». Mediante ellos, los contratantes quedaban expuestos al riesgo de no poder recuperar las prestaciones intercambiadas o a que sufriera este riesgo quien primero cumplía[78]. Tratándose de una excepción preventivo-punitiva a la restitución integral y recíproca[79], algunos autores denunciaron que pretender desincentivar contratos inmorales podía conducir, sin embargo, a resultados injustos[80].

Durante bastante tiempo, los autores y tribunales franceses se apoyaron más en el *nemo auditur* –nadie puede aprovecharse de su propia vileza– que en el *in pari causa*, para excepcionar la restitución integral y recíproca[81]. Esto explica que el *nemo auditur* no se aplicase a los casos en los que concurría «simplemente» una ilegalidad, pero no una inmoralidad. Por ejemplo, los contratos ilícitos por pagar un sobreprecio a cambio de la cesión de un oficio ministerial; por disimular parte del precio en la venta de un inmueble o un fondo de comercio; por el traspaso de una farmacia a un no diplomado; por la ejecución de una cláusula de pago en moneda extranjera declarada nula; o por las sumas abonadas en la ejecución de un contrato contrario al orden público económico francés o extranjero[82]. Para esos contratos «simplemente» ilícitos, se defendía una restitución recíproca normal[83].

Pero la frontera entre ilicitud e inmoralidad no era tan nítida[84]. En esta línea, los autores no perdieron la oportunidad de denunciar la enorme inseguridad que se escondía tras el *nemo auditur* – pues obligaba a hacer un reproche moral, no siempre sencillo– y defendieron la necesidad de ubicar el fundamento de la excepción a la restitución en el principio *in pari causa*[85]. También defendieron que la regla no se aplicase a casos en los que el orden público

---

[76] Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 87; Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, pp. 361-362.

[77] Bénabent, 2003, p. 168.

[78] Bénabent, 2003, p. 169; Ghestin, 1980, párr. 931.

[79] Legier, 1993, p. 57.

[80] Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 428.

[81] Véase Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 327.

[82] Ejemplos tomados de Ghestin, 1980, párr. 929.

[83] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 362; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 429.

[84] Ghestin, 1980, párr. 930. Este autor se refería al ejemplo de un contrato de alquiler de material a los alemanes durante la ocupación, en el que fue negada la restitución, por ser contrario a la moral; y otro tendente a corromper a un funcionario que fue calificado de ilícito, permitiéndose la restitución.

[85] Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 28; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 430.

aconsejase una restitución [86]. Así, se ordenaba la restitución del dinero no pagado a una prostituta o de lo percibido por un farmacéutico por fabricar un remedio secreto [87]. Con ello, la doctrina llegaba a una reducción de la regla de la no restitución, la cual quedaba limitada ante los casos de inmoralidad de ambos contratantes [88]. Como fuere, los contratos ilícitos o inmorales mostraban los inciertos límites del precario sistema de restitución contractual francés, construido a base de una jurisprudencia, a la que tampoco se le podía reprochar demasiado [89].

3. **Restitución, terceros y transmisión de la propiedad**

La cuestión de los efectos de la desvinculación frente a terceros adquirentes de la cosa a restituir revestía especial importancia. En los casos de nulidad, el sistema consensual francés provocaba que la propiedad regresase automáticamente al acreedor de la restitución, convirtiendo al tercer adquirente en un mero poseedor, sometido a la acción reivindicatoria del primer transmitente [90]. Tras este efecto estaba la idea de que «nadie da lo que no tiene» [91]. La nulidad despojaba al adquirente (deudor de la restitución) de su condición de propietario. Este hecho entraba en contradicción con la obligación del deudor de la restitución de prestar el valor de la cosa en caso de pérdida fortuita (o a él imputable). Como se ha visto, la contradicción se salvaba con la idea de que la obligación de restitución de la cosa se movía en un plano distinto a la cuestión sobre la propiedad de esta [92]. Y lo mismo ocurría con los supuestos de resolución [93].

El problema de este sistema era la inseguridad jurídica a la que sometía a los terceros [94], que difícilmente podían detectar la nulidad en la que estaba

---

[86] Ghestin, 1980, párr. 930. Sin embargo, este autor reconocía las dificultades que, a su vez, implicaba determinar en qué casos el orden público debía conducir o no a la restitución.

[87] Véase Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 29.

[88] Bénabent, 2003, pp. 168-169; Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, pp. 362-363.

[89] En este sentido, Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 30-31.

[90] Así, en una compraventa, el vendedor se convertía automáticamente en propietario y en deudor de la restitución del precio, mientras que el comprador se convertía en poseedor de la cosa y acreedor de la restitución del precio; en este sentido, Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 358.

[91] Ghestin, 1980, párr. 933.

[92] Así, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 428-429.

[93] Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 1151.

[94] Bénabent, 2003, pp. 169-170; Ghestin, 1980, párr. 933.

inmersa el contrato de su causante [95]. Por ello, autores y jurisprudencia arbitraron algunos *correctifs* al principio de retroactividad, a fin de no perjudicar en exceso a los terceros. Para bienes muebles, la regla de «*la possession vaut titre*» (art. 2279 CCfr 1804; desde 2008, art. 2276 CCfr [96]) se empleó para neutralizar la reivindicación del acreedor restitutorio. Sin embargo, para los bienes inmuebles, se reconocían las deficiencias del sistema de protección de terceros [97], a los que se remitía a la usucapión ordinaria de diez años, si disponían de un justo título [98]. Este contexto que los autores denunciasen la desprotección a que quedaban sometidos los terceros adquirentes de inmuebles frente a la retroactividad derivada de la nulidad del contrato de su causante. A estos solo les quedaba el sistema de publicidad de la sentencia, que solo actuaba en favor de los terceros adquirentes posteriores a la sentencia, no de los anteriores [99]. Algunos manuales advertían de la posibilidad de recurrir aquí a la *teoría de la apariencia* («*théorie de l'apparence*»), de creación jurisprudencial, para mantener los actos de disposición (no los de administración), protegiendo a quienes de buena fe confiaron en la existencia de la situación jurídica [100].

Las mismas soluciones, diferenciando entre muebles e inmuebles, se repetían ante la resolución [101]. Los autores franceses aludían también a la teoría de la apariencia, para consolidar y dar protección al tercer adquirente de buena fe que adquiría confiando en la apariencia de la estabilidad jurídica situación de su causante [102]. Fuera de esta teoría, los terceros solo contaban con la posibilidad de informarse de si su transmitente había pagado el precio, en caso de que la venta estuviera inscrita; o de acudir a la publicidad de la sentencia de resolución, si la compra tenía lugar después del fallo [103].

---

[95] Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 327.

[96] Es importante advertir que la *Loi n.º 2008-561*, de 17 de junio, trasladó el contenido del article 2279 CCfr 1804 al 2276 CCfr, donde actualmente se encuentra. La dicción del artículo 2276 CCfr es la siguiente: «*En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient*».

[97] Véase Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 327.

[98] Ghestin, 1980, párr. 934; Legier, 1993, p. 58; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 432 y 656.

[99] Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 327.

[100] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 357. El alcance de la teoría se describe como limitado por estos autores, quienes principalmente aludían al mantenimiento de contratos de arrendamiento.

[101] En este sentido, *ibid*. p. 357. También, más en profundidad, Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, pp. 1151-1152.

[102] Bénabent, 2003, p. 169; Ghestin, 1980, párr. 936; Legier, 1993, p. 58; Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 10; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 432.

[103] Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 1152.

4. **Partidas secundarias de restitución**

4.1 Frutos e intereses

Dado que *Code civil* no reconocía regla alguna en materia de restitución contractual de frutos e intereses, existía consenso en aplicar el régimen de la liquidación del estado posesorio en este punto [104]. A resultas del artículo 549 CCfr, todavía en vigor [105], el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos. El poseedor de buena fe es aquel que, creyéndose propietario, ignoraba que su título de adquisición adolecía de algún vicio atinente a la propiedad (art. 550 CCfr).

En una línea similar, autores como Ghestin defendían acudir al régimen del cobro de lo indebido [106]. Ello, a pesar de las voces que advertían de que este régimen contrariaba la idea de retroactividad en torno a la cual se articulaba esta clase de restitución [107]. Con este régimen, el deudor de la restitución de buena fe podía conservar los frutos percibidos hasta el día de la demanda de nulidad [108]. La buena fe del deudor de la restitución se asociaba con la ignorancia del vicio de nulidad del que adolecía el contrato [109].

En cuanto al montante de la restitución de frutos, la doctrina y la jurisprudencia se dividían entre quienes simplemente abogaban por la deducción de los gastos incurridos para su obtención, y quienes defendían distinguir en fun-

---

[104] Bénabent, p. 164; Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 359; Mazeaud, Mazeaud y Chabas, 1998, p. 326; Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 18; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 426.

[105] Hay que advertir que el artículo 549 CCfr 1804 fue modificado por la *Loi 60-464*, de 17 de mayo. En la versión en vigor, el artículo 549 CCfr establece: «*le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement*».

[106] Ghestin, 1980, párr. 920.

[107] En este sentido, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 459-460, autora que parte de que –en la restitución que sigue a la nulidad– aplicar el régimen del cobro de lo indebido, de la liquidación del estado posesorio o del enriquecimiento sin causa implica introducir valoraciones sobre la responsabilidad y la buena o mala fe de los contratantes, que son ajenas a la idea de restitución integral y de recuperación del *statu quo ante* (pp. 432-439). Y las mismas consideraciones vertía la autora sobre el derecho a la restitución de los intereses del precio (pp. 460-461).

En otro sentido, puede verse también, Malaurie, 1991, pp. 169-170; esta última autora parece decantarse, al final, por aplicar un principio de compensación entre los frutos y los intereses. En particular, consideraba que el retorno al *statu quo ante* –su punto de partida del análisis de la restitución en casos de nulidad o resolución; pp. 74-79– era del todo contrario a una restitución de frutos e intereses atravesada por las normas posesorias o las del pago de lo indebido, con su discriminación entre la buena y la mala fe del *accipiens*; lo que condicionaría inexplicablemente, en el caso de los intereses, el momento de su cómputo (pp. 174, 187-188 y 194). Contraria a una compensación *forfaitaire* entre frutos e intereses, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 461-462.

[108] Legier, 1993, p. 57.

[109] Bénabent, 2003, p. 164; Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 18.

ción de si la obtención de los frutos obedecía a la cosa en sí misma (*ex re*) o al esfuerzo y trabajo del obligado a restituirla (*ex negotiatione*) [110]. En el primer caso, se restituirían todos los frutos, deducidos sus gastos de obtención. En el segundo, solo se restituirían los frutos directamente relacionados con la cosa, sin tener en cuenta los gastos; pero no aquellos percibidos gracias a la actuación del deudor de la restitución. Ninguna de las dos posiciones era predominante, y ambas se admitían [111].

Mucho más claro era que no se restituían los frutos de la cosa mejorada por el deudor de la restitución; al menos, desde un pronunciamiento de la *Cour de Cassation* de los años sesenta [112]. Según los hechos, se había vendido un terreno sobre el que el comprador habría construido un edificio que después se dedicó a alquilar. Declarada la nulidad de la venta, se condenó al comprador a restituir los alquileres, como frutos civiles, pero solamente en la proporción que estos representaban sobre el valor del terreno en relación con el edificio.

El beneficio restitutorio del poseedor de buena fe en materia de frutos percibidos se extendía, sin demasiadas vacilaciones, a la restitución de los intereses del precio: siendo de buena fe, el deudor de la restitución del precio solo los debía a partir de la demanda. Para el cálculo de los intereses debidos, se acudía al interés legal. Esta manera de proceder para con los intereses se correspondía igualmente con las reglas sobre el pago de lo indebido [113] *ex* artículo 1378 CCfr 1804 [114].

Solo para la resolución del contrato, la doctrina alcanzaba una solución distinta, consistente en entender compensados los frutos con los intereses [115].

4.2 Ventajas de uso

A diferencia de lo que sucedía con los frutos y los intereses, el *Code civil* no ofrecía un régimen normativo para integrar la obligación del deudor restitu-

---

[110] Un resumen de las posiciones se encuentra en Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, pp. 89-90, quien se decanta finalmente por la última de las opciones.

[111] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 359; Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 18; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 426, n. 2. También, más en profundidad, Malaurie, 1991, pp. 179-181. Esta última autora describía la restitución de frutos como un ejercicio «complejo», «incierto» y «aproximado»; lo que invita a establecer una comparativa entre el rol de la cosa y del poseedor en la obtención de los frutos.

[112] SCC, *Chambre civile*, 20.6.1967, *Bull. Civ*. I, n.º 227.

[113] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2015, p. 360; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 426.

[114] Su dicción era la siguiente: «*S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement*».

[115] *Ibid*., párr. 654.

torio de abonar el valor de uso de la cosa a restituir. La jurisprudencia tuvo que llenar esa laguna. En un primer momento, la *Cour de Cassation* reconoció el derecho del acreedor de la restitución de ser compensado por el uso de la cosa, sobre la base del enriquecimiento sin causa [116]. Más adelante, el mismo tribunal reconoció la posibilidad de canalizar la restitución de las ventajas de uso a través de la indemnización extracontractual (cfr. art. 1382 CCfr 1804 [117]), por haber estado privado el acreedor de la restitución del disfrute de la cosa hasta la restitución. Esta conexión entre las ventajas de uso y la indemnización se puso teóricamente de manifiesto en un supuesto de anulación de una compraventa por dolo de la parte vendedora; por más que, en aquel caso, la *Cour de Cassation* rechazara que el vendedor tuviera derecho a compensación, pues el comprador no había usado el inmueble [118]. Según este enfoque, la restitución no perseguía indemnizar ningún daño. Por eso, para compensar al acreedor de la restitución por el uso de la cosa se debía acudir a la indemnización, si había culpa de alguna de las partes en la nulidad [119].

Esta solución se predicaba tanto para la nulidad [120], bien que bajo diversas fundamentaciones [121], como para la resolución [122]. Aun así, existían excepciones dentro de la propia *Cour de Cassation* contrarias a la indemnización del uso [123]. De hecho, esta última fue la aproximación que, dos años antes de la reforma, terminó por imponerse [124]. En este último sentido, otro sector doctri-

---

[116] Daba cuenta de ello, citando dos sentencias de mediados de los setenta de la *Chambre commerciale*, Ghestin, 1980, párr. 924.

[117] Su dicción era la siguiente: «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*».

[118] SCC, *Chambre civile*, 9.7.2004, n.º 02-16.302. La *Cour de Cassation* advirtió que «*le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité correspondant au profit qu'a retiré l'acquéreur de l'utilisation du bien vendu; q'en condamnant les époux X... au paiement d'une indemnité d'occupation au profit de leurs vendeurs bien que cette vente ait été déclarée nulle en raison du dol des vendeurs*».

[119] En la misma sentencia que la citada en la nota superior, la *Cour de Cassation* afirma: «*Qu'en statu ant ainsi, alors que la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé, la cour d'appel a violé le texte susvisé*».

[120] Poisson-Drocour, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 89; Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 462.

[121] Bénabent, 2003, pp. 165-166.

[122] Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 654.

[123] Véase la SCC, *Chambre civile*, 11.3.2003, n.º 01.01.673: «*Qu'en raison de l'effet rétroactif de la résolution de la vente, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité correspondant à la seule utilisation du véhicule par l'acquéreur, la cour d'appel a violé le texte susvisé*». Un buen repaso a la evolución jurisprudencial en este punto puede verse en Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 7.

[124] Se trata de la SCC, *Chambre civile*, 19.2.2014, n.º 12-15.520. El pleito versaba sobre un contrato de compraventa de un automóvil de la marca Mercedes por 35.000 euros. La avería del vehículo por culpa de la vendedora (Mercedes) desembocó en la resolución del contrato. Al haberse utilizado el coche durante 5 años, la vendedora reclamaba una indemnización por el tiempo en que este había sido usado, refiriéndose a la depreciación. No obstante, la *Cour de Cassation* confirmó el criterio de la corte de apelación y rechazó esta pretensión del vendedor, de que se redujese así su obligación de restituir el precio cobrado:

nal defendía la no compensación por el uso normal de las prestaciones intercambiadas, siempre y cuando existiese correlación; es decir, siempre que se hubieran intercambiado efectivamente las prestaciones. En ese caso, el uso normal de la una se compensaría con el de la otra; y solo en ausencia de correlación (por ejemplo, si el vendedor entregó la cosa, pero sin recibir el precio) tendría lugar una indemnización por el uso [125], la cual se mediría de acuerdo con el rendimiento que habría producido la cosa [126].

4.3 Mejoras

El reembolso de los gastos de conservación de la cosa a favor del deudor de la restitución se reconocía ampliamente [127]. Cosa distinta sucedía ante las mejoras. Para ellas, se diferenciaba entre bienes muebles e inmuebles. Ante los inmuebles, se acudía al régimen posesorio de los gastos útiles [128], el cual permitía reembolsar al poseedor la menor de entre las dos siguientes cantidades: el gasto incurrido por el mejorante o la plusvalía de la finca [129]. Para los muebles, se abogaba por un régimen de reembolso de las mejoras útiles basado en el enriquecimiento sin causa y la teoría de las impensas [130]; es decir, porque el acreedor restitutorio abonase la menor de las dos sumas siguientes: el desembolso efectuado por el mejorante (empobrecimiento) o el incremento de valor de la cosa (enriquecimiento del acreedor restitutorio) [131]. En general, el derecho del deudor restitutorio al reembolso de las mejoras útiles en la cosa se

---

«*Mais attendu qu'après avoir prononcé la résolution de la vente, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche inopérante, a retenu que le vendeur était tenu de restituer le prix qu'il avait reçu, sans diminution liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure en résultant, justifiant ainsi légalement sa décision de ce chef*»

[125] Malaurie, 1991, pp. 262-263. En similar sentido, considerando que una compensación por el uso de la cosa concedería a las partes más de aquello a lo que tienen derecho en virtud del principio de la restitución integral y recíproca, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 469-470.

[126] Malaurie, 1991, p. 263.

[127] Pues se entendía que el acreedor de la restitución nunca había dejado de ser propietario, al menos en los casos de nulidad: Bénabent, 2003, pp. 164-165. En similar sentido, Malaurie, 1991, pp. 207-211; esta autora se inclinaba por una restitución amplia de los gastos de conservación y ordinarios, excluyendo únicamente aquellos menores que fuesen superados por los beneficios obtenidos con la propia cosa a restituir.

[128] Bousiges, 1982, pp. 126 y ss.; Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 459; Terré, Simler y Lequette, 2013, párr. 654. En similar sentido, Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 88, autora que distinguía entre mejoras necesarias, siempre reembolsables, y mejoras de mantenimiento que no se restituiría por compensarse con la retención de los frutos por el deudor restitutorio de buena fe.

[129] Bénabent, 2003, p. 165.

[130] Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 17.

[131] Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 88

explicaba desde la hipótesis de que, si la cosa hubiese permanecido en poder del acreedor, estas no se habrían ejecutado [132]. Con todo, la cuestión distaba de estar clara, existiendo voces, algo más modernas, que advertían del dilema patrimonial de las mejoras útiles y defendían su reembolso condicionado a que reportasen utilidad [133].

5. **Hacia la reforma**

Entre finales de s. XX y principios del s. XXI, se construyó en Francia un Derecho de restitución por desvinculación contractual, que completaba la laguna inicialmente dejada por el *Code* en esta materia [134]. En este sentido, y no sin notas discordantes [135], se alcanzó una cierta uniformidad en la aproximación basada en la restitución integral y recíproca. También se alcanzó un cierto consenso en la manera de distribuir los riesgos en caso de alteraciones restitutorias [136]; de calcular el valor a restituir; de abordar el problema de la desvinculación en contratos de cesión de uso, de servicios o de ejecución sucesiva; de tratar el alcance frente a terceros; o de explicar la restitución en contratos afectados por una causa inmoral. Todos ellos, problemas no regulados.

Lo mismo sucedía con las partidas secundarias de restitución, para cuyo tratamiento se echaba mano de otras reglas (normas posesorias, enriquecimiento, pago de lo indebido, o indemnización). Pero aquí las opiniones eran menos monolíticas, habiendo voces que siempre afearon el recurso a otros bloques normativos para explicar esta parte de la restitución contractual. El debate sobre cuál fuera la mejor regulación para las partidas secundarias de restitución mostraba las limitaciones del sistema de restitución contractual construido a golpe doctrinal y jurisprudencial para la nulidad y la resolución [137]. Acaso por esta razón, la *Cour de Cassation* advirtió, ya entrado el s. XXI, expresamente acerca de la posibilidad de construir unitariamente la

---

[132] Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 466.

[133] Malaurie, 1991, pp. 226-227.

[134] Pellet, 2016, p. 133.

[135] El mejor ejemplo es el trabajo de Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 382 y ss. Véanse, al respecto, las notas 24 y 25.

[136] No obstante, los autores no diferenciaban de modo exhaustivo (no al menos, de la manera en que el Derecho alemán se ocupó de la cuestión), en qué supuestos se podía invertir la regla general de atribución del riesgo restitutorio al obligado a devolver el bien. Ello a pesar de que el Derecho alemán adolecía de una indefinición similar en materia de restituciones derivadas de la desvinculación del contrato, contando con regímenes casi opuestos, como se vio, para la nulidad y la resolución.

[137] Véase Bénabent, 2003, p. 163.

restitución por desvinculación contractual [138]. Este enfoque se correspondía con los apuntes doctrinales que criticaban que se otorgase tanta importancia a la buena o la mala fe de las partes para la restitución contractual [139]. Así llegó Francia a la codificación de un régimen unitario de restitución contractual, aunque siempre con voces abiertamente contrarias [140].

---

[138] Lo hizo en la SCC, *Chambre civile*, 24.11.2002, n.º 00-21.278, en la que resolvía un caso relativo al plazo de prescripción de la acción de restitución de intereses de un préstamo anulado: «*Attendu que les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité*». Con ello, concluyó que el plazo de prescripción de la acción restitutoria no era el de la acción del pago de lo indebido, sino el plazo general de cinco años previsto entonces en el artículo 1304 CCfr 1804. Lejos de ser «flor de un día», esta orientación fue mantenida por la jurisprudencia hasta los albores de la modernización, en 2016. Así, puede citarse la SCC, 3e *Chambre civile*, 8.7.2015, n.º 14-11-582. Se trataba de un caso de liquidación de un contrato de arrendamiento financiero celebrado entre una empresa inmobiliaria y un ayuntamiento (*commune*). Al anularse el contrato por falta de poder del alcalde en su celebración representando al ayuntamiento, la empresa demandaba que le devolviese las rentas abonadas en ejecución del contrato. En contraposición, el municipio solicitaba el pago de una indemnización por la ocupación del bien durante el período anterior al de la terminación del contrato. El tribunal de instancia entendió que no podía aplicarse la doctrina del enriquecimiento, porque no se había producido ninguna clase de empobrecimiento; y rechazó conceder esa indemnización por ocupación del inmueble, como consecuencia del efecto retroactivo del fracaso del contrato. Sin embargo, la *Cour de Cassation* consideró que la nulidad del contrato conducía a que las partes fueran colocadas en el estado en el que se encontraban antes de la ejecución del contrato; y que, dado que esa recuperación del *statu quo ante* era imposible aquí, la parte beneficiada por la prestación irrestituible en especie, como el uso del bien, tenía que abonar una indemnización por la ocupación.

Al interpretar esta resolución, los autores han destacado, sobre todo, que la *Cour* se separarse de la lógica del enriquecimiento o del pago de lo no debido para abordar el problema de la restitución; ello teniendo presente cuál es el objetivo último: recuperar el *statu quo ante*. Véase, en este sentido, Barbier, *RTDciv*, 2015, pp. 869 y ss.

[139] En este sentido, Malaurie, 1991, p. 273. La autora advirtió que la buena o la mala fe de las partes no desempeña un papel más que incidental en la restitución por equivalente. También, Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 379.

[140] Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 22-36. A juicio de este autor, no tiene sentido establecer un régimen unitario para la restitución contractual, toda vez que –siempre a su juicio– la retroactividad no es más que una ficción inalcanzable (párr. 12-15). Esto le lleva a considerar preferible tratar la restitución por separado, en caso de nulidad o de resolución, identificando como criterio determinante el de la imputabilidad del fracaso del contrato (a quién le sea imputable la nulidad o la resolución) (párr. 21). La idea es que solo la parte no culpable del fracaso debe ser colocada en la situación que tendría si el contrato no se hubiera celebrado (lo que no equivale a recuperar el *statu quo ante*). Con estos mimbres, estima: *(i)* Cuando la nulidad sea imputable al vendedor, este restituirá el precio con los intereses, no tendrá derecho a una compensación por el uso de la cosa, tendrá que abonar las mejoras, y si la cosa se perdió en manos del comprador, solo percibirá su valor al tiempo de la venta (no al tiempo de la sentencia); *(ii)* Cuando la nulidad fuera imputable al comprador, este restituirá la cosa, con los frutos y una compensación por el uso, el vendedor solo restituirá el precio, y si la cosa se perdió, tendrá que prestar su valor al tiempo de la sentencia de nulidad; *(iii)* Cuando la nulidad no hubiese sido imputable a ninguna de las partes, estas se restituirán recíprocamente lo recibido, sin restitución adicional alguna por el uso o los frutos; *(iv)* Cuando la resolución fuera imputable al vendedor, este devuelve el precio, debiendo indemnizar la pérdida de valor de este, sin derecho a una compensación por el uso de la cosa, y si la cosa se perdió, recibiendo solamente el valor de esta al tiempo del contrato; *(v)* Cuando la resolución fuera imputable al comprador, este restituye la cosa con los frutos, indemniza su depreciación al vendedor, y abona el valor al tiempo de la sentencia, si se perdió; *(vi)* Cuando la resolución es por un caso fortuito, se aplica la teoría de los riesgos (pues parte de la base de que la cosa no se entregó). A pesar del indudable esfuerzo del autor, no se puede evitar pensar que, al final, se llega a unos resultados sustancialmente unitarios para la nulidad y la resolución, aunque dependiendo de a cuál de las partes le hubiese sido imputable el fracaso del contrato.

III. LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL TRAS LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES DEL *CODE CIVIL*

La reforma del Derecho de obligaciones francés (2016) propició que la restitución contractual entrase «*par la grande porte*» [141] en el *Code*, lo que ha sido destacado más allá de las fronteras francesas [142]. Esta inclusión representa un paso diferencial, comparada con el modelo anterior «*complicado, cambiante, incierto, rígido y a menudo injusto*», que concedía al juez una enorme discrecionalidad [143]. Ahora se incluyen reglas previsibles [144], en el marco de un régimen unitario presentado como un «*droit commun des restitutions* [145]». En efecto, uno de los objetivos que el legislador francés pretendía fue «*precisar las reglas aplicables a las restituciones, sobre todo en caso de liquidación del contrato*» [146]. Ello convierte en muy práctico el sentido de la nueva regulación [147]. Según el propio legislador, el sistema restitutorio del *Code civil* es aplicable a todos los supuestos de anulación (art. 1178 II CCfr), resolución (art. 1229 IV CCfr), caducidad (art. 1187 II CCfr) o, incluso, la repetición del pago de lo indebido [148]. El modelo ha establecido distinciones en función de cuál sea el objeto de la restitución (una cosa, dinero, un servicio, etc.) [149]. Con todo, el nuevo sistema recoge todo el bagaje doctrinal del pasado; lo que explica que se haya cuestionado su utilidad, al identificarse su fundamento teórico con otras instituciones, como el enriquecimiento, el pago de lo indebido, o la responsabilidad precontractual [150]. Veámoslo.

1. **La retroactividad, la restitución y la reciprocidad**

El Derecho francés conserva la visión de que el acto nulo no produce efecto alguno y «*est censé n'avoir jamais existé*» (art. 1178 II CCfr) [151]. Con

---

[141] Pellet, 2016, p. 133.

[142] Desde el Derecho alemán, Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 4-5. Desde el Derecho italiano, refiriéndose a los proyectos anteriores a 2016, con régimen unitario, Bargelli, 2010, pp. 451-455.

[143] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 389.

[144] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 799.

[145] Chantepie y Latina, 2016, p. 893.

[146] Véase «Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations», *Journal Officiel de la République Française*, 2016.

[147] Chantepie y Latina, 2016, pp. 895-896.

[148] «*Rapport…*», cit., sec. V.

[149] Pellet, 2016, pp. 133-134.

[150] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 14.

[151] Article 1178 I CCfr: «Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul».

ello, sigue revistiendo a la *nulidad* de un carácter en sí mismo retroactivo, sin perjuicio de que desemboque en una restitución [152], a la que ahora el *Code* sí se remite (art. 1178 III CCfr) [153]. La restitución de las prestaciones canaliza de este modo la retroactividad [154].

Algo parecido ha sucedido con la *resolución.* Según la nueva normativa, la resolución pone fin al contrato y, si las prestaciones solo encontraban su razón de ser mediante la ejecución, las partes deben restituirse integralmente lo intercambiado (art. 1229 I y II CCfr) [155]. El artículo 1229 III CCfr contrapone el régimen restitutorio de los contratos de tracto único a los de tracto sucesivo. Para los primeros, hay restitución, mientras que en los segundos opera una compensación [156]. Así, en la compraventa, la resolución opera también hacia el pasado y el artículo 1229 IV CCfr reenvía al mismo régimen restitutorio de la nulidad (arts. 1352 a 1352-9 CCfr) [157]. Al referirse a la resolución en la explicación de motivos de la reforma, el Gobierno francés afirmó que «*la cuestión de las restituciones está ahora formalmente separada de la retroactividad, deviniendo en un efecto de la ley*» [158]. Esta apostilla del Gobierno ha sido criticada, por poco clara y venir recogida en el apartado dedicado a la resolución, y no en el nuevo capítulo sobre la restitución contractual general [159].

Más allá de lo anterior, el nuevo sistema no da demasiadas pistas sobre la naturaleza de la restitución contractual. A pesar de ello, los autores continúan refiriéndose a que, ante la nulidad o la resolución, se origina un «*contrat à l'envers*», recíproco, en cuyo seno se pretende recuperar el *statu quo ante*, y destacan las dificultades que el ideal de recuperación de ese estado encierra [160].

---

[152] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, párr. 722; Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 375.

[153] Article 1178 III CCfr: «*Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9*».

[154] Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 378.

[155] Article 1229 I y II CCfr: «*La résolution met fin au contrat.*

La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice».

[156] Article 1129 III CCfr: «*Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation*».

[157] Véase Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 905.

[158] «*Rapport…*», cit., sec. IV, 4.4.

[159] François, 2016, párr. 2.

[160] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, pp. 390-391; Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 379.

2. La restitución *in natura* como regla general

Dice el nuevo artículo 1352 CCfr que la restitución de una cosa distinta de una suma de dinero tiene lugar *en especie*, a no ser que esta sea imposible, en cuyo caso se restituye el *valor* de ella al tiempo de la restitución [161]. Con esta regla, se reconocía la primacía de la restitución *in natura*, para recuperar el estado existente antes del contrato [162]. Ello, con independencia de que la cosa o el precio se hayan apreciado o depreciado durante el tiempo en que el contrato se mantuvo [163]. La restitución en especie solo se excepciona ante la imposibilidad de restitución. Para bienes específicos, esta imposibilidad se refiere, principalmente, a la pérdida de la cosa –incluida la reventa a un tercero de modo irreivindicable–, pero no a la excesiva onerosidad de la restitución [164].

De la nueva regulación se ha criticado que solo parezca aludir a los bienes específicos [165]. Tratándose de bienes genéricos, se considera que la restitución *in natura* resulta igualmente posible y debe preferirse, siempre que en el patrimonio del deudor restitutorio existan bienes de la misma especie y calidad [166]. El problema es que el artículo 1352 CCfr no aclara si, en defecto de estos y siendo la obligación genérica, el deudor está obligado a procurarse otro tanto de la misma especie y calidad para la restitución o si le basta con prestar el valor [167]. Quienes se han ocupado de esta cuestión, optan –no sin dudas [168]– por la primera de las opciones, toda vez que la desvinculación originaría una nueva deuda por bienes fungibles de la misma clase [169].

3. Las alteraciones restitutorias

Si la restitución no puede tener lugar en especie, el nuevo sistema francés impone una obligación de abonar el valor a cargo del deudor de la restitución. Para los contratos traslativos de la propiedad, se ofrecen una serie de reglas referidas, primero, a la distribución del riesgo de alteraciones restitutorias y,

---

[161] Article 1352 CCfr: «*La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution*».

[162] Chantepie y Latina, 2016, p. 899-900.

[163] Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, pp. 380-381; Chantepie y Latina, 2016, p. 900.

[164] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018p. 806.

[165] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 15.

[166] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 805.

[167] *Ibid.*, párr. 5.

[168] Véase Chantepie y Latina, 2016, pp. 901-902.

[169] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 15. En distinto sentido, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 805.

segundo, al modo en que se determina el valor a restituir, cuando este entra en escena. Como se verá, en ellas cobra una especial importancia si el deudor restitutorio era de buena fe. Por eso, el sistema no termina de convencer.

3.1 La distribución de riesgos restitutorios en caso de pérdida y deterioro

Las reglas se pueden bifurcar en dos, según se trate de una pérdida o de un deterioro.

(a) Si la restitución *in natura* es imposible (porque la cosa se haya perdido, consumido o vendido a un tercero) se ordena una restitución del valor (art. 1352 CCfr) [170]. Ello se hace sin diferenciar con precisión si el hecho de la pérdida obedeció a un caso fortuito, a culpa del deudor restitutorio o si era atribuible al acreedor restitutorio. Este enfoque contrasta con el estado de cosas anterior a la reforma, donde sí se hacía por diferenciar según la causa de la pérdida [171]. Quizás por ello, se ha considerado que la restitución del valor tiene un cariz indemnizatorio [172]. Como fuere, la falta de determinación del artículo 1352 CCfr respecto a la causa de la pérdida obliga a interpretarlo en relación con el artículo 1352-1 CCfr, para el deterioro, que aporta más información [173].

(b) El artículo 1352-1 CCfr establece que el obligado a restituir la cosa responde de las *degradaciones* y *deterioros* «anormales», que hayan disminuido su valor, salvo que aquel fuera de buena fe y los deterioros o degradaciones no fueran por culpa suya [174]. Tratándose de deterioros «normales», se aplica la regla del artículo 1352-3 CCfr, a la que luego aludiré. En lo que ahora interesa, el artículo 1352-1 CCfr ordena un régimen novedoso de distribución del riesgo restitutorio [175]: como regla general, se hace responsable al deudor de la restitución del deterioro y la degradación. El deudor restituye la cosa junto con el menor valor de esta como consecuencia del deterioro [176].

---

[170] Véase Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 383.

[171] Véase, *supra*, II. 2.1.

[172] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 14. En similar sentido, Chantepie y Latina, 2016, pp. 896-897.

[173] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, pp. 808, 810. Los autores advierten que la diferencia entre pérdida y deterioro es simplemente de gradación, no de naturaleza.

[174] Article 1352-1 CCfr: «*Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute*».

[175] Hay que advertir que el artículo solo piensa en el deterioro o la degradación de la cosa a devolver, pero no en el hecho de su pérdida, para lo cual impone una restitución del valor.

[176] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 810.

Las excepciones a este régimen son que el deudor restitutorio fuera de buena fe o que el deterioro/degradación no le fueran atribuible (*faute*). De la literalidad del precepto se desprende que el deudor restitutorio de buena fe, al que no le sea imputable el deterioro de la cosa, no tendrá que restituir nada en concepto de valor [177]. Si es de mala fe (conocía la causa de fracaso del contrato), responderá de los deterioros en todo caso [178]. Como se ve, la solución del 1352-1 CCfr reduce significativamente la posibilidad de que el deudor de la restitución (de buena fe) se haga cargo del deterioro de la cosa, pues no responde por él si no le es imputable [179].

(c) El lector se preguntará qué ocurre con los deterioros fortuitos de la cosa. La nueva regulación los olvida y los autores consideran que no se incluyen en el artículo 1352-1 CCfr, que únicamente establece un régimen de responsabilidad por las degradaciones y los deterioros imputables al deudor de la restitución. Si los deterioros o las degradaciones son fortuitos, se estima aplicable el *res perit domino*. Quiere esto decir que el acreedor de la restitución, que recupera automáticamente la propiedad de la cosa tras el fracaso del contrato, soporta el riesgo de deterioro fortuito [180]. Sin embargo, desde otro sector se defiende extender el sentido del artículo 1352-1 CCfr a la pérdida fortuita, que en puridad no es imputable al deudor de la restitución [181]. Así, el deudor restitutorio no correría con este riesgo y podría recuperar el precio pagado sin restituir el valor. Este punto muestra que, pese a todo, el nuevo sistema francés no está del todo cerrado.

(d) En fin, si la pérdida o el deterioro son debidos al acreedor de la restitución, se defiende interpretar el artículo 1352-1 CCfr a la luz de la regulación sobre vicios ocultos, de modo que aquel asuma el riesgo de uno u otro evento [182].

---

[177] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 811. Extendiéndose la lógica del artículo a la pérdida, como defienden estos autores, el deudor restitutorio de buena fe no restituiría nada, más que los restos.

[178] Chantepie y Latina, 2016, p. 906. Se trata de una alternatividad (mala fe o culpa) un tanto incomprensible, que ha tratado de ser salvada diciendo que la mala fe significa aquí que el deterioro (o a degradación) le es imputable (culpa) y que tendrá que responder por él, e indemnizarlo; mientras que si es de buena fe no. Así, Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 16.

[179] Con todo, liberar al deudor de la restitución de este riesgo ha sido defendido, incluso, para los supuestos de deterioro imputable (criticándose el sentido de la actual regulación) por autores como Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 381

[180] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 15. Con ello, se llega a una solución contraria al consenso antes de la reforma, que prescindía de aplicar el *res perit domino* a los casos de pérdida fortuita de la cosa, y prefería atribuir el riesgo al deudor de la restitución (*Supra*, II. 2.1).

[181] En este sentido, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, pp. 810-811.

[182] *Ibid*., pp. 812-813.

3.2 El valor por restituir

El artículo 1352 CCfr no ofrece demasiadas pistas sobre el método de cálculo del valor a restituir en caso de imposibilidad de restituir *in natura*; tampoco sobre si se puede acudir o no al precio del contrato inicialmente celebrado [183]. La nueva regulación se ocupa de *(a)* el momento de cálculo del valor; y *(b)* su cálculo en caso de reventa.

(a) El artículo 1352 CCfr establece que, si la restitución *in natura* es imposible, se debe restituir su valor, «*estimée au jour de la restitution*». Se adopta así una concepción económica que pretende equiparar la restitución *in natura* con la del valor, y evitar que la apreciación de la cosa por causas externas perjudique al acreedor de la restitución, que la habría recuperado como propietario [184]. La decisión del legislador ha sido acusada de incoherente con otras normas para las restituciones. Por ejemplo, con la regla que rige para determinar el valor en caso de venta de la cosa a restituir –a la que me referiré después– y que establece una complicada distinción en función de la buena o la mala fe del obligado a restituir [185]. En la misma línea, el artículo 1352 CCfr es incoherente *(i)* con la restitución de un servicio, que acude a la fecha en que este se prestó (art. 1352-8 CCfr); *(ii)* con la regla de restitución de frutos, cuando estos no existen en especie, que se refiere a la fecha del reembolso para calcular su valor (art. 1352-3 III CCfr) [186]; o *(iii)* con la regla que, para el cálculo del uso a restituir, se sitúa en el momento de la sentencia (art. 1352-3 II CCfr) [187]. En fin, al artículo 1352 CCfr también se ha reprochado que recurra al momento de restituir y no al de la sentencia, toda vez que se trataría de una indemnización pagadera como deuda de valor, al igual que ocurre con el enriquecimiento sin causa (art. 1303.4 CCfr) [188].

(b) Para el supuesto de reventa de la cosa por el deudor de la restitución, la referencia es el artículo 1352-2 CCfr [189]. Este precepto rescata la anti-

---

[183] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 16. A fin de obtener un resultado sustancialmente idéntico al que se tendría de poderse restituir *in natura*, se dice que habrá que estar al mismo mercado de referencia, y el precio del contrato podrá servir como indicio; en este sentido, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, pp. 808-809; Chantepie y Latina, 2016, pp. 903-904.

[184] Pellet, 2016, p. 136.

[185] Klein, J., *Droit & Patrimoine*, 2016, p. 90.

[186] Véase Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, pp. 383-384.

[187] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 15; Pellet, 2016, p. 136. A favor de este criterio también, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 809.

[188] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 15.

[189] Article 1352-2 CCfr: «*Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente.*

S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix».

gua regulación para el pago de lo indebido [190]. La norma excepciona la regla general del artículo 1352 CCfr, que calcula el valor el día de la restitución. Ante la reventa, el artículo 1352-2 CCfr concede al deudor de la restitución *de buena fe* la posibilidad excepcional de reintegrar el *precio de la venta*. De otro modo, siendo *de mala fe* el deudor restitutorio [191], debe restituir el valor de la cosa al tiempo de la restitución, siempre que este fuese superior al precio percibido; lo que no deja de ser punitivo [192].

Con esta regulación, el artículo 1352-2 CCfr permite al deudor de buena fe restituir en la medida de su enriquecimiento –el *c. ex n.*– y no el valor de la cosa, cuando el precio (enriquecimiento) es menor que el valor; es decir, si el deudor restitutorio hizo un mal negocio de reventa [193]. De este modo, evita que el deudor de la restitución quede perjudicado [194]. Lo que ocurre es que el Gobierno francés no parece haber tenido en mente la posibilidad contraria: que el precio obtenido en la reventa sea superior al valor de la cosa. En ese caso, no está claro si el deudor restitutorio de buena fe sigue debiendo el precio [195]. Todo indica a que no y que la expresión «*ne doit restituer que*» solo plantea una restitución en la medida del enriquecimiento favorable al obligado a prestarla. En cualquier caso, la solución ha sido calificada de incoherente, pues obliga a valorar la buena o la mala fe del deudor restitutorio, solo cuando la imposibilidad de *restituir in natura* obedeció a la reventa, pero no en el resto de los supuestos [196].

3.3 La restitución debida por el menor no emancipado o el mayor protegido

El *Code* dedica un artículo a la restitución debida por los menores no emancipados o los mayores protegidos, cuando el fracaso del contrato obedece

---

[190] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 814. El antiguo artículo 1380 CCfr 1804 contemplaba lo mismo para el pago de lo indebido, aunque nunca había sido aplicado para la restitución contractual, como advierte, François, 2016, párr. 8. No obstante, hay quienes, como Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 16, encuentran su fundamento en el enriquecimiento injustificado (arts. 1303 y 1304.4 CCfr).

[191] Será de mala fe, para la doctrina, si al momento de la venta sabía la causa de la desvinculación (nulidad o anulabilidad), aunque la desconociese al contratar: Chantepie y Latina, 2016, p. 908.

[192] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 814

[193] *Ibid*. Y, si el obligado a restituir la cosa fuera de buena fe y donase esta, no habría nada que restituir, porque no habría enriquecimiento; véase Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 17.

[194] Chantepie y Latina, 2016, p. 907.

[195] François, 2016, párr. 9.

[196] Pellet, 2016, p. 136.

a su falta de capacidad (art. 1352-4 CCfr [197]). En esos casos, su restitución se reduce en proporción al beneficio que hayan obtenido con el contrato anulado. En general, la norma reproduce el tenor del antiguo artículo 1312 CCfr 1804, con la diferencia de que se amplía a mayores protegidos y que se extiende a todos los casos de restitución contractual en que se ven involucrados estos sujetos [198]. El objeto es claro: su protección [199]. La doctrina francesa ha advertido, eso sí, que el artículo adolece de un error de redacción, en la medida en que se refiere literalmente a las restituciones «*dues á un mineur non émancipé ou a un majeur protege*». Así redactada, la norma parece abordar, más bien, la obligación de restituir de quien que contrata con los menores o las personas con discapacidad y no la que ellos afrontan [200], contrariando la intención del legislador [201]. Pese a todo, hay quienes entienden que la norma está bien redactada y que lo que se pretende es no penalizar a la contraparte del menor no emancipado o el mayor protegido [202]. Así, de la restitución debida por quien contrató alguno de estos sujetos se deduciría la utilidad o provecho obtenido por aquellos [203].

3.4 Los contratos de servicios

La nueva regulación acoge la idea de que el servicio prestado no se puede restituir en especie, por su propia naturaleza [204]. Por eso, impone la restitución del valor del servicio, calculado a la fecha en que este se prestó

---

[197] Article 1352-4 CCfr: «*Les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé*».

[198] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 18.

[199] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 393; Chantepie y Latina, 2016, pp. 912-913.

[200] Véase François, 2016, párr. 23; Klein, J., *Droit & Patrimoine*, 2016, p. 90; Pellet, 2016, p. 134. En efecto, leída literalmente, la norma arruinaría la protección tradicionalmente dispensada al menor o al incapaz frente a la restitución integral, y no parece que esa fuera la intención del legislador. Consideran que la norma adolece de un error de redacción, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 821.

[201] Así la exposición de motivos indica que «*l'article 1352-4 reprend en le simplifiant l'actuel article 1312 du code civil sur les restitutions dues par un mineur ou un majeur protégé et prévoit la réduction de ces restitutions à proportion du profit retiré de l'acte annulé*». Véase el *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* sec. V.

[202] En particular, limitando la restitución por este debida a prorrata de la reducción de la restitución del menor, manteniéndose así la conmutatividad Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 18.

[203] Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, pp. 386-387. No obstante, estos autores se plantean qué sucedería si lo recibido por el otro contratante fuera una cosa que se puede restituir en natura: ¿No habría restitución? Por eso, todo indica que lo mejor es interpretar la norma igual que el antiguo artículo 1312 CCfr 1804.

[204] En este sentido, Poisson-Drocourt, *Recueil Dalloz Sirey*, 1983, p. 85.

(art. 1352-8 CCfr [205]). Ello conduce a una compensación, que será total, si el valor se corresponde con el precio [206]. A la restitución del valor se le califica de indemnización por unos autores [207]; mientras que otros acuden al enriquecimiento/utilidad media del servicio para quien lo recibió [208].

Como fuere, el artículo 1352-8 CCfr no resulta claro. En particular, surgen dudas sobre si admite aplicarse también esa indemnización del valor a prestaciones de no hacer, y de cómo calcular el valor en este supuesto [209]. En este sentido, la norma no aclara la forma en la que se determina el valor del servicio (o la prestación de no hacer) y, lo más importante, si se puede tener en cuenta o no el precio del contrato, lo que ya era discutido antes de la reforma [210]. Quienes han tratado la cuestión responden afirmativamente, advirtiendo que el juez puede acudir al contrato, incluso a pesar de la nulidad [211]. A favor de esta solución actuaría, ciertamente, la dicción del artículo 1229 III CCfr, para las consecuencias de la resolución en contratos de tracto sucesivo [212]. Pero no es una opinión unánime y otros prefieren acudir al valor objetivo, más acorde con la retroactividad [213].

3.5 Contratos con causa ilícita

Uno de los aspectos que más sorprende de la nueva regulación francesa es la ausencia de una regla específica para los supuestos de causa ilícita. El sistema no neutraliza la restitución recíproca a favor de ambas partes o solo a favor de una de ellas en función de quién hubiera patrocinado dicha ilicitud.

---

[205] Article 1352-8 CCfr: «*La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie*». A favor del criterio temporal, frente al empleado para la restitución de cosas (donde el artículo 1352 se refiere al valor de la cosa al tiempo de la restitución), Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, pp. 826-827).

[206] Chantepie y Latina, 2016, p. 918.

[207] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 19.

[208] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 826. Ponen el ejemplo de una clase de conducir y estiman que el juez no debería acudir al criterio de los progresos realizados por el alumno que recibió el servicio, sino más bien al progreso que habría hecho una persona media que las recibiese. No obstante, Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 19, considera que el deudor de buena fe debería poder prestar la menor cantidad de entre el precio pagado por el servicio hasta el fracaso del contrato y el valor de los servicios mismos; mientras que al de mala fe debería aplicársele lo contrario, abonando la mayor de entre esas dos cantidades (cfr. arts. 1303 y 1304.4 CCfr).

[209] En este sentido, François, 2016, párr. 22.

[210] Véase, *supra*, II. 2.3.

[211] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 392.

[212] La norma se ha transcrito *supra*, en nota 156. Si se recuerda, se refiere a los contratos en los que las prestaciones intercambiadas hubieran encontrado su razón de ser a medida en que se fue ejecutando recíprocamente el contrato; en cuyo caso no hay restitución.

[213] Véase Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, pp. 384-385.

Ante esta situación, hay quienes no dan por derogada la antigua regla *nemo auditur* y advierten que la *Cour de Cassation* podría seguir aplicándola cuando resulte necesario [214], mientras que otros apuestan porque la reforma ha querido derogar esta excepción de un Derecho de obligaciones moderno [215].

4. **Restitución y transmisión de la propiedad**

Por efecto del sistema consensual, la sola anulación del contrato significa que la propiedad regresa automáticamente al vendedor y que el vendedor tiene que restituir el precio, asumiendo a la vez el riesgo de pérdida fortuita de la cosa (*res perit domino*) [216]. Este sistema afecta particularmente a los terceros adquirentes del bien objeto del contrato anulado, los cuales verían afectada su posición, como consecuencia de la retroactividad y de la aplicación del adagio «lo nulo no produce efectos». Igual que sucedía antes de la reforma, los autores siguen tratando de atemperar esta situación de incertidumbre para los terceros de buena fe; para ello se remiten a la regla de que la posesión equivale al título [217] (desde 2008, en el artículo 2276 CCfr [218]) o, si se trata de inmuebles, a la teoría de la apariencia [219].

5. **Las prestaciones secundarias de restitución**

5.1 Frutos, valor de uso e intereses

El artículo 1352-3 CCfr [220] establece que la restitución incluye a los frutos, así como al valor del disfrute («*valeur de la jouissance*»), de la cosa a

---

[214] François, 2016, párr. 25.

[215] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 395. Responden afirmativamente: Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 388.

[216] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 520.

[217] Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 388.

[218] Véase, *supra*, nota 96.

[219] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 390; Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, pp. 388-389. También, Chantepie y Latina, 2016, p. 898, quienes sin embargo lamentan que la *Cour de Cassation* seguirá aplicando el *nemo auditur* como principio general del Derecho.

[220] Article 1352-3 CCfr: «*La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée.*

La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce.

Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation».

restituir. Por su parte, el artículo 1352-6 CCfr [221] obliga a restituir los intereses del precio calculados al tipo legal.

(a) El sistema francés diferencia aquí según la *buena o la mala fe* del obligado a restituir para dosificar la restitución de las partidas secundarias, extendiendo las antiguas reglas posesorias sobre frutos a los intereses y al uso [222]. La buena fe se corresponde con la convicción, por parte del deudor de la restitución, de ser propietario definitivo de la cosa adquirida. Mientras tanto, la mala fe se vincularía al conocimiento del deudor restitutorio de que tendrá que restituir; lo que a su vez se reconduce a su conocimiento de los vicios del contrato, de una manera un tanto artificial. En consecuencia, la buena y la mala fe del deudor de la restitución se valora «*personne par personne*» [223]. Tras la reforma, el beneficio de la buena fe constituye un excepción a la restitución integral, a la que solo quedará sometido el deudor restitutorio de mala fe [224]. Así se desprende del artículo 1357-7 CCfr [225], referido a los frutos y al uso.

En realidad, el nuevo régimen incorpora la lógica de la liquidación del estado posesorio: los frutos de la cosa habrán sido normalmente consumidos por el deudor de la restitución –porque se creía propietario–; si es de buena fe, obligarle a restituirlos por entero le empobrecería [226]. Por eso, solo debe los frutos desde la demanda. En cambio, si el deudor restitutorio recibiese la prestación de mala fe, deberá esas partidas desde el momento en que recibió el pago («*à compter du paiement*»), es decir, desde el momento en que se le hiciera entrega de la cosa o del dinero. Como fuere, complementar el alcance de la restitución con la buena o la mala fe plantea problemas de encaje, como no se refiera la mala fe a la responsabilidad en el fracaso del contrato. Pero esto conduce, en últimas, a tratar la restitución de modo indemnizatorio [227].

(b) El artículo 1352-3 III CCfr se refiere a los *frutos producidos por la cosa*. Según la norma, salvo pacto en contrario, si los frutos no se encuentran disponibles *in natura*, se restituye su valor estimado a la fecha del reembolso, teniendo en cuenta el estado de la cosa al tiempo en que se realizó la entrega originaria. La referencia al estado de la cosa pretende que el deudor de la res-

---

[221] Article 1352-6 CCfr: «*La restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue*».

[222] Chantepie y Latina, 2016, pp. 916-917.

[223] Véase *ibid*., pp. 14-15 y 19.

[224] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 824.

[225] Article 1352-7 CCfr: «*Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande*».

[226] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 393; Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 386.

[227] Véase la propuesta de Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, pp. 802-804.

titución no deba los frutos que la cosa produzca tras introducirle una mejora [228] (por ejemplo, si el deudor de la restitución edificó un edificio en el terreno comprado y lo alquiló no debería restituir esos frutos) [229].

El artículo 1352-3 III CCfr se ha interpretado teniendo en cuenta tanto el consumo de los frutos como su venta. El problema es que, en este segundo caso, el precio que obtenga el deudor de la restitución puede ser distinto al valor objetivo de los frutos. En ese escenario, se considera que el deudor restitutorio deberá la menor de entre esas dos cantidades [230].

Por último, el artículo 1352-3 CCfr introduce una novedad remarcable. El precepto comienza con las palabras «*sauf stipulation contraire*»; lo que significa que el *Code* reconoce la posibilidad, al menos en materia de frutos, de que las partes alcancen pactos inherentes a la restitución contractual en caso de desvinculación; y de que lo hagan tanto al tiempo de contratar como con posterioridad al fracaso del contrato [231].

(c) El artículo 1352-3 II CCfr establece que el *valor de uso de la cosa* será evaluado por el juez el día de la sentencia [232]. Los autores consideran que el sistema no se desvía excesivamente del existente antes de la reforma [233], que obligaba a abonar el valor de uso por la vía de la responsabilidad civil [234]. Si se recuerda, la idea era que había que compensar al acreedor de la restitución por haber estado privado del uso de la cosa durante el tiempo de ejecución del contrato. En una línea similar, la regulación actual ordena completar la restitu-

---

[228] Véase Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 19; Deshayes, Genicon y Laithier, 2018», p. 819; Chantepie y Latina, 2016, pp. 911-912.

Este enfoque se corresponde con la idea, igualmente propia del régimen posesorio, según la cual solamente se deben los frutos netos que procedan de la cosa en el estado en que se encontraba antes de contratar; no aquellos debidos a la actividad del deudor (en este caso, gracias a la inversión que desemboca en la mejora); en este sentido, Malaurie·Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 393.

[229] Chantepie y Latina, 2016, p. 912.

[230] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 17.

[231] En este sentido, Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 17, quien hubiera preferido que se hubiera reconocido el carácter dispositivo de las normas de restitución contractual con carácter general, y no solo en lo referido a los frutos. En similar sentido, aludiendo al fundamento último de la restitución consistente en situar a las partes en el *statu quo ante*, y sin referirse a los frutos ni a esta norma, Pellet, 2016, p. 138.

Para el Derecho español, esta posibilidad general la exploro *infra*, Capítulo 7, VIII.

[232] Aunque el artículo 1352-3 CCfr se refiere al valor de disfrute, los autores entienden que realmente piensa en el valor de uso. Véase, a este respecto, Mignot, *Petites Affiches*, 2016, pp. 17-18. Por lo demás, se ha destacado la modernización del sistema en este punto, al reconocer las ventajas de uso junto a los frutos, pero se ha criticado que se emplee un criterio temporal diferente al de la restitución de frutos por su valor, donde se acude a la fecha del reembolso y no de la sentencia (en este sentido, véase Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, pp. 816 y 820).

[233] *Supra*, II. 4.2.

[234] François, 2016, párr. 15; Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 816. Estos últimos autores critican su inclusión dentro de la restitución contractual, pues estiman que las ventajas de uso han de formar parte de la indemnización o del enriquecimiento (p. 817).

ción con el valor de uso procurado por la cosa (art. 1352-3 I CCfr); lo que se identifica con una indemnización basada en las reglas del enriquecimiento [235].

No obstante, acaso no convenga afirmar tan abiertamente que el artículo 1352-3 II CCfr se corresponde del todo con la situación jurisprudencial existente antes de 2016. Como se vio, la línea jurisprudencial que se terminó por imponer antes de la reforma rechazaba compensar al acreedor por el uso [236]. Ello explica que, para un sector de la doctrina actual, el nuevo sistema de indemnización del uso al acreedor de la restitución sí constituya un giro con respecto a la posición previa de la *Cour de Cassation* [237]. Abundando en esta dirección, se ha criticado también que la reforma recoja una concepción que emplea la restitución como palanca para colocar a las partes en la situación que tendrían si el contrato no se hubiera celebrado [238], esto es, un enfoque indemnizatorio.

(d) El artículo 1352-3 CCfr únicamente se refiere a los frutos y al valor de uso de la cosa, no al interés del dinero. Esta ausencia se ha explicado en atención a la naturaleza especial del dinero, que lo convertiría en una prestación siempre restituible en especie y ante la que no sería necesario indemnizar –en la lógica francesa– al acreedor de la restitución por el uso del precio [239]. Para el precio, el artículo 1352-6 CCfr solo impone una restitución de intereses al tipo legal, sin revalorizar la suma (nominalismo) [240]. Como sucede con los frutos y el uso, esta obligación de restitución de intereses se modula, según la buena o mala fe del deudor restitutorio *ex* artículo 1352-7 CCfr [241].

5.2 Restitución de gastos necesarios y útiles (mejoras)

El artículo 1352-5 CCfr considera tanto los gastos necesarios como los útiles para fijar la extensión restitutoria [242]. La regla se considera correlativa a aquella otra que impone al deudor de la restitución responder por el deterioro

---

[235] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 19. En similar sentido, Chantepie y Latina, 2016, p. 911.

[236] *Supra*, II. 4.2.

[237] Así, refiriéndose a la SCC, *Chambre civile*, 19.2.2014, n.º 12-15.520 (reseñada *supra* en nota 124), Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 392. En el mismo sentido, Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 383.

[238] Pellet, 2016, pp. 135-136. Si se recuerda, ya había autores que, con anterioridad a la reforma, proponían un entendimiento de la restitución derivada de la nulidad del contrato en una clave sustancialmente idéntica a la de la responsabilidad precontractual. El mejor ejemplo era Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 486-488.

[239] François, 2016, párr. 21.

[240] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 823.

[241] Chantepie y Latina, 2016, pp. 915-916.

[242] Article 1352-5 CCfr: «*Pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution*».

de la cosa que devuelve, cuando este le es imputable (art. 1352-1 CCfr)[243]. En principio, los gastos necesarios se reembolsan al deudor restitutorio en todo caso, en la nueva regulación[244]. Esta interpretación convive con otra, según la cual, tanto para los gastos necesarios como los útiles, su restitución al deudor restitutorio se condiciona a la plusvalía que alcanzase la cosa gracias a ellos, y que se estima el día de la restitución. Esto significa que los gastos necesarios apenas serán reembolsados en la práctica, pues rara vez incrementarán el valor del bien[245].

En efecto, según el artículo 1352-5 CCfr, las mejoras útiles ven limitado su reembolso *(i)* a que la cosa haya incrementado efectivamente de valor; y *(ii)* lo más importante, al valor real en que ese incremento se haya producido. En ese caso, se restituirá el menor valor de entre los gastos incurridos y el incremento de valor de la cosa[246]. Si, por ejemplo, se instaló un sistema de climatización en la vivienda a restituir, cuyo coste ascendió a 20.000 euros, pero que incrementó el valor de esta en 10.000, solo se restituyen 10.000; y no el coste completo de la mejora[247]. De este modo se llega a una solución más propia del enriquecimiento[248].

Por otro lado, cuando se trata de una suma de dinero, el artículo 1352-6 CCfr impone la restitución de los impuestos pagados por quien recibió dicha suma de dinero.

5.3 El aseguramiento de la obligación de restitución

El capítulo se cierra con una norma según la cual las garantías establecidas para el pago de la obligación inicial se transfieren automáticamente («*de plein droit*») a la obligación de restitución, pero sin que la fianza deje de estar amparada por el beneficio del plazo (art. 1352-9 CCfr[249]). La inclusión de esta previsión se corresponde con alguna solución aplicada antes de la reforma por la *Cour de Cassation* para el préstamo de dinero. Según aquella jurispruden-

---

[243] Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 381, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 822.

[244] Chantepie y Latina, 2016, p. 914.

[245] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 822.

[246] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 18. Este autor vincula la restitución de mejoras al enriquecimiento y considera además que la regla del artículo 1352-5 CCfr es subsidiaria respecto de las normas de la accesión (arts. 566 a 577 CCfr).

[247] François, 2016, párr. 19. Este enfoque práctico rompe con la teoría clásica de las impensas, como advierten Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 822.

[248] Chantepie y Latina, 2016, p. 914.

[249] Article 1352-9 CCfr: «*Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme*».

cia, mientras las partes no fueran colocadas en el *statu quo ante contractum* derivado de la declaración de nulidad, la obligación de restituir inherente al contrato de préstamo subsistía y, con ella, el aseguramiento [250]. El objetivo era evitar que la nulidad fuera usada como excusa para no restituir el préstamo [251].

Esta idea se ha generalizado con la reforma [252]. Sin embargo, no resulta fácil de entender. Para los autores, la norma no significa que la obligación de restitución presente la misma causa que el contrato que se termina [253]. De su literalidad cabría inferir que la garantía del pago del precio en una compraventa anulada o resuelta actuaría como garantía de la obligación de restitución; lo que parece un resultado excesivo, contrario a la lógica del aseguramiento [254]. Quizás lo único sensato es pensar que la regla refuerza la idea de que, terminado el contrato, la obligación de ejecutarlo se convierte en una obligación de restitución [255]; pero sin aportar mayor utilidad práctica [256].

6. Valoración del contenido de la reforma en cuanto a la restitución

El contenido de los artículos 1352 y ss. CCfr ha sido criticado, por no haber introducido una idea clara de restitución [257], y por el excesivo seguidismo con el anterior sistema del pago de lo indebido [258]. Prueba de ello es que la nueva restitución no se refiere expresamente a la reciprocidad como principio inspirador, si bien ella puede inferirse (cfr. para la resolución, art. 1229 III CCfr) y los autores la admiten. Acaso la nueva regulación peque de haber establecido un régimen *excesivamente* unitario, por comprender también la restitución del pago de lo indebido, de carácter no contractual [259].

También se ha acusado al nuevo sistema restitutorio de haberse quedado «a medias», dificultando más la labor del intérprete en comparación con el

---

[250] Así, la SCC, *Chambre civile* 1, 25.5.1992, n.º 90-21.031, donde se dice: «*Mais attendu que, tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable; que, dès lors, le cautionnement en considération duquel le prêt a été consenti subsiste tant que cette obligation valable n'est pas éteinte; qu'en statusant comme elle l'a fait la cour d'appel n'a donc encouru aucun des griefs du moyen, lequel ne peut être davantage accueilli que le précédent*».

[251] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 393.

[252] En este sentido, Pellet, 2016, p. 134.; François, 2016, párr. 24.

[253] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 19.

[254] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 828; Chantepie y Latina, 2016, pp. 920-922.

[255] Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 394.

[256] Chantepie y Latina, 2016, p. 922.

[257] Pellet, 2016, pp. 133-134.

[258] Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 14; Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, párr. 723.

[259] En este sentido, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, pp. 801-802.

(no) sistema existente antes de la reforma. Y es que, por un lado, se han establecido una serie de reglas con vocación práctica –y que recuerdan bastante a la formulación dogmática anterior–, pero, por el otro, el sistema no se ha cerrado, lo que genera más sombras que luces en muchos supuestos [260]. Por eso, no es de extrañar que la nueva regulación no haya sido recibida a tambor batiente por la doctrina francesa. Ello se debe también a que el nuevo sistema amenaza con socavar el dogma, tan asentado en Derecho francés, de que no es necesario incluir la restitución en el *petitum* de la demanda de nulidad o resolución para que el juez la concediese [261]. Pero este hecho da cuenta, más bien, de dónde está el verdadero problema: que la doctrina francesa sigue sin tomarse demasiado en serio a la restitución contractual, como institución autónoma [262], y la considera más bien un reducto del pago de lo indebido, del enriquecimiento sin causa o, incluso, de la responsabilidad extracontractual [263]. Esta preconcepción, quizás inconsciente, puede haber «atemorizado» al propio legislador en el alcance de unas normas que, pese a todo, reflejan un aspecto importante: que el Derecho privado europeo avanza claramente un modelo unitario de restitución contractual.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. La ausencia de regulación sobre restitución por desvinculación contractual en el *Code* de 1804 convirtió a la materia que nos ocupa en un Derecho de creación judicial, sin apenas anclaje legal, y en el que los estudios doctrinales de cierta profundidad tuvieron que esperar hasta prácticamente finales del s. XX. Esto provocó que se construyese una teoría sobre la restitución contractual que entremezclaba bastantes elementos.

2. La restitución contractual partía de la recuperación del *statu quo ante* y de la reciprocidad, mediante la sugestiva idea de «*contrat à l'envers*».

---

[260] Así, por ejemplo, en materia del valor del uso, no queda claro si la norma se debe modular con arreglo a la buena o mala fe del obligado a prestarlo (como ocurre con los frutos e intereses) o si su carácter indemnizatorio desaconseja esta operación. En este sentido, PELLET, «Les restitutions…», cit. p. 137.

[261] CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 894.

[262] DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2018, pp. 800-801.

[263] Un ejemplo se ve en la valoración general de la nueva regulación que hace MIGNOT, *Petites Affiches*, 2016, p. 14. También, en otro sentido, MALINVAUD, FENOUILLET y MEKKI, 2017, p. 379 consideran que habría sido preferible, en ausencia de disposiciones reguladoras de esta materia, seguir acudiendo a las normas del pago de lo indebido. Sin embargo, véase, apuntando hacia una disociación entre la acción de nulidad y la de restitución a propósito de una reciente sentencia de la Cour de Cassation, DREVEAU, *Dalloz Actualité*, 2018.

3. Para las alteraciones restitutorias –el mejor ejemplo era la pérdida de la cosa que impedía una restitución *in natura*– se reconocía la obligación de que el deudor de la restitución restituyese el valor de la cosa, estimado al tiempo del contrato. De este modo, la restitución se convertía en una deuda de valor, muy próxima a una indemnización, ya que no se tenía en cuenta el valor de la cosa al tiempo de perderse.

4. De lo anterior se extrae el mayor reproche a la construcción francesa de la restitución contractual: su constante «flirteo» con los postulados de la indemnización de daños. Esa relación entre la restitución y la indemnización se apreciaba igualmente en el reconocimiento de una indemnización por el uso de la cosa a favor del acreedor restitutorio durante el tiempo en que esta estuvo en manos del obligado a devolverla. Semejante indemnización (o restitución del uso), se anclaba en la responsabilidad civil extracontractual (art. 1382 CCfr 1804), y colocaba a las partes en la situación que habrían tenido si el contrato no se hubiera celebrado, y no tanto en la situación previa a la de contratar. Es decir, se aplicaba un enfoque no neutro a la restitución, al añadirle elementos propios de la responsabilidad precontractual (e interés negativo).

5. Al mismo tiempo, la restitución de los frutos y de los intereses se atemperaba según la buena o la mala fe del obligado a restituir; lo que se explicaba con las normas de liquidación de estados posesorios (arts. 549 y 550 CCfr 1804), así como con las del pago de lo indebido, que obligaban al *accipiens* de mala fe a restituir los intereses o los frutos desde el día del pago, con un régimen restitutorio más severo para el *accipiens* de mala fe (arts. 1378 a 1381 CCfr 1804). Para las mejoras se acudía, también sin demasiada preocupación, a las normas de liquidación del estado posesorio; no sin dudar entre la suerte de las mejoras útiles para las que se aludía a la idea de enriquecimiento.

6. Imbuida por un espíritu pragmático, la reforma del Derecho de obligaciones francés en 2016 trató de poner sobre la letra de la ley aquello que se venía haciendo en la práctica. Como resultado, el sistema de restitución contractual del *Code* sigue estando presidido por postulados a veces más propios de la indemnización. Ejemplificativos de este proceder son la valoración de la cosa al tiempo de la sentencia, en los casos de alteraciones restitutorias (art. 1352-1 CCfr), la denominación del uso que se restituye (art. 1352-3 CCfr), o la restitución del valor cuando se trata de la restitución de una prestación de hacer, que se califica de indemnización (art. 1352-8 CCfr).

7. Por otro lado, la restitución incorpora nociones propias del enriquecimiento, como medida de la restitución. Así se aprecia en la posibilidad de que el deudor restitutorio de buena fe que revende la cosa devuelva solamente el precio y no el valor (art. 1352-2 CCfr). A ello se suma la tradicional distin-

ción entre la buena y la mala fe del obligado a restituir para los frutos y los intereses, con la que se viene a dar carta de naturaleza a la influencia de las reglas posesorias y las del pago de lo indebido sobre la restitución contractual (arts. 1352-3, 1352-6 y 1352-7 CCfr).

8. El Derecho francés ha edificado un régimen restitutorio unitario, a base de retales de otras restituciones y en el que sigue sin existir una opinión común acerca de la esencia material de la restitución contractual. Acaso este sea el principal problema del ordenamiento francés: que la codificación de las restituciones no estuviera refrendada ni por una construcción dogmática realmente sólida sobre la restitución derivada del fracaso del contrato ni, mucho menos, por el convencimiento de que se trata de una institución autónoma, alejada de otros expedientes restitutorios. Esto explica que la regulación actual siga «coqueteando» con otras instituciones y confundiéndose, en parte, con la indemnización de daños. Así, lo que formalmente se ha proclamado como una autónoma y unitaria, válida para cualquier supuesto, acaso solo lo sea formalmente.

9. Aunque con errores dogmáticos, de la nueva formulación francesa se debe destacar que la restitución es *unitaria* para cualquier supuesto de desvinculación. Los artículos 1352 a 1352-9 CCfr son un paso que celebrar y tener en cuenta para el intérprete extranjero.

CAPÍTULO 5

LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO UNIFORME Y EL *SOFT LAW*

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea no ha conseguido abordar, de momento, el problema de la restitución contractual. Solo ha dado algunas pinceladas, de corte minimalista, limitadas al Derecho de consumo [1], en lo que parecer ser la estrategia de la Comisión Europea desde el fracaso del proyecto una compraventa unificada (CESL). Que la restitución derivada de la desvinculación contractual no es todavía materia armonizada se aprecia en las dos «directivas gemelas», relativas al Derecho de contratos digital y de compraventa [2]. En ellas, solo se regula la obligación restitutoria principal tras la resolución del contrato, dejando el resto de las particularidades a los Derechos nacionales [3] (cfr. art. 16.2 y Cdo. 60 Directiva 2019/771; y, con algo más de concreción arts. 16 a 18 Directiva 2019/770, en lo que respecta al uso de los contenidos digitales y a los da-

[1] Así, en la *Directiva 1999/44/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171 de 7 de julio de 1999, p. 12) –hoy derogada– únicamente se mencionaba –en el Considerando 15.º– que los Estados Miembros podían establecer la reducción del importe de la restitución teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado.

[2] *Directiva (UE) 2019/771* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

[3] Lutman y van Eck, 2021, p. 231.

tos personales). No me corresponde estudiar las implicaciones de ambas directivas en el plano restitutorio [4].

Pese a lo anterior, desde hace ya algún tiempo, existe un acervo común, un *aquis commun*, de Derecho europeo privado que parte de las construcciones de los Derechos nacionales sin detenerse en ellas, y que está encontrando su propio desarrollo y autonomía a partir –también– de algunas Directivas, del impulso de la jurisprudencia del TJUE, del esfuerzo doctrinal y del estudio del Derecho contractual europeo, cada vez más tratado en las universidades [5]. Fruto de ese esfuerzo son los proyectos que buscan sistematizar y unificar el Derecho privado europeo [6].

El problema es que estos instrumentos se han amontonado uno detrás del otro, sin apenas diálogo constructivo, generándose una cierta estanqueidad [7]. La restitución derivada de la desvinculación contractual no es una excepción. Los textos tienen en común haber adoptado una perspectiva «continental» en el tratamiento de la restitución contractual, separándose –con la excepción de la resolución en los PECL– del modelo inglés [8]. Este enfoque general ha sido destacado positivamente [9]. Sin embargo, el contenido particular de la restitución contractual en los textos es confuso, y los proyectos son muchas veces contradictorios en este punto.

En este capítulo, me limitaré a exponer la evolución de los textos internacionales hacia un modelo *unitario* de restitución para todas las hipótesis de

---

[4] Para una breve valoración crítica de la restitución en ambas directivas, Arroyo Amayuelas, 2022, pp. 38 y ss. En general, sobre la trasposición de ambas directivas en España, véase Cámara Lapuente, *Diario La Ley*, 2021, Arroyo Amayuelas, *CESCO*, 2022, pp. 1 y ss., quienes, sin embargo, apenas dedican espacio a la cuestión restitutoria.

[5] Jansen y Zimmermann, 2018, p. 18; y *passim*.

[6] Entre tales proyectos se cuentan los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (PICC), los Principles of European Contract Law (PECL), el Draft Common Frame of Reference (DCFR), el Anteprotecto Pavia de Código Europeo de los Contratos (CEC), y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL). Anterior y predecesora a todos los instrumentos anteriores es la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1980 (CISG).

[7] Jansen y Zimmermann, 2018, pp. 13 y ss.

[8] Como se tuvo oportunidad de explicar para justificar el no tratamiento comparado del *Derecho inglés* (*supra*, Parte segunda), este sistema jurídico adopta una posición de «todo o nada» que solo permite reclamar la prestación entregada en casos de *total failure of consideration*, esto es, cuando la contraparte en el negocio no realizó la contraprestación a la que estaba obligado a cambio de la prestación realizada por la otra parte; para los casos de incumplimiento, la posición inglesa genera resultados insatisfactorios y muchas veces injustos, pues una parte puede recuperar lo entregado –el comprador, el precio pagado– sin devolver lo recibido en caso de pérdida, por más que lo recibido fuera inicialmente defectuoso o no se correspondiese con el contrato; por no hablar de que el Derecho inglés solo ordena una restitución del valor de bienes objeto de prestación que se pueden restituir, pero no permite una restitución del valor en caso de alteraciones o en caso de prestaciones irrestituibles *in natura*, como los servicios.

[9] Así, valorando el acierto del enfoque del DCFR y del CESL frente al modelo inglés, Chen-Wishart y Magnus, 2013, pp. 652 y ss.

desvinculación (nulidad, resolución o desistimiento)[10], que además es automático, pues no se exigen requisitos adicionales para que tenga lugar la restitución[11]. Un análisis en profundidad de la restitución contractual en cada texto se reserva para un trabajo independiente.

II. LA CISG

La *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías* circunscribió la restitución contractual a la resolución, en una sección quinta titulada «*effects of avoidance*»[12] (arts. 81 a 84 CISG); y prescindió de regular otras causas de desvinculación (como la nulidad) (cfr. art. 4 CISG). La restitución pensada para la resolución se concibe más bien como una reacción frente al incumplimiento[13], lo que se aleja del *common law*[14].

> En línea con los movimientos modernizadores imperantes en Europa al momento de su publicación, el artículo 81.1 CISG[15] reconoció el principio de que la resolución no produce efectos *ex tunc*[16], sino que simplemente transforma la relación obligatoria en otra[17], que será restitutoria cuando las prestaciones con-

---

[10] Hellwege, 2018b, p. 1381.

[11] A diferencia de lo que sucede con el modelo inglés de los *unjust factors* y los textos que se han basado en él. Véase Hellwege, 2018d, p. 1397; Wendehorst, 2005, pp. 81 y ss.; Zimmermann, *FS-Ernst A. Kramer*, 2004, 740-742.

[12] De este modo, la versión inglesa de la CISG emplea una terminología («*avoidance*») cuyo significado es distinto al que se da al mismo término en otros instrumentos como los PICC, los PECL o el CESL, que relacionan ese término con la nulidad; en la CISG, «*avoidance*» se refiere a la resolución. Véase Flechtner, 2016, pp. 588 y ss. La razón se encuentra en que, en el momento de redactarse la CISG no existía una distinción consolidada en lengua inglesa entre los conceptos «*avoidance*», «*rescission*» y «*termination*»; en este sentido, Hellwege, 2018b, p. 1368.

[13] Véase Krebs, 2000, pp. 12-13.

[14] Lo destacan Honnold y Flechtner, 2009, pp. 655-656. El autor advierte que, según el *common law* y el Derecho comercial norteamericano (*Uniform Commercial Code*) en un escenario como el que tiene en mente el artículo 81 CISG, el acreedor solo tendría una pretensión de cumplimiento (pago del precio). Para tener una acción restitutoria debería concurrir, además, dolo del comprador en la adquisición de las mercaderías. En el mismo sentido, advirtiendo que el *Common law* solo provee en esos casos de una «*compensation in money*», Tallon, 1987a, p. 604.

[15] Artículo 81 CISG: «*1. La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.*

2. La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente».

[16] Krebs, 2000, pp. 50-52.

[17] Flechtner, 2016, pp. 596-597.

tractuales se hayan cumplido total o parcialmente [18]. En ese caso, la restitución ha de «realizarse simultáneamente» (art. 81.2 CISG), reconociéndose así la noción atécnica de la *restitutio in integrum*, basada en la idea de reciprocidad [19]. Con ello, surge una obligación cuyo cumplimiento específico es exigible [20]. Esa relación obligatoria de restitución se desprende del contrato inicial y, en consecuencia, no se forma a partir de una relación independiente basada en el derecho del enriquecimiento [21]. La Convención parte de que la restitución debe tener lugar siempre *in natura* [22], devolviéndose las mismas prestaciones que se entregaron.

En lo que interesa destacar, no es que la CISG apostase por un sistema unitario para la restitución, sino que simplemente omitió abordar la restitución por desvinculación en su conjunto. Por eso, su problema es doble. Por un lado, solo se refiere a la resolución de una manera oscura [23]. Por el otro, la regulación no es exhaustiva; lo que ha tratado de ser solucionado por los comentaristas [24]. Esta carencia se aprecia muy bien ante las alteraciones restitutorias (casos de pérdida de las mercaderías) y el sistema de reparto de riesgo escogido (cfr. art. 82 CISG) [25], que hoy representa un sistema por superar [26]. Como fuere, resulta difícil saber cuál habría sido el resultado de haberse planteado en la CISG la restitución, al menos, para la anulación, y si habrían optado por un mismo régimen unitario. En este contexto, existen autorizadas voces que directamente redirigen las cuestiones restitutorias tras la desvinculación al Derecho doméstico [27].

---

[18] En este sentido, advirtiendo sobre la importancia de una interpretación autónoma de la Convención en lo que a los efectos de la resolución se refiere, Fountoulakis, 2019a, párr. 6-10. También, Bridge, 2018a, párr. 4, 10; Krebs, 2000, p. 50.

[19] Fountoulakis, 2019a, párr. 11; Honnold, 1999, p. 505; Krebs, 2000, pp. 79-80. Sobre la reciprocidad en el artículo 81 CISG, desde el Derecho español, Montés Penadés, 1998a, p. 670.

[20] Aplicaría el artículo 28 CISG en aquellos ordenamientos que reconocen la primacía del cumplimiento específico, como el español. Véase Krebs, 2000, pp. 55-58.

[21] Bridge, 2018a, párr. 11.

[22] Krebs, 2000, p. 54.

[23] Se ha destacado que la versión inglesa emplee el término «*avoidance*» –que técnicamente solo abarca casos en los que el contrato se termina por una causa imputable al deudor, así como a su desaparición por imposibilidad de cumplimiento– mientras que la francesa utilice el término «*résolution*», que parece comprender ambas situaciones, bien que de otro modo. En este sentido, Tallon, 1987a, p. 602.

[24] En este sentido, se ha dicho que reconstruir este sistema es «*almost a matter of making bricks without Straw, taking guidance from comercial common sense*» (Bridge, 2018a, párr. 17).

[25] Sobre la interpretación del artículo 82 por los tribunales y el reparto del riesgo, véase Honnold y Flechtner, 2009, pp. 663-664.

[26] Bargelli, 2010, pp. 395-396. Véase, ampliamente, Capítulo 7, III. 3.2.

[27] Honnold y Flechtner, 2009, pp. 657-658. En el mismo sentido apuntó Tallon, 1987a, p. 604. Este autor, procedente del círculo francés, indica que la desvinculación del contrato prevista en el artículo 81 CISG se traduce en una retroactividad según el Derecho nacional; e indica: «*this situation entails the application of the rules known in French law as répétition de l'indû (condictio indebiti) or, more widely, those of unjust enrichment or quasi contracts*».

III. INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN NO LEGISLATIVOS Y PROPUESTAS EUROPEAS

A continuación, me referiré a lo que ampliamente puede denominarse «instrumentos de armonización no legislativos». Dentro de ellos, se cuentan los textos de *soft law*, así como los proyectos europeos de unificación del Derecho privado, como el CESL. Los trataré en orden cronológico.

1. **Los PECL**

Los PECL contienen una regulación muy fragmentaria para la restitución contractual, con tres constelaciones de normas. Dos de ellas –la prevista para la anulación y la ilegalidad– son sustancialmente idénticas, mientras que la diseñada para la resolución adoptó un enfoque completamente distinto (si es que en ese caso se quiso regular, realmente, una restitución). Con esta disimilitud, en los PECL se perdió una oportunidad importante de aclarar las relaciones entre las distintas clases de restituciones contractuales [28].

Para los vicios del consentimiento [29], el artículo 4:115 PECL regula los efectos de la anulación [30], sin indicar si la nulidad presenta o no efecto retroactivo [31]. La norma reconoce una obligación de restitución condicionada a que quien interesa la restitución devuelva a su vez lo recibido. Si por cualquier razón resultare imposible, se impone la obligación de abonar una suma razonable por lo recibido. Según sus comentaristas, la nulidad implica eliminar el contrato como si nunca se hubiera celebrado [32], por medio de la idea de *restitutio in integrum est recíproca* [33]. En efecto, el artículo 4:115 PECL reconoce un deber de restitución recíproca de las prestaciones que, si no puede tener lugar *in natura*, se traduce en una restitución del valor de la cosa entregada [34]; y así debe entenderse la expresión «suma razonable» que en él se contiene [35].

---

[28] En este sentido, Coen, 2003, p. 256.

[29] Véase Lando y Beale, 2000, p. 227.

[30] *Article* 4:115 (*Effect of avoidance*): «*On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided it makes concurrent restitution of whatever it has received. If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received*».

[31] A diferencia de otros textos de armonización, como los PICC (art. 3.1.14) o el CESL (art. 54). En este sentido, Hellwege, 2018a, pp. 724-725.

[32] Lando y Beale, 2000, p. 277.

[33] Hellwege, 2004, p. 585.

[34] Coen, 2003, p. 255; Hellwege, 2004, p. 585; Zimmermann, *FS-Ernst A. Kramer*, 2004, p. 739.

[35] Lando y Beale, 2000, pp. 278-279.

En contraste, el régimen restitutorio de la resolución (arts. 9:305 a 9:30 PECL) es contrario a una restitución integral de las prestaciones inspirada en la idea de reciprocidad (*restitutio in integrum*). Por eso, no representa un buen modelo [36]. Con todo, el problema radica en haber importado el modelo inglés y dejado prácticamente sin tratar la cuestión –axial– acerca de la imposibilidad de restitución de las prestaciones (alteraciones restitutorias y riesgos) [37]. Los PECL han complicado innecesariamente las cosas, sin ofrecer por ello mejores respuestas a los problemas de la restitución [38].

Para los contratos ilegales la restitución se regula en el artículo 15:104 PECL [39]. Según sus comentaristas, la regla reconoce un régimen flexible para la restitución de las prestaciones que –adviértase– se separa de la noción europea tradicional que por razones de disuasión, castigo o protección de la dignidad de los tribunales rechazaba cualquier clase de devolución de las prestaciones intercambiadas con un contrato ilícito (*ex turpi causa melior est conditio possidendis*) [40]. En lo que a la restitución se refiere, la regla se alinea con lo previsto en el artículo 4:115 PECL, para la nulidad, y no con las disposiciones para el caso de resolución (arts. 9:307 a 9:309 PECL) [41].

2. **El DCFR**

Las reglas modelo del DCFR contienen varias normas restitutorias contractuales en función de la causa de fracaso del contrato. Si bien la regulación es ambiciosa, el DCFR separa por completo las restituciones contractuales en dos campos. De un lado, conecta la restitución por nulidad con el derecho (extracontractual) del enriquecimiento injustificado; del otro, se imprime un ca-

---

[36] En este sentido, Hellwege, 2018d, pp. 1393-1394.

[37] Hellwege, 2004, pp. 591-592; Zimmermann, *FS-Ernst A. Kramer*, 2004, pp. 741-742.

[38] Es complicado descifrar cómo las normas restitutorias por resolución de los PECL (sobre todo la regla que permite rechazar la recepción de la prestación; artículo 9:306 PECL) se relacionan con las reglas que disciplinan el incumplimiento en contratos de tracto único (art. 9:301 PECL) y de tracto sucesivo (art. 9:302 PECL). Para una crítica en este sentido, Hellwege, 2018d, pp. 1397-1398.

[39] Article 15:104 PECL (*Restitution*): «*(1) When a contract is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102, either party may claim restitution of whatever that party has supplied under the contract, provided that, where appropriate, concurrent restitution is made of whatever has been received. (2) When considering whether to grant restitution under paragraph (1), and what concurrent restitution, if any, would be appropriate, regard must be had to the factors referred to in Article 15:102(3). (3) An award of restitution may be refused to a party who knew or ought to have known of the reason for the ineffectiveness. (4) If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received*».

[40] Lando, Clive, Prüm y Zimmermann, 2003, p. 223.

[41] *Ibid.*

rácter marcadamente contractual a la restitución derivada de la resolución y el desistimiento. El enfoque es innecesariamente complicado –y, por qué no decirlo, excesivamente integrador de las perspectivas inglesa y alemana, difícilmente reconciliables [42]– en lo que a la restitución contractual se refiere, precisamente por haber aceptado que la restitución por nulidad se basa en el derecho del enriquecimiento y no en el de contratos.

Al igual que los PECL, el DCFR separa la invalidez contractual derivada de algún vicio en el consentimiento de aquella otra basada en la infracción de principios fundamentales o reglas imperativas [43]. Materialmente, la regulación es similar. El problema del DCFR es, insisto, su remisión al enriquecimiento para la nulidad, prescindiendo de la reciprocidad restitutoria [arts. II.-7:212 (2) y II.-7:303 DCFR] [44].

Los efectos de la resolución se tratan, por separado, en los artículos III.-3:509 y ss. DCFR. El artículo III.-3:509 DCFR parte de que la resolución no elimina la relación obligatoria en su totalidad, sino solo los deberes primarios de prestación [45]. Dentro de esta lógica –opuesta a la del enriquecimiento– se desenvuelve la restitución de prestaciones, como una relación obligatoria restitutoria [46]. No sorprende que el artículo III.-3:510 (1) DCFR reconozca –aquí sí– expresamente unos deberes recíprocos de restitución a cargo de las partes [47]. El problema es que no se especifica en qué se concreta esa reciprocidad, ya que los comentaristas tratan la restitución en un sentido basado en la reclamación unilateral. Acaso por esto, los redactores del DCFR asuman que el sentido de esta restitución es evitar que se produzca un enriquecimiento

---

[42] Véase Hellwege, 2018d, pp. 1396 y ss.

[43] La nulidad por vicios se comprende dentro de la sección 2 del capítulo 7 del libro II, mientras que la nulidad por ilicitud se inserta dentro de la sección 3 del mismo capítulo y libro.

[44] Los comentaristas parten de la base de que la restitución recíproca en supuestos de nulidad constituye un caso claro de enriquecimiento obtenido a costa de la contraparte del contrato; por eso, el DCFR concede a la parte perjudicada el derecho de reclamar la reversión del enriquecimiento, su equivalente pecuniario o una compensación por los servicios prestados. Véase Von Bar y Clive, 2009a, p. 524.

[45] Artículo III.-3:509: Effect on obligations under the contract: «*(1) On termination under this Section, the outstanding obligations or relevant part of the outstanding obligations of the parties under the contract come to an end. (2) Termination does not, however, affect any provision of the contract for the settlement of disputes or other provision which is to operate even after termination*».

Véanse los comentarios en Von Bar y Clive, 2009a, pp. 885 y ss.

[46] Pues la propiedad no se readquiere de manera automática. En este sentido, Arnau Raventós, 2018, p. 261.

[47] Artículo III.-3:510 (1): Restitution: «*On termination under this Section a party (the recipient) who has received any benefit by the other's performance of obligations under the terminated contractual relationship or terminated part of the contractual relationship is obliged to return it. Where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocal*». Cuando se trata de una prestación en dinero el párrafo segundo añade: «*If the performance was a payment of money, the amount received is to be repaid*».

injustificado tras la resolución [48]. Y por eso también, las reglas sobre resolución se han interpretado como específicas de las del enriquecimiento [49].

En fin, el DCFR contiene previsiones específicas para el caso de desistimiento que, en lo esencial, se remiten a la regulación restitutoria prevista para la resolución, a menos que el contrato establezca otra cosa (art. II.- 5:105 (2): *Effects of Withdrawal*) [50].

3. **Los principios Unidroit**

La última versión de los *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (2016) (PICC) arroja una aproximación distinta hacia la restitución derivada de la desvinculación contractual. En este sentido, diferencia entre *(i)* la nulidad por ilegalidad [art. 3.3.2 (1)]; *(ii)* la impugnación/anulación (art. 3.2.15 PICC); y *(iii)* la resolución [art. 7.3.5 (1) PICC]. En todas, se aprecia la idea del sinalagma invertido de restitución contractual y el principio de reciprocidad [51].

La restitución contractual en los PICC está gobernada por los mismos principios en los casos de nulidad y de resolución [52]. No es de extrañar, si se tiene en cuenta que sus redactores barajaron seriamente la posibilidad de introducir un régimen formalmente unitario y que solo se desviaron de esta idea ante los problemas que podía plantear la restitución resolutoria en contratos de tracto sucesivo [53]. En este sentido, también pretendieron no dificultar en exceso la lectura [54]. Puede decirse que, de hecho, los Principios reconocen un sistema materialmente unitario de restitución contractual [55]. Solo por eso, ya representan, un notable avance respecto a las reglas restitutorias de la CISG, los PECL y el DCFR; avance que sobre todo se aprecia en los casos de alteraciones restitutorias [56].

---

[48] Von Bar y Clive, 2009a, p. 893.

[49] Bargelli, 2010, p. 448.

[50] Véase *ibid.*, pp. 373-374.

[51] En este sentido, refiriéndose a la versión de 2010, Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, p. 569.

[52] Y se ha criticado la timidez de los *Principios* en no adoptar un sistema finalmente unitario: *ibid.*, pp. 585-586.

[53] Véase Huber, 2015, pp. 958-959; Du Plessis, 2015, pp. 541-542; Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, p. 585.

[54] Vogenauer, *Unif. Law Rev.*, 2014, p. 508. Este autor critica que los PICC no han sido necesariamente más manejables por el hecho de haber renunciado a un régimen restitutorio unitario, sino todo lo contrario, debido a las remisiones.

[55] Hellwege, 2018b, p. 1380.

[56] Ante ellas, el riesgo se atribuye al deudor de la restitución, mediante una restitución del valor, a no ser que dicha alteración sea imputable a la parte contraria. Véase Hellwege, 2018d, p. 1402.

4. **El CEC**

El *Anteproyecto Pavia de Código Europeo de los Contratos* representa el otro gran proyecto de unificación del Derecho privado europeo, esta vez bajo la propuesta del Parlamento Europeo y elaborado por la *Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia*[57]. El CEC contiene una regulación interesante de la restitución[58].

El artículo 160 CEC contiene un régimen unitario y omnicomprensivo para la restitución por desvinculación, con independencia de la causa de desvinculación. A su tenor, las partes a cuyo favor han sido efectuadas las prestaciones en relación con un contrato *inexistente*, *nulo*, *anulado*, *ineficaz*, *rescindido*, *resuelto*, o *del que se haya desistido*, quedan obligadas a restituirse recíprocamente lo recibido[59]. La regla reconoce así la noción de la *restitutio in integrum* basada en una idea de reciprocidad que conecta a la posibilidad de que cada parte rechace la restitución a que está obligada en tanto la otra no se halle dispuesta a ello o no ofrezca el cumplimiento de su prestación.

5. **El CESL**

En 2010, Viviane Reding, vicepresidenta de la Comisión Europea, promovió una nueva estrategia en el ámbito del Derecho de contratos que culminó a finales de 2011 con la aprobación del CESL[60]. Por referirse solo a la compraventa, se trataba de un proyecto mucho menos ambicioso que los analizados hasta ahora[61]. Si bien hoy el CESL cuenta entre los instrumentos fracasados de armonización del Derecho privado europeo, sus aportaciones merecen ser te-

---

[57] Al respecto, Vattier Fuenzalida, *ADC*, 2008, pp. 1845 y ss.

[58] Emplearé principalmente la versión francesa del texto, que es la original (sin perjuicio de que existan traducciones oficiales en castellano, inglés, italiano y alemán). Puede consultarse el texto original del Libro Primero en francés presentado por la Academia de los Iusprivatistas Europeos de Pavia en https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20_Libro%20I-%20francese_.pdf [Última consulta: 6 de mayo de 2021]. La versión en castellano se encuentra en https://www.eurcontrats.eu/site2/newdoc/Norme%20_Libro%20I-spagnolo_.pdf [Última consulta: 6 de mayo de 2021].

[59] Artículo 160.1: «*Sauf ce que prévoit l'al. 9, les parties en faveur desquelles ont été effectuées des prestations en rapport à un contrat inexistant, ou nul, ou annulé, ou inefficace, ou rescindé, ou résolu, ou résilié sont tenues de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu, comme le prévoit le présent article; et chacune d'elles peut se refuser à le faire tant que la contrepartie n'est pas en mesure ou ne s'offre pas de le faire*».

[60] Véase Gómez Pomar y Gili Saldaña, *InDret*, 2012, pp. 1-27.

[61] Uno de los antecedentes del CESL se encuentra en el «*Feasibility study for a future instrument on European Contract Law*» (en adelante, «FS»), publicado en mayo de 2011 como resultado del encargo que, en abril de 2010, la Comisión Europea realizó a un grupo de trabajo para que seleccionaran aquellas partes del DCFR de relevancia directa para el derecho de contratos; y las simplificaran, reestructuraran, actualizaran y complementasen. Véase Gómez Pomar y Gili Saldaña, *Indret,* 2012, pp. 7-8.

nidas en cuenta[62]. En lo que a la restitución contractual se refiere, el CESL dedica un capítulo –el 17.º– a regular *unitariamente* la restitución de prestaciones en caso de resolución del contrato (arts. 8.3 y 106.1 c)) o de anulación (art. 54.3); no así la restitución en caso de desistimiento, que se regula aparte (arts. 44 y 45 CESL)[63]. Son reglas genuinas (arts. 172 a 177), que no tienen antecedente en otro instrumento europeo[64]. Pero no son completas. No se aborda la denominada nulidad por ilegalidad ni sus efectos, aunque se entiende que la misma regulación le sería aplicable[65]. El CESL se refiere no solo a la compraventa y figuras afines, sino también a los contratos de *suministro de contenidos digitales*[66]. Esto significa que la regulación sobre restitución contractual tiene también en mente esta clase de contratos, con reglas especiales, cuando es necesario.

6. **Los PLDC**

Los PLDC[67] han seguido la estela del CEC y el CESL en cuanto a la restitución derivada de la desvinculación del contrato. Lo han hecho en una sección quinta («De las restituciones»; arts. 119 a 124) en la que ofrecen un régimen común para la nulidad y la resolución. Su contenido material encuentra inspiración en la propuesta española de modernización del año 2009 y en la

---

[62] Puede consultarse el documento oficial presentado por la Comisión Europea el 11 de octubre de 2011 en castellano en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635: FIN: ES: PDF [última consulta: 6 de mayo de 2021]. La versión inglesa en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635: FIN: EN: PDF [Última consulta: 6 de mayo de 2021].

[63] Este enfoque unitario en materia de restitución contractual es tomado del FS (arts. 176 a 180). En el FS únicamente se optó por independizar de la restitución el caso del desistimiento unilateral del consumidor, al que dedican un régimen específico; lo que, acaso, se podría haber ahorrado. No en vano, el sistema de restitución propio del desistimiento del consumidor responde, como se ha visto en este trabajo, en líneas generales, a los mismos principios; solo habrían sido necesarios pequeños ajustes. En este sentido, crítico con esta opción respecto al desistimiento, Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, p. 587. En sentido contrario, por considerar que el desistimiento responde a un esquema distinto donde las partes sí se representan la posibilidad de que tenga lugar en los 14 días siguientes al perfeccionamiento, Wendehorst, *European Parliament*, 2012, p. 15.

[64] Se dice que las reglas sobre restitución en el CESL siguen la tradición europea continental del s. xix, así como reglas generales sobre enriquecimiento, no específicamente diseñadas para los contratos: Wendehorst, *European Parliament,* 2012, pp. 8 y 15.

[65] Sirena, *ERPL*, 2011, p. 983.

[66] Así se aprecia en el artículo 5 b) CESL que declara aplicable la *Propuesta* a «*contracts for the supply of digital content whether or not supplied on a tangible medium which can be stored, processed or accessed, and re-used by the user, irrespective of whether the digital content is supplied in exchange for the payment of a price*».

[67] El texto de los PLDC en castellano, francés, inglés e italiano puede consultarse en De la Maza Gazmuri, Pizarro Wilson y Vidal Olivares, 2017, pp. 79 y ss.

reforma francesa del *Code civil* de 2016[68]. En este sentido, el artículo 119.1 PLDC reconoce la noción de la *restitutio in integrum* recíproca para la nulidad y la resolución, al obligar a las partes a restituirse lo percibido en virtud del contrato, junto con los frutos percibidos. Esa idea de reciprocidad se refuerza expresamente gracias a la dicción del artículo 122 PLDC, según el cual «*mientras uno de los contratantes no cumpla con la restitución a la que está obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir lo que le corresponda*».

El reconocimiento de un sistema unitario restitutorio en los PLDC ha sido recibido con escepticismo por los autores latinoamericanos[69], que consideran que los efectos restitutorios derivados de la nulidad se deben articular a través del «*derecho real*», porque «*las cosas vuelven a sus respectivos patrimonios y no porque deban liquidarse prestaciones*»[70]. Se trata de reparos comprensibles, habida cuenta de que el tratamiento diferenciado ha sido siempre la aproximación tradicional en ordenamientos como el chileno[71]; de que la versión de los propios PLDC partía de un sistema diferenciado de restitución contractual hasta 2017[72]; y de que, además, los autores más próximos a la redacción de los PLDC no han explicado el porqué de la decisión por un modelo unitario. La restitución contractual en los PLDC pareció más fruto de la duda sobre el efecto retroactivo de la nulidad y si este no se trataría, más bien, de una «ficción teórica»[73] que del convencimiento dogmático; y –por qué no decirlo– de la promulgación, un año antes, del nuevo régimen unitario francés. Como fuere, la unificación del régimen restitutorio en los PLDC es un hito que debe celebrarse.

---

[68] Pizarro Wilson, *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado)*, 2018, p. 366.

[69] En general, poco interesados en la materia; lo que es acorde con el «tratamiento marginal» que las restituciones contractuales han despertado en la doctrina de muchos ordenamientos latinoamericanos y con la idea –al parecer asentada incomprensiblemente en sistemas como el chileno– de que «*las restituciones consecutivas a la declaración de nulidad o de resolución del contrato* […] *suele ser uno de los asuntos más aburridos en el derecho de las obligaciones y el derecho de bienes*»; en este sentido, Momberg Uribe y Pizarro Wilson, *Ius et Praxis*, 2018, pp. 330 y 332.

Una excepción es el trabajo de Aedo Barrena, 2020, pp. 181 y ss., y 200 y ss.

[70] Véase *ibid.*, pp. 202 y 211-212. El autor realiza una aproximación con demasiados prejuicios dogmáticos, a mi juicio, que parte de la división entre ineficacia contractual y resolución (pp. 212-213).

[71] En este sentido, Momberg Uribe y Pizarro Wilson, *Ius et Praxis*, 2018, pp. 334, 337 y 345. Los autores recalcan que las restituciones derivadas de la nulidad se reconducen a la acción reivindicatoria y a la restitución unilateral, mientras que la restitución resolutoria se regula por normas específicas inicialmente pensadas para la condición, pero adaptadas a la lógica de la resolución por incumplimiento.

[72] Y así se aprecia en el texto de la versión presentada a debate en Madrid en junio de 2016; sobre la que sorprendentemente tampoco se discutió sobre el sentido del sistema restitutorio. Puede consultarse la precitada versión y los debates en San Miguel Pradera, *ADC*, vol. 69, 3, 2016, pp. 991 y ss.

[73] Pizarro Wilson, *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado)*, 2018, p. 364. Aproximación esta que se me antoja adecuada, como explicaré *infra*, Capítulo 6, III 3.1 a 3.3.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. En el desarrollo de la restitución contractual a nivel europeo e internacional se advierte un hilo conductor, que no se refiere al contenido particular de la restitución –prácticamente distinta en cada texto– sino al enfoque que se da a esta. El rumbo se puede dividir en tres etapas. En un primer momento, se abordó únicamente la restitución en el caso de resolución contractual (arts. 81-84 CISG). Tras ello, los instrumentos de armonización no legislativos incorporaron una regulación diferenciada para cada supuesto de restitución (PECL, el DCFR y los PICC). Los PECL y el DCFR concibieron la restitución contractual desde compartimentos estancos para cada supuesto de desvinculación (llegándose hasta una regulación, la del DCFR, que remite la restitución derivada de la nulidad al enriquecimiento injustificado). Mientras tanto, en el sistema de los PICC, en su última versión, se aprecia un ligero intento de ruptura material con este esquema. Esa ruptura se refleja en la incorporación de unas reglas sustancialmente idénticas para cada restitución contractual, a pesar de que se recogen formalmente por separado (arts. 3.2.15 y 7.3.6 PICC). En Europa, la última etapa se recoge en el CEC y el CESL, y en Latinoamérica en los PLDC. Estos tres textos reconocen un sistema unitario de restitución contractual aplicable para todos los casos de desvinculación.

2. La dirección identificada en los instrumentos europeos e internacionales no es casual, sino que refleja el avance del Derecho privado en esta materia. Ese avance se ha constatado, en este trabajo, a partir del pulso dogmático del *Derecho alemán* [74], y del nuevo sistema francés de obligaciones, que incorpora un único núcleo de reglas restitutorias [75]. Y es la tendencia, cada vez más palpable en aquellos ordenamientos que siguen modernizado su Derecho de obligaciones [76]. Esta es la principal lectura que hoy se puede hacer del *aquis commun* europeo en materia de restitución contractual: el avance hacia una regulación unitaria, de contenido más o menos afortunado.

---

[74] *Supra*, Capítulo 3, II. 6.

[75] *Supra*, Capítulo 4, III.

[76] Así, en el *Proyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones Suizo para 2020*. El proyecto de reforma fue presentado en 2013. Sus resultados se contienen en la obra Huguenin y Hilty, 2013. La regulación de la restitución contractual del OR 2020 reconoce un régimen unitario para todos los supuestos de desvinculación (arts. 79-84). Se ha ocupado de analizar este instrumento, Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 4 y ss. Igualmente la *Loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil* (28 de abril de 2022), de Bélgica, publicada en el *Moniteur Belge* el 1 de julio de 2022 y que entró en vigor el 1 de enero de 2023. En los artículos 5.115 a 5.126 *Loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil* (28 de abril de 2022) se contiene un régimen unitario de restitución contractual.

3. El impulso hacia un sistema unitario pasa por superar el prejuicio dogmático que supone tratar de manera distinta los supuestos que pueden dar lugar a la restitución contractual, reconociendo el acercamiento entre la restitución contractual derivada de la nulidad y la derivada de la resolución. También por reconocer expresamente el principio de la reciprocidad en la restitución [77], a partir del cual se puede construir la idea de relación obligatoria restitutoria en cualquiera de los expedientes (también en caso de nulidad, como veremos más adelante). A esta empresa contribuye, a su vez, canalizar la pérdida de la cosa (alteración restitutoria) a través de la restitución del valor y no excluyendo simplemente el ejercicio de la acción (como era el modelo inicial del art. 81.2 CISG) [78].

4. El anterior enfoque se aprecia bien en la regulación contenida en los PICC, de cuya lectura se infiere que las restituciones contractuales por desvinculación responden a los mismos principios y, sobre todo, que la restitución en caso de anulación acoge hoy unas normas de reparto de riesgos, en caso de pérdida o deterioro del bien a restituir, que aconsejan su tratamiento como relación obligatoria [79]. Solo en materia de restitución del menor o la persona con discapacidad da la sensación de que no existen excesivos avances en el Derecho armonizado [80].

5. A pesar de todo, los instrumentos internacionales siguen sin ofrecer un enfoque sustancialmente idéntico a la restitución por desvinculación contractual. Tampoco los legisladores nacionales. Ello puede conducir a una fragmentación; pero no tiene por qué. En este sentido, el avance, cada vez más decidido, hacia una restitución materialmente recíproca y unitaria de las prestaciones debe presidir cualquier nuevo intento de armonización del Derecho europeo (y transnacional) [81], y es el elemento que permite pensar en una regulación europea unitaria y armonizada de la restitución contractual [82]. Pero el

---

[77] Hellwege, 2018d, p. 1400; Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, p. 26.

[78] Es hacia donde se tiende en el Derecho europeo modernizado: Hellwege, 2018d, p. 1407.

[79] Si se tuviera que escoger un instrumento de armonización de los expuestos que sirviese mejor como modelo de un futuro *Código de Obligaciones Europeo* esta seria, sin duda, la de los PICC, como bien apunta Hellwege, 2018d, p. 1421.

[80] La excepción aquí la representa el artículo 160.8 CEC que incorpora la regla según la cual el incapaz solo está obligado a restituir si obtuvo una ventaja del contrato. Ante estos casos, lo más que se dice que una adecuada regulación habría de pasar por protegerles (*ibid*., p. 1405).

[81] Y no tanto la discusión meramente formalista entre si la restitución se ubica en el Derecho de contratos o en el de enriquecimiento injustificado. Este debate solo tiene interés en la medida en que las respuestas que se den al mismo problema (la restitución contractual) sean distintas; como sucede en el ordenamiento alemán (*supra,* Capítulo 3, II. 6), y como no debe suceder en el Derecho español (*supra,* Capítulo 6, III. 4). Lejos de esta cuestión material se ha dicho, con razón, que el debate de nomenclaturas tiene bastante poco recorrido: Krebs, 2000, pp. 52 y ss.; Hellwege, 2018d, p. 1416; Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, p. 19. Meier aboga (p. 29) por que la restitución contractual constituya una categoría aparte; lo que sigue, Visser, 2019, pp. 976-977.

[82] Aunque antaño se haya considerado desaconsejable por autores como Hornung, 1998, p. 380.

trabajo no concluye aquí. En este punto, se precisan unas bases lo suficientemente sólidas como para que los legisladores nacionales, la jurisprudencia, e incluso una futura unificación del Derecho privado europeo hallen soluciones razonables a los problemas prácticos que la restitución del contrato plantea.

Para el Derecho español, esta tarea está todavía por hacer. A mejorar nuestro Derecho de restitución contractual, a partir de la experiencia histórica y comparada, pretende contribuir la Parte tercera de este trabajo.

PARTE TERCERA

EL DERECHO ESPAÑOL
Y EL PROBLEMA DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL

En la Parte tercera de este trabajo se estudiará la restitución por desvinculación contractual en el Derecho español, a partir de la experiencia histórica (Parte primera) y comparada (Parte segunda). En primer término, aclararé las bases teóricas de la restitución contractual en nuestro ordenamiento, demostrando que tiene cabida un sistema unitario de restitución, válido para todos los supuestos de desvinculación (Capítulo 6). Esta empresa requiere abordar, primero, el sentido material de la nulidad contractual, que puede concebirse de manera unitaria –sin diferenciar entre nulidad absoluta y anulabilidad–, a partir de la existencia de una relación obligatoria de restitución, que parte del mismo contrato celebrado. El mismo ejercicio cabe hacer de la rescisión por lesión, de la resolución y el desistimiento. En todos los casos, la restitución persigue que las partes recuperen el *statu quo ante*.

Entender la restitución como una relación obligatoria restitutoria permite explicar con mejor andamiaje teórico aquellos escenarios donde la restitución *in natura* de las prestaciones intercambiadas no puede realizarse, ya sea porque la cosa se perdió –en contratos de intercambio–, ya sea por la particular naturaleza de la prestación –en contratos de servicios, de cesión de uso, o de prestaciones consumibles y continuadas en el tiempo–. Se trata de las alteraciones restitutorias (Capítulo 7). Dentro de ellas, se incluyen *(i)* el particular régimen de restitución a que están sometidos, para la nulidad, los menores y las personas con discapacidad, así como los consumidores en el desistimiento; y *(ii)* la limitación de la restitución, cuando el contrato fracasa por la ilicitud o inmoralidad de su causa.

La manera de entender la restitución que se explicará en el Capítulo 6 permitirá igualmente abordar su funcionamiento desde el punto de vista jurídico-real, en los contratos traslativos del dominio (Capítulo 8). Como explicaré, la relación obligatoria restitutoria sirve para que las partes recuperen (readquieran) la propiedad de las cosas que entregaron; pues la sola desvinculación no alcanza a este resultado.

En fin, las bases de la restitución contractual verán su reflejo en las soluciones planteadas para las partidas secundarias de restitución (frutos, intereses, ventajas de uso y mejoras), cuya restitución puede contrariar, muchas veces, su fin último: recuperar el *statu quo ante* (Capítulo 9).

CAPÍTULO 6

LAS BASES DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL EN ESPAÑA: HACIA UN MODELO UNITARIO

I. INTRODUCCIÓN

Dice el artículo 1303 CC que «*declarada la nulidad de la obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*». El precepto se inserta dentro del capítulo dedicado a la «nulidad de los contratos», conectando un supuesto de hecho, la nulidad, a una consecuencia jurídica, la restitución. A pesar de la literalidad del Código, que solo habla de «nulidad», suele decirse que el capítulo contiene dos formas de distinta intensidad para la ineficacia contractual: la *nulidad absoluta* o de pleno Derecho y la *nulidad relativa* o anulabilidad. La nulidad representaría una ineficacia automática, absoluta, originaria, total, estructural e insanable del negocio jurídico; mientras tanto, a la anulabilidad corresponden los atributos de provocada, relativa, sobrevenida, parcial, funcional e insanable [1]. Y así es como se explica hoy en las Facultades de Derecho españolas [2].

Desde un punto de vista material, ambas formas de ineficacia coinciden en la misma consecuencia: la restitución, prevista en general en el ar-

[1] Al respecto, véase Díez-Picazo y Ponce de León, *ADC*, 1961, pp. 825-831; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 30-32; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2005, pp. 249-250.

[2] Puede verse, por ejemplo, el manual de Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 2016, pp. 90-91.

tículo 1303 CC[3]. Este hecho conduce a una pregunta: ¿tiene realmente sentido diferenciar materialmente ambas clases de ineficacia? Trataré de demostrar que no. Como se verá, lo que el Código realmente reconoce bajo el epígrafe «nulidad» ya se corresponde con lo que dogmáticamente se ha considerado como «anulabilidad». Esa nulidad (anulabilidad) es unitaria, porque la tradicionalmente denominada «nulidad absoluta o radical» se refiere a los casos, extraños e infrecuentes en la práctica, en los que el contrato resulta «inexistente». La clave está, pues, en diferenciar, primero, nulidad de inexistencia. Concebir la nulidad de manera unitaria, permite ubicarla en un lugar más próximo al resto de los expedientes de desvinculación (rescisión, resolución y desistimiento unilateral en contratos con consumidores) en lo que respecta a la restitución. En efecto, una vez constatado que la nulidad es unitaria, resulta más fácil abordar también unitariamente la restitución, a partir de la noción atécnica de la *restitutio in integrum* (Capítulo 1). En España, la «*restitutio in integrum*» apenas ha merecido la atención de la doctrina[4], que simplemente la menciona como estribillo al tratar el artículo 1303 CC, para la nulidad[5]. Lo mismo le ocurre a la jurisprudencia[6]. Pero ni la una ni la otra extraen de la *restitutio in integrum* consecuencia jurídica alguna, que vaya más allá de «traducir» al latín la letra de aquel precepto.

En este capítulo, trataré de exponer que la noción atécnica de la *restitutio in integrum* recíproca permite explicar la restitución derivada de la desvinculación contractual como una relación obligatoria restitutoria, que parte del contrato celebrado. En este sentido, la *restitutio in integrum* recíproca repre-

---

[3] Así lo reconoce la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS: SSTS, 1.ª, 30 de diciembre de 1996, FD. 1.º (MP: Sierra Gil de la Cuesta; RJ 1997/2182) y 11 de febrero de 2003, FD. 2.º (MP: González Poveda; RJ 2003/1004). También el grueso de los autores: Carrasco Perera, 2017, p. 686; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 225; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, pp. 579-580; López Beltrán de Heredia, 2009, p. 53.

[4] Como institución histórica los autores se remiten, como mucho, al derecho pretorio romano clásico. Por ejemplo, Pasquau Liaño, 1997, p. 192.

[5] Basozabal Arrue, 1998, p. 214; Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1069; Colás Escandón, 2013b, sec. 2.1; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 224.

[6] Ejemplificativo de este proceder es el siguiente párrafo de la STS, 1.ª, 22 de abril de 2005, FD 6.º (MP: Corbal Fernández, RJ 2005/3751): «La consecuencia económica procedente, que constituye el efecto jurídico de la declaración, es la de que se reintegren los desplazamientos patrimoniales producidos por la misma. Así se deduce del artículo 1303 CC, *cuya finalidad es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador* (SS. 30 diciembre 1996 y 26 julio 2000); así resulta de la dogmática jurídica de la nulidad que conlleva como consecuencia ineludible e implícita el restablecimiento de la situación económica previa a la misma; y a la misma conclusión conduce la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial (S. 26 julio 2000), pues de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente quién dio lugar a la patología contractual» [la cursiva es mía]. Con anterioridad y de la misma literalidad es la STS, 1.ª, 11 de febrero de 2003, FD 2.º; MP: Corbal Fernández, RJ 2003\1004.

senta un «mínimo común denominador» de todos los expedientes de desvinculación, pues en todos ellos se persigue el mismo objetivo: recuperar el *statu quo ante*. Este enfoque permite además explicar la restitución de una manera *autónoma* (separada de otras instituciones como la indemnización, la liquidación posesoria, el cobro de lo indebido o el enriquecimiento) y *neutra* (alejada de valoraciones inherentes a qué parte sea responsable del fracaso del contrato). Comencemos, pues, por estudiar la nulidad; a fin de ubicarla dentro de la hipótesis de una restitución unitaria, autónoma y neutra.

II. EL ENCAJE DE LA NULIDAD Y LA INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

En el Capítulo 1, expliqué cómo, al menos desde el P. 1851, la nulidad se erigió como el instrumento central de la desvinculación contractual, absorbiendo gran parte del contenido y los supuestos de la antigua rescisión, que quedó relegada a un segundo plano [7]. Dentro de esa «absorción» de la rescisión por la nulidad, la restitución integral y recíproca quedó contenida, mayoritariamente, dentro de las normas sobre nulidad [8].

En línea con este proceso, el legislador español de 1889 apostó por regular de manera amplia la «nulidad de los contratos» en el Capítulo VI del Título I del Libro IV (arts. 1300-1314) [9]. Su primera norma establece (art. 1300 CC): «*Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*». De ella se extrae una intuición importante: que el Código civil solo diferencia entre la nulidad y la inexistencia; pero no entre nulidades.

En este segundo epígrafe, defenderé la tesis de que no tiene sentido diferenciar entre una nulidad absoluta y otra relativa (o anulabilidad); y que la úni-

---

[7] Así lo reconocieron los autores españoles de principios del s. XX, cuyo testimonio es clave, porque la evolución (y confusión) en esta materia durante la centuria anterior les era más familiar. El mejor ejemplo se halla en Lavandera y Blanco, *RDP*, 1914, p. 182. El autor afirma: que «*habiendo pasado el error, dolo, fuerza y miedo a figurar entre los defectos del consentimiento que invalidan las obligaciones, por exclusión quedaba la lesión combinada con el fraude, como único motivo para rescindirlas*».

[8] *Supra*, Capítulo 1, V.

[9] Desde una perspectiva histórica, la «nulidad» que hoy ofrece el Código se corresponde con lo que antaño se denominase generalmente como rescisión, sin que el Código distinga con precisión ambas (cfr. art. 1818 CC). No en vano, la construcción del bloque de la nulidad en el Código civil presenta las mismas características que históricamente habían presidido los supuestos de rescisión en cuanto al plazo de ejercicio, de cuatro años, (art. 1301 I CC), los legitimados para el ejercicio de la acción (art. 1302 CC) y, lo más importante, la restitución de las prestaciones (arts. 1303 y ss. CC).

ca diferenciación que se puede extraer del Código civil es entre inexistencia y nulidad. Trataré de demostrar que la nulidad es un expediente de desvinculación contractual para los contratos que –siendo existentes *ex* artículo 1261 CC– adolecen de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley (art. 1300 CC). Esa nulidad unitaria abarca prácticamente todo el espectro: vicios de la voluntad, contratos celebrados por menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo, actos celebrados por un cónyuge sin el consentimiento del otro, si este fuera necesario (cfr. arts. 1301 y 1302 CC); y, también casos de simulación relativa y de causa ilícita (arts. 1275 y 6.3 CC). En puridad, esa nulidad unitaria ya se corresponde con lo que hoy se identifica con la anulabilidad. Ello, sin perjuicio de que la diferenciación entre nulidad y anulabilidad pueda manifestarse, por razones de política legislativa, ante determinadas características que, sin embargo, no afectan a que materialmente la nulidad sea la misma. Y es que la construcción «tradicional» de la nulidad doble adolece, a mi juicio, de un sobredogmatismo, que quizás convenga revisar. Aunque pueda parecer superfluo, este tratamiento de la inexistencia nos coloca ante un debate que ya se ha dado en Francia [10] y en otros ordenamientos [11].

Como veremos más adelante en este capítulo (III), una construcción unitaria de la nulidad –asimilada a lo que ahora conocemos por anulabilidad– permite enfocar el estudio de las consecuencias restitutorias a partir de unos moldes similares a los que rigen para la rescisión y la resolución; y con ello, permite avanzar igualmente hacia una construcción unitaria, autónoma y neutra de la restitución contractual.

1. **Laurent y el precedente del Anteproyecto 1882-1888**

El diseño de la nulidad en el Código no se entiende sin la influencia que el *Avant-Projet*, de Laurent (1884) (en adelante, «AvP») ejerció sobre el Anteproyecto español en esta materia. Desde sus estudios sobre el *Code* francés, el autor belga defendía una diferencia muy marcada entre la nulidad y la inexistencia [12], que llevó

[10] Posez, 2010, *passim*, quien aboga por la desaparición de la figura de la inexistencia y su sustitución por la nulidad absoluta.

[11] En Bélgica, destaca el trabajo de Renard y Vieujean, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1962, pp. 243 y ss., y 251 y ss. Desde una doble perspectiva alemana y brasileña, Schmidt, J., *Revista Fórum de Direito Civil*, 2014, pp. 145 y ss.

[12] Véase Laurent, 1878a, párr. 531-534. Detrás de la formulación de Laurent se encuentra la influencia de Karl Salomo Zachariä von Lingenthal (1769-1842), autor alemán que se dedicó al estudio del *Code* francés (1874, pp. 87 y ss.). Este autor contemplaba la nulidad como una característica solo predicable de los negocios que reunían todos los elementos constitutivos. Si faltaba alguno de ellos, el negocio no era nulo, sino inexistente, cualidad que no era necesaria hacer valer. Inexistentes eran, a juicio del autor, los contratos donde se producía un disenso, al no poder hablarse de consentimiento, los negocios que no tenían objeto al-

a su proyecto. El artículo 1301 AP establecía que los contratos en que faltase algún requisito para su existencia (por ejemplo, el consentimiento) no daban lugar a una acción de nulidad [13]. Estos contratos eran los «nulos de pleno Derecho», para Laurent [14], y no precisaban de acción [15], a diferencia de los «contratos nulos o anulables» que provocaban una acción de nulidad y producían todos sus efectos en tanto no fueran anulados (art. 1311 AvP). Para estos últimos, de haber sido ejecutados, las partes debían ser colocadas en el estado en que estaban antes de contratar (art. 1333 AvP) mediante una acción de nulidad que neutralizase los efectos producidos [16]. Laurent apuntaló la distinción entre contratos inexistentes y nulos con base en la figura de la confirmación, inexistente en el *Code* francés [17], ya que solo los contratos nulos –pero no los inexistentes– podían ser confirmados (arts. 1318 y 1319 AvP) [18]. La vinculación de la nulidad de pleno derecho con la inexistencia explica que el término «nulo» significase siempre «anulable», para Laurent [19]; y que la nulidad se contrapusiese solo a la inexistencia [20].

---

guno, o los matrimonios entre personas del mismo sexo. En este último caso se hablaba de que el «*matrimonium non existens*». De estos negocios, el *Code* no declaraba su nulidad y, por eso, se decía que realmente adolecían de una cuestión de hecho que impedía su nacimiento (al respecto, Klein, J. P., 2010, pp. 174-177). Frente a la inexistencia, Zachariä identificada la nulidad, como un estadio superior; pues esta presuponía un existir. Las tesis de Zachariä fueron asumidas por algunos autores franceses (por ejemplo, Larombière, 1862, p. 422). Pero su principal defensor fue el francófono Laurent.

[13] En opinión de Laurent (1884, pp. 286-288) la acción de nulidad únicamente se admite frente a contratos que son, bien nulos, bien anulables, pero no frente aquellos que carecen de un requisito para su existencia (consentimiento, objeto y causa) En este sentido, el artículo 1055 *Avant-Projet* contaba en cuatro las condiciones necesarias para la existencia o la validez de los contratos: *(i)* El consentimiento de las partes; *(ii)* un objeto cierto que sea sean la materia del contrato; *(iii)* una causa lícita de obligarse; y *(iv)* la forma en los contratos formales.

[14] «Quand un mot est *nul*, il signifie toujours, dans l'avant-projet, *annulable*» (la cursiva pertenece a Laurent) (*ibid.*, pp. 10-20).

[15] *Ibid.*, pp. 277-278.

[16] Se refería al adagio «*quod nullum est nullum producit effectum*». Véase *ibid.*, pp. 306-307.

[17] *Ibid.*, p. 276. Laurent advertía de una laguna en que el *Code* que no hablaba de confirmación en la sección dedicada a la nulidad, sino que la postergaba para un capítulo dedicado a la prueba. Ello implicaba, a su juicio, confundir el hecho jurídico que supone confirmar un acto nulo, con la prueba de este (*ibid.*, p. 284).

[18] Laurent aclaraba que «*confirmar una obligación no es sino renunciar al derecho que se tiene a ejercitar la acción de nulidad, por razón del vicio que la mancha, de manera que la obligación, que era nula desde un principio, se tenga por no haber sufrido nunca este defecto*». Véase *ibid.*, p. 285.

[19] Así, el artículo 1056 AvP: «*Cuando falta un requisito exigido para la existencia del contrato, no hay contrato; el pretendido contrato es nulo de pleno derecho y no puede producir efecto alguno. No hay ni acreedor ni deudor, ni prescripción, ni confirmación. Cualquier persona puede oponer la inexistencia del acto*». Y el artículo 1057 AvP: «*Cuando falta un requisito exigido para la validez de un contrato, el contrato es nulo, es decir, anulable. La nulidad se puede sanar por la confirmación y da lugar a la prescripción de cinco años establecida en el artículo 1356. La acción de nulidad no se puede ejercer más que por la parte que tiene interés en ella, a menos que la nulidad sea de interés público; en ese caso, toda parte interesada la puede hacer valer*» (las traducciones directas son mías). En las notas al último artículo, Laurent termina insistiendo en la equiparación entre nulidad y anulabilidad y reafirma que, a diferencia de los contratos inexistentes, los nulos gozan de una existencia legal y, por ende, producen todos sus efectos en tanto que el juez no los tenga por anulados o terminen siendo confirmados.

[20] Y aclara que no se trata de un mero debate terminológico («*une querelle de mots*»), sino que alude a la significación práctica de distinguir entre un contrato nulo y otro inexistente (*ibid.*, pp. 24-25).

El Anteproyecto español (1882-1888) asumió la construcción de Laurent e incorporó la inexistencia, en el artículo 1274 [21]. Hacerlo le llevó a establecer que la nulidad solo se proyectaba sobre contratos válidos y existentes [22], y que solo eran confirmables los contratos existentes [23]. Con ello, reconocía a la inexistencia como institución de Derecho, proclamaba que la nulidad recaía sobre los contratos anulables, y quedaba claro que la única distinción que el futuro Código recogería sería entre nulidad e inexistencia. Con la inexistencia, se reforzaba la idea de que los contratos nulos eran inicialmente válidos (anulables), y se atisbaba una única acción de nulidad (pues la nulidad «de pleno Derecho» ya se refería a la inexistencia). Esto explica que el antecedente más inmediato del Código –el Anteproyecto– solo conociese una nulidad, que para su declaración requería de una acción; también que considerase anulables a los contratos afectados de algún vicio.

2. La inexistencia del contrato en el Código civil

Normalmente, se vincula la carencia de alguno de los elementos esenciales del artículo 1261 CC con la nulidad absoluta o estructural [24]. Sin embargo, ocurre que, a la vista de sus antecedentes, el Código civil reconoció la inexistencia, como institución separada de la nulidad «absoluta» [25]. Es lo que, a mi juicio, se desprende del artículo 1261 CC [26], cuando enumera los requisitos necesarios para que exista contrato [27]. Junto a la inexistencia, el Código de 1889 identificaba una nulidad única para los contratos existentes, pero viciados (vi-

[21] Se acogieron así «*los ecos doctrinales favorables a la figura de la inexistencia*», Gordillo Cañas, 1990, p. 958.

[22] En el artículo 1313, según el cual los contratos en los que concurran los requisitos del artículo 1274 (capacidad, consentimiento, objeto, causa y forma) podían ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algún vicio que los invalida con arreglo a la ley.

[23] Las normas sobre confirmación se introdujeron dentro del capítulo dedicado a la nulidad, lo que confirma la influencia de Laurent, como se vio en el Capítulo 1, V. 4. En particular, el artículo 1323 Anteproyecto establecía que «*solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1274*». Y añadía: «*de los convenios en que falte cualquiera de los requisitos mencionados ese artículo* [el 1274 Anteproyecto], *no nace acción* alguna contra los que aparezcan obligados» (la cursiva es mía).

[24] Por todos, Carrasco Perera, 2017, cap. 14/4.

[25] Así lo reconoce, advirtiendo de la influencia de Laurent, Gordillo Cañas, 1990, p. 958. Más recientemente, Quicios Molina, 2020, p. 1525. Un enfoque similar se aprecia tanto en el Derecho francés como el alemán del s. xix (Capítulo 1, IV, 1.2 y 2.1).

[26] De Castro y Bravo, 1967, párr. 511.

[27] Más adelante, advirtiendo que la inexistencia se deduce de los arts. 1261, 1275, 1300 y 1310 CC, Ramón Fernández, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, p. 80.

cios del consentimiento, objeto o causa ilícita) (art. 1300 CC)[28]. Y, muy marginada, se reconocía la rescisión, para los supuestos en que existía la necesidad de reparar algún perjuicio sufrido por un contratante (art. 1290 CC)[29]. Esta explicación tripartita era la descrita por los primeros comentaristas del Código[30], pero no se entiende sin la inexistencia. La cuestión es qué papel desempeña entonces la inexistencia en relación con la nulidad.

2.1 El papel y la trampa de la inexistencia en relación con la nulidad

La principal dificultad que la inexistencia del contrato en el Código civil lleva aparejada tiene que ver con su relación con la nulidad[31], pues en la práctica se tienen a confundir ambos conceptos[32]. En la doctrina conviven, al menos, dos valoraciones:

(a) Cierto sector apenas se ha detenido en identificar una proximidad entre ambas instituciones y considera la inexistencia como un «*concepto carente de utilidad y de necesidad*», deudor de la noción francesa de «*pas de nullité sans texte*» la cual exigía un recurso alternativo para provocar la ineficacia en casos en los que la nulidad no estaba legalmente prevista (en su día, el matrimonio entre personas del mismo sexo)[33]. Desde esta óptica, la inexistencia «*denota la misma idea*» que la nulidad[34], y sería, como mucho, «*un simple instrumen-*

[28] Un entendimiento distinto de la influencia del AvP, de Laurent, se aprecia en Delgado Echeverría, 1995a, sec. I. Para el autor, a través «*del artículo 1.313 del Anteproyecto y su remisión a Laurent se descubre que los redactores del Código conocieron la distinción técnica entre dos tipos de ineficacia: de una parte, la inexistencia y la nulidad absoluta, y de otra la posibilidad de anulación*». Ahora bien, estima que el sistema del Código civil español es muy distinto al propuesto por Laurent, con el argumento de que Laurent trataba unitariamente la nulidad y la rescisión, mientras que nuestro Código las distingue. Que esto sea así me parece que no tiene nada que ver con el hecho de que, como se verá en este apartado, el Código reconoce la inexistencia y –por influencia de Laurent– *solo* la contrapone a la nulidad, que concibe materialmente de manera unitaria.

[29] Así los autores de principios de s. xx advertían de que, desplazados los vicios de la voluntad a la nulidad, a la rescisión solo le quedaba espacio en el fraude y la lesión. Sobre todo véase Lavandera y Blanco, *RDP*, 1914, p. 182. Véase, también, De Castro y Bravo, 1967, párr. 586-587; D'Ors Pérez-Peix, 2002a, p. 37.

[30] Manresa y Navarro, 1907, pp. 766-772, 787-790; Mucius Scaevola, 1904, vol. 20, pp. 859-863. Hay que precisar que *Manresa y Navarro* reputaba inexistentes los contratos en los que faltare alguno de los tres elementos del artículo 1261 CC, así como aquellos cuya causa u objeto resultase ilícito con arreglo a las leyes.

[31] Véase Colás Escandón, 2013a, sec. 2.

[32] Da cuenta de ello, Quicios Molina, 2020, p. 1527.

[33] Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2005, pp. 254-255.

[34] Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, pp. 561-562. También, Puig Brutau, 1988, pp. 285 y 297.

to dialéctico», de cierta utilidad para forzar los límites de la nulidad, pero sin valor en sí mismo [35]; e «inútil» para explicar el régimen de ineficacia [36]. Vinculada a la nulidad absoluta, la inexistencia solo serviría para distinguir con mayor holgura la nulidad de la anulabilidad «*por cuanto solo pueden eliminarse los contratos que, existiendo* […], *reúnan los requisitos del artículo 1261*» [37].

(b) La segunda visión da importancia a la inexistencia, pero en un sentido peyorativo. Desde esta perspectiva, el error radicaría en haber otorgado a la inexistencia la dignidad de ser algo más que una mera cuestión de hecho; es decir, en haberla convertido en una consecuencia jurídica, mediante su vinculación a la nulidad absoluta. Son las sugestivas tesis de Gordillo Cañas y Pasquau Liaño [38]. Ambos critican que la nulidad de pleno derecho haya terminado absorbida por la idea de inexistencia, y buscan «liberar» a la nulidad de su yugo [39]. Esta segunda orientación destaca, con mayor o menor rigor, el papel de la inexistencia; pero advierte de lo problemático de «contaminar» la nulidad contractual con aquella, y de la confusión que se genera [40]. Por eso, mantiene la distinción

---

[35] Más tarde en el mismo sentido, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, pp. 540-541; Delgado Echeverría, 1995a, sec. II. En similar línea, Clavería Gosalbez, 1977, p. 30 indica que «*es claro que de los contratos que no existen, nada hay que decir jurídicamente hablando*». Más recientemente, Vázquez de Castro, 2002, pp. 329-333.

[36] Quicios Molina, 2020, p. 1528.

[37] Vila Ribas, 2010, p. 1429.

[38] Como ocurrió en Derecho francés (*supra*, Capítulo 1, IV. 1.2). Aquí se encuentran Gordillo Cañas, 1990, pp. 959-963; Pasquau Liaño, 1997, p. 161.

[39] La aproximación de Gordillo Cañas (1990, pp. 964-965) parte de la diferencia entre nulidad absoluta y anulabilidad y propone reducir la inexistencia a una cuestión de hecho. Desde ahí, el autor plantea reconducir cada posible manifestación de la inexistencia, como hecho, a la nulidad o la anulabilidad. A la nulidad se reconducirían supuestos de inexistencia, como el matrimonio entre personas del mismo sexo (entonces prohibido) o la simulación; mientras tanto, los errores obstativos o los casos de *falsus procurator* terminarían vinculados a la anulabilidad (*ibid.*, pp. 961-962). El problema de su tratamiento es que incurre en la paradoja de rebajar la inexistencia a una categoría fáctica –con lo que se puede estar de acuerdo–, para a continuación concederle indirectamente efectos jurídicos de la mano de la distinción, innegociable para él, entre nulidad absoluta y anulabilidad (véase *ibid.*, pp. 966-976). Ha seguido la tesis de *Gordillo*, para dar sentido a la inexistencia, Capilla Roncero, *ADC*, 1987, p. 30.

Pasquau Liaño (1997, pp. 171-175) advierte de la diferenciación entre la inexistencia y la nulidad y, desde ahí, subraya que la segunda precisa de un contrato *«fenomenológicamente existente»,* que pueda producir efectos. Ello sucederá siempre que concurran todos los elementos necesarios para que exista el contrato (art. 1261 CC). El autor liga así la inexistencia del contrato con la ausencia de apariencia, de tal forma que no sea ni siquiera necesaria una sentencia judicial que la declare (por ejemplo, el disenso absoluto). Fuera de la inexistencia, la nulidad, como consecuencia jurídica, requeriría una acción (pues no sería un simple atributo negativo del contrato, como la inexistencia). Pero, una vez aquí, rechaza que siempre que exista una nulidad sea necesario el ejercicio de una acción y que, por tanto, se trate siempre de anulabilidad; considera que sigue teniendo sentido distinguir entre ambas, por cuanto no todas las nulidades –apunta– requieren de un pronunciamiento judicial que las declare (*ibid.*, pp. 174-175). Por eso, sitúa el sentido de la distinción entre nulidad y anulabilidad –ya separadas de la inexistencia– en que la nulidad no necesitaría de una decisión anulatoria de la persona legitimada.

[40] Se advierte esta confusión en la aproximación de Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, pp. 560-563, 578. También en la de Quicios Molina, 2020, pp. 1531 y ss.

entre nulidad y anulabilidad, a las que separa de la inexistencia. Pero la distinción es disonante con los antecedentes históricos y el propio sentido del Código.

A mi juicio, ninguna de las dos posiciones alcanza a dar con el verdadero sentido de la inexistencia, en relación con la nulidad. Bien miradas las cosas, la relación es inversa. No es que la inexistencia sea un supuesto de nulidad absoluta. Si lo fuera –y teniendo en cuenta que se suele concebir la nulidad absoluta como una vía de protección del interés general–, sería forzado decir que hay un interés general en que los negocios inexistentes (por ejemplo, por indeterminación absoluta de objeto) pierdan sus efectos [41]. Sucede que lo que habitualmente se denomina como «nulidad absoluta» no es más que la inexistencia (en la lógica del Código y teniendo presente la influencia de Laurent). El matiz es importante, porque con él queda el espacio libre para reconocer materialmente una única acción de nulidad, que no necesita apellido; que se corresponde con lo que el Código denomina «nulidad»; y que es lo mismo que la «anulación».

El problema de la inexistencia es el espejismo que genera: llevarnos a considerar, erróneamente, que los casos en que el contrato carece de alguno de los requisitos para su validez constituyen una «nulidad absoluta» diferente de otra relativa o anulabilidad [42]. Pero, bien entendida, la inexistencia nos permite distinguir entre *(i)* aquellos contratos que reúnen todos los requisitos para «ver la luz», pero que resultan ineficaces por algún motivo –los contratos nulos, anulables en cuanto que su eficacia se puede combatir con una acción de nulidad–; y *(ii)* aquello que no es nada [43]. De hecho, entendiendo de esta forma la inexistencia se ofrece una respuesta coherente para aquellos casos que, de algún modo, «les sobran» a los autores, cuando han tratado de ubicar la inexistencia dentro de la nulidad o en la anulabilidad [44].

2.2 Los casos de inexistencia. La simulación absoluta y el disenso

La inexistencia no es más que una situación o calificación de un supuesto de hecho concreto, que no se corresponde con ninguna clase de ineficacia del

[41] En este sentido, Capilla Roncero, *ADC*, 1987, p. 29. Autor que, a partir de ahí, duda de que los negocios inexistentes merezcan un tratamiento de nulidad radical.

[42] Ejemplificativo de este proceder es Vila Ribas, 2010, p. 1429.

[43] Apunta en esta dirección, con acierto, advirtiendo del papel clarificador de la inexistencia, Ramón Fernández, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, pp. 77-80.

[44] Se aprecia en Capilla Roncero, *ADC*, 1987, p. 31. El autor considera que, en tales casos, no es necesario hablar ni siquiera de ineficacia, porque no hay negocio; «*y la no producción de tales efectos negociales sí será normalmente tomada en consideración por los tribunales* […] *y, no demostrada la existencia, el Juez no puede condenar a cumplir efecto negocial alguno*».

negocio: «no hay acto» [45]. Por eso, así entendida, la inexistencia es muy residual. Solo opera cuando la ejecución contractual no es posible «*ni aun queriendo*» [46]. Habrá, pues, inexistencia allí donde no se ha celebrado ningún negocio ni revista apariencia jurídica el fenómeno contractual que se analice [47]. Es incorrecto, entonces, sostener que, surgida una apariencia contractual, puede empezar a hablarse de existencia, aun en los casos en los que el negocio está incompleto o falta el consentimiento [48]; y que, entonces, el negocio es nulo de pleno derecho [49]. Lo veremos en seguida con la simulación absoluta. En general, la inexistencia no merecerá una atención excesiva (por ejemplo, si A y B dicen haber celebrado un contrato que no han celebrado).

La apariencia contractual, propia de la inexistencia, se aprecia bien en los casos de simulación absoluta. Por ejemplo, cuando una persona celebra un supuesto contrato de compraventa con otra, en cuya virtud se afirma haber recibido una cantidad de dinero a cambio de una cosa, con el fin de defraudar a los acreedores del vendedor.

> Fue el caso resuelto por la STS 1.ª, 22 de febrero de 2007 [50]. Se trataba de un caso de simulación absoluta, en la que unos padres vendían aparentemente una finca a su hijo, que carecía de capacidad económica para afrontar el pago del precio. Por otro lado, el hijo habría adquirido otra finca registral, esta vez en un contrato celebrado con la entidad Ciresa SL, para cubrir a sus padres, que eran los verdaderos adquirentes. Los contratos los impugnaba, por simulación, la sociedad Lico Leasing a la que los padres adeudaban unos 8,67 millones de pesetas. El primer contrato se declaró ineficaz, por simulación absoluta, pues no existió venta; y el segundo por simulación relativa, ya que sí habría existido venta. Que no hubo venta, en un caso, como que sí la hubo, en el otro, fueron hechos probados en la instancia y el TS asumió ambos extremos (FD 2.º).
>
> Para el primero de los contratos, que adolecía de simulación absoluta, el TS consideró que se trataba de una nulidad absoluta, porque el contrato era inexistente, por carecer de causa (art. 1261 3.º CC); y «*lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo*». Gracias a esta valoración, consideró inaplicables las normas sobre nulidad contractual –a las que identifica con la anulabilidad–, toda vez que estas se refieren a los contratos en los que concurran los requisitos del artículo 1261 CC. Es decir, contratos que «*siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley*». De este modo, entendió que la acción para decla-

[45] En este sentido también Gordillo Cañas, 1990, pp. 959-960.
[46] Carrasco Perera, 2017, pp. 640-641.
[47] Díez-Picazo y Ponce de León, *ADC*, 1961, pp. 825-826.
[48] Pero es la tesis de Clavería Gosalbez, 1977, pp. 31-32.
[49] Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2005, pp. 256-257.
[50] MP: Salas Carceller; RJ 2007/1478.

rar esa nulidad absoluta (que es realmente una inexistencia) no podía prescribir. A continuación, para el contrato afectado por simulación relativa, y que sí había sido celebrado, el TS aplicó la misma consecuencia: una «*nulidad radical por inexistencia de contrato*» (FD 3.º). A juicio del TS, aunque el contrato afectado por simulación relativa tenga su causa, se le debe aplicar lo mismo en cuanto a la prescripción, porque sería igualmente inexistente.

A propósito del caso extractado, se observan los problemas que trae consigo una inadecuada clasificación de la inexistencia, en relación con la nulidad. Respecto del primer contrato (simulación absoluta), la Sala 1.ª resuelve bien, pues según los hechos «*no existió venta*». Por eso, aunque el TS habla de una nulidad absoluta por inexistencia, realmente está resolviendo un problema de inexistencia de un negocio en el que no había causa[51]. En cambio, para el segundo contrato, difícilmente puede decirse que hubiese inexistencia. Aunque falsa, la venta se había realizado, y tenía causa. Su régimen era el de la nulidad (anulabilidad), no el de la inexistencia. Los contratos ante los que interviene algún género de simulación relativa son nulos por tener comprometida la causa (art. 1276 CC), pero resulta inadecuado hablar de nulidad absoluta porque sean inexistentes[52].

Algo parecido ocurre con el consentimiento. Si se ha celebrado un contrato –por muy comprometido que en este pueda estar el consentimiento–, bastará con hablar de nulidad; no de nulidad absoluta o estructural, por inexistencia de alguno de los requisitos esenciales (por ejemplo, ante una compraventa celebrada por una persona con demencia, todavía no incapacitada judicialmente[53]; o

---

[51] En efecto «*cuando hay simulación absoluta, no puede hablarse de causa torpe, porque no hay contrato*», como apuntase Torralba Soriano, *ADC*, 1966, p. 692. Véase, también, Vázquez de Castro, 2002, pp. 343-344.

[52] No obstante, considera que el título simulado es «absolutamente nulo», Delgado Echeverría, *ADC*, 976, p. 567. En el mismo sentido, vincula con la nulidad estructural, excepcionalmente, los casos en que las partes declaran querer como válido un negocio «*que no puede serlo por falta de la voluntad típica o de la causa necesaria (simulación, art. 1276 CC)*», Carrasco Perera, 2017, cap. 14/13.

[53] Por ejemplo, en la STS, 1.ª, 19 de noviembre de 2004 (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2004/6919). Se resolvía el caso de un contrato de compraventa celebrado por la madre de la demandante quien padecía demencia, pero no había sido incapacitada judicialmente. En virtud de este contrato, la madre de la demandada transmitía dos locales y una vivienda a los hermanos de la demandante. El TS entendió que el contrato celebrado era nulo, a pesar de que la vendedora no era incapaz en el momento de contratar, porque se consideró probado que sufría demencia en ese tiempo. En este sentido, la Sala 1.ª vino a confirmar la idea de que no es necesaria una previa declaración judicial de incapacidad para reputar nulo un contrato celebrado en circunstancias de falta de entendimiento (FD 3.º). En su fundamentación, advirtió expresamente que «*no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual* […], *cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración*». Esta aproximación ha sido ciertamente empleada por algunos autores para advertir que la jurisprudencia reconoce una suerte de nulidad por inexistencia de consentimiento (Quicios Molina, 2020, p. 1534). No obstante, una lectura de la sentencia arroja que lo que se reconoce es una nulidad por incapacidad (anulación). Así se desprende del último *obiter* del FD 3.º Por eso, tiene poco sentido utilizar esta sentencia como ejemplo de inexistencia o de nulidad por inexistencia o falta *total* de consentimiento. De

cuando la declaración negocial se realiza *animus iocandi*[54]). Ante esta clase de negocios, concurre simplemente un problema de nulidad[55]; pero no de inexistencia. La inexistencia en sede del consentimiento únicamente se plantea en los casos de disenso absoluto entre las declaraciones de voluntad de las partes[56]. Así ocurre, por ejemplo, cuando una parte cree que le ceden el bien en mutuo o que celebra un arrendamiento, mientras que la otra cree que lo transmite a título de venta[57].

A efectos prácticos, la inexistencia solo deviene relevante, cuando de ella se pretenden extraer ventajas o consecuencias de un determinado signo[58]. En este caso, la inexistencia sí requiere de una acción declarativa para neutralizar sus efectos. Así sucedía en la primera de las ventas de la sentencia extractada del TS, que era inexistente por falta de causa. Junto a ello, otra constelación de inexistencia «contractual» relevante aparece en sede de los acuerdos sociales que o no han sido propuestos o en los que, una vez propuestos, no han sido adoptados por no expresarse la voluntad social[59].

Como se verá en el siguiente apartado, los contratos con causa ilícita (3.2) o falsa (3.3) dan lugar a una nulidad que es la misma materialmente en todos los casos, no a una inexistencia. Con todo, conviene abundar ahora un poco más en la confusión entre inexistencia y causa ilícita, en la práctica.

---

hecho, en general se reconoce que la protección privilegiada al menor o al incapaz también consistía en que se reconociese la misma protección concedida por los artículos 1301 IV, 293, 1304 y 1314 II CC a los contratos celebrados por personas mayores de edad con discapacidad intelectual o psicosocial «*que, necesitándolo, no hubiesen sido incapacitadas*» (Pantaleón Prieto, *Almacén de Derecho*, 2021.

[54] Véase Carrasco Perera, 2017, cap. 14/13. Pero, para que un consentimiento prestado *iocandi causa* sea inexistente, será necesario, como ha dicho el TS, que de él se desprenda «*la falta de objeto cierto que sea materia del contrato o la falta de causa* […], *nada de lo cual se da en el presente caso, en el que el buen humor en la forma, como muestra de alegría y complacencia* […] *en nada empece la seriedad del contrato*». Se trata de la STS, 1.ª; 24 de julio de 1989 (MP: Fernández-Cid de Temes; RJ 1989/5776), en un caso en el que se había entregado una participación de lotería, escrita en una forma humorística. Véase, también, Vázquez de Castro, 2002, pp. 346-347.

[55] En este sentido, con una copiosa e interesante recopilación jurisprudencial, Ramón Fernández, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, pp. 81-110.

[56] En este sentido, bien que sin distinguir por completo nulidad absoluta de inexistencia, Morales Moreno, 1993a, sec. V.

[57] Un caso similar se contiene en D. 12,1,18 (*Ulpianus Libro VI Disputationum*): se entregó dinero como donación, pero el receptor creyó que se le prestaba.

[58] Advirtió de una cierta utilidad práctica de la inexistencia para neutralizar conductas anómalas, corruptelas o en general supuestos donde un negocio carece de un requisito no mencionado expresamente en la ley, De Castro y Bravo, 1967, párr. 513.

[59] Dentro de ellos, un supuesto de acuerdos inexistentes son los denominados *acuerdos negativos*; aquellos que, propuestos a votación, no llegan a alcanzar las mayorías legal o estatutariamente necesarias. En ese caso, se debe destruir la eficacia jurídica inherente a la proclamación defectuosa del resultado y, a tal fin, se ha de acudir a la vía judicial, donde se corroborará si realmente se obtuvieron las mayorías suficientes. Véase, en este sentido, SAP Barcelona, Sec. 15.ª, 25 de julio de 2014 (MP: Forgas Folch; JUR 2014/257166).

2.3 Inexistencia y causa ilícita

La carencia de alguno de los elementos previstos en el artículo 1261 CC no puede asimilarse a la ineficacia provocada por contravenir la ley [60]. La razón se encuentra en que la inexistencia no tiene nada que ver con la nulidad; ni siquiera en aquellos casos en los que resulta de aplicación la «*solutio retentio*» que plantea el artículo 1306 CC, para los supuestos de nulidad por causa torpe o ilícita (art. 1275 CC) [61]. El problema es que, con relativa frecuencia, los tribunales juegan la carta de la inexistencia para sortear la aplicación del artículo 1306 CC.

> La STS, 1.ª, 18 de septiembre de 2019 [62] es un buen ejemplo de ello. Un marido había falsificado la firma de su esposa para formalizar a su nombre un contrato de prestamo al consumo y otro de tarjeta de crédito con Banesto. El marido se las arregló, incluso, para cambiar la dirección de notificaciones a fin de que la operación pasase inadvertida a su esposa. De los contratos suscritos se devengó un saldo deudor de 17.708,37 euros que fue cedido a otra sociedad (C). Tan pronto como se percató de lo ocurrido, la afectada interpuso una querella contra su marido por falsedad documental, que se sobreseyó por fallecimiento de este. Asimismo, interpuso una demanda contra la sociedad C, solicitando la declaración de *nulidad* de los contratos por «*ausencia absoluta de consentimiento*». Según quedó probado, Banesto ingresó el importe de los créditos en la cuenta de la esposa en la que su marido ni siquiera estaba autorizado, por estar casados en régimen de separación de bienes; aun así, este realizó extracciones con la tarjeta y se hizo con un talonario de cheques, falsificando sucesivamente la firma de su mujer para apoderarse del dinero. La demandante solo tuvo conocimiento de la realidad cuando se le requirió el pago del saldo deudor, pues el esposo había alterado la dirección de notificaciones. En su demanda de nulidad, la espora razonó que no procedía restitución alguna de prestaciones, ya que había mediado *causa torpe* por parte de la prestamista y debía aplicarse el artículo 1306 CC. En particular, alegaba que el banco había actuado negligentemente al permitir que su entonces marido celebrara en su nombre los contratos que ella no solicitó, sin comprobar la autenticidad de las firmas y modificando el lugar de notificación.
>
> En instancia y apelación se rechazó esta pretensión por no concurrir causa torpe o ilícita, sino «falta de consentimiento». El TS resolvió en sentido distinto, pues exoneró a la demandante y esposa de la restitución de cantidades con base en el artículo 1306 CC. La Sala 1.ª partió de la *inexistenci*a del contrato por ausencia de consentimiento de la esposa. Sin embargo, afirmó que «*ante la ausencia de un régimen propio de la inexistencia contractual, que como tal categoría*

[60] Morales Moreno, 1993a, sec. VII. En similar sentido, López y López, 2022, p. 581.
[61] Advierte de ello, Quicios Molina, 2020, p. 1548.
[62] MP: Parra Lucán, RJ 2019/3590.

> *no está regulada en el Código civil, la doctrina y la jurisprudencia consideran aplicables, con las adaptaciones que procedan, el régimen de la nulidad*». Así, aplicó el régimen de la causa torpe –a pesar de no considerar ilícitos o con causa torpe los contratos–, por considerar contraria a Derecho la actuación del banco; y con ello la regla de no restitución (art. 1306 CC) (FD 2.º [2]).

La sentencia es un ejemplo de cómo el TS confunde deliberadamente la inexistencia con la nulidad; esta vez con el objetivo de aplicar al caso la *solutio retentio* del artículo 1306 CC, porque le convenía para resolver[63]. Realmente, se trataba de un supuesto de inexistencia en lo que a la demandante afectaba, que ni firmó ni consintió el contrato. El problema es que se produjo un traspaso patrimonial en forma de crédito por parte de la entidad bancaria hacia el marido. Esto lleva a la Sala 1.ª a la nulidad, para desactivar la pretensión restitutoria del prestamista. No habría sido necesario. Si se asume que el contrato era inexistente para la demandante, habría bastado con declararlo así, ya que esta no disfrutó ni obtuvo nada con un contrato que ni consintió, primero, ni administró, después. En el fondo, la sentencia resuelve bien, rechazando la pretensión restitutoria del banco respecto de la demandante, pero yerra en acudir al régimen de la nulidad por causa torpe. Detrás de este proceder: la confusión entre inexistencia y nulidad.

2.4 Las consecuencias de la inexistencia. La restitución

La inexistencia no impide que los contratantes corrijan con actos posteriores la carencia inicial del contrato, supliendo el disenso, la falta de causa o, incluso, la de objeto[64]. Esta característica es otro poderoso argumento a favor de su separación de la nulidad. Ahora bien, cuando esto no sucede, cabe preguntarse cuáles son los efectos propios de la inexistencia. En muchos casos, la inexistencia tendrá que ser, desde luego, declarada judicialmente, a fin de neutralizar los posibles efectos formales que esta produzca[65], como sucedía en el caso de la simulación del contrato entre los padres y el hijo; o en el de los acuerdos sociales. Para ello, hará falta una acción declarativa (cfr. art. 5 LEC), que desde luego no es la de nulidad.

Cuando la inexistencia provoca un intercambio de prestaciones (por ejemplo, en los casos de disenso absoluto), surge la pregunta de qué régimen

---

[63] En este sentido, Carrasco Perera, 1992, sec. II.3.
[64] Morales Moreno, 1993a, sec. VII.
[65] En este sentido, Colás Escandón, 2013a, sec. 2.1.

restitutorio debe ser de aplicación. Tal como lo veo, el sistema restitutorio contractual debe quedar completamente al margen. En efecto, los casos en los que no existe base contractual se deben tratar cualitativamente de manera distinta a aquellos en los que el contrato existe, pero puede devenir ineficaz. Si se realizó alguna prestación con finalidad transmisiva en el marco de un contrato inexistente, esta se debe recuperar mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria. La práctica ofrece algún ejemplo.

> Fue el caso resuelto por la STS, 1.ª, 13 de marzo de 2002 [66]. Al parecer, las partes habían suscrito un documento en forma de recibo, que pretendía ser una compraventa, y cuyo texto era: «*Zarza de Granadilla 26 de septiembre de 1994. Recibo. Yo Julián D. M. he recibido de Antonio Luis la cantidad de cinco millones a cuenta 5.000.000 de ptas. sobre la venta de la parcela de nava frías de Zarza de Granadilla, incluido edificio. Para que conste se firma*». El TS consideró que en dicho texto no aparecía el precio, elemento esencial del contrato de compraventa (art. 1445 CC) y que tampoco podía extraerse de ese documento un verdadero consentimiento (art. 1261 CC). Por tanto, el contrato era inexistente y no podía operar transmisión de la propiedad alguna. La inexistencia del título convertía en inane cualquier valoración acerca de la entrega con efectos traslativos (art. 609 CC). De este modo, el falso vendedor podía reivindicar la posesión de la parcela entregada en su momento. Para la resolución del caso, la Sala 1.ª aplicó analógicamente el artículo 1303 CC, a pesar de advertir de la diferencia dogmática entre nulidad e inexistencia. Lo hizo para obligar al reivindicante a devolver los cinco millones de pesetas que recibió en su día. A su juicio, este pronunciamiento adicional no suponía incurrir en incongruencia porque se trataba de «*un efecto "ex lege" de la nulidad, y por interpretación extensiva, de la inexistencia del contrato de compraventa*».

En el terreno de las consecuencias jurídicas, se aprecia bien que la diferenciación entre inexistencia y nulidad no obedece a una jurisprudencia de conceptos, sino que responde a una adecuada ponderación de los intereses en conflicto. Cuando no hay contrato, pero se realizó alguna atribución patrimonial, procede que quien realizó la prestación recupere lo antes posible lo entregado. La acción reivindicatoria sirve mejor a este propósito, toda vez que protege mejor los intereses del acreedor de la restitución, cuando la cosa se pierde [67]. A favor de este enfoque actúa el hecho de que el contrato inexistente no puede, por hipótesis, transmitir propiedad alguna. [68]

---

[66] MP: O'Callaghan Muñoz, RJ 2002/5697.

[67] Véase, *infra*, Capítulo 7, III. 3.1 (a).

[68] Del funcionamiento del sistema traslativo en los casos de desvinculación contractual –que no son los de inexistencia–, me ocupo ampliamente en el Capítulo 8.

3. La nulidad como concepto unitario-material

Reconocer el papel que desempeña la inexistencia conduce a una conclusión relevante: desde el punto de vista material no tiene mucho sentido diferenciar entre una nulidad absoluta y otra relativa. Aunque la distinción entre nulidad y anulabilidad se da «por sentada» [69], una vez separada de la inexistencia, la nulidad puede abarcarse unitariamente. El Código, desde luego, que no obliga a diferenciar nulidades [70], salvo que se le lea de otra manera [71]. Y es altamente probable que la nulidad unitaria fuese la opción conscientemente escogida al momento de la promulgación del Código [72].

Teniendo en cuenta la influencia del AvP de Laurent, esta concepción explica también el buen sentido del artículo 1310 CC, en relación con el artículo 1261 CC, es decir, la idea de que solo los contratos anulables son confirmables: no se trata de reducir el artículo 1310 CC a los contratos «anulables», de tal suerte que los «nulos de pleno Derecho» no sean confirmables [73]. Antes bien, el artículo 1310 CC se refiere en general a todos los contratos nulos (es decir, que son «anulables»), en contraposición a los inexistentes que no pueden ser confirmados, porque la nulidad en el código es unitaria.

Como acción independiente, la «anulabilidad» –contrapuesta a la nulidad (absoluta)– es una creación doctrinal que llegó a España a mediados del s. XX, no sin influencias alemanas e italianas [74]. En la base de su construcción, estaba el artículo 1300 CC, cuando dice literalmente que «pueden ser anulados» [75]. Pero, de nuevo y al igual que ocurre con la confirmación del contrato anulable, este «descubrimiento» obedeció a una lectura del código alejada de su sentido. Su diferenciación de la nulidad (absoluta) solo se entiende a partir del escaso andamiaje dogmático de las codificaciones del s. XIX, como nuestro Código,

---

[69] Con razón apuntó Pasquau Liaño (1997, p. 14) que «*es tan cerrado el consenso científico y tan nítida la formulación jurisprudencial de la doctrina expuesta, que enfrentarse a ella comporta el riesgo de acabar aplastado por una fortísima inercia tremendamente difícil de corregir*».

[70] En este sentido, Miquel González, *EJB*, 1995a, p. 476. El autor indica que «*mas este reproche* [que el Código no se refiera a la anulabilidad] *encierra el peligro de vulnerar el criterio del legislador, que no parece haber seguido la construcción más difundida actualmente sobre la anulabilidad*». Mucho más claramente se manifestó Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, p. 615. Para este autor, «*la concepción bipartita nulidad/anulabilidad* […] *carece, bien mirada, de apoyo sólido en los textos legales, y menos aún en nuestro Código civil*». Igualmente, véase Carrasco Perera, 2017, cap. 14/4, 14/5. Y, Ramón Fernández, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, p. 79.

[71] Es la posición tradicional de Delgado Echeverría, *ADC*, 1976, p. 1023-1024.

[72] Véase Grimalt Servera, 2008, p. 20.

[73] Es la tesis de Clavería Gosálbez, 1977, pp. 21, 33-37 y 80.

[74] Miquel González, *EJB*, 1995a, p. 476.

[75] Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2005, p. 258.

en materia de ineficacia [76]. Porque lo único que se desprende del Código español es la existencia de una acción de nulidad, contrapuesta a la figura –que no acción– de la inexistencia [77, 78].

Corolario de lo anterior es que, cuando el legislador español empleó en el Código civil los términos «nulidad», acción de «anulación», «nulo» o «anulable» no pretendía contraponer en realidad dos regímenes [79]. Antes bien, se estaba refiriendo a la misma institución, la nulidad, en sentido material. De lo contrario habría que decir que el legislador español reconoció una categoría –la nulidad radical– pero que la dejó sin regular [80]. Y no creo justo juzgar así a los redactores del Código. Si se tiene en cuenta lo explicado sobre la inexistencia, la solución al sentido de la nulidad en el Código español es relativamente sencilla. La (acción de) nulidad que el Código recoge se corresponde con lo que dogmáticamente hoy se conoce como «anulabilidad». A favor de esta idea apunta también la historia del Derecho que, vimos, revela un progresivo trasvase de la rescisión hacia la nulidad [81], así como el sentido del artículo 1300 CC [82]. La aproximación queda, en fin, apuntalada, con una tendencia normativa cada vez más expansiva hacia la anulabilidad.

---

[76] Gordillo Cañas, 1990, pp. 941 y ss.

[77] En todo momento me refiero a la no necesidad de distinguir entre nulidad y anulabilidad en el ámbito del contrato y la desvinculación, que es el objeto de este trabajo. No me refiero a la nulidad de otros actos jurídicos distintos de los contratos, como los testamentos. En este sentido, puede verse, Capilla Roncero, *ADC*, 1987, pp. 3-88. Sobre la nulidad de los actos que contravienen normas imperativas al amparo del artículo 6.3 CC, Carrasco Perera, 1992, sec. V. En general, sobre aplicar el sistema de la nulidad a negocios jurídicos distintos del contrato, así como a otras figuras jurídicas y a negocios del derecho de familia, De Castro y Bravo, 1967, párr. 562-564.

[78] Para una aproximación crítica de la no distinción entre nulidades sobre la base de la inexistencia, De Castro y Bravo, 1967, párr. 522. Este autor, con crítica de la doctrina francesa, se apoya en la existencia de una nulidad histórica –lo que no es del todo correcto, como vimos en el Capítulo 1– y estima que «*llevaría al extremo de que los funcionarios se encontrasen obligados a considerar válidos actos y contratos visible y evidentemente nulos*». No se alcanza a comprender esta crítica, que parece depositar una confianza ciega en el hecho de que la nulidad de un negocio neutraliza automáticamente sus efectos, sin que sea necesaria una declaración judicial de por medio, a pesar de reconocer esta, en muchos casos, como «inevitable» (párr. 524). También resulta, en cierta medida, contradictoria con la propia visión que el autor ofrece de la inexistencia, a la que otorga importancia práctica (párr. 513). En fin, no parece convincente la idea de que, en la nulidad relativa, «*el negocio tiene un vicio invalidante no visible*», y que ese vicio requiere –entonces sí– de una declaración judicial (párr. 558).

[79] Por eso, resultan inanes los intentos de buscar sentido a las expresiones que el Código civil emplea. Un ejemplo, se halla en Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 33.

[80] Aunque es la explicación que se suele dar. Por ejemplo, Delgado Echeverría, 1995a, sec. I.

[81] Sobre todo, en el Derecho español del s. xix, como se vio *supra*, Capítulo 1, V.

[82] No sorprende leer frases que advierten que la dicción del artículo 1300 CC «*puede significar que la normativa de nulidad que sigue al artículo 1300 transcrito es propia de los contratos que pueden anularse*» (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 2016, p. 91). En el mismo sentido, véase Puig Brutau, 1988, p. 287.

3.1 La tendencia expansiva de la anulabilidad como síntoma

En el Derecho privado español se aprecia una cierta tendencia hacia canalizar la mayoría de los supuestos de ineficacia a través de la «anulabilidad» [83]. Así se aprecia en el plano legislativo [84]. En esta línea, los autores advierten de una convergencia hacia la anulación del contrato, como «casa común» de la ineficacia [85]; de una «*expansión de las normas que se consideran de la anulabilidad*» que, por estar más acabadas, sirven como marco regulatorio para el resto de las hipótesis de ineficacia contractual, con todos los ajustes que el caso merezca [86]. Acaso por ello la doctrina afirme sin ambages *(i)* que las normas restitutorias comprendidas en los artículos 1303 y ss. CC se refieren realmente a la *anulabilidad*, como supuesto básico de ineficacia contemplado en el Código civil; y no a la nulidad; y *(ii)* que a la nulidad «absoluta» se le aplican las mismas normas restitutorias que a la anulabilidad [87]. Y lo mismo se advierte en la jurisprudencia [88].

---

[83] Da cuenta de esa tendencia, Gordillo Cañas, 1990, p. 975. No obstante, se ha mantenido en contra de que la anulabilidad sea el régimen general, aunque con dudas, Delgado Echeverría, 1995a, sec. IV, 5.

[84] A nivel legislativo, se aprecia una ligera tendencia en la mayoría de las modificaciones que se han incorporado al texto del Código civil hacia hablar de anulación del acto o contrato de que se trate, sobre todo cuando se trata de atribuciones onerosas, con remisión directa o indirecta al sistema previsto en los artículos 1301 y ss. Aquí se cuentan: *(i)* los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando esta sea preceptiva se declaran «anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código» (art. 293 CC, modificado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela); *(ii)* los actos de administración y disposición que uno de los cónyuges realice sin el consentimiento del otro y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados se pueden anular a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos (art. 1322 I CC, modificado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; no obstante, el segundo párrafo del mismo artículo declara la nulidad de los actos que sean gratuitos).

[85] Así, Delgado Echeverría, 1995a, sec. III.5; Egusquiza Balmaseda, 1999, pp. 93-96; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 543. Recientemente, advirtiendo que los tiempos avanzan hacia una «regulación más unitaria o, al menos, expansiva de la anulabilidad», López y López, 2022, pp. 583-584.

[86] Carrasco Perera, 2017, pp. 648-650; Gordillo Cañas, 1990, pp. 973-976.

[87] Carrasco Perera, 2017, p. 686; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 225; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, pp. 579-580; López Beltrán de Heredia, 2009, p. 53.

No obstante, De Castro y Bravo, 1967, párr. 539; este autor considera que no todas las disposiciones restitutorias contenidas en el capítulo sobre la nulidad son aplicables a la nulidad absoluta; y cita por ejemplo los artículos 1307 y 1308 CC. También estima que a la nulidad absoluta se le aplican las normas restitutorias del poseedor de buena o mala fe (arts. 451 a 468 CC).

[88] Véanse, por todas, las SSTS, 1.ª, 30 de diciembre de 1996, FD. 1.º (MP: Sierra Gil de la Cuesta; RJ 1997/2182) y 11 de febrero de 2003, FD. 2.º (MP: González Poveda; RJ 2003/1004).

3.2 El contrato *contra legem* y la nulidad «de pleno derecho»

Para la doctrina española, los contratos contrarios a una norma imperativa o prohibitiva son nulos de pleno derecho [89]. Es decir, asocian esta clase de contratos a la nulidad llamada «absoluta». Esta visión se compadece con la idea de que el «negocio nulo» es aquel que choca con mandatos o prohibiciones legales [90]; o que la nulidad absoluta defiende intereses públicos comprometidos (frente a una anulabilidad que defendería los privados y precisa de acción) [91]. Así, la nulidad absoluta vendría referida a contratos *contra legem* [92], que el artículo 6.3. CC declara nulos de pleno derecho.

El valor que en Derecho privado debe atribuirse a esta última norma no es, sin embargo, exorbitante, pues ella no prevé un supuesto específico de nulidad ni un régimen especial con el que hacerla practicable [93]. Lo más que prescribe el artículo 6.3 CC es que no es preciso que una norma señale expresamente la nulidad de los actos que le sean contrarios [94]. Por tanto, habrá que estar a la finalidad de la concreta norma infringida. Para el Derecho de contratos, la noción *contra legem* del artículo 6.3 CC no es sino una referencia o formulación general de la nulidad por contravención al orden público (art. 6.2 CC) y, en definitiva, por tener *el contrato* una causa ilícita [95]. De hecho, si se admite que la ilicitud causal del artículo 1275 CC se refiere al contrato en su conjunto [96], se llega a la conclusión de que el artículo 6.3 CC forma cuerpo con el artículo 1275 CC, en lo relativo a la causa ilícita. Este precepto también piensa en la contravención de una norma imperativa [97] y en la oposi-

---

[89] Así, sin ánimo de exhaustividad, Carrasco Perera, 2017, cap. 14/13; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 292; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, pp. 582 y ss.; Gordillo Cañas, 1990, pp. 966-971, 979; Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, p. 23; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2005, p. 255; Saborido Sánchez, 2005, p. 320; Vázquez de Castro, 2002, pp. 349 y ss.; Vila Ribas, 2010, p. 1429.

[90] De Castro y Bravo, 1967, párr. 519.

[91] Así, Pasquau Liaño, 1997, pp. 192 y 203-209.

[92] Aquellos que sean contrarios a normas imperativas o prohibitivas. Véase Gordillo Cañas, 1990, p. 971. Más recientemente, Quicios Molina, 2020, pp. 1549-1550. Una concepción amplia, apoyada en el antiguo artículo 4 CC, según la cual la sanción de nulidad allí dispuesta no se limitaba a las normas imperativas sino que abarcaba cualquier violación legal, puede verse en De Castro y Bravo, 1949, vol. I, p. 536.

[93] Imprescindible, Carrasco Perera, 1992, sec. II.3.2.

[94] Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 536; Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, p. 24.

[95] Véase Carrasco Perera, 1992, sec. II.3.4.c.

[96] Sobre la causa del artículo 1275 CC como referida al contrato en su conjunto, Rodríguez-Rosado, 1998, pp. 88-89.

[97] Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, p. 22.

ción al orden público, aunque la concreta norma infringida no establezca la nulidad como consecuencia [98].

Que el artículo 1275 CC forma cuerpo con el artículo 6.3 CC significa que la ilicitud causal conduce a la nulidad; y no a la inexistencia, como ocurriría, si el contrato careciese de causa [99]. Es la posición ya acogida por algún autor [100], y que también reconoce la jurisprudencia [101].

Destaca la STS, 1.ª, 10 de octubre de 2008, en el caso del préstamo al jugador, por un casino [102]. En lo que ahora interesa, el TS declaró que la contravención de la normativa administrativa, que ya establece una específica sanción para el caso de que se concedan prestamos a los jugadores en los casinos, no significa que civilmente no se pueda declarar nulo el préstamo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 CC, por ilicitud de la causa (arts. 1275 y 1305 CC) (FD 8.º).

El caso resuelto por la STS, 1.ª, 10 de junio de 2016 [103] es también interesante. Se trataba de una *fiducia cum amico*. D. Mariano demandó a los herederos de D. Fructuoso interesando la declaración de la existencia de dos negocios fiduciarios celebrados entre ambos. En virtud de esos negocios, celebrados en marzo y junio de 1996, D. Mariano cedió a D. Fructuoso, de forma temporal, una serie de acciones y participaciones, al parecer, con el fin de preservarlas de su mujer o sus acreedores –la Hacienda Pública y la Seguridad Social–. De este modo, creó una apariencia de titularidad en la figura de D. Fructuoso, quien falleció en noviembre de 2007. A su fallecimiento, D. Mariano pretendía recuperar la titularidad de lo transmitido, por fallecimiento del fiduciario, a lo que se opusieron los herederos de D. Fructuoso. Es decir, interesaba la restitución, como consecuencia de la resolución del negocio. Los demandados se opusieron a ello, con el argumento de que el negocio celebrado era nulo, por simulado. Tanto en primera como en segunda instancia se consideró probada la existencia del negocio fiduciario, bajo la modalidad *cum amico*, y el carácter instrumental de las compraventas simuladas; y se declaró la resolución de aquel, condenándose a los demandados a restituir las participaciones y un porcentaje de las acciones. Los demandados, herederos de D. Fructuoso, interpusieron recurso de casación, con el argumento de que el negocio fiduciario no podía producir efecto alguno, por tener una finalidad fraudulenta. Es decir, interesaban la *inexistencia* del negocio fiduciario. El TS desestimó el recurso de casación (FD 3.º). Con buen tino, la Sala 1.ª compartió la tesis de los recurrentes de que la causa era ilícita. Ahora

[98] Véase Torralba Soriano, *ADC*, 1966, p. 687.

[99] El artículo 1275 CC habla también de contratos «sin causa», de los cuales dice que «no producen efecto alguno». Se trata de una declaración indirecta de que la ausencia de causa provoca inexistencia (art. 1261 CC). Pues bien, el artículo 6.3. CC evita tener que declarar inexistente a un contrato con causa, pero ilícita; lo que sería ilógico. En distinto sentido, Quicios Molina, 2020, p. 1538.

[100] Vila Ribas, 2010, pp. 1436-1437. También, Redondo Trigo, *RCDI*, 2016, p. 3511; Ramón Fernández, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, pp. 72-74.

[101] Para una recopilación jurisprudencial (crítica) en este sentido, Saborido Sánchez, 2005, pp. 155-177.

[102] MP: Marín Castán; RJ 2008/5687.

[103] MP: Orduña Moreno; RJ 2016/2827.

> bien, este hecho significaba que el negocio tuvo una causa concreta, referida al propósito práctico que las partes quisieron alcanzar con él. Por tanto, el negocio «solo» era nulo. De ahí que la «*finalidad fraudulenta de eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante, de la que fue participe el fiduciario, comporte la nulidad del negocio fiduciario en cuanto se opone a las leyes en sentido de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código civil*».

La causa ilícita provoca, en definitiva, la nulidad del contrato, en aplicación del artículo 6.3 CC. No se me escapa que una parte de los autores españoles entienden que una cosa es el negocio nulo, por infracción de normas prohibitivas (art. 6.3 CC), y otra el contrato con causa ilícita (art. 1275 CC) [104]. Así, entienden que hay infracciones de normas imperativas (sectoriales) a las que no se puede hacer un reproche por razón de su contenido; y que «*la ilicitud causal en el desvalor de los motivos de una parte o de ambas no tiene por qué infringir ninguna norma imperativa*» [105]. A mí me cuesta ver una separación tan nítida entre ambas esferas, fuera de los casos en que el negocio es inmoral (no ilícito) y que puede ser tachado de «torpe» causalmente a los efectos del artículo 1306 CC. Y es aquí donde está el problema: la única razón para querer distinguir entre nulidad por infracción de normas e ilicitud causal es –como ocurría con la confusión entre inexistencia y causa ilícita (*supra* II. 2.3)– tener la consecuencia *restitutoria* del artículo 1306 CC en el retrovisor, para poder aplicarla a «la carta».

En el caso de la *fiducia cum amico*, resuelto por la STS, 1.ª, 10 de junio de 2016, el TS no aplicó la regla del artículo 1306 CC –impidiendo la restitución recíproca, como interesaban los herederos de D. Fructuoso–, sino que declaró aplicable el artículo 1303 CC, y ordenó una restitución [106]. Que el TS sorteara el artículo 1306 CC explica que la principal razón práctica para distinguir entre la nulidad por infracción de norma y por ilicitud causal esté en el riesgo de

---

[104] Por ejemplo, Saborido Sánchez, 2005, pp. 151-155 y 177-180.

[105] Carrasco Perera, 2017, cap. 15/2.

[106] En este sentido, afirmó que «*no se puede* […] *negar toda eficacia inter partes a dicho pacto* [de fiducia] *y consolidar definitivamente una propiedad aparente*». A estos efectos, se apoyó en la STS, 1.ª, 30 de mayo de 2016 (MP: Sancho Gargallo; RJ 2016/2307), que resuelte otro caso de *fiducia cum amico*. También se transmitían formalmente acciones y participaciones de varias sociedades, en diciembre de 1993. En el contrato privado los fiduciarios reconocían que su titularidad era mera apariencia y que los títulos seguían siendo propiedad de los transmitentes, de los que se obligaban a seguir sus instrucciones en cuanto al ejercicio de los derechos derivados de los títulos. El objetivo era que los bienes quedasen a salvo de los acreedores. Tiempo después, los transmitentes demandaron a los fiduciarios para recuperar las acciones, a lo que estos se negaron, por ser la reclamación contraria a la buena fe. En esta sentencia, el TS declaró la ilicitud de la causa del contrato, y por tanto la nulidad. No obstante, declaró inaplicable el artículo 1306 CC al caso, para evitar consolidar la transmisión de la propiedad.

caer en el artículo 1306 CC, neutralizando la restitución [107]. Como explicaré más adelante en este trabajo, esa aplicación caprichosa del artículo 1306 CC se soluciona mediante una interpretación reducida de esta norma, que excluya su aplicación a los contratos de compraventa y de cesión de uso [108].

Llegados a este punto, cabe preguntarse si la nulidad por infracción de una norma imperativa y/o ilicitud causal representa un caso distinto de nulidad, desde el punto de vista material. A mi juicio, no. Más allá de las posibles particularidades en materia de legitimados activos, carácter imprescriptible de la acción de nulidad o apreciación de oficio, que enseguida veremos, los contratos con causa ilícita no contienen una nulidad materialmente diferente a la del resto. El «apellido» «de pleno derecho» que acompaña a la nulidad en el artículo 6.3 CC no aporta nueva información desde el punto de vista material: el contrato contrario a la ley o con causa ilícita es nulo (puede ser anulado), en aplicación conjunta de los artículos 6.3 y 1275 CC.

Lo anterior se aprecia, por ejemplo, ante la nulidad del contrato de gestación subrogada. El artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida declara «*nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*». Se trata de una nulidad vinculada a la regla del artículo 6.3 CC que puede denominarse, si así se quiere, «de pleno derecho». Pero, insisto, este calificativo no aporta nada nuevo desde el punto de vista material. El contrato es nulo porque contraría al orden público, y adolece de una ilicitud causal (art. 1275 CC). La expresión «de pleno derecho» solo sirve para reforzar el régimen de la nulidad desde el punto de vista procesal, como a continuación mencionaré.

Una explicación similar puede darse al artículo 10 de la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Según él, los contratos que causen discriminación por razón de sexo «*se considerarán nulos y sin efecto*». De acuerdo con lo visto, la nulidad a la que conduce es única, desde el punto de vista material (arts. 6.3 y 1275 CC); ello, sin perjuicio de que, en este supuesto, la legitimación pueda corresponder al discriminado (si así se considera), o que la acción no prescriba ni caduque [109].

---

[107] Saborido Sánchez (2005, pp. 151-155, 177-180) distingue entre contratos nulos absolutamente, por ilicitud, y contratos con causa ilícita. A los primeros les aplica el régimen del artículo 1303 CC, y a los segundos el de los artículos 1305 y 1306 CC. Dejando a un lado lo excesivamente conceptual de esta distinción, el problema no es ese, sino en interpretar correctamente los artículos 1305 y 1306 CC, en cuanto a su supuesto de hecho. En un similar sentido, Carrasco Perera, 2017, cap. 15/38, al referirse al ámbito de aplicación de los artículos 1305 y 1306 CC.

[108] *Infra*, Capítulo 7, VII.

[109] En este sentido, López Beltrán de Heredia, 2009, p. 48.

En efecto, las únicas diferencias entre las nulidades se plantean más por razones de política legislativa que por cuestiones dogmáticas. Esta idea la desarrollaré en seguida (3.4.). De momento, basta con que quede claro que el contrato que contraviene una norma imperativa es nulo, por tener una causa ilícita (arts. 6.3 y 1275 CC); y que, a efectos materiales, esa nulidad no comporta un régimen distinto a la nulidad reconocida en los artículos 1300 y ss. CC.

3.3 La simulación como nulidad (anulabilidad)

En la medida en que son considerados existentes, los contratos que adolecen de un problema de causa falsa se canalizan igualmente por el régimen de la nulidad (art. 1276 CC), que materialmente es unitaria, y requiere una acción (anulabilidad, cfr. art. 1301 2.º CC). Si la simulación es absoluta, son inexistentes tal como he indicado *supra*, 2.3.

3.4 El binomio nulidad-anulabilidad como decisión de política legislativa

Que materialmente la nulidad sea única no impide reconocer particularidades concretas, según la causa que la patrocine o –por mejor decir– no impide que la nulidad (unitaria) no pueda distinguirse después en función de sus causas. Tales particularidades obedecen a decisiones de política legislativa [110], y tienen en cuenta lo importante que es para un ordenamiento privar de efectos a un contrato en determinados casos de nulidad [111]. Entre tales particularidades se cuenta el plazo de ejercicio o la eventual imprescriptibilidad de la acción, el elenco de legitimados para ejercitarla o la posibilidad de declarar la nulidad de oficio, cuyo estudio no es el propósito de este trabajo [112]. Pero repárese en que estas características –que, insisto, responden más a decisiones de política legislativa– no con-

[110] Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 536, señalan que «*las modalidades de invalidez no son categorías lógicas que pueden descubrirse o construirse exclusivamente con razonamientos de este tipo, sino ante todo la regulación o reglamentación que el legislador ha dictado para tratar diferentes casos o grupos de casos que infringen de algún modo la ley*».

[111] En este sentido, proponiendo superar la distinción nulidad-anulabilidad sobre la base de que en ambos hay un interés público que el legislador pretende tutelar, Grimalt Servera, 2008, pp. 43-75.

Le sigue, desde una concepción del binomio nulidad-anulabilidad como «sanciones impuestas por las normas», López y López, 2022, pp. 580-581.

[112] Me remito a la bibliografía que se ha ocupado del asunto con más profundidad, siempre bajo la distinción entre una nulidad absoluta y una anulabilidad: Carrasco Perera, 2017, pp. 650-678; Delgado Echeverría, 1995a; Egusquiza Balmaseda, 1999, pp. 27-92; Jerez Delgado, 2011, pp. 135-148,

ducen a mantener el binomio nulidad-anulabilidad, como categorías dogmáticas separadas, sino a perfilar mejor cada supuesto de nulidad (unitaria) [113].

Así sucede, en efecto, cuando la nulidad procede de ser ilícita la causa del contrato (contravención de norma imperativa): que la nulidad sea la misma materialmente no significa que no pueda tener un plazo de ejercicio distinto (o no tenerlo) o contar con un elenco de legitimados activos más amplio, habida cuenta de los particulares intereses de orden público que están en juego. No en vano, la nulidad por esta causa no se menciona ni en el artículo 1301 CC (plazo de ejercicio de la acción de nulidad y *dies a quo*) ni tampoco en el artículo 1302 CC (legitimados activos).

3.5 La superación dogmática de la distinción

Acaso haya llegado el momento de superar la distinción conceptual entre nulidad y anulabilidad a que, desde luego, no obliga la lectura de los artículos 1300 a 1314 CC [114]. Quizás convenga destacar que esta idea no es nueva ni rompedora. Se encuentra en algún autor francés clásico, como Lutzesco [115] y ha sido secundada entre nosotros [116], aunque no haya encontrado todavía el respaldo doctrinal necesario. Según lo veo, el mantenimiento del

186-187 y 213-235; López y López, 2022, pp. 583-593; Pasquau Liaño, 1997, pp. 209-218; Quicios Molina, 2020, pp. 1564-1579.

[113] En este sentido, Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, p. 615, n. 165. Interesa traer aquí sus palabras. Refiriéndose a la propuesta de *Pasquau Liaño* de superar la dualidad nulidad-anulabilidad (por la vía de eliminar la inexistencia; véase, *supra*, nota 39), este autor apunta: «*Si lo que hay detrás de la expansión de la anulabilidad es una auténtica huida del régimen de la nulidad, considerado en exceso severo para cuestiones que no son ilicitudes sino meras irregularidades contractuales, ¿no sería mejor un régimen unitario en cuyo seno puedan hacerse las respectivas modulaciones? ¿Es herético decir que puede haber una nulidad de pleno derecho relativa? ¿Es inconcebible una nulidad de pleno derecho no apreciable de oficio?*». Y, en una posición similar, advirtiendo indirectamente de que los aspectos procesales de la nulidad/anulabilidad obedecen a cuestiones de política legislativa, y bebiendo de las tesis de Pasquau Liaño y Ghestin, en Francia, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 34-35. Advierten: «*Podría así ocurrir, por ejemplo, que estuviera en manos de cualquier interesado hacer valer una nulidad y, sin embargo, señalarse plazo para ello (figura doctrinal que podría llamarse de «anulabilidad absoluta» o con legitimación ampliada* […]*), o, por el contrario, limitar a ciertas personas (o excluir a algunas) el ejercicio de la acción, pero dotar en lo demás a la invalidez de los caracteres de la imprescriptibilidad e inconvalidabilidad*».

[114] Alguna jurisprudencia, no de la Sala 1.ª del TS, ya ha apuntado en esa dirección. La STS, 3.ª, 2 de julio de 2020, FD 2.º (MP: Córdoba Castroverde; JUR 2020\205398): «*Pues bien, esta distinción en la producción de los efectos jurídicos entre la declaración de nulidad y la anulación, que tiene sus raíces en el derecho romano y en el derecho civil (donde tampoco rige absolutamente, basta una lectura de los efectos de la nulidad de los contratos prevista en los artículos 1300 a 1314), en el campo del derecho administrativo no tiene cobertura legal, aunque haya sido acogida por gran parte de la doctrina. Los efectos retroactivos de la declaración de nulidad y de la mera anulación, vendrán determinados por lo que en cada momento disponga la ley. Y de momento no existe ninguna norma que disponga que la declaración de nulidad suponga siempre la aplicación retroactiva de sus efectos*».

[115] Sobre todo, Lutzesco, 1945, p. 274.

[116] Vázquez de Castro, 2002, pp. 417 y ss.

binomio nulidad-anulabilidad obedece a una «sobredogmatización» [117] de las categorías y de la doctrina de la ineficacia del negocio jurídico en España desde mediados del s. XX [118] y que se ha mantenido hasta nuestros días [119]. Pero este exceso no se justifica ni desde el punto de vista de la consecuencia, que siempre ha sido una y la misma: la restitución; ni desde la arquitectura del Código; ni mucho menos desde la práctica, pues complica excesivamente las cosas. Una refundición de las nulidades permite atender a la clave desde el punto de vista de la consecuencia material: la restitución integral y recíproca de las prestaciones. Como se ha visto, la clave para poder tratar unitariamente la nulidad es separarla de la inexistencia.

En atención a lo expuesto, en adelante me referiré a la *nulidad* como concepto omnicomprensivo del tradicional binomio nulidad-anulabilidad.

3.6 La prescripción de la acción de nulidad

En España, es conocido el debate entre *(i)* quienes estiman que la acción de nulidad no prescribe y que el plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 1301 CC alude a la restitución [120], y *(ii)* quienes consideran que el plazo se

---

[117] Advierte de ese dogmatismo y del desconcierto terminológico, *ibid.*, pp. 401 y ss.

[118] Se aprecia esta idea en los diversos tipos de ineficacia identificados y, sobre todo, en las dificultades terminológicas surgidas simplemente para poder distinguirlos. En este sentido, véase, como representativo del estado de la cuestión a mediados del pasado siglo, De Castro y Bravo, 1967, párr. 507-508. También en Puig Brutau, 1988, pp. 279-282.

[119] Un ejemplo actual de este proceder excesivamente sobredogmatizador se encuentra en Colás Escandón, 2013a, sec. 1. Esta autora se refiere a las categorías de invalidez e ineficacia de los negocios; y considera que la ineficacia constituye el género (categoría más amplia), mientras que la invalidez es una de sus especies. Dentro de la categoría más amplia de la ineficacia se comprendería la inexistencia, la nulidad radical, la anulabilidad, los negocios válidos sometidos a condición suspensiva, así como los negocios que no son válidos ni inválidos, pero que esperan a «*la llegada de algún o algunos elementos de los que aún carecen*». La misma dogmatización abstracta se atisba en Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, pp. 532 y ss., quienes centran la distinción entre ineficacia e invalidez se asienta en «*el no producir efectos*», de un lado, y en el «*no valer como negocio*», del otro. Los mismos autores hablan después de una *«inoponibilidad»,* que estaría emparentada con la ineficacia (p. 533); e indican que la invalidez, después, se concreta en nulidad o anulabilidad (p. 536). En un sentido muy similar, véase también, Quicios Molina, 2020, pp. 1525-1526. Igualmente representativo de estas aproximaciones, en exceso dogmatizadoras, y sin aportar, a mi juicio, demasiado a efectos prácticos, es la distinción entre ineficacia e invalidez que plantea Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 87 y ss. Finalmente, se aprecia este ejercicio de exceso de dogmatismo también en Carrasco Perera (2017, cap. 14/6), quien divide la ineficacia en contratos *«incompletos», «inaptos para el fin pretendido por las partes», «inoponibles o ineficaces frente al tercero que de modo natural debería estar afectado por dicho contrato», «anulables por alguna de las causas previstas en el artículo 1301», «carentes de los requisitos del artículo 1261»,* y *«nulos por simulación», «contrarios a norma imperativa o incursos en causa ilícita».*

[120] Es la opinión tradicional de De Castro y Bravo, 1967, párr. 532, 574-577. Fue seguida por Lacruz Berdejo, 1997, p. 573; más tarde por Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2005, p. 262. Después, sobre todo, por

refiere al ejercicio de la acción de impugnación, que se reputa de caducidad [121]. Es evidente que el plazo del artículo 1301 CC se refiere al ejercicio de la acción de nulidad unitaria [122]. En efecto, solo desde una concepción bipartita de las nulidades se puede afirmar que la acción declarativa de nulidad absoluta (confundida con la inexistencia) es imprescriptible [123], en contraposición a la anulabilidad. Tal como lo veo, el equilibrio de los intereses patrimoniales en un sistema no se puede permitir afirmaciones que abiertamente proclamen que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, con carácter general [124]. Ello contradice la letra del Código que claramente establece un plazo de caducidad de cuatro años para la nulidad (es decir, ampliamente, para la «anulabilidad», art. 1301 CC) [125]. En línea con lo expuesto en este apartado, lo que ocurre es que, excepcionalmente, y por estrictas razones de política legislativa [126], la acción de nulidad puede declararse imprescriptible ante alguna de sus causas. Es el caso de la ilicitud causal. Ante ella, los especiales intereses de orden público justifican imprescriptibilidad (y acaso por eso no se contiene en el listado del artículo 1301 CC).

Delgado Echeverría en varios trabajos: *ADC*, 1976, p. 1023; 1995a, sec. IV.3. Con posterioridad han asumido esta postura, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 64-65; Jerez Delgado, 2011, pp. 176, 186-187, 190; Miquel González, *EJB*, 1995a, p. 479; Morales Moreno, 1972, pp. 275-276; Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, pp. 618-620.

[121] Defensores de esta tesis, Albaladejo García, 1958, pp. 415-417; Clavería Gosálbez, 1977; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, pp. 592-594; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 36-44.

[122] Claramente en este sentido, aunque diferenciando nulidades, Pantaleón Prieto, *Almacén de Derecho*, 2021.

[123] Carrasco Perera, 2017, cap. 14/29; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 65-66; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, cap. 19.4; Marín López, *CESCO*, 2021, p. 58 y 89.

[124] Se sigue, en este punto, a Pasquau Liaño, 2007, pp. 225-246. Una tendencia muy similar se aprecia, actualmente, en Francia. De la mano de la reforma de 2016 (cfr. art. 1179 CCfr), la jurisprudencia y la doctrina de este país consideran hoy la distinción bipartita nulidad-anulabilidad como una mera cuestión de mayor o menor salvaguarda de intereses privados. Por eso, en la mayoría de los casos, se prefiere la anulabilidad; lo que permite obtener una prescripción de la acción. Véase, por todos, y de la mano de un caso de ausencia de objeto considerado como de anulabilidad por la Cour de Cassation, Pellier, *Dalloz Actualité,* 2019 (y la doctrina y jurisprudencia que ahí se cita). En efecto, se antoja excesivamente teórico sostener que la acción de nulidad es una acción meramente declarativa respecto de algo que ya reconoce la ley; y que por eso no prescribe. Otra cosa es, como se viene sosteniendo, que en determinadas causas de nulidad (causa ilícita), razones de interés público impongan esta consecuencia excepcional.

[125] Véase Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, cap. 19.23. En efecto, asumiendo teóricamente que el objeto de los plazos (de caducidad) recogidos en el artículo 1301 CC son los derechos potestativos orientados a imponer una determinada consecuencia jurídica patrimonial (la nulidad) a la otra parte de la relación (véase, Cañizares Laso, 2001, pp. 139-157), es claro que la acción se tiene que someter, las más de las veces, a un plazo para su ejercicio; y que solo por estrictas razones de política legislativa (orden público), excepcionalmente, la acción no estará sometida a plazo.

[126] *Supra*, en este capítulo, II. 3.3. En cualquier caso, no está de más recordar que el hecho de que el legislador haya optado por la caducidad (en lugar de por la prescripción) no dice necesariamente nada de un interés público que permita entender que la acción no está sujeta a plazo alguno; así lo destaca Díez-Picazo y Ponce de León, 2003, pp. 82-83).

3.7 La restitución como modulación de la nulidad unitaria

Que la nulidad sea única nos evita caer en el equívoco, *contra legem*, según el cual la recuperación de lo entregado en casos de «nulidad absoluta» se vehicularía a través acciones unilaterales reipersecutorias, como son las de la liquidación del estado posesorio o las del cobro de lo indebido [127]. Además, se compadece con un sistema que solo reconoce una clase de restitución para la nulidad. Dentro de este sistema, la unicidad de la nulidad no impide dosificar la consecuencia restitutoria según la causa que la provoca (cfr. arts. 1304, 1305, y 1306 CC) o de otro reparto de riesgos (1307 y 1314 I CC). Por eso, lo principal es analizar el funcionamiento de esa restitución.

La existencia y el sentido de un régimen legal de restitución en Derecho español para la nulidad (unitaria) tampoco se puede despachar, a mi juicio, con el argumento de que el contratante que realizó la prestación puede reivindicar la cosa entregada, repetir lo indebidamente pagado o ejercitar una acción de enriquecimiento, pero que el Código ha establecido aquí un cauce específico [128]. Detrás de este enfoque, simplista, están muchos de los problemas para comprender bien la restitución contractual, pues directamente se parte de la irrelevancia de la propia institución y de que tanto valdría tenerla como no. Demostraré que no es así, que la restitución por desvinculación del contrato tiene un sentido particular totalmente alejado de las otras acciones de repetición; lo que explica, precisamente, que el legislador del Código –acaso con más tino que la doctrina que luego ha escrito sobre el particular– regulara expresamente esta figura.

III. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL

De todos los expedientes de desvinculación contractual, la nulidad tiene un papel principal dentro de la sistemática del Código civil español, por el espacio que dedica a la restitución (arts. 1300-1314 CC). La restitución del artículo 1303 CC se suele vincular exclusivamente a la *restitutio in integrum* y, sin solución de continuidad, al aforismo de que «lo nulo no produce efectos». Esto provoca que la restitución por nulidad parezca separarse de la que procede en caso de rescisión o de resolución por incumplimiento.

---

[127] Se trata, por ejemplo, de la opinión de De Castro y Bravo, 1967, párr. 538-539.

[128] Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 556.

En los apartados que siguen, explicaré que la restitución por desvinculación contractual constituye una institución jurídica *unitaria*, *autónoma* y *neutra*. En este sentido, trataré de desmontar, primero, la construcción que vincula la nulidad, la no producción de efectos y la restitución (1). Tras ello, advertiré que la noción atécnica de la *restitutio in integrum* recíproca está presente en todos los expedientes de desvinculación –no solo en la nulidad–; es decir, que la restitución contractual es *unitaria* (2). En tercer lugar, demostraré que esa idea atécnica de la *restitutio in integrum* reciproca, presente en la restitución que sigue a cualquier expediente de desvinculación, se canaliza teóricamente por medio de una relación obligatoria restitutoria, que da sentido a la retroactividad (recuperación del *statu quo ante*) y que convierte a la restitución en *autónoma* respecto de la concreta causa de desvinculación (3). En esta línea, explicaré finalmente que el alcance de la relación obligatoria restitutoria no depende de la buena o la mala fe de las partes ni tampoco de a qué parte le resulte imputable la desvinculación; es decir, que la restitución contractual es *neutra* y actúa alejada de consideraciones propias del enriquecimiento injustificado o de la indemnización (4 y 5).

1. «Lo nulo no produce efectos» y su confusión con la *restitutio in integrum*

La experiencia histórica y comparada situó, como vimos [129], la nulidad en el centro y resumió sus efectos a partir del brocardo latino «*quod nullum est nullum efectum producit*» («lo que es nulo no produce efectos») y la idea de que la nulidad tiene una eficacia retroactiva *ex tunc* [130]. La restitución derivada de la nulidad del contrato se edificó desde este prisma y, con ello, sobre el dogma de la voluntad, consolidado en el Código civil [131]. Esta visión de la nulidad es mantenida todavía hoy por la doctrina [132] y la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS [133]. Sin embargo, ligar la restitución integral y recíproca de las prestaciones al aforismo «lo nulo no produce efectos» presenta tres problemas, de diferente dimensión, pero interconectados entre sí.

---

[129] *Supra*, Capítulo 1 IV y V.

[130] Véase De Castro y Bravo, 1967, párr. 574.

[131] Por influencia de la Escuela de Derecho natural, primero, y la consagración ideológica del liberalismo económico, después. En este sentido, Morales Moreno, 1988, p. 75.

[132] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 234; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, cap. 18/13, 19/5; Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, p. 237; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 553.

[133] Representativas de esta posición son las SSTS, 1.ª, 25 de marzo de 2015, FD 9.º [1] (MP: Baena Ruiz; RJ 2015/735); 13 de enero de 2021, FD 14.º [4] y [14] (MP: Díaz Fraile; JUR 2021/11758);

(a) El primer problema afecta a la concepción de la nulidad, y a su relación con la inexistencia, ya trabajada. Lejos de constituir un ejercicio abstracto inane, la diferenciación entre inexistencia y nulidad permite abordar mejor la segunda, toda vez que permite conciliar la ineficacia del negocio con la producción de efectos por este: el negocio existe, produce efectos, pero puede ser nulo o, mejor dicho, anulable [134]. Con buen tino, el Código civil siguió esta senda. La idea que recoge el Código –y que se anticipa en Laurent [135]– no es la de que el contrato nulo no produzca ni pueda producir ninguna clase de efectos *jurídicos* en la realidad. La ligazón entre la nulidad y los contratos válidamente celebrados (arts. 1261 y 1300 CC) obliga a entender el brocardo «*quod nullum est nullum effectum producit*» desde un enfoque según el cual, una vez declarada esta nulidad, se ha de intentar que los efectos que el contrato ya ha generado desaparezcan. Es decir, no es que el contrato afectado por un vicio de nulidad no produzca ningún efecto *ab initio*, sino que los efectos producidos deben removerse tan pronto como la nulidad se detecta [136]. A esta remoción de efectos derivados del contrato nulo presta servicio la *restitutio in integrum* recíproca del artículo 1303 CC.

(b) El segundo problema se deriva, en parte, del apunte que acabo de realizar, y alude a la confusión entre nulidad y restitución. Que la restitución integral y recíproca de las prestaciones actúe como herramienta para hacer posible el principio de que «lo nulo no produce efectos» no significa que se detenga en la nulidad (y no opere ante otros expedientes de desvinculación, como la rescisión por lesión o la resolución). Esta concepción no se corresponde con la experiencia histórica. El problema reside en la confusión –heredada del Derecho francés [137]– entre la nulidad y *restitutio in integrum*, que se desprende de la

---

[134] Desde el Derecho alemán, Schmidt, *Revista Fórum de Direito Civil*, 2014, p. 153.

[135] *Supra*, II. 1.

[136] Bien miradas las cosas, el considerar que un contrato nulo o anulable no produce efecto jurídico alguno constituye un prejuicio dogmático a poco que se atienda a las realidades del tráfico. La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo lo reconoce de manera habitual. Valga citar la STS, 1.ª, 10 de junio de 2010, FD 7.º (MP: Marín Castán, RJ 2010/2675) cuando –para argumentar el carácter contractual de la indemnización de daños y perjuicios que, en su caso, puede acompañar a la anulación del contrato; 6III. 2.1 (b)– afirma literalmente: «Y es que no tiene razón la parte recurrente cuando alega que si un contrato es nulo no produce efecto jurídico alguno, pues *basta con atender a lo sucedido en el presente caso para comprobar que el contrato litigioso produjo unos efectos de tanta trascendencia como la inmediata transmisión toda una empresa naviera a la parte compradora y la entrega por esta de 7.212.145'25 euros a los compradores*» (la cursiva es mía).

[137] La confusión entre la acción de nulidad y la de restitución ha sido denunciada, incluso, desde un Derecho como el francés. En este sentido, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 392 y ss. se mostró muy crítica con una concepción que concebía a la nulidad, también como una acción parcialmente orientada a la restitución integral y recíproca de las prestaciones, cuando en realidad se trata de instituciones harto diferentes. A su juicio, ni tienen la misma finalidad («*l'action en nullité tend á la suppression de la situation de droit née de la conclusión du contrat entaché d'une cause de nullité*» mientras que «*l'action en*

propia estructura del Código civil –la restitución integral está recogida en el capítulo sobre la nulidad de las prestaciones–, y que ha sido avalada por constante jurisprudencia [138]. Esta asociación entre nulidad y *restitutio* provocó, al tiempo, que se revistiese indirectamente a la nulidad de efectos retroactivos en sí mismos, acaparando para ello a la restitución [139].

(c) En fin, la asociación irreflexiva entre la restitución integral de las prestaciones y el dogma de que «lo nulo no produce efectos» ha contribuido también a asentar la idea de que la restitución en ese caso se produce *ex lege*. Es decir, que la restitución opera sin necesidad de petición expresa, «*por cuanto nade de la Ley*». Tal como lo veo, esta aproximación resulta deudora de una concepción de la restitución indiferenciada de la nulidad; desconocedora del papel autónomo que la *restitutio in integrum* ocupa [140].

Los tres puntos anteriores convergen en una conclusión teórica muy potente: la nulidad solo describe una reacción del ordenamiento frente a un acto o contrato al que despoja de efectos jurídicos. Pero por sí misma no «deshace»

---

restitution tend á la suppresion de la situation de fait née de l'execution du contrat entaché d'une cause de nullité»; p. 397) ni tampoco el mismo fundamento («*la cause de l'action en nullitè reside dans le vice qui entache l'acte d'illicéité*» mientras que «*la cause de l'action en restitution reside dans l'accomplissement par la partie demanderesse de son obligation, en exécution du contrat entaché d'une cause de nullité*»; p. 398); por no hablar de que tampoco producen, una y otra, los mismos efectos (p. 399).

[138] Así no son infrecuentes aseveraciones del siguiente tenor, al describir la regla del artículo 1303 CC como una «*propia «restitutio in integrum», como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar –«quod nullum est nullum producit effectum» (lo que es nulo no produce ningún efecto)–, dado que esta se queda sin causa que la justifique*»; que se puede leer en la STS, 1.ª, 13 de marzo de 2012, FD 9.º (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2021/4527). Una idea similar puede leerse en la STS, 1.ª, 9 de mayo de 2013 FD 17.º [283] (MP: Xiol Ríos; RJ 2013/3088): «*Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste–, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del Código civil*». Y, en el Voto Particular a la STS, 1.ª, 25 de marzo de 2015 (MP: MP: Baena Ruiz; RJ 2015/735), Orduña Moreno –para explicar el fundamento de la restitución del artículo 1303 CC en un supuesto de nulidad de la cláusula suelo– afirmaba (FD 5.º del Voto): «*Este sentido, y no otro, es el que cabe extraer del viejo brocardo «quod nullum est nullum effectum producere debet» y de la fórmula abierta que dispensa el artículo 1303 del Código Civil (ambos citados por la sentencia de 9 de mayo, parágrafo 283), pues la referencia a la inexistencia de efectos («nullum effectum») no se realiza desde el plano material o fáctico sino desde el plano de la causalidad jurídica, porque la reacción del ordenamiento jurídico ante los supuestos de ineficacia contractual no es siempre igual, ni uniforme, sino ajustada al fenómeno jurídico tomado en consideración*» (esta formulación la emplea para criticar la limitación de la restitución de cantidades derivada de la nulidad, por intransparente, de la cláusula suelo, en aplicación de la regla del artículo 1303 CC).

En materia de litigación sobre productos financieros, dan cuenta de esta presentación teórica de la nulidad y la restitución la STS, 1.ª, 16 de octubre de 2017 (MP: Parra Lucán; RJ 2017/4286) y, sobre todo, la STS, 1.ª, 15 de diciembre de 2021 (MP: Díaz Fraile; RJ 2021/5508), en cuyo FD 3.º [2.2] puede leerse: « *La nulidad produce efectos retroactivos como si el contrato no se hubiera celebrado nunca y, puesto que lo entregado en cumplimento de un contrato nulo o anulado carece de causa, la ley ordena la restitución recíproca de lo entregado por cada una de estas partes*».

[139] Se advierte esta posición, por ejemplo, en García Rubio, 2017, p. 240.

[140] Sobre este tercer aspecto me ocupo más en profundidad *infra* III. 2.1 (c).

nada en el terreno de lo ejecutado. La declaración de nulidad no elimina el hecho de que las prestaciones al amparo del contrato nulo se intercambiasen, ni tiene un efecto retroactivo por sí misma. A esa retroactividad sirve la restitución, no la nulidad, como veremos [141]. Porque la restitución no parte, como hace aquella, de que el acto o contrato nunca se realizó, sino de lo contrario; y es así como lo puede deshacer [142].

2. La restitución integral y recíproca como principio común de la desvinculación

Todas las restituciones por desvinculación contractual reconocidas en el Código responden a un mismo principio: la *restitutio in integrum* recíproca. De él se deduce que el fracaso del contrato no elimina por completo la relación obligatoria inicial, en ningún caso, sino que la transforma en otra, de corte restitutorio, en la que las partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente lo intercambiado. Esta idea se aprecia bien en los casos de rescisión y de resolución, pero no ha sido explorada para la nulidad.

2.1 La nulidad

La primera forma de articular la desvinculación contractual es la nulidad (anulación) de la forma en que ha quedado presentada [143], cuyos supuestos principales se contienen en el artículo 1301 CC. La nulidad no requiere lesión (art. 1300 CC) [144]; lo que refleja la posición principal de esta institución frente

[141] *Infra*, III. 3.2 y 3.3.

[142] Véase Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 429-430.

[143] Se trata de una acción mediante la que se declara la nulidad de un contrato con las consecuencias restitutorias que le han de seguir. En este sentido, De Castro y Bravo, 1967, párr. 532.

[144] En el Derecho del Código civil español la existencia de lesión económica puede servir como indicio para advertir la existencia de vicios del consentimiento ante determinados contratos. Esto se aprecia muy bien en el terreno del error, que provoca normalmente también una alteración de la equivalencia económica del contrato que, sin embargo, no es suficiente para anular el contrato por este motivo. De ello dio cuenta, en su día, Morales Moreno, 1988, pp. 81-85. Por este motivo, veo artificiosa la distinción entre «*la lesión producida por el contrato cuando se perfeccionó*», y la «*ventaja económica en deshacerlo*», a la que alude, Delgado Echeverría, 1995a, sec. IV, 2. Un ejemplo de error es la STS, 1.ª 4 de octubre de 2013 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2013/7251). Se había comprado una finca en Mallorca tenida por urbana y de alto valor por un precio de 175.000 euros (que había sido incluso tasada por 183.369,60 euros), que resultó ser rústica, de un valor ínfimo (1215 euros) y ningún interés para la compradora. Para el dolo, se contiene en la STS, 1.ª 5 de marzo de 2010 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2010/2390). Se había adquirido un solar para construir, silenciando la vendedora la existencia de una dolina en el terreno, no

a la rescisión [145]. En línea con el desarrollo histórico, su consecuencia es clara: una *restitutio in integrum* recíproca (art. 1303 CC), por medio de la cual se recupera el *statu quo ante*, es decir, la situación que las partes disfrutaban antes de contratar [146]. A continuación, trataré de explicar el sentido de la restitución contractual para la nulidad, una vez separada del aforismo «lo nulo no produce efectos». A su vez, advertiré que la nulidad no elimina la relación obligatoria surgida con el contrato, y que esta es importante para canalizar la restitución.

(a) *La* restitutio in integrum *recíproca*

Un autorizado sector doctrinal sostiene que no se pueden aplicar a la nulidad criterios valorativos del contrato nulo; que «*no hay sinalagma contractual sin contrato válido* [147]». Esta apreciación, que entiende que la relación obligatoria inicialmente surgida se elimina, acaso merezca una revisión, a partir de la idea de reciprocidad. A la nulidad contractual le sigue una obligación restitutoria que participa de una idea de reciprocidad y cumplimiento simultáneo [148]. Es lo que se desprende, sin dificultad, de los artículos 1303 y 1308 CC. Ambas normas reconocen una *restitutio in integrum* recíproca entendida en sentido atécnico [149] que confirma abundante jurisprudencia de la Sala 1.ª [150]. La regla del artículo 1308 CC es axial para la restitución por nulidad, al concretar el mandato de reciprocidad del artículo 1303 CC. Mediante la reciprocidad, el principio de integridad restitutoria –de recuperación del *statu quo ante*– cobra su sentido, porque para ser *restitutio in integrum*, tiene que ser *recíproca* [151].

---

apreciable por signos externos, que lo hacía inhábil para la edificación. Su valor era «de cero euros». Véase, también, recientemente en este sentido, Quicios Molina, 2020, p. 1627.

[145] Y, por tanto, la separación de la nulidad de la figura de la *restitutio in integrum* entendida como acción en sentido técnico y no como consecuencia, la cual se reduce a la rescisión, donde sí es necesario un daño o menoscabo de un contratante (lesión). En este sentido, De Castro y Bravo, 1967, párr. 568.

[146] Por todos, con cita de jurisprudencia, Quicios Molina, 2020, p. 1617.

[147] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 260.

[148] Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 580.

[149] Atécnico, hay que insistir, porque la acción de nulidad que contempla el Código civil no se vincula en sentido técnico con la antigua figura de la *restitutio in integrum* romana, que presuponía un daño o menoscabo para el que la empleaba. Véase De Castro y Bravo, 1967, párr. 568.

[150] Cuando interpreta el artículo 1303 CC como un precepto cuya finalidad es conseguir que las partes recuperen la situación personal y patrimonial anterior a la del contrato invalidado. Véanse las SSTS, 1.ª, 26 de julio de 2000, FD 5.º (MP: Corbal Fernández; RJ 2000/9177); 11 de febrero de 2003, FD 2.º (MP: Corbal Fernández, RJ 2003/1004); 6 de julio de 2005, FD 2.º (MP: Gonzáles Poveda; RJ 2005/9532); 15 de abril de 2009, FD 2.º (MP: Almagro Nosete; RJ 2009/3338); y recientemente la 13 de enero de 2021, FD 14.º [13] (MP: Díaz Fraile; JUR 2021/11758).

[151] Nuevamente, cabe remitirse aquí a Hellwege, 2004, pp. 435-451. Este autor (pp. 443-444) se hace repetidas veces eco de una cita de *Johann Hieronymus Hermann* –autor alemán del s. xviii– según la

La reciprocidad significa que a la nulidad sigue una relación obligatoria restitutoria que se deriva del mismo contrato [152], el cual ofrece –a pesar de la desvinculación– información jurídica relevante para vehicular la restitución [153], aunque hayan caído los deberes originarios de prestación. El problema de esta apreciación es que choca con aquella visión, extendida, según la cual la nulidad constituye un «defecto genético del contrato» que impediría su surgimiento eficaz y como título de adquirir [154]. Esta visión considera que la nulidad contractual presentaría una eficacia retroactiva *ex tunc* que opera de manera automática; lo que acaso no sea más que un prejuicio dogmático.

En línea con lo anterior, no es inhabitual leer que la nulidad tiene efectos retroactivos *ex tunc* y *erga omnes*, de modo tal que el contrato quedaría eliminado desde el momento en que la nulidad se declara [155], cuando no desde antes [156]. Acaso sea el momento de romper ese prejuicio, como sucediera en su día con la resolución, al analizar su relación con la indemnización [157]. Después de todo, esta es la base de la teoría a partir de la cual se «descubrió», en Alemania, la *culpa in contrahendo* [158].

---

cual «*restitutio in integrum est reciproca*»; es decir, sin la idea de reciprocidad en la restitución no resulta posible el regreso a la situación existente *ante contractus*.

[152] Si se recuerda (Capítulo 1, IV. 3.2) el antecedente directo (y literal) de este precepto es el artículo 1195 P. 1851. En el comentario a este precepto García Goyena indicaba que se trata de una obligación recíproca y trataba a los integrantes de la restitución como *contratantes*, de tal suerte que el que no cumple su obligación no puede exigir el cumplimiento de la del otro contrayente. Véase García Goyena, 1852, vol. III, p. 202.

[153] En similar sentido, desde el Derecho italiano, Bargelli, 2010, pp. 296-302. La autora apunta que «*l'innefficacia non giunge a eliminare del tutto la rilevanza giuridica della fattispecie dell'accordo*». Con estos mimbres, conecta el acuerdo anulado como situación que todavía es jurídicamente relevante con la *restitutio in integrum* y la idea de reciprocidad; para ella, así considerada, la restitución sería una «*tutela contrattuale «secundaria»*».

[154] En este sentido, Juárez Torrejón, *ADC*, 2018, p. 1301.

[155] Es la visión doctrinal mayoritaria. Así, Alonso Pérez, 1972, p. 172; Quicios Molina, 2020, p. 1611.

[156] No me refiero aquí a la disputa entre quienes han considerado que la nulidad (anulabilidad) es simplemente declarativa, y que el contrato es nulo *ab initio*, y quienes abogaron por una tesis constitutiva, de tal suerte que el contrato anulable mantiene sus efectos en tanto que no se anule. Sobre estas posiciones véase Miquel González, *EJB*, 1995a, pp. 476-477.

[157] Semejante prejuicio fue desmontado, en Alemania, por *Heinrich Stoll (1891-1937)*, en 1929, al ocuparse de la relación entre la resolución y la indemnización: Stoll, *AcP*, 1929, pp. 141-185. A él se ha hecho referencia en *supra*, Capítulo 1, IV. 2.3. (b). El mismo prejuicio existió en nuestro Derecho durante mucho más tiempo, hasta que fue oportunamente corregido por Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, pp. 1153, 1168.

[158] «*¿Quién no diría que aquí hace falta una acción de daños*?» («*Wer fühlt nicht, daβ es hier einer Schdensersatzklage bedarf?*»). Casi con estas palabras daba comienzo la histórica construcción sobre la *culpa in contrahendo* de *Rudolph von Jhering* (*DogmJB.*, 1861, p. 5). En este trabajo, el autor argumentaba que la nulidad del contrato no implica una pérdida de sus efectos, sino que –repárese– simplemente liberaba al deudor de su obligación de cumplimiento; lo que conducía a reconocerle la posibilidad de entablar una acción de daños (pp. 29 y ss.). La acción se había de fundamentar la «sencilla regla» de que actúa culposamente quien celebra un contrato sin estar en condiciones de cumplir con las exigencias de básicas para su validez, induciendo con ello a error a la otra parte (p. 41).

(b) *Indemnización de daños y nulidad contractual*

Hace ya algunos años que la Sala 1.ª del TS [159] reconoce la compatibilidad entre la acción de anulación del contrato y la indemnización de daños; y lo mismo hace nuestra doctrina [160]. Así, en los casos de vicios del consentimiento, se puede recurrir a la indemnización cuando a una de las partes le sea imputable la anulación del contrato [161]. Según se afirma, la acción indemnizatoria tendría aquí carácter extracontractual (art. 1902 CC) [162] y contribuiría también recobrar a la situación existente antes de contratar; ello, gracias a la compensación de partidas que la restitución no alcanza a cubrir (gastos de abogados, de preparación del contrato, deterioro de bienes) [163]. Esta opinión es compartida por cierta jurisprudencia, que considera, a grandes rasgos, que el artículo 1303 CC puede resultar «*insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual*», pudiéndose acudir a otras normas, como las indemnizatorias en materia de incumplimiento [164]. Este estado de la cuestión parte, sin decirlo, de que la nulidad destruye por completo la relación obligatoria inicial. Por eso, la única alternativa coherente con ella sería la indemnización propia de la responsabilidad civil, que solo alcanza el denominado «interés negativo» o de confianza [165]. Y, por eso también, se descarta reparar aquí el interés positivo o de cumplimiento del contratante que soporta la nulidad por culpa de la otra su parte [166]. De compen-

---

[159] Así las SSTS, 1.ª, 18 de enero de 2007, FD 3.º (MP: O'Callaghan Muñoz, RJ 2007/529); 5 de mayo de 2009, FD 6.º (MP: Corbal Fernández, RJ 2009/2907); y 5 de marzo de 2010, FD 4.º (MP: O'Callaghan Muñoz, RJ 2010/2390).

[160] Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, pp. 574-575.

[161] El caso paradigmático, en la práctica, es el de dolo grave (arts. 1265, 1269 y 1270 I CC). Junto a él, se insertarían los casos de violencia o intimidación (arts. 1267 y 1268 CC); e, incluso, los de error provocado (art. 1266 I y 1302 CC). Sobre la calificación de una conducta como error inducido frente a hacerlo como dolo, véase Delgado Echeverría y Parra Lucán, *CCJC*, 2011, sec. I.3.

[162] De Castro y Bravo, 1967, párr. 526; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, pp. 574-575; Jerez Delgado, 2011, pp. 292-294; Quicios Molina, *CCJC*, 2010, sec. B.b.

[163] En este sentido, Jerez Delgado, 2011, p. 292.

[164] Así, las STS, 1.ª, 26 de julio de 2000, FD 5.º (MP: Corbal Fernández, RJ 2000/9177). Sigue su doctrina la STS, 1.ª, 15 de abril de 2009 (MP: Almagro Nosete; RJ 2009/3338). También se citan las normas de liquidación de estados posesorios o las del enriquecimiento injustificado. Sobre la improcedencia de recurrir a ellas en la restitución contractual, *infra*, Capítulo 7, III. 3.1 (a) (bb); y Capítulo 9, II. 1.

[165] Tratándose del lucro cesante, este sector estima procedente su indemnización, pero siempre en la vertiente propia del interés negativo, es decir, en las otras oportunidades de negocio que el contrato anulado ha echado a perder. Véase la explicación de la STS, 1.ª, 5 de mayo de 2009 (MP: Corbal Fernández, RJ 2009/2907) desde la base de considerar indemnizable solo el interés negativo en Quicios Molina, *CCJC*, 2010, sec. B.b.

[166] Esta opinión ha sido la tradicional en nuestra doctrina, dando cuenta de ello, Díez-Picazo y Ponce de León, *ADC*, 2009, pp. 1045-1046. Actualmente, siguen esta corriente, Basozabal Arrue, *ADC*, 2009, pp. 705-706; Quicios Molina, *CCJC*, 2010, sec. B.b; 2020, p. 1615.

sarse el interés positivo –se dice– se estaría confirmando el contrato anulable [167]. Con todo, esta posición no es unánime.

A juicio de otro sector doctrinal, al menos en los casos de dolo *in contrahendo*, se debería permitir al contratante que lo sufre «*obtener la utilidad fraudulentamente prometida y luego negada*» [168]. La Sala 1.ª del TS ha seguido esta orientación, concediendo el interés positivo ante la anulación del contrato, en casos donde tan pronto se podría haber ejercitado una acción de nulidad como otra por incumplimiento.

> Fue lo sucedido en el caso «El Cabaco Medios y Gestion SL» [169]. Se había celebrado un contrato de compraventa entre dos sociedades en el que Esso actuaba como compradora y El Cabaco como vendedora de una finca registral con una cabida de 5.020 m^2. La compradora pretendía construir una estación de servicio dentro de la finca. Para ello, resultaba imprescindible que la cabida de esta fuese al menos de 5.000 m^2, como establecía la normativa urbanística. Este hecho se reflejó en el contrato, que recogía que la superficie mínima de la parcela sería de 5.000 m^2. Pese a ello, El Cabaco no informó a Esso de que una parte importante de la finca adquirida estaba ocupada por otra finca más pequeña, que pertenecía a una comunidad de propietarios de la que formaba parte la vendedora, junto con otras sociedades. Ante este hecho, Esso interpuso demanda contra El Cabaco, interesando la nulidad del contrato por dolo y, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. En ambas instancias se estimó la demanda en cuanto a la pretensión inicial, siendo el objeto de la discusión ante el TS la cuantía de la indemnización. En su fallo, el TS concedió una indemnización por lucro cesante derivada de la anulación del contrato («frustración del contrato»), tomando en cuenta que Esso podría haber efectuado la inversión en otra zona, así como un informa pericial presentado por la demandante, donde se concretaban específicamente las partidas del lucro cesante (ubicación del negocio, circunstancias económicas de la explotación en el entorno, rendimientos derivados de los diferentes servicios, márgenes comerciales, entre otros elementos).

De los hechos en El Cabaco Medios y Gestion SL se desprende que el encuadre del caso en el dolo como vicio del consentimiento –y no en la resolución– se debió a que esta fue la pretensión principal de la actora. Ahora bien, a la vista de las circunstancias, no parece que la resolución por incumplimiento no hubiera prosperado, si Esso hubiera optado inicialmente por este reme-

---

[167] Tal supuesta contradicción se destaca, por ejemplo, en la STS, 1.ª; 5 de marzo de 2010, FD 4.º: «*sin que alcance* [la indemnización] *al llamado interés positivo que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez, con la que existiría si hubiese habido validez y cumplidos los efectos del contrato*».

[168] Delgado Echeverría y Parra Lucán, *CCJC,* 2011, sec. II; Gómez Pomar, *InDret*, 2007, p. 24; Morales Moreno, 1993d, pp. 433-434.

[169] STS, 1.ª, 5 de mayo de 2009 (MP: Corbal Fernández; RJ 2009/2907).

dio. En ese caso, a nadie le habría parecido mal que se indemnizase el interés de cumplimiento. El Cabaco no representa un caso aislado. Antes bien, refleja la tónica anterior de la Sala 1.ª [170], que se ha mantenido después.

> La STS, 1.ª, 10 de junio de 2010 [171] da buena cuenta de ello. Se trataba, en síntesis, de una compraventa de una empresa naviera mediante la adquisición de la totalidad de sus acciones. El contrato se anuló, por error invalidante del consentimiento imputable a las sociedades vendedoras, que había garantizado expresamente a la compradora la veracidad del estado patrimonial de la empresa vendida, cuando la realidad es que esta se encontraba realmente en situación de quiebra de hecho, al momento de perfeccionarse el contrato. La sentencia de segunda instancia había condenado adicionalmente a las vendedoras a indemnizar a la compradora: *(i)* los intereses de la cantidad pagada a cuenta del precio definitivo; *(ii)* los intereses que hubieran percibido por un depósito bancario de 400 millones de pesetas; *(iii)* 47.000 euros en concepto de la cantidad gastada por la compradora, derivada de una reclamación del gobierno cubano contra la empresa adquirida; *(iv)* unos 425.000 euros en concepto de gastos directamente derivados del contrato (costes de los informes de auditoría y de las tasaciones); y *(v)* más de seis millones y medio de euros por las reclamaciones laborales afrontadas por las demandantes compradoras. Respecto de ese elenco de daños, la Sala 1.ª subrayó, frente a la alegación de la vendedora, que tales daños tenían su origen en el contrato que había comenzado a ejecutarse. Así, dado que anulabilidad no eliminaba los efectos producidos por el contrato, los daños que se derivasen de aquella «serán de naturaleza contractual y no extracontractual» (FD 7.º).

En la sentencia que acabo de extractar, la Sala 1.ª acudió a los artículos 1101 y ss. CC para fundamentar el carácter contractual de la indemnización, la cual declaró compatible con la restitución por nulidad (arts. 1303 y 1308 CC). Para justificar esta compatibilidad, la Sala 1.ª advirtió que no todos los problemas derivados de la nulidad se resuelven mediante la restitución; lo que apuntaló con la idea, suficientemente destacada en este capítulo, de que el contrato nulo produce efectos y que es un prejuicio dogmático pretender lo contrario [172].

Los pronunciamientos de la Sala 1.ª descritos acaso permitan situar mejor la (ya no tan reciente) línea jurisprudencial que acude igualmente a la responsa-

---

[170] La STS, 1.ª 18 de enero de 2007, FD 3.º (MP: O'Callaghan Muñoz, RJ 2007/529) es paradigmática en este sentido, pues en un caso de anulación, por dolo, de unos contratos de leasing declaró la absoluta compatibilidad de esta acción de anulación con la de daños y perjuicios, estableciendo una analogía con la previsión del artículo 1124 CC, para la resolución, que define como «*un caso similar de ineficacia*». La indemnización se concedió, claro está, sobre la base de los artículos 1106 y 1107 CC.

[171] MP: Marín Castán; RJ 2010/2675. Véase, sobre todo, su FD 7.º

[172] «*Y es que no tiene razón la parte recurrente cuando alega que si un contrato es nulo no produce efecto jurídico alguno, pues basta con atender a lo sucedido en el presente caso para comprobar que el contrato litigioso produjo unos efectos de tanta trascendencia como la inmediata transmisión toda una empresa naviera a la parte compradora y la entrega por esta de 7.212.145'25 euros a los compradores*».

bilidad contractual en supuestos de nulidad de contratos sobre productos financieros complejos [173]. Según esta jurisprudencia, la falta de información sobre los riesgos en la contratación de un producto financiero complejo (por ejemplo, un *swap*) puede dar lugar a una anulación del contrato por error vicio (cuya consecuencia es la restitución *ex* artículo 1303 CC) o a la indemnización del interés negativo en una acción de daños (arts. 1101 y 1106 CC); pero no puede servir de base a una acción de resolución contractual, ya que para que esta última pueda prosperar, el incumplimiento, por su propia naturaleza, debería venir referido a la ejecución del contrato. La «contractualización» de la acción indemnizatoria en estos casos ha causado cierta perplejidad en la doctrina [174]. Pese a ello, la Sala 1.ª ha mantenido –y perfilado– más recientemente esta orientación, apuntalando la idea de que la indemnización derivada de la nulidad tiene carácter contractual [175]. El sentido de este grupo de casos se ha tratado de explicar diciendo que el incumplimiento de deberes precontractuales de información puede afectar también a elementos constitutivos del contrato y, en consecuencia, justificar remedios contractuales como la indemnización o la resolución [176].

A mí me parece, sin embargo, que este grupo de sentencias se debe leer –y se entiende mejor– desde la idea general expuesta (y que entronca con aquellas otras resoluciones vistas, que no se refieren a productos financieros), según la cual la nulidad no elimina por completo la relación obligatoria inicial, sino que simplemente la transforma en otra, orientada a la restitución (tal y como ocurre con la resolución) y a recuperar el estado previo al del contrato. En efecto, la fundamentación normativa de la indemnización en los artículos 1101, 1106 y 1107 CC, explica que la responsabilidad contractual conviva (pueda convivir) con la nulidad. Del mismo modo, considerando a la nulidad como una causa de desvinculación que no elimina por completo la relación obligatoria se encaja mejor aquella opinión doctrinal que reconoce la posibilidad de resarcir el interés de cumplimiento [177], cuando la causa de la nulidad afecta o se proyecta sobre el contenido del contrato [178].

---

[173] SSTS, 1.ª, 13 de septiembre de 2017 (Pleno), FD 3.º (MP: Vela Torres; RJ 2017/3756); 19 de julio de 2018, FD 3.º [11] (MP: Orduña Moreno; RJ 2018\3143); 23 de marzo de 2018, FD 3.º [2] (MP: Vela Torres, RJ 2018\1487); 29 de noviembre de 2018, FD 9.º [1] (MP: Sarazá Jimena, RJ 2018\5353); 24 de abril de 2019, FD 2.º (MP: Vela Torres, RJ 2019\1727); 31 de enero de 2019 (MP: Sancho Gargallo, RJ 2019/388); 24 de noviembre de 2020 (MP: Sancho Gargallo; RJ 2020/4819).

[174] Por ejemplo, Rodríguez-Rosado, *Almacén de Derecho*, 2021.

[175] Véase la STS, 1.ª, 2 de junio de 2022 (MP: Díaz Fraile; JUR 2022/203531).

[176] Rodríguez-Rosado, *Almacén de Derecho*, 2022.

[177] En este sentido, de manera genérica, Carrasco Perera, 2017, p. 685. Sobre la indemnización como remedio para satisfacer el interés del acreedor en el moderno Derecho de obligaciones, Morales Moreno, 2012, pp. 383 y ss.

[178] Véase Cabanillas Sánchez, *RCDI*, vol. 628, 2, 1995, p. 777; García Rubio y Otero Crespo, *InDret*, 2010, pp. 48, 56; Morales Moreno, 2010, pp. 90-91.

(c) *La obligación de restitución no opera* ex lege

Que la nulidad entendida de manera unitaria no elimina por completo la relación obligatoria, sino que solo la transforma en otra restitutoria, choca también con la visión tradicional de la jurisprudencia respecto a su carácter *ex lege* y *erga omnes*. En efecto, la práctica totalidad de las sentencias repiten que la restitución en caso de nulidad «*opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley*» [179]. En consecuencia, la restitución «*puede ser declarada por el juez en virtud del principio iura novit curia* [180]». Por tanto, no sería incongruente la sentencia que concediese la restitución de las prestaciones tras declarar la nulidad [181], ya que la restitución es una consecuencia inmediata y directa de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio de la declaración de ineficacia [182]. Esta inveterada posición jurisprudencial es compartida por la doctrina [183], si bien no de manera unánime [184].

Más reticente a conceder esta indemnización es Pantaleón Prieto, *ADC*, 2011, p. 921. No obstante, la opinión de este autor admite encuadrarse dentro de esta línea: se indemniza el interés positivo siempre que la causa de nulidad haya afectado al contrato celebrado y a lo que la parte defraudada podía esperar de él. En efecto, a juicio de este autor la indemnización del interés contractual positivo «*sólo ocurrirá cuando la falsa representación generada en la otra parte por el engaño doloso deba considerarse incorporada al contrato como un término del mismo y, por lo tanto, el infractor doloso del deber precontractual de información haya efectivamente incurrido en un incumplimiento contractual por falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato*».

[179] SSTS, 1.ª, 11 de febrero de 2003, FD 2.º; MP: Corbal Fernández; RJ 2003\1004; 6 de julio de 2005, FD 2.º (MP: González Poveda; RJ 2005/9532); 18 de marzo de 2009, FD 4.º (MP: Corbal Fernández, RJ 2009/1652); 15 de abril de 2009, FD 2.º (MP: Almagro Nosete; RJ 2009/3338); 4 de mayo de 2017, FD 3.º (MP: Parra Lucán, RJ 2017/3273)

[180] SSTS, 1.ª, 15 de diciembre de 1993, FD 4.º (MP: Burgos Pérez de Andrade; RJ 1993/9989); 8 de enero de 2007, FD 7.º (MP: Montes Penades; RJ 2007/812).

[181] STS, 1.ª, 24 de marzo de 2015, FD 3.º (MP: Salas Carceller; RJ 2015/2684), resolviendo un caso de resolución donde se aplicaba el régimen restitutorio de la nulidad. En este sentido, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo sobre admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (27 de enero de 2017) ha identificado como carente manifiestamente de fundamento (art. 473.2 LEC) *«alegar incongruencia porque la sentencia recurrida imponga la restitución como consecuencia de la nulidad o resolución del contrato, aunque no haya petición expresa»* (p. 12).

[182] STS, 1.ª, 23 de noviembre de 2011, FD 2.º (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2012/569), resolviendo un caso de resolución donde se aplicaba el régimen restitutorio de la nulidad.

[183] Díez-Picazo y Ponce de León, 1993, p. 1223; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 557; López Beltrán de Heredia, 2009, p. 53; Monfort Ferrero, 2000, p. 118; Quicios Molina, 2020, p. 1616; Vázquez de Castro, 2002, pp. 374-375; Vila Ribas, 2010, p. 1433.

[184] Carrasco Perera, 2017, p. 685; Marín López, *CESCO*, 2021, p. 60. Con anterioridad y desde la consideración de una acción doble, declarativa de anulación, y restitutoria, De Castro y Bravo, 1967, párr. 567. Dentro de este sector destaca la posición, más elaborada, de Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 232-233. Estos estiman que la restitución de cosa y precio no constituye un efecto ineludible de la declaración de nulidad, sino que habrá que estar al caso concreto y, sobre todo, al contrato que se deshace (se pueden haber intercambiado prestaciones a lo largo del tiempo, haberse perdido la cosa entregada o estar en manos de terceros); ello para determinar si el solicitante de la nulidad interesa o no la apertura de la restitución.

Como se apuntó, la visión que considera a la restitución como una consecuencia automática de la nulidad es deudora del tratamiento indiferenciado entre la idea de que «lo nulo no produce efectos» y la *restitutio in integrum* recíproca [185]. Sin embargo, tan pronto como se reconoce la independencia de ambas y se coloca a la restitución integral y recíproca en un lugar dogmáticamente separado de la nulidad, se llega a la independencia «procesal» entre nulidad y restitución [186]; o, lo que es lo mismo, a que la nulidad no produce automáticamente una restitución.

La configuración de la nulidad como una eventualidad que simplemente transforma la relación obligatoria inicial en otra restitutoria se compadece, igualmente, con el rechazo a que la restitución por nulidad actúe de manera automática, sin necesidad de acción. En efecto, la obligación de restituir no nace de la ley en sí, sino del mismo contrato anulado y a partir del cual se edifica la relación obligatoria de restitución. El funcionamiento de esta relación obligatoria restitutoria en la que las prestaciones se intercambian «de vuelta» exige voluntad de las partes. Dicha voluntad se debe canalizar a través de una acción en la que quien interesa la nulidad reclame, a su vez, la restitución [187]. En este sentido, el accionante deberá pedir la restitución según las circunstancias del caso [188], especificando aquello que interesa recuperar [189]. Por ejemplo, si solicita la devolución de la cosa, o del precio, con frutos e intereses, o el reembolso de alguna mejora.

El enfoque presentado concuerda, además, con las exigencias del Derecho procesal, vinculadas al principio de congruencia y exhaustividad de las sentencias (art. 218 LEC) [190], y con la prohibición de las sentencias con reserva de liquidación (art. 219 LEC) [191]. En este sentido, la Sala 1.ª del TS se ha mostrado

---

[185] *Supra*, III. 1.

[186] En este sentido, desde el Derecho francés, Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 407.

[187] El artículo 160.2 del *Code Europeen des Contrats* de la Academia de Pavia, que introduce un régimen unitario de restitución contractual, reconoce expresamente la obligación de que se demande la restitución (habla de una «*demande de restitution*» recepticia), con indicación de su contenido, por la parte que la interesa; lo que supone un rechazo indirecto a la idea de que la sola desvinculación del contrato se traduce en una recuperación de la propiedad por quien la entregó en virtud del acuerdo fracasado.

[188] Por ejemplo, puede haber sobrevenido una «alteración restitutoria» (pérdida de la cosa, venta, consumo) que impida da cumplimiento efectivo al mandato del artículo 1303 CC. Al mismo tiempo, puede suceder que una de las prestaciones principales intercambiadas con el contrato fracasado fuera un uso (arrendamiento o prestamo) y que, por definición, la restitución no vaya a poder desenvolverse *in natura*. Sobre ello me ocupo en profundidad *infra*, Capítulo 7, VI. Asimismo, la restitución vendrá acompañada por la devolución de prestaciones secundarias (frutos, intereses y ventajas de uso), cuya determinación debe especificar el demandante. Sobre ello me ocupo en profundidad *infra*, Capítulo 9, II.

[189] El juez no debe poder hacerlo, como indica, Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 407.

[190] En este sentido, Marín López, *CESCO*, 2021, p. 60.

[191] En sentido, el artículo 219.1 LEC impone al demandante que reclame en juicio una cantidad determinada de frutos, rentas, utilidades o productos «*también*» la solicitud de la condena a su pago, bien

favorable a contradecir su propia doctrina sobre la eficacia *ex lege* de la restitución contractual, con base en el artículo 219 LEC, a fin de evitar una determinada restitución de frutos que consideraba indeseable, en la restitución de una compraventa por error vicio [192]. En esta misma línea, el efecto *ex lege* de la restitución derivada de la nulidad ha quedado muy mermado tras los contradictorios pronunciamientos del TS en materia de restitución derivada de la nulidad de la cláusula suelo (en los que aplicó el artículo 1303 CC, aunque esto sea discutible [193]). En ellos, el TS moduló el efecto *ex lege* en función del principio dispositivo del proceso civil [194]. Y lo mismo ha hecho en otros escenarios sobre contratos bancarios [195]. Estas resoluciones descubren las costuras de la visión favorable a los efectos restitutorios de oficio y *ex lege* en el artículo 1303 CC.

---

cuantificando expresamente su importe y sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, bien sentando las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que solo reste una simple operación aritmética. Una previsión así solo se explica a partir de la necesidad de ejercitar, en cualquier caso, la acción restitutoria con la demanda, para recuperar lo transmitido; y es que resultaría contradictorio que, por un lado, se dijese que el principio de congruencia no afecta a la supuesta eficacia *ex lege* de la restitución de la cosa o el capital que acompaña a la anulación del contrato y que, por el otro, la restitución secundaria de frutos e intereses que eventualmente acompaña a la primera (art. 1303 CC) sí queda afectada por aquel principio.

[192] Fue lo sucedido en la STS, 1.ª, 6 de febrero de 2020, FD 4.º (MP: Salas Carceller; RJ JUR/2020/50120). Se trataba de un supuesto de anulación de un contrato de compraventa de un chalé por error vicio en el que la empresa demandada solicitaba en casación que se declarase la obligación de los compradores-demandantes de satisfacer, como frutos, el importe económico correspondiente a un arrendamiento de la vivienda por el tiempo que los compradores la poseyeron hasta la anulación del contrato. Con independencia del mayor o menor acierto de esta restitución de provechos, se denegó esta petición por no haberse incluido en la demanda semejante pretensión. El TS confirmó esta desestimación de una manera ciertamente contradictoria con su doctrina tradicional. Entendió que la doctrina inveterada según la cual los efectos de la nulidad se aplican de manera automática «*únicamente se refiere a la devolución de la cosa con los frutos propios de la misma, que no podrán ser detraídos previamente a su entrega*»; pero que cualquier otra interpretación –consistente, ni más ni menos, en extender lógicamente la doctrina sobre la eficacia *ex lege* de la restitución contractual a las partidas secundarias que la acompañan– «*chocaría con la previsión del artículo 219 LEC*». Esta sentencia puede haber pasado desapercibida, pero es muy relevante. En ella, la Sala 1.ª se da de bruces con su propia doctrina sobre la aplicación de oficio de la restitución y se ve obligada a replantearla de una forma ciertamente «sandunguera», si se permite la expresión, pues limita incomprensiblemente la aplicación de oficio de los efectos de la nulidad a los frutos naturales no separados (cfr. arts. 354, 355 I y 357 CC) o a los puramente «frutos civiles» (sin perjuicio de que no se sepa cuáles son exactamente; cfr. art. 355 III CC) efectivamente percibidos; y, para mantener su doctrina incólume, se ve obligada a excluir cualesquiera otras utilidades o provechos –como los que se reclamaban en el caso de la sentencia– que puedan computarse en la restitución por no ser «propios de la misma». Habría bastado, para dar respuesta a la petición formulada por la demandada, con partir de que la restitución de prestaciones, principales o accesorias, derivada de la nulidad contractual está sometida al principio de congruencia, porque la nulidad no abre directamente la restitución.

[193] Lo explico en Ruiz Arranz, *InDret*, 2020, pp. 113 y 117-118.

[194] Advierte de esta jurisprudencia y sus consecuencias para la visión tradicional de la eficacia *ex lege* de la restitución por nulidad, Pertíñez Vílchez, 2019, pp. 149-151.

[195] Por ejemplo, en la STS, 1.ª, 23 de abril de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/1774). Se trataba de un caso de nulidad, por vicio del consentimiento, de un contrato de adquisición de un producto financiero complejo (tridente). El demandante había limitado su petición en cuanto a los intereses a los que se devengasen desde la fecha de la demanda (y no desde la adquisición). La Sala 1.ª desestimó su recurso de casación, indicando que, aunque la restitución de las prestaciones sea un efecto *ex lege* de la nulidad, esta

(d) *El ejercicio autónomo de la acción de nulidad*

En los últimos años, destacan voces que defienden una desjudicialización de la nulidad y su configuración como un mecanismo de autotutela precontractual, a disposición de las partes contratantes [196]. Desde esta óptica, la nulidad representa un remedio más, orientado *también* a la satisfacción del interés del perjudicado por la causa que la provoca. Concebir la restitución por nulidad como una relación obligatoria restitutoria derivada del contrato anulado encaja bien en esta corriente, que estimo acertada.

(e) *Resultado*

La construcción unitaria de la nulidad, unida a la separación entre el dogma «*quod nullum est nullum effectum producit*» y la restitución integral y recíproca [197], permite enfocar su estudio a partir de la idea de que su sola declaración no destruye por completo la relación obligatoria gestada, sino que solo la transforma en otra restitutoria [198]. Normativamente, este resultado encaja con la dicción de los artículos 1303 y 1308 CC, que consagran una *restitutio in integrum* recíproca. Esta conclusión la confirman *(i)* la relación entre la nulidad y la indemnización; *(ii)* la inconsistencia del automatismo de la restitución, una vez declarada la nulidad; y *(iii)* la posibilidad de ejercicio autónomo de la acción de nulidad.

Que la nulidad no elimina por completo la relación obligatoria surgida, sino que solo la transforma en otra orientada a la restitución, ofrece ventajas de índole práctica. En concreto, evita eliminar cláusulas adyacentes, pero importantes para la economía contractual (de jurisdicción, arbitraje, Derecho aplicable o, incluso, las cláusulas penales que permitan una indemnización adicional

---

puede modularse en función del principio dispositivo. De esta manera «*si la propia parte solicitante de la nulidad circunscribe la reclamación de los intereses a un lapso temporal más corte, el tribunal queda vinculado por dicha limitación de los efectos, conforme a los arts. 216 y 218.1 LEC*» (FD 2.º).

[196] Jerez Delgado, 2011, pp. 72 y 83-84; Morales Moreno, 2011a, pp. 402, 409; Prado López, *Revista de derecho (Coquimbo)*, 2019, sec. 1.1; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 547; Pantaleón Prieto, *Almacén de Derecho*, 2021.

[197] Estudiados respectivamente *supra*, II. 3 y III. 1.

[198] En similar sentido, recientemente desde el Derecho alemán, diferenciando según la autodeterminación de las partes en la declaración de nulidad, Schlüter, 2021, pp. 183-194, 203-214. Para el autor, la restitución contractual protegen la libre determinación del legitimado a solicitar la restitución, al deshacer, de forma heterónoma, la disposición patrimonial a la que había quedado ligado involuntariamente. Esto supone reconocer, en muchos casos, una especie de nulidad parcial (pp. 283 y ss.). No obstante, el autor deja al caso concreto si la relación obligatoria se mantiene a pesar de la nulidad, por no estar comprometida la libre determinación (pp. 314 y ss.). La construcción del autor es muy abstracta y merece ser analizada en profundidad y/o ser objeto de una futura recensión.

y compatible con la propia nulidad, como se acaba de ver)[199]. Igual que en los casos de resolución (o rescisión), mantener estas cláusulas es una buena idea para la nulidad[200]. Por eso, no es casual que el artículo 12.1 e) del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I») disponga que «*la ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular las consecuencias de la nulidad del contrato*»[201].

2.2 La rescisión

En línea con el desarrollo histórico, la rescisión quedó relegada a un papel testimonial en el Código civil[202]. A tenor del artículo 1290 CC «*los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley*». Esta norma se debe interpretar en relación con la prevista en el artículo 1300 CC, para la nulidad. Una y otra atienden a contratos «válidamente celebrados». La diferencia está en que la rescisión exige formalmente una lesión[203], mientras que la nulidad no (art. 1300 CC)[204]. En este contexto normativo, la rescisión por lesión se limitó a «*muy excepcionales y taxativos casos*»[205] (art. 1293 CC). Ante

[199] De hecho, es la posición que ya se adopta en algunos textos del *soft law* europeo, como es el artículo 3 de febrero de 14 PICC, cuyo comentario oficial deja a salvo de los efectos de la anulación cláusulas como las de jurisdicción, sometimiento a arbitraje o Derecho aplicable. Véase U*nidroit Principles on international commercial contracts*, 2016, p. 117.

[200] En este sentido, Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 18-19. Y, desde el Derecho francés, Malinvaud, Fenouillet y Mekki, 2017, p. 375.

[201] Esta norma ofrece un potente indicio de que la nulidad contractual y sus consecuencias han de ser tratadas desde la propia lógica del contrato que fracasa; sin que la sola nulidad le despoje de toda su existencia. Pero, además, el artículo 12.1 e) Roma I representa el acercamiento de la nulidad a los distintos expedientes que conducen a la desvinculación (rescisión, resolución, desistimiento) en el marco europeo, y refleja la posibilidad de un tratamiento unificado de la restitución que les ha de seguir. En este sentido, refiriéndose al antiguo artículo 10.1 e) del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980), Wendehorst, 2005, p. 83. Con posterioridad, ha advertido de lo mismo sobre la norma actual, Bargelli, 2010, pp. 124-125.

[202] En este sentido Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 169 y ss.

[203] Martín Pérez, 2010a, p. 1420.

[204] Sobre el fundamento de la distinción entre nulidad y rescisión, pretendiendo la segunda una protección directa frente a la lesión, Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, pp. 74-75. También, Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 153 y ss.

[205] Sánchez Román, 1890, p. 57. En concreto se reconoció para *(i)* los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas objeto de aquéllos (art. 1291 1.º); y *(ii)* los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la misma lesión (art. 1291 2.º). En ambos, se aprecia el resabio histórico de la *restitutio in integrum* en sentido técnico (De Castro y Bravo, 1967, párr. 593; D'Ors Pérez-Peix, 2002a, p. 37). Ahora bien, que en esta regulación se aprecien retales de la antigua *restitutio in integrum* no puede llevar a la conclusión de que el Código civil la reconoció indirectamente a través de las normas de la rescisión o de la nulidad. Véase Sánchez Román, 1912, p. 1285. También, Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, pp. 65 y ss., y 85.

estos casos, la consecuencia restitutoria es idéntica a la de la nulidad[206]: una *restitutio in integrum* recíproca (art. 1295 I CC)[207] que devuelva las cosas al *statu quo ante*. De ese modo, se repararía la lesión[208]. En efecto, es lo que emana del artículo 1295 I CC: primero, la restitución integral y recíproca[209], aunque el proceder del Código aquí haya sido criticado[210]. Semejante reciprocidad se destaca en la segunda proposición del artículo 1295 I CC, al condicionar el ejercicio de la rescisión a que quien la ejercita se encuentre en condiciones de restituir.

La rescisión se empleó en el Código como referencia para otras acciones de impugnación de contratos en los que podía subyacer una idea de lesión[211]. El mejor ejemplo es el de los vicios redhibitorios, en la compraventa (arts. 1483 y 1486 CC), pero hay más[212]. En el caso de los vicios, la jurisprudencia reconoce que representan un supuesto de restitución contractual y que de los artículos 1484 y ss. CC se deduce «*la consecuencia de que la rescisión*

---

[206] Sorprende que alguno de los primeros comentaristas al Código civil, como Manresa y Navarro (1907, pp. 746 y 782-783), apenas encontrasen relación entre la norma del artículo 1303 CC y la del artículo 1291 I CC; o que no la estableciesen en los términos de una restitución integral de las prestaciones. En este sentido, este autor asocia la restitución derivada de la nulidad con la «*reintegración de las cosas al estado que tenían antes del contrato, si había sido cumplido por las partes*»; añadiendo que «*procura la ley borrar en lo posible esta* [la eficacia del contrato] *para dejar a salvo aquel* [el principio de nulidad], *y por ello ordena la restitución de las cosas con sus frutos, del precio con sus intereses, quedando así, á lo menos en teoría, el contrato nulo, como si no hubiera existido*». Al mismo fin vincula la norma del artículo 1307 CC, cuando no puede tener lugar una restitución *in natura*. El único paralelismo entre ambas clases de restituciones lo encuentra en materia de frutos e intereses, a los que aplica las reglas de la liquidación del estado posesorio.

[207] Al lado de las normas sobre rescisión por lesión se incluyeron otras sobre rescisión del contrato por fraude de acreedores (arts. 1291 3.º CC), así como los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos (art. 1292 CC). No me corresponde ocuparme de estos supuestos particulares de rescisión, cuya lógica difiere del estudio sobre la desvinculación contractual y su consecuencia restitutoria. Que el artículo 1295 CC no se refiere a la rescisión del contrato por fraude de acreedores parece una observación evidente, en la medida en que el perjudicado aquí es un tercero, ajeno al contrato. La rescisión en este caso solo tendría eficacia revocatoria (art. 1111 CC). En este sentido, De Castro y Bravo, 1967, párr. 593, 597. Opinión es que se ha mantenido hasta hoy: por todos, Martín Pérez, 2010b, p. 1424.

[208] Véase Delgado Echeverría, *CCJC*, 1986, p. 3784; Martín Pérez, 2010b, pp. 1424-1425; Moreno Quesada, 1993, p. 203; del mismo autor, 1995, sec. IV; Zurilla Cariñana, 2013, sec. 2.

[209] En contra de entender la obligación derivada de la rescisión como recíproca, Quicios Molina, 2020, p. 1629. Pero lo hace bajo el prejuicio de que, en ese caso, la relación se podría resolver y ello no tendría sentido. Una crítica a esta postura la realizo, en este capítulo, *infra*, III. 3.3.

[210] Crítico con que el Derecho del Código civil plantee primero la restitución y secundariamente la indemnización del daño: D'Ors Pérez-Peix, 2002a, p. 50.

[211] Es quizás, precipitado acusar al Código de impreciso técnicamente cuando emplea la palabra rescisión en determinados artículos, o pensar que «*rescindir es un término más vulgar que resolver*», como hace Quicios Molina, 2020, pp. 1625-1626.

[212] Por ejemplo, los supuestos de defectos de cabida en la venta (arts. 1469 y 1470 CC). Sobre la posible explicación de ambas normas a partir de una idea de lesión Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, pp. 102-103. Estos autores rechazan, sin embargo, darles semejante explicación, porque «*no contemplan ni manejan para nada, la noción de justo precio*». Pero que los artículos no lo mencionen expresamente no empece para pensar que, en realidad, la rescisión o la rebaja del precio que permiten es porque, en últimas, se ha pagado injustamente de más.

o resolución de la venta en estos supuestos lleva aneja la devolución del precio por parte del vendedor y la de la cosa adquirida por el comprador» [213].

> Extramuros del Código, la rescisión alcanzó un mayor protagonismo en las compilaciones catalana y navarra, al albur de la idea de lesión [214]. La CCC 1960 reconoció la rescisión por lesión en más de la mitad (art. 323 CCC 1960) [215], cuya consecuencia era la restitución según el artículo 1295 CC. El objeto era recuperar el *statu quo ante* [216], aunque se excluían los frutos e intereses anteriores a la reclamación judicial (art. 325 CCC 1960). Actualmente, el Código civil catalán contempla la lesión en más de la mitad, que origina una la rescisión (arts. 621-46 CCC), pero no prevé la consecuencia restitutoria [217]. Por su parte, el FN [218] reconoce la rescisión por lesión enorme (mitad del valor de la cosa) o enormísima (dos tercios del valor) de los contratos onerosos (Ley 500 FN) [219]. A la rescisión liga la restitución de la cosa integral y recíproca (Ley 505 FN) [220].

Al igual que sucede con la nulidad, y de manera incluso más clara, la rescisión por lesión plantea una estructura restitutoria que parte del propio contrato válidamente celebrado (art. 1290 CC). La rescisión no elimina por completo la relación obligatoria inicialmente surgida [221], sino que la transforma en otra orientada a la restitución de las prestaciones por las partes, de la

---

[213] STS, 1.ª, 13 de diciembre de 1980, CDO 1.º (MP: Fernández Rodríguez; RJ 1980/4748). Se trataba de un caso prototípico de venta de unas máquinas cosechadoras de remolacha que no eran útiles para la finalidad que había sido la causa de su adquisición por los compradores; lo que convertía el supuesto, a juicio de la Sala 1.ª, en uno de vicios redhibitorios.

[214] Castán Tobeñas, 2007, pp. 866-869. Este autor informa del origen de la *restitutio in integrum* romana y realiza una recopilación sobre la reglamentación de esta en el Derecho catalán y el navarro anteriores a la modernización que ha tenido lugar recientemente en cada uno de ellos.

[215] Sobre esta norma véase Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 381-434; Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, pp. 119-142.

[216] Alberruche Díaz-Flores, 2010, p. 434.

[217] Solo la posibilidad de corregir la lesión (art. 621-47 CCC).

[218] Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Se presenta en la versión recientemente modificada tras la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

[219] Sobre la rescisión por lesión enorme o enormísima en el Derecho navarro, Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 440-482; Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, pp. 151 y ss.

[220] Aunque el artículo 505 FN no contempla expresamente la restitución recíproca de las prestaciones, sino que se refiere únicamente a la restitución de la cosa con sus frutos, la doctrina entiende que esta norma ha de ser complementada con el artículo 1295 CC, que sí reconoce la idea de restitución recíproca. En este sentido, véase Alberruche Díaz-Flores, 2010, p. 485.

[221] Al respecto, Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 178-179; Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, pp. 76-81 y 142.

forma en que se prevé en el artículo 1295 CC (y en aquellas otras normas que incorporan, para cada caso, una noción rescisoria)[222].

2.3 La resolución

La resolución por incumplimiento del contrato no cuenta con un régimen restitutorio específico en el Código civil. No obstante, es innegable que le acompaña una restitución. Por su ubicación sistemática, durante un tiempo se pensó que esta restitución era la de la condición resolutoria (art. 1123 I CC)[223]. Hoy es pacifico, doctrinal y jurisprudencialmente, que la resolución por incumplimiento no se explica, en general, por medio del régimen de la condición resolutoria[224]. Ciertamente, la condición resolutoria reconoce una *restitutio in integrum* recíproca[225]. Pero el problema no es ese, sino que trasladar a la resolución por incumplimiento el régimen condicional es incompatible con que este expediente no extingue automáticamente la relación obligatoria[226]; y esta idea es capital para comprender el funcionamiento de aquella.

La separación entre resolución y condición resolutoria ha permitido explicar que la resolución presenta una *eficacia no extintiva* (no elimina directamente el contrato como si este nunca hubiese existido[227]). Este reconocimiento ha permitido que hoy sea moneda común que la resolución indemniza

---

[222] Es algo reconocido doctrinalmente, a partir de la idea de que la rescisión simplemente presenta un efecto retroactivo obligacional, ya que opera sobre un contrato válido. Así, De Castro y Bravo, 1967, párr. 597; Moreno Quesada, 1995, p. 203; Rodríguez Rosado, 2013, p. 243; Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, p. 142 (al referirse a la relación entre la rescisión por lesión del Código civil y la propia de la Compilación catalana antigua). Considera que el efecto es *ex tunc*, pero sin pronunciarse sobre esta cuestión, Alberruche Díaz-Flores, 2010, p. 200.

[223] En este sentido se manifestaba –bien que sin emplear la expresión restitución integral– alguno de los primeros comentaristas del Código civil: Manresa y Navarro, 1907, p. 146. Con todo, aún se mantienen en esta postura, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 200.

[224] Álvarez Vigaray, 2004, p. 251; Clemente Meoro, 1998, pp. 40 y ss., y 500; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, p. 1153; Rodríguez Rosado, *Resolución y sinalagma contractual*, 2013, pp. 153-154; San Miguel Pradera, 2004, pp. 70 y ss.

[225] Sin profundizar demasiado, considera que el artículo 1123 CC contiene un deber de «*restitución in integrum*», Montés Penadés, 1989a, sec. II.

[226] Del artículo 1120 CC («*los efectos de la obligación condicional de dar una vez cumplida la condición se retrotraen al día de constitución de aquella*») se desprende que la ineficacia derivada de la condición presenta también una eficacia *real* y *ex tunc* que reputa el contrato como ineficaz desde su celebración (Alonso Pérez, 1972, p. 325). La eficacia real significa que, caído el título que justificaba la transmisión de la propiedad, esta regresa automáticamente a su transmitente en el plano de lo jurídico, desarrollándose la ficción de que nunca se llegó a transmitir (Monfort Ferrero, 2000, p. 329; Montés Penadés, 1989b, sec. IV).

[227] Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, p. 1153. También, Fenoy Picón, *ADC*, 2011, pp. 1612-1613; Montés Penadés, 1998a, pp. 662-666.

también el interés positivo o de cumplimiento [228]. Con todo, un significativo sector de los autores –que no cuestionan la eficacia no extintiva de la resolución– es favorable a aplicar a la resolución el régimen de la condición resolutoria en sede de restitución [229]. Esta aproximación convive con otra que, sin embargo, prefiere acudir al sistema previsto para la nulidad [230]. Tras esta división doctrinal subyace, a mi juicio, un defecto de comprensión de la restitución resolutoria en España.

Atento al desarrollo de buena parte de los sistemas jurídicos europeos [231] –y, en particular, el alemán–, B. Rodríguez-Rosado [232] ha propuesto avanzar el paso siguiente y reconocer que la resolución simplemente opera la extinción de los deberes *primarios* de prestación, pero que con ella no se extingue por completo la relación obligatoria que hubiesen celebrado las partes. Así, la resolución solo transformaría la relación obligatoria en otra relación de corte restitutorio, que permite que sigan en vigor las estipulaciones contractuales previstas para casos de conflicto, las cláusulas penales, las de Derecho aplicable y, en general, todas aquellas ajenas a los deberes de prestación [233]. Esta idea comienza a encontrar acomodo entre la doctrina más moderna [234].

Aunque en general se debe celebrar la aproximación de Rodríguez-Rosado, sorprende que, al final, el autor no ofrezca un sustento normativo a esa relación obligatoria restitutoria que describe. La conclusión a la que llega es que ningún conjunto de reglas restitutorias del Código puede ser aplicado «en bloque» a la resolución. Así, rechaza acudir a las normas de la nulidad (arts. 1303 y ss. CC) sobre la base de que esta provoca la «total inexistencia del negocio»; y, para rechazar las de la rescisión, se apoya en el párrafo primero del artículo 1295 I CC, que (literalmente) solo permite rescindir cuando sea

---

[228] Clemente Meoro, 1998, pp. 40 y ss.; Fenoy Picón, *ADC*, 2011, pp. 1614-1616; Montés Penadés, 1998a, pp. 663-665; Morales Moreno, *ADC*, 2012, p. 21; Pantaleón Prieto, *ADC,* 1989, pp. 1153, 1167 y *passim;* Rodríguez Rosado, 2013, pp. 155-157; San Miguel Pradera, 2004, pp. 70 y ss.

[229] Delgado Echeverría, *CCJC*, 1986, pp. 3783-3784; Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, pp. 872-873; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, p. 1154.

[230] Clemente Meoro, 1998, p. 55; Monfort Ferrero, 2000, pp. 112-115; Rodríguez Rosado, 2013, pp. 235 y 239-240.

[231] En el Derecho italiano, véase Bargelli, 2010, pp. 338-350 y 356-362.

[232] Rodríguez Rosado, 2013, pp. 158-159. Esbozos en este sentido, si bien no tan elaborados se encuentran en Montés Penadés, 1998a, p. 670.

[233] De este modo, la resolución contractual y sus efectos adquieren una existencia del todo autónoma que nada tiene que ver con la indemnización (del interés positivo) (Rodríguez Rosado, 2013, pp. 235-236). Ello, por más que ambas sean compatibles. Debido a la independencia de la resolución y la indemnización, no debe caerse en el error de pensar que, si se restituyen las prestaciones de conformidad con la resolución y además se indemniza el interés positivo, habría que compensar el enriquecimiento injustificado que experimentaría el comprador que recuperase el precio pagado y, además, el interés de cumplimiento. En distinto sentido, Morales Moreno, *ADC*, 2012, pp. 22-23.

[234] Basozabal Arrue, 2022, pp. 60-63 y 68-69.

posible la restitución *in natura*. Todo ello le lleva a proponer un sistema «*particular y coherente de reglas restitutorias que rijan para este caso*», en el que reconoce –y parece partir incluso– de la identidad sustancial entre el sistema restitutorio aplicable a las tres figuras de desvinculación [235].

Tal como lo veo, el fundamento de la restitución derivada de la resolución se encuentra igualmente en la *restitutio in integrum* recíproca. Lo reconoce a las claras la jurisprudencia [236], y parte de la doctrina [237]. La ventaja es que, al menos a partir del trabajo de B. Rodríguez-Rosado, la relación obligatoria de restitución ya está construida en España para la resolución. La *restitutio in integrum* recíproca simplemente confirma la existencia de esa relación obligatoria restitutoria. Esto explica que las sentencias que abordan la restitución resolutoria se suelan remitir a los artículos 1303 y 1308 CC [238]. Semejante proceder jurisprudencial se compadece con la eficacia retroactiva de la resolución [239] y, sobre todo, con su objeto principal: reponer a las partes en la situación jurídica de que disfrutaban antes de la celebración del contrato incumplido (*statu quo ante*) [240]. Con ello, se llega al resultado de que el esquema restitutorio general de la nulidad y la rescisión no difiere del de la resolución [241], toda vez que la resolución desemboca también en una relación obligatoria restitutoria presidida por la misma noción atécnica de la *restitutio in integrum* recíproca.

---

[235] Rodríguez Rosado, 2013, pp. 239-240. Le sigue, Basozabal Arrue, 2022, p. 70.

[236] Así, por ejemplo, la STS, 1.ª, 11 de febrero de 1992 (MP: Malpica González-Elipe; RJ 1992/1207). Se había contratado la instalación de un sistema de irrigación en una finca rústica de unas determinadas características en cuanto a las hectáreas por cubrir y el caudal mínimo. La demandada incumplió el contrato, en parte como consecuencia de una sequía. Al acordar la resolución, la Sala 1.ª declaró que el artículo 1124 CC prevé un efecto retroactivo a través del cual «*se ha de volver al estado jurídico preexistente, lo que implica que tal resultado no pueda entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido, aunque sean parciales o inadecuadas*, […], *consiguiéndose con ello de paso, el exacto y lógico reintegro de las cosas y situaciones a su prístino ser en lo posible con la recíproca devolución de las cosas o de su valor que constituyeron las prestaciones mutuas de los contratantes*» (FD 5.º). A esta sentencia han seguido, por citar algunas, las SSTS, 1.ª, 5 de febrero de 2002, FD 2.º (MP: Almagro Nosete; RJ 2002/2884); 2 de abril de 2004, FD 5.º (MP: Corbal Fernández; RJ 2004/1670).

[237] Aludiendo a los artículos 1123 y 1124C, González Pacanowska, 2013, p. 8250; Quicios Molina, 2020, pp. 1731-1732.

[238] Así, las SSTS, 1.ª, 23 de noviembre de 2011, FD 2.º (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2012/ 569); 20 de noviembre de 2021, FD 5.º (MP: Salas Carceller; RJ 2013/905); 4 de junio de 2020 FD 4.º [2.1.] (MP: Díaz Fraile; RJ 2020/1580)

[239] En este sentido, Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, p. 1153. También, Álvarez Vigaray, 1993, sec. c). Este último autor afirma, en este sentido, que la resolución «*tiene eficacia retroactiva que intenta colocar a las partes en la situación en que se encontrarían si el contrato no se hubiera celebrado*».

[240] Quicios Molina, 2020, p. 1732.

[241] Y así se suele reconocer ampliamente. Por todos, Quicios Molina, 2020, p. 1732.

En fin, las consideraciones aquí vertidas admiten extenderse, sin dificulta, a los casos en los que la desvinculación se produce como consecuencia de una cláusula resolutoria [242].

2.4 El desistimiento en contratos con consumidores

El consumidor puede dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo al empresario en el plazo establecido para el ejercicio de este derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización alguna (arts. 68 a 79 TRLGDCU). Ejercitado el desistimiento, el artículo 74.1 TRLGDCU establece que «*las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código civil*» [243]. Desde el punto de vista restitutorio, la referencia a las normas sobre la nulidad coloca al desistimiento en un plano sustancialmente idéntico al de otros instrumentos de desvinculación [244]: que la restitución por desistimiento está presidida por la noción atécnica de la *restitutio in integrum* recíproca [245], sin perjuicio de que se reconozcan determinados beneficios al consumidor [246].

En efecto, el artículo 68.1 TRLGDCU define el desistimiento como la facultad del consumidor de «*dejar sin efecto el contrato celebrado*»; mientras que el artículo 106.5 TRLGDCU dispone que el desistimiento «*extingue las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato* […], *o de celebrar el contrato, cuando el consumidor haya rechazado una oferta*». De ello, se deduce que el desistimiento no extingue por completo la relación obligatoria. Esta conclusión concuerda con la remisión a los artículos 1303 y 1308 CC, tal y como se han explicado más arriba. En consecuencia, el desistimiento del consumidor también origina una relación obligatoria restitutoria que busca recuperar el *statu quo ante*.

---

[242] Sobre la cláusula resolutoria expresa negociada entre las partes, como supuesto de resolución por incumplimiento, y el (limitado) control de su contenido por el juez, véase, solamente, Gregoraci Fernández, 2015, pp. 33-53.

[243] Esto mismo se recogía en artículo 6.1 de la (derogada) Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

[244] Esta referencia a los artículos propios de la nulidad encaja, por lo demás, con las tesis que sitúan al desistimiento unilateral del consumidor en una órbita muy cercana a la acción de nulidad. Así, Klein, 1997, p. 306.

[245] Beluche Rincón, 2009, p. 85; García Vicente, 1997, p. 194.

[246] Beluche Rincón, 2009, pp. 28-29. Por ejemplo, que su ejercicio no implique gasto alguno para el consumidor (cfr. art. 73 TRLGDCU); o que rija un régimen distinto aparentemente a su favor, cuando no se puede devolver la prestación (cfr. art. 75.1 TRLGDCU).

2.5 Conclusión parcial: la restitución contractual es unitaria

La *restitutio in integrum* recíproca no es patrimonio exclusivo de la nulidad del contrato, sino que se proyecta sobre todas las situaciones de desvinculación contractual. A esta conclusión se llega tan pronto como se separa la explicación de la *restitutio in integrum* de la idea de que «lo nulo no produce efectos». Si la restitución integral interviene ante la nulidad, es para hacer materialmente efectivo el principio de que lo nulo no produce efectos; no porque la *restitutio in integrum* recíproca sea el contrapunto de esta locución latina o se refiera a ella. Desligando la nulidad de la *restitutio in integrum*, la segunda amplía su campo de actuación a contextos donde no existe un problema en algunos de los elementos necesarios para el mantenimiento del contrato (art. 1301 CC); es decir, donde no hay que llenar de contenido material al brocardo «*quod nullum est nullum efectum producit*». Es el caso de la rescisión por lesión (art. 1295 CC), la resolución por incumplimiento (art. 1124 CC) y el desistimiento en sede de consumidores (art. 74 TRLGDCU). Con ello se llega a la conclusión de que la restitución contractual puede funcionar de manera unitaria, con independencia de la causa de desvinculación que la provoque.

Explicado de otro modo, en todos los casos de desvinculación, la *restitutio in integrum* recíproca es el mínimo común denominador, cuyo objeto es recuperar el estado jurídico existente antes de la celebración del contrato (*statu quo ante*). Esa reciprocidad restitutoria explica que, en ningún caso de desvinculación, la relación obligatoria celebrada se extinga por completo, sino que solo lo hagan los deberes de prestación. La consistencia de esa afirmación se debe confrontar con la idea de retroactividad.

3. La relación obligatoria restitutoria, la *restitutio in integrum* y la retroactividad

La noción atécnica de la *restitutio in integrum* recíproca no solo describe la existencia de una relación obligatoria restitutoria en todos los casos de desvinculación; también contiene un mandato –cuando no, un dogma– de retroactividad, de vuelta al pasado, al que he hecho referencia varias veces. La cuestión en este punto es en qué medida esa «vuelta al pasado» resulta físicamente realizable. A continuación, explicaré 1) que la retroactividad que habitualmente se liga a cualquier expediente de desvinculación no es más que un dogma que conviene rebajar para así comprender mejor la restitución; y que, por eso, 2) la restitución contractual presenta en todos los casos una eficacia retroactiva *ex tunc*, pero obligacional.

3.1 Manifestaciones de la retroactividad: *ex tunc* y *ex nunc*; real y obligacional

Se dice que restitución de las prestaciones intercambiadas por medio de un contrato tiene eficacia *retroactiva*, ya que solo así se puede regresar a la situación jurídica que tenían las partes antes de la celebración del contrato que fracasa (*statu quo ex ante*) por la causa que sea (anulación, resolución, rescisión o desistimiento) [247]. Llegados a este punto es preciso recordar el significado de dos grupos de términos contrapuestos: los efectos *ex tunc* o *ex nunc*, de un lado; y la eficacia real u obligacional, del otro.

Las expresiones *ex tunc* y *ex nunc* aluden al momento en que operan los efectos de la causa de desvinculación. Si la causa de desvinculación tiene efectos *ex tunc*, la restitución se retrotrae al momento de celebración del contrato. Por el contrario, si solo presenta efectos *ex nunc*, la desvinculación no opera de manera retroactiva, sino que se mantienen los efectos del contrato. Para los contratos traslativos del dominio puede hacerse una ulterior distinción, según si la eficacia retroactiva es *real* u *obligacional*. Esta distinción hace referencia a si la causa de desvinculación provoca un regreso automático de la propiedad al patrimonio de quien la entregó (eficacia real) [248]; o si lo más que se genera es una especie de título retransmitivo, que habrá de ser completado con la entrega efectiva de la cosa por el deudor restitutorio (eficacia obligacional) [249]. En la eficacia real, se realiza la ficción de que la propiedad nunca llegó a salir de la esfera patrimonial del que la entregó; que nunca dejó de ser propietario. En la eficacia obligacional, se asume que, hasta que no se produzca la restitución, el acreedor de esta no readquiere la propiedad de lo que entregó.

3.2 La retroactividad como ideal, no como dogma

La retroactividad y el retorno al *statu quo ante* han sido criticados como fundamento para la restitución, por ser considerados como un ideal inalcanzable [250]. Esto último es, técnicamente, verdad. El paso del tiempo puede, en efecto, hacer impracticable el cumplimiento exacto de la restitución integral [251].

---

[247] Rodríguez Rosado, 2013, p. 234.
[248] Monfort Ferrero, 2000, p. 329.
[249] De nuevo, véase Rodríguez Rosado, 2013, p. 234.
[250] En este sentido, Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 12.
[251] Advierte de ello, Malaurie, 1991, p. 77. En España, véase Vázquez de Castro, 2002, pp. 357-358 y 402. Este autor advierte de lo imposible que resulta, en realidad, borrar todo lo operado por el contrato.

Así sucederá siempre que no se pueda restituir alguna de las prestaciones *in natura*; pero también cuando, aunque esto sea posible, el solo paso del tiempo produzca alteraciones en el valor económico de los bienes; o cuando su uso provoque depreciación o, directamente, deterioro [252]. Ahora bien, el reconocimiento de que no se puede detener el paso del tiempo transcurrido por medio de una la restitución de prestaciones no es argumento para dejar de explicar la restitución contractual desde el prisma del regreso al *statu quo ante* (como nadie deslegitimaría la indemnización de daños físicos o corporales indicando que la pérdida que representa el daño es irreparable). Aunque el objetivo no sea recuperar el pasado, el Derecho ha de aproximar el *statu quo ante* en la medida de lo posible.

El enfoque propuesto es el que mejor explica que el ideal de la retroactividad deba apoyarse en la restitución de las prestaciones; y no, directamente, en los expedientes que conducen a ella (nulidad, rescisión, resolución o desistimiento). El error está en defender que son los expedientes de desvinculación los que por sí mismos provocan la vuelta atrás del contrato [253]. Cuando esto se hace, no queda más remedio que advertir de la inconsistencia que es querer recuperar el *statu quo ante*. Las cosas cambian, sin embargo, cuando se admite que es la restitución de prestaciones –y no la nulidad o la resolución– la que neutraliza el paso del tiempo, aunque solo sea de manera parcial.

En este contexto, el jurista solo ha de ser lo suficientemente laico como para asumir lo limitado del mandato de retroactividad restitutoria y despojarlo de la dignidad de dogma para cualquier expediente desvinculador [254]. Hacerlo permite rebajar las exigencias tan injustamente elevadas a las que a veces se ha querido someter a la idea de retroactividad [255]. Y, lo que es más, relativizar la retroactividad [256] permite llenar de contenido material a la restitución contractual, de forma en que esta se acerque lo máximo posible al *statu quo ante* [257], a pesar de que su recuperación total sea una quimera y el tiempo sea insalvable.

Con las anteriores consideraciones se comprende mejor cuál es, entonces, el papel de la retroactividad. La idea de regreso al *statu quo ante* (retroac-

---

[252] Bargelli, 2010, pp. 20-22.

[253] Se ve este error, por ejemplo, en Döll, 2011, p. 51.

[254] Lo que para la resolución está bastante avanzado en España: Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1121; Monfort Ferrero, 2000, p. 293; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, p. 1153. Pero no así para la nulidad.

[255] Así, por ejemplo, Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 13-15; autor que critica el ideal ficticio de retroactividad como contrapunto para evaluar las restituciones contractuales y, sobre todo, para construir su tesis de que se tienen que distinguir las restituciones en los casos de nulidad y resolución.

[256] En este sentido, refiriéndose a la importancia de relativizar el fundamento de la retroactividad a propósito de la reciente reforma francesa, Chantepie y Latina, 2016, p. 895.

[257] En este sentido, Bargelli, 2010, pp. 22, 338 y ss. La autora se refiere también a la superación del dogma de la retroactividad para la resolución

tividad) debe atravesar todo el análisis de la restitución por desvinculación contractual, definiendo y orientando su contenido en cada posible escenario (por ejemplo, ante las prestaciones irrestituibles *in natura*); pero debe hacerlo sin atrapar al intérprete en una jaula conceptual inane.

3.3 El sinalagma invertido como relación obligatoria recíproca

Una vez rebajadas las exigencias teóricas de la retroactividad, queda allanado el camino para entender la restitución por desvinculación no como un efecto automático y rígido con el que recuperar el *statu quo ante*, sino como una relación obligatoria en cuyo seno ofrecer una mejor respuesta jurídica a las muchas cuestiones que surgen (y que, precisamente, son las que están detrás de que no se pueda realmente regresar a ese *statu quo ante*). Aspectos como la distribución del riesgo en caso de pérdida de la cosa, de los deterioros, el uso, los frutos o las mejoras, encuentran un tratamiento más flexible bajo esta óptica que, además, tiene en cuenta la concreta causa de la desvinculación y el propio contrato fracasado [258].

El objetivo de esta relación obligatoria restitutoria es que las partes recuperen, *en la medida de lo posible*, la situación existente antes del contrato del que se desvinculan. Bien miradas las cosas, canalizar la retroactividad restitutoria por medio de una relación obligatoria es más flexible y, sobre todo, más coherente con el reconocimiento de que la recuperación de ese *statu quo ante* no es más que una ficción que deberá aproximarse por otras vías [259]. En Derecho español, esa relación obligatoria restitutoria encuentra fundamento normativo en el artículo 1308 CC, inicialmente previsto para la nulidad, y en el que se recoge la idea de *reciprocidad*; clave para comprender la *restitutio in integrum* como noción atécnica [260].

En la doctrina española, no han faltado quienes han rechazado que la restitución de las prestaciones venga gobernada por un principio de reciprocidad que, en últimas, conduce a una relación obligatoria. Pero lo han hecho bajo el prejuicio de que, si así fuese, cabría la posibilidad de resolver el vínculo, si alguno de los obligados no restituye lo que le incumbe, es decir, si incumple. Desde esta

---

[258] Véase *ibid.*, pp. 30-43.

[259] Por ejemplo, por medio de una restitución del valor, si la cosa a restituir se ha perdido. En ese sentido, refiriéndose a la restitución resolutoria, Bargelli, 2010, pp. 358 y 360-362.

[260] Insiste, con acierto, en ello, al subrayar que la «*restitutio in integrum est reciproca»,* Hellwege, 2004, p. 598.

óptica, tal incumplimiento conduciría a que no hubiese restitución[261]. En mi opinión, esta aproximación se sirve de un trampantojo para negar que la reciprocidad desemboca en una relación obligatoria. En primer lugar, sorprende que este argumento solo se presente ante la restitución por causa de nulidad, y no ante la resolución, donde lleva tiempo asentada la idea de que el incumplimiento esencial origina una relación obligatoria orientada a la restitución[262].

Además, la relación obligatoria de restitución que presento no se puede –en buena lógica– resolver, porque *no* constituye una relación puramente autónoma o emancipada de la relación obligatoria inicial de la que las partes se separan. La relación obligatoria restitutoria es, si se quiere ver así, forzosamente unidireccional y derivada del contrato que le da sentido y cuyos deberes de prestación han caído. Su cumplimiento puede y debe llevarse a cabo, por tanto, como en cualquier otra relación[263]. La única particularidad es que, en la medida en que la relación obligatoria restitutoria parte del contrato celebrado, que le da sentido, el incumplimiento de la restitución no da derecho a las partes a resolver. El incumplimiento de la obligación de restitución podrá propiciar que el deudor de la restitución indemnice adicionalmente al acreedor de la restitución, si se dan los requisitos para la indemnización de daños[264]; como igualmente podrá generar una suspensión del cumplimiento, si la otra parte refuta cumplir su restitución[265].

En la medida en que la relación obligatoria restitutoria encuentra su fundamento en el contrato inicialmente celebrado, del que las partes se desvinculan, resulta también inane –y cuando no, contradictoria– la aproximación francesa que rechazaba la reciprocidad restitutoria con el argumento de que la restitución sería una institución autónoma del contrato por medio del cual se explica[266].

---

[261] Así, refiriéndose al artículo 1308 CC, y para la nulidad, rescisión y resolución, Quicios Molina, 2020, pp. 1615, 1629 y 1732. En el mismo sentido, refiriéndose solo a la nulidad, Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, cap. 19.26; Vila Ribas, 2010, p. 1438. Y, aludiendo solo a la resolución, en el mismo sentido, Monfort Ferrero, 2000, p. 111.

[262] *Supra*, III. 2.4.

[263] No hay razón alguna para afirmar que la reciprocidad restitutoria obliga a un cumplimiento simultáneo, como afirma Clemente Meoro, 1998, p. 115.

[264] Trataré esta cuestión *infra*, Capítulo 7, III. 3.5.

[265] Es un principio esencial de la restitución por desvinculación contractual que, indudablemente, se encuentra presente en el artículo 1308 CC; y que ha sido destacado por los comentaristas internacionales a propósito de otros instrumentos. Así, por ejemplo, refiriéndose al artículo 81.2 CISG, Tallon, 1987a, pp. 605-606.

[266] Era la posición de Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 482-484. La autora rechaza que la nulidad esté gobernada por un principio de reciprocidad; es decir, que la restitución contractual implique que cada parte asuma un compromiso para con la otra. A su juicio, la restitución por nulidad respondería a una mera obligación legal impuesta por el juez que, como mucho, da lugar a una ejecución forzosa, pero nunca a la suspensión de ninguna clase de «cumplimiento». En este sentido, advierte que, si se tratase de una verdadera obligación recíproca, se debería poder resolver por incumplimiento –cuando no–, al tiempo que el

En general, sorprenden las «vueltas» que los autores dan para no reconocer lo evidente: que la reciprocidad restitutoria es el reflejo de una relación obligatoria recíproca cuyo objetivo es aproximar en la medida de lo posible el *statu quo ante* por medio de la restitución de las prestaciones [267]. Canalizar de este modo la restitución por desvinculación permite, en fin, considerar a las partes del contrato celebrado como correspectivos deudores y acreedores, dentro de un sinalagma invertido de restitución.

3.4 Las obligaciones accesorias de restitución y la retroactividad

Hay contratos cuyo objeto principal no consiste en la transmisión de un bien –en propiedad–, sino en la cesión de un uso. Piénsese en el arrendamiento de cosas o en un préstamo; también en la licencia de patente o de marca. A su vez, hay contratos en los que se cede una cosa para su custodia, como el depósito. En todos estos contratos, la entrega de un bien o un derecho subjetivo no es la prestación principal que realiza una parte, sino que es una condición de posibilidad para la ejecución del contrato de cesión (por ejemplo, en el arrendamiento de cosas) o una prestación de guarda y conservación (por ejemplo, en el depósito). Naturalmente, al término de esas relaciones jurídicas, surge una obligación de devolver la cosa o el derecho cedidos al propietario ce-

---

deudor quedaría liberado en caso de imposibilidad de cumplimiento ocasionado por fuerza mayor. De este modo llega a la conclusión de que «*la réciprocité n'est pas l'essence des restitutions*»; que poco importa que la restitución esté equilibrada («*il importe peu que les restitutions soient équilibrées*»), pues podría darse el caso de que solo una de las partes hubiere cumplido, y no ambas; y, en fin, que la clave de bóveda de la restitución por nulidad pasa por colocar al acreedor restitutorio en la situación que tendría si no hubiera entregado la prestación cuya restitución ahora reclama. De este modo, aproxima la restitución por nulidad a la responsabilidad precontractual.

El problema de que adolece el planteamiento de esta autora es que parte de considerar la restitución como una institución o acción exquisitamente autónoma, independiente del contrato del que «trae causa». Desgajando la restitución del contrato que ayuda a desvincular materialmente puede ahorrarse el requisito de la reciprocidad y acercarla a la responsabilidad precontractual (ello, aunque, más adelante, reconoce que, a diferencia de la responsabilidad, el alcance de la restitución viene marcado por la prestación inicialmente entregada en virtud del contrato anulado; p. 487). Esta construcción autónoma de la restitución también le permite defender la improcedencia de la reciprocidad mediante una comparativa entre la restitución como (supuesta) obligación y el resto de las obligaciones (que se pueden resolver ante determinados incumplimientos o que liberan, en el marco conceptual jurídico en el que escribe, al deudor en caso de imposibilidad fortuita de cumplimiento).

[267] Un ejemplo es Vila Ribas, 2010, pp. 1438-1439. La autora, citando a *Badosa Coll*, afirma: «*La fuente de la que deriva la reciprocidad en este ámbito es la extinción de una situación de hecho creada por un contrato anulado, por lo que puede hablarse de una reciprocidad liquidatoria cuya fuente sería la ley, distinta a la reciprocidad voluntaria, cuya fuente sería un contrato oneroso*». La posición es curiosa, si se tiene en cuenta que, líneas después, reconoce que el cumplimiento de una parte en la restitución puede colocar en mora a la otra.

dente (arts. 1561, 1740 I, 1753, 1758 CC)[268]. Por ser la consecuencia de la terminación de la relación obligatoria, esta devolución constituye simplemente una «restitución posesoria» del bien o derecho, que en sí mismo no ha sido objeto de la prestación (la prestación se ha vehiculado a través de él). La restitución depende aquí del propio contrato que la justifica y prevé[269]. Por eso, su papel es secundario: porque únicamente contribuye a culminar la extinción del contrato. Y, por eso también se ha dicho en estos casos que el «*deber restitutorio no se cumple restituyendo la cosa*»[270].

La relación obligatoria restitutoria que envuelve a la *restitutio in integrum* recíproca para recuperar en la medida de lo posible el *statu quo ante* no se refiere a estas restituciones accesorias. En los contratos en los que una restitución accesoria tiene lugar, la verdadera *restitutio in integrum* recíproca interviene solo respecto de las prestaciones principales (la cesión de uso, por ejemplo, en el arrendamiento de cosas). La naturaleza de esas prestaciones explica que la restitución precise de un tratamiento particular, a partir de la idea del valor[271].

3.5 El ejercicio de la acción de restitución y su plazo de prescripción

La existencia de una relación obligatoria de restitución independiente respecto de la propia desvinculación contractual (nulidad, rescisión, resolución o desistimiento) presenta consecuencias en el plano de la prescripción y del ejercicio de la acción restitutoria. En primer lugar, es preciso ejercitar la acción restitutoria, porque la restitución no es un efecto *ex lege* de la desvinculación en ningún caso (ni siquiera para la nulidad[272]). Es decir, el cumplimiento de la obligación recíproca de restitución tras el fracaso del contrato requiere que la acción se ejercite. Esa obligación de restitución tiene, además, un plazo propio de prescripción, al no constituir una facultad de modificación jurídica, sino una facultad dirigida a obtener de otro una acción u omisión[273]. El plazo es el general de cinco años, que comienza desde la desvinculación (art. 1964 CC)[274]. En la prác-

[268] Sobre esas particulares obligaciones de restitución, Carrasco Perera, 2017, p. 811; Roca Juan, *LH-Federico de Castro*, 1976, pp. 534-537.

[269] En este sentido, calificando estas restituciones como «normales», Malaurie, 1991, pp. 54-57 y 66.

[270] Refiriéndose al contrato de arrendamiento, Díez-Picazo y Ponce de León, 1994, p. 117.

[271] Me refiero a estas cuestiones en el Capítulo 7, VI.

[272] Se ha visto *supra*, III. 2.1 (d).

[273] Véase, solamente, Díez-Picazo y Ponce de León, *ADC*, 1963, p. 999.

[274] En este sentido, refiriéndose a la nulidad, Del Olmo García, *Almacén de Derecho*, 2021. También, Pantaleón Prieto, *Almacén de Derecho*, 2021. Esta es también la posición que comienza a asen-

tica, lo anterior significa que la restitución deberá pedirse con la desvinculación (por ejemplo, la resolución); que el juez no puede concederla de oficio; y que, si no se solicita o si se incumple el deber de restitución, el acreedor de la restitución tendrá que solicitar *ex post* su cumplimiento dentro del plazo.

3.6 Conclusión parcial: la restitución contractual es autónoma, con efectos *ex tunc* y obligacionales

Lo expuesto permite responder a la pregunta sobre la eficacia retroactiva de la restitución por desvinculación contractual: tiene siempre efectos *ex tunc*. Solo atribuyéndole esta característica se compatibiliza la idea central de recuperación del *statu quo ante*, en la medida de lo posible, con la noción atécnica de la *restitutio in integrum* recíproca. La eficacia *ex tunc* de la restitución se manifiesta tanto para la nulidad, como para la rescisión o la resolución[275]. En todos los casos, el objetivo teórico es recuperar el *statu quo ante*. Como esto es una quimera inalcanzable por el paso del tiempo, conviene rebajar las expectativas del dogma de la retroactividad y conformarse con algo mucho más modesto: tratar de recuperar el *statu quo ante*, *en la medida de lo posible*. Rebajar el dogma de la retroactividad de esta forma (más realista) permite a su vez separarlo del expediente de desvinculación de que se trate, y acercarlo a la restitución como tal. Dicho con otras palabras: no son la nulidad, la rescisión o la resolución las que presentan los efectos retroactivos, sino que, al producirse, estas abren la puerta a la relación obligatoria de restitución, por medio de la cual se busca recuperar el *statu quo ante* en la medida en que ello sea posible. Por eso, lo importante a efectos prácticos es la restitución que sigue[276] y no la concreta causa de desvinculación. Esto explica que la restitución contractual se deba considerar una institución autónoma, que actúa en forma de relación obligatoria. Poner el foco en la restitución en sí misma –y no en la causa de desvinculación de que se trate, la cual insisto no tiene efecto retroactivo directo– a través de la relación obligatoria restitutoria explica que la restitución lleve aparejados efectos obligacionales (y no reales) en todos los casos. Para los contratos traslativos del dominio, esto significa que la propiedad no regresa automáticamente

---

tarse en el Derecho francés, una vez avanzan hacia una separación progresiva entre la nulidad y la restitución; véase Dreveau, *Dalloz Actualité,* 2018.

[275] Hellwege, 2018d, p. 1399.

[276] Véase Hellwege, 2018c, pp. 1387-1388.

al patrimonio del acreedor de la restitución con la desvinculación, sino que necesariamente requiere una restitución o, por mejor decir, una reentrega [277].

Llegados a este punto, solo queda fundamentar por qué, además de ser unitaria y autónoma, la restitución contractual lleva el adjetivo «neutra» aparejado. A ello me dedicaré en los dos siguientes apartados.

4. La restitución contractual no se fundamenta en el enriquecimiento injustificado

En el Capítulo 2, se anticipó lo inadecuado de abordar el sistema de restitución contractual desde el marco teórico del enriquecimiento [278]. Pese a ello, existe un consenso jurisprudencial en España que explica la restitución derivada de la desvinculación contractual como un instrumento al servicio de la corrección de enriquecimientos injustificados, vinculando además esta idea con la de recuperación del *statu quo ante* [279]. En esta línea, tampoco faltan pronunciamientos que relacionan la restitución contractual con la *condictio indebiti* y el cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC) [280]. La referencia al enriquecimiento injustificado, como fundamento más o menos acabado de la restitución (del artículo

---

[277] Este aspecto se analizará en profundidad en el Capítulo 8, III.

[278] *Supra*, Capítulo 2, V.

[279] La STS, 1.ª, 11 de febrero de 2003 (FD 2.º; MP: Corbal Fernández; RJ 2003\1004) resume el estado de la cuestión, al afirmar que el artículo 1303 CC «*tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador* […], *evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra*, ([…] *–llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra–*)». Véanse aquí también las SSTS, 1.ª, 22 de noviembre 1983, CDO 4.º (MP: Casares Córdoba; RJ 1983/6492); 24 de febrero de 1992, FD 3.º (MP: González Poveda; RJ 1992/1513); 30 de diciembre de 1996, FD 1.º (MP: Sierra Gil de la Cuesta; RJ 1997/2182); 26 de julio de 2000, FD 5.º (MP: Corbal Fernández; RJ 2000\9177).

[280] Ejemplificativa es la STS, 1.ª, 31 de octubre de 1984, CDO 4.º (MP: Santos Briz; RJ 1984\5158). Lo hizo, paradójicamente, en un supuesto en el que se declaraba nula la cláusula de revisión de renta en un arrendamiento, que solo contemplaba el aumento. A pesar de la particularidad del caso, y en lo que aquí interesa, la Sala 1.ª terminó diciendo: «*Que conforme al artículo mil trescientos tres del Código Civil, declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato; principio que reflejado en la litis presente implica sostener que las atribuciones patrimoniales operadas en el supuesto de pago de rentas en cumplimiento de cláusula inválida lo son sin causa o fundamento jurídico, a pesar de haber sido producidas a través de una prestación voluntaria, por lo que la acción para obtener la restitución puede calificarse de «condictio indebiti», aunque en el supuesto contemplado no juegue el error como requisito, a diferencia de lo que ocurre «prima facie» en el pago de lo indebido, pero que no impide encuadrar las acciones derivadas del artículo mil trescientos tres en la previsión del mil novecientos uno, pues en efecto se pagó cosa que nunca se debió*».

En este sentido, Vendrell Cervantes (2017, pp. 319-321) advierte acerca de la ubicación de la restitución de prestaciones derivada de la nulidad en el ámbito del enriquecimiento injustificado a través de las alusiones a la *condictio* de prestación.

1303 CC), ha sido respaldada por la práctica totalidad de la doctrina española, aunque no es una cuestión pacífica [281], así como por algunos iusprivatistas europeos [282]. Dentro de esta lógica, tampoco han faltado, en España, quienes han propuesto un sistema novedoso de restitución contractual por enriquecimiento independiente de la restitución por nulidad, válido para cualquier supuesto [283].

4.1 El enriquecimiento y el fundamento de la restitución contractual

Que las prestaciones se restituyan cuando fracasa el contrato que las justificaba no se explica porque las partes se hallen enriquecidas sin base legal [284]. La obligación de restitución encuentra su fundamento en la recuperación del *statu quo ante* tras la nulidad, la rescisión, la resolución o el desistimiento. Una vez esto sucede, surge la necesidad de dotar a ese fracaso contractual de efectos retroactivos en el tiempo, ya que –como se ha advertido en el epígrafe anterior– ninguno de los expedientes de desvinculación estudiados produce tales efectos por sí solo. Es la *restitutio in integrum* recíproca la que sirve a ese propósito (y por eso es autónoma, como se acaba de ver).

El enriquecimiento no ayuda a esta operación de «vuelta atrás del contrato», porque nunca ha estado referido a prestaciones contractuales, sino a atri-

---

[281] Alfaro Águila-Real, *Almacén de Derecho*, 2016, Caso 3.º; Clemente Meoro, 1998, p. 475; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 234-235; Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, pp. 53-54; 1994, pp. 115-116; González Pacanowska, 2013, p. 8252; López Beltrán de Heredia, 2009, p. 75; Miquel González, *EJB*, 1995b, p. 2807; Monfort Ferrero, 2000, p. 119; Nuñez Lagos, 1934, p. 429; Pertíñez Vílchez, 2019, p. 137; Quicios Molina, 2020, p. 1615; Rodríguez-Rosado, 2013, p. 238; Vila Ribas, 2010, p. 1433.

En contra, sin embargo, De la Cámara Álvarez, 1987, pp. 172-173.

En contra, desde la perspectiva de que el enriquecimiento es fuente de obligaciones, Badosa Coll, 2012, p. 112.

En contra, pero por considerar que en los casos de nulidad o anulación se produce una retroactividad real que enerva *ipso iure* la adquisición de la propiedad que se haya podido producir, Orozco Muñoz, 2015, pp. 180-182. Ello le lleva a considerar que la restitución por rescisión y resolución sí responde al enriquecimiento injustificado.

[282] Sirena, *ERPL*, 2011, pp. 983-987. Para este autor, «*the principle of unjustified enrichment is to be recognized as the basis of the here considered set of rules*». En similar sentido, desde el Derecho inglés, Letelier, *Camb. L. J.*, 2021, pp. 527 y ss.

[283] Bech Serrat, 2019, pp. 45, 114, 121, 133 y 137-140. Este autor ha defendido que la regulación del cobro de lo indebido no ofrece una solución adecuada a la restitución del valor del contrato, debido a las exigencias que resultarían del tenor literal de la norma; dificultades a las que se ha tratado de dar respuesta mediante una interpretación extensiva y aplicación expansiva de las reglas del cobro de lo indebido, que no le convencen. En su lugar, propone una construcción nueva, desde la plena autonomía de la acción de enriquecimiento, al margen de las reglas del cobro de lo indebido, y superando las normas contractuales sobre nulidad. A ella me refiero, expresamente, en este capítulo, *infra*, III. 4.5.

[284] No obstante, Sirena, *ERPL*, 2011, p. 984; Letelier, *Camb. L. J.*, 2021, pp. 527 y ss.

buciones patrimoniales fruto de otros actos (extracontractuales)[285], en los que se veía comprometido el derecho de propiedad de alguien[286]. Su función es, más bien, reintegradora de derechos subjetivos ajenos, en casos de intromisión[287]. Por eso, su esquema quiebra cuando se trata de restituir las prestaciones obtenidas por medio de un contrato del que las partes, luego, se desvinculan. Aquí, no se trata de haber entregado algo sin base legal, ni siquiera que no exista base legal para retener, sino simplemente de «dar marcha atrás», a la ejecución del contrato, a fin de que la desvinculación vea su reflejo material.

En línea con lo expuesto, y con la experiencia dogmática alemana, sabemos que el enriquecimiento alude, como medida de la restitución, al patrimonio de un sujeto y al incremento o decremento que este experimenta[288]; lo que no es desconocido en nuestra legislación[289]. Precisamente por eso, la noción del enriquecimiento, técnicamente, se desentiende de la prestación recibida en virtud del contrato.

4.2 El enriquecimiento como recurso semántico inocuo

En la doctrina y la jurisprudencia españolas, no resulta inusual encontrar alusiones al enriquecimiento injustificado como razón o fundamento para la justificación de la devolución de una determinada atribución patrimonial, sea contractual o no. Así sucede, por ejemplo, con la repetición derivada de obligaciones solidarias[290] o con la del cobro de lo indebido (art. 1895 CC)[291]. En

---

[285] En este sentido, bien que sin desarrollar la idea, Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, pp. 53-54.

[286] En general, *supra*, Capítulo 2, V.

[287] Imprescindibles en este sentido fueron las aportaciones de Pantaleón Prieto, 1993, sec. I.4; del mismo autor, *La Ley*, 1996, p. 1695.

[288] *Supra*, Capítulo 3, II. 2.1 (teoría sobre la orientación patrimonial).

[289] En este sentido, el artículo 33.1 LIRPF define el concepto de ganancias y pérdidas patrimoniales, estableciendo que «*son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos*».

[290] Se ha descrito a la acción de reembolso que emana del artículo 1145 CC como una acción que evita el enriquecimiento indebido de los codeudores solidarios frente al deudor que paga (véase Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 2016, p. 121). La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo sigue, de ordinario, esta misma orientación, para la repetición de lo pagado en supuestos de obligaciones solidarias. Así, puede verse la STS, 1.ª, 21 de septiembre de 2010, FD 5.º (MP: Gimeno-Bayón Cobos; RJ 2010/7134).

[291] Lacruz Berdejo (*LH-Roca Sastre*, 1975, pp. 502-503) indica que «*la obligación que impone [el artículo 1895 CC] solo remotamente puede entenderse fundada […] en la prohibición de enriquecimiento injusto, es decir, no porque en todos los casos la medida de la restitución sea simplemente el enriquecimiento del accipiens, sino porque en todos ellos la acción tiende a evitar que este se enriquezca sin causa bien con la propiedad de la cosa, bien con la possessio ad usucapionem, los frutos en su caso, etc. Inmediatamente, pues, la c. i. del Código no es, en sentido técnico, una acción de enriquecimiento, sino, como en Derecho romano, una acción recuperatoria de lo pagado sin justa causa*».

tales situaciones, el recurso al «enriquecimiento *injusto*» constituye un mero «abuso del lenguaje» inocuo, desprovisto de tecnicismo jurídico [292]. Las más de las veces solo denota un ejercicio de «brocha gorda» y, en los peores casos, de pereza intelectual [293]. Lo mismo sucede con la restitución del artículo 1303 CC. Aludir al enriquecimiento injustificado para explicar la restitución derivada de la nulidad contractual no plantea mayores problemas [294], siempre y cuando se emplee como un principio abstracto y no como una regla aplicable [295]. Dicho de otro modo, no habrá problema práctico, cuando la alusión al enriquecimiento sea a modo de recurso semántico, a fin de expresar la improcedencia –si se quiere, la injusticia o inequidad– de que una determinada prestación permanezca en poder de un contratante [296].

A pesar de todo, aludir a una *condictio* de prestación o al enriquecimiento es un innecesario «*guiño al erudito* [297]», que impide profundizar en los problemas propios de la restitución por desvinculación, que son contractuales [298]. Por este motivo, tampoco es aconsejable la visión que afirma que «*los enriquecimientos conseguidos a través de los contratos libres no son nunca injustos*» [299]. Esta aproximación no es precisa, porque la posibilidad de que el contrato sea potencialmente productor de enriquecimientos (bienestar) no significa que las

---

[292] Advierte del recurso habitual a la idea de enriquecimiento como mera descripción de un determinado efecto jurídico, Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 96.

[293] No está de más traer aquí la advertencia de Díez-Picazo y Ponce de León sobre el recurso a la idea del enriquecimiento por parte de los «*partidarios de una justicia sin matices, realizada por el cauce de alegaciones más o menos fáciles*» (1987, pp. 38-39). En el mismo sentido, Miquel González, *EJB*, 1995b, p. 2805.

[294] Véase Soler Presas, 2018, pp. 1229-1233. A pesar de que esta autora se refiere a la *condictio* de prestación para abordar la restitución contractual resolutoria, su trabajo tiene la virtud de ahondar en los problemas prácticos de la restitución, sin quedarse en la mera declaración de que estas reglas son una expresión de aquella *condictio*.

[295] Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 96. En este mismo sentido, considera que la interdicción del enriquecimiento injustificado es la idea que inspira la regulación de la restitución contractual en caso de nulidad o resolución, pero excluye cualquier conclusión práctica de ello, por existir ya reglas legales al respecto, Quesada Sánchez, *La Ley*, 2006, pp. 17-18.

[296] El empleo del enriquecimiento para justificar la necesidad de restitución se ha hecho, en ocasiones, equiparando, de modo muy general, enriquecimiento y lucro. Así, la restitución respondería, de acuerdo con esta idea, a la regla consistente en que nadie se lucre, por razón de un contrato nulo (véase Mucius Scaevola, 1904, vol. 20, p. 1003).

[297] Expresión de Vendrell Cervantes, 2017, p. 316.

[298] Lo he explicado en Capítulo 2, IV, 5.2. No conviene, pues, ni siquiera desde un punto de vista semántico, despachar la cuestión salomónicamente, diciendo que tanto vale acudir a las reglas contractuales como decir que la prestación carece de causa y que se puede aplicar la *condictio ob causam finitam*, siempre y cuando se atienda al contenido de la pretensión. Como hace, desde el Derecho alemán, Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, p. 19. Y es que todo apunta a que la llamada *condictio ob causam finitam* tenía por sí misma un significado contractual; en detalle a este respecto, Lohsse, *FS-Reinhard Zimmermann*, 2022, pp. 577-584.

[299] Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, pp. 53-54. En similar sentido, García Rubio, 2009, p. 101.

prestaciones intercambiadas por las partes constituyan un enriquecimiento restituible [300].

4.3 Algunos problemas prácticos de acudir al enriquecimiento

El recurso al enriquecimiento injustificado para la restitución contractual plantea problemas allí donde, lejos de ser inocuo, resulta relativamente decisivo para resolver.

> Fue lo sucedido, por ejemplo, en la STS, 1.ª, 13 de marzo de 2012 [301]. En ella, se hizo depender la condena restitutoria derivada de la declaración de nulidad de una condición general de una compañía dedicada al suministro de televisión digital a «*que se haya producido el enriquecimiento*» y «*pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa*». En este sentido, la sentencia afirmó que los artículos 1303 y ss. CC resultaban aplicables a la restitución de cantidades entregadas por el consumidor al predisponente en virtud de una cláusula abusiva o intransparente.

En casos como el de la sentencia, recurrir al enriquecimiento afecta a la extensión restitutoria y, con ello, al resultado material del pleito en cuestión. Por eso, no es conveniente [302]. En particular, manejar una idea de enriquecimiento en la restitución contractual produce externalidades negativas consistentes en que *(a)* una parte quede obligada a restituir lo no percibido; o *(b)* que una parte restituya de menos, en perjuicio de la otra. En general, el problema

---

[300] Un contrato puede fuente de obligaciones (art. 1089 CC), reflejo de la libertad económica y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 10 y 38 CE), y sobre todo un mecanismo eficaz de asignación de bienes y o servicios en una sociedad y, con ellos, de expectativas y riesgos futuros que pueden actualizarse o pueden no hacerlo; véase Carrasco Perera, 2017, p. 59.

[301] MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2012\4527. Del régimen restitutorio aplicable tras la declaración de nulidad de una cláusula me he ocupado en Ruiz Arranz, *InDret*, 2020, pp. 115-129. En distinto sentido, refiriéndose a esa misma sentencia, Pertíñez Vílchez, 2019, p. 138.

[302] No obstante, y de una manera un tanto sorprendente, si se tienen en cuenta sus trabajos anteriores, Carrasco Perera, 2017, cap. 14/55 –quien se muestra contrario a aplicar el régimen del enriquecimiento injustificado a la restitución contractual, cuando se trata del intercambio de cosa por precio– considera que «*lo prestado en virtud de un contrato nulo, y que no es restituible en especie, ha de ser restituido conforme a las reglas del enriquecimiento injusto merced a una generalización de la condictio del artículo 1895 CC, porque ni el artículo 1303 CC ni el artículo 1307 CC contienen una regla pensada en estas prestaciones*». Pero este autor no explica el contenido que tendría la restitución del enriquecimiento en estos supuestos, y lo más que hace es remitirse a la regla del artículo 1547 CC, para el arrendamiento nulo por falta de determinación del precio, cuando el arrendatario ha disfrutado de la cosa. En ese caso, la norma obliga a este arrendatario a «*abonar el precio que se regule*». De este modo, parece que el autor apuesta por una restitución del valor canalizada por medio de la acción de enriquecimiento injustificado; lo que es innecesario, pues es el resultado al que conduce la restitución integral y recíproca en estos escenarios. Para llegar a ese resultado no hace falta acudir al enriquecimiento ni, mucho menos, al régimen del cobro de lo indebido.

del enriquecimiento en estos casos suele mezclarse con un error inicial de determinación de las prestaciones del contrato.

(a) *Restituir lo no percibido*

Un primer problema que aparece cuando la idea de enriquecimiento se inmiscuye en la restitución contractual es que una de las partes termine obligada a restituir algo que no ha percibido; que, con el loable fin de evitar un enriquecimiento, se termine produciendo el efecto contrario, acaso de manera inconsciente.

> Un caso muy interesante fue el resuelto por la STS, 1.ª, 6 de julio de 2005 [303]. La sociedad B celebró con D. José un contrato de traspaso o cesión de industria, desarrollada en un local de negocio. El local estaba constituido por 3 fincas, pertenecientes a dos distintos propietarios; la sociedad B las poseía en calidad de arrendataria. En el local que constituían las tres fincas estaba instalada la industria denominada «Tapicerías Emilio», dedicada al negocio de alfombras y tapices, que se pretendía ceder a D. José. Esta industria era titularidad de una sociedad civil constituida por D. Luis –a la sazón, accionista mayoritario de la sociedad B– y por D. Plácido. Cada uno de los socios participaba de la referida industria de tapicería al 50%. El contrato de traspaso celebrado entre la sociedad B y D. José tenía por objeto la cesión de la industria de tapicería. El precio del traspaso se estipuló en 24 millones de pesetas, de los cuales 21.6000.000 se abonaron en el acto a la sociedad B; el resto lo retuvo el cesionario, D. José, para el pago a los propietarios de los locales arrendados del porcentaje correspondiente al traspaso. Sin embargo, de los 21,6 millones que D. José entregaría a la sociedad B por el traspaso, esta únicamente percibió 10,8 millones. Como lo que se traspasaba era el negocio de tapicería, los 10,8 millones restantes se entregaron por D. José a D. Plácido, en pago del 50% de la participación de este último en la sociedad civil titular de la industria traspasada.
>
> El contrato de arrendamiento que vinculaba a la sociedad B con los dos propietarios de las fincas urbanas se resolvió a instancia de estos últimos, debido a que el traspaso de los locales se había realizado de manera no conforme con las exigencias legales (cfr. arts. 29 a 42; y 114 5.º LAU 1964). La resolución del contrato de arrendamiento trajo consigo el subsiguiente ejercicio de la acción resolutoria del contrato de traspaso por parte de D. José, como cesionario. Esta última resolución fue confirmada por el Juzgado, primero, y la Audiencia, después. En ambos casos, se condenó a la sociedad B, como cedente en el contrato de traspaso, a restituir a D. José la cantidad total de 24 millones de pesetas escriturada en el contrato, pese a que solo había recibido 10,8 millones. Por ello, la sociedad B recurrió en casación.

[303] MP: González Poveda; RJ 2005\9532. Los hechos del caso son algo enrevesados y, para su comprensión, se ha de acudir también a la sentencia de apelación; SAP Santander, Sec. 1.ª, 16 de noviembre de 1998 (MP: Finez Ratón, Id Cendoj: 39075370011998100770).

Tanto la AP como la Sala 1.ª del TS coincidieron en que la entrega de los 10,8 millones restantes realizada por D. José a favor de D. Plácido respondía al cumplimiento de la obligación que a su vez vinculaba a la sociedad B con D. Plácido, por la titularidad del 50% de la sociedad civil. Es decir, estimaron que D. José canceló íntegramente su derecho de crédito con la sociedad B, mediante la entrega de 10,8 millones a la sociedad B y la «*disminución pasiva surgida para la primera [sociedad B], como consecuencia de la cesión de la industria*». Por ello, coincidieron también en que la obligación restitutoria derivada de la ineficacia del contrato de traspaso a cargo de la *sociedad B* debía «*ser equivalente al enriquecimiento experimentado por efecto de la plena ejecución de las prestaciones derivadas del contrato* […], *es decir* [...]: *21,6 millones de pesetas*».

La condena restitutoria a la sociedad B lo fue entonces por «*todo aquello en que se enriqueció*» (FD 2.º). Sin embargo, no se dudaba que los 10,8 millones restantes hubiesen sido entregados por D. José a D. Plácido; y no a la sociedad B, que no los percibió realmente. Este segundo pago es descrito por la Audiencia Provincial (FD 3.º) como «*una atribución patrimonial realizada por el prominente (cesionario) en favor de un tercero (beneficiario) con una finalidad satisfactiva de una previa o simultánea deuda existente entre B (estipulante) y este último (cfr. art. 1257,3 CC)*». Tanto para la AP como para el TS, resultó determinante que las partes formalmente integrantes del contrato de cesión fueran la sociedad B y D. José, a fin de condenar a una restitución comprehensiva de todo el enriquecimiento experimentado por la sociedad B.

Dejando a un lado el carácter parcialmente simulado del contrato celebrado entre la sociedad B y D. José, lo obtenido como prestación por la primera fueron únicamente 10,8 millones. Y eso es lo que debería haber restituido. Para recuperar los otros 10,8 millones D. José quizás debería haber ejercitado otra acción (cfr. art. 1158 CC). Y es que, después, la propia Audiencia Provincial reconoció la existencia de un derecho de repetición de la sociedad B frente a D. Plácido «*por el enriquecimiento patrimonial injustificado experimentado por este último*», al resolverse el contrato de cesión y traspaso. Con este fallo, se benefició a D. José –el adquirente de la industria– a costa de la sociedad B y gracias a una cuestionable interpretación del mecanismo restitutorio del artículo 1303 CC; quizás con intención de proteger al cesionario. Pero este empeño no basta para comprender el fallo, porque, según los hechos narrados en apelación, existía un vínculo paternofilial entre D. José y D. Plácido.

La sentencia presentada y su resolución por parte de la Sala 1.ª es sintomática de que el enriquecimiento injustificado, como medida de la restitución, constituye un cuerpo extraño para la restitución contractual; introducir sus valoraciones produce problemas en la extensión restitutoria. En aquel caso, la sociedad cedente, enajenante de la industria, terminó siendo obligada a restituir una cantidad que no había percibido, con el argumento de que había obtenido un enriquecimiento injustificado igualmente. Que la restitución contractual pretenda recuperar para el *statu quo ante* (*restitutio in integrum* atécnica), por medio de una relación obligatoria restitutoria, no es un capricho teórico.

Antes bien, es el punto de partida imprescindible para el análisis de cualquier caso de restitución y evita, además, perderse en disquisiciones innecesarias. En el caso extractado, este esquema habría mantenido la estructura del sinalagma contractual en la restitución, y no se habría impuesto una consecuencia tan dura a la sociedad B.

(b) *Recuperar «de menos»*

Otra de las externalidades del recurso al enriquecimiento en la restitución contractual es provocar que una de las partes obtenga menos de lo que le corresponde en la restitución; es decir, menos de lo que le correspondería recuperar por medio de una correcta aplicación de la *restitutio in integrum* recíproca.

> Fue el caso resuelto por la STS, 1.ª, 8 de enero de 2007 [304]. Entre las partes se había celebrado un convenio de cesión de bienes (fincas) a cambio de alimentos, el cual resultó ser nulo. En relación con la restitución, los alimentistas demandados reconvinieron, reclamando que la devolución de las prestaciones había de tener en cuenta también las cantidades invertidas por ellos para atender y cuidar al alimentado durante el tiempo de ejecución del contrato (aproximadamente un año). Si bien esta pretensión fue desestimada en primera instancia y en apelación, el TS entendió que había lugar a ella. En particular, consideró que los demandados ejercitaban realmente una pretensión de restitución del «*enriquecimiento sin causa que constituye un caso claro de condictio de prestación*» (FD 7.º). Por ello, junto con la devolución de las fincas a cargo de los alimentistas, con los frutos, estos tenían derecho a la restitución de «*las expensas y las inversiones realizadas por ellos en atenciones y cuidados al actor durante el tiempo de la convivencia*» (FD 7.º). Para llegar a esta solución la Sala 1.ª recurrió a las reglas de los artículos 1303 y 1308 CC.

En el caso extractado, a pesar de que los reconvinientes obtuvieron en casación lo solicitado, un adecuado planteamiento de la pretensión restitutoria habría debido conducir a que los alimentantes percibieran más. Si estoy en lo cierto, las prestaciones supuestamente intercambiadas fueron el traspaso de unas fincas, de un lado, y la vivienda, los cuidados, la manutención y la asistencia del alimentado, del otro (cfr. art. 1791 CC). No obstante, los demandados reconvinientes no recibieron una restitución de la prestación principal por ellos prestada (los cuidados), sino simplemente una restitución de gastos, que por lo demás fue lo que reclamaron. Esta restitución de gastos representa una restitución en la medida del enriquecimiento, pues se corresponde con lo aho-

[304] MP: Montés Penadés; RJ 2007/812.

rrado por el alimentado para su mantenimiento. En rigor, tales gastos no deberían haber formado parte de la restitución. El importe de los gastos aludía a los costes en que los alimentantes necesariamente incurrieron para poder cumplir con su prestación principal: el cuidado del alimentado. Y esa era la prestación que restituir, no los gastos (cfr. arts. 1795 y 1796 CC). Como los cuidados no podían devolverse *in natura*, habría que haber recurrido a su valor objetivo (art. 1307 CC) durante el tiempo de duración del contrato, hasta su anulación. El valor de esa cantidad habría sido, qué duda cabe, superior a los gastos con los que finalmente se conformaron los alimentistas [305]; pero así se habría conseguido una restitución integral y recíproca.

4.4 La inoperancia de las normas del cobro de lo indebido

Se ha tratado de tamizar la restitución contractual a través de las reglas del cobro de lo indebido (arts. 1895-1901 CC) [306]. Pero tampoco es una empresa exitosa. Las normas sobre la restitución derivada del cobro de lo indebido parten de una atribución (y una restitución) unilateral, que encaja mal en el marco de los contratos sinalagmáticos [307]. Ante ellos, la prestación de uno explica la contraprestación del otro [308]. Piénsese en una compraventa: perdida la cosa que el comprador recibió en virtud del contrato a cambio del precio, no tiene ningún sentido entrar a valorar la buena o la mala fe de un contratante a partir de un sistema –el del cobro de lo indebido– cuya hipótesis general es precisamente la ausencia de contrato. Valorar la buena o la mala fe del *accipiens* y su adaptación a un contexto de restitución contractual plantea un problema innecesario en un sistema, como el español, que ya cuenta con reglas

[305] La conclusión de esta sentencia ha sido aplaudida, por considerar que la nulidad de un contrato donde alguna de sus prestaciones no es restituible en especie conduce a las reglas del enriquecimiento injustificado (y a *condictio sine causa* del artículo 1895 CC), ya que ni el artículo 1303 CC ni el 1307 contendrían reglas pensadas para estas prestaciones. En este sentido, Carrasco Perera, 2017, cap. 14/55. No obstante, esta apreciación en cuenta que cualquier restitución contractual está presidida por la idea de restitución integral y recíproca (*restitutio in integrum*), a la que las normas del cobro de lo indebido, que diferencian entre la buena y la mala fe del *accipiens*, no dan respuesta.

[306] Sobre todo, en caso de nulidad, advirtiéndose de la tendencia expansiva de las normas sobre cobro de lo indebido. Así, Ballarín Hernández, 1993a, sec. IV.1. En similar sentido, analizando, Quicios Molina, 2020, p. 1614.

En esta línea, otros autores han abogado por complementar la solución contractual en los casos de pérdida de la cosa a restituir; así, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 262 y 318. Véase, por lo demás, *infra*, Capítulo 7, III. 1.1 (b).

[307] En este sentido, desde el Derecho francés, Malaurie, 1991, p. 170.

[308] En este sentido, Basozabal Arrue, 1998, p. 220.

propias para la desvinculación contractual[309]; y que, en buena lógica, prescinden de evaluar la buena o la mala fe[310].

4.5 La inoperancia de las normas de liquidación del estado posesorio

Las normas de liquidación del estado posesorio tutelan el derecho de propiedad, como derecho subjetivo. Por eso, se pueden interpretar desde la óptica del Derecho del enriquecimiento injustificado y la *condictio* por intromisión[311]. Esta constatación debería bastar para rechazar cualquier solución a los problemas[312] de la restitución contractual a través de las normas posesorias[313]. No obstante, no es inhabitual leer lo contrario[314]. Las normas posesorias piensan en un poseedor *ad usucapionem* quien, por disponer de título verdadero y válido, puede llegar a sanar la falta de titularidad de su transmitente gracias a la usucapión[315]. Este esquema explica que se privilegie al poseedor que es de buena fe que, de algún modo, ve asimilada su situación a la de un propietario, en tanto no sea vencido por un tercero con mejor derecho[316]. El

---

[309] Como dice Basozabal Arrue (1998, pp. 214, 216) entrar a valorar en la restitución la eventual buena o mala fe de los contratantes daría «*al traste con el valor simplificador de la norma* [el art. 1303 CC], *cuya aplicación quedaría atomizada, y destruirían el principio de reciprocidad que la informa*».

[310] Un buen ejemplo se aprecia en el ordenamiento italiano, donde se ha tratado de construir un sistema unitario de restitución contractual a partir de las normas restitutorias para el cobro de lo indebido (arts. 2033 y ss. CCit), debido a la inexistencia de reglas contractuales: Bargelli, 2010, pp. 151-196. En este esfuerzo, se han topado con el problema de determinar la buena y la mala fe, particularmente evidente en el régimen distinto que se plantea para los frutos, y que puede conllevar, incluso, consecuencias sancionadoras para la parte declarada «de mala fe». Y lo mismo sucede en los casos de pérdida de la cosa o de venta, si se llega a una distinción que, en un caso, permite restituir en la medida del enriquecimiento (si hay buena fe) y en el otro no. Por eso, desde esa construcción italiana, se termina defendiendo una aplicación parcial de las reglas del cobro de lo indebido, que sea compatible con el esquema de la restitución contractual y su objetivo último: la vuelta al *statu quo ante.*

[311] Véase, solamente, Basozabal Arrue, 1998, pp. 221 y ss.

[312] Me refiero a la distribución del riesgo en caso de alteraciones restitutorias y a la eventual aplicación del beneficio del poseedor de buena fe al deudor restitutorio contractual. *Infra*, Capítulo 7, III. 3.1. (a) (bb); Capítulo 9, II. 1.

[313] Véanse Capítulo 2, V.

[314] El autor que, hasta donde se me alcanza, más convincentemente ha defendido la aplicación de las normas posesorias a la restitución contractual (principalmente la derivada de la nulidad) ha sido J. Delgado Echeverría. Lo ha hecho, fundamentalmente, en materia de restitución de frutos. Para él, solo admitiendo una remisión del artículo 1303 a los artículos 451-455 se salvarían las enormes «*contradicciones valorativas*» que la restitución acarrearía para el poseedor de buena fe con título absolutamente nulo que –por ser un *accipiens indebitii* beneficiado por el artículo 1897 CC– sería de mejor condición que el mismo poseedor con título anulable. Véase, en este sentido, Delgado Echeverría, *ADC*, 1975, pp. 563-565; Delgado Echeverría, 1995b, pp. 423-425; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 225, 258-259.

[315] Clemente Meoro, 1998, p. 514.

[316] En este sentido, Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 123; Delgado Echeverría, *ADC*, 1975, p. 580; Gómez Acebo, *RDP*, 1952, pp. 204 y ss.; Martín Pérez, 1995a, sec. I.1; Miquel González, 1993a, sec. VI.

privilegio al poseedor de buena fe impide afirmar, como a veces se hace, que la restitución reivindicatoria sirve a la finalidad «*de restaurar la situación anterior al contrato inválido*» [317]. Su objeto es otro: tutelar el derecho subjetivo del propietario, sin desatender los intereses del poseedor reivindicado, máxime si es de buena fe.

La restitución posesoria piensa en un contexto totalmente ajeno al de la desvinculación contractual. Al poseedor no le une relación contractual alguna con el reivindicante. Por eso, por mucho que las normas posesorias puedan llegar a tener «tendencia expansiva» en la arquitectura del Código [318], son incompatibles con una restitución que tiene lugar entre las partes del contrato [319]. No han faltado quienes han buscado «acercar» ambas esferas –reivindicatoria y contractual– a partir de la idea de la caída del título que justificaba la transmisión (sobre todo en sede de nulidad) [320]. Sin embargo, incluso aceptándose ese punto de partida, no se puede soslayar que en la desvinculación contractual el desplazamiento patrimonial se obtuvo por medio de un contrato que vincula a las mismas partes, que ello no ocurre en la liquidación posesoria, y que este hecho desaconseja tratar ambos expedientes restitutorios bajo el mismo prisma.

4.6 La propuesta independiente de Bech Serrat

Últimamente, Bech Serrat [321] ha propuesto un enfoque distinto, muy sugestivo, para la restitución contractual, que dé cabida a la acción de enriquecimiento injustificado. Trataré de presentar sus líneas generales.

> Bech Serrat defiende [322] que ni el cobro de lo indebido ni las normas sobre nulidad contractual ofrecen una solución satisfactoria a la circulación contractual de valores con contenido económico, cuando estos tienen que restituirse. Su tesis pasa por construir un sistema independiente de restitución por enriquecimiento contractual, en el marco de un sistema tipológico similar al alemán. Es más, con-

---

[317] Es la opinión, de nuevo, de Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 228.

[318] Ampliamente, Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1066-1068, 1106 y 1116-1120.

[319] Con acierto en este sentido, Basozabal Arrue, 1998, p. 221. Puede decirse que, con el ejercicio de una acción de nulidad, rescisión, resolución o desistimiento, el demandante renuncia, de algún modo, a una tutela típica del derecho de propiedad (tutela real). Así lo advierte, Bargelli, 2010, pp. 322-323.

[320] Así, por ejemplo, Delgado Echeverría y Parra Lucán entienden que «*la restitución a consecuencia de la nulidad del título guarda estrecha afinidad con «la restitución de un bien ajeno detentado sin derecho, sin necesidad de considerar –y con independencia de ello– el título por el que se entró indebidamente a poseer»[…], cuyos supuestos fundamentales son la reivindicación […] y la condictio del artículo 1895*» (2005, p. 234).

[321] *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*, 2019.

[322] Bech Serrat, 2019, pp. 45 y ss.

sidera que establecer un régimen único de restitución contractual basado en las normas para la nulidad del contrato está construida sobre «dos falacias» [323]. A su juicio, resulta más adecuado que existan diversas acciones cumulativamente ejercitables; él distingue tres: cobro de lo indebido, nulidad contractual y enriquecimiento injustificado [324]. Para Bech Serrat, la restitución derivada de la nulidad contractual se circunscribiría únicamente a los efectos de la ineficacia contractual, mientras que la acción de enriquecimiento iría por otros derroteros. ¿Cuál es la diferencia? Entiende que la restitución por nulidad encuentra su fundamento en el cumplimiento del contrato devenido ineficaz, mientras que la de enriquecimiento lo hace en la obtención de un *valor* por parte del sujeto «reclamado», que tiene origen en el «reclamante» y cuya retención no tiene justificación legal [325]. En su opinión, la restitución por nulidad contractual no permite anular el contrato, si quien demanda no puede, a su vez, restituir lo obtenido; ello no sucedería, a su entender, en la acción de enriquecimiento, donde la pérdida del bien obtenido no actuaría como causa de exoneración. Aquí, la imposibilidad de restituir en especie conduce a la restitución de un valor correspondiente al enriquecimiento contractual experimentado por el demandado.

Bech Serrat coloca, por tanto, una acción de enriquecimiento –que restituye en la medida del alcance de este– junto a la nulidad contractual y el cobro de lo indebido; acción que sería autónoma y sujeta al plazo de prescripción de 5 años (art. 1964 CC). Ahora bien, para el autor, el alcance de la restitución del enriquecimiento en el contrato no se refiere al patrimonio del «reclamado». Afirma [326] que «*los conceptos de riqueza, desplazamiento patrimonial o patrimonio no se deberían tomar en consideración en una reclamación por enriquecimiento porque los mismos no se alienan completamente con los conceptos de valor e intercambio*». Dentro del valor de ese enriquecimiento, Bech Serrat coloca los activos, los servicios o el valor de uso; todas prestaciones incorpóreas. De este modo, sostiene que cada parte en un contrato ineficaz podrá reclamar a la otra por enriquecimiento, gracias a una acción independiente y no recíproca [327]. En este punto el autor se esfuerza en diferenciar lo que denomina «*enriquecimiento fáctico*» del «*enriquecimiento jurídico*» [328]. El enriquecimiento por el valor de lo recibido sería el «fáctico», mientras que el enriquecimiento por el cambio en las relaciones jurídicas sería el segundo [329]. En su visión, únicamente el enriquecimiento fáctico actúa como presupuesto de la acción de enriquecimiento, pues el enriquecimiento jurídico (referido, por ejemplo, a la adquisición de un derecho subjetivo) no llevaría aparejada la adquisición de ningún valor.

---

[323] *Ibid.*, p. 145.
[324] *Ibid.*, p. 151.
[325] *Ibid.*
[326] *Ibid.*, p. 167.
[327] *Ibid.*, p. 168.
[328] Distinción que parece haber tomado de Lodder, 2012, penp. 37 y ss. Para este autor, existe un *factual enrichment* que se refiere al valor de lo obtenido por el demandado a costa del demandante; y un *legal enrichment*, que alude a la adquisición de un derecho, o a la liberación de una obligación, a costa del demandante. Teniendo en cuenta la tesis de este autor, se comprende mejor la del propio Bech Serrat.
[329] Bech Serrat, 2019, p. 171.

Con estos mimbres, el carácter injustificado del enriquecimiento consistiría en la frustración de un propósito específico del reclamante al transmitir el valor (enriquecimiento fáctico)[330]. Se trataría de estudiar si el valor económico que obtiene el demandando tiene su origen en el reclamante, al que se le «expropia». Una expropiación del valor tendrá lugar, para Bech, cuando exista una relación de dependencia; los sujetos reclamante y reclamado mantengan una especial relación de confianza; el reclamante se encuentre en una especial situación de vulnerabilidad económica o necesidad imperiosa; sea una persona con discapacidad, manifiestamente ignorante o carente de experiencia; y el reclamado debía conocer dicha situación y se aprovecha de ello. Como se aprecia, todo ello se mueve en un plano distinto al del fracaso del contrato y la desvinculación.

A juicio de Bech Serrat, la *condictio* de prestación, que permite restituir por enriquecimiento, no se basa en la ineficacia del contrato, sino que es abstracta respecto al motivo de la nulidad contractual[331]. En su sistema, la ineficacia contractual no es suficiente para que la transmisión patrimonial devenga injustificada, esto es, la nulidad no justificaría, *per se*, una restitución por enriquecimiento tras constatar que se produjo una transmisión de valor. Ello solo sucedería tras constatar que se ha frustrado el propósito del sujeto que transmitió el valor. Por eso, las causas de nulidad contractual actuarían como mero fundamento de la acción de enriquecimiento[332]. El carácter injustificado del enriquecimiento se fundamenta en la frustración del propósito que tuvo el sujeto reclamante de restitución *al transmitir el valor*. De este modo, el autor separa las causas de nulidad del negocio de la causa que justifica la restitución, que es el no haber logrado el propósito que tuvo el reclamante al transmitir el valor[333]. Con ello, el enriquecimiento podría ser injustificado en el ámbito del contrato, aunque no tenga lugar una declaración de ineficacia contractual, si el sujeto reclamante de la restitución no alcanza el propósito que tiene en el marco del contrato al transmitir el valor[334]. Se trataría de casos de exceso de pago en la prestación realizada por uno de los contratantes, subsistiendo el contrato[335].

El autor dedica finalmente un capítulo al «enriquecimiento transmisible» y otro al «enriquecimiento no transmisible». Enriquecimiento transmisible, en el contrato, sería aquel en el que lo entregado se puede devolver *in natura*[336]. De otro lado, los enriquecimientos no transmisibles los identifica con aquellos irrestituibles en especie. En estos casos, se pregunta cuál es el enriquecimiento a restituir por el beneficiado. Considera que el pago de tercero (art. 1158 CC) o el pago hecho por un fiador o deudor solidario (art. 1145 CC) es un supuesto donde,

---

[330] *Ibid.*, pp. 216 y ss.
[331] *Ibid.*, pp. 240-241.
[332] *Ibid.*, p. 252.
[333] *Ibid.*, p. 253.
[334] *Ibid.*, pp. 277 y ss.
[335] *Ibid.*, pp. 281 y ss.
[336] Aun así, advierte de situaciones en las que su restitución no le sea exigible al obligado. Al considerar que la acción por enriquecimiento es personal y que no tiene que ver con la transmisión de la propiedad, estima que ello sucederá cuando la cosa se halle en poder de un tercero y no quepa exigirle que la recupere para devolverla, por ser demasiado oneroso.

> al final, se restituye el enriquecimiento por el valor percibido en el contrato [337]. Y tratándose de contratos de servicios, estima que la recepción del servicio, como prestación, es un enriquecimiento siempre que esta se produzca sin abonar nada a cambio por el contratante que la recibe [338]. En este contexto, distingue además entre la buena y la mala fe del obligado a restituir, para aplicar o no el criterio del ahorro de gastos como valor de mercado [339].

Hacia el final de su monografía, Bech Serrat deja claro que, para él, la restitución del artículo 1303 CC no es una regla de enriquecimiento y que la restitución del enriquecimiento, como acción, figura aparte, en el contrato. Esta aproximación tiene la virtud de no mezclar inadecuadamente enriquecimiento y restitución contractual. Sin embargo, complica las cosas de modo innecesario. De entrada, no es desacertado emancipar la *condictio* o la acción de enriquecimiento del esquema de la restitución derivada del fracaso contractual, como aquí se defiende. Ahora bien, si esto se hace, primero se debe explicar cuál es la visión que se maneja del enriquecimiento y la *condictio* como expedientes orientados a la corrección de atribuciones patrimoniales. En particular, se debe explicar sobre qué clase de derechos subjetivos –de contenido absoluto o no– se proyecta la acción de enriquecimiento, antes de rechazar su aplicación a la restitución contractual. Por eso, resulta extraño identificar, como hace Bech Serrat, una acción independiente de enriquecimiento en el Derecho de contratos que, además, conviviría con el resto de las *condictiones* del sistema tipológico, así como con la restitución de la nulidad. Tengo dudas de que haya espacio para tantas cosas.

En general, da la sensación de que el autor incurre en una cierta confusión al estudiar enriquecimiento y nulidad contractual. Y es que, o se interpretan los artículos 1303-1314 CC en términos de enriquecimiento –lo que es plausible, aunque errado–; o se dice que no hay relación entre enriquecimiento y restitución contractual, más allá de donde el Código expresamente la reconoce como medida expresa del alcance restitutorio (art. 1304 CC). Pero, si he entendido bien, lo que Bech Serrat propone es *(i)* desdibujar el enriquecimiento injustificado, mezclando la acción por enriquecimiento con la extensión de la restitución en la medida del enriquecimiento, *(ii)* asimilarlo al valor económico (enriquecimiento fáctico, en su terminología), y *(iii)* colocarlo dentro de los contratos. Con ello, en realidad, desarrolla, y parece adherirse, a la teoría

---

[337] *Ibid.*, pp. 314-315.
[338] *Ibid.*, pp. 320-321.
[339] *Ibid.*, p. 330.

de que los derechos de crédito tienen contenido de atribución [340]. Pero este aspecto no queda suficientemente aclarado ni teóricamente abordado.

En otro orden, la restitución del enriquecimiento depende, para el autor, no del fracaso del contrato, sino de la frustración del propósito por el cual una de las partes realizó una prestación cubierta por el negocio. Esta prestación puede ser de muy diversa índole.

(a) En los contratos de compraventa o de permuta, solo el fracaso global del contrato parece poder dar lugar también a una acción de enriquecimiento para recuperar lo entregado. No obstante, Bech Serrat no explica bien qué aporta esta nueva aproximación, o qué ventajas prácticas se derivarían de ella. Máxime cuando desgaja la acción de enriquecimiento contractual de las valoraciones inherentes a la transmisión de la propiedad. Esta separación no le impide defender la imposibilidad de exigir la restitución *in natura*, cuando la devolución resulta excesivamente onerosa por estar en manos de un tercero, en cuyo caso se restituiría, a juicio de Bech Serrat, su valor [341].

(b) De otro lado, puede suceder que la prestación sea querida, pero excesiva. Bech Serrat parece situar el punto central de su disertación en aquellos casos en los que se produce una prestación excesiva, no amparada por el contrato, por parte de alguna de las partes involucradas en la relación [nótese que este caso es distinto al descrito en el anterior punto (a)]. Ahora bien, tampoco esto justifica, a mi juicio, forzar la argumentación e introducir valoraciones propias del Derecho de enriquecimiento. Una interpretación amplia y adecuada de los preceptos que regulan el cobro de lo indebido habría de bastar a estos efectos; ello a falta de una modificación de su régimen [342]. Pero Bech Serrat se conforma con criticar la rigidez de su literalidad [343] para deslizarse, sin solución de continuidad, hacia su propuesta del enriquecimiento en el contrato.

---

[340] En efecto, sin dotar al derecho de crédito de contenido de atribución –como tienen los derechos subjetivos de contenido absoluto propios de la *condictio* por intromisión– no parece plausible aceptar las tesis del autor. Una crítica fundamentada a la idea de que los derechos de crédito tienen contenido de atribución –según las teorías que explican la *condictio* por intromisión desde una concepción tipológica– la he realizado en Ruiz Arranz, 2022, pp. 1118-1120.

[341] Pero, en lugar de explicar las condiciones en las que la cosa pasaría a engrosar el patrimonio de otro de modo irreivindicable, se escuda en que la acción es personal –no ejercitable frente a terceros adquirentes– y que no tiene que ver con la transmisión de la propiedad. El problema es que todos estos casos se corresponden con supuestos de pérdida jurídica del bien, ante los que se debe explicar bien cuándo y cómo se llega a esa situación, que es jurídica y no física. Por eso, la contradicción del autor reside, a mi juicio, en que reconoce que no se ha transmitido la propiedad, pero al mismo tiempo solo permite ejercitar la acción de enriquecimiento (tal y como él la concibe) frente a la contraparte. Y tampoco aclara demasiado el valor del enriquecimiento que en ese caso se restituiría en sustitución de la prestación irrestituible por ser demasiado onerosa.

[342] Esta posibilidad la he explorado en Ruiz Arranz, *InDret*, 2020, pp. 115-129.

[343] Bech Serrat, 2019, p. 113.

(c) En fin, tampoco parece que tenga demasiado sentido distinguir entre la buena o la mala fe del obligado a restituir el enriquecimiento, edulcorando la restitución del primero [344].

5. La restitución contractual no es indemnizatoria

Junto con el rechazo a considerar la buena o mala fe de las partes en la restitución contractual, la neutralidad restitutoria se explica fundamentalmente desde su no relación con la indemnización de daños. Muchas veces, los autores realizan una lectura de la restitución contractual en clave indemnizatoria. Es una tendencia palpable en Francia [345] y que, ciertamente, encontró reflejo en la CISG [346]. Por eso, no es de extrañar que una parte de la doctrina española fuera permeable a esta corriente, que mezcla criterios de imputación con la restitución contractual, condicionando así su resultado [347].

Buscar acompasar la restitución contractual según quien sea la parte responsable del fracaso del contrato resulta incompatible con el regreso al *statu quo ante* que se alcanza a través de la *restitutio in integrum* recíproca. Mediante la restitución contractual no se depura ninguna responsabilidad derivada del fracaso del contrato. Para eso, existen otros remedios (la responsabilidad contractual o precontractual) que pueden acompañar a la restitución [348]. La restitución es simplemente la consecuencia de la desvinculación de un contrato; y

---

[344] Este punto merece la misma crítica que el recurso a las normas posesorias o de la *condictio indebiti*: *supra* 4.4. y 4.5.

[345] Un buen ejemplo, que abiertamente reconoce preferir esta vía, se encuentra, en el Derecho francés, en Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 23-36. Con anterioridad a la modernización del Derecho de obligaciones francés destacan las aportaciones de Guelfucci-Thibierhe, 1992, pp. 482-488, que se ha resumido y criticado en las notas 24 y 25 del Capítulo 4.

[346] Así, dentro de los efectos de la resolución, el artículo 81.2 CISG contempla de algún modo la restitución de las prestaciones como un mecanismo que solo el contratante no culpable del incumplimiento –normalmente piensa en el comprador– puede ejercitar frente a la otra parte. Este es el diseño de la restitución por resolución en la CISG como reacción frente a un incumplimiento contractual; véase Krebs, 2000, pp. 8-9. A pesar de todo, hay que decir que el balance final de la Convención optó por una cierta neutralidad y separación entre la indemnización y la restitución resolutoria; lo que apunta, Krebs, 2000, pp. 47-49.

[347] Así, al abordar las consecuencias de la resolución del contrato en cuanto a la obligación de restituir o no el valor de uso de la cosa a restituir: Carrasco Perera, 2017, cap. 22/48. Una distinción similar en función de a quién fuera imputable el incumplimiento, esta vez en materia de reembolso o no de las mejoras útiles en caso de resolución, la realiza Delgado Echeverría, *CCJC*, 1986, pp. 3785 y ss. Le sigue Quicios Molina, *LH-Rodrigo Bercovitz*, 2013, pp. 1469-1470; de la misma autora, *CCJC*, 2014, pp. 28-32. Igualmente, defendiendo la inclusión de los frutos debidos percibir en la restitución, adopta una perspectiva indemnizatoria, Clemente Meoro, 1998, pp. 519-520.

[348] En este sentido, Basozabal Arrue, 1998, pp. 214 y ss.; Rodríguez-Rosado, 2006, sec. IV.

por eso, debe ser tan *neutra* como el contrato que la precede y de cuya ordenación de intereses se nutre la relación obligatoria restitutoria [349].

En todos los expedientes de desvinculación, el objeto de la restitución contractual es que las partes recuperen, en la medida de lo posible, la situación que tenían antes de la celebración del contrato. Este entendimiento de la restitución hace que no tengan cabida partidas indemnizatorias, como se ha encargado de recordar en alguna ocasión el TS [350]. Para la recuperación del *statu quo ante* es indiferente, a su vez, qué parte deba pechar con el reproche culpabilístico por el fracaso del contrato. La neutralidad restitutoria significa que ninguna parte quede beneficiada por medio de la restitución, por mucho que a una le sea imputable el fracaso del contrato [351]. De lo contrario, se llegaría a una modulación de la restitución en función de ese ejercicio de imputación, que la desdibujaría y acabaría confundiéndola con la indemnización, alcanzando cotas punitivas [352]. En ese caso, ya no se trataría de recuperar idealmente el *statu quo ante*, sino de colocar a la parte no responsable del fracaso del contrato en la situación que tendría si el contrato no se hubiera celebrado, es decir, en indemnizar el interés negativo [353] de la parte no culpable de la desvinculación, pero por vía restitutoria. Y regresar al *statu quo ante* o indemnizar el interés negativo son cosas bien distintas [354]. En este sentido, sería mejor que los autores que prefieren dosificar la restitución contractual mediante la previa constatación de a qué parte le resulta imputable el fracaso del contrato dijeran abiertamente que los expedientes de desvinculación (nulidad, rescisión o resolución)

---

[349] *Supra*, III. 3.3.

[350] Un buen ejemplo se contiene en la STS, 1.ª, 10 de diciembre de 2015 (MP: Salas Carceller; RJ 2015/5387). Se había declarado resuelta la compraventa de una vivienda vendida en un condiciones no apta para ser ocupada, debido al pésimo estado de las vigas de forjado, desconociendo el comprador este hecho. Los compradores demandaron a la vendedora, interesando la resolución, con la restitución de prestaciones. Subsidiariamente, reclamaban la entrega de 125.000 euros para poder hacer frente al prestamo hipotecario concertado. Es decir, reclamaban una indemnización. En primera instancia fue desestimada la demanda. La Audiencia Provincial, sin embargo, la estimó, declaró la resolución, pero únicamente condenó a la vendedora demandada a abonar la cantidad solicitada para cancelar el prestamo. Recurrida en casación, el TS declaró, en lo que interesa, que la resolución obliga a la devolución de las prestaciones «*según los artículos 1303 y 1308 CC, por lo que no se respetan dichas normas cuando se condena a la demandada a entregar a los demandantes la cantidad de 125.000 euros para que, con ella, puedan extinguir sus obligaciones derivadas del prestamo hipotecario*» (FD 5.º).

[351] En este sentido, Krebs, 2000, p. 49.

[352] En este sentido, con acierto, Basozabal Arrue, 2022, p. 70; Rodríguez Rosado, 2013, pp. 238-239; Soler Presas, 2018, pp. 1234 y ss.

[353] Sobre el interés negativo, Gómez Pomar, *InDret*, 2007, p. 23.

[354] En este sentido, Visser, *Acta Juridica*, 1992, p. 210, n. 24. El autor advierte que «*when reference is made to a remedy which is aimed at restoring the position to what it was before the contract was entered into, the intention is obviously not to include any remedy for damages based on negative interesse that might exist* […]. *Such a remedy is not concerned with the return of a received benefit and thus falls outside the ambit of the remedy describes here*».

cumplen una función reparadora; y que, por tanto, el alcance de la restitución se debe evaluar a partir de parámetros propios de la indemnización [355].

A lo anterior se añade que un planteamiento no diferenciador entre la restitución contractual y la indemnización impide tratar de manera unitaria la primera. No en vano, el enfoque que aquí se critica diferenciaría entre si el fracaso del contrato es imputable a una parte, a la otra, a ambas, o a ninguna [356]. Además de complicar excesivamente las cosas, este enfoque no se compadece con la *restitutio in integrum* reciproca.

IV. HACIA UNA CONSTRUCCIÓN UNITARIA DE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL

Las bases teóricas presentadas para la restitución contractual –unitaria, a partir de la idea atécnica de la *restitutio in integrum* reciproca; autónoma, basada en una relación obligatoria que persigue recuperar el *statu quo ante* en la medida de lo posible; y neutra, por no tener en cuenta la causa de fracaso del contrato– chocan con la realidad de un Derecho civil, el español, que desconoce formalmente un régimen unitario de restitución por desvinculación del contrato. A continuación, defenderé la posibilidad de construir en España un régimen unitario de restitución contractual sobre el cual continuar la modernización teórica de esta institución.

1. **La dificultad para distinguir entre supuestos de hecho**

Muchas veces unos mismos hechos admiten canalizarse tanto mediante la nulidad contractual como mediante una resolución por incumplimiento [357]. Así sucede en los casos de error vicio, que tan pronto pueden enfocarse como un caso de nulidad o como incumplimiento resolutorio, si existen vicios ocul-

---

[355] Como hace Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 30. Este autor señala que «*il n'est pas interdit de voir dans la résolution un mécanisme de réparation même si elle ne peut sans doute pas être réduite à ce seul rôle*» y habla de una «*function indemnitaire de la resolution*».

[356] De hecho, el criterio de la imputabilidad de la causa de fracaso del contrato es el argumento principal en el que se basa Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 21 ss. para defender su tratamiento diferenciado de la restitución en caso de nulidad y en caso de resolución.

[357] Véase, refiriéndose al caso Esso SA-El Cabaco Medios y Gestion SL, extractado (*supra* III. 2.1 b), Delgado Echeverría y Parra Lucán, *CCJC*, 2011, sec. I.3. En distinto sentido, refiriéndose a ese mismo caso, Quicios Molina, *CCJC*, 2010, sec. B.b. A juicio de esta autora, «*la entrega de una finca con una cabida inferior a la pactada que imposibilita destinar el objeto vendido al destino pretendido por las partes (construcción de una estación de servicio) no puede considerarse un incumplimiento contractual*».

tos [358]; y que han planteado históricamente un problema de concurrencia de acciones [359], últimamente a propósito de la idea de «falta de conformidad» inserta en el Derecho europeo [360].

A nivel europeo, la dificultad para distinguir supuestos de desvinculación también ha sido puesta de manifiesto [361]. Por un lado, en el moderno Derecho de obligaciones, pocos dudan que los supuestos de vicios son también incumplimiento del contrato, que abre la puerta a un sistema articulado de remedios (cfr. por ejemplo, el artículo 1:301 (4) PECL) [362]. Por el otro, de optarse por la resolución, tendría lugar la aplicación del sistema restitutorio previsto para la nulidad [363].

La dificultad para encuadrar teóricamente los diferentes supuestos en los expedientes de desvinculación –ante la resolución y la nulidad– me parece un buen argumento para defender la necesidad de construir un régimen restitutorio unitario (*restitutio in integrum*). Y es que no tendría sentido que de accionarse la vía de los vicios ocultos –y, por ende, la del incumplimiento– el tratamiento teórico-práctico de la restitución fuese uno; y que, de anularse el contrato por error en el consentimiento, la consecuencia jurídica fuese otra

---

[358] En este sentido, Antonio-Manuel Morales moreno (2011b, p. 16) tiene dicho que «*el error se aproxima hoy en buena medida al incumplimiento*». Históricamente se ha tratado de separar esferas, señalando al mismo tiempo la dificultad de este cometido. En particular, se advertía que el error vicio se refería al consentimiento (al momento de perfección del contrato), mientras que el saneamiento por vicios operaba en fase de consumación, cuando la cosa se entregaba o la prestación se cumplía; no obstante, se destacaba al mismo tiempo la dificultad para trazar con nitidez una diferenciación; en este sentido, De Castro y Bravo, 1967, párr. 118-119. Pero acaso no quede más remedio que reconocer la similitud entre los supuestos de hecho, para no perjudicar la posición del comprador que en un supuesto de compra de un bien con vicios podría perder la opción de la nulidad y quedar constreñido a la del saneamiento. En este sentido, sobre la parcial coincidencia entre la acción de nulidad (por error) y el saneamiento por vicios, véase Albaladejo García, 1982, p. 33; Morales Moreno, *ADC*, 1980, p. 676.

Sobre la dificultad para diferenciar entre vicios redhibitorios y error, véase Bercovitz Rodríguez-Cano, *ADC*, 1969, pp. 790-791; Morales Moreno, *ADC*, 1980, pp. 671-678. Para este autor, el caso de los vicios ocultos representa un supuesto de incumplimiento del contrato.

[359] Sobre la concurrencia y la articulación de las acciones edilicias y las generales fundadas en el error o en el incumplimiento, a nivel doctrinal y jurisprudencial, véase Fenoy Picón, 1996, pp. 165-241.

[360] Al respecto, véase, analizando los textos europeos y su encaje en el ordenamiento civil español, Fenoy Picón, 2006, pp. 149 y ss., y 187 y ss.

[361] Así, Coen, Hornung y Schlechtriem, *ERPL*, 2001, pp. 391-392. Estos autores advierten: «*It immediately becomes obvious that this distinction only has a limited analytical value because overlaps are inevitable: Non-conformity of goods tendered under a contract of sale will generally constitute a breach, but there may also be relief for mistake or misrepresentation. Similarly, initial impossibility resulting in invalidity may overlap with mutual mistake, but also with breach of contract. While such differences already exist within individual domestic laws, they become even more prominent on a comparative approach*».

[362] Morales Moreno, *ADC*, 2012, pp. 18 y ss. Anteriormente, para la compraventa de cosas genéricas, Bercovitz Rodríguez-Cano, *ADC*, 1969, pp. 809 y ss.

[363] El paralelismo existente entre ambas figuras –error y vicios redhibitorios–, así como la dificultad de distinguirlas, ha sido destacado también por la dogmática alemana, que se inclina por aunar las distintas clases de restituciones contractuales, restando importancia a si el hecho que provoque el fracaso del contrato se manifestó *ab initio* o lo hizo después, en la fase de su ejecución. Por todos, Hellwege, 2004, pp. 525-526.

distinta. Máxime si se repara en que, para unos mismos hechos, ambas acciones se suelen incluir conjuntamente en el *petitum* de la demanda [364].

2. Un *ius commune* de restitución contractual por desvinculación

Los supuestos de desvinculación contractual están patrocinados por un mínimo común denominador –el de la *restitutio in integrum* recíproca–, que se desarrolla gracias a una relación obligatoria orientada a la restitución [365]. Si esto es así, las normas de los artículos 1303 y ss. CC, para la nulidad, se erigen, por su mayor profundidad, en una suerte de *Derecho común restitutorio contractual*, el cual permite dar sentido a las otras constelaciones o causas de restitución: la rescisión, la resolución y el desistimiento (este último se remite expresamente a ellas; cfr. art. 74 TRLGDCU). Ello sin perjuicio de que el régimen sea completado allí donde valorativamente sea necesario para la restitución, por medio de otras normas que convergen en este *ius commune* [366].

3. El eco europeo e internacional

El tratamiento unitario de la restitución contractual *(i)* se compadece con las bases históricas del Derecho privado europeo [367]; *(ii)* refleja la evolu-

---

[364] En este sentido, González Pacanowska, 2013, p. 8216. La autora advierte que «*en la jurisprudencia no es infrecuente observar que la resolución se ejercita como subsidiaria de una pretensión de anulación del contrato por vicios de la voluntad. La ausencia de cualidades o de utilidad de la cosa vendida se puede suscitar como un problema de error vicio, en su caso dolosamente provocado, o como motivo de resolución, porque se incumple al entregar cosa inhábil para satisfacer el interés del acreedor*».

Con todo, hay autores que parecen conceder importancia a la concreta acción ejercitada en la demanda. Así, cuando se anula el contrato por dolo Quicios Molina (*CCJC*, 2010, sec. B.b) ha apuntado que «*al reclamar la nulidad contractual, no entiende* [la actora] *afectado su interés en el cumplimiento del contrato (interés positivo), sino su interés en la celebración de un contrato válido o interés de confianza (interés negativo)*». La autora se refiere al caso Esso SA-El Cabaco Medios y Gestion SL (*supra* III. 2.1 b). Pero este enfoque arroja una incongruencia valorativa insoportable; y es que el resultado del mismo caso en cuanto a la indemnización se deja al albur de un hecho tan aleatorio –y muchas veces tan poco medido– como es la concreta pretensión ejercitada por el demandante.

[365] No es simplemente que los distintos expedientes de desvinculación «*parecen dar pie a esta «no diferenciación»*», en cuanto a la restitución, como ha apuntado Juárez Torrejón, *ADC*, 2018, pp. 1300-1301. Este autor critica una construcción común de la restitución, a pesar de que reconoce que «*los problemas restitutorios son esencialmente idénticos*».

[366] Esto incluye la normativa restitutoria sobre rescisión por lesión (art. 1295 CC), sobre resolución por incumplimiento (art. 1124 CC), sobre desistimiento unilateral del consumidor (arts. 74 a 76 TRLGDCU), sobre saneamiento por evicción (arts. 1475 y 1478 CC) y vicios ocultos (arts. 1486, 1487 y 1488 CC).

[367] Véase Zimmermann, *FS-Ernst A. Kramer*, 2004, p. 738.

ción, por diferentes vías, de los principales ordenamientos europeos continentales escogidos para la comparación (el alemán y el francés)[368], el nuevo código civil belga[369], así como el *Proyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones Suizo para 2020*[370]; *(iii)* encuentra reflejo en la evolución de los instrumentos europeos de armonización del Derecho privado[371]; y *(iv)* es hacia donde apunta decididamente la mejor doctrina europea continental [372] e internacional[373]. Solo desde una posición que irreductiblemente parta del dogma de que la restitución contractual pertenece al derecho del enriquecimiento, se ha llegado a criticar, en Europa, la construcción de reglas contractuales unitarias para la restitución[374]. Pero ya hemos visto en el Capítulo 2 lo errado de ese planteamiento.

---

[368] Capítulo 3 y *Capítulo* 4.

[369] Artículos 5.115 a 5.126 *Loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil* (28 de abril de 2022). La ley se publicó en el *Moniteur Belge* el 1 de julio de 2022 y entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

[370] El proyecto de reforma fue presentado en 2013. Sus resultados se contienen en Huguenin y Hilty, 2013. La regulación de la restitución contractual del OR 2020 reconoce un régimen unitario para todos los supuestos de desvinculación (arts. 79-84). Se ha ocupado de analizar este instrumento, Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 4 y ss.

[371] Así sucede en el *Code Europeen des Contrats,* elaborado por la academia de Pavia (art. 160); en la propuesta de regulación de la compraventa europea (o CESL) (art. 172); en los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos (arts. 119-124); o en la última versión de los Principios Unidroit que, si bien establece un régimen formalmente separado para la nulidad y la resolución, materialmente la regulación es idéntica. Véase, en general, el Capítulo 5.

[372] Baeck, 2013, p. 282; Bargelli, 2010, pp. 138-148, 419-421 y 449-475; Hellwege, 2004, p. 576 y ss.; Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 1-29; Wendehorst, 2005, pp. 82-83; Zimmermann, *FS-Ernst A. Kramer*, 2004, pp. 735-754; del mismo autor, *Unif. Law Rev.*, 2011, pp. 563 y ss. Anteriormente, desde el Derecho francés, apuntaba en una dirección similar para la nulidad y la resolución, sobre la base de la recuperación del *statu quo ante*, Malaurie, 1991, pp. 72-79. No obstante, esta autora no llega a la conclusión de que debe existir un régimen unitario, y advierte de las diferencias entre ambas clases de restituciones. Así, habla de un «*droit commun* [est] *infléchi par des règles spéciales*» (p. 79).

[373] Desde el Derecho sudafricano, Visser, 2019, pp. 976-977. Por su parte, manejando un enfoque combinado de Derecho eslovaco y sudafricano, y defendiendo la conveniencia de que ambos sistemas avancen, dentro de su propia evolución, hacia un sistema unitario de restitución contractual, Lutman y Van Eck, 2021, pp. 231 y ss., y 243 y ss.

[374] Se trata del enfoque que desde el Derecho inglés ofrece Letelier, *Camb. L. J.*, 2021, pp. 538 y ss. Para criticar la tendencia alemana hacia un modelo unitario de restitución contractual a partir del abandono del Derecho de enriquecimiento, este autor se apoya en el Derecho francés, el cual interpreta de una manera excesivamente forzada. A su juicio, la restitución contractual se rige en Francia, tras la reforma de 2016, por las reglas de enriquecimiento, habida cuenta de los problemas que el sistema de los artículos 1352 a 1352-9 CCfr trae consigo desde el punto de vista material. Pero esto supone mezclar dos planos: el de si la restitución contractual obedece o no a un principio de interdicción del enriquecimiento; y el de la calidad de las reglas que, en su caso, un sistema jurídico incluya para regular la restitución contractual (y ya hemos dicho que las francesas son sustantivamente criticables. A lo anterior se añade que el autor no termina de comprender el Derecho alemán de restitución por nulidad, ya que –como vimos– es prácticamente pacífico que la *condictio* de prestación se rige por los postulados dogmáticos de la restitución resolutoria.

4. La desvinculación contractual en las propuestas de modernización del Derecho de obligaciones español

Las dos propuestas de actualización del Derecho de obligaciones y contratos español apenas han profundizado en la construcción unitaria de la restitución por desvinculación contractual. Es algo que no deja de sorprender, si se tiene en cuenta que muchos de sus impulsores nunca fueron ajenos a los cambios producidos en el pensamiento jurídico predominante en la Europa continental.

La *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, realizada en 2009 por la Comisión General de Codificación no innova demasiado en materia de restitución derivada de la desvinculación. Antes bien, mantiene, al menos, tres regímenes restitutorios separados en su articulado [375]. Emitida casi diez años después, en 2018, la *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil* tampoco ha realizado grandes transformaciones en materia de restitución contractual; no al menos en lo que a su estructura atañe, que reproduce en líneas generales el texto de la PMCC, con añadiduras en sede de nulidad [376].

En ambas propuestas, la regulación es fragmentaria y solo actualizada para la resolución, donde el Código civil carecía de reglas propias, y se solía recurrir a las propias de la nulidad. Lejos de identificar esta práctica como un indicio, ambas propuestas optaron por añadir un nuevo bloque restitutorio a los dos ya existentes (nulidad y rescisión), dotándole de mayor profundidad. Con todo, los tres bloques presentan un esquema muy similar en lo sustancial. Por eso, cabe preguntarse si no habría sido más práctico introducir una única restitución, sin perjuicio de introducir particularidades para cada supuesto de

[375] Una regla de restitución integral y recíproca para la nulidad y el desistimiento (arts. 1306 y 1265.2 PMCC). Para la rescisión por lesión se mantiene la misma regla de restitución integral y recíproca en el artículo 1313 PMCC («*la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses*»). La gran novedad es la inclusión de una restitución particular para la resolución en el artículo 1203 PMCC, inspirada en el mismo principio. Sobre este artículo, y el 1204 PMCC para los contratos de ejecución sucesiva, Fenoy Picón, *ADC*, 2011, pp. 1617-1622.

[376] Para la nulidad, reconoce el principio de la restitución integral y recíproca en el artículo 527-17.1 y 2. Para la rescisión por lesión, la Propuesta comprende una «*obligación de devolución de las cosas objeto del contrato, con sus frutos, y del precio con sus intereses*», que solo puede llevarse a cabo si quien la pretende está en condiciones de devolver lo que por su parte debe (art. 527-23). Y, para la restitución por resolución el artículo 518-17 PAPDC establece una regla inspirada en los mismos principios.

desvinculación [377]. Sin embargo, no parece que la restitución contractual jugase un papel destacado en los debates [378].

5. **Por una construcción unitaria en Derecho español**

Resulta inaplazable que el Derecho privado español dote a la restitución contractual por desvinculación de un tratamiento uniforme [379], en el marco de una próxima modernización del Derecho de obligaciones. Ello tiene buen sentido práctico y, sobre todo, histórico-dogmático. La noción de *restitutio in integrum* recíproca da cobertura a esta empresa. De hecho, el Derecho privado español permite construir un régimen unitario con mejor sustento normativo que en el Derecho alemán o el francés previo a la codificación, gracias a las reglas sobre restitución por nulidad (arts. 1303, 1304, 1305, 1306, 1307, 1308 y 1314 CC). Paradójicamente, estas normas han sido más destacadas por juristas extranjeros que por nuestra propia doctrina [380].

Explicar unitariamente la restitución contractual exige un ejercicio de posterior concreción para los particulares problemas que se plantean en el *iter* restitutorio (imposibilidad de restitución *in natura*, deterioros, prestaciones distintas de las de entregar cosa física, contratos con causa ilícita, alcance de la restitución frente a terceros adquirentes y transmisión de la propiedad, frutos, intereses, uso del bien o mejoras). A nivel práctico, decir que la desvinculación

---

[377] A esta pregunta podría responderse que los autores de la PMCC no realizaron un ejercicio de reordenación dogmática como el que se contiene en este capítulo. Sin embargo, sería una respuesta ventajista, porque incluso sin hacerlo –y sentenciando que la nulidad y la resolución están patrocinadas por principios irreconciliables–, podría sostenerse que resulta más práctica una única restitución en ambos casos, que en últimas se rige por los mismos principios. En este sentido, Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, p. 566, tiene dicho: «*And, indeed, as far as contracts to be performed at one time (or «instantaneous contracts») are concerned, it cannot make any difference whether they have to be unwound because they «have come to an end», have been transformed into an unwinding relationship of a contractual nature, or have been «of no effect from the beginning»: the parties should not be allowed to keep what they have received under the contract. That is the general principle just about universally recognised, and it makes all the more pertinent the question why it should not be possible to devise, on that basis, a uniform restitution regime for the unwinding of failed contracts, no matter why the contract may have failed*». Pero esto no se hizo ni se dijo, que me conste, en la Propuesta de la Comisión.

[378] En este sentido, la Exposición de Motivos de la PMCC no ofrece información del porqué de la regulación restitutoria adoptada, ni siquiera allí donde introduce mayores cambios: en la resolución. La misma crítica se puede hacer a la Exposición de Motivos de la PAPDC, donde a duras penas se indica que la «*Sección dedicada a la restitución intenta diseñar en la medida de lo posible un régimen general aplicable a otros supuestos por remisión*» (p. 203), pero solo refiriéndose a la restitución por nulidad y anulabilidad.

[379] Sin desarrollarla, aboga por esta idea, Basozabal Arrue, *InDret*, 2018b, p. 46.

[380] En este sentido, puede verse Berg, 2002, p. 61; Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, n. 33; Schlechtriem, 2000, p. 475; Vogenauer, *Unif. Law Rev.*, 2014, p. 507.

abre la puerta a una relación obligatoria restitutoria autónoma y neutra es tanto como no decir nada [381]. De lo que se trata de llenar de contenido a la estructura de la restitución, y de hacerlo en sintonía con su carácter unitario [382]. Por ello, el siguiente paso es comenzar a construir coherentemente la estructura dogmática de la restitución contractual.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. El Código civil reconoció la inexistencia (arts. 1261, 1300 y 1310 CC) como categoría de hecho que precede a la ineficacia. La inexistencia necesita ser declarada por el juez, si se gesta una estructura con apariencia contractual y a la que se otorgan efectos formales (por ejemplo, los acuerdos sociales inexistentes). La inexistencia en nada tiene que ver con la nulidad, aunque permite estudiar con garantías esta última.

2. La separación entre nulidad e inexistencia es clave para entender la nulidad del Código civil de manera unitaria, es decir, sin dividirla en una nulidad absoluta (de pleno Derecho) y otra nulidad relativa (anulabilidad). Bajo la nulidad (unitaria) caerían todos los casos de vicios de la voluntad, los contratos celebrados por menores o las personas con discapacidad sin asistencia [383], así como los celebrados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro (arts. 1301 y 1302 CC); también la simulación relativa e, igualmente, los de causa ilícita (arts. 6.3 y 1275 CC). Frente a la nulidad, solo operaría una inexistencia, reducida a los casos en que solo concurre una apariencia negocial, pero nada más (disenso o simulación absoluta).

3. Las diferencias tradicionalmente empleadas para explicar la concepción bipartita de las nulidades (legitimados, plazo de ejercicio, apreciación de oficio…) responden a decisiones de política legislativa. En determinados casos, el ordenamiento jurídico tiene especial interés en privar de efectos a un determinado contrato; y en hacerlo por todos los medios. El mejor ejemplo son

---

[381] Cobran así sentido las palabras de Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, pp. 1153-1154: «[…] *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*». También, Clemente Meoro, 1998, p. 502, n. 103.

[382] Wendehorst, 2005, p. 83.

[383] Al parecer, el espíritu del nuevo artículo 1302.3 requiere que, además, la persona que contrata con el menor hubiera obtenido una ventaja injusta en el cambio; toda vez que la causa para la anulación del contrato ya no puede ser la mera discapacidad ni, tampoco, la contratación sin medidas de apoyo. En este sentido, véase García Rubio y Varela Castro, 2022, pp. 650-660.

los contratos ilícitos, ante los que la acción de nulidad no está sometida a plazo, el elenco de legitimados es más amplio y se puede declarar de oficio. Esto no significa, empero, que la nulidad sea materialmente distinta.

4. En el plano material, solo existe una única nulidad, cuya consecuencia es la restitución de las prestaciones. Ante la restitución se plantean los verdaderos problemas de la desvinculación por nulidad. La distinción material entre nulidad y anulabilidad es el resultado de un exceso de dogmatización. Una construcción unitaria de la nulidad –asimilada a lo que hoy conocemos por anulabilidad– permite enfocar el estudio de las consecuencias restitutorias a partir de unos moldes similares a los que rigen para la rescisión y la resolución; y con ello, permite avanzar hacia una construcción unitaria, autónoma y neutra de la restitución contractual

5. La distinción entre nulidad e inexistencia permite neutralizar el dogma de que «lo nulo no produce efectos» y que coloca en el mismo plano a la nulidad y a la restitución (es decir, que daba a entender que la sola nulidad ya desactivaba por completo el contrato de que se tratase). La nulidad únicamente provoca la desvinculación. Por sí misma, la nulidad no remueve ningún efecto, sino que lo hace la restitución que le sigue, patrocinada por la idea atécnica de la *restitutio in integrum recíproca*, que es la clave de la desvinculación.

6. La rescisión por lesión, la resolución por incumplimiento y el desistimiento unilateral del consumidor están presididos también por una misma idea de la *restitutio in integrum* recíproca, cuyas bases son las mismas a las de la nulidad.

7. La *restitutio in integrum* recíproca permite construir unitariamente la restitución. Todos los expedientes de desvinculación desembocan en una relación obligatoria restitutoria. Esa relación obligatoria de restitución se aprecia también ante la nulidad, entendida de manera unitaria, si se tiene en cuenta (i) la reciprocidad, (ii) la compatibilidad entre indemnización y nulidad, (iii) el hecho, demostrado, de que la restitución derivada de la nulidad no opera *ex lege*, y (iv) la posibilidad de ejercicio autónomo de la acción de nulidad).

8. A partir de la *restitutio in integrum* recíproca, el objetivo de cualquier expediente de desvinculación recuperar el *statu quo ante*, existente antes de contratar, esto es, se persigue la retroactividad. El problema es que recuperar ese estado jurídico antecedente es una quimera, como consecuencia del paso del tiempo. Por eso, es preciso rebajar las elevadas expectativas a las que se ha sometido a la retroactividad, como dogma. Para reducir este dogma es necesario reconocer que ningún expediente de desvinculación tiene eficacia retroactiva por sí mismo, sino que es la restitución la que estructura la retroactividad.

9. Canalizar la retroactividad directamente por medio de la restitución (y no por medio de la nulidad o la resolución) permite explicar la recuperación del *statu quo ante* en términos de posibilidad y liberada del dogma: se trata, simplemente, de aproximar el *statu quo ante* en la medida de lo posible. Ello se logra a través de la relación obligatoria restitutoria se da cumplimiento a esa retroactividad rebajada. Al hacerlo de este modo, la restitución contractual adquiere una independencia respecto a los expedientes de desvinculación mismos, es decir, es una institución autónoma. En esto consisten los efectos *ex tunc* y obligacionales de la restitución.

10. La relación obligatoria restitutoria funciona como cualquier otra relación obligatoria. Esto significa que la restitución se puede incumplir, y que incluso puede dar lugar a responsabilidad. Lo único que no cabe es resolverla por incumplimiento.

11. Entender la restitución una relación obligatoria restitutoria para todos los expedientes de desvinculación (unitaria) cuyo objeto es colocar a las partes en la medida de lo posible en el estado que tenían antes de contratar (autónoma) permite separarla de otros remedios o acciones. Es decir, permite configurar de manera neutra la restitución.

12. El fundamento de la restitución contractual por desvinculación no se encuentra en un principio de interdicción del enriquecimiento injustificado de una parte a costa de la otra, una vez el contrato fracasa, sino en recuperar el *statu quo ante*. Por eso, no tienen cabida valoraciones propias de la posesión de un bien que pertenece a otro, y que tienen en cuenta la buena o mala fe del obligado a restituir y si, en su caso, se produjo o no una pérdida del enriquecimiento.

13. La neutralidad de la restitución por desvinculación contractual hace que esta sea también insensible a cualquier reproche culpabilístico, esto es, a la cuestión de qué parte sea responsable del fracaso del contrato. Así, la restitución se separa de la indemnización de daños, de la responsabilidad (pre) contractual. Estas últimas buscan colocar a la parte afectada en la situación que tendría si el contrato no se hubiera celebrado (o si el contrato se hubiera cumplido, en el esquema de la resolución, compatible con el interés positivo). Pero no se trata de eso, sino de colocar a las partes –a ambas– en el estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato.

14. La relación obligatoria restitutoria a partir de la *restitutio in integrum* recíproca posibilita construir unitariamente la restitución. La literatura española apenas se ha detenido en explorar esta posibilidad, a pesar de la actual situación en el panorama comparado.

CAPÍTULO 7

LAS ALTERACIONES EN LA RESTITUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La restitución por desvinculación no plantea excesivos problemas allí donde las prestaciones inicialmente intercambiadas con el negocio se mantienen «intactas». A ese desarrollo de la *restitutio in integrum* recíproca se le puede denominar *primaria*. Si la restitución pudiere desplegarse siempre de ese modo, este trabajo tendría aquí su final. Pero la realidad dista de ser así. Muchas veces, las prestaciones intercambiadas no pueden restituirse *in natura*. A esa circunstancia la denomino «alteración restitutoria».

Las normas que integran el *ius commune* restitutorio (arts. 1303 y ss. CC) piensan en una compraventa [1]. Por eso, entre las «alteraciones restitutorias» se incluyen, fundamentalmente, la pérdida, destrucción, consumo o deterioro o transmisión a terceros de la cosa comprada, que después se tiene que restituir. Cuando la restitución *física* de la cosa no resulta posible, el sistema restitutorio *primario* (arts. 1303 y 1295 I CC) se «conforma» con una restitución *secundaria*, inspirada por los mismos principios (integridad y reciprocidad) y que, como regla general, impone una restitución del valor de la cosa (arts. 1307 y 1488 CC).

[1] Y es que no cabe duda de que los artículos que integran el sistema restitutorio fueron «*inspirados por un pensamiento que no acertaba a salir de los límites del contrato de compraventa*» (Mucius Scaevola, 1904, vol. 20, p. 1000). Más recientemente, en el mismo sentido, Basozabal Arrue, 1998, p. 214; Colás Escandón, 2013b, sec. 2.3; Quicios Molina, 2020, p. 1617.

Como se demostrará, los problemas de «alteraciones restitutorias» se solucionan a partir del reparto de riesgos entre las partes de la relación obligatoria restitutoria. ¿Qué parte asume el riesgo de que la cosa entregada no puede ser devuelta *in natura* al acreedor de la restitución? Si, sin embargo, se atribuye el riesgo al deudor de la restitución (comprador), este tendrá que prestar el valor de la cosa perdida a cambio de recuperar el precio que entregó. Si el acreedor de la restitución pecha con ese riesgo, el comprador puede recuperar el precio entregado sin restituir, a cambio, su valor. La asignación de riesgos restitutorios depende de dos elementos que pueden actuar de manera combinada. El primero se refiere a la *causa que provoca la desvinculación contractual*; por ejemplo, el error de un contratante, el dolo, el incumplimiento o la incapacidad. El segundo se proyecta sobre la *causa que provoca la pérdida del bien a restituir*; por ejemplo, si resulta imputable a un contratante, al otro o a un caso fortuito.

El carácter neutro de la restitución, explicado en el Capítulo 6, conduce a que se tenga que atender, en general, solo a la causa de pérdida del bien, y no a la de fracaso del contrato. Por eso, el deudor restitutorio asume el riesgo de alteraciones, si la pérdida de la cosa obedece a un caso fortuito o a su propia culpa; y tiene que restituir el valor. La regla general se puede excepcionar en determinadas situaciones; y, con ello, la neutralidad restitutoria. Así sucede, sobre todo, cuando la causa de pérdida de la cosa es imputable al acreedor de la restitución (vendedor). En ese caso, la causa de la desvinculación contractual deviene relevante, como veremos. Lo mismo ocurre, con matices, ante la nulidad por minoría de edad o falta de capacidad de una de las partes (arts. 1304 y 1314 II CC), como también estudiaré.

Admitida la restitución del valor a cargo del deudor de la restitución, se abre un nuevo problema: ¿cuál es ese valor por restituir? ¿El precio del contrato o un valor objetivo? ¿Tiene cabida el enriquecimiento injustificado como módulo de restitución? ¿Y qué sucede con el precio del contrato como partida restitutoria? ¿Se restituye siempre su valor nominal o puede restituirse su valor?

Los contratos donde una de las prestaciones intercambiadas consiste en la cesión de un uso o en la prestación de un servicio constituyen, por su propia naturaleza, un supuesto de alteración restitutoria, ya que ni el uso ni el servicio se pueden restituir en especie. En este sentido, explicaré el funcionamiento de la restitución a través de una compensación, así como los casos en que esta merece exceptuarse.

Al lado de las alteraciones restitutorias provocadas por la pérdida de la cosa a restituir o por la propia naturaleza de lo prestado, conviven otras, de tipo legal. Me refiero a los supuestos de ilicitud o torpeza causal, ante los que el Código civil excepciona la restitución a cargo de una o de las dos partes

(arts. 1305 y 1306 CC). Como explicaré, solo una reducción del sentido de estas reglas en cuanto al tipo de contratos a los que resultan aplicables permite dotar de sentido a la exclusión de la restitución.

Al final se abordará la posibilidad de que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excepcionen la restitución legalmente prevista, y opten por otra, que se adapte mejor a sus intereses; lo que de algún modo también constituye una alteración restitutoria.

II. LA RESTITUCIÓN *IN NATURA* COMO REGLA GENERAL

En los contratos traslativos del dominio, como la compraventa, la restitución debe llevarse a cabo *in natura*. Que esa restitución *in natura* pueda terminar corrigiendo lo que inicialmente había sido un «mal negocio» para una de las partes no es un argumento suficiente para rechazar la primacía de la restitución en especie (por ejemplo, si se vendió una cosa por 100, cuyo valor de mercado al tiempo del contrato era de 200, la restitución *in natura* corregiría lo que fue un mal cambio del vendedor; e impediría que el comprador consolidase un buen contrato). De lo contrario, se compromete la recuperación del *statu quo ante*; objeto principal de la *restitutio in integrum* recíproca [2]. Si solo una parte recibió algo, naturalmente, esa restitución en especie será unilateral. [3]

Corolario de lo anterior es que cada parte asume tanto el riesgo de que la prestación entregada (y que se recupera) valga menos en relación con lo recibido, como el riesgo de que la prestación recibida (y que se restituye) valga más en relación con lo prestado [4]. En efecto, ordenada la desvinculación, el riesgo de que la restitución corrija un mal trato no debe conducir a la no restitución; mucho menos a que el deudor de la restitución compense a su acreedor por la pérdida de valor que sufre el bien que devuelve. Además de ser contrario al fundamento teórico de la restitución por desvinculación (recuperar el *statu quo ante*), acercándola a los postulados del cobro de lo indebido de mala fe [5], ello

[2] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

[3] Gómez Calle, *ADC*, 2012, p. 76.

[4] En este sentido se manifiestan los comentarios al artículo 9:308 PECL, para la recuperación de la cosa entregada en caso de resolución, y al artículo III.-3:510 (Restitution) DCFR, para la restitución resolutoria: Von Bar y Clive, 2009a, p. 894; Lando y Beale, 2000, p. 424. También el Comentario Oficial de la versión más reciente de los Principios Unidroit relativa al artículo 7.3.6, para la restitución resolutoria en contratos de tracto único: *Unidroit Principles 2016*, cit., p. 264. E igualmente, los autores que se han ocupado del artículo 173.1 CESL, como Sirena, *ERPL*, 2011, pp. 989-990.

[5] En ese caso, cuando tiene lugar la devaluación de la suma de dinero cobrada y se dice que ese perjuicio no debe ser soportado por el *solvens* (art. 1896 CC). En este sentido, Sánchez Gómez, 2009, p. 2147; Santos Briz, 1984b, sec. I. b.

descoordinaría el plano jurídico con el material, como ocurre en el *common law* [6]. No es casualidad, por tanto, que esta consecuencia se rechace en la mayoría de los ordenamientos [7].

Tampoco una revalorización fortuita de la cosa restituible *in natura* es relevante para la restitución por desvinculación. En ese caso, el deudor de la restitución no tiene derecho a que el acreedor le compense por el incremento del valor del bien que restituye, si este se obedece a factores exógenos [8]; porque corre con ese riesgo [9], cuando la cosa sigue siendo restituible *in natura*. A cambio, el deudor restitutorio no tiene que compensar al acreedor por la pérdida de valor. Apreciación y depreciación fortuitas son, pues, dos caras de una misma moneda [10]. En esas coordenadas ya se mueve la Sala 1.ª, si bien con menor rigor dogmático [11].

---

[6] Es el enfoque clásico del *Derecho inglés* según el cual la restitución del valor tiene lugar, aunque la restitución en especie pueda tener lugar. Ello permite a una de las partes corregir un mal negocio por vía de la restitución. Al mismo tiempo, esa restitución del valor se excluye, si la prestación es irrestituible *in natura* o si esta se ha perdido. En este sentido, destacando la conveniencia del modelo continental –reflejado en el DCFR y el CESL– frente a lo injusto del modelo restitutorio contractual inglés, Chen-Wishart y Magnus, 2013, pp. 652 y ss. Por lo demás, véanse las reflexiones, insertas en la introducción a la Parte segunda de este trabajo.

[7] En Derecho alemán, véase Hellwege, 2004, pp. 548-549. En Derecho francés, desde un enfoque general de la restitución, Malaurie, 1991, p. 127.

[8] Cosa distinta es que el incremento de valor se deba a la realización de mejoras por el deudor restitutorio; lo que analizo *infra*, Capítulo 9, III.

[9] En este sentido, para la nulidad, Basozabal Arrue, 1998, p. 220. Para la resolución, Soler Presas, 2018, p. 1264. Refiriéndose a la rescisión por lesión, y manejando la idea del riesgo, Alberruche Díaz-Flores, 2010, p. 435. También, aunque basándose en la idea de que no hay empobrecimiento y con cita de jurisprudencia, Quicios Molina, 2020, p. 1615. Y, para la resolución, la misma autora se basa en el artículo 1122 5.º (*ibid.*, p. 1734). También, advirtiendo que la restitución no consiste en una indemnización que permita recuperar el interés de cumplimiento cifrado en una cantidad equivalente a la revalorización de la cosa a restituir, Carrasco Perera, 2017, p. 685

[10] Véase Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 20; Basozabal Arrue, 1998, p. 220. En este mismo sentido, Malaurie, 1991, pp. 226, 238 y 252-255.

[11] Destaca el caso resuelto por la STS, 1.ª, 15 de abril de 2009 (MP: Almagro Nosete; RJ 2009/3338). Según los hechos del caso, el matrimonio A adquirió, el 23 de julio de 1998, un edificio. En esa misma fecha, A celebró un contrato privado con el matrimonio B, por el que en el plazo de un año A vendería a B las plantas segunda y tercera de dicho edificio, bajo un régimen de propiedad horizontal. B interpuso demanda contra A porque, aunque se les entregaron las plantas, no se otorgó escritura pública. En su demanda, B interesaba el cumplimiento del contrato. En ambas instancias se determinó que el inmueble sobre el que las plantas se habían vendido constituía una única unidad registral, de tal suerte que no se podía, conforme a la normativa urbanística, dividirse en régimen de propiedad horizontal. Por esta razón, se declaró la nulidad del contrato privado de compraventa, con la consiguiente restitución de las prestaciones. Así, A había de restituir el precio cobrado, mientras que B haría lo propio con las plantas del edificio, que recibieron. Al parecer, debido al tiempo transcurrido, las plantas que devolvían habían incrementado su valor en el mercado. Por eso, B interesaba que se les compensase por este hecho en la restitución. En ninguna de las dos instancias se condenó al matrimonio A restituir al B el incremento de valor (de mercado) de las plantas restituidas. La Sala 1.ª del TS confirmó este aspecto, advirtiendo que, de lo contrario, *(i)* se produciría un enriquecimiento injusto de los compradores a costa de los vendedores, y *(ii)* se penaliza-

III. LA PÉRDIDA O EL DETERIORO DE LA COSA A RESTITUIR

En los contratos traslativos del dominio, la principal alteración restitutoria es la pérdida o al deterioro del bien a restituir, antes o después de la desvinculación. En España, este problema no ha sido tratado con profusión [12]. En este apartado, demostraré que el régimen restitutorio unitario [13] permite generalizar el régimen de la acción redhibitoria, para el caso de pérdida de la cosa vendida con vicios; y que dicho régimen ofrece soluciones valorativamente aceptables para todos los casos.

1. **El estado de la cuestión**

1.1 Nulidad y pérdida de la cosa

La doctrina española no ha sido pacífica a la hora de dotar de sentido a las reglas contenidas en los artículos 1307 y 1314 I CC [14]. No es ocioso recordar al lector su dicción. Según el artículo 1307 CC, «*siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha*»; y según el artículo 1314 I CC, «*también se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla*». Acerca de estas normas, el debate doctrinal ha girado en torno a si establecen el mismo reparto de riesgos restitutorio o no. En este epígrafe me referiré a tres posturas. Las dos primeras consideran ambas normas incompatibles; la tercera ha tratado de combinar el sentido de los preceptos.

---

ría en exceso a los vendedores, que se habían endeudado para adquirir el edificio, si se les obligaba a duplicar el pago del inmueble. Por ambas razones, la Sala 1.ª declaró que los únicos efectos restitutorios habían de ser los normales ex artículo 1303 CC.

También la STS, 1.ª, 1 de julio de 2005 (MP: Gullón Ballesteros; RJ 2005/5090). Se trataba de un caso de resolución de una compraventa de un solar por parte de los vendedores, ante el impago de la totalidad del precio (los compradores solo habían pagado un anticipo). Al aceptar los compradores la resolución, interesaban que en la restitución se les compensase por la plusvalía que había experimentado el solar. El TS (FD 1.º) rechazó tal pretensión al entender que «*el aumento del valor cedería en beneficio del acreedor de restitución, o sea, de la parte vendedora que ha resuelto*». Pero lo hizo aplicando las reglas de la condición resolutoria (arts. 1122 y 1123 CC), en cuanto a la pérdida, deterioro o mejora de la cosa.

[12] Advierte de ello, Rodríguez-Rosado, 2006, sec. I.

[13] Capítulo 6, III. 2, 3, 4 y 5.

[14] Para Delgado Echeverría y Parra Lucán, casi todo es discutido en el artículo 1307 CC y sus relaciones con el artículo 1314 CC (2005, p. 261).

(a) *Los primeros comentaristas del Código civil*

De entre los primeros comentaristas del Código civil, Manresa y Navarro defendió la incompatibilidad entre los artículos 1307 y 1314 I CC 15. A juicio de este autor, el artículo 1314 I CC se aplicaba al caso en que la cosa debida en la restitución se perdía por dolo o culpa del deudor restitutorio. Por su parte, el artículo 1307 CC se refería a la pérdida fortuita. La aplicación de esta última regla quedaba, eso sí, muy matizada. Manresa y Navarro interpretaba el artículo 1307 CC en paralelo a las reglas sobre la pérdida de la cosa debida (arts. 1182 a 1186 CC) y el artículo 1105 CC, para la responsabilidad. Por eso, tratándose de una pérdida fortuita, el autor rechazaba aplicar el artículo 1307 CC y obligar al deudor de la restitución a restituir el valor de la cosa, con independencia de que la nulidad le fuera o no imputable. Esta aproximación la compartían, a grandes rasgos, otros comentaristas del Código civil [16].

(b) *La incompatibilidad entre ambas normas y el cobro de lo indebido*

Siguiendo una vía similar a la de los primeros comentaristas del Código, una corriente doctrinal moderna ha defendido igualmente la incompatibilidad entre los artículos 1307 y 1314 I CC: la aplicación del segundo excluye la del primero. Encabezan esta postura los profesores Delgado Echeverría y Parra Lucán [17], que es compartida, en lo sustancial, por otros [18]. De acuerdo con esta visión, el artículo 1307 CC solo se aplicaría si la cosa se pierde en poder de la parte contra la que se invoca la nulidad. A partir de aquí, proponen una distinción ulterior, en función de si esta parte era o no de buena fe, para lo que se nutren del régimen del cobro de lo indebido (arts. 1896 y 1897 CC) [19]:

(aa) Siendo de mala fe el contratante contra el que se invoca la nulidad, resultaría de aplicación el artículo 1896 CC, leído en conexión con el artículo 1307 CC.

---

[15] Manresa y Navarro, 1907, pp. 792-796 y 811-812.

[16] Véase Mucius Scaevola, 1904, vol. 20, p. 1021.

[17] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 262 y 318. Estos autores siguen efectivamente la misma vía que la de los primeros comentaristas del texto civil, aunque sin llegar a compartir del todo su razonamiento, como ellos mismos reconocen: *ibid.*, p. 264.

[18] Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 558; con matices, López Beltrán de Heredia, 2009, p. 108; Miquel González, *EJB*, 1995a, p. 480. Últimamente, Quicios Molina, 2020, p. 1619.

[19] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 264-265. En el mismo sentido, López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 105-106 y 119-120. Esta autora se cuestiona la procedencia de aplicar el régimen del cobro de lo indebido contemplado en el artículo 1897 CC, que limita la extensión restitutoria al enriquecimiento, cuando ambos contratantes son de buena fe (*ibid.*, pp. 121-123).

El artículo 1896 CC obliga al *accipiens* de mala fe a prestar también el caso fortuito. Por ello, el contratante «de mala fe» contra el que se invoca la nulidad tendría que restituir, en todo caso, el valor de la cosa el tiempo de perderse (art. 1307 CC). La mala fe justificaría una restitución del valor, aunque la pérdida fuese fortuita [20].

(bb) No obstante, cuando el contratante contra el que se invoca la nulidad es de buena fe, habiéndose perdido la cosa en su poder, la responsabilidad restitutoria se limitaría en la medida del enriquecimiento, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1897 CC.

Por lo que respecta al artículo 1314 I CC, para Delgado Echeverría y Parra Lucán, la norma se aplicaría solo cuando la pérdida de la cosa se produce estando en manos del contratante que invoca la nulidad (el actor), con dolo o culpa suya. Por ejemplo, cuando la cosa se pierde con dolo o culpa del comprador que sufrió un vicio del consentimiento. En tal caso, se excluiría el ejercicio de la acción y, con ello, la restitución. Sin embargo, perdiéndose la cosa por caso fortuito, el artículo 1314 I CC impondría al legitimado para invocar la nulidad una restitución en la medida del enriquecimiento, ya que –por hipótesis– sería de buena fe (art. 1897 CC) [21].

(c) *La interpretación conjunta de ambas normas*

De entre las opiniones que abogan por una interpretación conjunta de los artículos 1307 y 1314 I CC [22], destaca la de Carrasco Perera. Para él, la restitución de prestaciones en contratos sinalagmáticos debe recibir una interpretación diferente a la de otros supuestos restitutorios [23]. Esta idea le lleva a considerar que el artículo 1307 CC es insensible a la diligencia que haya podido observar el deudor de la restitución en relación con la pérdida de la cosa a restituir, una vez anulado el contrato [24]. Entiende Carrasco Perera que la restitución del valor impuesta por el artículo 1307 CC al deudor de la restitución impide trasladar el riesgo de pérdida fortuita de la cosa al acreedor de la restitución [25]. El deudor de la restitución (comprador) correría con ese riesgo. A juicio de Carrasco Perera, la misma consecuencia se desprendería del artículo 1314 I CC, cuando la pérdida es por culpa suya, pues se le impide re-

[20] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 265 y 322.
[21] *Ibid.*, pp. 321-322.
[22] Basozabal Arrue, 1998, pp. 214-216; Monfort Ferrero, 2000, p. 122.
[23] Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1119-1120. Recientemente, Soler Presas, 2018, pp. 1229-1230.
[24] Carrasco Perera, *ADC*, 1988, n. 274 bis.
[25] Cfr. *ibid.*, p. 110.

clamar la restitución de aquello que hubiese entregado [26]. Así, lejos de ser incompatibles, los artículos 1307 y 1314 I CC atribuirían a cada parte el riesgo de pérdida de la cosa que restituye; y no al revés. En buena lógica, esta postura rechaza interpretarlos juntamente con las reglas del cobro de lo indebido [27]. No cuesta sospechar que este enfoque apunta en la dirección correcta.

1.2 Rescisión por lesión y pérdida de la cosa

Al ocuparse de las consecuencias de la rescisión, el artículo 1295 I CC dispone que la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos o el precio con sus intereses solo puede llevarse a efecto, «*cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello que por su parte estuviese obligado*». En esta línea, el artículo 1295 II CC establece que «*tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe*» [28]. Termina el artículo 1295 III CC indicando que «*en ese caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión*».

La doctrina inmediatamente posterior a la promulgación del código entendió que la acción rescisoria quedaba excluida, si el actor había perdido la cosa recibida en virtud del contrato [29]. Más tarde, se consideró que la imposibilidad de restitución *in natura* solo hacía referencia al desarrollo de los efectos propios de la rescisión (las devoluciones), no al ejercicio de la acción: de ser irrestituible la cosa, tendría lugar una indemnización por el causante de la lesión [30]. Esta indemnización alude a la diferencia entre el valor de la prestación realizada y el de la que se debió recibir [31]. De este modo, la indemnización se proyecta sobre el interés contractual positivo, el cual sustituye a la restitución en especie [32]. Al asumir este resultado se rechaza que operare una restitución del valor [33].

---

[26] *Ibid.*, pp. 104 y 114.

[27] Carrasco Perera, 2017, p. 687. También, Orozco Muñoz, 2015, p. 289.

[28] Por «terceras personas» es claro que se ha de entender a aquellos que no han participado en el negocio rescindible: Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 202-203.

[29] Manresa y Navarro, 1907, p. 747.

[30] En este sentido, véase Moreno Quesada, 1993, sec. V; El Mismo 1995, pp. 208-214 y 222-223. No obstante, Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 201 y 434-435, quien considera que, cuando la cosa se halla en poder de terceros, la rescisión se convierte en una acción indemnizatoria.

[31] Se ha indicado también que, en este punto, el Código dejaría, al igual que hacía el P. 1851, al demandado la posibilidad de impedir la rescisión mediante el abono del perjuicio o daño causado por el negocio rescindible. En este sentido, De Castro y Bravo, 1967, párr. 598. También, Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, cap. 19/42.

[32] Representante reciente de esta posición, Zurilla Cariñana, 2013, sec. 3.2.

[33] Moreno Quesada, 1995, p. 209.

1.3 La alteración restitutoria y los vicios ocultos

El sistema de la acción redhibitoria en la compraventa (art. 1484 CC) contiene dos reglas que informan sobre el reparto de riesgos en caso de alteraciones restitutorias. Se trata de los artículos 1487 y 1488 CC, los cuales distinguen en función de si la pérdida de la cosa a restituir se produjo como consecuencia de los vicios ocultos o si lo hizo por culpa o dolo del comprador que la recibió. Por eso, son importantes en nuestro estudio.

(a) Mortuus redhibetur *o la regla del artículo 1487 CC*

A tenor del artículo 1487 CC, «*si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá este la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe solo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador*». En este escenario, el vendedor corre con el riesgo de pérdida. El comprador puede siempre redhibir [34] y el vendedor (acreedor de la restitución) tiene que restituir el precio recibido sin percibir a cambio su valor [35]. En consecuencia, no opera la regla de que la cosa se pierde para el propietario comprador [36]. La regla del artículo 1487 CC se corresponde con la «restitución del muerto» o «*mortuus redhibetur*» [37].

Aunque el deterioro de la cosa no se aborda en el artículo 1487 CC, su lógica en la redhibitoria es la misma que la que rige para el caso de pérdida imputable a los vicios. Así, si el deterioro se produce como consecuencia del vicio –de la causa que origina el fracaso del contrato y la desvinculación– el riesgo de este es de cuenta del vendedor: el comprador puede devolver el bien adquirido (deteriorado) y recuperar el precio en su totalidad. Esta regla se deduce del artículo 1498 CC, para las ventas de animales [38].

---

[34] Fenoy Picón, 2010a, p. 1623.

[35] En efecto, se trata de una regla de asignación de riesgos que se imputa a través de las normas del saneamiento Morales Moreno, 1993b, p. 962.

[36] Fenoy Picón, 2010a, p. 1623.

[37] Véase García Cantero, 1999, sec. VI. A). Sin referirse a la expresión romana, este autor afirma, citando a García Goyena, que «*que el comprador merece ser tratado con el mismo favor que si hubiera devuelto la cosa, que probablemente no ha devuelto por impedírselo el vicio de que ha perecido*». Sobre el *mortuus redhibetur*, véase S*upra*, Capítulo 1, II. 2.1.

[38] Morales Moreno, 1993b, p. 963.

(b) *La regla del artículo 1488 CC*

Según el artículo 1488 CC, «*si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá este reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse. Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses*». El escenario es distinto. Se vendió un bien con vicios ocultos que se pierde, no como consecuencia de esos vicios, sino de otra causa, imputable o no al comprador [39]. El artículo 1488 CC advierte de dos posibles causas para la pérdida de la cosa *(i)* la culpa del comprador y *(ii)* el caso fortuito. En ambas, la consecuencia es la misma: el comprador asume el riesgo y puede reclamar la restitución del precio pagado, siempre que restituya el valor que tenía la cosa al tiempo de perderse. Con esta norma, el Código civil reconoce una reciprocidad restitutoria en caso de pérdida. Lo hace por medio de la restitución alternativa del valor. Bajo este prisma, resulta erróneo, a mi parecer, afirmar que el artículo 1488 CC excluye el ejercicio de la acción redhibitoria, con el argumento de que no resulta posible la restitución *in natura*, y que lo único que se reconoce es una acción estimatoria [40]. Los antecedentes legislativos de este precepto constituyen una buena evidencia en este sentido [41].

El artículo 1488 CC conecta con las reglas recogidas en D. 21,1, 31, 11 y 21,1,25 para la acción redhibitoria [42] a través del artículo 1410 P. 1851 [43]. Sobre esta última, García Goyena [44] advertía que resultaría inequitativo impedir al comprador ejercitar la redhibitoria en caso de pérdida de la cosa adquirida por culpa o dolo suyo. En tal caso, el vendedor –al que el fracaso del contrato le es imputable, por los vicios– se aprovecharía de la culpa o dolo del comprador en la pérdida de la cosa vendida para conservar el precio. Por ello tiene sentido obligarle a devolverlo, pero deduciendo el valor de la cosa en cuya pérdida no ha participado el vendedor. Y, si esto es así, –añade– con mucha más razón conserva el compra-

[39] Como indica, García Cantero, 1999, sec. VI. B, a pesar de insertarse dentro de la normativa de los vicios ocultos, la presencia de estos en el artículo es «puramente coyuntural». También, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2013, p. 50.

[40] Así, no obstante, García Cantero, 1999, sec. VI. B; Morales Moreno, 1993c, pp. 964-965. Esta posición confunde la reciprocidad restitutoria en caso de pérdida de la cosa (que se sustituye por la indemnización de su valor al tiempo de perderse) con una acción *quanti minoris* por medio de la cual el comprador recuperaría el precio pagado, con la rebaja del valor de la cosa al tiempo en que se vendió (cfr. art. 1486 I CC). Esta interpretación quizás se desprenda de una lectura del artículo 1862 CC chileno, donde se describe a la rebaja u compensación entre precio y valor como parte de la acción estimatoria.

[41] Apunta en esta dirección, basándose en los antecedentes de la norma, Fenoy Picón, 2010b, p. 1624.

[42] De ellas me he ocupado, *supra*, Capítulo 1, II. 2.1.

[43] *Supra*, Capítulo 1, V. 3.1 (b).

[44] García Goyena, 1852, vol. III, p. 401.

> dor la acción cuando la pérdida acontece por caso fortuito, y no por culpa suya. Al comprenderse el caso fortuito, la cuestión en torno al grado de culpa necesaria para trasladar el riesgo al comprador se difumina, aunque todo apunta a que se admite cualquier género de culpa y no solo la lata [45].

El artículo 1488 CC separa perfectamente la causa de fracaso del contrato (los vicios ocultos) de la causa de pérdida de la cosa. Y arroja una idea muy clara: si la primera no tiene que ver con la segunda, no hay razón alguna para trasladar al vendedor el riesgo de pérdida, por más que fuera de mala fe. Al igual que sucede en el artículo 1487 CC, la mala fe se sanciona aparte, mediante la indemnización de daños (art. 1488 II CC); no asignando el riesgo de pérdida al vendedor [46].

La misma regla rige para el caso de deterioro, si este no es consecuencia del vicio oculto. Es decir, tanto si *(i)* se trata de un deterioro producido por el uso normal del bien; *(ii)* un uso anormal del bien (deterioro culposo debido al comprador) [47]; o *(iii)* si se trata de un deterioro anormal del bien, consecuencia de un caso fortuito que no conlleva la destrucción total de la cosa. En esos casos, el riesgo corresponde al comprador. Así se advierte en el artículo 1498 CC, para las ventas de animales: «*no se puede trasladar al vendedor el riesgo de deterioro de la cosa que no provenga de los vicios*» [48].

1.4 Recapitulación y conclusión parcial: un panorama inestable

El sistema del Código civil no ofrece un panorama claro sobre el funcionamiento de la restitución cuando la cosa a devolver no puede restituirse, por haberse perdido. Solo las normas del saneamiento por vicios ocultos ofrecen algo de luz. Estas reglas obligan a restituir el valor de lo recibido, como norma general para el caso fortuito o para cuando la pérdida es imputable al obligado a restituir (art. 1488 CC). Únicamente si la pérdida es imputable al acreedor restitutorio se invierte la regla general (art. 1487 CC). En los apartados siguientes se defenderá una extensión de ese sistema de riesgos al resto de las hipótesis de desvinculación, en el marco de un sistema unitario de restitución.

---

[45] Regla contenida en D. 21,1,31,12: *«culpam ommen accipiemus, non utique latam»*.

[46] Se debe entender que tanto el artículo 1487 como el 1488 CC se refieren a la misma indemnización, pues el valor se recupera por la vía indemnizatoria. No obstante, considera que la indemnización del artículo 1488 CC alcanza también el valor de la cosa (lo que es contradictorio con la restitución del valor, pues se restituiría dos veces), Morales Moreno, *ADC*, 1982, pp. 625-626.

[47] Es la regla general contenida en D. 21,1,25, para el deterioro del esclavo con posterioridad a la venta y a la entrega; en ese caso se hacía responder al comprador, siempre que el deterioro procediese de él mismo o de su familia o procurador.

[48] Morales Moreno, 1993c, p. 965.

2. **Punto de partida: la neutralidad restitutoria en caso de pérdida**

La mayor virtud del artículo 1488 CC es que separa la causa de pérdida de la cosa de la causa de fracaso del contrato. Con ello, dispensa un tratamiento neutro a la restitución en caso de pérdida. La neutralidad restitutoria explicada en el Capítulo 6 conduce a extender esa misma lógica al resto de supuestos. En efecto, una parte puede ser responsable del fracaso del contrato –porque provocó el error, el dolo, la violencia, la lesión; incurrió en incumplimiento; o desistió del contrato–, pero no de la pérdida, bien porque esta obedezca a un caso fortuito, bien porque sea atribuible a la otra parte. En ese caso, el contratante responsable de la desvinculación no tiene que soportar el riesgo de la pérdida de la cosa o su deterioro. Será el contratante en cuyo poder se destruyó la cosa a restituir (normalmente, el deudor restitutorio) el que asuma el riesgo. Esa asunción de riesgo se traduce en una restitución del valor. Como veremos, esta es la regla general[49]. De lo contrario, se introducirían valoraciones más propias de la indemnización de daños que difuminarían el objeto de la restitución: recuperar el *statu quo ante* en la medida de lo posible[50].

La neutralidad restitutoria puede excepcionarse en determinados supuestos, ante los cuales la restitución es sensible a causa de fracaso del contrato. El escenario más evidente lo acabamos de ver para los vicios ocultos: que la pérdida o el deterioro de la cosa sean también atribuibles al acreedor de la restitución (arts. 1487 y 1498 CC; pero hay más[51]). Que la neutralidad se quiebre significa que la parte no culpable del fracaso del contrato recupera totalmente la prestación recibida (o su valor), mientras que a la otra parte solo le corresponde el enriquecimiento restante en manos del contratante no culpable.

3. **La restitución del valor como restitución secundaria**

En este apartado expondré que, cuando la restitución *in natura* no es posible *físicamente* –por pérdida, venta, consumo o destrucción del bien a restituir– el sistema restitutorio *primario* (arts. 1303 y 1295 I CC) se «conforma» con una restitución *secundaria* que se reconduce a una restitución del valor de la cosa que opera ante: *(i)* la pérdida fortuita de la cosa, y *(ii)* la pérdida de la

[49] En este sentido, desde el Derecho europeo, Bargelli, 2010, pp. 310-314; Berg, 2002, p. 146; Hellwege, 2004, pp. 560 y ss.; El Mismo, 2018, 2018d, p. 1406; Hornung, 1998, p. 157; Vogenauer, *Unif. Law Rev.*, 2014, p. 510.

[50] Véase, *supra*, Capítulo 6, III. 5.

[51] *Infra*, III. 5.

cosa por culpa o dolo del deudor de la restitución. Al lado de ellos, se plantea una restitución del valor complementaria en los casos de deterioro.

3.1 Pérdida fortuita

La pérdida fortuita de la cosa plantea el escenario más difícil. Esta puede deberse a causas naturales (por ejemplo, la cosa se destruye como consecuencia de unas inundaciones) o ser imputable a un tercero distinto del deudor de la restitución (por ejemplo, la cosa se destruye por un tercero o es expropiada por la Administración). En todos los casos, la solución pasa por que el deudor de la restitución asuma el riesgo, restituyendo el valor de la cosa. Esto obliga a descartar otros sistemas restitutorios del Código *(a)*; también a desterrar el sistema de reparto de riesgos basado en impedir al deudor de la restitución el ejercicio de la acción de desvinculación *(b)*.

(a) *Caso fortuito y riesgos. Supuestos no equiparables a la restitución*

(aa) Las reglas sobre pérdida de la cosa debida. Los artículos 1182 a 1186 CC atribuyen al acreedor de entrega el riesgo de pérdida fortuita de la cosa (*caveat emptor*), salvo que *(i)* la cosa se pierda por culpa del deudor, lo que se presume *iuris tantum*, si pereció en su poder (art. 1183 CC) [52]; o *(ii)* la cosa se pierda por caso fortuito, estando el deudor en mora. Este sistema no resulta de utilidad para la restitución contractual, al reconocer la llamada «doctrina de los riesgos»; un sistema en vías de superación [53], que tiene en mente una obligación unilateral lejos de la bilateralidad de la relación obligatoria restitutoria [54]. A ello se añade que el sistema *caveat emptor* piensa en una relación obligatoria que nace por primera vez [55] y en la que los riesgos se asignan también por primera vez. No sucede así en la restitución por desvinculación contractual. Aquí, la relación restitutoria se basa en el contrato inicial, cuyas prestaciones ya han sido ejecutadas. Por eso, no se puede recurrir a este bloque normativo, adaptándolo a la restitución contractual, de tal suerte que el riesgo

[52] Sobre la contraposición entre culpa y caso fortuito, como binomio, Badosa Coll, 1987, pp. 885-890.
[53] San Miguel Pradera, 2004, pp. 97 y ss.
[54] En el mismo sentido, Soler Presas, 2018, p. 1242. También, Clemente Meoro, 1998, pp. 541-542. Este último autor se apoya en el argumento de que no existe, antes de la resolución, obligación alguna de entrega que permita aplicar la regla del artículo 1182.
[55] Bargelli, 2010, pp. 306-307.

de pérdida fortuita corresponda al acreedor de la restitución, que también es acreedor de entrega [56].

(bb) Las normas posesorias. También se debe rechazar acudir al reparto de riesgos de las reglas de liquidación del estado posesorio en caso de pérdida fortuita [57]. Estas normas exoneran al poseedor de buena fe del riesgo de pérdida o deterioro fortuito del bien que tiene que restituir, «*fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo*» (art. 457 1.ª pr. CC). La norma sitúa así el límite de la responsabilidad restitutoria del poseedor de buena fe en el dolo, es decir, en una destrucción intencional de la cosa a cargo del poseedor, el cual sabe que la tiene que devolver [58]. Fuera de este caso extremo [59], el riesgo de pérdida fortuita lo sostiene el propietario reivindicante (acreedor restitutorio). La liberación del riesgo de destrucción o deterioro fortuito al poseedor de buena fe se explica porque no es propietario [60]. Al poseedor de mala fe, el artículo 457 CC le impone el riesgo de deterioro o pérdida en todo caso, aunque no proceda con dolo en la pérdida; y va más allá, pues también le hace responder de la pérdida fortuita [61].

El resultado de las normas posesorias es incompatible con una restitución contractual neutra, no sancionadora [62], y que no distingue entre buena y mala fe [63]. Estas normas establecen un reparto de riesgos restitutorios según la buena o mala fe del poseedor, que encaja bien en la relación dueño-poseedor, pero que quiebra en la restitución contractual. No en vano, el artículo 457 CC es una «norma de responsabilidad [64]» que –de aplicarse a la restitución por desvinculación– prácticamente liberaría al deudor restitutorio de cualquier riesgo a costa del acreedor de la restitución. Dicho de otro modo, sería como traer indirectamente al Derecho

---

[56] Sin embargo, para el sistema restitutorio de la CISG, véase Montés Penadés, 1998b, pp. 673 y ss.

[57] No obstante, para la rescisión por lesión, Moreno Quesada, 1995, p. 207.

[58] Sobre las acepciones del dolo del artículo 457 1.ª CC, Carrasco Perera, *ADC*, 1988, pp. 21-22.

[59] Quizás pensado para cuando el poseedor de buena fe trata de frustrar el éxito de la reivindicatoria destruyendo la cosa. Véase Badosa Coll, 1987, p. 700.

[60] Véase, sobre la liberación del riesgo de pérdida al poseedor de buena fe, con el límite del dolo, Martín Pérez, 1995b, sec. I. 1. B.; Rodríguez Adrados, *LH-Federico de Castro*, 1976, p. 569.

[61] En este sentido, véase Miquel González, 1993b, sec. II. No obstante, otros autores consideran que la responsabilidad por caso fortuito del poseedor de mala fe solo comienza con su mora, es decir, con el retraso malicioso de la obligación de entrega, sabiendo que el propietario lo reivindica. Véase Badosa Coll, 1987, pp. 842-847; Martín Pérez, 1995b, sec. II.

[62] Rodríguez Rosado, 2013, p. 239.

[63] Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1123.

[64] Badosa Coll, 1987, p. 848. No obstante, se ha dicho que, si el poseedor incurre en este comportamiento, no podrá decirse que su posesión fuese de buena fe hasta ese momento, porque no ignoraba que poseía indebidamente. Véase, en este sentido, Miquel González, 1993b, sec. I.

español la norma alemana codificada en el § 346.3 S. 1 III BGB, con todos los problemas que ello conllevaría [65].

(cc) Las normas sobre cobro de lo indebido. Aunque se ha defendido su aplicación a la pérdida fortuita en la desvinculación contractual [66], la razón de ser de estas normas no responde al fundamento teórico de la restitución contractual: recuperar el *statu quo ante*. El sistema del cobro de lo indebido tiene en mente una atribución unilateral (con efecto transmisivo [67]), que comporta una restitución no recíproca, asimilada a la reivindicatoria [68]. Además, el régimen del cobro de lo indebido solo atribuye el riesgo de caso fortuito al *accipiens* de mala fe (art. 1896 II CC), liberando al de buena fe, que restituye en la medida del enriquecimiento (art. 1897 CC). Este dibujo es difícilmente conciliable con la neutralidad restitutoria contractual, la cual desaconseja distinguir según la buena o la mala fe de las partes extrayendo de ello consecuencias en la extensión de la restitución [69]; es más, hacerlo –distinguir entre buena y mala fe– podría derivar en un uso abusivo de este esquema por el deudor restitutorio de la cosa perdida fortuitamente [70].

---

[65] Véase, *supra*, Capítulo 3, III. 2.4.

[66] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 265. En similar sentido se ha pronunciado López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 119-123. Para esta autora la aplicación de las reglas del cobro de lo indebido deberían excluirse cuando ambos contratantes son de buena fe, recurriéndose en tal caso al artículo 1307 CC; o bien a la moderación de la restitución a favor de ambos, de conformidad con el artículo 1897 CC, para el cobro de lo indebido. El planteamiento de esta autora no termina de explicar en qué consiste la buena o la mala fe en un contexto contractual. Además, incurre en el error de recurrir a una restitución en la medida del enriquecimiento que no opera en la restitución contractual y sus alteraciones (más allá del caso de la restitución del incapaz).

[67] Sobre el efecto transmisivo del pago de lo indebido en Derecho español, Rodríguez Rosado, *ADC*, 2004, pp. 1048-1051. No obstante, este autor, después de demostrar este hecho basándose en el título putativo histórico, termina negando esa consecuencia para el Derecho actual sobre la base de que ello supondría alterar las bases ya asentadas y la seguridad del tráfico (pp. 1096 y ss.).

[68] En este sentido, Santos Briz, 1984a, sec. II. B.

[69] En este sentido, Vila Ribas, 2010, p. 1437. No en vano, para el cobro de lo indebido, la mala fe del *accipiens* consiste en conocer el carácter indebido del pago y, además, –se dice– en la consciencia de dañar el derecho de otro. De otro lado, la buena fe del *accipiens* consiste en desconocer el carácter indebido del pago que recibe; razón por la cual se limita su responsabilidad restitutoria, hasta el punto de liberarle. Así entendida, la buena y la mala fe en el cobro de lo indebido exige observar si la conducta del *accipiens* fue o no diligente, a la hora de detectar lo indebido del pago. A este respecto, véase Ballarín Hernández, 1993b, sec. II; Ballarín Hernández, 1993c, sec. I; Lacruz Berdejo, *LH-Roca Sastre*, 1975, pp. 502-503 y 509-510; Sánchez Gómez, 2009, pp. 2146 y 2148; Santos Briz, 1984b, sec. I.

Este esquema es incompatible con la recepción de una prestación en el marco de un contrato; excepción hecha del caso en que una parte «cobra de más», por ejemplo, como consecuencia de la aplicación de una cláusula predispuesta que resulta ser nula, por abusiva. De esta última cuestión me he ocupado en Ruiz Arranz, *InDret*, 2020, pp. 119-128.

[70] Advierte de ello, Bargelli, 2010, pp. 180-183, 294 y ss.

(dd) Las normas condicionales. Según el artículo 1122 CC, el riesgo de pérdida o deterioro fortuito de la cosa *estando pendiente la condición* lo soporta el acreedor de la entrega (arts. 1122 1.ª y 3.ª CC). Hay autores partidarios de completar la restitución contractual con estas normas (sobre todo, en lo que a la resolución por incumplimiento atañe) [71]. Ocurre, sin embargo, que el sistema condicional transmite el riesgo de pérdida fortuita al acreedor de la restitución, al considerarse que nunca llegó a perder la propiedad [72], liberando al deudor [73]. La distribución del riesgo que plantean las normas condicionales es sustancialmente idéntica a la de las reglas sobre la pérdida de la cosa debida (arts. 1182 y ss. CC) [74]: atribuir el riesgo de pérdida fortuita de la cosa al acreedor de la restitución. De nuevo, esta consecuencia se opone a la neutralidad restitutoria [75], pues penaliza al acreedor de la restitución [76].

(b) *El criterio de exclusión de la acción frente al de la restitución del valor*

Un criterio tradicional de reparto del riesgo restitutorio en caso de pérdida fortuita de la cosa pasaba por excluir el ejercicio de la correspondiente acción de desvinculación, si no se estaba en condiciones de restituir lo recibido [77]. Este reparto de riesgos se prevé abruptamente en el artículo 1295 I CC, cuando condiciona la rescisión a que «*el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviera obligado*», sin distinguir entre si la pérdida de la cosa a devolver obedeció o no a un caso fortuito [78].

Una distribución del riesgo similar se encuentra en el artículo 82.1 CISG. Según este precepto, el comprador pierde el derecho a declarar resuelto el contra-

---

[71] Montés Penadés, 1998a, pp. 666 y ss. Este autor realiza una formulación contradictoria en la que considera aplicable el artículo 1307 CC a la restitución pensada para la resolución, la cual entiende presidida por los artículos 1122 y 1123 CC; ello para acabar diciendo que «*la acción para reclamar una u otro* [cosa o precio] *será la de repetición de lo indebido*» (p. 669).

Abogan por ello, también, Ramos González y Alascio Carrasco, *InDret*, 2012, pp. 12-13 y 16.

[72] Alonso Pérez, 1972, pp. 327-328.

[73] Monfort Ferrero, 2000, pp. 235-236 y 239-240. También, Clemente Meoro, 1998, p. 543. No es de extrañar, pues, que incluso los autores favorables a aplicar, a la resolución, la lógica de los artículos 1122 y 1123, defiendan que no es razonable considerar extinguida la obligación de restitución en caso de pérdida fortuita, tal como ordenan las normas condicionales, y se inclinan por una restitución por equivalente; así, Quicios Molina, 2020, pp. 1734-1735.

[74] Alonso Pérez, 1972, pp. 328-330; Infante Ruiz, 2010, p. 1246; Rodríguez Rosado, 2013, p. 248.

[75] En este sentido, Soler Presas, 2018, p. 1242.

[76] *Ibid.*, p. 248.

[77] Véase, desde una perspectiva comparada de principios de s. xx, Rabel, 1964, pp. 442-444.

[78] En similar sentido, el artículo 1314 I CC, para la acción de nulidad, opta por excluir el ejercicio de la acción para el caso en que la cosa se hubiera perdido «*por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella*» (no para el supuesto de pérdida fortuita). A él, me referiré después.

to cuando «*le sea imposible restituir estas en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido*» [79]; regla a la que le siguen una serie de excepciones que permitirían ejercitar la acción [80], las cuales han sido tan criticadas como la regla general [81]. El mismo enfoque se mantiene en el Derecho inglés, a través de la idea de «*restitutio in integrum is impossible*» con la que se rechaza la *rescission*, si no se puede «contra restituir» [82].

Frente a una distribución del riesgo restitutorio basada en impedir ejercer la acción se alza la opción de obligar al deudor restitutorio a prestar el valor de la cosa. Tradicionalmente, este modelo fue rechazado, apelando a la dificultad para determinar el valor de las cosas [83]; o a la idea de que la restitución *in natura* no satisface el interés del acreedor restitutorio y, por eso, sería mejor excluir directamente la posibilidad de impugnar el contrato [84]. Sin embargo, no son convincentes.

Excluir la acción es una solución de «todo o nada» [85]. Por eso, su resultado se revelará, casi siempre, ineconómico para el deudor de la restitución que no pueda restituir en especie, pero que desea desvincularse. «Adelantar» el reparto de riesgos, condicionando la impugnación del contrato a que se pueda restituir en especie, contradice el objetivo retroactivo de la restitución contractual: recuperar, en la medida de lo posible, el *statu quo ante*. En efecto, solventar la pérdida de la cosa mediante la exclusión de la acción de desvinculación de que se trate perpetuaría un estado de cosas –el provocado por el contrato que fracasa– que precisamente es el que no se desea mantener. Este hecho es evidente en los

---

[79] La regla se desprende del antiguo § 351 BGB y estaba pensada para penalizar al comprador Tallon, 1987b, p. 608).

[80] La más importante es la del artículo 82.1 a) CISG, que permite ejercitar la acción cuando la imposibilidad de restituir las mercancías no se debe a un acto u omisión del comprador. En ese caso, se considera justificado colocar el riesgo en el vendedor, bajo la forma de permitir al comprador ejercitar la acción. Al respecto, véase Honnold y Flechtner, 2009, pp. 663-664.

[81] Zimmermann, *FS-Ernst A., Kramer*, 2004, pp. 748-749.

[82] Entonces la imposibilidad de reciprocidad restitutoria actúa como una excepción. El problema de este enfoque es que los tribunales ingleses parecen haberlo excepcionado cuando no se quiere desproteger al demandante, al tiempo que aplican la excepción como mecanismo de mitigación de las consecuencias restitutorias, cuando desean proteger al demandante. No es de extrañar que los autores que se han ocupado de la cuestión defiendan la sustitución de este principio por un «*monetary remedy*», es decir, una especie de restitución del valor; véase, en este sentido, Mitchell, Mitchell y Watterson, 2011, párr. 31-5. También, Burrows, 2011, pp. 249-252, 261-262, 287-289 y 569-572. Este autor (p. 250) describe como «*a nonsense to talk of restitution being impossible given that, assuming solvency, it is always possible for the claimant top pay the defendant a sum of money for the value of the benefit received*». En este sentido, utilizar la imposibilidad de restituir integralmente para neutralizar el ejercicio de la acción termina convertido en una especie de expediente con el que los jueces pueden aplicar justicia material al caso concreto y resolver en equidad. No parece que esta sea la mejor solución.

[83] Véase Hellwege, 2004, p. 565; Krebs, 2000, pp. 91-92.

[84] Así, defendiendo la exclusión de la acción frente a la restitución del valor en el marco del artículo 82.1 CISG, *ibid.*, pp. 92-94.

[85] Berg, 2002, p. 147; Hornung, 1998, p. 155; Zimmermann, 2006, p. 331.

casos de nulidad [86], pero lo mismo vale para la resolución, donde se cercenaría la posibilidad de resolver del no incumplidor y se mantendría el contrato resuelto [87]. Por eso, lo procedente es aproximar el *statu quo ante* –que como ya sabemos, no se puede recuperar físicamente en ningún caso–, conformándonos con la restitución del valor de la cosa perdida por un caso fortuito [88].

A favor de repartir el riesgo restitutorio impidiendo el ejercicio de la acción de desvinculación se podría aducir que restituir el valor permitiría al adquirente escapar de un mal trato. Sin embargo, no hay que perder de vista que, desde el momento en que el ordenamiento prevé una desvinculación, asume idealmente una restitución *in natura* de las prestaciones la cual también puede terminar corrigiendo un mal negocio [89]. Si esto no plantea mayor problema en el plano de la restitución *in natura*, tampoco debería hacerlo si esta es imposible [90]. A ello se añade que restituir el valor permite dar mejor cumplimiento a la tutela judicial efectiva, cuando no es posible una condena a restituir en especie [91].

Así las cosas, conviene rechazar la exclusión de la acción como forma de repartir el riesgo de pérdida fortuita de la cosa [92] y centrarse en explicar la restitución del valor.

(c) *La restitución del valor como manera de distribuir el riesgo restitutorio*

Para el saneamiento, la guía del artículo 1488 CC impone al comprador una restitución del valor de la cosa [93], cuando esta se pierde por un *caso fortui-*

---

[86] Berg, 2002, p. 147; Vila Ribas, 2010, p. 1438.

[87] En materia de resolución, puede considerarse mayoritaria la opinión en España que rechaza cualquier reparto del riesgo que pase por excluir la acción resolutoria. Antes bien, los autores se decantan por la restitución del valor. En este sentido, véase Clemente Meoro, 1998, p. 536; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1735, n. 54; Rodríguez Rosado, 2013, pp. 239 y 249; Soler Presas, 2018, p. 1241. En contra, al interpretar el artículo 1488 CC en relación con el 1295 CC, Morales Moreno, 1993c, sec. III.

Desde el Derecho italiano, Bargelli, 2010, pp. 386-388. Esta autora estima que la restitución del valor es la opción más coherente con la *restitutio in integrum*.

[88] En este sentido, Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, p. 574.

[89] Y ello no es argumento para rechazar la restitución *in natura*, como regla general: *supra*, II.

[90] En este sentido, Zimmermann, 2006, p. 330; Bargelli, 2010, pp. 381-385.

[91] Así puede extraerse de la STS, 1.ª, 7 de junio de 2005, FD 5.º (MP: Ruiz de la Cuesta Cascajares; RJ 2005/4422). Se trataba de un caso de venta de un bien por parte de un representante con posterioridad a la muerte del representado. Al haber pasado a terceros adquirentes la única restitución posible era la del valor.

[92] Esto se corresponde con los más recientes desarrollos legislativos. Así, para el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor, el artículo 75.1 TRLGDCU –que participa de la misma lógica restitutoria de los artículos 1303 y 1308 CC (art. 74.1 TRLGDCU)– establece claramente que «*la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a este de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento*».

[93] Que se deduce del precio pagado: Fenoy Picón, 2010b, p. 1624.

to, a pesar de haber sido vendida con vicios. ¿Se puede extender esta regla al resto de expedientes? Creo que sí.

(aa) En sede de *nulidad*, el artículo 1307 CC impone al «*obligado por la declaración de nulidad*» restituir «*el valor que tenía la cosa, cuando se perdió*». Si bien no especifica ante qué casos tiene lugar esa consecuencia, es razonable pensar que el deudor prestará el valor si pierde fortuitamente la cosa. De los antecedentes del artículo 1307 CC se infiere que piensa en la imposibilidad de restituir *in natura*, por caso fortuito [94]; y así lo entiende ampliamente la doctrina [95]. El artículo 1307 CC [96], lejos de constituir una anomalía, supuso un gran avance [97], como atribución de riesgos restitutorios [98].

(bb) La misma lógica de restitución del valor debe entenderse aplicable a la resolución por incumplimiento, aunque el Código guarde silencio sobre las normas restitutorias que le son aplicables [99]. No en vano, el supuesto más cercano a la resolución que el Código sí regula, el artículo 1488 CC, reconoce esa misma regla.

(cc) Por lo que respecta a la rescisión, se ha considerado que el riesgo de caso fortuito se atribuye al comprador, imposibilitándose el ejercicio de la acción (art. 1295 I CC) [100]. Sin embargo, no parece conveniente refugiarse en la literalidad del artículo 1295 I CC, y ya la doctrina ha mostrado cierta disconfor-

---

[94] Véase, sobre el artículo 1194 P. 1851, lo expuesto *supra*, Capítulo 1, V. 3.1 (b). En el mismo sentido, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 264.

[95] Véase, con diferente alcance valorativo en cuanto a la autosuficiencia del artículo 1307 CC, Carrasco Perera, 2017, cap. 14/60; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 263-264; López Beltrán de Heredia, 2009, p. 119; Montés Penadés,1998a, p. 668; Quicios Molina, 2020, pp. 1619-1620; Rodríguez-Rosado, 2006, sec. IV; Vila Ribas, 2010, p. 1437. Parece apuntar hacia lo mismo, sin pronunciarse sobre el supuesto del artículo 1307 CC, Jerez Delgado, 2011, pp. 279-281.

[96] Inexistente en Europa al momento de promulgarse el Código civil; lo que destacan Berg, 2002, p. 105; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 262.

[97] Y así se destaca por quienes han tratado el problema de la pérdida de la cosa en España desde una perspectiva comparada: Rodríguez-Rosado, 2006, sec. IV. Ténganse en cuenta los problemas –y ríos de tinta– que ha suscitado el mismo supuesto en el ordenamiento alemán (Capítulo 3, II. 4 y 5), así como en el francés, bien que en menor medida (Capítulo 4, II. 2.1 y III. 3.1).

[98] Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1735; Soler Presas, 2018, p. 1241; Vila Ribas, 2010, p. 1438.

[99] Es una opinión pacífica: Clemente Meoro, 1998, p. 544; Monfort Ferrero, 2000, p. 254; Montés Penadés, 1989b, n. 69; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1735, n. 54; Rodríguez-Rosado, 2013, p. 249; Soler Presas, 2018, pp. 1235-1237 y 1241. Recientemente, Basozabal Arrue, 2022, p. 71.

En contra, considerando que en caso de resolución del contrato por incumplimiento la obligación de restitución del equivalente queda extinguida si la cosa se perdió sin culpa del deudor, Ramos González y Alascio Carrasco, *InDret*, 2012, p. 13.

[100] Morales Moreno, 1993c, sec. III. Recientemente, en el mismo sentido, Ramos González y Alascio Carrasco, *InDret*, 2012, p. 13.

midad con este resultado [101]. En esta línea, no es difícil defender un reparto de riesgos en la rescisión por lesión a partir de la restitución del valor. El punto de partida es la indemnización que se prevé cuando las cosas, objeto del contrato, se hallen legalmente en poder de terceros de buena fe (arts. 1295 II y III CC) [102]. En ese caso, normalmente se considera que el artículo 1295 III CC solo contiene una indemnización de daños [103], por la diferencia entre el valor de la prestación que se realizó y el que se debió recibir [104]. Esta indemnización se ha vinculado, a su vez, a la adaptación del contrato [105], ya que permite al beneficiado por la lesión neutralizar la restitución de la cosa, completando *lo que vale* [106].

Con estos mimbres, no veo mayor problema en identificar la indemnización rescisoria con el *valor total de la cosa* entregada por la víctima de la lesión [107]. Repárese que, en un contexto de rescisión por lesión, el mantenimiento del contrato puede no ser una consecuencia deseable; ni siquiera, aunque sea imposible restituir la cosa entregada, como consecuencia de un caso fortuito. Por eso, tiene sentido interpretar el artículo 1295 II y III CC (también) en clave de restitución del valor. De este modo, si la víctima de la lesión es el vendedor, y esta está dispuesta a restituir el precio (lesivo) recibido, al final se compensarían precio y valor, percibiendo el vendedor lesionado la diferencia. Así se protege también a la víctima. Al revés, si la víctima de la lesión es el comprador, tampoco habría mayor inconveniente en que el comprador restituya el valor de la cosa adquirida a cambio de devolver el precio lesivo pagado [108]. Siempre podría decirse, bien es verdad, que el artículo 1295 III CC no tiene en mente una pérdida fortuita de la cosa, sino una pérdida culpable

---

[101] Moreno Quesada, 1995, pp. 197-198; Zurilla Cariñana, 2013, sec. 1. En distinto sentido, considerando que la restitución es una consecuencia secundaria de la rescisión por lesión frente a la indemnización del daño, D'Ors Pérez-Peix, 2002a, p. 50.

[102] Martín Pérez, 2010b, p. 1425.

[103] Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 200-201; Moreno Quesada, 1993, sec. V.3.

[104] De Castro y Bravo, 1967, párr. 214; D'Ors Pérez-Peix, 2002a, p. 50; Moreno Quesada, 1995, p. 214. No obstante, Martín Pérez, 2010b, p. 1425 considera que la indemnización se corresponde con el interés positivo, es decir, todo aquello a que se tendría derecho si el contrato hubiese sido eficaz. Pero es una visión desafortunada, pues contradice la propia lógica de la rescisión por lesión, que es corregir el daño que el contrato irroga, bien mediante la restitución (lo que el autor expresamente reconoce; p. 1424), bien mediante la indemnización; pero no ir más allá.

[105] Como hacen, aunque sin citar el artículo 1295, Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, pp. 113-114, 161-162 y 143-144. Estos autores, que abordan el Derecho del Código civil en materia de rescisión por lesión, así como las compilaciones catalana y navarra; y califican la opción del deudor entre restituir o abonar la suma en que se cifre la diferencia de valor entre la prestación dada y la recibida como una «obligación facultativa». En el mismo sentido, D'Ors Pérez-Peix, 2002a, p. 50.

[106] En este sentido, con cita del P. 1851, De Castro y Bravo, 1967, párr. 598. Le sigue, Quicios Molina, 2020, p. 1629.

[107] En este sentido, con acierto, Juárez Torrejón, *ADC*, 2018, pp. 1308-1309 y 1327.

[108] En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, cap. 19/42. También, refiriéndose a la obligación de restitución del precio obtenido por el comprador que vendió parte de las parcelas que

(cfr. art. 1295 II CC); pero rechazada la exclusión de la acción como forma de reparto del riesgo (art. 1295 I CC) no encuentro razón para no aplicar la misma lógica restitutoria para el valor a este supuesto.

(d) *Las razones para la restitución del valor*

Existen, al menos, cuatro buenas razones en favor de una distribución del riesgo de caso fortuito en forma de restitución del valor (arts. 1307, 1488, 1295 III).

(aa) La primera está ligada a una idea de *propiedad*. El negocio celebrado, que después se impugna, ha atribuido la propiedad al contratante en cuyo poder pereció la cosa. En Derecho español, el *res perit domino* no es un problema para la restitución ni necesita ser excepcionado [109], a diferencia de lo que ocurre en sistemas de transmisión consensual de la propiedad [110]. Antes bien, la solución de restitución del Derecho español de restitución del valor es consecuente con que la desvinculación contractual no produce unos efectos reales directos, sino que es *obligacional* [111].

(bb) En línea con lo anterior, el deudor de la restitución, que tiene la cosa en su poder, estará, por hipótesis, en mejores condiciones económicas de asegurarse frente al riesgo de pérdida o deterioro –de cubrirse– que el que acreedor de la restitución, que la entregó [112]. Por eso, tiene sentido que el ordenamiento atribuya al deudor de la restitución el riesgo general de pérdida o deterioro fortuitos, mediante la restitución del valor, según lo que se desprende de los artículos 1307, 1488 y 1295 III CC [113].

---

integraban la finca comprada antes de la resolución del contrato (STS, 1.ª, 17 de junio de 1986, MP: Pérez Gimeno; RJ 1986/3554), Delgado Echeverría, *CCJC*, 1985, p. 3785.

[109] Refiriéndose al artículo 1488 CC, Badosa Coll (1987, p. 899) considera que la restitución del valor de la cosa al tiempo de perderse a cambio del precio supone la aplicación del principio *res perit domino* en combinación con que la causa onerosa de la compraventa requiere la subsistencia de la acción redhibitoria y no su extinción.

[110] Lo hemos visto en el *Derecho francés*, Capítulo 4, II. 2.1 y 3; III. 3.1. Y lo mismo ocurre en el Derecho italiano: Bargelli, 2010, pp. 374-376.

[111] Véase, *supra*, Capítulo 6, III. 3.3 y 3.5. Sobre la eficacia real de la restitución por desvinculación me ocupo ampliamente en el Capítulo 8.

[112] Berg, 2002, p. 145; Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 465; Hellwege, 2004, pp. 392, 538, 548 y ss.; Hornung, 1998, pp. 158-159; Huber, 2015, pp. 962-963; Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, p. 23; Wendehorst, *European Parliament*, 2012, pp. 18-19; Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, p. 573. También puede verse el comentario oficial a los artículos 3 de febrero de 15 y 7 de marzo de 6 PICC (ilustración 3).

Y, desde el Derecho chileno, Momberg Uribe y Pizarro Wilson, *Ius et Praxis*, 2018, p. 354.

[113] Se reproduce, con ello, el criterio general de distribución del riesgo restitutorio en Derecho privado español, que también se advierte en el artículo 645 III CC para el caso de que los bienes donados no

(cc) La restitución del valor es coherente con la noción de *restitutio in integrum* recíproca y el objetivo de recuperación, en la medida de lo posible, del *statu quo ante*. De ese modo, se cierra la puerta a criterios indemnizatorios o punitivos en esta clase de restitución [114]. Solo en ordenamientos que no distinguen bien la restitución de la indemnización, puede llegarse al resultado opuesto: no obligar al deudor de la restitución a restituir el valor, sino trasladar el riesgo de pérdida fortuita de la cosa al acreedor de la restitución [115].

(dd) Los casos de permuta constituyen una buena piedra de toque para explicar la lógica de atribuir al deudor restitutorio el riesgo de caso fortuito. En la restitución derivada de la desvinculación de una permuta, ambas partes son deudoras de la restitución de una cosa. Pues bien, resultaría aberrante e ineconómico sostener que las partes no soportan el riesgo de pérdida fortuita de la cosa que deben restituir. Por ejemplo, si se destruyese fortuitamente una de las dos cosas debidas en la restitución, el contratante en cuyo poder tuvo lugar el hecho podría recuperar sin restituir nada a cambio la cosa que dio y que, por hipótesis, tiene el mismo valor que la cosa que recibió y que perdió.

3.2 Pérdida culpable o dolosa I (resolución, rescisión y desistimiento)

¿Tiene lugar la misma restitución del valor, cuando la pérdida del bien no se produce por caso fortuito, sino por culpa o dolo del deudor restitutorio? De nuevo, el artículo 1488 I CC, tomado como referencia, acude en auxilio. De acuerdo con esta regla, el obligado a restituir también presta el valor de la cosa, cuando esta se pierde después, por culpa suya. Parece una solución lógica, que parte de la separación axial entre la causa de la desvinculación y la causa de la pérdida, ya explicada [116].

---

pudieren ser restituidos, rescindida la donación. Véase, sobre la restitución del valor en la donación: Carrasco Perera, *ADC*, 1988, pp. 20, 97, 103 y 110.

[114] Rodríguez Rosado, 2013, p. 249. Véase, también, Soler Presas, 2018, p. 1237.

[115] Es el caso del artículo 82.2 a) CISG que traslada al vendedor el riesgo de pérdida de las mercaderías a restituir cuando la pérdida no fuere imputable a un acto u omisión del comprador. Esta posición ha sido defendida por autores como Krebs, 2000, pp. 105-107. A su juicio, al comprador no le es exigible soportar el riesgo de caso fortuito, cuando las mercaderías que recibió constituían un incumplimiento de contrato. Pero semejante aproximación es desafortunada, porque para justificar esta decisión de la Convención incurre en el error de penalizar, a través de la restitución de prestaciones, al contratante incumplidor. Con ello, se soslaya el principio de neutralidad que inspira a la restitución y que el propio autor destaca en otro punto de su monografía (pp. 47-50).

[116] *Supra*, III. 2.

(a) Para la resolución, la restitución del valor se puede aplicar sin fisuras cuando la pérdida de la cosa obedece a culpa del deudor restitutorio. Es verdad que, a nivel comparado, el enfoque tradicional ha consistido en impedir el ejercicio de la acción resolutoria, si el comprador no podía restituir la cosa comprada, pues en ese caso no podría cumplir con su obligación en la relación obligatoria restitutoria [117]. No obstante, *(i)* no es este el sentido de un precepto como el artículo 1488 CC, que regula la distribución de riesgos en un caso de incumplimiento; y, sobre todo, *(ii)* la restitución del valor permite satisfacer igualmente al acreedor de la restitución en la resolución. Por ello, se debe criticar algún fallo del TS en sentido contrario [118].

(b) Podemos preguntarnos si lo mismo sucede en otros casos de desvinculación. En el desistimiento, el artículo 75.1 II TRLGDCU nos da la respuesta, al establecer que, si la imposibilidad de devolución es imputable al consumidor (deudor de la restitución), este restituye el «*valor de mercado*». Para la rescisión por lesión, todo apunta hacia el mismo resultado, debido a la lógica rescisoria del saneamiento, así como a que el artículo 1295 II y III CC impone una indemnización reconducible a la restitución del valor, cuando las cosas se hubieran traspasado a un tercero de buena fe; y este supuesto atiende claramente a una pérdida culpable.

3.3 Pérdida culpable o dolosa II (nulidad)

Menos evidente es la respuesta para los casos de nulidad. El artículo 1307 CC no dice nada a ese respecto. Al vincular tradicionalmente esta norma al caso fortuito, hay quienes consideran que, si la cosa se perdió por culpa o dolo del obligado a restituir, simplemente se deben daños y perjuicios [119]. Pero no parece una solución satisfactoria ni concluyente, pues introdu-

---

[117] Rabel, 1958, pp. 249-251; del mismo autor, 1964, pp. 444-446.

[118] STS, 1.ª, 21 de septiembre de 2001 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2001/7485). Se habían vendido unas piezas inhábiles que el comprador había incorporado a vehículos que, a su vez, había enajenado a terceros. Las piezas vendidas, genéricas, eran irrecuperables. El comprador reclamó la resolución, pero el TS la rechazó, con el argumento (FD 2.º) de que no se podía restituir: «[…] *lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1124 en su remisión al 1295 del Código Civil en el sentido de que no puede llevarse a efecto la resolución si el que la pretende no puede devolver aquello que por su parte está obligado*». Como se ve, el motivo de la imposibilidad de la restitución en especie era imputable al comprador, que había transformado las piezas. Pero excluir de ese modo la resolución, en detrimento de la restitución del valor, es desacertado, como a continuación se verá.

[119] Para la resolución, Montés Penadés, 1998a, p. 668. Este autor considera que, en ese caso, la restitución «*se refundirá en la indemnización*».

ce un criterio resarcitorio en la restitución de prestaciones. La respuesta se halla en la «enigmática [120]» regla del artículo 1314 I CC.

(a) *El artículo 1314 I CC como norma restitutoria*

Dice el artículo 1314 I CC que «*también se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa objeto de estos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella*». Tanto su ubicación como su dicción literal parecen querer equiparar la confirmación, como causa de extinción de la acción de anulación, a la pérdida dolosa o negligente de las cosas objeto del contrato [121]. Esta aproximación genera una dificultad de comprensión del precepto y de la razón de la exclusión de la acción de anulación [122]. Si se recuerda, la asociación de la norma con la confirmación es achacable al Anteproyecto 1882-1888 que, al colocar en medio las normas sobre confirmación, situó esa «*exclusión de la acción de nulidad*» del artículo 1188 2.º P. 1851 al final del capítulo, en «tierra de nadie», como supuesto *adicional* de exclusión de la acción de nulidad, tras la confirmación [123]. Esto explica el curioso comienzo del artículo 1314 I, mediante el adverbio «también»; y hace inanes todos los intentos de buscarle algún sentido como supuesto de confirmación (tácita) [124].

Si bien la mayoría de los autores que han abordado esta norma con posterioridad se separan de los contornos de la confirmación, sus aproximaciones siguen cercanas a la idea de que el artículo propugna una «exclusión de la acción de anulabilidad [125]; una excepción a la regla de la reciprocidad

---

[120] Así la define, Clavería Gosálbez, 1977, p. 236.

[121] Y así ha sido interpretado habitualmente el artículo 1314 I CC. Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 608; Clavería Gosálbez, 1977, pp. 235-236.

[122] Así, de nuevo, Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 609. Este autor estima que «*no es fácil encontrar deberes de diligencia, ni ver en la negligencia un comportamiento contradictorio*», ya que «*un canon de diligencia solo parece exigible en la medida en que la conciencia de que existe y puede ser ejercida la acción de anulación, imponga un especial deber de conservación de las cosas que en tal evento deben ser restituidas*».

[123] *Supra*, Capítulo 1, V. 4.2.

[124] Así, más recientemente, López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 129-132. Esta autora considera plausible –aunque no es su tesis principal– que la pérdida dolosa o culposa de la cosa a restituir pueda ser una confirmación tácita si se dan los requisitos para ello, a saber, el conocimiento de la causa de nulidad en el momento de la pérdida; lo que reconoce que el precepto no exige.

[125] Así la ha entendido, apoyándose en el artículo 1188 P. 1851, Delgado Echeverría, 1995c, sec. III y IV. También, Puig Brutau, 1988, p. 302. El problema de la aproximación de este autor es que lee el artículo literalmente, como una exclusión de la acción de nulidad. En similar sentido, López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 129 y 132. A juicio de esta autora, la explicación del artículo 1314 CC consistiría en un control del ejercicio de la acción de anulación en aplicación de la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe. Desde aquí, estima que no puede impugnar el contrato quien, aun estando legitimado, ha impedido con su conducta dolosa o culposa devolver la misma cosa que recibió. Se aprecia esta tendencia, también, en Carras-

del artículo 1308 CC [126]; o una excepción pequeña al artículo 1307 CC [127]. Tampoco han faltado construcciones que explican la contradicción entre esta norma y la restitución del valor (art. 1307 CC) bajo el prisma de que el segundo se refiere a contratos ya declarados nulos, mientras que el 1314 lo haría a los aún no anulados judicialmente [128]. Ninguna de esas explicaciones es convincente.

(aa) Las aproximaciones que estudian el artículo 1314 I CC desde la lógica de la exclusión de la acción de nulidad mezclan inadecuadamente la nulidad con la *restitución*. Esa mezcla se desprende, ciertamente, del artículo 1314 I CC que, literalmente, condiciona el ejercicio de la acción de nulidad a si el que la ejerce está en condiciones o no de restituir la cosa. La literalidad de la norma es una muestra de la equiparación histórica entre la nulidad, como acción, y la restitución, como efecto [129]. Solo así se entiende una distribución del riesgo de restitución por la vía de excluir la acción de nulidad, como hace el artículo 1314 I CC. Pero tan pronto como se separa con nitidez la nulidad de la restitución se advierte del verdadero sentido de la norma, que solo puede ser restitutorio. En un sistema de restitución por nulidad que cuenta con una norma de restitución del valor en caso de pérdida fortuita (art. 1307 CC), una regla como la del artículo 1314 I CC se debe abordar desde esa misma perspectiva.

(bb) Dan un paso adicional aquellas visiones que hacen por distinguir entre contratos nulos y anulables, para explicar la supuesta contradicción entre el artículo 1307 y el 1314 I CC. Sin embargo, creo que nada en el Código autoriza para hacer depender el ejercicio de la acción de nulidad de un momento tan azaroso como aquel en que se produzca la pérdida de la cosa a restituir.

---

co Perera, 2017, p. 714; Soler Presas, 2018, p. 1241. Esta autora se refiere al artículo 1314 CC también desde el prisma de la exclusión de la acción de nulidad, cuando la cosa se pierde por culpa o dolo del deudor restitutorio. Recientemente, en ese mismo sentido, Quicios Molina, 2020, p. 1619.

[126] Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, pp. 563-564.

[127] Basozabal Arrue, 1998, p. 216; Rodríguez Rosado, 2006, sec. IV.

[128] Vila Ribas, 2010, pp. 1444-1445.

[129] Es decir, refleja el error arrastrado históricamente desde el Derecho francés bajo el dogma de que «lo nulo no produce efectos», que ha impedido entender la restitución como la herramienta principal de la retroactividad con la que se recupera, en la medida de lo posible el *statu quo ante*; lo que se ha explicado ampliamente, *supra*, Capítulo 6, III. 1.

(b) *La reducción del artículo 1314 I CC: la restitución del valor*

Creo posible ofrecer un enfoque distinto al artículo 1314 I CC, que reconozca que no es la acción de nulidad lo que realmente se extingue [130], sino que la regla realmente se refiere a la restitución y complementa el artículo 1307 CC, cuando la pérdida de la cosa no es fortuita [131]. La norma simplemente confirma que el riesgo de pérdida lo soporta el deudor de la restitución. Por eso, se puede entender que el precepto redirige al artículo 1307 CC, cuando el bien a restituir no puede devolverse por ser la pérdida imputable al deudor de la restitución [132]. Descartada la vinculación entre nulidad y restitución, la sentencia «*se extinguirá la acción de nulidad*» (art. 1314 I CC) equivaldría a decir que el riesgo permanece en el deudor de la restitución que debe restituir igualmente el valor [133]. Así, el artículo 1314 I CC concretaría, en sede de nulidad, el mismo principio de la acción redhibitoria (art. 1488 CC): si la pérdida de la cosa se produjo por culpa o dolo del deudor de la restitución, el riesgo se deposita en este mismo sujeto, que tiene que restituir el valor del bien [134], a cambio de recuperar el precio.

A la concepción propuesta podría oponérsele que el precepto claramente quiere excluir la acción de nulidad, para evitar que el contratante que ha destruido previa y dolosamente (o con culpa grave) la cosa se beneficie de su acción en la restitución. Frente a esta objeción actúa, primero, la idea, ya mencionada, de la autonomía de la restitución respecto de la nulidad: en un sistema

---

[130] Véase Orozco Muñoz, 2015, p. 289.

[131] En este último sentido, Jerez Delgado, 2011, pp. 185, 190 y 282-283.

[132] En sentido similar, Badosa Coll (1987 p. 905) considera que, cuando la acción de nulidad sea posible, en el caso del artículo 1314 I, habrá que acudir a la aplicación analógica del artículo 1185 CC y a una estimación en dinero que sustituye a la cosa perdida, siempre que la pérdida se haya producido antes del ejercicio de la acción de nulidad. Esta aproximación no me parece compartible, pues busca en un sistema extraño al de la restitución contractual una regla válida para la restitución del valor en esos casos que ya se encuentra mejor formulada y con mayor equilibrio en el artículo 1307 CC. Por eso, la analogía me parece innecesaria; además es forzada pues el artículo 1185 CC se refiere a que la deuda proceda de delito o falta y no impone propiamente una restitución del valor, sino del precio.

[133] No es doctrinalmente pacífico que la regla de restitución del valor del artículo 1307 CC se aplique tanto a los supuestos de pérdida fortuita, como a los de pérdida culpable. Plantea sus dudas, aunque parece inclinarse por una solución afirmativa, López Beltrán de Heredia, 2009, p. 104. Abiertamente a favor, Monfort Ferrero, 2000, pp. 253 y 255-256.

[134] A pesar de entender el artículo 1314 I CC como una exclusión de la acción de nulidad, López Beltrán de Heredia (2009, p. 134) admitió que, de permitirse ejercitar la acción, el deudor de la restitución y culpable de la pérdida tendría que devolver, por lo menos, el valor. La autora advierte, sin embargo, que esta «suposición» puede ser inexacta, porque en su concepción la aplicación del artículo 1307 CC conduciría a preguntarse por la buena o la mala fe del deudor de la restitución. Que la autora admita, por un lado, la posibilidad de recurrir al artículo 1307 CC, pero se vea obligada a rechazarlo, no es sino una manifestación más de lo inadecuado que supone mezclar las normas restitutorias contractuales con valoraciones propias del cobro de lo indebido [*supra* III. 3.1. (a)].

moderno y acabado de restitución contractual, esta aparece separada de la causa de desvinculación; la restitución debe operar en especie o por el valor, si no puede tener lugar *in natura*. Claro que este argumento –a mi juicio, esencial– no soluciona el problema de la literalidad del precepto. Por eso, la principal razón para interpretar el artículo 1314 I CC de la manera en que propongo es de índole práctico. La crítica presentada parte –nótese– de la necesidad *(i)* de reducir la norma a casos muy groseros de dolo o culpa del deudor de la restitución en la destrucción de la cosa, así como *(ii)* de sancionar indirectamente al deudor restitutorio por ello. Ahora bien, fuera del plano teórico, parece difícil imaginar un supuesto de hecho que encaje perfectamente en este escenario. Como veremos en este apartado [135], la realidad es mucho más compleja y, desde luego, casi siempre alejada de un deudor restitutorio que destruye la cosa con dolo cualificado o culpa grave. Por eso, reducir interpretativamente la norma a casos de dolo o culpa cualificados, para así dejar viva la literalidad del artículo 1314 I CC, dejaría huérfanos el resto de los supuestos –mayoritarios, por hipótesis– en los que la cosa debida en la restitución contractual por nulidad *no se pierde por caso fortuito*; es decir, aquellos en los que la cosa se pierde interviniendo algún género de culpa (no grave) del deudor restitutorio. Ante ellos, la pregunta que surge es: ¿realmente queremos aplicar la exclusión de la acción? ¿Merece el deudor de la restitución en estos casos un tratamiento distinto al del deudor restitutorio del artículo 1488 CC? Creo evidente que la respuesta a ambos interrogantes es rotundamente negativa; y que el deudor debe restituir aquí también el valor.

De hecho, la exclusión de la acción como medio de distribución de riesgos restitutorios no se aplicaba, en el Derecho común, a todos los casos de pérdida culpable de la cosa, sino a solo aquellos en los que el deudor de la restitución obtenía un beneficio gracias a la pérdida (por ejemplo, porque vendió la cosa) [136]. No obstante, admitida la posibilidad de que el deudor restitutorio preste, en estos casos también, el valor de la cosa –que además se mide de

[135] *Infra*, III. 3.3 (e).

[136] Véase Pothier, 1772a, párr. 222. Para el caso de los vicios ocultos, el autor solo consideraba adecuado rechazar la redhibitoria del comprador, cuando este hubiese revendido la cosa adquirida o se hubiese servido de ella de tal forma que hubiese obtenido un beneficio; y, como consecuencia de ello, no pudiese restituirla *in natura*. En tal supuesto, entendía que el comprador se beneficiaba del intercambio, «*de la misma forma que hubiera hecho si ella* [la cosa] *no hubiera presentado vicio alguno*». Rechazar la acción cuando el deudor de la restitución ha obtenido algo gracias a la cosa que no puede restituir por su culpa tiene sentido, si se piensa que la restitución contractual está hermanada con la indemnización de daños. En este trabajo ya se he advertido la necesidad de separarlas (Capítulo 6, III, 5).

manera objetiva y no por referencia al enriquecimiento, como veremos [137]–, desaconseja mantener la exclusión de la acción así reducida.

En tanto no se derogue, la única reducción del artículo 1314 I CC coherente con un sistema acabado de restitución contractual pasa por entender que la frase «*se extinguirá la acción de nulidad*» reconduce a la restitución del valor (art. 1307 CC), como mejor forma de distribuir el riesgo de pérdida de la cosa en una restitución contractual que persigue recuperar el *statu quo ante* en la medida de lo posible. Lo demás contraría la reciprocidad restitutoria [138]. A esta reducción siempre podría oponérsele que, si el deudor restitutorio no puede devolver la cosa *in natura* ni cumplir con su deber de restitución, el acreedor de la restitución quedaría insatisfecho [139]. Sin embargo, como se ha apuntado, una vez constatada la imposibilidad de canalizar en especie la restitución, la recuperación del *statu quo ante* (y la satisfacción restitutoria del interés del acreedor) cristaliza en darle el valor de la cosa irrestituible *in natura*.

(c) *La culpa o el dolo del deudor de la restitución*

Entender el artículo 1314 I CC de la manera propuesta evita, por un lado, tener que reducir la norma, elevando el estándar de la culpa o el dolo que allí se exige, como se acaba de explicar. Por el otro, permite separar la culpa o el dolo de la propia causa de nulidad: culpa o dolo no aluden al conocimiento de la nulidad del contrato por el deudor restitutorio [140], sino que hacen referencia a que la pérdida de la cosa le sea imputable [141].

Como se ha indicado, la destrucción voluntaria de la cosa no plantea excesivos problemas a la hora de considerar que la pérdida es imputable al deudor restitutorio; tampoco su venta a un tercero, que la adquiera de manera irreivindicable. Mayores dificultades afloran en relación con la culpa, si la cosa se perdió mientras el deudor restitutorio hacía *uso* de ella (por ejemplo, si el vehículo se perdió, por una conducción negligente del deudor restitutorio antes de la desvinculación). ¿A partir de qué nivel se puede considerar que se está

---

[137] *Infra*, V. 1.

[138] Se ha considerado que el artículo 1314 I representa una excepción al artículo 1308 CC: Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 254; Montés Penadés, 1998a, p. 670.

[139] Véase Rabel, 1958, pp. 249-251 El Mismo, 1964, pp. 444-446.

[140] Así, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 571. En el mismo sentido, Colás Escandón (2013b, p. 1792) estima que el dolo o culpa del artículo 1314 I CC se refiere al conocimiento de la nulidad del contrato por el contratante contra el que se ejercita la acción.

[141] Badosa Coll, 1987, pp. 898 y 913; López Beltrán de Heredia, 2009, p. 133; Vila Ribas, 2010, p. 1445.

ante un «mal uso» que convierte la pérdida en imputable? El contrato y las normas de policía nos dan la respuesta. El obligado a restituir puede servirse de la cosa –para eso la adquirió– de acuerdo con el fin consignado expresa o implícitamente en el contrato [142]; con ese uso, puede (y debe) contar el acreedor restitutorio. Todo lo que se corresponda con ese uso impide atribuir la pérdida al deudor restitutorio [143]. Además, el uso de la cosa debe realizarse de acuerdo con las normas de policía que regulan una determinada actividad (por ejemplo, las normas de tráfico).

Con todo, la imputabilidad de la pérdida de la cosa al deudor restitutorio no tiene excesiva relevancia para la restitución. Aunque la actuación del deudor restitutorio para con la cosa no alcance a ser considerada culpable, se aplica la regla general vista para el caso fortuito (restitución del valor; art. 1307 CC), de tal suerte que aquel sigue corriendo con el riesgo. Fuera del plano restitutorio, la culpa o el dolo del deudor sí serán relevantes para la indemnización por incumplimiento que, en su caso, puede acompañar a la restitución contractual, como se verá [144].

(d) *La aplicación práctica del artículo 1314 I CC*

El artículo 1314 I CC es una norma escasa o nulamente aplicada [145]. Su papel testimonial en la práctica responde, a mi juicio, a los defectos de comprensión arriba indicados, y a su no reducción en la manera propuesta. En este sentido, existen suficientes pronunciamientos del TS donde la norma, aplicada en los términos expuestos, habría permitido explicar con mejor fundamento dogmático el sentido de los fallos. Veámoslo.

(aa) Pérdida física

La STS, 1.ª, 4 de diciembre de 2008 resolvió un caso de libro [146].

> La sociedad Peldykoa, SL celebró con Dña. María y Dña. Inmaculada, como vendedoras, un contrato de compraventa de una finca urbana, en la que se desarrollaba un negocio de hostelería. Tras la entrega de la finca a Peldykoa, pero

---

[142] Krebs, 2000, pp. 110-111.

[143] Esto se corresponde con que tenga que restituir el valor de dicho uso. Véase, *infra*, Capítulo 9, II. 3.

[144] *Infra*, en este capítulo, III. 5.1.

[145] De la norma que ahora analizo se ha dicho que no «*parece que tenga mucha importancia en la práctica, a juzgar por el hecho de que no se encuentra ni una sentencia del Tribunal Supremo que la haya aplicado*». Así, Delgado Echeverría, 1995c, sec. I. En el mismo sentido, Colás Escandón, 2013e, sec. 3.

[146] MP: Sierra Gil de la Cuesta; RJ 2008/6951.

antes de que esta pagase el precio, se produjo un incendio en ella, que la destruyó parcialmente. Dña. Inmaculada y Dña. María ejercitaron acción contra Peldykoa en la que solicitaban que se declararse perfeccionado el contrato y se condenase a la sociedad a pagar el precio convenido. Peldykoa contestó a la demanda, oponiéndose, y formuló además reconvención. En la reconvención, Peldykoa interesaba la declaración de nulidad del contrato, toda vez que no se había obtenido la licencia de explotación del negocio, ni antes del incendio ni después de él. Al parecer, la eficacia del contrato estaba condicionada al otorgamiento de licencia por las vendedoras. Además, Peldykoa interesaba la devolución de la cantidad de 4.175.000 pesetas entregada a las demandantes, como confirmación del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvención. Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las demandantes vendedoras y, en lo que interesa, condenó a Peldykoa a restituir el valor de la finca urbana cuando se perdió, con los intereses desde esa fecha (art. 1307 CC).

Peldykoa interpuso recurso de casación en el que solicitaba que se declarase la procedencia de devolución de la finca en el estado en que se encontraba, después del incendio, pero no el reintegro del valor de la edificación destruida; ello en aplicación de las normas correspondientes a la liquidación del estado posesorio y, en particular, del artículo 457 CC (para integrar el régimen de los artículos 1313 y 1307 CC). La Sala 1.ª del TS desestimó este motivo de casación, al entender probado que la cosa se había perdido (parcialmente) estando en poder de Peldykoa, por *culpa suya* (art. 1183 CC) y no por caso fortuito (FD 2.º); y le impuso restituir el valor de la finca *ex* artículo 1307 CC.

La sentencia resulta muy interesante. Para condenar a Peldykoa a restituir el valor, la Sala 1.ª realiza, sin decirlo, un ejercicio de previa aplicación del artículo 1314 I CC, en los términos aquí propuestos. En efecto, el TS realiza una distinción entre la causa de la desvinculación y la causa que produjo la alteración en la restitución (pérdida parcial de la finca). La desvinculación era imputable a las vendedoras, que no habían otorgado licencia de explotación. Sin embargo, según los hechos, la finca se destruyó por culpa de la compradora (deudora de la restitución); lo que el TS construye en base a la presunción del artículo 1183 CC. A resultas de ello, la Sala 1.ª termina aplicando el artículo 1307 CC, atribuyendo a la compradora el riesgo de pérdida de la cosa y obligándole a restituir el valor. Pero repárese. Esa aplicación final del artículo 1307 CC se debería haber fundamentado desde el artículo 1314 I CC (y 1488 CC). En cualquier caso, el TS resuelve bien [147].

[147] Soler Presas, 2018, p. 1242. En distinto sentido, considerando que, en sede de restitución derivada de la nulidad, se debe prescindir de cualquier consideración inherente a la culpa del deudor restitutorio en la pérdida de la cosa (criticando por tanto la aplicación a este caso del artículo 1307 CC), Ramos González y Alascio Carrasco, *InDret*, 2012, p. 12.

(bb) Pérdida jurídica

La misma regla de restitución del valor *ex* artículos 1314 I y1307 CC ha de aplicarse cuando la pérdida de la cosa no se produce por causas físicas, sino jurídicas. Ello es pacífico tanto en la doctrina [148] como en la jurisprudencia [149]. En Derecho español, el caso más claro de la «pérdida jurídica» es la enajenación de la cosa y su adquisición por un tercero de manera irreivindicable. Aquí, la imposibilidad de restituir *in natura* es del todo imputable al deudor de la restitución, quien debe restituir el valor de la cosa [150].

(cc) Consumo

Los casos de consumo de los bienes adquiridos, cuando son cosa fungible, ofrecen otro buen ejemplo. En este escenario, se debe restituir el valor [151] o el *tantundem* [152], porque el consumo de lo recibido es imputable al deudor de la restitución. El riesgo de la «pérdida por consumo» no debe soportarlo el acreedor de la restitución.

(dd) Pérdida contractualizada

La pérdida (física) del bien a restituir puede también obedecer al cumplimiento del acuerdo contractual que unía a las partes. Es decir, la destrucción del bien puede ser ejecutada por uno de los contratantes, en cumplimiento del contrato que luego fracasa. Piénsese, por ejemplo, en un caso de venta de un vehículo para su desguace, comprometiéndose el vendedor a entregarlo ya despedazado. La destrucción del objeto forma parte de la prestación contractual que una parte realiza en beneficio de la otra. Por eso, representa una pérdida que puede llamarse «contractualizada», causalizada en el negocio, y que

---

[148] Colás Escandón, 2013b, pp. 1785-1786; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 275; Jerez Delgado, 2011, p. 279; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 138-140; Monfort Ferrero, 2000, p. 261; Quicios Molina, 2020, pp. 1618-1619; Soler Presas, 2018, pp. 1142-1243; Vila Ribas, 2010, p. 1437.

[149] Véase, por todas, la STS, 1.ª; 8 de febrero de 2008, FD 4.º (MP: Auger Liñán; RJ 2008/2817), en un supuesto de nulidad, por infracción de normas administrativas, de un contrato de cesión de un negocio, cuya licencia había sido retirada por la administración. Para la restitución, la Sala 1.ª advirtió que la «*imposibilidad jurídica debe equipararse a la física, al objeto de dotar de contenido al concepto de pérdida al que se refiere el artículo 1307 CC*».

[150] Pertíñez Vílchez, 2019, p. 103.

[151] Así se reconoce, en el § 346.2 S.1 II BGB; véase, al respecto, Schwab, *JuS*, 2002, p. 631.

[152] *Infra*, en este capítulo, III. 4.2.

no se habría producido de no haberse celebrado el contrato. Ante estos supuestos, el riesgo restitutorio se ha de atribuir a la parte contractual que se beneficia de la prestación consistente en la destrucción del bien, que normalmente será el deudor de la restitución. Por ejemplo, el comprador del vehículo desguazado. Lo mismo vale para quien recibe, por compra, donde el vendedor ha destruido, previamente y a su costa, el edificio que en él se encontraba. Aunque la destrucción la realice materialmente una de las partes, es imputable a la otra, que la provoca mediatamente

> El anterior fue el caso resuelto por la STS, 1.ª, 6 de junio de 2016 153. En abril de 1972, se había celebrado un contrato de permuta, por el cual D. Juan Carlos transmitía al Ayuntamiento del municipio una finca urbana a cambio de 10 hectáreas de terreno de otra finca. La finca transmitida por D. Juan Carlos contaba con una edificación en su superficie –una casa, del s. XIX–, comprometiéndose D. Juan Carlos a su demolición, así como al desescombro del local antes de entregarla al Ayuntamiento. De los hechos del caso no queda claro si la prestación de D. Juan Carlos consistía en (primero) demoler el edificio y desescombrar el solar, y (segundo) entregar la propiedad de un solar desescombrado; o si, por el contrario, la transmisión se efectuaba con el edificio, y los trabajos de demolición y desescombro tenían lugar tras la ejecución de la permuta. No obstante, en ambos escenarios, parte de la prestación debida por D. Juan Carlos, como permutante, era destruir un edificio existente en el terreno objeto de permuta y que, una vez fracasado el contrato, no se podría restituir *in natura*. El contrato de permuta se anuló con posterioridad, en 1986, debido a que fue otorgado por dos concejales que no tenían poder de representación para obligar al Ayuntamiento. La anulación de la permuta dio lugar a la restitución de las prestaciones. D. Juan Carlos recuperó el solar entregado, que fue posteriormente expropiado, sin llegar a adquirir la finca rústica permutada, que recuperó el Ayuntamiento. El pleito «restitutorio» tuvo lugar mucho tiempo después. En 2010, D. Juan Carlos demandó al Ayuntamiento reclamando el valor del edificio que entregó antes de su demolición (excluido el suelo, que fue expropiado), junto con los gastos de la demolición, al formar esta parte de la prestación que realizó.

Aunque los hechos son oscuros, puede decirse que la destrucción del edificio por el vendedor, D. Juan Carlos, solo encontraba su razón de ser en el contrato, y que constituía una prestación («pérdida contractualizada»). De otro modo, no lo habría hecho. Fracasado el negocio, el edificio no podía reintegrarse al patrimonio de quien, lo había entregado en la permuta, D. Juan Carlos. La pérdida del edificio era mediatamente imputable al Ayuntamiento que iba a recibir el solar ya transformado y sin los escombros, y que pretendía

[153] MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2016/2333. Para un adecuado conocimiento de los hechos hay que atender también a la sentencia de segunda instancia: SAP Huesca, Sec. 1.ª, 8 de abril de 2014 (MP: Serena Puig; JUR 2014/295258).

aprovecharlo. Esta es la verdadera razón, a mi juicio, para que el Ayuntamiento tuviera que pechar con el riesgo de pérdida y restituir su valor.

(ee) Deuda subordinada

La adquisición de deuda subordinada constituye otro buen ejemplo –muy trabajado por la reciente jurisprudencia del TS [154]– de las bondades del enfoque que planteo.

> Por medio de este contrato el inversor adquiría títulos emitidos a perpetuidad por una sociedad con rentabilidad variable y no garantizada, que no conferían a su titular ni participación en el capital ni otros derechos propios de los accionistas [155]. En el marco de la actuación del legislador sobre las entidades financieras, como consecuencia de la pasada crisis (2008-2016), los inversores particulares podían canjear con posterioridad la deuda subordinada por acciones de la propia entidad [156]. Este canje podía tener lugar de manera voluntaria o resultar impuesto por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Tras el canje, las acciones podían ser vendidas al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD). Al final de esta operación, los inversores particulares no veían compensada su inversión inicial en la deuda subordinada. Por eso, muchos de estos contratos fueron im-

[154] Se trata, entre otras, de la STS, 1.ª, 13 de julio de 2017 (MP: Vela Torres; RJ 2017/3961). Me referiré principalmente a esta resolución, a la que han seguido otras muchas; entre ellas: SSTS, 1.ª, 25 de octubre de 2017 (MP: Vela Torres; RJ 2017/5440); 13 de marzo de 2018 (MP: Vela Torres; RJ 2018/986); 20 de junio de 2018 (MP: Vela Torres; RJ 2018/2918); 17 de julio 2018 (MP: Vela Torres; RJ 2018/2969); 24 de enero de 2019 (MP: Arroyo Fiestas; RJ 2019/172); 21 de marzo de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/959); 8 de junio de 2020 (MP: Vela Torres; RJ 2020/1596).

[155] En este sentido, hay que estar a la D. A. 3.ª de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

[156] Ello como manifestación de las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada, a fin de asegurar un adecuado reparto de los costes de reestructuración o de resolución de la entidad financiera (art. 39.1 Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito). En este sentido, las acciones de gestión de estos instrumentos podían consistir, entre otras medidas, en ofertas de canje por instrumentos de capital de la entidad de crédito, ya fueran acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital (art. 40.1 a Ley 9/2012). Este canje se configuraba, en principio, de forma voluntaria para los inversores (art. 40.2 Ley 9/2012). No obstante, la misma Ley permitía al FROB acordar, con carácter de acto administrativo, acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada para las entidades para las que se hubiese elaborado un plan de reestructuración o de resolución. Así sucedía cuando el FROB estimaba que estas medidas eran necesarias *(a)* para asegurar un reparto adecuado de los costes de reestructuración o resolución de la entidad, según la normativa de ayudas de Estado de la Unión Europea, tratando de minimizar el uso de los recursos públicos; o *(b)* para preservar la posición financiera de la entidad que recibiese apoyo financiero del mismo FROB (art. 43 Ley 9/2012). Así configuradas, estas acciones de gestión eran vinculantes tanto para las entidades de crédito como para los inversores (art. 43.2 Ley 9/2012). Una de esas acciones era la obligación de la entidad de recomprar los valores afectados al precio determinado por el FROB, pudiendo este estipular que el pago del precio de recompra se reinvirtiese en la suscripción de acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital social [art. 44.2 b) Ley 9/2012].

pugnados sobre la base del error vicio en el consentimiento o el error provocado. Mediante esta pretensión, los particulares interesaban la recuperación de las cantidades inicialmente entregadas a cambio de las preferentes; el problema estaba en que no se encontraban en situación de devolver esos activos, que ya habían sido canjeados. Aquí se inserta el problema restitutorio.

Uno los aspectos clave de la discusión jurídica [157] atendía al hecho del canje y en qué medida esta operación impedía el ejercicio de la acción de nulidad *ex* artículo 1314 I CC. El TS pronto determinó que, siendo el canje obligatorio, por imposición administrativa, resultaba de aplicación el artículo 1307 CC; ergo no operaba el artículo 1314 I CC en su sentido literal.

En palabras del tribunal, el artículo 1314 I CC «*no priva de la acción de nulidad al contratante afectado por un vicio determinante de tal nulidad, sino que únicamente, ante la imposibilidad de restitución por pérdida de la cosa, modula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución de prestaciones*» [158]. No cabe hablar de una extinción de la acción de nulidad, porque la pérdida de las obligaciones subordinadas con el canje no resultaba imputable a los inversores, sino que se había producido por imposición del FROB. [159] Así, los inversores podían recuperar la inversión. [160] En este contexto, se ha reconociendo una obligación restitutoria recíproca consistente en la restitución, por la entidad, del importe de la inversión efectuada por el adquirente, menos la cantidad obtenida por el canje [161], lo que se corresponde con el valor de las preferentes [162].

Este enfoque –que se basa en la obligatoriedad del canje inicial de las preferentes por acciones y prescinde del hecho de su posterior venta (volunta-

---

[157] Dejando a un lado si el canje de las acciones constituía o no un supuesto de confirmación tácita del contrato que impediría la acción de anulación, pues esta cuestión ha sido resuelta por el TS en sentido negativo en varias sentencias. Véase, por todas, STS, 1.ª, 13 de julio de 2017, FD 3.º [1] (MP: Vela Torres; RJ 2017/3961). Esto representa un buen paso en relación con lo indicado *supra* 3.3 (a).

[158] STS, 1.ª, 13 de julio de 2017, FD 3.º [3] (MP: Vela Torres; RJ 2017/3961).

[159] STS, 1.ª, 13 de julio de 2017, FD 3.º [4] (MP: Vela Torres; RJ 2017/3961).

[160] Pueden verse, la STS, 1.ª, 5 de diciembre de 2019, FD 3.º [2] (MP: Parra Lucán; RJ 2019/5010) y las que allí se citan. Al final, la restitución del valor consiste en una compensación en la que se arrojaba un saldo deudor a favor de los inversores, por el importe de la cantidad no recuperada de la inversión tras la venta de las acciones obtenidas en el canje. Pueden verse, también, la STS, 1.ª, 17 de julio de 2018, FD 5.º [5] (MP: Vela Torres; RJ 2018/2969); y la STS, 1.ª, 8 de junio de 2020, FD 4.º [6] (MP: Vela Torres; RJ 2020/1596). En esa restitución se incluyen, además, el interés devengado por la cantidad invertida, por un lado, y los rendimientos percibidos por el cliente más los intereses desde la fecha de cada abono, por el otro.

[161] Puede verse, la STS, 1.ª, 5 de diciembre de 2019, FD 3.º [2] y las que allí se citan (MP: Parra Lucán; RJ 2019/5010). También la STS, 1.ª, 8 de junio de 2020, FD 4.º [6] (MP: Vela Torres; RJ 2020/1596). En esa restitución se incluyen, además, el interés devengado por la cantidad invertida, por un lado, y los rendimientos percibidos por el cliente más los intereses desde la fecha de cada abono, por el otro.

[162] La restitución del valor consistía en una compensación que arrojaba un saldo deudor a favor de los inversores, por el importe de la cantidad no recuperada de la inversión tras la venta de las acciones obtenidas en el canje. Véase, por ejemplo, STS, 1.ª 17 de julio de 2018, FD 5.º [5] (MP: Vela Torres; RJ 2018/2969).

ria) por los inversores– desatiende, sin embargo, los posibles casos en que el canje, en lugar de forzoso, hubiese sido voluntario. Desde la lógica del TS, este segundo escenario tendría que conducir a la consecuencia del artículo 1314 I CC: los inversores carecen de acción de nulidad. La inconsistencia de este resultado ha obligado a la doctrina a defender que, también aquí, el canje sería forzoso, dadas las circunstancias económicas en las que tuvo lugar [163].

> La hipótesis de canje voluntario demuestra que la argumentación de la Sala 1.ª respecto a la obligatoriedad del canje como elemento determinante para la aplicación del artículo 1307 CC no es tan sólida como a primera vista parece. Sin duda, un canje de preferentes por acciones impuesto por acto administrativo vinculante del FROB impide considerar culposa la «pérdida de las preferentes». [164] Ahora bien, a cambio de las preferentes, los inversores obtenían acciones, las cuales podían ser vendidas voluntariamente al FGD, durante una ventana de tiempo concreta. En estos casos –es importante destacar– la acción de anulación de los demandantes se dirigía, algunas veces, solo contra el negocio de adquisición de las participaciones preferentes; [165] otras, se proyectaba también contra el negocio de canje de las participaciones por acciones. [166] Formalmente, surge aquí una diferencia: si se impugna solo la adquisición de las preferentes, la pérdida se referiría al momento de su canje por acciones; mientras tanto, si se impugna también el canje de preferentes por acciones, la pérdida se debería desplazar al momento en que las acciones fueron vendidas. ¿Se debe diferenciar entre uno y otro caso? Evidentemente, no.
>
> Una perspectiva formalista conduciría, en efecto, a entender que, si solo se impugna la adquisición inicial de las preferentes, el momento de pérdida es el del canje obligatorio por acciones de la misma entidad, impuesto por el FROB; desde esta óptica, lo sucedido después con las acciones no influiría en la restitución. [167] Si bien esto sería correcto teóricamente, parece miope observar el negocio de adquisición de las preferentes de manera aislada, omitiendo el contexto que después le siguió (canje y venta). En general, la acción de anulación de los demandantes –ya sobre el negocio de adquisición inicial, ya sobre el negocio y el canje– no se explica sin lo ocurrido tras el canje: la venta de las acciones obtenidas a un precio tal que determinó una pérdida en la inversión efectuada. Por

[163] En este sentido, Pertíñez Vílchez, 2019, pp. 103-106. Este autor considera que en ninguno de los dos supuestos puede hablarse de pérdida dolosa del afectado por el error, porque en el primer caso el objeto originario del contrato se sustituyó en virtud de un acto administrativo y vinculante, al margen de la voluntad del inversor, siendo poco relevante que este después vendiese las acciones; en el segundo caso porque, aunque el canje por acciones no fue impuesto sino aceptado por el inversor, este no disponía de otro mecanismo para compensar parte de las pérdidas, que no fuera su venta.

[164] *Ibid*., pp. 103-104.

[165] Puede verse la STS, 1.ª, 5 de abril de 2018 (MP: Vela Torres; RJ 2018/1409). También la más reciente STS, 1.ª, 12 de enero de 2022, FD 2.º [4] (MP: García Martínez; RJ 2022/18).

[166] Es el enfoque de la reciente STS, 1.ª, 12 de enero de 2022, FD 2.º [4] (MP: García Martínez; RJ 2022/18) que, para calcular el valor a restituir por los demandantes se remite al momento de pérdida de estas, es decir, al momento en que se produjo el canje por acciones.

[167] Puede verse, por ejemplo, la STS, 1.ª, 17 de mayo de 2019 (MP: Vela Torres; RJ 2019/2269).

eso, no es casualidad que toda la litigación acerca de la posible pérdida de legitimación de los inversores se plantee a raíz de la venta de las acciones. Tal como lo veo, existe una continuidad negocial entre la adquisición de las preferentes, su canje por acciones y la venta posterior de estas. Esa continuidad impide considerar el canje como momento determinante de la «pérdida», a fin de alcanzar el artículo 1307 CC, aunque lo impugnado sea formalmente la adquisición primera de las preferentes.

A mi entender, el momento de venta de las acciones es siempre el relevante a efectos de ubicar la imposibilidad de restituir *in natura*. Declarada la nulidad de los contratos, son las acciones lo que tendría que restituirse, por no ser posible devolver las preferentes. Si las acciones fueron enajenadas, nos encontramos, en rigor, ante un supuesto de «pérdida culpable», con independencia de que el canje obedeciese a una imposición del FROB. Que esto sea así no empece, sin embargo, la aplicación del artículo 1307 CC, [168] como bien ha defendido el TS. Pero no porque el canje fuera obligatorio, sino porque los casos de pérdida culpable deben conducir, igualmente, a una restitución del valor, por medio de la interpretación del artículo 1314 I CC propuesta en este trabajo.

Bien miradas las cosas, supone un esfuerzo innecesario distinguir entre una pérdida u otra de las obligaciones subordinadas. Si las preferentes se canjearon obligatoriamente es evidente que al cliente no le es imputable la pérdida; que se trata, si se quiere, de una pérdida fortuita por intervención de un tercero (el FROB), resultando directamente de aplicación el artículo 1307 CC (y el 1488) [169]. Por lo tanto, tiene lugar la liquidación de la relación contractual entre las partes [170]. Pero, de acuerdo con lo que se ha dicho en este apartado, la consecuencia es exactamente la misma si se entiende que la pérdida fue culpable, por ser voluntario el canje o, en fin, por haberse vendido las acciones. En ese caso, la operación conjunta de los artículos 1307 y 1314 I CC conduciría a

[168] Ello sin necesidad, además, de considerar que la venta de las acciones no fue «libre», dadas las particulares condiciones económicas en las que tuvo lugar. En este sentido, en las sentencias que se han ocupado de estos casos puede leerse (por ejemplo, en la STS, 1.ª, 5 de junio de 2019, FD 2.º [4], MP: Orduña Moreno; RJ 2019/2441, y las que en ella se citan): «De manera que la posterior aceptación de la oferta de adquisición del FGD no añadió nada a dicha imposibilidad de restitución, puesto que los títulos ya habían salido del patrimonio del inversor, no por su voluntad, sino por imposición administrativa anterior a la aceptación de la oferta de compra de las acciones. *La cual, por cierto, no se hizo conforme a un precio negociado, y ni siquiera de mercado, sino conforme al precio fijado por un experto designado por el FGD, en el marco de la intervención administrativa de la entidad emisora y comercializadora*» (la cursiva es mía). Que la venta se hiciese en condiciones económicamente desfavorables no significa que no fuese voluntaria cuando, además, se hizo de conformidad con el procedimiento legalmente establecido.

[169] En este sentido, Soler Presas, 2018, n. 40.

[170] A estos efectos, véase la doctrina sobre los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de un contrato de adquisición de participaciones preferentes, principalmente sentada en la STS, 1.ª, 16 de octubre de 2017, FD 5.º [2] (MP: Parra Lucán; RJ 2017/4286). Han seguido esta línea, entre otras, las SSTS, 1.ª, 31 de enero de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/207), 15 de marzo de 2021, FD 3.º [3] (MP: Parra Lucán; JUR 2021/99242).

que el cliente pudiese ejercitar la acción de nulidad, por error vicio, y a que su asunción del riesgo de la pérdida culpable se manifestase en una restitución del valor [171].

3.4 La restitución complementaria del valor en caso de deterioro (fortuito y culpable)

Cuando la alteración restitutoria consiste en un deterioro de la cosa, la operación es similar: una restitución del valor, aunque parcial. Así se deduce del artículo 1498 CC, para los vicios ocultos en las ventas de animales que, de nuevo, resulta generalizable. Esta norma obliga al comprador a devolver el animal en «*el estado en que fue vendido y entregado, siendo responsable el comprador de cualquier deterioro debido a su negligencia, y que no proceda del vicio oculto*». Guarda así cierta coordinación con el artículo 1488 CC [172]. Si el deterioro se produce por una causa distinta del vicio, no se puede trasladar al vendedor el riesgo [173]. Quiere esto decir que, si el deudor restitutorio es culpable del deterioro, asume el riesgo. En consecuencia, junto con la cosa deteriorada, deberá restituir el valor perdido por la cosa.

Aunque los comentaristas del artículo 1498 CC no lo han considerado así [174], lo mismo debería regir para el deterioro fortuito de la cosa, porque el deudor restitutorio también asume ese riesgo, igual que en el caso de pérdida (arts. 1307, 1314 y 1488 CC) [175].

Si se recuerda, el Derecho alemán excluía, para la resolución, la restitución del valor en los casos de deterioro debidos a un uso de la cosa conforme a su finalidad (siendo el ejemplo más habitual el de la matriculación del vehículo) [176]. Tiene sentido reconocer esto mismo para nuestro sistema y no apreciar aquí una alteración restitutoria [177].

---

[171] A una solución distinta solo se podría llegar si se entendiese que la pérdida de las obligaciones subordinadas, como consecuencia del canje, resulta en últimas imputable a la entidad, por su negligente situación financiera. Sobre esta cuestión me ocupo más adelante, *infra,* III. 5.

[172] Fenoy Picón, 2010c, p. 1635.

[173] Morales Moreno, 1993c, sec. V.

[174] Véase, por todos, Fenoy Picón, 2010c, pp. 1635-1636.

[175] Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 20. Este autor considera que, tanto en el deterioro fortuito como en el culpable, se «*tendrá que deducir del precio a restituir el valor del deterioro*». En el mismo sentido, para la resolución, Clemente Meoro, 1998, pp. 545-546.

En contra, por considerar que el artículo 1307 CC no contempla expresamente el caso del deterioro, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 266.

[176] Se trata de la regla contenida en el § 346.2. S. 1. Nr. III, *in fine* BGB.

[177] Lo que no resulta tan convincente es extender, como algún autor alemán, la exención a la restitución del valor a los casos en que el deterioro se produce como consecuencia de un evento externo, mientras

3.5 Pérdida o deterioro de la cosa con posterioridad a la desvinculación

Hasta ahora me he centrado en el supuesto en que la cosa a restituir se pierda *antes* de la desvinculación contractual y, por tanto, antes de que surja la relación obligatoria restitutoria. En ese escenario, el deudor restitutorio presta el valor de la cosa, si esta se pierde por caso fortuito o por culpa suya. La cuestión es si cabe realizar el mismo reparto de riesgos, si la pérdida de la cosa se produce con posterioridad a la desvinculación (por ejemplo, después de resolverse el contrato); es decir, una vez ha nacido la relación obligatoria restitutoria. A diferencia del caso que vengo estudiando, aquí el deudor de la restitución sí estaba en condiciones de devolver la cosa *in natura*, pero un evento posterior –imputable o fortuito– lo impide.

La doctrina española relaciona este escenario con la pérdida de la *cosa debida*; lo que conduciría a los artículos 1096, 1182 y 1452 CC y a asignar al acreedor de la restitución el riesgo de pérdida fortuita de la cosa [178]. Tal como lo veo, resulta erróneo establecer una diferenciación entre la distribución de riesgos cuando la alteración restitutoria se produjo después de la desvinculación. La obligación de restituir el valor se debe aplicar independientemente de que la pérdida acontezca antes o después de la desvinculación [179]. Atribuir, en estos casos, el riesgo de pérdida (o deterioro) al acreedor de la restitución conduce a algunas contradicciones valorativas. Por ejemplo, (re)vendiéndose el bien objeto de contrato a un tercero y adquiriéndolo este de modo irreivindicable, esta solución conduciría a que el acreedor devolviese el precio y que el deudor restitutorio cobrase por partida doble [180].

---

la cosa se utilizaba conforme a su uso. Por ejemplo, se vendió un coche con el kilometraje trucado que se deteriora sin culpa del comprador, como consecuencia de un accidente durante la conducción; véase Schwab, *JuS*, 2002, pp. 633-634. El autor considera que el comprador no debe abonar en este caso la reparación del coche y *además* restituir el valor de este como consecuencia del deterioro. Ello porque el § 346.2 BGB no deja claro si en el deterioro se restituye siempre el valor de la cosa, y no la cosa deteriorada (y una restitución complementaria por el deterioro).

[178] En este sentido, para la restitución por resolución, Clemente Meoro, 1998, pp. 544-545; Monfort Ferrero, 2000, pp. 232-233. También en esta línea, Quicios Molina, 2020, p. 1735.

[179] Refiriéndose a la resolución, Rodríguez Rosado, 2013, p. 249.

[180] Para fundamentar este proceder siempre se podría decir que esa segunda operación de venta no permite al tercero adquirir la propiedad, desde el momento en que el contrato fracasa (se anula o se resuelve, por ejemplo). No obstante, y aun dejando para más adelante los problemas relativos a la extensión de la restitución frente a terceros, declarar esta posibilidad condenaría al acreedor de la restitución a la suerte de la posible acción reivindicatoria, privándole de la acción personal de la restitución. Este sacrificio del acreedor de la restitución se realizaría solo para poder afirmar con suficiente solvencia lógica que el reparto de riesgos restitutorios es distinto si la cosa se pierde tras la desvinculación. El acreedor restitutorio tendría entonces que pechar con un riesgo doble, en los casos de reventa. Porque, en los casos en que la cosa se hubiera destruido, que son con los que he comenzado este apartado, el riesgo lo soportaría él por entero.

El Derecho alemán ofrece un caso interesante (SBHG 11 de octubre de 1979) [181]. Se había celebrado un contrato similar a una permuta por el cual una parte entregaba un camión volquete, valorado en 42.180 marcos. A cambio, la otra parte se comprometía a *entregar* un camión con remolque, valorado en 12.000 marcos. Esta parte realizó su prestación y entregó el camión con remolque. Por razones que la sentencia no especifica, el contrato inicial no llegó a materializarse y el contratante que había entregado el camión remolque obtuvo una sentencia firme según la cual la otra parte tenía que restituirle el vehículo entregado. Sin embargo, esa restitución no podía llevarse a cabo porque el contratante que había recibido el camión remolque lo había vendido a un tercero. En lo que interesa, el BGH condenó al permutante que había vendido al camión a restituir el precio por el cual lo revendió, como subrogado (valor). En este sentido, nunca se llegó a descartar la obligación del deudor de la restitución de restituir el valor del camión recibido. Es decir, no se barajó la posibilidad de atribuirle al permutante acreedor en la restitución el riesgo de pérdida de la cosa –culpable en este caso– debida en la restitución, por el solo hecho de que la venta de la cosa se hubiera producido con posterioridad a la desvinculación.

Otra contradicción valorativa que aparece al no aplicar el mismo sistema de riesgos a la pérdida posterior a la desvinculación es que, siendo la pérdida fortuita, el deudor restitutorio no tendría que prestar el valor, pero tampoco que indemnizar ningún daño por incumplir su deber de restitución [182]. Esto contrasta con la obligación de restituir el valor de la cosa en el mismo caso, pero siendo la pérdida anterior.

Todavía se ha propuesto que el deudor de la restitución, que pierde la cosa *después* de la declaración de nulidad, pueda ser compelido por la otra parte a pagar el valor, pero que él mismo no pueda hacer lo propio con su contraparte, ni tan siquiera ofreciendo la restitución del valor de su prestación. Esta solución encontraría su fundamento en la reciprocidad del artículo 1308 CC [183]. Pero no puede compartirse el enfoque. Es cierto que la posición de las partes –y los deberes de cuidado exigibles– se modifica desde el momento en que la posibilidad de restituir se revela como segura. Ahora bien, no veo por qué el tratamiento de la relación restitutoria debería depender una circunstancia que muchas veces es azarosa: el momento en que se destruya la cosa en relación con el momento de la desvinculación. A lo que sí podría llegarse es a diferenciar entre si la pérdida fue por caso fortuito o imputable al deudor. En el primero de los casos, no habría motivo alguno para dispensar a

[181] VII ZR 285/78, NJW 1980, 178.

[182] En este sentido, criticando el sistema de los comentarios al artículo 3.2.15 PICC, Du Plessis, 2015, pp. 548-549. En la misma línea, pero refiriéndose a la restitución por resolución (art. 7.3.6 PICC), Huber, 2015, pp. 964-965.

[183] Carrasco Perera, 2017, p. 692.

la restitución un tratamiento distinto; en el segundo quizás podría pensarse en una «penalización» del deudor que pierde la cosa con culpa después de saber que la tiene que devolver.

Ahora bien, esta penalización al deudor restitutorio culposo tras la desvinculación no se canaliza a través de la restitución, sino de la indemnización que la acompaña, cuando se dan sus requisitos y que enseguida estudiaré [184]. Es lo que se desprende, por ejemplo, del artículo 1498 CC, que permite al acreedor de la restitución exigir al obligado los daños que el deterioro culpable haya podido ocasionarle [185].

3.6 La indemnización de daños por incumplimiento del deber de restituir *in natura*

La pérdida de la cosa a restituir es un incumplimiento de la relación obligatoria restitutoria por el deudor de la restitución [186]. Si la pérdida es culpable o dolosa tiene lugar una indemnización adicional. El Derecho alemán reconoce expresamente esta posibilidad para la resolución [187]. Si la pérdida es imputable al deudor restitutorio, además de prestar el valor, este tendrá que indemnizar el daño causado al acreedor, por incumplir el deber de restituir *in natura* [188]. Esta es una consecuencia distinta a la restitución del valor en caso de pérdida culpable (arts. 1307, 1314 I, 1488 CC). Por eso, el daño no se puede equiparar al valor de mercado del bien [189]. El daño que se indemniza es el causado al acreedor de la restitución, como consecuencia de no poder reincorporar la cosa transmitida a su patrimonio [190]. Este daño puede manifestarse de distintas formas.

---

[184] *Infra*, en este capítulo, III. 3.5.

[185] En este sentido, Rodríguez Rosado, 2013, p. 249.

[186] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

[187] En el § 346.4 BGB. *Supra*, Capítulo 3, III. 2.5.

[188] Esta indemnización no tiene nada que ver con la indemnización que el contratante responsable del fracaso del contrato puede tener que afrontar adicionalmente, si es de mala fe. Me refiero a las reglas indemnizatorias previstas en los artículos 1487 y 1488 CC, para el contratante de mala fe que sabía que la cosa presentaba vicios y no los manifestó. La indemnización se inserta, por razones prácticas, dentro del ejercicio de la acción redhibitoria (art. 1486 II CC), aunque ambas constituyan acciones distintas (Llacer Matacás, *ADC*, 1992, pp. 1513-1514; Morales Moreno, *ADC*, 1980, p. 627). Al respecto véase Morales Moreno, *ADC*, 1982, pp. 644-650. Y, Llacer Matacás, *ADC*, 1992, p. 1523. Igualmente y desde una perspectiva (más) histórica, Morales Moreno, *ADC*, 1980, pp. 617-618.

[189] En este sentido, refiriéndose a un «*acreedor de restitución, no propietario de la cosa a restituir*», Pantaleón Prieto, *ADC*, 1991, p. 1052.

[190] En este sentido, comentando el Derecho europeo, Hellwege, 2018d, pp. 1413-1414. Para la resolución, se inclina por una solución similar sobre la base del artículo 1122 2.º CC, si la pérdida de la cosa es imputable al obligado a restituir, Quicios Molina, 2020, p. 1734.

(a) Una de ellas atiende al lucro cesante que, en su caso, experimente el acreedor de la restitución, por no poder reincorporar la cosa a su patrimonio; lo que se deberá apreciar de acuerdo con las bases de la responsabilidad contractual (art. 1107 I CC) [191].

(b) También existirá incumplimiento, si el deudor restitutorio devuelve una cosa deteriorada, por una causa a él imputable. En ese caso, junto a la restitución de la cosa deteriorada y la restitución del valor del deterioro, el deudor de la restitución tendrá que indemnizar al acreedor restitutorio el daño que le haya provocado devolverle la cosa en ese estado [192]. Ese daño puede consistir en una reducción de la productividad de esta o en una privación de la capacidad de obtención de frutos o ventajas de uso con ella [193].

> El ATS, 1.ª, 11 de septiembre de 2019 [194] pone fin a un caso precioso sobre incumplimiento de la obligación de restituir en caso de desvinculación contractual. Por sentencia firme se había anulado un contrato de compraventa de una vivienda celebrado entre Mediterranean Seascape S. L., como compradora, y D. Abelardo, como vendedor; y se había ordenado la restitución de las prestaciones. La causa de la nulidad fue que el inmueble había quedado afectado por el deslinde de bienes de dominio público, según la Ley de costas. En cumplimiento de dicha sentencia, Mediterranean Seascape restituyó a D. Abelardo la vivienda comprada, si bien en un estado muy distinto al que tenía cuando se entregó en cumplimiento del contrato anulado. Al parecer, la vivienda había sido completamente alterada en cuanto a su distribución, y sus materiales habían sido sustituidos por otros de inferior calidad a aquellos con los que contaba al entregarse, hasta el punto de ya no ser apta para obtener licencia de ocupación. A la vista de dicha situación, D. Abelardo presentó demanda ejecutiva a fin de que Mediterranean Seascape restituyera el inmueble en el estado en el que fue entregado en su momento. Asimismo, interesaba que se condenase a Mediterranean Seascape a indemnizar los perjuicios derivados de la imposibilidad de hacer uso de la vivienda desde el momento en que se produjo la restitución; lo que a la fecha de la demanda ascendía a 53.972,83 euros. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró incumplido el deber de Mediterranean Seascape de restituir la vivienda tras la nulidad de la compraventa, condenando, eso sí, a una indemnización menor a la demandada. La AP confirmó el sentido del fallo

[191] Por ejemplo, la no restitución *in natura* puede frustrar la (re)incorporación del bien de que se trate a un proceso de producción del acreedor restitutorio (si se encuentra en condiciones productivas todavía). Del mismo modo, el daño puede consistir en una privación al acreedor del beneficio que habría podido obtener mediante la reventa de la cosa a restituir. En ambos casos, la indemnización dependerá, de la relación obligatoria incumplida, cuyas bases están en el contrato del que las partes se desvinculan. Véanse, *mutatis mutandi*, las consideraciones de Morales Moreno, 2010, pp. 69-74.

[192] En este sentido, si bien entendiendo que la indemnización por deterioro tiene carácter extracontractual, Soler Presas, 2018, p. 1268.

[193] Para la responsabilidad contractual, véase Morales Moreno, 2010, pp. 61-68.

[194] MP: Sancho Gargallo; RJ 2019/3574.

del juzgado. Contra dicha sentencia, Mediterranean Seascape interpuso recurso de casación por indebida aplicación del artículo 1308 CC, en la medida en que D. Abelardo no habría cumplido con su obligación de restituir el precio. El recurso de casación fue inadmitido por medio del auto que se extracta.

(c) El retraso en la entrega del bien por el deudor restitutorio constituye igualmente un incumplimiento del deber de restituir [195]. La procedencia de una indemnización dependerá aquí de si el retraso ha provocado un daño al acreedor de la restitución (por hipótesis, en este caso, la restitución se produce *in natura*, aunque con retraso). Por ejemplo, una privación temporal del uso del bien o la posibilidad de obtener frutos [196].

Por constituir una relación obligatoria especial, que surge primero con la desvinculación contractual, la indemnización de daños por incumplimiento del deber de restituir presenta un funcionamiento especial, en lo que al alcance se refiere. El mero hecho de que el incumplimiento de la restitución (por ejemplo, restituir *in natura*) sea imputable al deudor restitutorio no puede conducir, directamente, a reconocer una indemnización, aunque ello cause un daño al acreedor. La imputabilidad es condición necesaria, pero no suficiente. Además, es necesario que el incumplimiento del deber de restituir tenga lugar *después* de la desvinculación [197]. Solo a partir de ese momento, se establece la relación obligatoria restitutoria, en la que el deudor sabe que tendrá que restituir la cosa que recibió. Hasta entonces no hay ninguna obligación que se pueda incumplir. Una vez establecida la relación obligatoria restitutoria, el alcance concreto de la indemnización (si se causaron diferentes daños al acreedor) dependerá de la regla de la previsibilidad y del fin de protección del contrato [198].

4. La diligencia *quam in suis,* el deudor restitutorio y el caso fortuito

Una de las excepciones que el Derecho alemán plantea a la regla general de restitución del valor en la resolución eran los supuestos de ejercicio de un

[195] Apunta en este sentido, Jerez Delgado, 2011, pp. 286-287. Igualmente, en el ámbito de la restitución por resolución prevista en el artículo 81.2 CISG, Fountoulakis, 2019a, párr. 20.

[196] Morales Moreno, 2010, pp. 61-68.

[197] La doctrina alemana sobre el § 346.4 BGB (*supra*, Capítulo 3, III. 2.5.) estaba dividida respecto al momento en el que puede surgir un daño indemnizable a efectos de restitución. La opinión mayoritaria situaba la posibilidad de conceder esta indemnización a partir del momento en que el obligado a restituir conocía o debía conocer la existencia de una causa de resolución, pues a partir de entonces se representaría como posible la restitución, y surgía una cierta diligencia a observar para con la cosa.

[198] Sobre ello (*ex* artículo 1107 I CC) véase Morales Moreno, 2010, pp. 168-172; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1991, pp. 1025-1027. También mi trabajo, Ruiz Arranz, *RJUAM*, 2016, pp. 422-425.

«derecho legal de resolución» en los que la cosa se perdía o deterioraba en manos del deudor restitutorio, siempre que este hubiere observado una diligencia *quam in suis* (§ 346.3 S.1 III BGB) [199]. Resolviéndose el contrato por vicios ocultos o un incumplimiento esencial del vendedor, el comprador queda, en ese caso, eximido de restituir el valor, si la cosa se perdía fortuitamente; también si, interviniendo culpa de su parte, esta no alcanzaba a reputarse como grave, sino que se correspondía con la misma diligencia que observa para sus propios asuntos (*quam in suis*). Al referirme a aquel sistema jurídico, expuse las voces críticas que abogaban por una reducción de su sentido; o, cuando no, por su eliminación, debido al enorme beneficio que concede al deudor de la restitución ante la pérdida de la cosa. Por su parte, en Derecho francés, el artículo 1352-1 CCfr incorporaba una regla similar para el deterioro de la cosa, bien que extensible a la pérdida [200]. ¿Tiene sentido incorporar una regla similar al Derecho español de restitución contractual? Creo que los resultados mostrados para el Derecho alemán hablan por sí solos; y que lo hacen en contra de incorporar una regla similar. Sin embargo, conviene ocuparse del asunto en detalle, pues el estándar *quam in suis* se prevé para la restitución del consumidor, en el desistimiento, así como en las dos propuestas de modernización del Código civil español, en la resolución.

4.1 Diligencia *quam in suis* como beneficio restitutorio general

Los antecedentes históricos del estándar *quam in suis* se remontan al Derecho romano clásico; servía tanto para aumentar como para disminuir la diligencia exigible, en función de las características del responsable que actuaba con cosas ajenas [201]: la conducta del sujeto cuya impericia se pretende obser-

---

[199] *Supra*, Capítulo 3, III. 2.4.

[200] Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 810. Véase lo expuesto *supra*, Capítulo 4, III, 3.1,

[201] De acuerdo con este modelo de diligencia, la responsabilidad no se dosifica de manera objetiva según el estándar de un *pater familias* prudente, sino según la diligencia que el deudor observase en sus propios asuntos («*diligentia quam in suis rebus adhibere solet*»). Esta diligencia se conocía también como «*culpa levis in concreto*», por oposición a la «*culpa levis in abstracto*», propia del *bonus pater familias*. Véase D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 460.

La fuente clave se encuentra en un texto de Celso en D. 16,3,32 (*libro 11 Digestorum*), para el depósito gratuito. Celso advierte que también quien no es muy diligente según el estándar que exige la naturaleza humana no se liberará del reproche (del fraude; «*fraude non caret*»), si no aplicó al bien depositado, al menos, la diligencia que a su modo observa («*ni si tamen ad suum modum curam in deposito praestat*»). Ello porque –añade– supone una vulneración de la buena fe contractual aplicar a las cosas ajenas una diligencia menor que la que uno aplica a las suyas propias («*nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit*»). En el ejemplo del depositario, el estándar de diligencia *quam in suis* conduce a un aumento de la responsabilidad del deudor. No obstante, el Derecho romano clásico conoció otros supuestos

var determina si existe o no culpa [202]. Este ejercicio es costoso, pues requiere observar la particular conducta del deudor para con sus cosas, a fin de encontrar un patrón. Luego, ese estándar solo resulta aplicable para *ese* deudor, y no se podrá extender a otras relaciones jurídicas [203]. Esto explica que la *quam in suis* tenga sentido, sobre todo, allí donde es la diligencia misma la que determina el cumplimiento o incumplimiento de la prestación por el deudor (p. ej., en obligaciones de hacer; cfr. art. 1104 CC); esto es, allí donde las cualidades particulares del deudor, junto al resto de circunstancias del contrato, ofrecen una base sobre lo que resulta o no esperable (cfr., para el mandato, el artículo 1726 CC). En esos escenarios, existe, además, una relación estrecha entre las partes [204].

Fuera de los casos anteriores, la diligencia *quam in suis* funciona mal. La obligación restitutoria por desvinculación contractual es uno de ellos. En esta restitución, no hay motivo para diferenciar según deudores restitutorios y su diligencia, pues el contrato del que las partes se desvinculan no tuvo en cuenta la diligencia particular para con sus asuntos del futuro deudor de la restitución, como sí sucede en el depósito o el mandato (contratos cuya obligación de devolución está fuera del objeto de estudio) [205]. Excepcionar la restitución del valor mediante la diligencia *quam in suis* contraría, además, la recuperación, en la medida de lo posible, el *statu quo ante*. De hacerse, se equipararía el deudor restitutorio al poseedor de buena fe. En este sentido, el artículo 457 1.ª pr. CC establece que «*el poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo*» [206]. Creo que dispensar esta protección al deudor restitutorio no está justificado:

---

donde esa misma medida traía consigo una minoración de la responsabilidad. Así sucedía, por ejemplo, ante el socio respecto de las cosas comunes, bastando que pusiese la misma diligencia que en las propias (D. 17,2,72); al marido respecto de los bienes dotales (D. 23,3,17 pr); o al coheredero en relación con los negocios jurídicos que se puedan hacer con los bienes hereditarios, en la medida en que se trata de una «comunidad de bienes» o «sociedad» inicialmente no querida, sino por razón de la cosa (D. 10,2,25,16). Sobre los supuestos de diligencia *quam in suis* en Derecho romano, Serra Rodríguez, 1997, pp. 204-205.

En esos casos, se rebajaba la responsabilidad bajo la idea de que de esas personas en esos contextos no cabe esperar una diligencia superior a la que ellos mismos guardan en sus asuntos; véase Kaser·Knütel y Lohsse, 2017, p. 225.

202 Véase Badosa Coll, 1987, pp. 136-138.

203 Serra Rodríguez, 1997, p. 207-208.

204 Berg, 2002, p. 147.

205 *Supra,* Capítulo 6, III. 3.4.

206 Una regla de este cariz –que prácticamente libera de responsabilidad restitutoria al poseedor de buena fe en caso de alteraciones– se explica *(i)* a partir de que la posesión indebida se obtuvo de buena fe (la responsabilidad restitutoria del poseedor de mala fe es mayor); y *(ii)* de que el poseedor de buena fe puede proceder sobre la cosa como lo haría el dueño, lo que explica su estatuto privilegiado. Véase Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1073, 1090 y 1101-1102.

Primero, porque ello equivaldría a mezclar indebidamente la restitución reivindicatoria y la contractual, sin que la segunda distinga ni permita distinguir entre buena y mala fe del deudor de la restitución[207]. *Segundo*, porque obligaría, cuanto menos, a distinguir teleológicamente entre el momento en que el deudor toma conocimiento de la causa que podría producir el fracaso del contrato –es la reducción propuesta ampliamente en Alemania–; lo que se antoja voluntarista y capaz de crear más problemas que soluciones. *Tercero*, porque una regla en este sentido se asimila a una sanción al acreedor restitutorio[208], que necesitaría de una fundamentación algo más sólida que la de que el incumplimiento del contrato autoriza a asignar todos los riesgos al incumplidor[209]. Y, *cuarto*, porque el estándar *quam in suis* no incentiva el cuidado del adquirente en el uso de los bienes, y sí un uso abusivo de la facultad de resolución, sabiendo que podrá recuperar lo dado, si se atiene a dicho estándar[210].

4.2 Diligencia *quam in suis* y restitución por desistimiento del consumidor

A pesar de lo indicado, el artículo 75.2 TRLGDCU establece que, «*cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución solo será imputable al consumidor y usuario cuando este hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos*». Como se ve, si el consumidor que desiste no puede restituir en especie y el empresario no le informó de su derecho de desistimiento, el empresario soporta el riesgo de pérdida de la cosa, aunque esta haya tenido lugar por culpa del consumidor; ello salvo que el consumidor no hubiese observado una diligencia *quam in suis*. La razón es que el grado de diligencia exigible al consumidor para con la cosa varía, si desconoce su derecho de desistir y no se plantea la posibilidad de restituir[211].

Podemos preguntarnos si esta regla resulta procedente en cualquier caso de desistimiento del consumidor. El origen de esta regla se encuentra en la legislación sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles[212]. A

---

[207] *Supra*, Capítulo 6, III. 4.4.

[208] Rodríguez Rosado, 2013, pp. 251-252.

[209] Que es la justificación a la que recurrió el legislador alemán, *supra*, Capítulo 3, III. 2.4.

[210] Criticando desde el Derecho italiano lo que considera un privilegio «*troppo amplio*» en la regla del § 346.3 S. 3 BGB, Bargelli, 2010, pp. 372-374.

[211] Al respecto, véase García Vicente, 1997, pp. 218-226; Minero Alejandre, 2015c, párr. 5.

[212] Artículo 7 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, por la que se trasponía al ordenamiento español la Directiva 85/577/CEE, de 20

mi juicio, existen buenas razones para limitar el estándar de diligencia *quam in suis* –en caso de pérdida de la cosa a restituir– al desistimiento en esos casos, descartándola para el desistimiento «normal» [213]. El objetivo de esta bonificación restitutoria al consumidor era protegerle de la dinámica de las ventas «puerta a puerta» y, en definitiva, de una decisión de compra precipitada o impulsiva en un contexto en el que el empresario «le aborda» [214]. Por eso, no tiene demasiado sentido mantener la *quam in suis* en un contexto negocial «normal». Convendría, entonces, reducir el artículo 75.2 TRLGDCU a contratos, bien celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, bien a aquellos otros no celebrados «a domicilio» pero en los cuales el empresario rige la misma necesidad de protección al consumidor, frente a un uso descuidado de la cosa comprada (por ejemplo, en contratos a distancia).

4.3 El estándar de la diligencia debida en la restitución por desvinculación

Las dos propuestas de modernización del Derecho de obligaciones español exoneran al deudor de la restitución por resolución de la obligación de prestar el

---

de diciembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

[213] Vázquez-Pastor Jiménez, *InDret*, 2014, pp. 29-30.

[214] En su párrafo segundo, el artículo 7 de la Ley 26/1991 establecía que «*cuando el empresario hubiera incumplido los deberes previstos en el artículo 3, la imposibilidad solo será imputable al consumidor cuando este hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos*». Se rebajaba, en consecuencia, la responsabilidad restitutoria del consumidor, cuando se celebraba un contrato negociado fuera del establecimiento mercantil y el empresario no documentaba adecuadamente por escrito, con una referencia clara y precisa, el derecho del consumidor a revocar el consentimiento otorgado y los requisitos y consecuencias de su ejercicio. Para ello era necesario un «*documento de revocación*» que expresase el nombre y la dirección de la persona a que había de enviarse la declaración de desistimiento, junto con los datos de identificación del contrato y los contratantes (art. 3 Ley 26/1991). El incumplimiento de semejante obligación se traducía en que el empresario asumiese el riesgo de pérdida de la cosa antes del ejercicio del desistimiento, aunque esta obedeciese a culpa del consumidor; salvo que la negligencia del consumidor fuese muy cualificada.

La razón de ser de esta atribución se explica a partir de la dinámica que presentan las ventas realizadas fuera del establecimiento mercantil («*puerta a puerta*»). En este contexto, la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante que aborda al consumidor desprevenido en su domicilio e impedido de comparar entre diferentes ofertas del mercado (cfr., Cdo. 4.º, Directiva 85/577).

Hay que indicar que la Directiva 85/577 no establecía ninguna directriz respecto de las consecuencias del ejercicio del desistimiento o revocación por el consumidor, remitiéndose a la legislación nacional en todo lo referente al reembolso de los pagos realizados y la restitución de las mercancías recibidas (art. 7). Todo apunta a que el legislador español tomó la diligencia *quam in suis* del § 3.2 de la –entonces vigente– Ley alemana sobre desistimiento en negocios celebrados puerta a puerta y similares («*Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16/01/1986*; HWiG), con la que se buscaba proteger al consumidor desinformado de su derecho a desistir, así como su libertad de decisión.

valor de la cosa, siempre y cuando hubiera observado la diligencia debida[215]. Si bien no se refieren al estándar de la diligencia *quam in suis*, la referencia a la «diligencia debida» merece criticarse. De incorporarse al ordenamiento, el riesgo de *pérdida fortuita* de la cosa se trasladaría al acreedor de la restitución, si el deudor restitutorio actuó con arreglo a la diligencia debida[216]. Ello contradice la regla de restitución del valor a cargo de nuestro deudor en ese caso, que el Derecho español reconoce.

Da la sensación de que el artículo 1203 II PMCC se inspiró en la regulación alemana del § 346.3 S.1 III BGB, sin importarla del todo. Por eso, la doctrina española más atenta a las críticas formuladas en Alemania al § 346.3 S.1 III BGB no ha recibido con entusiasmo una regla de esta guisa[217]. Sería, en efecto, un error convertir el artículo 1203 II CC en Derecho aplicable, teniendo en cuenta las razones que aconsejan que sea el deudor de la restitución quien soporte el riesgo de pérdida fortuita[218].

5. La regla de restitución del valor en otros supuestos de alteraciones

La restitución del valor a cargo del deudor de la restitución funciona igualmente en otros supuestos de alteraciones ligeramente distintos a la pérdida de la cosa del bien (ni que decir tiene que la restitución del valor se aplica igual a los casos de prestación anticipada, es decir, cuando el deudor restitutorio recibió la cosa, pero sin abonar el precio; en ese caso, la restitución del valor es unilateral).

---

[215] Artículo 1203 II PMCC: «Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo *no obstante haber observado la diligencia debida*» (la cursiva es mía). En el mismo sentido, el artículo 518-17.2 PAPDC: «Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, debe restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no está obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo *no obstante haber observado la diligencia debida*» (la cursiva es mía).

[216] Solo se restituiría el valor en caso de pérdida culpable y dolosa, no fortuita. Así, Fenoy Picón, *ADC*, 2011, p. 1621. También, Gómez Calle, *ADC*, 2012, p. 77.

[217] Rodríguez Rosado, 2013, pp. 251-252. Refiriéndose al artículo 1203 II PMCC 2009, Soler Presas, 2018, pp. 1244-1245.

[218] *Supra*, en este capítulo, III. 3.1 (d).

5.1 La restitución de cosas genéricas: el valor y el *tantundem*

Producida la desvinculación de un contrato de compraventa de cosas genéricas, puede ocurrir que el deudor de la restitución haya *consumido* todo o parte de la prestación recibida. Se trata de una pérdida imputable, por consumo, luego el deudor restituye el valor (arts. 1307, 1488 y 1314 I CC) [219], esto es, corre con el riesgo de alteración restitutoria [220]. Y lo mismo sucede cuando no hubo un consumo, como tal, sino que se produjo una integración de las cosas genéricas en el patrimonio del que las recibió en forma tal que no se pueden estas identificar [221].

> No se entienden, en este sentido, algunos pronunciamientos de la Sala 1.ª en los que se rechaza la pretensión de restitución, cuando el comprador no puede restituir unos objetos inhábiles, los cuales fueron incorporados a unos vehículos que después se vendieron a terceros. Fue el caso de la STS 1.ª, 21 de septiembre de 2001 [222]. Se habían vendido unas piezas para automóviles que resultaron no ser conformes con el contrato, pero que el comprador –un fabricante de coches– ya había incorporado a vehículos que, a su vez, había enajenado a terceros. Las piezas vendidas, genéricas, eran irrecuperables. El TS rechazó que el comprador pudiera resolver porque no estaba en condiciones de restituir en especie las piezas adquiridas. El fallo es muy criticable, pues en ese caso lo procedente, tratándose de bienes genéricos, habría sido obligarle a restituir el valor.

Junto lo anterior, puede tener sentido ofrecer al deudor restitutorio la posibilidad de restituir el *tantundem eiusdem generis*. El Código civil no desconoce supuestos donde tiene lugar una restitución del *genus* [223]. Creo que los artículos 1307, 1314 I, 1488 y 1295 III CC admiten una interpretación extensiva, favorable a restituir el *tantundem* en lugar del valor, si así lo solicita el deudor de la restitución. En contra de una solución en esta línea actuaría el intento de evitar que el deudor de la restitución especule a costa del acreedor, sobre todo si revendió el género (unas mercaderías, por ejemplo) a un mejor precio y recompra otras después para su restitución al acreedor [224]. Pero parece una objeción un tanto formalista, pues en contratos de compraventa de merca-

---

[219] *Supra*, III. 3.2 y 3.3.

[220] Véase González Pacanowska, 2013, p. 8253.

[221] Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1076. En el mismo sentido, Orozco Muñoz, 2015, p. 298.

[222] MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2001/7485.

[223] Así, en la accesión de bienes muebles (art. 380 CC); en el usufructo sobre cosas consumibles (art. 482 CC); en el comodato (art. 1740 CC), en el simple préstamo (arts. 1753 y 1754 II CC) o en el depósito irregular (art. 1768 CC). En este sentido, véase Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1075-1076. En similar sentido, desde el Derecho francés, Malaurie, 1991, pp. 85-86.

[224] Es la aproximación del Derecho uniforme a la hora de interpretar el artículo 82 CISG. En este sentido, Bridge, 2018b, párr. 15; Fountoulakis, 2019b, párr. 5; Tallon, 1987b, p. 608.

derías genéricas siempre se podría decir que el mismo deudor de la restitución (comprador) podría querer especular con el fracaso del contrato (una resolución, por ejemplo) [225]. Además, esta objeción desconoce que se trata de que las partes recuperen en la medida de lo posible el *statu quo ante*. Una restitución del género puede servir a este efecto e, incluso, compadecerse mejor con la eficiencia económica. De hecho, cabe imaginar escenarios en los que al deudor restitutorio le resulte más atractivo restituir en especie, (y no el valor), si le resulta más sencillo acceder a las materias objeto del contrato que a la liquidez monetaria. En fin, a favor del *tantundem* actúan la primacía general de la restitución *in natura* (arts. 1295 I y 1303 CC) [226]; y el hecho de que cada parte en la restitución asuma el riesgo de apreciación o depreciación del bien que recupera, pues se debe devolver otro tanto de la misma especie y calidad a lo inicialmente prestado [227].

Si el deudor de la restitución ofrece restituir el *tantundem*, en lugar del valor, surge la pregunta de si puede imponerse esta solución al acreedor de la restitución, al que puede no interesar recuperar el género. La razonabilidad de la restitución del *tantundem* dependerá, primero, de que sea económicamente viable y que no comporte un coste restitutorio mayor de las ventajas que produzca. En general, y fuera de un contexto de escasez, la restitución del género o del valor resultará indiferente al acreedor [228], si se parte de que este se dedica a comercializarlo. En este sentido, la restitución del *tantundem* podrá descartarse, si resulta demasiado onerosa para el acreedor restitutorio (por ejemplo, porque no disponga de espacio logístico para atender la recepción de las materias primas, o porque el mercado haya caído y no se prevea su fácil reventa) [229].

La solución del *tantundem* resulta adecuada, siempre que el deudor restitutorio deba asumir el riesgo de alteración (por consumo, por confusión con las cosas de su patrimonio, o por pérdida fortuita). Cuando el deudor de la restitución no debe asumirlo, lo explicado en este epígrafe no resulta de aplicación [230]. Así sucederá, por ejemplo, si se vendieron mercaderías *defectuosas*,

---

[225] En este sentido, mostrándose a favor de una restitución alternativa por el género en el marco del artículo 82 CISG, Krebs, 2000, pp. 97-99.

[226] *Supra*, en este capítulo, II.

[227] En este sentido, sobre el artículo 173.1 CESL, Sirena, *ERPL*, 2011, pp. 989-990.

[228] Así, Malaurie, 1991, pp. 103-104. La autora advierte que, en una economía de escasez, la restitución del valor será mucho menos atractiva que la restitución del género «*in natura*», si bien admite que en un contexto normal de abundancia la dicotomía entre una u otra opción no será demasiado relevante.

[229] Véase, desde el enriquecimiento, Orozco Muñoz, 2015, pp. 282-283.

[230] Por eso no es del todo correcto afirmar, como hizo Carrasco Perera (*ADC*, 1987, p. 1075) que ante la restitución de cosas genéricas «*el riesgo lo soporta siempre el obligado a restituir*».

cuyo estado se manifestó por primera vez durante el consumo o procesamiento de estas por parte del deudor de la restitución [231].

5.2 La inexigibilidad de una restitución *in natura* y su sustitución por el valor

La restitución del valor tiene también sentido cuando la restitución del bien *in natura* no resulta imposible –ni física ni jurídicamente– pero sí extremadamente costosa para el deudor restitutorio [232]. La posibilidad de excepcionar la restitución en especie y acudir a la restitución del valor en estos casos ya se maneja en el Derecho europeo uniforme [233], ha sido propuesta por autores extranjeros [234], y en España no es desconocida para la resolución de contratos públicos a favor de la Administración (art. 307 TRLCSP) [235].

Configurar la restitución contractual como una relación obligatoria hace muy viable esta alternativa, basada en la excesiva onerosidad [236]. Solo una postura tradicional en sentido contrario –que además entienda, para la nulidad,

---

[231] Es la solución alemana prevista en el § 346.3 S. 1, según la cual la obligación de restituir el valor a cargo del deudor de la restitución cesa, cuando el vicio que da lugar a la resolución se manifiesta por primera vez durante el procesado o modificación del bien adquirido. En ese caso, el Derecho alemán permite recuperar el precio pagado por el deudor restitutorio, sin tener que devolver nada. Véase Schwab, *JuS*, 2002, p. 634.

[232] Lo apunta, Soler Presas, 2018, p. 1237. Y, desde su tesis del enriquecimiento en el contrato, Bech Serrat, 2019, p. 306.

[233] Así lo pusieron de manifiesto los comentaristas al artículo 9:308 PECL, equiparando la imposibilidad de la restitución al hecho de que esta resulta muy onerosa para el deudor. Véase Lando y Beale, 2000, p. 424. En el mismo sentido, el artículo 7.3.6 (2) PICC parece prever esto mismo. Según este precepto, procede una compensación razonable en dinero –una restitución del valor de la cosa–, siempre que la restitución en especie no sea posible «o apropiada». Por su parte, el artículo VII.- 5:101 (2) DCFR –norma sobre la restitución del enriquecimiento que se aplica a la restitución derivada de la nulidad contractual de acuerdo– permite al enriquecido y deudor de la restitución optar por pagar el valor monetario del enriquecimiento (en lugar de la restitución *in natura*) «*if a transfer would cause the enriched person unreasonable effort or expense*». Sobre esta posibilidad, véase Von Bar y Clive (eds.), 2009b, vol. 4, pp. 4104-4105. El artículo 160.3 del Anteproyecto Pavía de Código Europeo de Contratos excepciona la restitución en especie si resulta excesivamente onerosa para el deudor, teniendo en cuenta el interés de la contraparte. Y algo similar reconoce el artículo 173.1 CESL.

[234] Destaca aquí, Malaurie, 1991, pp. 94 y ss., quien además al ocuparse del Derecho de restituciones francés advertía del avance hacia una restitución del valor, atenuando la excepcionalidad de esta posibilidad. Por su parte, Baeck, 2013, p. 284 da cuenta de que, en el Derecho belga, se alude a la doctrina del abuso del derecho para neutralizar una restitución *in natura*, cuando esta resulta demasiado onerosa para el obligado a restituir. En el mismo sentido, refiriéndose a que la exigencia de una restitución *in natura* puede suponer un abuso del derecho a propósito de un caso francés de restitución de barriles de petróleo, Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 17. Recientemente, refiriéndose al mismo caso, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, pp. 805-806.

[235] El artículo 307.1 TRLCSP exceptúa de la recíproca restitución de los bienes y el importe de los pagos realizados el caso en que ello «*no fuera posible o conveniente para la Administración*», en cuyo caso abona esta su importe. Como se ve, al lado de la imposibilidad se sitúa la inconveniencia.

[236] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

que el artículo 1307 CC, como el 1303 CC es aplicable de oficio– impediría llegar a esta conclusión [237]. La operación consiste, simplemente, en permitir al deudor restitutorio optar por restituir el valor y no la cosa, aunque esta no se haya perdido, cuando la restitución *in natura* le sea inexigible. Es la solución que el Código civil ya reconoce en la accesión (arts. 360, 361 y 375 CC) [238]. Y es que, aunque en circunstancias normales el deudor de la restitución preferirá restituir lo que obtuvo [239], no siempre será así. La cuestión está en identificar ante qué casos puede resultar factible y qué presupuestos deben darse.

(a) Puede ocurrir que el deudor restitutorio no tenga en su poder la cosa que tiene que reintegrar, pero que su recuperación sea teóricamente posible (por ejemplo, la cosa ha perecido en un naufragio y se encuentra localizada en el fondo del mar). Aquí, la recuperación de la cosa por el deudor restitutorio es inexigible, si el coste del rescate es mayor que el valor de la cosa misma [240]. En similar sentido, puede pensarse en casos de restitución de barriles de crudo que se hallan bajo tierra [241]. En rigor, estos supuestos no plantean problema, pues se pueden abordar desde una perspectiva *como si* la cosa se hubiese perdido de hecho. Por tanto, se debe restituir su valor.

(b) Fuera del caso anterior, surge la pregunta de si el deudor de la restitución tiene algún margen de decisión sobre su prestación restitutoria; si puede «imponer» al acreedor una restitución del valor.

> Piénsese en una máquina montada y ubicada en las instalaciones del comprador. El contrato se resuelve por no reunir las características pactadas (o se anula por error). Ello, sin que al comprador interese ejercitar una acción *quanti minoris*, pues, aunque tiene valor económico, le es inservible en su industria. Por lo complejo del sistema de desmontado y, sobre todo, por la lejanía del vendedor, al comprador le resulta económicamente más atractivo restituir directamente el valor de la máquina, mediante transferencia bancaria. Además, como la máquina conserva su valor económico, el comprador puede revenderla a un tercero, que se hará cargo de los trabajos de desmontado y recogida.

---

[237] Así, por ejemplo, Quicios Molina, 2020, p. 1617.

[238] En este sentido, Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1076.

[239] Wendehorst, *European Parliament*, 2012, p. 17. Esta autora critica la regla prevista en el artículo 173.1 CESL en este sentido; pero lo hace porque, acaso, solo tiene en mente supuestos de compraventa de mercaderías o bienes fungibles en que no aparecerán típicamente los problemas que aquí se detallan. De hecho, al final (p. 25) la autora valora positivamente la cláusula de equidad del artículo 176 CESL, por las dificultades para alcanzar soluciones justas en todos los casos de restitución. Pues bien, qué duda cabe que algunos casos límites pueden tener que ver con la inexigibilidad de restituir en especie.

[240] Refiriéndose a una obra de arte, es el ejemplo que se utiliza en el comentario al artículo 7.3.6 (2) PICC, en su última versión. Véase U*nidroit Principles 2016*, cit., p. 265.

[241] Véase, desde el Derecho francés, Schmidt-Szalewski, *La Semaine Juridique*, 1989, párr. 17.

La preferencia por la restitución *in natura* neutraliza esta alternativa en general: el deudor no puede decidir caprichosamente si restituye o no en especie. Solo excepcionalmente, puede tener derecho a restituir el valor, por razones de eficiencia económica[242], esto es, cuando los costes de restitución que tenga que asumir superen el *valor* de restitución, si la cosa se hubiese perdido por caso fortuito o por culpa. En ese caso, la restitución *in natura* es inexigible al deudor, que puede restituir el valor[243]. La inexigibilidad la tendrá que demostrar el deudor de la restitución. Cuando no se da esta situación –y el deudor simplemente tiene interés en mantener lo adquirido y se puede permitir restituir su valor– se debe excluir esta posibilidad. De lo contrario, se autorizaría al deudor a escoger unilateralmente el modo en que desea llevar a cabo su obligación de restitución, perjudicando el interés del acreedor restitutorio en recuperar el bien. Piénsese, por ejemplo, en un bien único, como un cuadro, vendido como antigualla, cuya compra se anula por error del vendedor respecto de la verdadera autoría del lienzo. El vendedor querrá recuperar el cuadro, bien para sí, o para revenderlo, y el deudor de la restitución no puede decidir unilateralmente restituirle el valor, pues ello equivaldría a expropiarle la posibilidad de decidir, por medio de la restitución.

(c) Junto a lo anterior, puede ocurrir que al acreedor restitutorio no le interese la restitución *in natura*, aunque el deudor de la restitución esté en condiciones de prestarla[244], siéndole más atractiva una restitución del valor en dinero[245]. Se debe rechazar esta posibilidad. La restitución del valor constituye una manera *secundaria* de dar cumplimiento a la restitución integral y recíproca, cuando no cabe restitución *in natura*. Que pueda recurrirse a ella en supuestos de inexigibilidad para el deudor restitutorio obedece a excepcionales razones de eficiencia económica, ya explicadas. Por eso mismo, tampoco puede el acreedor restitutorio imponer al deudor la restitución que mejor le con-

---

[242] En este sentido, refiriéndose a la restitución regulada en el CESL, Lehmann, 2012, p. 693.

[243] Sobre la pretensión de cumplimiento específico y pretensión al valor económico del incumplimiento en la resolución, véase Carrasco Perera, 2017, sec. 21/27.

[244] Algún texto del derecho uniforme concede al acreedor de la restitución la posibilidad de escoger entre la restitución en especie o la del valor, salvo que el ejercicio de esta opción resulte contraria a la buena fe. Es el caso del artículo 160.4 CEC: «*Même si la restitution sous forme spécifique est possible, la faculté de choisir entre celle-ci et une somme d'argent, déterminée conformément à l'al. 3 qui précède, appartient au sujet qui a le droit de l'obtenir, à moins que la première option soit contraire à la bonne foi*».

[245] Así ocurrirá, cuando el estado de conservación de la cosa a restituir sea muy inferior al de la cosa que entregó. También cuando la cosa se devolvería con una carga fruto de la disposición que el obligado a restituir hizo del bien. Este último es el caso planteado por Schwab, *JuS*, 2002, p.632. Pone el ejemplo de una compraventa de un terreno en el que el comprador construye una casa, que financia con un crédito de 3 millones de euros, con el terreno como garantía. Un año y medio después se descubre que el suelo está contaminado y la administración prohíbe el uso del terreno. El contrato se resuelve. Si el comprador no pudiese cancelar el crédito solicitado al banco por problemas de liquidez (y solo le quedase devolver el terreno con la hipoteca), el vendedor no puede exigirle la restitución del valor del terreno en lugar de su devolución en especie.

viene. En su caso, el acreedor de la restitución tendría que demostrar que la restitución en especie le es ineconómica (aunque ello se antoja complicado), sin que la preferencia por la liquidez dineraria sea suficiente. Además, si la conservación de la cosa no hace atractivo para el acreedor de la restitución la devolución *in natura*, este tiene derecho a que se le abone una parte del valor en caso de deterioro (fortuito o culpable)[246]. Y, si la cosa ha perdido valor, como consecuencia de su uso normal, el acreedor de la restitución tiene derecho a una compensación por las ventajas de uso[247].

(d) La restitución excepcional del valor cuando la restitución *in natura* es inexigible plantea si los otros límites generalmente reconocidos a la pretensión de cumplimiento son aplicables al cumplimiento *in natura* de la restitución (como es la posibilidad del acreedor de procurarse la prestación por otra vía o la operación de reemplazo)[248]. No parece descabellada esta posibilidad, siempre que la restitución contractual se entienda en el marco de una relación obligatoria restitutoria, como aquí se defiende[249].

6. Excepciones a la neutralidad restitutoria (y la regla de restitución del valor)

La causa de fracaso del contrato –a la que, por regla general, la restitución contractual es insensible– puede influir en el resultado de la restitución contractual en determinados casos. Cuando eso sucede, la neutralidad de la relación obligatoria de restitución queda exceptuada, toda vez que se altera su equilibrio[250]. La consecuencia de ello es que una parte recupera lo entregado o su valor, mientras que la otra solo recibe el enriquecimiento restante en el patrimonio de la contraria.

6.1 Pérdida de la cosa atribuible al acreedor de la restitución

El caso más evidente de excepción de la neutralidad restitutoria es aquel en que la cosa se pierde por la misma causa que provoca la desvinculación,

---

[246] *Supra*, en este capítulo, III. 3.3.

[247] *Infra*, Capítulo 9, II. 3.

[248] Véase, refiriéndose a los PICC, Coen, 2003, p. 250.

[249] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

[250] Sobre la afectación al sinalagma del vicio que provoca la invalidez y, con ello, al valor de las prestaciones según el contrato, véase Basozabal Arrue, 1998, p. 219; también, *ADC*, 2018a, p. 26.

En relación con el sinalagma y la restitución contractual por resolución, véase sobre todo, Rodríguez Rosado, 2013, pp. 237-252.

siendo ambas imputables al acreedor restitutorio. La clave normativa reside en el artículo 1487 CC.

(a) *Planteamiento teórico*

El artículo 1487 CC contempla el caso en que la cosa vendida se pierde como consecuencia de los vicios [251]. Aquí, el comprador no soporta la pérdida de la cosa a restituir (no restituye el valor), porque esta no le es imputable [252]. El riesgo se traspasa al acreedor de la restitución (vendedor), por coincidir la causa de la desvinculación contractual y la causa de la pérdida. Por eso, el comprador puede recuperar el precio pagado sin devolver nada a cambio [253]. Esta operación no es una sanción, sino una inversión excepcional del reparto de los riesgos en caso de pérdida de la cosa a restituir. El Código hace bien, pues al comprador no le es exigible cubrirse frente a un riesgo creado por el acreedor restitutorio [254].

Al igual que sucede con el artículo 1488 CC, las bases del artículo 1487 CC admiten extrapolarse al grueso de la restitución contractual, a modo de regla general [255]. Así se ha planteado, con razón, para la resolución [256]. Y lo mismo cabría sostener para la rescisión por lesión, habida cuenta de la proximidad entre esta y los supuestos de vicios. Para la nulidad, una lectura *a contrario* del artículo 1314 I CC conduce al mismo resultado. Como se vio, la norma admite leerse en clave restitutoria, reconduciéndola a la restitución del valor del artículo 1307 CC, cuando la pérdida es imputable al deudor de la restitución. Siguiendo esa misma lógica, en los casos en los que la pérdida de la cosa es imputable al acreedor de la restitución (el vendedor en la compraventa), el artículo 1314 I CC se puede interpretar en paralelo al artículo 1487 CC. De este modo, se llega a una excepción de la regla general de restitución del valor a cargo del deudor de la restitución (arts. 1307 CC, 1314 I y 1488 CC), atribuyendo el riesgo al acreedor de la restitución. Por medio de esta operación, se supera la contradicción valorativa que supondría aplicar el artículo 1487 CC a los casos de saneamiento (incumplimiento) y el artículo 1307 CC a la nulidad. Que la solución haya de ser la misma en todas las restituciones por desvincu-

[251] Albaladejo García, 1982, p. 34.
[252] En este sentido, Montés Penadés, 1998b, pp. 677-678.
[253] Fenoy Picón, 2010a, p. 1623.
[254] Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, p. 576.
[255] En ese sentido, refiriéndose al artículo 1492 III CCit, Bargelli, 2010, pp. 390-391.
[256] Basándose en el § 346 BGB, Rodríguez Rosado, 2013, p. 251.

lación se compadece con la existencia de un sistema unitario de restitución contractual en el ordenamiento español [257].

Conviene advertir que la asignación del riesgo de pérdida al deudor restitutorio no descansa, en últimas, en que este sea responsable del fracaso del contrato, sino en que le es imputable la pérdida [258]. Lo que ocurre es que la responsabilidad por el fracaso del contrato determinará también la imputabilidad de la pérdida, como se ve en los casos de vicios. Y es que la responsabilidad del acreedor restitutorio en el fracaso del contrato no se depura en sede restitutoria, sino a través de la indemnización. Por eso, el artículo 1487 CC reconoce una segunda distinción, en función de si el vendedor conocía o no la existencia de los vicios. Si conocía la existencia de los vicios ocultos, queda obligado a abonar al comprador, además, «*los gastos del contrato, con los daños y perjuicios*». Repárese en que esta diferenciación no altera la consecuencia restitutoria, que siempre es la misma (el vendedor asume el riesgo), sino que impone una obligación adicional indemnizatoria. Porque la atribución al vendedor del riesgo restitutorio no es consecuencia de su mala fe, sino de que le sea imputable la destrucción de la cosa; pero si además era de mala fe, tendrá que indemnizar.

(b) *Aplicaciones prácticas*

La inversión del riesgo de restitución frente al acreedor de la restitución se aprecia bien ante algunos ejemplos prácticos.

(aa) Pérdida física

Un caso muy ilustrativo fue el resuelto por la STSJ Navarra, Sala Civil y Penal, 23 de junio de 1992 [259].

> A vendió a B una granja de conejos por importe de 30.000.000 pesetas pagaderas en varios plazos. Resultó que los animales padecían enfermedades infectocontagiosas, y murieron. Ante ello, el comprador, B, interpuso demanda interesando la nulidad de la compraventa, por dolo de A, y solicitando que se le devolviesen las cantidades abonadas. El vendedor, A, ocultó el hecho de la enfermedad de los animales a B, así como que fue esa enfermedad la que provocó su

[257] *Supra*, Capítulo 6, IV. 2.
[258] En similar sentido, desde el Derecho francés, Malaurie, 1991, p. 133.
[259] MP: Abárzuza Gil; RJ 1992/8375. Citada por, Jerez Delgado, 2011, n. 828.

muerte. La STSJ Navarra confirmó la nulidad del contrato, declarada por la Audiencia, y la subsiguiente devolución por A del precio abonado, con sus intereses. Por su parte, B solo quedó obligado en la restitución a la restitución de aquellos de los bienes enajenados integrantes de la granja «*a excepción de los animales vendidos, que murieron*»; no a restituir el valor.

Otro buen ejemplo de reparto de riesgos restitutorios y aplicación de la norma contenida en el artículo 1314 I CC es el de la STS, 1.ª, 10 de junio de 2010 [260]. Se había vendido una compañía naviera mediante la transmisión de la totalidad de sus acciones. El contrato se anuló por error-vicio de la compradora, que era imputable a la vendedora; esta última había garantizado expresamente en el contrato la veracidad del valor patrimonial de la compañía transmitida, siendo que en realidad se encontraba en situación de quiebra de hecho (y posterior de derecho). La causa de anulación del contrato era atribuible a la vendedora y no a la posterior gestión económica de la nueva titular. Es por ello por lo que la Sala 1.ª terminó rechazando la aplicación del artículo 1314 I CC, en su sentido literal, como pretendía la vendedora. Resolver en este sentido, significó que el riesgo de pérdida o, mejor dicho, deterioro, se desplazase a la empresa vendedora y que, en definitiva, no se aplicara el artículo 1307 CC. De esta guisa, la compradora recuperó el precio pagado y devolvió las acciones en el estado en que se encontraban, es decir, con un valor económico prácticamente ínfimo (enriquecimiento restante en el patrimonio).

Hay casos de resolución que se prestan a la misma distribución de riesgos.

Un ejemplo se contiene en la STS, 1.ª, 10 de diciembre de 2015 [261]. Se vendió una vivienda en un estado que la hacía inapta para ser habitada, por el pésimo estado de las vigas de forjado. De hecho, la vivienda estaba fuera del plan de ordenación urbana, siendo el final del edificio su derribo. El comprador pudo recuperar el precio pagado en la restitución; y cumplió devolviendo, bien la vivienda (si sigue existiendo), bien nada, si esta fue ya derruida.

En línea con el caso anterior, la SAP Castellón, Sec. 1.ª, 13 de febrero de 2001 [262] resolvió un caso prototípico de venta de un edificio afectado de aluminosis en el forjado de la cubierta, que se derrumbó al poco tiempo de la celebración del contrato. Según los hechos probados, la causa del derrumbe y de la ruina técnica del edificio fue la aluminosis, unida a los defectos constructivos (presencia de filtraciones y ausencia de elementos impermeabilizadores). La AP declaró resuelto el contrato, por incumplimiento de la vendedora en cuanto a la inhabilidad del objeto vendido y la consiguiente insatisfacción de los compradores. En lo que interesa, la AP ordenó la devolución de la finca inservible al vendedor (el enriquecimiento restante) y la recuperación de los compradores del precio de compra (FD 3.º). Todo ello, con el fin de «*volver al estado jurídico preexistente*». El fallo de la Audiencia podría considerarse intuitivo y lo cierto es que no se apoya en ningún precepto. En este sentido, podría cuestionarse por qué llegó a esa conclusión y no a la opuesta

[260] FD 3.º (MP: Marín Castán, RJ 2010/2675).
[261] MP: Salas Carceller; RJ 2015/5387.
[262] MP: Solaz Solar; AC 2002/571.

(que habría obligado a los compradores a restituir el valor del edificio que recibieron al momento de perderse; art. 1307 CC). Aunque no la explique, la razón es bien sencilla: porque la causa pérdida/deterioro era imputable al acreedor restitutorio.

(bb) Pérdida jurídica

También la pérdida jurídica, cuando es imputable al acreedor de la restitución, encaja en la excepción. Por ejemplo, si la cosa se expropia por la administración, ocultando el vendedor al comprador la existencia del expediente incoado.

Fue lo sucedido en el caso resuelto por la SAP Madrid, Sec. 12.ª, 9 de marzo de 1998 [263]. Se había vendido un piso cuyo inmueble iba a ser expropiado por el Ayuntamiento. Esta circunstancia era ignorada por los compradores que, al conocerla, anularon el contrato por error esencial. Al parecer, a la vendedora no le era desconocida la expropiación, aunque no se le imputó dolo. La AP condenó a los compradores, entre otros aspectos, a restituir el justiprecio percibido, como expresión del valor, en aplicación del artículo 1307 CC. El precio pagado fueron 7.318.653 ptas., mientras que el justiprecio se cifró en 2.114.650 ptas. A mi juicio, la razón de ser de este fallo se explica, sencillamente, porque la pérdida de la cosa era indirectamente atribuible a los vendedores, que conocían la futura expropiación. Por eso, tuvieron que devolver el precio cobrado, restituyendo los compradores el *enriquecimiento restante* en su patrimonio, que era el justiprecio. La diferencia abismal entre precio de compra y justiprecio avala esta solución [264].

(cc) La resolución de Banco Popular

La actualidad jurídica ofrece otros casos que encajan muy bien en la excepción a la neutralidad restitutoria. Me refiero a la resolución de Banco Popular y a las acciones de nulidad por error-vicio ejercitadas por quienes, de una manera u otra, adquirieron acciones de la entidad. Aquí se plantea igualmente un supuesto de pérdida de la cosa imputable al acreedor de la restitución. Y es que la resolución de la entidad financiera –que condujo a la pérdida de las acciones por los inversores– obedeció a un proceso progresivo de pérdida de liquidez del que esta era responsable. Por este motivo, anulado el contrato por error imputable al banco, no tiene buen sentido jurídico impedir a los accionistas recuperar la inversión e, indirectamente, atribuirles el riesgo de pérdida de

[263] MP: Uriarte López; AC 1998/4842. Véase, *infra,* en este capítulo, V. 1.5 (b).
[264] Sobre el caso, volveré más adelante, al referirme al valor objetivo frente al enriquecimiento.

las acciones. No obstante, es el resultado al que recientemente ha llegado la Sala 1.ª [265] y que, lamentablemente, ha terminado confirmando el TJUE [266].

(dd) Pérdida contractualizada

En fin, para los supuestos de «pérdida contractualizada», se dijo que el deudor de la restitución tendrá que correr con el riesgo de pérdida de la cosa, aunque fuera el acreedor el que, en cumplimiento del contrato, destruya antes parte de lo que entrega (por ejemplo, cuando el vendedor desguazaba previamente el coche que entregaba al comprador). En este caso, la pérdida era imputable, mediatamente, al deudor de la restitución, quien tenía que restituir el valor [267]. Siguiendo con el ejemplo del coche, si el comprador remunera previamente el servicio de desguace de la cosa, la pérdida dejaría de serle imputable. En este escenario, el vendedor (acreedor de la restitución) asume el riesgo de destrucción, si el contrato fracasa, por la causa que sea.

(c) *Excepción a la excepción. Infracción del deber de mitigar del deudor*

Aun siendo el acreedor de la restitución responsable de la pérdida, se vuelve a la regla general de asunción del riesgo por el deudor de la restitución –y a la neutralidad restitutoria–, cuando el deudor de la restitución incumple su deber de mitigar.

> Piénsese en un vendedor que entrega una cosa con vicios, los cuales conducirían a la destrucción o al deterioro de la cosa. En condiciones normales, el riesgo se atribuiría al acreedor restitutorio (vendedor). Pero, si el deudor restitutorio toma conocimiento de la existencia del vicio presente en el bien recibido y no hace lo necesario para evitar que el vicio se propague, aumente y destruya la cosa, aun pudiendo, no hay razón para invertir la distribución del riesgo: regla del deber de mitigar.

Reconocido para la responsabilidad contractual [268], el criterio del deber de mitigar merece extenderse a la distribución de riesgos en la restitución por desvinculación. Una vez el (futuro) deudor restitutorio toma conciencia de la existencia

[265] STS, 1.ª, 15 de diciembre de 2021 (MP: Díaz Fraile; RJ 2021/5508). Los motivos de mi discrepancia los expongo ampliamente en Ruiz Arranz, *ADC*, 2022, pp. 449 y ss. Véase, en similar sentido, Alemany, *Almacén de Derecho,* 2022

[266] STJUE 5 de mayo de 2022 – C/410/20 para. 47 – Banco Santander S.A. y J. A. C., M. C. P. R.

[267] *Supra*, en este capítulo, III. 3.3 (d).

[268] Véase Soler Presas, *ADC*, 1995, pp. 960-967. Posteriormente, con referencias al *soft law* europeo, Soler Presas, *InDret*, 2009, pp. 9-19.

de un elemento que, siendo achacable a su contraparte, puede provocar la destrucción de la cosa, se altera la atribución del riesgo al acreedor restitutorio. Desde ese instante el deudor de la restitución pasa a ser, cuanto menos, corresponsable en el riesgo. Por eso, si continúa sirviéndose del bien de modo normal y finalmente se produce la destrucción o deterioro de la cosa, no cabe seguir considerando la pérdida de la cosa es totalmente imputable al acreedor restitutorio. Este enfoque se compadece con la idea general, ya explicada, de que el riesgo de pérdida fortuita corresponde al deudor de la restitución, porque está en mejor situación de cubrirse frente a toda clase de eventos (tiene la cosa en su poder).

(d) *Concurrencia de culpas*

En línea con lo expuesto, puede suceder que la destrucción o el deterioro de la cosa a restituir sea achacable a ambas partes (distinto de la infracción del deber de mitigar).

> Piénsese, por ejemplo, en la compraventa de un automóvil, que se vende con un defecto de motor suficiente como para desembocar en la pérdida de la cosa al poco tiempo de uso; y en el que, además, el comprador realiza un uso imprudente, casi doloso, del vehículo, conduciendo muy por encima de la velocidad permitida y, desde luego, de lo que un motor de las características vendidas soportaría [269].

Existiendo concurrencia de culpas en la destrucción o deterioro de la cosa, lo más sensato es repartir el riesgo restitutorio en igual proporción a la participación de cada contratante en la pérdida o el deterioro [270]. A efectos prácticos, esto significa que el deudor de la restitución debe solamente una parte del valor, proporcional a su grado de culpa en la pérdida de la cosa; por su parte, acreedor podría retener una parte del precio.

6.2 Deterioro atribuible al acreedor restitutorio

Si se recuerda, cuando el deterioro era fortuito o imputable al deudor de la restitución, este quedaba obligado a devolver la cosa y a restituir adicionalmente el valor perdido por la cosa, como consecuencia del deterioro [271]. Sin embargo, cuando el deterioro es atribuible al acreedor de la restitución, este asume el

---

[269] Si se recuerda, era el caso S2, analizado en el Capítulo 3, II. 2.1, sobre Derecho alemán.
[270] En este sentido, refiriéndose a los PICC, Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, p. 577.
[271] *Supra*, en este capítulo, III. 3.3.

riesgo[272]. Quiere esto decir que el deudor restitutorio cumple, devolviendo el objeto deteriorado como consecuencia del vicio. Con esto, se rompe la neutralidad restitutoria en los casos de deterioro, pues la causa de fracaso del contrato deja de ser insensible y, técnicamente, el deudor restituye solo el enriquecimiento restante en su patrimonio. Es lo que deduce del artículo 1498 *in fine* CC, para los deterioros procedentes del vicio redhibitorio en la compra de animales.

6.3 La evicción

La evicción en la compraventa representa otro caso de excepción a la neutralidad restitutoria que merece ser estudiado aparte. Además de una causa de desvinculación (art. 1475 I CC)[273], la evicción representa un supuesto de pérdida de la cosa vendida, la cual no puede restituirse *in natura* tras el fracaso del contrato[274]. Si bien la cosa se pierde en poder del comprador, el Código civil atribuye al vendedor (acreedor restitutorio) el riesgo, porque le es imputable la pérdida, como consecuencia de la evicción[275]. Lo hace obligándole a restituir el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción

---

[272] Morales Moreno, 1993b, sec. IV.

[273] Basta con contemplar el supuesto considerando la evicción como lo que es: un supuesto de incumplimiento contractual. Así lo entiende la mejor doctrina desde hace tiempo (por todos, Pantaleón Prieto, *ADC*, 1991, p. 1051). Por eso, la evicción abre la puerta al remedio resolutorio del contrato (art. 1124 CC) y, consecuentemente, a la restitución (art. 1303 CC). Lo que sucede es que, en tal caso, la restitución contractual derivada de la evicción tiene que matizarse con ayuda de las reglas especiales de distribución de riesgos que el Código civil ofrece y que proporcionan información muy valiosa para distribuir riesgos por pérdida en este caso. Sobre la evicción como supuesto de resolución por incumplimiento, véase la STS, 1.ª, 12 de febrero de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/545) a la que me refiero *infra* en este epígrafe. También, la STS, 1.ª, 30 de diciembre de 2003, FD 2.º (MP: Martínez-Pereda Rodríguez; RJ 2003/8998), en un supuesto de compraventa de unas fincas para el establecimiento de una estación de servicio que no pertenecían a la vendedora al momento de la celebración del contrato. Con cita de otras tantas sentencias, la Sala 1.ª advierte que «*constituye doctrina tradicional de esta Sala que, en los casos de compraventa, la entrega de una cosa por otra (aliud pro alio) constituye incumplimiento a los efectos resolutorios*».

No obstante, contrario a entender la evicción como un incumplimiento: García Cantero,1980, sec. II.

[274] La única particularidad es que la pérdida no se produce en sentido físico, no tiene lugar una destrucción de la cosa o un deterioro de esta; se trata simplemente de que el comprador es condenado por sentencia firme a la pérdida de la cosa adquirida o de parte de ella (art. 1480 CC). Efectivamente, la pérdida de la cosa puede ser total o parcial (cfr. art. 1479 I CC).

[275] En efecto, es necesario que se produzca la evicción y que el comprador pierda la cosa comprada. Si «simplemente» se vendió una cosa que era ajena, el incumplimiento se debe traducir en una restitución integral y recíproca, de acuerdo con los artículos 1303, 1295 I, y 1308 CC, por ser posible la devolución *in natura*. Véase, en este sentido, la STS, 1.ª; 30 de diciembre de 2003, FD 6.º y 7.º (MP: Martínez-Pereda Rodríguez; RJ 2003/8998), antes citada, y donde el TS obligó a una restitución, pues solamente se había cuestionado la propiedad de parte de las fincas vendidas en un expediente administrativo, sin que la compradora hubiese sido vencida en juicio sobre su derecho dominical.

(art. 1478 1.º CC)[276]. De este modo, se excepciona la regla general de restitución del valor por el deudor de la restitución (arts. 1307, 1314 I y 1488 CC).

La atribución del riesgo de pérdida de la cosa por evicción al acreedor de la restitución se condiciona a que el comprador vencido en juicio cumpla con una serie de cargas (llamada en garantía) (cfr. arts. 1481, 1482 CC y 14 LEC). A la hora de distribuir ese riesgo restitutorio, acaso tenga sentido mitigar o suavizar el alcance de la llamada en garantía al vendedor al proceso[277]; y la jurisprudencia ofrece buenos ejemplos de ello[278].

6.4 ¿La causalidad hipotética como excepción a la neutralidad?

El § 346.3 S.2 BGB excepciona la obligación de restituir el valor de la cosa a cargo del deudor, si la pérdida o el deterioro se hubieran producido *igualmente*, estando la cosa en poder del acreedor de la restitución (causalidad hipotética). En ese caso, el riesgo de alteración restitutoria se le trasladaba a él. La regla ya se considera discutible en este ordenamiento[279] y algunos textos de armonización, como los PICC, han rechazado expresamente este trasvase de riesgos restitutorios[280]. Podemos preguntarnos si tiene sentido incorporarla al sistema español. Hay quien así lo ha defendido, basándose en el Código ale-

---

[276] Más adelante veremos la interpretación que debe darse a esa previsión del artículo 1478 1.º CC a la hora de computar el valor a restituir. De ello me ocupo, *infra*, en este capítulo, V. 4.2.

[277] No en vano, la pérdida del derecho al saneamiento del comprador por la no notificación al vendedor, cuando este realmente carecía de medios para evitar la evicción, se la ha plantado algún autor como injusta, aun admitiéndola por razones procesales (Albaladejo García, 1982, p. 29).

[278] Se trata de la STS, 1.ª, 14 de febrero de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/545). Esta sentencia no se pronunció sobre las consecuencias restitutorias que habían de seguir al incumplimiento que motivo la evicción de la venta, aunque el caso habría dado para ello. Los hechos del caso son sencillos. Después de la compraventa, la sociedad compradora directamente se allanó frente a la acción reivindicatoria ejercitada por el tercero propietario, sin «oponer resistencia». Surge inmediatamente la cuestión de si el hecho del allanamiento de la compradora habría podido tener alguna influencia en la obligación de restitución del precio a cargo de la vendedora; es decir, si el no haber llamado a la vendedora al proceso debería poder alterar el reparto de riesgos restitutorios propio de la evicción. De los hechos se desprende *(i)* que la finca se vendió como no inmatriculada, manifestando los vendedores ser titulares del pleno dominio de esta; *(ii)* que la compradora la inmatriculó por el procedimiento del artículo 205 LH; y *(iii)* que la acción reivindicatoria que se ejercitó frente a la compradora tenía su base en la propiedad de la finca de terceras sociedades cuyo dominio figuraba inscrito en el Registro con anterioridad a la venta. No hay que perder de vista que el allanamiento implica la aceptación por el demandado del derecho que el demandante afirma con su pretensión (art. 21 LEC) y que, en puridad, no es una declaración positiva sobre los hechos afirmados por el actor en la demanda; es un acto estrictamente procesal, sin trascendencia fuera del proceso, y que no vincula al juez para resolver. Estando tan clara como en este supuesto la ausencia de titularidad del transmitente y la titularidad de los reivindicantes, no parece que el allanamiento y la no llamada al vendedor al proceso pudieran alterar el reparto de riesgos restitutorios.

[279] Hellwege, 2004, pp. 561-562.

[280] Así se extrae del comentario oficial a los artículos 3.2.15 y 7.3.6 PICC; lo que, sin embargo, ha sido criticado: véase Du Plessis, 2015, p. 547.

mán [281], o en la regla del artículo 1896 II 2.ª pr. CC, para el cobro de lo indebido, que mitiga la responsabilidad del *accipiens* de mala fe sobre los menoscabos fortuitos de la cosa, cuando estos se hubieren producido igualmente estando aquella en poder del *solvens* [282].

Creo que no tiene buen sentido excepcionar la regla general de restitución del valor en caso de pérdida con base en la causalidad hipotética. Una regla de estas características piensa en casos extraordinarios y difícilmente asegurables (por ejemplo, si la cosa se destruye como consecuencia de una inundación, un terremoto, una gran nevada o la erupción de un volcán, que hubieran abnegado o afectado también la finca del acreedor de la restitución). Ante esos supuestos, no hay motivo alguno que invite a modificar la regla general, ya que los mismos argumentos que sirven para atribuir al deudor de la restitución el riesgo de pérdida o deterioro fortuito permanecen [283]. Incluso ante casos extremos, el deudor restitutorio tendría más facilidades para cubrirse que el acreedor restitutorio (contratando, por ejemplo, un seguro frente a este tipo de catástrofes).

A ello se suma lo incierto del criterio de la causalidad hipotética. La pregunta no es qué habría sucedido si el acreedor restitutorio hubiera tenido en su poder el bien que se le debía devolver, sino si este bien se habría encontrado realmente en su patrimonio, teniendo en cuenta que aquel ya lo había transmitido por contrato. En el cobro de lo indebido, la exoneración excepcional del *accipiens* de mala fe en atención a la causalidad hipotética se justifica porque la pérdida del bien es ajena a la *solutio* (entrega) en la que se cristalizó el pago [284]. Pero ello, repárese, en un contexto en el que es el hecho mismo del pago el que justifica la restitución. No es el esquema de la restitución por desvinculación, en la que la cosa se entrega en cumplimiento del contrato. Por eso, se debería rechazar extrapolar una solución similar a la del § 346.3 S.2 BGB.

6.5 La mora del acreedor restitutorio

El último supuesto que podría justificar excepcionar la neutralidad restitutoria (y la restitución del valor por el deudor) se plantea cuando el acreedor

[281] Sobre todo, Rodríguez Rosado, 2013, p. 251. Con anterioridad, otros autores han defendido una postura similar, pero para la restitución posesoria o el artículo 1182 CC: Yzquierdo Tolsada, 1997, p. 84. Este autor defiende la posibilidad de que se permita la prueba de que la cosa se hubiera perdido de todos modos estando en poder del acreedor, con independencia de la mora del deudor.

[282] Basozabal Arrue, 2022, p. 76.

[283] En este sentido, desde el análisis del Derecho uniforme, Hellwege, 2018d, p. 1406; Huber, 2015, pp. 963-964; Zimmermann, *Unif. Law Rev.*, 2011, p. 576.

[284] Así, citando la opinión de Rodríguez del Barco, Sánchez Gómez, 2009, p. 2147.

de la restitución incurre en mora. Es decir, el deudor restitutorio ofrece el cumplimiento de su obligación de restitución y hace cuanto estuviera en su mano para cumplir [285], sin que el acreedor de la restitución cumpla con la «carga» que le supone colaborar en recuperar el bien (arts. 1100 III y 1308 CC); no recogiéndola del domicilio del deudor, por ejemplo [286]. Si, entre tanto, se produce la pérdida fortuita de la cosa en manos del deudor de la restitución, surge la pregunta de si este debe continuar soportando el riesgo.

Tal como lo veo, si el acreedor restitutorio incurre en mora, no parece apropiado que el riesgo de pérdida del bien lo siga sufriendo el deudor de la restitución [287]. Es, al fin y al cabo, lo que ocurre en cualquier otra relación obligatoria: la mora altera el reparto de riesgos, y, desde luego, la mora del acreedor [288]. En la relación obligatoria restitutoria, la mora del acreedor de la restitución produce la ficción de que la pérdida es imputable al acreedor, aunque en realidad se haya producido por un caso fortuito. Asimismo, la mora del acreedor restitutorio puede determinar una indemnización adicional a su cargo [289], si se irroga un daño al deudor de la restitución [290].

Solo existe un caso, a mi parecer, en el que la *mora creditoris* seguiría perjudicando al deudor de la restitución. Se trata de la hipótesis de pérdida fortuita de la cosa, que hubiera ocurrido igualmente en poder del acreedor, aunque este no hubiera incurrido en mora. Hay quien podría preguntarse por qué la causalidad hipotética sirve para que el riesgo regrese al deudor restitutorio aquí (a pesar de la mora), pero no para trasladárselo directamente al acreedor [291], como acabo de defender. La razón está en que, en el caso que analizo ahora, la mora actúa como excepción a la regla general. Por eso, no tiene demasiado sentido invertir dicha regla cuando la mora deja de ser relevante [292].

---

[285] Sobre este requisito de la mora del acreedor, véase Cabanillas Sánchez, *ADC*, 1987, pp. 1358-1365. Sobre la *mora creditoris* en el moderno derecho privado europeo a partir de una visión histórica, Martens, 2018, párr. 1-13.

[286] Sobre el deber de cooperar del acreedor entendido como carga, de nuevo, Cabanillas Sánchez, *ADC*, 1987, pp. 1374-1375. Más recientemente, al referirse a la *mora creditoris*, Carrasco Perera, 2017, cap. 18/52.

[287] En este sentido, Rodríguez Rosado, 2013, p. 251. También, Bridge, 2018a, párr. 30.

[288] Véase Cabanillas Sánchez, *ADC*, 1987, pp. 1393 y 1402-1409; Carrasco Perera, 2017, cap. 18/55. La *mora creditoris*, se reconoce, enerva y paraliza, además, la anterior mora del deudor. Así, Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, cap. 20/33.

[289] La indemnización general del acreedor en caso de mora se reconoce en nuestro sistema. Véase Cabanillas Sánchez, *ADC*, 1987, pp. 1409-1416. Le ha seguido, Sabater Bayle, *Actualidad Civil*, 1989, pp. 2021-2022. En similar sentido, y por referencia a la regla del artículo 36.3 LCTTM, Carrasco Perera, 2017, sec. 18/55.

[290] En este sentido, Vila Ribas, 2010, p. 1439. Desde el Derecho uniforme, refiriéndose a la restitución resolutoria del artículo 81.2 CISG, Fountoulakis, 2019a, párr. 29. También, Bridge, 2018a, párr. 31.

[291] No obstante, véase Yzquierdo Tolsada, 1997, p. 84. Autor que defiende una ampliación de la causalidad hipotética a todos los casos, basada en la prueba.

[292] Por ejemplo, si el acreedor de la restitución de un vehículo incurre en mora, y este se destruye como consecuencia de unas inundaciones, el riesgo será de ese acreedor. Ahora bien, si se determina que

6.6 El desistimiento del consumidor como excepción a la neutralidad

Según el artículo 75.1 II TRLGDCU, «*en los casos en que la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento de ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de este*» [293]. De esta norma, interesa, de momento, solo su primera proposición. De ella se deduce que el consumidor no asume el riesgo de pérdida fortuita de la cosa, como deudor de la restitución [294]. Así, se excepciona la regla general de restitución del valor en caso de pérdida fortuita (arts. 1307, 1295 III y 1488 CC). El consumidor (deudor restitutorio) solo asume el riesgo de pérdida de la cosa cuando esta tiene lugar por culpa o dolo suyo (art. 1314 I CC) [295]. Aunque la regla se reconoce únicamente para el desistimiento, se ha defendido extender su aplicación al resto de supuestos donde el consumidor se convierte en deudor de la restitución (por ejemplo, la resolución) [296].

Esta normativa merece algunas reflexiones. El desistimiento es un supuesto de fracaso contractual atribuible al consumidor que ejercita, *ad nutum*, una facultad que legalmente le corresponde (cfr. arts. 68 TRLGDCU) [297]. Con ello, se protege al consumidor, conjurando el riesgo de adopción de decisiones precipitadas y desinformadas en contextos proclives a la contratación bajo presión (cfr., Cdo. 37 Directiva 2011/83) [298]. Esto hace que no tenga demasiado sentido liberar al consumidor que desiste del riesgo de pérdida *fortuita* del bien. Por eso, según lo veo, la regla del artículo 75.1 II TRLGDCU debería operar de manera inversa: si se pretende proteger al consumidor de una decisión precipitada y/o un uso inadecuado de lo adquirido, resulta más conveniente protegerle de la pérdida culpable, no de la fortuita. Tal y como figura redactada, la norma es paradójicamente más tuitiva del empresario, ya que es más probable que la destrucción se produzca por culpa del consumidor, la cual además se presume [299].

---

el vehículo se habría perdido igualmente estando en poder del deudor de la restitución, se debe neutralizar la excepción. En ese supuesto, la destrucción de la cosa no sería imputable al acreedor de la restitución.

[293] La misma regla se prevé para la imposibilidad de restitución *in natura* y el desistimiento en los contratos complementarios (art. 76 bis 3 TRLGDCU).

[294] Beluche Rincón, 2009, p. 88; Minero Alejandre, 2015b, párr. 1.

[295] Véase el resumen de Beluche Rincón, 2009, p. 89.

[296] En este sentido, Carrasco Perera, *CESCO*, 2014, p. 36; Minero Alejandre, 2015c, párr. 3.

[297] Beluche Rincón, 2009, pp. 31 y 34-35. También, sobre los requisitos de un desistimiento *ad nutum* legalmente reconocido, Klein, M., 1997, pp. 340 y 343.

[298] Sobre el fundamento del derecho de desistimiento en contratos con consumidores, véase Beluche Rincón, 2009, pp. 32-35 y 42-48; Carrasco Perera, *CESCO*, 2014, pp. 46-47.

[299] En aplicación del artículo 1183 CC. En este sentido, véase García Vicente, 1997, pp. 183-184; Minero Alejandre, 2015a, sec. II; Vázquez-Pastor Jiménez, *InDret*, 2014, p. 22.

6.7 La consecuencia restitutoria de excepcionar la regla del valor: el enriquecimiento

Cuando el acreedor de la restitución asume el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa se elimina la neutralidad restitutoria. Excepcionar la neutralidad restitutoria significa que la restitución contractual deja de ser insensible a la causa de fracaso del contrato y a quien le sea imputable. En ese caso, el acreedor restitutorio tiene que devolver lo recibido (el precio, normalmente), pero no recibe ni la cosa (arts. 1295 I, 1303 y 1486 CC) ni su valor (arts. 1295 III, 1307 y 1488 CC). La pérdida de la neutralidad conduce a que una parte –la no responsable– restituya solo en la medida de su enriquecimiento restante en su patrimonio (frente al valor). Esta es la regla que se prevé en el Derecho alemán para la restitución en caso de resolución (§ 346.3 *in fine* BGB), la que se ha defendido ya en España[300], y la que se plantea desde el estudio del Derecho europeo armonizado[301]. Bien miradas las cosas, es la solución del artículo 1487 CC[302], si se tienen en cuenta sus antecedentes[303], que son los del «*mortuus redhibetur*»[304].

IV. LA REGULACIÓN ESPECIAL DE LAS ALTERACIONES RESTITUTORIAS EN CASO DE DISCAPACIDAD Y MINORÍA DE EDAD

El Código civil contiene una regla especial restitutoria cuando el contrato se anula como consecuencia de la minoría de edad o la discapacidad de uno de los contratantes: el artículo 1304 CC. Esta regla concede la posibilidad de restituir en la medida del enriquecimiento y debe interpretarse dentro de la necesidad de protección que menores y personas con discapacidad merecen en la contratación. La norma acaba de ser objeto de una modificación legislativa relevante, que bifurca en dos el régimen restitutorio de los generalmente deno-

---

[300] Con cita de la norma alemana Rodríguez Rosado, 2013, p. 252. También,

[301] Abordando la cuestión del subrogado, Hellwege (2018d, pp. 1411-1412) advierte de la inexistencia de un criterio asentado en los textos europeos (CISG, PECL, PICC; DCFR y CESL), y se muestra partidario de introducir una «responsabilidad por los subrogados» («*liability for substitutes*»), consistente en conceder al acreedor de la restitución el subrogado, siempre que se excepcione la obligación del deudor de prestar el valor. Véase también, a propósito del caso de la resolución de Banco Popular, Alemany, *Almacén de Derecho,* 2022

[302] En este sentido, Fenoy Picón, 2010a, p. 1623.

[303] El artículo 1487 CC tiene su antecedente en el artículo 1409 P. 1851. Sobre él, García Goyena advertía de que el vendedor tenía derecho a percibir, en la restitución, «*lo que reste de la cosa y de sus accesorios; por ejemplo, tratándose de un caballo, la piel, cabeza, brida, silla, etc., que fueron comprendidas en la venta*». Véase García Goyena, 1852, vol. III, p. 400.

[304] Estudiada en el Capítulo 1, V. 3.1 (b).

minados «incapaces»[305]. Sin perjuicio de detenerme al final (3) en el sentido de la reforma operada por la Ley 8/2021, comenzaré abordando la cuestión como si la modificación no hubiera tenido lugar, pues solo así se puede entender por qué su introducción representa un error del legislador.

De la literalidad del artículo 1304 CC se desprende que, cuando resulta de aplicación, se restituye el enriquecimiento experimentado por el menor o la persona con discapacidad con la cosa o el precio[306]. A partir de aquí comienzan los problemas. Trataré de demostrar que la restitución en la medida del enriquecimiento no constituye una regla general aplicable a cualquier caso de nulidad por minoría de edad o falta de capacidad, sino que solo actúa como excepción a la restitución del valor si la cosa se pierde fortuitamente o por causa imputable al mismo deudor.

1. **El estado de la cuestión respecto a los artículos 1304 y 1314 II CC**

Desde la promulgación del Código, la doctrina[307] entendió que el artículo 1304 CC reconocía una excepción a la regla general del artículo 1303 CC, para contratos celebrados con incapaces y anulados por esta causa[308]. Que la aplicación del artículo 1304 CC solo rige para cuando la incapacidad actúa como causa de nulidad es correcto. Una vez aquí, el «enriquecimiento» que menciona el precepto plantea más interrogantes. Veámoslo con las interpretaciones que se le han dado.

1.1 Las interpretaciones del artículo 1304 CC

(a) Los primeros comentaristas del Código civil asociaron el «enriquecimiento» a que se refiere el artículo 1304 CC con el incremento patrimonial

[305] Me refiero a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (publicada en el *BOE* del 3 de junio de 2021; entró en vigor el 3 de septiembre de 2021). Su objeto es, como indica la propia exposición de motivos, incorporar el mandato del artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

[306] En este sentido, Carrasco Perera (*ADC*, 1988, p. 105) tiene dicho que el artículo 1304 CC es «*el único caso en el Código civil donde se responde plena y exclusivamente por el enriquecimiento en sentido estricto*». También, Toldrà Roca, 2006, p. 179, y Orozco Muñoz, 2015, pp. 298-299.

Muestran sus dudas acerca del funcionamiento conceptual de la regla del artículo 1304 CC, en cuanto a si tiene por fundamento el propio enriquecimiento o si el enriquecimiento no juega sino como límite de la restitución, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 285-286.

[307] Véase Sánchez Román, 1899, p. 366. Y, poco después, Manresa y Navarro, 1907, pp. 783-784.

[308] Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 601; Toldrà Roca, 2006, pp. 177-180.

beneficioso para el incapaz; es decir, al aumento patrimonial de carácter útil para el incapaz, siempre que este se probase [309]. Así, establecían un paralelismo con el artículo 1163 CC (*«en cuanto se hubiere convertido en su utilidad»).* La necesidad de que el incapaz experimentase un beneficio concreto se puede resumir con una frase de *Manresa y Navarro*: «*la simple entrega al incapaz de cosas o precio no demuestra la ventaja que este obtenga*» [310].

(b) La Sala 1.ª del TS ha compartido, desde antaño, la interpretación del artículo 1304 CC formulada por la doctrina española de principios del s. XX.

> Representativa de ello es la STS, 1.ª, 9 de febrero de 1949 [311] que resolvía un caso en que una persona con discapacidad enajenaba unas fincas a cambio de un precio de 60.000 pesetas; dinero que fue gastado en su totalidad por este vendedor antes de la impugnación del contrato. En su resolución (Cdo. 4.º), el TS explicaba que el enriquecimiento del incapaz no se producía por «*la mera entrega de cantidad que se le haya hecho, sino por el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades, incumbiendo la prueba del enriquecimiento así entendido al contratante capaz*». En efecto, «*así entendido*», el artículo 1304 CC representaba, para el TS, una «*una excepción de la norma general de reposición de las cosas al ser y estado que tenían antes del contrato, establecida en el artículo 1303 del mismo Código*». En el mismo Cdo., la Sala 1.ª identificaba el enriquecimiento de la norma con «*el incremento o beneficio causado en su patrimonio* [el del incapaz] *mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades*». Con estos mimbres, la Sala 1.ª no llegó a identificar enriquecimiento en el vendedor privado de capacidad, en la medida en que dilapidó «*en forma no útil ni prudente* [312]» las 60.000 pesetas recibidas. Por eso –por no haberse enriquecido–, no se le impuso obligación de restituir.

El caso es interesante y conviene que se retenga por lo que después se dirá. Si bien el vendedor con discapacidad había consumido el dinero recibido con el contrato de compraventa celebrado, el razonamiento del TS no descansó directamente en este hecho, sino en que no se había enriquecido con el precio; que las 60.000 pesetas recibidas no le habían servido para *incrementar* su patrimonio.

---

[309] Sánchez Román, 1899, p. 366.

[310] Manresa y Navarro, 1907, p. 786. Este mismo autor, al ocuparse de «*en qué consiste*» el enriquecimiento indicaba (p. 785) que «*no supone, como pudiera creerse, un aumento material y duradero de fortuna, y sí un empleo beneficioso y prudente por el incapaz de aquello que recibió, dentro de lo que determinen sus necesidades, posición y deberes, que a otras personas le liguen*, […], *no bastando por lo mismo que el contrato produzca comodidad, lujo o recreo al incapaz*».

[311] MP: Desconocido; RJ 1949/99.

[312] Se aprecia cierta influencia de la doctrina española inmediatamente posterior al Código civil. Véase, *supra*, el texto que acompaña a la notas 309 y 310.

(c) La doctrina actual mayoritaria ha sido continuista y comparte esta aproximación histórica del Tribunal Supremo sobre la restitución del menor o el discapacitado. Los autores[313], plantean la regla del artículo 1304 CC como una excepción directa al artículo 1303 CC que permite al menor o la persona con discapacidad retener aquella atribución patrimonial que no le haya enriquecido efectivamente; y únicamente asumen la existencia de enriquecimiento cuando se produce un *aumento* material de la fortuna de aquellos, acompañado de un empleo beneficioso de lo recibido, o la evitación de un gasto (lo que vinculan al artículo 1163 CC[314]). Por tanto, cuando lo recibido sea una prestación pecuniaria, tendrá que estarse a la inversión dada al dinero. La prueba del enriquecimiento corresponde al que contrató con el menor o el discapacitado. La jurisprudencia posterior se ha movido en las mismas coordenadas interpretativas[315].

La exégesis del artículo 1304 CC que acabo de presentar resulta *restrictiva* a la hora de obligar al menor o a la persona con discapacidad a restituir, ya que exige un beneficio, utilidad o incremento patrimonial de su parte. Sin eso, no ha lugar a ninguna restitución[316]. Al mismo tiempo, esa aproximación es *amplia*, en la medida en que se puede aplicar –directamente como excepción a la regla restitutoria general del artículo 1303 CC– a todos los casos en que aparece un menor o una persona con discapacidad dentro de la ecuación restitutoria (y esa es la causa de la nulidad). Este enfoque merece criticarse, como desarrollaré en este epígrafe. Antes de ello, corresponde que me ocupe de la regla del artículo 1314 II CC, también en su versión previa a la reforma de 2021.

1.2 El artículo 1314 II CC como regla restitutoria

Junto el artículo 1304 CC, la protección del menor o el discapacitado se vehicula a través de la regla del artículo 1314 II CC. Según este precepto, «*si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción* [de nulidad] *prevalez-*

---

[313] Colás Escandón, 2013c, sec. 2; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 281-282; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 601; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 264-265; Miquel González, *EJB*, 1995a, pp. 480-481; Orozco Muñoz, 2015, p. 96; Pantaleón Prieto, *Almacén de Derecho*, 2021; Quicios Molina, 2020, pp. 1621-1622; Toldrà Roca, 2006, pp. 177-180; Vila Ribas, 2010, p. 1434.

[314] Abiertamente, Puig Brutau, 1988, p. 299.

[315] Así, por ejemplo, SAP Baleares, Sec. 3.ª, 12 de junio de 2000, FD 2.º (MP: Rigó Roselló; JUR 2000\242932). Se trataba de un contrato de préstamo concedido a un incapaz y en el que la inversión que realizó con el capital resultó ser provechosa. Por eso, se debía restituir, para la Audiencia, la suma recibida y no el bien adquirido, que es lo que pretendía el representante legal del incapaz.

[316] Vila Ribas, 2010, p. 1434.

ca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad». A partir de esa no exclusión de la acción de nulidad, la norma se ha interpretado tradicionalmente en clave de que solo la contraparte del menor queda obligada a restituir; no el menor, cuya pérdida de la cosa debida en la restitución se trataría como un supuesto de pérdida fortuita, aunque no lo sea [317]. Al igual que su párrafo precedente, el artículo 1314 II CC se interpreta dentro de la lógica de la confirmación, a la que se equipara [318].

2. La restitución del enriquecimiento solo se aplica en caso de pérdida de la cosa

La restitución del enriquecimiento en caso de nulidad por minoría de edad o discapacidad tiene sus orígenes en la acción de *in rem verso* romana; acción que, como se vio en el Capítulo 2, se introdujo en el artículo 1312 CCfr de 1804, así como en la codificación española [319]. Entonces advertí sobre la necesidad de reinterpretar la restitución del enriquecimiento que plantea esta regla. Veamos cómo. Por el momento, me referiré solo a la versión anterior a la Ley 8/2021.

2.1 El sentido del artículo 1304 CC

El artículo 1304 CC permite al incapaz restituir en la medida de su enriquecimiento [320], que constituye la medida de la restitución. Esta vicisitud ya ofrece bastantes pistas sobre el sentido que debe atribuirse realmente a la norma: la necesidad de proteger al menor o la persona con discapacidad de las consecuencias patrimoniales desfavorables, debido a la celebración de contratos en los que no pueden actuar por su cuenta [321]. A partir de aquí, la pregunta es ante qué supuesto tiene sentido una restitución en estos términos. Ya hemos visto que la opinión más extendida en España se inclina por aplicar el artículo 1304 CC a cualquier caso de nulidad basada en la minoría o la discapacidad de un contratante [322]. Es decir, como excepción directa a la regla gene-

[317] Badosa Coll, 1987, pp. 943-945.
[318] Véase Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 609.
[319] *Supra*, Capítulo 2, I. 3; III. 5.2 (b); y III. 5.3 (d). Véase también, *supra*, Capítulo 1, V. 3.1 (a), para el Proyecto de 1851.
[320] Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 94.
[321] En este sentido, Vila Ribas, 2010, p. 1434.
[322] *Supra*, en este capítulo, IV. 1.1.

ral de restitución integral recíproca (art. 1303 CC). Bajo esa óptica, el enriquecimiento se asocia con la utilidad o el incremento en el patrimonio del menor o el incapaz, gracias a la prestación recibida.

Creo, sin embargo, que el precepto solo resulta aplicable al caso en que el menor o discapacitado no se encuentre en condiciones de devolver *in natura* la cosa recibida [323]. Como se vio en el Capítulo 2, la noción «enriquecimiento» se refiere a aquello que queda en el patrimonio de un sujeto, cuando no se puede restituir lo recibido [324]. Los antecedentes históricos del artículo 1304 CC apuntan en esta misma dirección [325].

Cuando un contrato traslativo de la propiedad se anula, como consecuencia de la incapacidad de una parte, el efecto ha de ser igualmente la restitución integral y recíproca de las prestaciones [326]. Si el menor o la persona con discapacidad están en condiciones de restituir *in natura* la cosa recibida (o el precio), no hay motivo para que solo restituyan si se encuentran enriquecidos con el contrato. Ello, a no ser que se diga que la nulidad por esta causa debe ser empleada para sancionar al que contrató con ellos, impidiéndole recuperar lo entregado, salvo que el incapaz haya incrementado su patrimonio. Una conclusión así repugna desde el punto de vista de la justicia y no sirve a proteger a estos sujetos –que es de lo que se trata–, sino a beneficiarlos (lo que no es lo mismo) [327]. No extraña, por eso, que la misma doctrina que asume a pies juntillas que el menor o la persona con discapacidad solo restituyen el enriquecimiento experimentado se encuentre con el resultado –difícil de asumir– de que, las más de las veces, estos no restituirán nada, aunque haya existido un incremento patrimonial efectivo, porque este es muy complicado de probar [328].

> Un ejemplo muy sencillo permite apreciar el funcionamiento real de la regla del artículo 1304 CC. Piénsese en un menor de edad que adquiere una botella de ginebra o un paquete de tabaco, que consume total o parcialmente la misma

---

[323] Acertadamente, Carrasco Perera, 2017, cap. 14/62.

[324] En general, *supra*, Capítulo 2, IV.

[325] Véase lo indicado *supra*, Capítulo 1, V. 3.1 (a); y, sobre todo, en el Capítulo 2, I. 3; III. 5.2 (b); y III. 5.3 (d). Si se recuerda, el repaso histórico planteado arrojaba una conexión entre el artículo 1188 1.ª y 1191 P. 1851. En el primero se autorizaba al incapaz ejercitar la acción de nulidad por esta causa, aunque la cosa se hubiere perdido; en el segundo se establecía una restitución en la medida del enriquecimiento; la cual se compadecía con los antecedentes romanos sobre la acción de *in rem verso*.

[326] No sucede como en el Derecho romano, en el que esa circunstancia –pupilo que contrataba sin la autorización del tutor– no hacía surgir ninguna obligación según el *ius civile* y se hubo de recurrir con posterioridad a un expediente excepcional de restitución a favor del acreedor del pupilo, para evitar que este retuviese los beneficios de lo obtenido. Se pensaba, en los casos de préstamo. *Supra*, Capítulo 2, I. 3.

[327] Y, precisamente, para evitar el beneficio del incapaz permitiéndole retener lo recibido a pesar de la ineficacia del contrato fue para lo que el rescripto de Antonino Pío recurrió a esa restitución excepcional, pensada, insisto, para el préstamo. De nuevo, *supra*, Capítulo 2, I. 3.

[328] Por ejemplo, Vila Ribas, 2010, p. 1434.

tarde de su compra. Por las características de los bienes vendidos, el contrato se debe considerar anulable (art. 1263 1.º CC). Según venimos estudiando, la respuesta general del ordenamiento a ese escenario debe consistir en obligar al menor a restituir el valor del paquete de tabaco o de la botella de alcohol (arts. 1307, 1314 I y 1488 CC), en la medida en que los ha perdido (consumido) con culpa. Es aquí donde ha de entrar en juego el artículo 1304 CC, neutralizando este efecto y permitiendo al menor restituir en la medida del enriquecimiento. En el contexto planteado, el menor solo debería restituir, como mucho, el paquete con los cigarrillos no consumidos o la botella con el alcohol que no ha aprovechado: en definitiva, el enriquecimiento restante en su patrimonio. Si los consumió en su totalidad, el menor no tendría que restituir nada más que la cajetilla o el recipiente. Con esta regla, el artículo 1304 CC se erige en mecanismo de protección al menor, cuando no puede restituir *in natura*. Porque –repárese– si en ese ejemplo nuestro incapaz no hubiera consumido el tabaco o el alcohol que le dispensaron, solo una mentalidad punitiva en Derecho privado hacia el que se los vendió defendería que aquel puede retener los bienes comprados y recuperar el precio pagado.

El fundamento del artículo 1304 CC es evidente: contratándose con un menor o una persona con discapacidad y siendo el contrato anulable por esta causa, el otro contratante soporta el riesgo de pérdida y/o consumo de la cosa en manos de aquellos [329]. El menor o la persona con discapacidad quedan liberados de restituir el valor (art. 1307 y 1314 I CC). De alguna manera, el ordenamiento asume que el contratante capaz es responsable de la desvinculación y, para proteger al menor o discapacitado (deudor de la restitución), le asigna excepcionalmente el riesgo de pérdida de la cosa. Con ello, el artículo 1304 CC representa otra excepción a la regla general de neutralidad restitutoria, pero solo para los casos de nulidad por falta de capacidad y pérdida de la cosa.

2.2 La regla del artículo 1314 II CC

El artículo 1314 II CC, en su versión antes de la reforma, muestra bien que el artículo 1304 CC únicamente piensa en los casos de pérdida de la cosa a restituir [330]. Según este precepto, «*si la causa de la acción* [de nulidad] *fuere la incapacidad de uno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca*». Como se dijo en su momento para el artículo 1314 I CC, se debe reducir el sentido de esa norma, entendiéndola, no en clave de exclusión (o no) de la acción de nulidad, sino de asignación de

[329] En este sentido, con acierto, refiriéndose al artículo 1304 CC, Berg, 2002, pp. 104-105. Desde el Derecho italiano, valoraciones similares en Bargelli, 2010, p. 234.

[330] Así pareció entender ambas De Castro y Bravo, 1967, párr. 575.

riesgos restitutorios [331]. Este enfoque permite conectar lo dicho respecto al artículo 1304 CC con la distribución de riesgos del artículo 1314 II CC. Que «*la acción prevalezca*» significa *(i)* que, a pesar de la pérdida de la cosa, el menor o la persona con discapacidad pueden reclamar lo entregado a cambio con el contrato (por ejemplo, el precio pagado); y *(ii)* que como deudores de la restitución quedan solamente obligados a restituir en la medida del enriquecimiento restante en su patrimonio (art. 1314 II CC) [332]. Así, el riesgo de pérdida del bien se atribuye, por entero, a aquel que contrató con el menor o la persona con discapacidad, al limitarse la restitución de estos a su enriquecimiento [333].

2.3 Incapacidad, enriquecimiento y utilidad

La interpretación expuesta para los artículos 1304 y 1314 II CC choca con la postura dominante en España, que vincula el enriquecimiento del artículo 1304 CC a la «utilidad» del menor o de la persona con discapacidad. Esta posición entiende el artículo 1304 CC como excepción directa al artículo 1303 CC. A continuación, y acaso por no quedarle más remedio, interpreta el «enriquecimiento» del precepto en términos de la «utilidad obtenida por el incapaz» (de tal suerte que, si en nada le fue «útil» el bien o derecho recibido, nada estaría obligado a restituir) [334]. Detrás de esta postura, se aprecia la influencia del artículo 1163 I CC, así como del Derecho francés [335]. Pero debe criticarse.

La «utilidad» es una consecuencia de determinados actos jurídicos, uno de los cuales puede ser el pago, aunque no necesariamente (cfr. art. 304 CC, sobre los actos realizados por el guardador de hecho). Como idea, la utilidad se deriva de la cosa o el hecho que la producen (cfr. arts. 1158 II y III, 1163 I CC). No es inhabitual ver traducida la «utilidad» como «enriquecimiento injusto» [336]. Pero esto no se corresponde con la noción técnica de enriquecimiento, pensada para

---

[331] *Supra*, en este capítulo, III. 3.3 (b).

[332] En distinto sentido, excluyendo toda restitución a favor de la contraparte, Badosa Coll, 1987, p. 943.

[333] Basozabal Arrue, 1998, p. 215; Carrasco Perera, 2017, p. 694.

[334] Véase lo expuesto *supra*, en este capítulo, IV, 1.1.

[335] En este sentido, los comentaristas franceses que se ocuparon del antiguo artículo 1312 CCfr 1804 –al respecto, véase, *supra*, Capítulo 4, II. 2.4– identificaban el sentido de esta norma –que no concedía la restitución al contratante del menor «*a moin qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tounré à son profit*»– con la regla del artículo 1241 CCfr 1804, según la cual el pago hecho a un incapaz no es válido, «*à moins que le déniteur ne prove que la chose payée a tourné au profit du creancier*». Véase, en este sentido, Ghestin, 1980, párr. 932.

[336] Bercovitz Rodríguez-Cano y Valladares Rascón, 2004, sec. II; Del Olmo García, *ADC*, 2012, pp. 1411 y 1414.

cuando no puede devolverse la propiedad de una cosa *in natura*[337]. El concepto de «utilidad» («en lo que le haya sido útil») no apunta hacia el enriquecimiento, sino que se refiere a que algo haya proporcionado cierto rendimiento económico a un sujeto[338]; por ejemplo, el pago. Efectivamente, esta manera de operar tiene sentido para el pago, pues solo en caso de que exista el rendimiento positivo mencionado –bien a favor del deudor, en el pago de tercero; bien a favor del incapaz– se ha de producir la consecuencia jurídica que se prevé: acción de reembolso limitada al rendimiento o beneficio que el pago generó al deudor (art. 1158 CC); y validez del pago en el caso del incapaz (art. 1163 I CC).

Trasladar esta lógica a la restitución del artículo 1304 CC genera resultados insatisfactorios. Una lectura del artículo 1304 CC que traduzca «utilidad» por «enriquecimiento» llevaría al absurdo de entender que no basta con que el bien o capital objeto del contrato hubiera ingresado en el patrimonio del menor o la persona con discapacidad, sino que es menester, *además*, que estos reporten un provecho o un rendimiento a aquel[339]. Solo así surgiría a favor del acreedor de la restitución una pretensión restitutoria; la cual no se dirigiría al bien en sí mismo, sino al provecho obtenido por aquellos. Y ello por más que el bien o dinero recibidos por el menor o la persona con discapacidad no se hubiera perdido y pudiera restituirse. Esta interpretación del enriquecimiento del artículo 1304 CC *(i)* conduce a una restitución extraña al *telos* del precepto; *(ii)* desemboca en una restitución de utilidad, condicionada a la efectiva obtención de tales provechos, pero sin la devolución del objeto primario; lo que resulta extraño; *(iii)* puede terminar pervirtiendo el fin de proteger al menor o discapacitado de las consecuencias perjudiciales de la restitución, si se obtuvieron utilidades por la cosa en una cuantía superior a la de su propio valor; y *(iv)* es complicada de aplicar.

2.4 Restitución del enriquecimiento con independencia de la causa de pérdida

Podemos preguntarnos si la regla la restitución del menor o el discapacitado en la medida del enriquecimiento restante en su patrimonio en caso de pérdida rige para cualquier supuesto de pérdida de la cosa debida en la restitución, o si solo lo

[337] Véanse las bases históricas, en la escolástica y Hugo Grocio, expuestas en el Capítulo 2, II. 2 y III. 1.

[338] Orozco Muñoz, 2015, p. 298.

[339] No obstante, así es como se enseña, por ejemplo, en Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 2016, p. 99. Allí se lee, al analizar el sentido de la frase «*en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera*»: «*Por eso, si lo gastó en forma no útil o prudente no deberá restituir. No basta, por tanto, el mero ingreso de las cosas en el patrimonio del incapaz*».

hace para cuando el incapaz es responsable, por culpa o dolo, de la imposibilidad de restituir *in natura*. Aunque los artículos 1314 II y 1304 CC admiten interpretarse en este segundo sentido, creo que la necesidad de protección al menor o la persona con discapacidad, así como la practicidad, aconsejan no reducir el sentido de la norma al caso en que la pérdida de la cosa sea imputable a estos sujetos.

Históricamente, el beneficio concedido al menor o a la persona con discapacidad, como deudor de la restitución, encontraba explicación en que *(i)* una parte se aprovechaba de su inexperiencia, y les irrogaba un perjuicio; y *(ii)* se presumía que el menor o el discapacitado iban a prestar nula o escasa diligencia en el cuidado de los bienes que recibiesen en virtud del contrato [340]. Así surgía una necesidad de protección restitutoria asentada desde la codificación en España [341] y Europa [342]. El auxilio que se les prestaba tenía en mente la anulación del contrato como consecuencia de su condición –de la que otro podía aprovecharse, engañándolos–, al pensarse que, por su inexperiencia, no sabrían cuidar de las cosas. Desde esta óptica, tendría sentido pensar que la restitución del enriquecimiento se limita a los casos en que el menor o discapacitado perdieron la cosa por dolo o culpa [343].

Sin embargo, tal como lo veo, con la regla de restitución en la medida del enriquecimiento, el ordenamiento busca proteger al menor o a la persona con discapacidad ante cualquier supuesto de pérdida, les sea o no imputable. Es más, la inexperiencia de estos sujetos conduce a pensar que lo que en condiciones normales podría tildarse de pérdida fortuita, para el menor o la persona con discapacidad constituye también una pérdida imputable (por ejemplo, si son víctimas de un robo, un hurto o un negocio en condiciones leoninas) [344]. Es decir, que la pérdida de la cosa en sus manos obedece siempre, por hipótesis, a una actuación descuidada con los bienes adquiridos; actuaciones de las que el ordenamiento les busca proteger [345]. Sin embargo, el ordenamiento trata to-

---

[340] *Supra*, Capitulo 1, II. 1.5 (b), para el Derecho romano.

[341] Véase el comentario de García Goyena al artículo 1188 P. 1851. En él se recogen ambas ideas: «*Hay malicia en contraer a sabiendas con un incapaz y culpa en ignorarlo* […]. *El favor concedido a un incapaz se funda por punto general en la presunción de que no sabe cuidar de sus cosas; y el favor se haría ilusorio haciéndole responsable de la pérdida de la cosa por culpa suya*». (1852, vol. III, pp. 197-198). Véase, también, Manresa y Navarro, 1929, p. 711.

[342] En efecto, esta idea estaba presente en el artículo 1312 *Code civil* francés, el cual replica después Laurent (1884, pp. 308-309) para su *Avant-Projet de Révision du Code civil*, en el artículo 1334.

[343] Y no tiene sentido decir «*que el incapaz no puede cometer «dolo o culpa» respecto de la «cosa objeto del contrato» que obra en su poder*» (Badosa Coll, 1987, pp. 904 y 944). Pueden cometerlos, otra cosa es que queden excepcionalmente liberados de la responsabilidad (restitutoria) por ese hecho.

[344] Véase Miquel González, *EJB*, 1995a, p. 481. El autor indica: «*Por ello, el que contrata con un menor o un incapaz puede experimentar un serio perjuicio si* […] *derrochan o pierden lo obtenido mediante el contrato*».

[345] En este sentido, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 559. Estos autores entienden que la finalidad del artículo 1304 CC era proteger adecuadamente a los incapaces, y especialmente a los menores, frente a una

dos estos casos *como si* la pérdida de la cosa por culpa del menor o discapacitado fuera imputable al acreedor de la restitución, al que asigna el riesgo [346].

2.5 Grupos de casos

Cabe plantear diferentes escenarios para ilustrar el hecho de la pérdida del bien en manos del menor o la persona con discapacidad.

(a) El escenario más evidente ya se ha planteado: el menor o la persona con discapacidad que compran una botella de alcohol o un paquete de tabaco y que consumen en todo o en parte. Aquí cobra sentido proteger al menor o a la persona con discapacidad, como deudor de la restitución, a través del enriquecimiento restante en su patrimonio, porque la pérdida total o parcial de la cosa a restituir le es imputable. Y lo mismo sucedería si el paquete de tabaco le fuera robado al menor o al discapacitado, como consecuencia de su condición. Esa pérdida no es fortuita, sino a él imputable.

(b) También puede pensarse en un menor o un discapacitado que revende la cosa adquirida a un precio menor a su valor (mal negocio). Esa reventa es un supuesto de pérdida culpable. Por eso, no tendría que restituir más que el menor precio obtenido: en la medida de su enriquecimiento (art. 1304 CC). El riesgo se traslada a su acreedor restitutorio, que restituye el precio entregado.

(c) En cambio, cuando la pérdida de la cosa en manos del menor o la persona con discapacidad no conduce a un resultado patrimonialmente perjudicial para él (por ejemplo, si revende por encima de su valor, por caridad de quien le compró), el enriquecimiento, como medida restitutoria, no debería operar; este solo actúa en caso de pérdida de la cosa a restituir, pero no en caso de incremento patrimonial. De lo contrario, se iría en contra del sentido del artículo 1304 CC: proteger al menor o discapacitado, en la restitución, de los efectos perjudiciales de una actuación con la cosa basada en la misma razón que conduce a la nulidad [347]. Al mismo tiempo, se favorecería injustamente a la parte que contrató con el incapaz, que obtendría una restitución superior al valor de la cosa. Así, si el menor o la persona con discapacidad consiguieron un precio sustancialmente mayor por la reventa, no tienen que restituir este por

---

enajenación de sus bienes y el derroche del precio. No obstante, el mismo considera que el artículo concuerda en lo esencial con el artículo 1163 CC.

[346] *Supra*, en este capítulo, III. 6.1.

[347] A fin de cuentas, es lo que también se deriva de los artículos 1765, 1778 y 1897 CC cuando *limitan* la restitución (repárese, de nuevo, en la importancia que tiene la locución adverbial «solo» en todos ellos) al enriquecimiento y al precio obtenido, que se supone que puede haber sido el reflejo de un mal negocio.

la vía del artículo 1304 CC. En este caso, la restitución a cargo se rige por la regla general para el caso de pérdida culpable a cargo del deudor de la restitución: se restituye el valor de la cosa (arts. 1307, 1314 I y 1488 CC). Este valor será, en la hipótesis que se plantea, igual o inferior al precio obtenido.

3. **La reforma de la Ley 8/2021 como síntoma de una incomprensión**

La Ley 8/2021 ha operado un cambio descrito como «radical» y «transversal» en nuestro ordenamiento jurídico [348], al hacer desaparecer la distinción entre capacidad de obrar y capacidad jurídica [349], así como la declaración judicial de incapacitación [350]. La Ley 8/2021 deroga el artículo 1263 2.º CC y permite contratar a cualquier persona con discapacidad [351]. Para ellas, lo único que puede conducir a la nulidad del contrato es que el juez hubiese determinado alguna medida específica de apoyo [352], esta no se hubiese aplicado durante la formación del contrato, y la otra parte hubiese actuado *de mala fe* [353]. Con esto, modifica los artículos 1304 y 1314 CC.

> *(a)* El «nuevo» artículo 1304 CC mantiene la restitución del enriquecimiento cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, extendiéndola al caso en que la nulidad proceda de haber prescindido un contratante de las medidas de apoyo establecidas, cuando fueran precisas. Ahora bien, en esta segunda hipótesis, para aplicar el artículo 1304 CC, se exige que la parte que contrata con el discapacitado, *(i)* conociera la existencia de medidas de apoyo en el momento de contratar; o *(ii)* se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta.

---

[348] García Rubio, 2021, sec. 2.

[349] En la Exposición de Motivos (I) se dice que «[la] *capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos*». García Rubio (2021, sec. 4) explica que esta superación de la distinción se explica porque «*el concepto de capacidad jurídica es unívoco y comprende tanto la titularidad del derecho como el poder o la legitimación para hacerlo efectivo*».

[350] Así, en la Exposición de Motivos (III) se dice que «*el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse*».

[351] El régimen de los menores de edad no emancipados se mantiene igual: pueden celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes; así como los relativos a los de bienes y servicios de la vida corriente, propios de su edad.

[352] Véanse los artículos 249 y ss. CC. Según el artículo 250 I CC reformado, «*las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial*». Su función es (art. 250 II CC), «*asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias*».

[353] Véase Carrasco Perera, *CESCO*, 2021, p. 4.

> *(b)* El artículo 1314 II CC mantiene que la pérdida de la cosa no impide el ejercicio de la acción, para la nulidad por minoría de edad, e introduce un tercer párrafo para la discapacidad: si la causa de la nulidad fuera haber prescindido el discapacitado de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa tampoco obstaculiza la acción, siempre que la parte que contrata con el discapacitado *(i)* conociera la existencia de medidas de apoyo en el momento de contratar; o *(ii)* se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta.

En lo que a restitución se refiere, la reforma no deja de sorprender. En el empeño de tratar *igual* a las personas con discapacidad, se dificulta la aplicación del régimen más favorable que hasta ahora les dispensaban los artículos 1304 y 1314 II CC. Ahora, las personas con discapacidad son colocadas en una posición similar a la de cualquier contratante «capaz» –si se permite esta expresión–; pero con el añadido de que el requisito de la mala fe del otro contratante conduce a que las personas con discapacidades no aparentes soporten el riesgo de un mal contrato celebrado con un contratante «de buena fe» (que no conociera la existencia de medidas de apoyo ni se aprovechase obteniendo una ventaja injusta).

Creo, honestamente, que el artículo 12 de la Convención de Nueva York no obliga a ir tan lejos [354]. La nueva regulación renuncia a proteger a la persona con discapacitad deudora de la restitución en caso de la pérdida de la cosa, pues solo le permite acogerse a la restitución del enriquecimiento en caso de mala fe de la otra parte. La nueva regulación es el resultado de haber entendido históricamente la restitución beneficiosa del incapaz como aplicable a cualquier caso de nulidad, y no como medida de protección en caso de imposibilidad de restituir *in natura*. Así, se sanciona al contratante de mala fe. Ahora bien, es incierto lo que sucede desde el punto de vista restitutorio cuando la otra parte es de buena fe [355]. En tal caso, la persona con discapacidad quedaría obligada a restituir el valor de la cosa (art. 1307 CC). Este resultado puede ser coherente con el propósito de la reforma, pero *(i)* aplica un criterio sancionador al contratante de mala fe; pero *(ii)* no protege patrimonialmente a la persona con discapacidad en caso de pérdida de la cosa y buena fe. Por eso, tanto el nuevo inciso del artículo 1304 CC como el nuevo artículo 1313 III CC deberían correr una misma suerte: la derogación.

---

[354] En este sentido, criticando la reforma en relación con el texto inicial del Anteproyecto y el espíritu de la Convención de Nueva York, Pantaleón Prieto, *Almacén de Derecho*, 2021. En el mismo sentido, Gómez Calle, *Almacén de Derecho*, 2021.

[355] Se lo plantea, Carrasco Perera, *CESCO*, 2021, p. 8.

Los comentaristas más conspicuos de la reforma han advertido los problemas que trae consigo en este concreto punto.[356] En particular, han llamado la atención sobre que el privilegio restitutorio del artículo 1304 CC ni siquiera encajaría dentro del espíritu de la propia reforma, en línea con el artículo 12 de la Convención de Nueva York: que las personas con discapacidad tienen derecho a hacerse cargo de sus asuntos económicos. Un privilegio restitutorio basado en que la persona con discapacidad va a desatender aquello que adquiere casa mal con ese espíritu. Por eso, la norma solo encajaría en los casos de absoluta falta de querer y comprender de la persona con discapacidad. En este caso, se daría, además, siempre, por hipótesis, una situación de ventaja injusta del lado del otro contratante que es lo que, en últimas, explica la nulidad del contrato tras la reforma. Fuera de estos supuestos, la persona con discapacidad no dispondría de beneficio restitutorio alguno, aunque pierda la cosa. Así, el beneficio solo subsistiría para los menores y las personas con discapacidad sin aptitud de entender y querer.

El planteamiento anterior se enfrenta a algunas objeciones. La más importante es que equipara la inaptitud de querer y entender a la falta de capacidad para cuidar las cosas, que siempre estuvo tras la restitución en la medida del enriquecimiento concedida a menores y personas con discapacidad. De este modo, parte de una premisa errónea para salvar interpretativamente la reforma. Ni a los menores ni a las personas con discapacidad se les concedía un régimen restitutorio más favorable por el hecho de carecer de capacidad alguna para querer y entender; se les concedía porque se les presumía una condición de mayor inexperiencia, irresponsabilidad o, incluso, dejadez para con la cosa adquirida. Ciertamente, el contrato se anulaba por un problema de consentimiento, pero no por una ausencia absoluta para querer y comprender (¿inexistencia?). Por eso, reducir la restitución del enriquecimiento a este supuesto presenta problemas; salvo que se diga que todos los menores carecen de aptitud para querer y comprender. Otra cosa es que la reforma operada por la Ley 8/2021 haya querido rechazar taxativamente –cuando no, ideológicamente– la posibilidad empírica de que las personas con discapacidad vayan a descuidar de sus cosas. Pero el pensamiento mágico del legislador no debería conducirnos a hacer lo mismo. En otro orden, los intentos de buscar sentido al nuevo régimen no explican a qué clase de restitución quedaría obligada la persona con discapacidad en caso de no restituir en la medida del enriquecimiento. ¿Restituye siempre el valor? ¿También si la cosa se perdió por caso fortuito o por dolo o culpa del otro contratante?

[356] Me refiero, en adelante, a la brillante y sugestiva contribución de Varela Castro, 2022, pp. 673-682.

V. LA MEDICIÓN DEL VALOR A RESTITUIR EN CASO DE PÉRDIDA

Los problemas no terminan una vez se determina que el deudor de la restitución debe prestar el valor de la cosa. Una vez aquí, ¿cuál es ese valor? Y, ¿cómo se mide este? Las variadas respuestas dadas en el contexto europeo a esta pregunta [357] aconsejan explicar bien el sentido del Derecho español. Este ofrece una respuesta adecuada: el acreedor de la restitución tiene derecho al valor objetivo de la cosa al tiempo de perderse.

1. **El valor objetivo de los artículos 1307 y 1488 CC**

El valor de la cosa se cifra objetivamente y se contrapone, por hipótesis, al precio del contrato [358]. Emplear el precio del contrato como referencia del valor permitiría a las partes acudir a él cuando les beneficiase [359]. Por eso, debe rechazarse, más allá de los casos en los que el precio permite aproximar probatoriamente el valor de la cosa.

1.1 El precio como referencia probatoria del valor objetivo

Algunos autores prefieren acudir directamente al precio del contrato, como medida del valor [360]. Sin embargo, los artículos 1307 y 1488 CC son claros en cuanto a que lo que se restituye es el valor objetivo de la cosa y no el precio. Aun así, el precio puede actuar como indicador del valor objetivo de la cosa en determinados casos. Se trata, eso sí, de una regla de prueba –y no una regla jurídica– a tener en cuenta. Así sucederá, principalmente, en supuestos de resolución en los que el incumplimiento no se proyecte sobre el valor real de lo que se entregó [361]. En ese caso, el precio que ambas partes asignaron al bien perdido es la magnitud

---

[357] En Alemania el § 346.2 S. 2 BGB parece inclinarse por un valor subjetivo preferentemente, mientras que el Derecho francés modernizado lo hace por uno objetivo (arts. 1352 y 1352-8 CCfr). Sobre la ausencia de una línea clara en el Derecho europeo, Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 24-25.

[358] Jerez Delgado, 2011, p. 281.

[359] Así, para la resolución, Soler Presas, 2018, p. 1239. La autora advierte que «*el hecho de que el contrato fuera válido no significa que el pacto sobre el precio siga siendo eficaz una vez que el acreedor ejercita la resolución*». Se sirve de tres ejemplos, para fundar su postura: *(i)* un comprador que provoca la resolución por incumplimiento de su obligación de pago del precio; *(ii)* un vendedor que entrega una cosa defectuosa de menor valor en el mercado; y *(iii)* de una manera críptica, un comprador-acreedor no incumplidor que resuelve para recuperar el precio del contrato pagado.

[360] Basozabal Arrue, 1998, p. 298; 2022, pp. 71-72.

[361] Es la regla del § 346.2 BGB. Véase lo explicado, *supra*, Capítulo 3, III. 2.1.

más representativa del valor objetivo [362]. Que a veces el precio sirva como prueba del valor evita, además, corregir por esta vía el negocio inicialmente celebrado (que pudo ser malo o bueno para una parte). Es la regla que opera para la restitución *in natura* [363] y que se puede resumir en que «*cuando se restituye lo intercambiado en un contrato, las cosas no deberían valer de modo distinto a como se ha determinado en él*» [364]. Con todo, será necesario que no haya transcurrido demasiado tiempo entre la perfección del contrato y la desvinculación. Conforme nos alejamos del momento de perfeccionamiento del contrato, el precio se hace cada vez menos informativo, como prueba del valor.

Como referencia meramente probatoria del valor objetivo, el precio cae automáticamente en supuestos de nulidad por vicios en la voluntad (error, dolo, violencia), pues esta causa de desvinculación normalmente afectará al valor real que tuviera la cosa [365]. Lo mismo ocurre ante los vicios ocultos. No por casualidad, el artículo 1488 CC contrapone expresamente el precio de la cosa a su valor; y dice que el comprador podrá «*reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse*». Esta idea se traslada fácilmente a la resolución por incumplimiento, cuando el vendedor incumple respecto a las cualidades de la cosa. Y lo mismo sucede en la rescisión por lesión, allí donde se admite. Ante este último supuesto el fracaso responde a una disparidad inasumible por el ordenamiento entre el precio y el valor de la prestación.

1.2 El valor objetivo como valor de mercado

Para determinar el valor objetivo, se ha de acudir *al mismo mercado* en el que tuvo lugar la transacción [366]; no a otro distinto, en el que bienes de ese mismo tipo se comercialicen. Por ejemplo, no cabrá recurrir al mercado al por mayor, para determinar el valor objetivo del producto negociado en un contrato fuera de ese mercado; y viceversa. Cuando el precio del contrato no ofrece información probatoria del valor, el deudor restitutorio asumirá, por un lado, que la cosa perdida se revalorice en su mercado –si el bien no es único, claro– y, en consecuencia, tener que devolver un valor superior al precio que pagó.

---

[362] Krebs, 2000, p. 118. Desde el Derecho francés a propósito del artículo 1252 CCfr, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 808.

[363] *Supra*, en este capítulo, II.

[364] Es la opinión, acertada, de Basozabal Arrue, 1998, pp. 218-220; *ADC*, 2018a, p. 26, n. 26.

[365] Basozabal Arrue, 1998, pp. 219-220 y 221.

[366] En este sentido, Desyahes, Genicon y Laithier, 2018, pp. 808-809.

Por el otro, el deudor de la restitución se beneficia de una eventual depreciación del bien a restituir. De algún modo, asignar el riesgo de pérdida de la cosa al deudor restitutorio (obligándole a restituir el valor) encierra que el valor a restituir se pueda modificar, a su favor o en su contra, con respecto al precio que pagó. Con todo, el momento de cómputo del valor mitiga ligeramente dicho riesgo.

1.3 El momento de cómputo del valor objetivo

El Derecho español atiende al valor que tenía la cosa al tiempo de perderse –cuando abandonó el patrimonio del deudor de la restitución–, entendiendo que lo que pase después resulta indiferente a efectos restitutorios [367]; a ese mismo momento acude la jurisprudencia [368]. En los casos de «pérdida jurídica», se ha vacilado entre si este momento se corresponde con el de enajenación de la cosa y su conversión en irreivindicable; o el de la sentencia posterior que, en su caso, declare este hecho jurídico [369]. Siguiendo la misma lógica de la pérdida física, parece que el momento relevante ha de ser cuando el tercero adquiere el bien de manera irreivindicable [370]. El cálculo del valor al tiempo de la pérdida representa un acierto del Código y es preferible a las siguientes dos alternativas.

(a) No tiene buen sentido hacer coincidir el momento de cálculo del valor con la desvinculación del contrato. Mucho menos, con el momento en que la restitución *in natura* se habría realizado, de ser posible [371]. Acudir a estos momentos solo se justificaría desde una visión que concibiese la restitución

---

[367] Basozabal Arrue, 1998, p. 220; del mismo autor, 2022, p. 70; Quicios Molina, 2020, p. 1619; Rodríguez Rosado, 2013, pp. 250-251; Soler Presas, 2018, p. 1237.

[368] Así, la STS, 1.ª, 7 de junio de 2005, FD 4.º (MP: Ruiz de la Cuesta Cascajares; RJ 2005/4422). Se trataba de un caso de representante sin poder por fallecimiento del poderdante que, sin embargo, enajenaba una de las fincas integrantes de la herencia a unos terceros, que las adquirieron de modo irreivindicable. Al declararse dicha irreivindicabilidad en otro procedimiento, el TS ordenó una restitución «por equivalente» de la finca, a favor del heredero. Dicho valor se tendría que computar en el momento de la pérdida *ex* artículo 1307 CC. Tratándose de una pérdida jurídica, el TS sitúo este en el momento en que la sentencia del pleito precedente, que ordenaba la restitución se convirtió en «inejecutable».

Recientemente, la STS, 1.ª, 27 de abril de 2022, FD 6.º [3.7] (MP: Díaz Fraile; RJ 2022/2120). En un supuesto de nulidad, por error vicio, de la adquisición de acciones (OPS de Bankia), que luego fueron canjeadas voluntariamente, determina el valor de restitución «por el precio de su venta»; o, lo que es lo mismo, aplica adecuadamente el artículo 1307 CC en cuanto al momento de determinación del valor.

[369] Véase Jerez Delgado, 2011, pp. 281-282.

[370] Véase, con cita de jurisprudencia, Mondéjar Peña, 2008, p. 457. De la acción de restitución frente a terceros y la irreivindicabilidad me ocupo *infra*, Capítulo 8, IV.

[371] Es la opción del artículo 173.2 CESL para la anulación y la resolución; y es la que replican los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* cuyo artículo 121.1 da derecho al valor de la prestación «fijado en el momento de la restitución», para el caso en que no sea posible la restitución.

contractual como una manifestación del enriquecimiento (el deudor quedaría enriquecido técnicamente a partir del momento en que el contrato fracasase) [372]. Además de ello, esta solución incentiva que el deudor de la restitución especule con la desvinculación (resolviendo el contrato, por ejemplo), si el valor de la cosa se reduce a partir de la pérdida. No parece adecuado hacer cargar sobre los hombros del acreedor de la restitución oscilaciones en el valor de una cosa más allá del momento de su pérdida.

Tanto el momento de la desvinculación como el de la hipotética restitución *in natura* son contrarios al objetivo ideal de recuperar el *statu quo ante*. En la restitución contractual, las partes asumen el riesgo de revalorización o depreciación en los bienes que reciben, cuando la restitución *todavía* puede tener lugar *in natura*. Retrasar la determinación del valor más allá del momento de pérdida de la cosa implica trasladarles un riesgo que no asumen cuando la restitución no es *in natura* [373]. Además, de ser la cosa única en su especie, medir valor por referencia a estos momentos es una paradoja.

(b) Podría aducirse que el corte temporal más correcto es el de recepción de la prestación (entrega) [374]. Sin embargo, esta opción soslaya que la vuelta al estado anterior de las cosas no elimina el paso del tiempo, en el cual la cosa se mantuvo en poder del que la recibió. Además, este momento es incongruente con la restitución de la cosa en especie (a la que la restitución del valor se trata de aproximar). De nuevo en ese caso, el acreedor restitutorio asume el riesgo de que la cosa que recupera se haya apreciado o depreciado en el interín [375]. Si esto es así para la restitución *in natura*, no hay motivos para alterar este reparto en caso de pérdida [376]. El momento de la pérdida de la cosa (arts. 1307 y 1488 CC) se acomoda mejor al ideal de reciprocidad (art. 1308 CC) que el de intercambio de las prestaciones [377]. Acudir a este último, repárese,

---

[372] Sirena, *ERPL*, 2011, p. 992. Debe rechazarse, según lo expuesto *supra*, Capítulo 6, III. 4.

[373] Soler Presas, 2018, p. 1251.

[374] Es la solución del artículo III.-3:512 (1) (a) DCFR, para la restitución, así como el sentido en el que se posicionan algunos autores en el Derecho alemán, como por ejemplo, Hellwege, 2004, p. 569. Recientemente, el mismo autor ha confirmado su punto de vista en (2018d, p. 1410). Para el Derecho español, ha defendido esta posición –desde el enriquecimiento injustificado– Orozco Muñoz, 2015, pp. 290-291 y 308-309. Este autor considera que el momento de la transmisión es el momento en que el bien se pierde para el *accipiens*; solución que aplica tanto a la nulidad como a la resolución, lo que parece contradictorio, pues previamente diferencia a efectos de pérdida y transmisión de la propiedad entre la resolución y la invalidez. En similar sentido, aunque reconociendo que el Derecho español no asume esta regla, Alemany, *Almacén de Derecho,* 2022.

[375] *Supra*, en este capítulo, II.

[376] En este sentido, Berg, 2002, p. 148.

[377] Cosa distinta sucedería, si el contrato fuera gratuito, pues en este caso no parece adecuado asignar al donante el riesgo de una depreciación de los bienes, liberando del mismo a quien no entregó nada a cambio. Es el espíritu del artículo 645 III CC. Para la rescisión de donaciones por superveniencia de hijos cuyos bienes no pudieren ser restituidos, se recurre a su valor «*al tiempo de hacer la donación*».

convertiría la restitución del valor en una indemnización de daños, como sucede en el cobro de lo indebido, cuando el *accipiens* es de mala fe (art. 1896 II CC)[378].

1.4 *COMMODUM REPRESENTATIONIS* Y VALOR

Puede resultar que el deudor restitutorio perciba, como consecuencia de la pérdida de la cosa, un *c.repre*, cuya expresión en Derecho español se contiene en el artículo 1186 CC. En estos casos, la pregunta es si el acreedor de la restitución tiene derecho al *c. repre.*[379]. La respuesta es afirmativa, siempre y cuando este se corresponda con el valor objetivo de la cosa.

Hay que recordar que el sistema de riesgos previsto para la pérdida de la cosa debida no resulta aprovechable para la restitución contractual, en la medida en que asigna el riesgo de caso fortuito al acreedor de entrega[380]. En este contexto, el artículo 1186 CC busca evitar que el deudor, que queda libre de su obligación de entrega, por la pérdida fortuita del bien, resulte beneficiado. Por eso, se le obliga a entregar al acreedor aquello que obtuvo como consecuencia de la pérdida[381]: el enriquecimiento restante en su patrimonio. Frente a este sistema, en la restitución contractual, lo obtenido como consecuencia de la pérdida –el *c. repre.*– pertenecerá por entero al deudor de la restitución, porque asume el riesgo. Pero eso no significa que parte del *commodum* no pueda emplearse como expresión del «*valor que tenía la cosa cuando se perdió*» (art. 1307 CC)[382]. Podemos diferenciar tres supuestos de hecho típicos.

(a) Pensemos en un tercero que destruye dolosa o imprudentemente la cosa en manos del deudor restitutorio. Pues bien, no todo lo que obtenga el

---

[378] En efecto, en este caso se considera que, si se perdió totalmente la cosa, la obligación de restitución es el equivalente económico, para cuyo cálculo se tiene en cuenta el valor al momento del pago (salvo, incluso, que la cosa alcanzase uno mayor en el interín). De lo contrario, se dice también, sufriría un daño el *solvens*, como consecuencia de no poder cumplir el *accipiens* de mala fe su obligación de restituir *in natura*. Véase, en este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, *LH-Battle Vázquez*, 1978, p. 376; SÁNCHEZ GÓMEZ, 2009, p. 2147; SANTOS BRIZ, 1984b, sec. I. b.

[379] En RUIZ ARRANZ, 2022, pp. 1087 y ss., me he ocupado de la problemática del *c. repre* a nivel histórico, comparado y en Derecho español, así como de las posibilidades de interpretación del artículo 1186 CC. En aquel trabajo, advertí de los estrechos contornos del artículo 1186 CC y de la imposibilidad de extender *de lege data* su campo de aplicación a supuestos distintos de la pérdida fortuita de la cosa debida. A él y a la literatura allí citada me remito. La única cuestión que dejé sin tratar en aquella ocasión fue la relativa al *commodum representationis* en sede de restitución de prestaciones. Con este apartado se pretende completar esa cuestión que quedó abierta (p. 1095).

[380] *Supra*, en este capítulo, III. 3.1 (a) *(aa)*.

[381] CRISTÓBAL MONTÉS, *ADC*, 1987, pp. 601-602; refiriéndose a los supuestos del art. 1122 2.º CC GONZÁLEZ PORRAS, 1991, sec. II.

[382] En contra, OROZCO MUÑOZ, 2015, p. 311.

deudor restitutorio en ejercicio de la acción aquiliana (art. 1902 CC) se subsume dentro del valor de la cosa a restituir. Este *c. repre.* no resulta funcional, como valor del bien; no al menos en toda su extensión. Únicamente servirá como medición del valor de restitución aquella partida indemnizatoria que el deudor perciba del tercero en atención a la cosa (identidad económica). Fuera de la restitución quedan el resto de las partidas de la indemnización, ajenas a la cosa (daños personales, morales o provocados en otros bienes).

(b) Si el deudor de la restitución percibe una prestación del asegurador, lo obtenido se aproximará al valor objetivo de la cosa al momento de perderse, si para el cálculo de la indemnización se tiene en cuenta el valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la pérdida (regla general) [383]. No obstante, las partes pueden, de común acuerdo, fijar en la póliza del seguro o con posterioridad otro valor relevante para el cálculo de la indemnización (art. 28 I LCS). En este caso, parece más difícil emplear el *c. repre.* como valor *ex* artículo 1307 CC; y otro tanto de lo mismo vale para los casos de sobreseguro (art. 31 LCS). Tampoco resulta conveniente recurrir al *c. repre.*, cuando el asegurador indemnice alzadamente varios daños y no quepa individualizar el que sería el valor de la cosa (así, en seguros de incendios, art. 49 LCS; en seguro contra robo o de transportes terrestres, sí es más plausible, arts. 51 y 61 LCS; o en los seguros de lucro cesante, arts. 63 y 65 LCS). Ante estos supuestos, la suma obtenida no sirve como apreciación del valor porque tampoco sirve como *c. repre.*, al no cumplir con el requisito de identidad económica entre la cosa y lo obtenido.

(c) Tratándose de una expropiación forzosa, la tasación se vincula a un justiprecio que atiende al valor de los bienes o derechos al tiempo de iniciarse el expediente (art. 36.1 LEF). Esta tasación distingue en función del tipo de objeto de que se trate (inmuebles, muebles, valores mobiliarios o empresas, entre otros). La ley busca determinar así el valor real de los bienes con los criterios estimativos más adecuados (cfr. art. 43 LEF). En este sentido, el justiprecio de expropiación se erige como un indicativo bastante certero del valor de restitución del bien. Aun con todo, de nuevo, será necesario excluir del valor a restituir las indemnizaciones a los arrendatarios, si los hubiere (art. 44 LEF); la indemnización de las cosechas pendientes o de las labores de barbecho (art. 45 LEF); la de los perjuicios adicionales por indemnización parcial

[383] En este sentido, el artículo 26 LCS dispone que «el seguro *no puede ser objeto de enriquecimiento injusto* para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al *valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro*» (la cursiva es mía).

(art. 46 LEF); y, sin duda, el 5% de premio de afección que se abona siempre al expropiado (art. 47 LEF)[384].

La SAP Madrid, Sec. 12.ª, 9 de marzo de 1998[385] resolvió un caso de libro sobre expropiación y restitución del valor tras la desvinculación. Aunque ya se ha mencionado, no es ocioso recordar sus hechos. En 1987 A había vendido a B un piso por 1,4 millones de pesetas. Al parecer, el edificio en el que se encontraba la vivienda estaba incurso en un Plan General de Ordenación Urbana, aprobado en 1984, y cuya ejecución fue confirmada por la Comunidad de Madrid en 1985. La compradora, B, vendió en febrero de 1988 la vivienda adquirida a C, por un precio de 4,3 millones de pesetas. En cumplimiento del Plan General de Ordenación Urbana, la vivienda objeto del contrato fue expropiada en expediente notificado a C en enero de 1990. En ese momento, C tuvo conocimiento de la situación administrativa en que se encontraba el inmueble adquirido y demandó a B, por error vicio. Como consecuencia de la expropiación, C obtuvo un justiprecio de 2.114.650 millones de pesetas, entregadas por el Ayuntamiento de Madrid en dos plazos, a lo largo de 1994. La Audiencia Provincial confirmó la nulidad del contrato entre B y C por desconocer la compradora que el piso estaba sometido a un *expediente* de expropiación forzosa, que la vendedora, al menos, habría podido conocer. Al tratar la restitución de las prestaciones, la misma audiencia, ordenó la restitución del precio pagado por C, con los intereses, a cambio de la restitución del justiprecio obtenido por C, por corresponderse esta cantidad con el valor objetivo del inmueble adquirido (art. 1307 CC). De la sentencia se desprende que, para la Audiencia, la pérdida fue fortuita (expropiación) y que, en consecuencia, la compradora había de asumir su riesgo, restituyendo el valor. Al tratar el caso con anterioridad, ya he expresado mis dudas sobre que fuera la compradora la que tuviera que correr con el riesgo[386], la Audiencia aplicó esa misma lógica. En cualquier caso, la sentencia empleó el justiprecio directamente como medida del valor *ex* artículo 1307 CC, asumiendo teóricamente que la cantidad obtenida como *commodum* se calculó teniendo en cuenta el mercado en el que inicialmente se transmitió la cosa. Es decir, que el *c. repre* se asemejaba al valor contractual de la cosa; lo que es correcto.

(d) La (re)venta de la cosa por el deudor de la restitución constituye un supuesto de pérdida culpable. En este caso, si el deudor obtuvo un precio,

[384] *Ibid.*, p. 161.

[385] AC 1998/4842; MP: Uriarte López.

[386] Me he referido a esta sentencia *supra*, en este capítulo, III. 5.1 (b), porque creo que la obligación de restituir el justiprecio se explicaba, realmente, porque al acreedor de la restitución le era imputable la pérdida de la cosa, por no haber informado sobre el hecho de la próxima expropiación. Por eso, el justiprecio restituido constituía, más bien, una restitución del enriquecimiento restante en el patrimonio del deudor, y no del valor. No obstante, la sentencia no lo entiende así, y por eso la he traído a colación también en este punto.

surge la cuestión del «*commodum ex negotiatione*». ¿Se corresponde el precio obtenido por el deudor con el valor? Ni la casuística[387] ni el Código civil[388] son todo lo precisos que cabría desear[389]. El enfoque para el *c. ex n.* como valor de la restitución contractual es similar al del *c. repre.*[390]. Cuando el deudor de la restitución revende la cosa adquirida en virtud del contrato que fracasa, solo a él corresponden esos ingresos obtenidos. Otra cosa es que el precio obtenido por el deudor pueda ser representativo del valor de la cosa[391]. Para ello, es preciso que el precio se haya percibido en un mercado sustancialmente idéntico a aquel en el que la cosa se transmitió en virtud del contrato fracasado[392]. Es lo que, sin demasiadas cavilaciones, ha entendido la jurisprudencia en algunos casos[393]. A mi juicio, la clave para que el *c. ex n.* corresponda al acreedor (restitutorio) depende de que exista una cierta identidad entre

[387] Véase, en este sentido, Carrasco Perera, 2017, p. 692.

[388] Por ejemplo, en materia de bienes sujetos a reserva se obliga al viudo o viuda que repite matrimonio a asegurar con hipoteca la devolución del «precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados» o a «la entrega del valor que tenían antes de la enajenación, si esta se hubiere hecho a título gratuito» (art. 978 3.º CC); en el mismo contexto, pero tratándose de bienes inmuebles, se obliga al viudo o viuda a asegurar con hipoteca el «valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados» (art. 978 4.º CC). En materia de rescisión de donaciones pro superveniencia de hijos «se restituirán al donante los bienes donados, o su *valor* su si el donatario los hubiere enajenado» (art. 645 I CC). El heredero del depositario que vende de buena fe la cosa que ignoraba ser depositada, queda obligado a restituir el «precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en caso de que el precio no se le haya pagado» (art. 1777 CC). En sede de cobro de lo indebido y *accipiens* de buena fe se obliga a este a restituir el precio o ceder la acción para hacerlo efectivo, si hubiese enajenado la cosa (art. 1897 II CC).

[389] No es algo de lo que extrañarse. A fin de cuentas, en derecho romano, la acepción «*pretium*» no solo aludía al precio de venta, sino que muchas veces lo hacía al «valor». En este sentido, véase Boosfeld, 2015, pp. 221-222, para quien la restitución del subrogado no implica restitución de las ganancias, sino que si la cosa no se puede restituir *in natura* procede entonces devolver aquello que en su lugar aparece.

[390] La única diferencia –no menor– es que el artículo 1186 CC no reconoce una pretensión a la entrega del *commodum ex negotiatione* al acreedor. De esta cuestión y de los argumentos en uno y otro sentido me he ocupado ampliamente en Ruiz Arranz, 2022, pp. 1102-1128. Como fuere, este hecho no conduce a una aproximación distinta a la anterior, pues ya he indicado que el sistema de riesgos ante la pérdida de la cosa debida no es aprovechable para la pérdida de la cosa a restituir.

[391] Pues no tiene por qué corresponderse. En este sentido, Sirena, *ERPL*, 2011, p. 993.

[392] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 277-278. Desde el rechazo a que el *c. ex n.* forme parte de la obligación de restitución en cualquier caso, Orozco Muñoz, 2015, pp. 311-312.

[393] Fue el caso resuelto por la STS, 1.ª, 17 de junio de 1986 (MP: Pérez Gimeno; RJ 1986/3554). Se trataba de la resolución de un contrato de compraventa de varias fincas, por incumplimiento del comprador. Antes de la resolución, el comprador había vendido algunas de las parcelas que integraban las fincas. El pleito versaba sobre el alcance de la restitución en este caso. En lo que ahora interesa, en todas las instancias se condenó al comprador a abonar el precio percibido por la venta de esas parcelas (2.352.500 pesetas) que integraban la finca objeto de restitución, que también tuvo que devolver, más los intereses de dicha suma. Sin embargo, no se explicó por qué se empleó este precio como valor ni tampoco en base a qué fundamento normativo; lo que fue merecedor de críticas como la de Delgado Echeverría, *CCJC*, 1985, p. 3785. Denuncia este autor que no se sabe si esta restitución se ordena en virtud de las normas del enriquecimiento o bien –y puesto que las parcelas están en poder de terceros de buena fe– de acuerdo con el artículo 1295 III CC.

el contrato que se incumple y el contrato con el que se obtiene el *c. ex n.*; lo que en otro lugar he denominado «identidad prestacional» [394].

> *(aa)* Cuando el bien es fungible y/o fácilmente sustituible en el mercado –por ejemplo, un cargamento de vino o de aceite, que se ha vendido por el deudor restitutorio antes del fracaso contractual; o en una máquina que se fabrica en serie– y siendo el acreedor y el deudor de la restitución comerciantes de un mismo mercado, no habrá problema en admitir que el precio obtenido por el deudor restitutorio puede actuar como *c. ex n*. Y, por tanto, que el precio obtenido en la reventa es una buena medición del valor objetivo (de mercado). Con todo, habrá que estar al tipo de contrato y al mercado de ambos contratos.
>
> *(bb)* Cuando la cosa es única, esto es, no fungible ni inserta en un mercado de negociación para bienes de su mismo tipo (pensemos en un bien único, como una obra de arte), hay todavía más razones para sostener que existe identidad prestacional entre el contrato que convierte el bien en irrestituible en especie y la relación restitutoria; precisamente por el carácter único del bien. Por tanto, que el precio obtenido se alinea con su valor.

También para el *c. ex n*. se trata, en últimas, de apreciar si el precio obtenido se corresponde, realmente, con el valor objetivo de mercado [395]. Así ha sucedido, de hecho, en los casos de preferentes, cuando los inversores vendían al FROB las acciones obtenidas en el canje [396]. De lo contrario, se corre el ries-

---

[394] Al respecto, Ruiz Arranz, 2022, pp. 1132-1139.

[395] La jurisprudencia ha confirmado, de otro modo, el proceder explicado sobre la necesidad de filtrar, postergando la determinación del valor objetivo a restituir al momento de ejecución de sentencia. Por ejemplo, la STS, 1.ª, 17 de julio de 2013, FD 5.º (MP: Marín Castán; RJ 2013/5919) que se refiere al «*valor de restitución el que tenían las fincas al tiempo de ser adquiridas por terceros de buena fe*». En el mismo sentido, la STS, 1.ª, 6 de junio de 1997, FD 1.º (MP: González Poveda; RJ 1998/376) se refiere al valor de las fincas en el momento de su enajenación, como módulo restitutorio del artículo 1307 CC, pero posponiendo su determinación a la ejecución de la sentencia. Repárese en que postergar la determinación del valor a la fase de ejecución de sentencia únicamente se comprende desde la óptica de que el valor objetivo de la cosa *ex* artículo 1307 CC no se tiene por qué corresponder necesariamente con el precio de la transmisión, porque la restitución derivada de la nulidad no responde a un criterio de enriquecimiento injustificado. También la SAP Asturias, Sec. 7.ª, 2 de diciembre de 2002, FD 2.º y 4.º (MP: Casero Alonso; JUR 2003/133552) alude expresamente al valor del bien a la fecha de la transmisión, pero posponiendo igualmente a la fase de ejecución de sentencia la determinación de aquel.

[396] La Sala 1.ª del TS viene declarando que la restitución en estos casos consiste en «*la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por el adquirente, menos la cantidad obtenida por el canje*». Véase, por todas, STS, 1.ª 8 de junio de 2020, FD 4.º [6] (MP: Vela Torres; RJ 2020/1596). No parece que el tribunal haya querido establecer un momento distinto respecto al momento del cómputo del valor a restituir; tampoco que considere que en este caso se restituye el *c. ex n*, y no el valor objetivo. Lo que ocurre es más sencillo. Por las especiales circunstancias en que las acciones sustitutivas de las preferentes se enajenaron, nada hace pensar que aquello que finalmente percibieron los clientes fuera algo distinto al valor objetivo de las acciones derivadas del canje, y que no podían restituir *in natura*. No se trata, entonces, de llegar –como quiere Pertíñez Vílchez, 2019, pp. 107-109– a esta solución por medio de un «factor de corrección» o de equidad, a fin de lograr que el inversor salga lo mejor parado posible; y de evitar que la aplicación del precio de venta de las acciones como valor impida una mayor obligación de restitución del precio (en la compensación) de la entidad financiera demandada. Véase, en este Capítulo, III. 3.3 (d) (ee).

go de perjudicar al acreedor restitutorio, entregándole un *c. ex n.* inferior al valor objetivo de la cosa (venta precipitada, deudor restitutorio poco experimentado que acude a un mercado inadecuado…), que es a lo que tiene derecho (arts. 1307 y 1488 CC).

A propósito de esto último, el enfoque general planteado para los casos de *c. repre.* y/o *c. ex n*. evita que el acreedor de la restitución –que no corre con el riesgo de pérdida en estos casos– quede perjudicado, si se obtuvo un *commodum* inferior al valor de la cosa [397]. Ello conduciría, además, a una restitución en la medida del enriquecimiento (y no del valor), que se debe descartar por principio, como explicaré en este apartado [398].

2. El enriquecimiento como medida restitutoria frente al valor

Ya se ha indicado lo inadecuado que es explicar la restitución contractual por desvinculación a partir del enriquecimiento injustificado [399], así como que el fundamento de esta restitución no se encuentra en un principio de interdicción del enriquecimiento [400]. En esta línea, los principales problemas prácticos de acudir al enriquecimiento para explicar la restitución contractual aparecen

---

[397] En este sentido, Mondéjar Peña, 2008, pp. 503-504.

[398] En este sentido, la posición aquí defendida para el *commodum* se antoja más sencilla que la contenida en algunos textos del Derecho uniforme que salvaguardan los intereses en juego por medio de complicados equilibrios, según si el deudor de la restitución era o no de buena fe. Esta es la regulación del DCFR. Este instrumento ubica la restitución derivada de la nulidad del contrato dentro del derecho de enriquecimiento injustificado. En lo que interesa, permite al deudor de la restitución optar por devolver el *commodum*, cuando es de buena fe (art. VII.-5:101 (4) (a) DCFR); y, si es de mala fe, deja la opción de reclamar el *commodum* al acreedor de la restitución (art. VII.-5:101 (4) (b) DCFR). Según sus redactores, la razón para permitir al enriquecido de buena fe (deudor de la restitución) optar por no restituir el valor y prestar el *commodum* es que, de este modo, se protege la confianza de quien recibió la atribución creyendo que esta estaba justificada. A contrario, cuando el enriquecido era de mala fe (conocía o debía haber conocido que la atribución que recibió no estaba justificada y que, en consecuencia, tendría que restituir), no se puede permitir que este revenda a mayor precio la cosa obtenida y que se libere abonando simplemente su valor, reteniendo el beneficio. Al respecto, véase Von Bar y Clive, 2009b, pp. 4107 y ss. Al mismo tiempo, el artículo VII.-6:101 (2) (a) DCFR impide al deudor ampararse en la pérdida del enriquecimiento, cuando se hubiera obtenido un subrogado.

La misma opción se ha recogido en el planteamiento unitario de la restitución del CESL. Aquí, el artículo 173.5 permite al acreedor de la restitución escoger entre el subrogado o su valor monetario, cuando el obligado a restituir era de mala fe, es decir, conocía o cabía esperar que conociera el motivo de la anulación o resolución. A contrario, cuando el deudor restitutorio es de buena fe, se le permite optar por devolver el subrogado o su valor monetario. Esta regulación propuesta ha sido duramente criticada porque, en el primer caso, conduce a una restitución de ganancias (*disgorgement of profits*) desconocida en el CESL; y en el segundo supuesto, permite restituir un subrogado cuyo valor puede ser ínfimo. Véase Wendehorst, *European Parliament*, 2012, pp. 19-20. Críticos con esta posibilidad también Baeck, 2013, p. 286; Sirena, *ERPL*, 2011, pp. 993-994.

[399] *Supra*, Capítulo 2, V.

[400] *Supra*, Capítulo 6, III. 4.

cuando se trata de medir el valor de la cosa irrestituible *in natura*. Algunos de ellos ya se han adelantado, a propósito de la posibilidad de acudir al *c. repre* o *c. ex n.* como medida del valor de la cosa. Técnicamente entendido, el enriquecimiento se refiere a la extensión restitutoria, y ofrece un beneficio restitutorio al deudor que no puede restituir *in natura*. Restituir en la medida del enriquecimiento significa que el deudor restitutorio *(i)* no restituiría nada, las más de las veces, o solo los restos; y *(ii)* recuperaría a cambio el precio pagado, en la compraventa, o el objeto entregado, en la permuta. Es lo que ocurre en la hipótesis excepcional del artículo 1304 CC[401]. Pero, repárese, se trata de una operación contraria a la *restitutio in integrum* recíproca[402], a la recuperación del *statu quo ante*, mediante la restitución del valor objetivo (arts. 1307, 1488 y 1205 III CC)[403], y a la neutralidad restitutoria.

En efecto, recurrir al enriquecimiento equivaldría a colorear la restitución contractual de un tono punitivo para el acreedor. Por eso, conviene, dedicar algo de espacio a esta cuestión para la pérdida de la cosa, toda vez que hay autores que entienden que la restitución del valor constituye una acción de enriquecimiento[404]. Podemos plantearnos dos escenarios de pérdida, física y jurídica.

(a) Ante la pérdida física de la cosa, si el deudor de la restitución restituyese en la medida de su enriquecimiento –y no el valor– se invertiría el sistema de asignación de riesgos restitutorios, y el riesgo de pérdida pasaría a tenerlo el acreedor. De este modo, se aplicaría a cualquier caso de restitución por desvinculación la ficción romana del *mortuus redhibetur*, que únicamente se reconoce cuando la pérdida de la cosa es imputable al acreedor de la restitución (cfr. art. 1487 CC)[405]. Algunos supuestos resueltos por la Sala 1.ª del TS dan cuenta de la disparidad de resultados que se obtienen, si se opta por restituir el enriquecimiento, y no el valor objetivo de la cosa[406].

---

[401] *Supra*, en este capítulo, IV.

[402] Bargelli, 2010, pp. 308-309.

[403] En este sentido, Basozabal Arrue, 1998, p. 221; Orozco Muñoz, 2015, pp. 289-290; Soler Presas, 2018, p. 1238.

[404] Es la posición de Rodríguez Rosado, 2013, p. 250. Se apoya en Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, p. 872. También es la posición que, para el caso de pérdida, defienden quienes abogan por que el artículo 1897 CC, para el *accipiens* de buena fe, complemente la restitución del valor del artículo 1307 CC; y que se estudió *supra*, en este capítulo, III. 1.1 (b).

[405] *Supra*, en este capítulo, III. 5.1.

[406] Por ejemplo, en el oscuro caso resuelto por la STS, 1.ª, 6 de junio de 2016, citada *supra,* III. 3.3 (d), se resolvía una restitución derivada de una permuta entre D. Juan Carlos y un Ayuntamiento. El primero había derruido antes de la entrega el edificio existente en la finca que entregaba, a cambio de recibir otra. Fracasado el contrato, se planteaba la cuestión de qué valor tenía que restituir el Ayuntamiento. D. Juan Carlos interesaba que la restitución alcanzase el valor del edificio en 1972, antes de la demoli-

(b) En la pérdida jurídica de la cosa, la restitución del enriquecimiento se corresponde con el *c. ex n*, obtenido a cambio de la cosa[407]. Otra cosa es que ese precio se pueda corresponder, adicionalmente, con el valor. En este sentido, el precio que percibe el deudor de la restitución a cambio de la cosa irrestituible puede ser mayor o menor que el valor objetivo de esta en el mismo momento de la operación:

(aa) Si el precio es superior al valor de la cosa a restituir, una restitución en la medida del enriquecimiento penalizaría al deudor de la restitución que actuaría, en la restitución, casi como un gestor de negocios ajenos del acreedor restitutorio, al que se beneficiaría.

(bb) Si el precio es inferior al valor de la cosa, el acreedor restitutorio sería el perjudicado. Y es que se invertiría el reparto de riesgos inicial que, ante una pérdida de la cosa atribuible al deudor de la restitución (porque vende la cosa), le atribuye el riesgo a este mismo, en forma de restitución del valor. Por esta razón, cuando el precio obtenido es inferior al valor del bien, se debe restituir igualmente el valor[408].

3. **Desistimiento unilateral del consumidor y restitución del valor**

De perderse la cosa por culpa del consumidor, el artículo 75.1 II TRLGDCU le obliga a responder del «*valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de este*». Esto es, el precio del contrato es el límite máximo del valor a restituir por el consumidor que desiste, cuando le corresponde prestarlo[409]. Se ha criticado esta elección del legislador, por la excesiva protección que brinda al consumidor[410],

---

ción, peritado en 72.836,58 euros. (unido al valor de la demolición, que ascendía a 2.156,11 euros). El Ayuntamiento, por su parte, pretendía que se restituyese únicamente el valor en pesetas de la demolición (6.680,41 euros) con los intereses legales desde entonces. La diferencia no es menor. En aplicación de los artículos 1303 y 1307 CC, la Sala 1.ª optó por la segunda de esas cantidades, en lo que a mi juicio constituyó una restitución en la medida del enriquecimiento. El importe de 6.681,41 euros al que se terminó condenando a restituir se correspondía con el «valor en pesetas de la demolición» o «los gastos de demolición» incluidos en el expediente inicial de expropiación forzosa, es decir, lo existente en el solar sin la edificación. Pero no con el valor del inmueble al momento de su demolición (72.836,58 euros).

[407] También con la ayuda del criterio de la «identidad prestacional». *Supra*, en este capítulo, V. 1.5 (c).

[408] En este sentido, refiriéndose a la resolución, Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1240.

[409] Minero Alejandre, 2015c, párr. 4. Refiriéndose a la antigua Ley 26/1991, García Vicente, 1997, p. 219.

[410] Beluche Rincón, 2009, p. 88, n. 156.

frente a posibles revalorizaciones del bien adquirido[411]. El escenario más plausible en el que cabe imaginar esa necesidad de protección frente a un incremento del valor es una compra en un contexto de precios bajos (por ejemplo, rebajas). En esos casos, el precio pactado pudo ser determinante de la decisión de compra. Por eso, tiene sentido que el valor a restituir no pueda superar el precio del contrato aquí. Esta excepción al valor objetivo simplifica la restitución para el consumidor y reduce costes[412].

Lo que cabe preguntarse es si guarda sentido que el consumidor pueda optar por el valor objetivo de mercado, cuando el precio del contrato es superior al valor de mercado. Ese es el verdadero problema que plantea el artículo 75.1 II TRLGDCU. A mi juicio, no parece sensato premiar *adicionalmente* al consumidor que destruye la cosa con culpa –pues este es el escenario en el que, recuérdese, se le obliga a prestar el valor; y no el del caso fortuito– con el aprovechamiento de la caída del valor del bien en el mercado.

De otro lado, el artículo 75.1 II TRLGDCU sitúa el momento de cálculo del valor en el momento de la desvinculación (desistimiento). En este sentido, parece presuponer que el desistimiento tiene lugar después de la pérdida de la cosa por culpa del consumidor; y deja en manos de este decidir si le conviene ejercerlo, para lo que el valor de mercado objetivo del bien será un factor relevante. No obstante, el precio de adquisición como límite superior al valor resta importancia al valor objetivo y al momento de su cálculo.

4. La restitución del precio y los riesgos restitutorios ante deudas de dinero

Corresponde que me refiera ahora a la obligación de restitución del precio que pesa sobre el otro contratante, al que normalmente denomino «acreedor de la restitución», pero que también es deudor de la restitución del precio.

4.1 La restitución del precio en condiciones normales

La obligación de restitución del precio por deudor la restitución del precio no plantea demasiados problemas cuando la restitución contractual se pue-

[411] Lo que se antoja extraño, pero no imposible, siempre que el plazo de desistimiento sea de 14 días naturales desde la recepción del bien (cfr. art. 71.1,2 y 3 TRGDCU).

[412] Las reglas sobre el desistimiento y la restitución deben reducir en la medida de lo posible estos costes, como advierte, Wendehorst, *European Parliament*, 2012, p. 12.

den reintegrar ambas prestaciones (arts. 1295 I, 1303, 1486 I CC). Tampoco, cuando el bien que entregó el contratante obligado a restituir el precio se ha perdido, pero el riesgo se atribuye al otro contratante, debido a un caso fortuito (arts. 1295 I, 1307 y 1488 CC) o a la culpa de este (arts. 1307, 1314 I, 1488 CC). En esos supuestos, el acreedor de la restitución tiene que devolver el precio percibido. Se trata de una deuda dineraria y el Código impone aquí el nominalismo más estricto (cfr. art. 1170 CC)[413].

Así lo entienden el TS[414] y la doctrina[415]. Es lógico. Al precio no se le aplica el artículo 1307 CC, pues la imposibilidad de restitución no es predicable de la deuda en especie monetaria (cfr. art. 1170 CC)[416]. El acreedor restitutorio del precio (deudor restitutorio de la cosa) asume el riesgo de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda[417]. Este planteamiento se compadece con que la restitución contractual no corrige los cambios de valor de los bienes que se restituyen; tampoco del dinero[418]. Lo contrario significaría que el deudor restitutorio del precio aseguraría el riesgo de devaluaciones al comprador, como sucede en el cobro de lo indebido de mala fe, que introduce un criterio indemnizatorio[419]. Lo mismo vale para el riesgo de tipo de cambio[420].

4.2 La restitución del precio y la atribución del riesgo al acreedor de su restitución

El nominalismo se puede exceptuar, cuando así lo requieren las circunstancias particulares de la restitución y la distribución de riesgos que se establezca[421].

---

[413] Véase Bonet Correa, *ADC*, 1971, pp. 1098-1101; Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, cap. 10.14. También, García-Bernardo Landeta, *ADC*, 1999, pp. 966-970. Este último autor considera que el sistema nominalista se implanta en España, realmente, al término de la guerra civil, «*por hechos y leyes*», y realiza una interesante síntesis de la evolución española hasta el Tratado de la Unión Europea.

Sobre las deudas dinerarias comunes, Paz-Ares Rodríguez, 1993, sec. III.

[414] STS, 1.ª, 3 de noviembre de 1988, FD 4.º (MP: Malpica González-Elipe, RJ 1988/8410).

[415] Carrasco Perera, 2017, cap. 22/47; Clemente Meoro, 1998, pp. 523-524; García-Bernardo Landeta, *ADC*, 1999, p. 988; Monfort Ferrero, 2000, pp. 194-203; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, p. 1162; Quicios Molina, 2020, p. 1732; Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1236.

[416] Véase Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, cap. 10.10.

[417] Berg, 2002, p. 148.

[418] *Supra*, en este capítulo, II.

[419] En ese caso, se dice que la devaluación de la suma de dinero no debe ser soportada por el *solvens*. Véase, en este sentido, Gullón Ballesteros, *LH-Battle Vázquez*, 1978, p. 377; Sánchez Gómez, 2009, p. 2147; Santos Briz, 1984b, sec. I. b. Para el cobro de lo indebido de buena fe, se considera que la devaluación monetaria solo debe soportarla el *accipiens*, si se hubiera enriquecido. De lo contrario, cumplirá con restituir el importe nominal recibido. Véase, en este último sentido, Ballarín Hernández, 1993c, sec. II.1.c.

[420] Krebs, 2000, p. 58.

[421] En este sentido, de nuevo, Paz-Ares Rodríguez, 1993, sec. III.3.

En la restitución contractual, eso sucede cuando el riesgo de pérdida *de la cosa* lo asume excepcionalmente el acreedor de la restitución. Ante ese caso, tiene sentido que el deudor de la restitución del precio asuma adicionalmente el riesgo de fluctuaciones en su valor. El caso de la evicción da cuenta de ello.

El artículo 1478 1.º CC establece que, una vez producida la evicción, tiene derecho el comprador a exigir del vendedor «*la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción*, ya *sea mayor o menor que el de la venta*». Tradicionalmente, se ha identificado ese precio con el *valor de la cosa* en el momento de su pérdida por evicción[422]. Ciertamente, es el sentido del Código[423] y el modelo de compraventa que tenía en mente[424]. A través de él, se buscaba resarcir al comprador de la pérdida que le suponía la evicción en ese preciso momento[425]. El problema es que se asignaba al comprador el riesgo de alteración fortuita en el valor de la cosa perdida (a pesar de que le habíamos liberado del riesgo de su pérdida por evicción)[426]. Esto se debe a que en la concepción de la evicción del Código (tradicional) no participan ideas propias de la restitución contractual.

Una concepción moderna[427], que entiende la evicción como un incumplimiento resolutorio que conduce a una restitución por desvinculación, obliga a reducir el sentido del artículo 1478 1.º CC. Bajo el nuevo paradigma, habría que entender que el vendedor está obligado a restituir el precio recibido –y no el valor de la cosa al tiempo de la evicción–, actualizado además conforme al IPC[428]. Es decir, teniendo en cuenta la evolución de los precios en el tiempo

---

[422] García Cantero, 1980, sec. VI. A.; Torralba Soriano, 1993, sec. II.1.a; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2013, p. 44.

[423] Los antecedentes históricos avalan esta interpretación. Así se aprecia claramente en el artículo 1400 P. 1851 y en el comentario de García Goyena. El autor subraya la diferencia de este artículo respecto de los extranjeros valorados y advierte que «*lo que realmente pierde el comprador es el valor de la cosa al tiempo de la evicción, sea mayor o menor que el que tenía al tiempo de la venta; y el comprador no debe reclamar más ni menos que lo que pierde, es decir, la completa indemnización*»; su idea era evitar que el comprador se enriqueciese sin causa a expensas del vendedor de buena fe (García Goyena, 1852, vol. III, pp. 390-391).

[424] El sistema del Código piensa siempre en una compraventa específica en el que la inexistencia de las cualidades físicas o jurídicas (pretensiones de terceros) de la cosa vendida planteaba un problema de imposibilidad inicial. En consecuencia, no imponía al vendedor el deber de entregar una cosa conforme al contrato (cfr. art. 1460 CC). Véase Morales Moreno, *ADC,* 2012, pp. 8-23.

[425] Véase García Cantero, 1980, sec. VI. A. Para este autor el legislador salió aquí del marco de la acción de resolución o nulidad. También, Pantaleón Prieto, *ADC*, 1991, p. 1051.

[426] Hay que tener en cuenta, además, que la evicción puede acontecer pasados muchos años desde la celebración del contrato. En este sentido, Torralba Soriano, 1993, sec. II. Por ejemplo, si el terreno vendido aumentó su valor con el descubrimiento de un yacimiento antes de la evicción. El ejemplo se encuentra en Torralba Soriano, 1993, sec. II.

[427] El sistema restitutorio previsto en las normas del saneamiento por evicción se corresponde con el modelo excepcional en el que el deudor de la restitución no presta el valor, porque la pérdida de la cosa a restituir es imputable al acreedor restitutorio (vendedor). *Supra*, en este capítulo, III. 5.3.

[428] Recientemente y con apoyo jurisprudencial, Revuelta Romo y Guerrero Gómez, *Aranzadi Doctrinal*, 2020, sec. II.

(inflación). Este resultado no sería sino el reflejo de asignarle al vendedor –al que le es imputable la pérdida de la cosa– todos los riesgos en la restitución, incluido este.

La solución expuesta merece extenderse a todos los casos en que el acreedor de la restitución *de la cosa* corre con el riesgo de su pérdida. En ese caso, debe restituir el precio actualizado, y no la cantidad nominal. No es un resultado sancionador. El deudor de la restitución *de la cosa*, que no carga con el riesgo restitutorio, tiene derecho a recuperar el precio que entregó, actualizado. De lo contrario, este deudor, al que hemos liberado del riesgo de pérdida, terminaría perjudicado por vía de restitución del precio.

4.3 La restitución del precio en divisas y el riesgo de tipo de cambio

En las compraventas internacionales, la compradora puede haber tenido que adquirir previamente divisas extranjeras para pagar el precio. Fracasado el contrato, surge la cuestión de cómo restituir el precio en este contexto; y, en particular, si la parte acreedora de la restitución *de ese precio* (el comprador) tiene derecho a que se le restituya aquello que invirtió para adquirir las divisas con las que pagó, en lugar de la misma cantidad de divisas que constituyó el precio pactado.

> Por ejemplo, el 4 de mayo de 2021 una empresa española tuvo que comprar yenes japoneses para poder abonar el precio de 1.570.000 ¥ a un proveedor japonés, pagando por ellos 11.944,68 euros. Si el contrato fracasa, y el yen se ha *depreciado* en ese momento, a la empresa española le puede interesar que se le restituyan los euros invertidos en adquirir yenes, y no el total de los yenes efectivamente abonados, es decir, el equivalente en euros de la obligación de pago que tuvo que acometer al tiempo de contratar (cfr. art. 1170 I CC).

Si no se quiere convertir la restitución por desvinculación contractual en una indemnización[429], se debe rechazar esta posibilidad. Se trata de que las partes recuperen la posición contractual que tenían al momento previo al de contratar. En el ejemplo planteado, el pago del precio se ejecutó en una moneda y esa es que se tiene que tomar en cuenta para la restitución. De lo contrario, se compensaría en la restitución el interés negativo de la empresa española[430].

---

[429] Véase, *supra*, Capítulo 6, III. 5.

[430] En este sentido, al analizar el artículo 81 CISG (restitución en caso de resolución), y con referencias a laudos arbitrales, Bridge, 2018a, párr. 19. No obstante, este autor argumenta con la distinción, un

Por lo mismo, se debe rechazar también que el riesgo del tipo de cambio pueda corregirse en la restitución por desvinculación.

> En el ejemplo anterior, si el yen se hubiese apreciado, a la empresa española (acreedora de la restitución del precio) le perjudicará recibir la misma cantidad (1.570.000 ¥), pues esa apreciación de la divisa con la que pagó se traducirá en una menor cantidad de dinero en la moneda de su contabilidad: el euro.

De hacerse así, al acreedor de la restitución *del precio* se le liberaría del riesgo de recibir la restitución en una divisa depreciada respecto de la suya propia, siendo un riesgo que debe soportar, igual que sucedía con la apreciación o depreciación de la cosa a restituir [431].

4.4 Hiperinflación y cambio de circunstancias en la restitución del precio

A nadie se le escapan las consecuencias severas que el nominalismo puede llegar a producir, cuando tiene lugar una oscilación enorme del valor intrínseco o del poder adquisitivo de la moneda [432]. En general, se ha criticado el nominalismo, como dogma, y se ha defendido su no aplicación cuando atente contra la buena fe de las partes, la justicia intrínseca o la conmutatividad de las prestaciones [433]. En este sentido, no es inhabitual ver argumentos que recurren a la *rebus sic stantibus* como «freno de emergencia» con el que corregir, puntualmente, la hiperinflación o depreciación general en deudas de dinero [434]. La cuestión es si estas apreciaciones sirven para despegarnos del nominalismo en la restitución por desvinculación contractual. Esta pregunta no ha sido excesivamente tratada. El TS ha reconocido indirectamente la posibilidad de reclamar una indemnización por depreciación extrema del dinero, en la restitución por resolución [435]; también ha excepcionado el nominalis-

---

tanto ficticia, de que la restitución conduce a que las partes recuperen el estado que tenían antes de realizar la prestación (y no aquel de que disfrutaban en la fase precontractual).

[431] *Supra*, en este capítulo, II.

[432] Por todos, Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, cap. 10.16. Muy crítico con el nominalismo –al que acusa de haber expropiado a las clases medias– y con referencias a la realidad española del s. xx, García-Bernardo Landeta, *ADC*, 1999, pp. 971-972 y 982.

[433] Bonet Correa, *ADC*, 1971, pp. 1121-1122.

[434] Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, cap. 10.20; García-Bernardo Landeta, *ADC*, 1999, pp. 976-980.

[435] Así, la STS, 1.ª, 3 de noviembre de 1988, FD 5.º (MP: Malpica González-Elipe, RJ 1988/8410), después de rechazar que proceda la devolución del precio en su valor actualizado salvo pacto expreso, advierte que «*otra cosa, distinta de la devolución de lo entregado, es la indemnización de daños y perjuicios propiamente dicha*». No obstante, en ese caso no reconoció una pretensión indemnizatoria por deva-

mo ante el incumplimiento de una condición resolutoria, no imputable a ninguna de las partes, con el argumento de que el supuesto era distinto al de una resolución por incumplimiento [436]. Esta jurisprudencia ha recibido críticas [437], a pesar de que haya autores que parezcan admitir su conclusión [438].

En efecto, se ha defendido convertir excepcionalmente la restitución de dinero en deudas de valor, cuando se produce una inflación tal que pueda ser considerada un *cambio de circunstancias*, de acuerdo con los postulados de la base del negocio o la cláusula *rebus sic stantibus* [439].

A mi juicio, no tiene buen sentido este proceder, que genera inseguridad jurídica. Cuando excepcionalmente se produzcan oscilaciones en el valor del dinero insoportables para las partes en la restitución, el legislador siempre puede (y debe) intervenir, como hasta ahora ha hecho [440]; ello sin olvidar que, incluso, ante estas situaciones, el escape del nominalismo se ha interpretado de manera muy restrictiva [441]. En otro orden, no hay inconveniente en que las par-

---

luación porque no se habían probado los daños; también porque el resarcimiento de daños y perjuicios en estos casos se refiere, según la sentencia, «*al interés legal que corresponda en el transcurso del tiempo*».

[436] STS, 1.ª, 18 de septiembre de 1991, FD 3.º (MP: Almagro Nosete; RJ 1991/6055). Es interesante el razonamiento del TS: «*El precepto* [art. 1123 CC] *ordena, con toda nitidez, el deber de restituirse los interesados lo que hubieren percibido, y la restitución, como noción jurídica, no se satisface sino con un criterio de estricta justicia conmutativa, esto es, con una adecuada equivalencia entre lo recibido y lo devuelto, y, si son cantidades dinerarias las que se consideran, cuando no media culpa, ni dolo respecto del incumplimiento de la condición, que sucede por circunstancias extrínsecas a las partes, mal puede pretenderse que la restitución se produzca al valor nominal del dinero, que como es cosa fungible por naturaleza, sin riesgos de pérdida, deterioro o mejora, en el sentido a que se refiere el artículo 1122, puede y debe ser restituido, en su valor actual*».

[437] Berg, 2002, p. 149; Monfort Ferrero, 2000, pp. 200-201.

[438] Quicios Molina, 2020, pp. 1732-1733. Pero la autora, que distingue según quién fue responsable del fracaso, no permite esta indemnización al comprador (acreedor de la restitución del precio), si el fracaso del contrato (incumplimiento, en la resolución) le fue imputable.

[439] Berg, 2002, p. 153.

[440] En España, Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, cap. 20.16 alude a la Ley de Desbloqueo, de 7 de diciembre de 1939, tras la guerra civil, que reajustaba las cantidades de pago pendientes en el momento de su promulgación, vencidas o no, procedentes de transacciones realizadas en zona republicana; la Ley de 23 de junio de 1942, que fijaba obligatoriamente la renta en los contratos de arrendamiento de fincas rústicas en una determinada cantidad en trigo.

[441] Se aprecia, por ejemplo, en la STS, 1.ª, 12 de enero de 1943, CDO 3.º (MP: Castán Tobeñas; Id Cendoj: 28079110011943100005). Ante un préstamo hipotecario celebrado antes de la guerra civil y cancelado por una sociedad extranjera en moneda republicana antes del fin de la contienda, no se admitió la pretensión de enriquecimiento injusto del demandante prestamista, debido a la inflación producida en la zona republicana. A juicio del TS «*esta clase de perjuicio solo encuentra su remedio adecuado en las revalorizaciones previstas por las leyes especiales para casos taxativos y que no pueden ser objeto de ampliaciones extensivas como la que pretende hacer el recurrente, pues ello significaría olvidar que* […] *los preceptos legales y jurisprudencia que regulan situaciones ordinarias de la vida contractual solo tienen aplicación supletoria, o complementaria de la legislación especial que rige las situaciones anormales derivadas de una guerra civil* […]*, y si se admitieran, mediante una interpretación forzada del artículo 1.753 del Código y de la regla de enriquecimiento torticero, nuevos casos de revalorización de la moneda roja, no incluidos en el texto de la Ley del Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939, se iría abiertamente contra el espíritu y alcance de la misma*».

tes introduzcan cláusulas de estabilización, para corregir el nominalismo en sede restitutoria, como se verá [442].

VI. ALTERACIONES RESTITUTORIAS EN CONTRATOS DE CESIÓN DE USO, DE SERVICIOS Y DE TRACTO SUCESIVO

El fracaso de un contrato de cesión del uso o de prestación de algún servicio nos sitúa automáticamente ante la imposibilidad de restitución *in natura* de una de las prestaciones principales: el uso cedido o el servicio prestado. Es decir, la sola desvinculación ya genera en sí misma una alteración restitutoria. Por eso, si el contrato está equilibrado, la restitución tiene poco recorrido y se produce una compensación entre las prestaciones (renta por el uso; precio por el servicio). En cambio, cuando el contrato no estaba equilibrado y la causa de su fracaso está relacionada con ese desequilibrio, la compensación no está tan clara. El bagaje teórico de este capítulo permite dar una respuesta dogmáticamente coherente a las alteraciones restitutorias en contratos de cesión de uso y de prestación de servicios.

1. **La restitución integral y recíproca en contratos de cesión de uso**

Se dice que la desvinculación de contratos de cesión de uso (arrendamiento o préstamo) comporta efectos *ex nunc*, a diferencia de los contratos de intercambio [443]. En este sentido, la jurisprudencia reconoce que, cuando las partes han satisfecho sus prestaciones íntegramente en el pasado, es imposible «*destruir las prestaciones ejecutadas*», y que «*la regla sobre los efectos ex tunc* […] *no puede ser mantenida con carácter absoluto*» [444]. Que la reversión del uso cedido es imposible cuando se produce la desvinculación de estos contratos es evidente. La pregunta es cómo se articula la restitución y qué sentido dogmático tiene que en general los efectos sean *ex nunc*.

---

[442] *Infra*, en este capítulo, VIII.

[443] Clemente Meoro, 1998, pp. 503 y ss.; Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, p. 873; Monfort Ferrero, 2000, pp. 181-184; Montés Penadés, 1989b, n. 69; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, p. 1154.

También, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 256-257; Díez-Picazo y Ponce de León, 1994, p. 117; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 64 y ss.

[444] Véase en este sentido la STS, 1.ª, 22 de diciembre de 2006, FD 5.º (MP: Xiol Ríos; RJ 2007/307), en un caso de resolución de un contrato de arrendamiento por falta de idoneidad del local arrendado al fin propio a su destino, donde se dice que la resolución no priva de valor a las prestaciones ya realizadas.

1.1 La idea atécnica de la compensación de las prestaciones y sus explicaciones

Para la resolución por incumplimiento, es dominante la opinión que considera que, en los contratos de tracto sucesivo, la desvinculación no afecta a las prestaciones ya ejecutadas por ambas partes, sino que simplemente libera de cumplir las obligaciones futuras [445]. Para los casos de nulidad, es menos habitual leer esta aproximación, pues los autores suelen inclinarse por una aplicación del artículo 1307 CC y, en consecuencia, por entender obligado el pago de la cesión de uso valorada objetivamente [446]; no obstante, también se ha planteado la posibilidad de una compensación [447].

En general, la idea de compensación entre las prestaciones ya intercambiadas es correcta para aclarar la no restitución por desvinculación, en contratos de cesión de uso. El problema está en su fundamentación última. Esta se explica, muchas veces, con base en la prohibición del enriquecimiento sin causa de una parte sobre la otra [448]. Otras veces, se entiende que las prestaciones intercambiadas son independientes y que deben quedar intactas [449]; se dice que no resulta operativo ni económico proceder a su restitución [450]; o se alude a la reciprocidad de cada uno de los intercambios [451].

---

[445] Así, puede verse, Álvarez Vigaray, 2004, p. 133; Clemente Meoro, 1998, p. 503; Dell'Aquila, 1981, pp. 198-200; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, p. 1154; El Mismo, *ADC*, 1993, p. 1734; Pintó Ruiz, 1962, p. 401; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 200; Carrasco Perera, 2017, cap. 22/42, donde muestra una posición coherente con su planteamiento para la nulidad.

[446] Así, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 256-257; Díez-Picazo y Ponce de León, 1994, p. 117; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 64 y ss.; Quicios Molina, 2020, p. 1616. No obstante, esta última autora cita la STS 13 de marzo de 2012 (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2021/4527), en un supuesto de nulidad de una cláusula preredactada que imponía al consumidor el pago del arrendamiento del terminal descodificador de televisión; al declararse nula, por abusiva, dicha cláusula, la Sala 1.ª recurrió a una idea de compensación entre las sumas abonadas «de más» por los consumidores a cambio del uso del terminal y el propio uso que se arrendaba. De este modo, terminó ordenando que no se restituyese cantidad alguna. Sobre el verdadero fundamento de esta solución restitutoria en este caso me ocupé en Ruiz Arranz, *InDret*, 2020, pp. 110-112.

[447] Véase, sobre todo, Carrasco Perera, 2017, cap. 14/58. También, haciendo referencia a la «contraprestación adecuada», Pertíñez Vílchez, 2019, p. 138.

[448] Álvarez Vigaray, 2004, p. 296; Clemente Meoro, 1998, pp. 504-505; Dell'Aquila, 1981, p. 198. También Moreno Sánchez-Moraleda, 2010, p. 312. Refiriéndose a la resolución, la autora considera que la regla de retroactividad carece de sentido ante estos contratos, porque hay una parte que no puede restituir lo recibido (el arrendatario no puede devolver el uso percibido) y sería injusto beneficiarlo, permitiéndole recuperar las rentas pagadas. De un modo similar, se entiende que en esta clase de contratos las prestaciones se ejecutaron por partes, de manera que el efecto *ex nunc* se explicaría porque en cada una de ellas individualmente considerada sigue existiendo una base legal para la prestación ejecutada; en este último sentido, analizando el artículo 172.3 CESL, Sirena, *ERPL*, 2011, pp. 986-987.

[449] Véanse los autores citados *supra* en nota 445, sobre la resolución.

[450] Véase Monfort Ferrero, 2000, p. 182. También, Pertíñez Vílchez, 2019, p. 138.

[451] Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1253. Recientemente, Basozabal Arrue, 2022, pp. 64-65.

Si bien estas explicaciones son producto del sentido común, pueden ser puestas en tela de juicio con facilidad. En efecto, alguien podría preguntarse por qué hemos de entender compensadas las prestaciones (cesión de uso y rentas) una vez el contrato cae y se interrumpe la cesión del uso que este permitía durante un tiempo determinado[452]. Por este motivo, urge ofrecer una explicación dogmática algo más elaborada a la idea –correcta– de que las prestaciones intercambiadas en el seno de un contrato de cesión de uso no se restituyen, porque se compensan. Tal como lo veo, no es que las rentas abonadas en cada tiempo se compensen con el efectivo uso que una parte ha hecho de la cosa (arrendamiento) o del capital (préstamo). Técnicamente, la compensación se explica a partir de la noción de restitución integral y recíproca que persigue que las partes recuperen el *statu quo ante*[453]. Es preciso ubicar normativamente esta idea.

1.2 El artículo 1547 CC como fundamento restitutorio de la cesión del uso

El punto de partida es el artículo 1307 CC, porque nos encontramos ante una prestación –el uso cedido–, que es irrestituible en especie[454]. Por eso, la restitución debe modularse a partir del *valor* del uso cedido. Reconocido esto, se trata simplemente de readaptar el esquema restitutorio. Al tratarse de una prestación principal y no poderse restituir *in natura*, hay que acudir al artículo 1307 CC, readaptado.

En esa readaptación, desempeña un papel axial la norma del artículo 1547 CC. Dice esta norma que «*cuando hubiese comenzado la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal y faltare la prueba del precio*

[452] Se trata de las interesantes aportaciones de Martín Faba, *CESCO*, 2021, pp. 2-5. Al ocuparse de la restitución derivada de la resolución de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, este autor señala la incongruencia que supone afirmar que, tras la resolución, el prestatario (o arrendador del uso del capital, en mi hipótesis) queda liberado de su obligación con efectos hacia el futuro, pero que las prestaciones ya ejecutadas deben mantenerse. Ciertamente, este autor parte de considerar que el préstamo constituye un contrato unilateral de tracto único; lo que no comparto (me inclino por pensar, con Pantaleón Prieto, *Almacén de Derecho*, 2018, que «*en sentido económico, el préstamo no es sino el arrendamiento del capital*»). No obstante, emplea un argumento muy sugestivo para neutralizar el efecto compensador de las prestaciones con relación al precio (interés remuneratorio) del contrato. Puede resumirse como sigue: ese precio se estipuló, en parte, atendiendo a la duración del contrato en el tiempo; si el contrato fracasa, la información que proporcionaba dicho precio ya no nos sirve como información para poder compensar las prestaciones; se ha de acudir a un valor objetivo, que el autor ubica en el interés legal del dinero.

[453] Capítulo 6, III. 3.

[454] En Derecho alemán se analiza la restitución del uso cedido desde el punto de vista de la restitución de provechos (*supra*, Capítulo 3, V. 2); lo que es coherente con su sistema, pero complica innecesariamente las cosas para un ordenamiento, como el español, que cuenta con una regla general de restitución del valor, cuando una prestación es irrestituible *in natura*.

convenido, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada, abonándole, por el tiempo que la haya disfrutado, el precio que se regule». Se trata de un supuesto de precio existente de cuantía no probada en un arrendamiento, cuya ejecución ya hubiere comenzado[455]. Aquí, la entrega de la cosa arrendada era condición de posibilidad para poder ejecutar el contrato de arrendamiento, y por eso la cosa se devuelve como restitución accesoria[456]. Junto a ello, el fracaso del contrato obliga además a la restitución de las prestaciones principales. En la hipótesis que plantea la norma, no se abonó ninguna renta durante el tiempo de ejecución del contrato, mientras que el uso de la cosa sí se cedió[457]. Por eso, siendo el uso irrestituible *in natura*, la nulidad del contrato conduce a que el arrendatario abone al arrendador el «*precio que se regule*». La norma plantea, en realidad, una compensación indirecta de las prestaciones; lo que le otorga un contenido restitutorio[458].

En efecto, el artículo 1547 CC tiene el mismo contenido que el que se produciría en una restitución de prestaciones tras la terminación de un arrendamiento, si el arrendatario hubiera abonado el precio. En ese caso, la restitución consistiría en la devolución recíproca del valor del uso recibido por el arrendatario e irrestituible en especie, y las rentas cobradas por el arrendador hasta la nulidad (art. 1307 CC). Por ello, la regla del artículo 1547 CC se puede leer en paralelo con la general del artículo 1307 CC; y forma parte del *ius commune* restitutorio español[459], para los contratos de cesión del uso.

Para los contratos de préstamo rige la misma lógica que para el arrendamiento, aunque no cuenten expresamente con una norma como el artículo 1457 CC[460]; en sentido económico, el préstamo no es sino el de un «*arrendamiento de capital*»[461]. Por eso, su restitución se explica también desde

---

[455] Así, Lucas Fernández, 2004, sec. I. Considera el contrato nulo en la hipótesis de la norma, Carrasco Perera, 2017, cap. 14/55.

[456] Véase, *supra*, Capítulo 6, III. 3.4.

[457] Y es que, si se hubiera pagado el precio convenido en el arrendamiento verbal, a pesar de que este no se pueda probar por ningún medio, no tendría sentido que el artículo ordene la devolución de la cosa con el precio que se regule. Este precio se corresponde con el valor objetivo, es decir, con una cantidad que en defecto de acuerdo entre las partes ha de fijarse judicialmente (Lucas Fernández, 1993a, sec. I).

[458] Concibe la norma como restitutoria, en este mismo sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, 1994, p. 117.

[459] *Supra*, Capítulo 6, IV. 2.

[460] Véase, con cita de jurisprudencia, Pertíñez Vílchez, 2019, p. 141.

[461] En este sentido, Pantaleón Prieto, *Almacén de Derecho*, 2018. Es una posición que, paulatinamente, va asumiendo el Tribunal Supremo. Así, la STS, 1.ª, Pleno, 11 de julio de 2018, FD 2.º (MP: Parra Lucán; RJ 2018/2793) asume abiertamente un entendimiento obligacional del préstamo y afirma que «*la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario*», por lo que cabría resolver el préstamo por incumplimiento (art. 1124 CC).

Desde el Derecho alemán, véase Hagmann, 2007, p. 127.

el artículo 1307 CC (en relación con el artículo 1457 CC); y así se explica la «compensación», canalizada a través de la restitución [462], entre las prestaciones ya ejecutadas tras la desvinculación (la cesión del uso de un capital a cambio de una renta mensual) [463].

1.3 La restitución integral y recíproca como «compensación»

El artículo 1547 CC apuntala la tesis de que la *restitutio in integrum* recíproca en contratos de cesión de un uso tiene lugar –paradójicamente– por medio de una «no restitución», es decir, de una compensación de lo *ya* intercambiado. En efecto, no es que las prestaciones intercambiadas se compensen sin más, como entienden la mayoría de los autores [464]. Las prestaciones *se restituyen* en el marco de la relación obligatoria restitutoria. Lo que ocurre es que, estando el contrato equilibrado –es decir, no existiendo vicios de la voluntad o algún elemento capaz de alterar el equilibrio del contrato [465]– el resultado de la restitución integral y recíproca suma cero. En este sentido, el valor objetivo del uso irrestituible *in natura* se determina de acuerdo con el *precio* del contrato [466]. Por eso, económicamente no tiene demasiado sentido ordenar una restitución. Pero repárese que esta aproximación no es igual a entender simplemente que las prestaciones se compensan. Dogmáticamente, se trata de una *restitutio in integrum* recíproca «por compensación», con arreglo a la cual se aproxima en la medida de lo posible la recuperación del *statu quo ante* [467]. Y, por eso también, no parece que el sentido de esta restitución tenga su clave de bóveda en prohibir alguna clase de enriquecimiento injustificado de una parte a costa de la otra.

---

[462] Véase, desde el análisis de la cláusula de vencimiento anticipado que equipara a la resolución, Pantaleón Prieto, *Almacén de Derecho*, 2020.

[463] En este sentido, la reciente SAP Cantabria, Sec. 2.ª, 29 de abril de 2021, FD 6.º (MP: De la Hoz de la Escalera; JUR 2021/146026) indica que la resolución del préstamo no tiene efecto retroactivo respecto de aquello «*en que el contrato se ha ejecutado y cumplido, lo que conduce* […] *a tener que respetar no solo el devengo de los intereses remuneratorios pactados durante el tiempo anterior a la resolución, en que el contrato se ha ejecutado y el prestatario ha tenido el dinero prestado, sino también tras esta y en tanto no se produzca la devolución íntegra del capital prestado*».

[464] Lo que daría alas al argumento de que es incongruente esta compensación con el hecho de que el contrato se elimine hacia el futuro, como apunta Martín Faba, *CESC*O, 2021, p. 2. Véase el resumen de su tesis en nota 452.

[465] Lo que analizaré *infra*, en este capítulo, VI. 2.

[466] En este sentido, Berg, 2002, p. 161.

[467] El artículo 1204 PMCC 2009 ha entendido muy bien esta idea para la restitución en caso de resolución: «*En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto*».

Frente a este enfoque siempre se podría argumentar que, cuando se termina un contrato de cesión de uso cuyo precio (renta) se había determinado en atención a un determinado horizonte temporal de duración, el precio deja de proporcionar información relevante sobre el valor, y hay que acudir a otro valor objetivo fuera del contrato[468]. A este planteamiento se le pueden hacer varias objeciones. La primera es que las magnitudes objetivas para determinar la renta no nos mejoran respecto la renta del arrendamiento pactada o el interés remuneratorio, pues aquellas tienen también en mente un horizonte temporal determinado de duración del contrato[469]. La segunda es que, si se pensase en otro tipo de comparación objetivo, como el interés legal en préstamos, se estarían aplicando criterios indemnizatorios (cfr. art. 1108 CC), ajenos a la neutralidad restitutoria[470]. En tercer lugar, aplicar un valor objetivo puede producir resultados desafortunados –cuando no, sancionadores– para la parte que viera cómo la diferencia entre el precio del contrato (renta) y la magnitud objetiva le arroja un resultado negativo, pues se vería obligada a abonar la diferencia entre precio y valor[471]. Y, en cuarto lugar, desde un punto de vista práctico, es más complicado realizar estos cálculos que compensar, bajobajo la idea dogmática de la restitución integral.

La restitución del valor objetivo que defienden con carácter general algunos autores para esta clase de contratos[472] solo se antoja adecuada cuando el

---

[468] En este sentido, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 200, quienes defienden acudir al artículo 1123 CC; Martín Faba, *CESCO*, 2021, p. 3.

[469] Se ve claramente, por ejemplo, con las estadísticas del Banco de España sobre los tipos oficiales de referencia que, bajo determinadas circunstancias, nos servirían como valor «objetivo» en un contrato de préstamo. Así, la tabla de tipos oficiales de referencia del mercado hipotecario tiene en cuenta un horizonte temporal de «a más de tres años» (se puede consultar, para el año 2020, en: https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menuhorizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guiatextual/tiposinteresrefe/tabla_tipos_referencia_oficiales_mercado_hipotecario.html?anyo=e46c4920f75ef610VgnVCM10000064de14acRCRD#comboAnios). Asimismo, en la tabla de «tipos de interés, activos y pasivos, aplicados por las entidades» se desglosa la información teniendo en cuenta el plazo de las operaciones (véase, para el año 2020: https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guiatextual/tiposinteresprac/Tabla_de_tipos__a0b053c69a40f51.html?anyo=b80d4920f75ef610VgnVCM10000064de14acRCRD#comboAnios).

[470] Véase, *supra*, Capítulo 6, III. 5.

[471] En este sentido, ha rechazado que, en un contrato de préstamo que se resuelve, tenga lugar una compensación con el interés remuneratorio pactado, y ha defendido una devolución de lo pagado, que exceda del interés legal, Carrasco Perera, *Publicaciones GA-P*, 2018, párr. 5. No obstante, la posición de este autor resulta un tanto contradictoria con sus posiciones en 2017, cap. 14/58 (donde para la nulidad de contratos como el arrendamiento se inclina por una compensación) y, sobre todo, con su posición respecto al efecto restitutorio de la resolución en contratos de tracto sucesivo (*ibid*., cap. 22/42). Aquí considera que «*en la resolución con efectos no retroactivos ambas partes quedarán liberadas de las prestaciones futuras, y el efecto restitutorio quedará absorbido en todo o en parte*».

[472] Véase Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 256-257; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 64 y ss.

precio del contrato no se puede identificar con el valor de uso[473]. El enfoque de la compensación restitutoria (como expresión de la restitución integral y recíproca) planteado no es una puntualización teórica baladí, ya que muchas veces los tribunales lo omiten (por ejemplo, al lidiar con la restitución derivada de la nulidad de un contrato de arrendamiento financiero, si no se entienden compensadas todas las prestaciones[474]).

1.4 Excepción a la neutralidad en contratos de cesión de uso

La regla general de compensación restitutoria en contratos de cesión de uso se exceptúa cuando *(i)* el contrato no esté equilibrado y *(ii)* ese desequilibrio resulte imputable a una de las partes. Lo veremos en seguida. De momento, piénsese en un contrato de arrendamiento que fracasa y en el que la renta pactada estaba muy por encima del valor real, por dolo del arrendador o error inducido (o muy por debajo, por dolo o error provocado del arrendatario). El responsable del desequilibrio deberá realizar, entonces, un «ajuste restitutorio»; lo que se traducirá, bien en la obligación de «completar» lo prestado por vía de la restitución (si como consecuencia del desequi-

---

[473] En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, 1994, p. 117.

[474] Fue el caso resuelto por la STS, 1.ª, 11 de junio de 2020 (MP: Sancho Gargallo; JUR 2020/181149). En lo que interesa, la AP ordenó la nulidad del contrato, por incumplimiento de un deber precontractual de información, y ordenó la devolución y reintegro de lo percibido. En este sentido, condenó al arrendador financiero a restituir, únicamente, la parte financiera de las cuotas del leasing, sin considerar la parte de la renta referida a la recuperación del coste de amortización del bien, que se consideraba compensada. El TS confirmó el fallo, ya que consideró aplicable a la restitución el artículo 1303 CC. En este sentido, entendió que la arrendataria financiera debía restituir el bien inmueble. Por su parte, la arrendadora financiera quedaba obligada a restituir la carga financiera, pues el resto equivale al valor económico de disponibilidad del inmueble, y se entiende compensado por ello. El TS rechazó aplicar el artículo 1307 CC, porque consideraba «*posible la restitución de prestaciones, en concreto del bien inmueble objeto del leasing, sin perjuicio de que deba tenerse en cuenta la necesidad de compensar la disponibilidad del bien durante el tiempo en que ha estado en poder del arrendatario financiero*». Esto le llevó a compartir la visión de la Audiencia y declarar procedente la «*limitación de la obligación de devolución*» a las partes de las cuotas correspondiente a la carga financiera del leasing. Este fallo merece alguna crítica.

Es sabido que la cuota del *leasing* admite desglosarse en dos. De un lado, la parte que corresponde a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora y, del otro, la carga financiera satisfecha a la entidad arrendadora (cfr. art. 106 LIS). Si la parte que corresponde a la recuperación del coste del bien por la arrendadora remunera la cesión física del uso del bien arrendado; la carga financiera atenderá al precio o tipo de interés remuneratorio del «préstamo» o, por mejor decir, del anticipo de capital que realiza la arrendadora financiera. «Limitar», como hizo el TS, la restitución de prestaciones en aplicación del artículo 1303 CC a toda la carga financiera es desconocer la naturaleza del contrato de leasing. Ordenando esa restitución, el TS convirtió la parte financiera de la operación en un préstamo a tipo de interés cero en la restitución. El enfoque de la compensación sobre la compensación de las prestaciones como expresión de la restitución integral debería haber conducido a que la cuota financiera se compensase igualmente con la cesión del uso del capital.

librio *prestó* de menos, en el caso del arrendatario [475]), o bien de restituir el exceso (si como consecuencia del desequilibrio se *recibió* de más, en el caso del arrendador) [476].

De este modo se exceptúa, en los contratos de cesión de uso, la neutralidad restitutoria (basada en la compensación). Por hipótesis, el contratante responsable del desequilibrio será el responsable del fracaso del contrato (por ejemplo, el incumplidor en la resolución). A él, se obliga a corregir el desequilibrio contractual, mediante un ajuste restitutorio. Esto supone una asignación ficticia a este contratante del riesgo de que el uso no sea restituible *in natura*; es decir, *como si* el uso «se hubiera perdido por su culpa». Después de todo, es el responsable de que las prestaciones no se puedan compensar [477]. Por eso, debe prestar el *valor objetivo* del uso en la restitución, corrigiendo así el desequilibrio contractual. Mediante este proceder se evita una solución sancionadora que coloque el riesgo directamente en la parte responsable del fracaso del contrato, sin mayor miramiento [478]. El Código civil ya prevé esta solución para el arrendamiento (art. 1553 CC): si el contrato fracasa porque la cosa arrendada tenía algún vicio oculto que la hacía impropia para el uso al que el arrendatario la destinaría o disminuye de tal modo su valor que el arrendatario habría dado menos renta por ella (y decide «desistir del contrato»), la restitución tendrá que considerar una disminución proporcional del precio o renta pagados (arts. 1486 II y 1553 II CC) [479]. Tal disminución de la renta no es sino un ajuste restitutorio del valor del uso que *realmente* se cedió (art. 1307 CC) [480]. Las consideraciones anteriores se ven mejor con un ejemplo:

> A y B celebran un contrato de arrendamiento de una vivienda en el centro de una ciudad. Aunque se trataba de un edificio antiguo, A (arrendador) había

---

[475] Con acierto en este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, 1994, p. 117. Parecen seguirle, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 256-257.

[476] En realidad, esta restitución del «exceso» de un lado o del «defecto» del otro no son sino las dos caras de una misma moneda (en función de la posición que se analice se podrá entender que se está restituyendo el exceso de lo que se cobró o el exceso de lo que se pagó). En este sentido, con razón, Quicios Molina, 2020, p. 1738.

[477] En este sentido, con acierto, Berg, 2002, p. 161.

[478] *Supra*, en este capítulo, III. 2.

[479] Véase Lucas Fernández, 1993b, sec. III.

[480] Nótese que las prestaciones intercambiadas son el uso de la cosa arrendada y la renta. Si, además, los vicios destruyesen la cosa arrendada, la aplicación conjunta de los artículos 1487 y 1553 II CC simplemente liberaría al arrendatario de la obligación de devolver la cosa, que en el arrendamiento es condición de posibilidad para la ejecución del contrato y una restitución secundaria (Capítulo 6, III. 3.4). Siguiendo la misma lógica, si la cosa se destruyó por culpa del arrendatario, este tendría que prestar su valor en la restitución, pero no porque corra con el riesgo de pérdida, sino porque la pérdida de la cosa arrendada y *cuya posesión* tiene que devolver le es imputable (arts. 1488 y 1553 II CC). Si la cosa arrendada se destruyó por caso fortuito, la regla del artículo 1488 CC no debe aplicarse por la propia naturaleza del contrato de arrendamiento y porque el riesgo entonces debe ser del propietario arrendador. Véase, en este sentido, *ibid.*

garantizado a B (arrendatario) que la vivienda estaba renovada y saneada; hecho por el que le exigía una renta notablemente superior a la media del mercado para una vivienda de ese tamaño en esa zona. Meses después del perfeccionamiento del contrato y tras haber abonado mensualmente la renta pactada, B descubre que la vivienda no se había saneado ni renovado, como había afirmado su casero, y que había estado pagando una renta muy por encima del valor real de mercado del inmueble. Imaginemos que nuestro B impugnase el contrato por dolo del arrendador A y que, estimada la demanda, se ordenase una restitución de las prestaciones. En ese caso, no tendría buena lógica entender procedente una compensación entre las rentas abonadas por B durante los meses de ejecución del contrato y el uso habitacional recibido a cambio. Lo adecuado sería que tuviese lugar una restitución de las prestaciones principales intercambiadas –rentas y uso– que arrojaría una obligación de A de restituir a B el *exceso* de rentas cobrado con respecto al valor objetivo de la prestación[481]. Ese valor tendría que calcularse teniendo en cuenta el coste del metro cuadrado en esa zona para viviendas.

En un caso como el del ejemplo, el valor del uso ya no puede ser el precio del contrato, sino el valor objetivo de mercado. Otro tanto de lo mismo regiría para la resolución del contrato cuando la parte obligada a ceder el uso (arrendadora) incumple y ese incumplimiento da lugar a un desequilibrio entre las prestaciones[482].

---

[481] El supuesto hipotético planteado encaja con el caso resuelto por la STS, 1.ª, 22 de diciembre de 2006, FD 5.º (MP: Xiol Ríos; RJ 2007/307), en un caso de resolución de un contrato de arrendamiento por falta de idoneidad del local arrendado al fin propio a su destino.

También con el resuelto por la SBGH 6 de agosto de 2008 – XII ZR 67/06 (NJW 2009, 1266), tratado en el Capítulo 3, V. 2.1 (c). Si se recuerda, el 30 de julio de 1997 se había celebrado un contrato de arrendamiento de unas oficinas en el sótano, entrepiso y en el segundo piso de un edificio antiguo que, según el contrato, había sido saneado previamente por el arrendador. De esta manera, los espacios se entregaban totalmente renovados y en condiciones de uso para el propósito operativo del arrendatario. Este hecho resultó ser falso y, desde noviembre de 1997, el arrendatario redujo el montante de la renta. Ante ello, el arrendador terminó el contrato, exigiendo la devolución del edificio y el pago de la renta pactada. En la resolución, el BGH ordenó una restitución en la cual el arrendatario engañado tenía que restituir la renta habitual para esa zona, es decir, el valor objetivo *ex* § 818.2 BGB (y no el importe de las rentas pactadas y adeudadas por el arrendatario, como consecuencia de la terminación del arrendamiento).

[482] Así sucedió en el caso resuelto por la STS, 1.ª, 4 de junio de 2020 (MP: Díaz Fraile; RJ 2020/1580). Se trataba de la resolución de un contrato de franquicia, al parecer por incumplimientos sucesivos y recíprocos de ambas partes. El contrato permitía a la franquiciada la explotación de un centro deportivo con emplazamiento en Majadahonda (Madrid), poniendo la franquiciadora las instalaciones a disposición de la franquiciada, así como el nombre comercial. En virtud del contrato, la franquiciada había abonado un canon inicial de 29.700 euros más IVA con el que, entre otros aspectos, recibía el *know-how* del franquiciador. El contrato tenía una duración planeada de 7 años, pero solo se ejecutó durante 16 meses. En el plano restitutorio que había de seguir a la resolución se planteaba la cuestión de la eventual restitución del canon inicial que la franquiciada había abonado, como reclamaba la franquiciada. La Sala 1.ª del TS entendió que correspondía la devolución parcial del canon inicialmente abonado (FD 4.º [2.5.]) porque, si bien el *know-how* constituía una prestación irrestituible *in natura* su implementación dependía de la ejecución exitosa del resto del contrato en cuanto a la explotación comercial de las instalaciones. A juicio de la Sala 1.ª, dicho *know-how* carecía de utilidad por sí sola una vez resuelto el contrato. Por esta razón, estimó procedente la restitución del importe de dicho canon de otorgamiento de la franquicia en la parte correspondiente a la proporción entre la duración efectiva del contrato, hasta su resolución, y la total duración inicialmente prevista su clausulado.

En ese caso, la resolución da lugar a un ajuste restitutorio según un valor objetivo [483].

> Algo parecido sucedió en el caso resuelto por la STS, 1.ª, 24 de mayo de 1999 [484]. Se había celebrado un contrato de *leasing* para la adquisición de un camión que la arrendadora financiera había, a su vez, adquirido. Al parecer, durante el tiempo de ejecución del contrato, el camión presentaba importantes defectos, hasta tal punto de que el motor tuvo que cambiarse dos veces. Ante ello, la arrendataria financiera resolvió el contrato, ejercitando acción frente a la arrendadora y la vendedora. La Sala 1.ª del TS estimó procedente la resolución por incumplimiento, habida cuenta de los graves defectos que padecía el camión en relación con el uso y destino prometido. Por tanto, declaró resuelto tanto el contrato de *leasing* como la compraventa. En cuanto a las consecuencias de la resolución y, en lo que interesa, declaró extinguida la obligación de pagar las cuotas pendientes de pago a la arrendadora financiera desde la fecha en que hubo de reponerse por segunda vez el motor del camión; «*por lo que, en su caso, deberá devolver* [la arrendadora financiera] *al actor las que se hubiesen satisfecho desde tal fecha*» (FD 8.º). Como se aprecia, el fracaso del contrato de arrendamiento trajo consigo la restitución de las cuotas pagadas por la arrendataria a partir del momento en que se entendió que el contrato estaba desequilibrado, por haberse entregado un «aliud» en palabras del propio TS, que estimaba imputable a la vendedora (que a su vez era quien había contratado con la entidad.

Como se ve, si se produce la desvinculación de un contrato de arrendamiento, o asimilado, y el arrendatario pagó un precio superior al que hubiera pagado, por una causa imputable al arrendador (que es la misma causa de la desvinculación), se rompe la neutralidad y se produce una restitución. Contablemente, esta restitución se traduce en que la parte responsable restituya el exceso percibido, lo que se canaliza por medio de la restitución del valor.

La Sala 1.ª no lo concreta, pero el fundamento último tras su razonamiento es que, con el fracaso del contrato de franquicia, se había producido una alteración del sinalagma contractual; alteración que se proyectaba en la restitución. En la medida en que el canon pagado se había abonado para una duración de 7 años del contrato, su abono completo para un periodo de ejecución de 16 meses constituía una alteración sinalagmática que se corrige en la restitución mediante la obligación del franquiciador de restituir el exceso. El fundamento normativo, a mi juicio, hay que situarlo en el artículo 1307 CC.

[483] Así, por ejemplo, en un arrendamiento, si alguna de las prestaciones prometidas en el contrato o no realizó las reparaciones a las que estaba obligado, cobrando una renta desacorde con el incumplimiento (cfr. art. 27 LAU). En esos casos, de nuevo, debería tener lugar una restitución del exceso cobrado por el arrendador a cambio del uso que se cedía, es decir, un ajuste restitutorio referido al valor objetivo del uso cedido (art. 1307 CC). A contrario, cuando fue el arrendatario quien incumplió total o parcialmente su obligación principal de pago de la renta, la restitución se debe traducir en abonarlas, compensando el exceso de uso disfrutado (art. 1547 CC), pues el fracaso del contrato y el desequilibrio derivado del incumplimiento le son atribuibles.

[484] MP: Almagro Nosete; RJ 1999/3927.

1.5 La usura como ejemplo de desequilibrio. Aplicación al arrendamiento

La usura es un buen ejemplo de desequilibrio prestacional en contratos de préstamo (cesión de uso de capital) y asimilados (art. 9 LU) en el que, por definición, el desequilibrio resulta imputable a una de las partes. Esta circunstancia se ve reflejada en la restitución. Por eso, las prestaciones intercambiadas (capital y cuotas) no se pueden simplemente compensar. Así sucede, en general, para los contratos de préstamo según el artículo 3 LU, sin perjuicio de que tenga sentido revisar los postulados de la ley de usura, adaptándolos al contexto actual; y –¿por qué no?– salir de los estrechos márgenes del artículo 3 LU [485]. Una revisión de la usura permitiría, a su vez, extender su aplicación a otros supuestos distintos del préstamo; lo que en cierto modo ya realizan algunas sentencias [486]. En este sentido, cabe pensar que la usura se extienda al arrendamiento

[485] Así lo he propuesto en Ruiz Arranz, *RDC*, Vol. VIII, N.º 1, 2021, pp. 181 y ss.

[486] Un ejemplo está en la STS, 1.ª, Pleno, 27 de noviembre de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/4811). La discusión jurídica del caso giraba en torno a la suficiencia de un poder de representación, concedido por una madre a su hijo, y la eventual extralimitación o –mejor dicho– utilización abusiva de dicho poder por parte del apoderado. El representante concertó, mediante dicho poder, un contrato de opción de compra sobre la vivienda habitual de su madre (y una plaza de garaje) y un segundo contrato de préstamo por importe de 24.000 euros. El precio de la opción se fijaba en 12.212 euros. En realidad, los contratos formaban parte de una misma operación, donde la opción de compra actuaba como garantía de la devolución del préstamo, si bien por un importe inferior al 50% de su valor de mercado. Mientras tanto, los bienes de la apoderada –vivienda y plaza de garaje– presentaban un valor superior a los 100.000 euros. Como se aprecia, estos bienes actuaban como garantía de un préstamo por importe de 24.000 euros que, en consecuencia, permitía su ejecución, vía opción de compra, por ese mismo importe. Una de las pretensiones de la demandante, para obtener la declaración de nulidad de los contratos fue precisamente alegar su carácter usurario, invocando para ello el artículo 1 LU y –además– el 7 CC (ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y abuso de derecho). La AP resolvió el recurso de apelación estimando la demanda de la apoderada, pero sin pronunciarse sobre sus alegaciones acerca del carácter usurario de la operación. El TS resolvió el recurso, sin recurrir ni aplicar directamente los fundamentos de la usura; pero no dejó de tenerlos en cuenta. En efecto, a modo de *obiter* afirmó que «*aunque finalmente no sea la ley de usura la aplicada, son esas circunstancias las que permiten alcanzar la convicción de que la poderdante no dio su consentimiento para que el hijo dispusiera de su vivienda habitual por un precio irrisorio y en garantía de un préstamo personal cuya finalidad no ha sido puesta de manifiesto*» (FD 3.º [3]); y aprovecha esas razones fácticas para declarar que de ningún modo concurría buena fe en los demandados «*pues las circunstancias de la operación financiera permitían conocer en el momento de la celebración de los contratos el carácter abusivo del ejercicio del poder*».

El sentido del fallo está impregnado de una concepción alternativa de la usura. Más allá de la cuestión relativa al ejercicio abusivo del poder, parece claro que la opción de compra en garantía del préstamo era lo usurario, no por el interés remuneratorio de este, sino *(i)* por la desproporción de la opción concedida, y *(ii)* porque los acreedores no podían ignorar este hecho, y sabían de lo descompensado del contrato. En este caso, no cabe afirmar, a mi juicio, que la representada, siendo mujer de avanzada edad, estuviese en una situación de vulnerabilidad; o no, al menos, respecto de los contratos en los que actuaba representada por su hijo (otra cosa, es su posición en el negocio de apoderamiento). Ante el caso, se adivina la posibilidad de trasladar los contornos dogmáticos de la usura al modelo de cláusula general del artículo 7 CC. Ello permitiría, a su vez, que el sentido de muchos fallos, y la anulación de otros tantos contratos, no quedase aparentemente al albur de la justicia material del caso concreto.

como elemento que elimina la neutralidad restitutoria. Algún ejemplo real muestra a lo que me refiero.

> Se trata del caso resuelto por la SAP Tarragona, Sec. 3.ª, 16 de diciembre de 1997[487]. Se había celebrado un contrato de arrendamiento de un chalé, el 3 de marzo de 1996, en el que se convino una renta mensual de 3.916 pesetas, depositándose una fianza de 47.000 pesetas. Si bien el chalet no reunía todas las condiciones de habitabilidad, la renta mensual pactada era irrisoria, antieconómica y de escasa o nula rentabilidad para el arrendador. También estaba acreditado que, en el mercado, las rentas arrendaticias mensuales, para esa misma zona, oscilaban entre las 70.000 y las 80.000 pesetas mensuales, sin amueblar, y hasta 95.000 pesetas, por los inmuebles amueblados. Según los hechos del caso –algo difusos– el precio tan bajo obedecía a la falta de diligencia del arrendador, considerado persona no experta y de escasos conocimientos, no habiéndose confeccionado el documento por un letrado o asesor jurídico o inmobiliario experto. La nulidad del contrato se canalizó, en las dos instancias, a través del error obstativo, que integraba la pretensión del demandante arrendador. El juzgado desestimó la acción de nulidad. Sin embargo, la AP estimó el recurso de apelación interpuesto y la demanda ejercitada. Lo hizo amparándose en aspectos formales del impreso en que se firmó el contrato y en la afirmación, algo dudosa, de que en el contrato realmente se deseaba estipular una renta mensual de 47.000 pesetas mensuales, pero que «*debido a la falta de diligencia del actor, unido a la acción de la arrendataria, quien sin embargo sí pagó la fianza de cuarenta y siete mil pesetas, se redactó el contrato de tal manera que en él no se especificó la verdadera declaración de voluntad del arrendador*». Dado que el contrato había venido ejecutándose hasta la sentencia de apelación, la AP decretó, además, la retroacción de los efectos de la declaración de nulidad del contrato de arrendamiento. De esta manera, condenó a la arrendataria a abonar «*el importe de 47.000 pesetas por cada una de las mensualidades vencidas desde junio de 1995 hasta la fecha en que proceda desocupar la vivienda con entrega de la posesión al actor*» (parece que hay una errata en el mes, porque debería poner marzo), de conformidad con los artículos 1303 y 1307 CC.

Sin duda, acertó la AP al estimar el recurso de apelación del arrendador. Pero, sin duda también, el fallo fue orientado a hacer justicia material y parece un ejercicio de «*wishful thinking*» basarse en el error obstativo. El caso se habría resuelto mejor desde la usura. La arrendataria estaba contratando muy por debajo –para su bien– de los estándares del mercado de alquiler. En cierto modo, cabía apreciar usura de su parte (transgresión culpable del umbral por encima del cual cabe competir o intervenir en el mercado, art. 7.1 CC). Este hecho se había de manifestar en el terreno de la restitución, porque el desequilibrio contractual y el fracaso del contrato resultaban imputables a una parte:

[487] MP: Vigo Morancho; AC 1997/2515.

la arrendataria. Esto explica que la arrendataria quedase obligada a abonar a la arrendadora –en aplicación de los artículos 1307 y 1547 CC– el valor objetivo de las rentas. Porque ordenar una compensación de las prestaciones habría resultado incomprensible.

2. **La restitución integral y recíproca en los contratos de servicios**

Los contratos en los que una de las partes se compromete a realizar un *servicio* a cambio de una remuneración, que puede ser o no periódica, participan de una lógica restitutoria similar a los de cesión del uso. Si el contrato fracasa, tampoco resulta restituir *in natura* el servicio prestado como prestación principal [488]. Por eso, la jurisprudencia entiende que la retroactividad que sigue a la desvinculación de esta clase de negocios solo presenta efectos *ex nunc* [489]. El Código civil no contiene ninguna regla de restitución aplicable a esta clase de contratos, como sí lo hace el Estatuto de los Trabajadores.

2.1 El artículo 9.2 ET como referencia restitutoria aplicable y la compensación

Para la restitución derivada de la desvinculación de un contrato de servicios, una referencia normativa imprescindible se contiene en el artículo 9.2 ET. Según este precepto, «*en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido*». La jurisprudencia considera unánimemente que esta norma complementa el artículo 1303 CC para los contratos de trabajo o servicios [490]. Para explicarla, la doctrina se ha refugiado en la explicación –cómoda– de que la regla trata de evitar un enriquecimiento injusto del empresa-

[488] Gómez Calle, *ADC*, 2012, p. 76; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 200; Santos Morón, *InDret*, 2018, p. 45.

[489] Ejemplificativa es la STS, 1.ª, 24 de noviembre de 2014, FD 14.º (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2015/741) en un caso de resolución por incumplimiento de un contrato de arrendamiento de obra en cuya virtud una empresa se comprometía a prestar un servicio de renovación del sistema informático de otra a cambio de un precio; servicio que se ejecutaría en dos fases distintas.

[490] Así, refiriéndose a supuestos de nulidad del pacto de no competencia postcontractual, SSTS, 4.ª, 20 de junio de 2012, FD 3.º (MP: Alarcón Caracuel; RJ 2012/8344); 30 de noviembre de 2009, FD 4.º (MP: Gilolmo López; RJ 2021/252).

rio a costa del trabajador[491]. También se le ha negado cualquier clase de efecto típico de una restitución «hacia el pasado»[492].

El artículo 9.2 ET parte de la base de que el empresario no abonó las remuneraciones correspondientes al trabajo prestado en virtud de un contrato nulo. Como el trabajo no se puede restituir en especie, la norma obliga al empresario a que abone el «valor objetivo» (art. 1307 CC)[493]. Pero, siendo el contrato igualmente nulo y habiendo remunerado el empresario al trabajador, la aplicación del artículo 9.2 ET debería desembocar en una compensación de las prestaciones intercambiadas (trabajo por remuneración), siempre que la remuneración pactada en el contrato se correspondiese con el valor de mercado. En ese caso, el precio del contrato se correspondería con el valor objetivo de la prestación irrestituible *in natura*[494]. Con ello, se canaliza la neutralidad restitutoria en esta clase de negocios.

Al igual que ocurría con los contratos de cesión de uso, la compensación significa que las prestaciones se restituyen, pero que desde un punto de vista económico es más práctico entenderlas compensadas[495]. Este proceder ha sido confirmado por alguna resolución antigua de la Sala 1.ª[496] y, desde luego, resulta más coherente con la restitución contractual que entender que las prestaciones no se restituyen sobre la base del enriquecimiento sin causa o la equidad[497]. Para los supuestos de resolución, la lógica es la misma, si el contrato de servicios estaba equilibrado (cfr. arts. 1584 CC)[498].

---

[491] Concheiro del Río, 2007, pp. 85 y 259; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 296; García Perrote Escartín, 2020, p. 366.

[492] Berg, 2002, p. 154.

[493] Apuntan en este sentido, apoyándose en el artículo 1307 CC, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 256-257; Díez-Picazo y Ponce de León, 1994, p. 117; González Pacanowska, 2013, p. 8251; López Beltrán de Heredia, 2009, p. 63; Quicios Molina, 2020, p. 1616; Rodríguez Rosado, 2013, p. 174; Santos Morón, *InDret*, 2018, p. 46. En contra, defendiendo acudir al valor de mercado del servicio sobre la base del artículo 1123, Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 200.

[494] En este sentido, Berg, 2002, p. 161. En similar sentido, desde el Derecho italiano, basándose en el régimen del cobro de lo indebido, Bargelli, 2010, pp. 222-225.

[495] De nuevo, véase el artículo 1204 PMCC 2009: «*En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto*».

[496] Puede citarse la STS, 1.ª, 8 de abril de 1976, CDO 2.º (MP: Calvillo Martinez; Cendoj Roj: STS 1255/1976). En el caso, un hijo había encargado a un arquitecto convertir la finca familiar en un terreno urbano residencial y turístico. Al declararse la nulidad del contrato por irregularidades en la concesión de los permisos, el Tribunal Supremo confirmó el criterio de la instancia que obligaba a restituir el valor de la prestación efectuada por el arquitecto, en aplicación del artículo 1303 CC.

[497] Como sucedía en el *Derecho francés* anterior a la reforma de 2016. Véase, *supra*, Capítulo 4, II. 2.3. Igualmente, vincular la restitución con la compensación es más técnico que la construcción del Derecho alemán, donde solo se reconoce la compensación para la terminación, pero no así ampliamente para los casos de anulación (Capítulo 3, V. 2.1 y 2.2.).

[498] Basozabal Arrue, 2022, pp. 64-65.

2.2 Excepción a la neutralidad en contratos de servicios

En los contratos de servicios la compensación entre las prestaciones, y con ello la neutralidad restitutoria, se exceptúa si *(i)* el contrato no está equilibrado; y *(ii)* ese desequilibrio resulta imputable a una de las partes. Lo apunta alguna sentencia [499].

Por hipótesis, la parte responsable del fracaso del contrato de servicios será la responsable del desequilibrio. De este modo, juega la misma ficción que para los de cesión de uso: la imposibilidad de restituir el servicio *in natura* se considera imputable al contratante responsable del fracaso del contrato. Esto significa que ese contratante asume el riesgo de alteración restitutoria; lo que se traduce en un ajuste restitutorio, por referencia al valor objetivo de la prestación. Tal ajuste consistirá, bien en la necesidad de «completar» lo prestado por vía de la restitución (si como consecuencia del desequilibrio se pagó de menos por el servicio), o bien en la obligación de restituir el exceso (si como consecuencia del desequilibrio se pagó de más). El fundamento normativo de esta compensación del valor es, nuevamente, el artículo 1307 CC, a través del cual se concreta la restitución del «exceso del valor» recibido por la parte que normalmente será la acreedora del servicio. Ello como consecuencia del desequilibrio provocado por el fracaso imputable a la deudora del servicio [500].

Para la nulidad, la sistemática se aprecia bien ante las relaciones laborales. Es la lógica restitutoria del artículo 9.3 ET cuando establece que «*en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor*». Aquí, la nulidad del contrato es atribuible al empresario. Por eso, tiene que «completar» el valor de la prestación laboral que recibió de la empleada a la que discriminó.

Fuera de las relaciones laborales, la misma lógica del ajuste restitutorio se aprecia ante la nulidad de contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, cuando la empresa de alquiler vacacional omite incluir en el

---

[499] Así, en la STS, 1.ª, 24 de noviembre de 2014 (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2015/741) se resolvía un supuesto de resolución por incumplimiento de un contrato de prestación de servicios, en cuya virtud una empresa se había comprometido con otra a renovar su sistema informático a cambio de un precio. Declarada la resolución, la Sala 1.ª (FD 14.º) excepcionó la regla según la cual la restitución ha de operar retroactivamente –de modo que la liquidación de las prestaciones deje a las partes en la situación que tendrían de no haber contratado– respecto de las prestaciones ya realizadas, por tratarse de una relación de ejecución sucesiva o continuada. Ahora bien, como la misma Sala 1.ª declaró, esto tiene lugar «*siempre que exista una correspondencia entre los recíprocos intereses, según el contrato en su conjunto*».

[500] En este sentido, Berg, 2002, p. 161.

contrato el plazo de duración, configurando la relación como indefinida (art. 3 LAPTBIUT 1998). El incumplimiento de dicha previsión origina la nulidad contractual y, en definitiva, la restitución (art. 1.7 LAPTBIUT 1998). Dicha nulidad es, sin duda, imputable a la empresa. Ahora bien, la jurisprudencia tiene dicho que la restitución solo comprende las cantidades abonadas por el cliente «*por los años no disfrutados, partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima prevista por la ley*» [501]. Es decir, se produce el mismo ajuste restitutorio.

La necesidad de acometer un ajuste restitutorio en contratos de servicios se aprecia también en casos de *resolución*.

> Por ejemplo, piénsese en un contrato de prestación de un servicio de limpieza por una empresa a otra, que se resuelve como consecuencia de la no prestación del servicio de la empresa deudora en todas las plantas donde, sin embargo, debía limpiar. El contrato se ejecutó durante 6 meses, en los cuales, la empresa que contrató el servicio abonó un precio de 100/mes, correspondiente a la limpieza de toda la superficie. Sin embargo, la empresa deudora prestó un servicio sobre una superficie menor cuyo valor era de 75/mes (o realizó una limpieza de menor calidad). En ese caso, la desvinculación no se puede traducir en una compensación restitutoria de las prestaciones, porque el contrato no estaba equilibrado. Siendo la causa del desequilibrio imputable a la empresa prestadora del servicio, esta restituye lo cobrado de más, es decir, 25/mes durante 6 meses.

Como se ve, en estos casos, el ajuste restitutorio consiste en que el acreedor del servicio recupere el valor de lo realizado, pues el deudor le abona lo recibido de más. Quiere esto decir que, si el servicio prestado carecía de valor alguno para el acreedor, que sufre el desequilibrio, el ajuste restitutorio se traduce en una restitución total.

> Por ejemplo, en un contrato de pintura de la fachada de un edificio celebrado entre A y B. Si el contrato se deshace por dolo o incumplimiento del pintor (imagínese que la pintura empleada por B es totalmente inservible para exteriores y A tiene que pintar la fachada de nuevo) el ajuste restitutorio será total. Es decir, B tendrá que restituir los 75. La razón está en que el valor de lo prestado es igual a *cero*. Lo mismo sucederá, siguiendo en el ejemplo de un contrato de pintura de una fachada, si el pintor emplea un color incompatible con la ordenanza del municipio, y el contrato se anula por esta causa. En ese caso, el valor del servicio es de cero para A, y la restitución será total.

---

[501] SSTS, 1.ª, 20 de enero de 2017, FD 12.º (MP: Arroyo Fiestas; RJ 2017/360); 28 de mayo de 2018, FD 8.º (MP: Baena Ruiz; RJ 2018/2021).

Lo anterior conduce a una conclusión interesante. A diferencia de los contratos de cesión de uso, cuando el que provoca el desequilibrio es el deudor del servicio, el ajuste restitutorio no se hace con referencia a un valor objetivo de mercado, a pesar de que así lo hayan considerado quienes han estudiado la cuestión [502]. Antes bien, la referencia es el valor que tiene *ese servicio* para el acreedor, en el marco del mismo contrato que fracasa (por ejemplo, un contrato de servicio de peluquería que se resuelve por incumplimiento del peluquero en cuanto al desempeño puede tener cierto valor para el acreedor si, al menos, obtuvo un corte de pelo; pero podrá no tener ninguno, si la calidad del servicio fue tal que necesita ir a otro estilista). Si el servicio carece de valor para el acreedor, este podrá recuperar la totalidad del precio pagado, pues «*todo se pagó de más*» [503]. En tal caso, la restitución tampoco será recíproca [504], pues opera la ficción de que al deudor del servicio le es atribuible la imposibilidad de restituir el servicio [505].

Fue el caso de la STS, 1.ª, 22 de junio de 2010 [506]. Telefónica y Coprinus habían celebrado un contrato de prestación de servicios telefónicos mediante el alta en una línea 906, para que Coprinus pudiera prestar telefónicamente un programa de tarot. Sin embargo, la prestación de esos servicios había de realizarse a través de una línea 903, de acceso restringido, según el Código de conducta a que

[502] En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, 1994, p. 117. Para la aplicación del artículo 1307 CC este autor considera que, cuando se trata de servicios, habrá que entender el valor de estos cuando se ejecutaron, pues ese sería el momento en que «se perdió».

[503] Es el enfoque de los comentaristas del DCFR cuando tratan el artículo III.-3:511 (1) para la resolución. Esta regla modelo se refiere a contratos de ejecución diferida en el tiempo (sobre todo, cesión de uso o servicios) y establece que no hay obligación de restituir las prestaciones, siempre que exista conformidad entre las prestaciones intercambiadas. No obstante, los comentaristas indican que sí debe tener lugar una restitución, cuando alguna de las prestaciones no fue ejecutada. Como ejemplo, se sirven (ilustración 2) de un contrato de mantenimiento de una maquinaria de 24 meses de duración que se ejecuta sin problemas hasta el mes 10; a partir de ese mes, la empresa deudora del servicio realiza la prestación de manera insatisfactoria, lo que conduce al acreedor a resolver al cabo de 3 meses. Según los comentaristas, este hecho permite al acreedor recuperar lo pagado durante los últimos 3 meses (no así lo abonado durante los primeros 10 meses, porque se compensa); véase Von Bar y Clive, 2009a, pp. 898-899. El resultado al que llegan los comentaristas se explica porque el incumplimiento del servicio de mantenimiento hace que el valor de lo recibido por el acreedor sea igual a cero. Siendo la prestación irrestituible *in natura*, el ajuste restitutorio consiste en que se recuperen los emolumentos que se pagaron durante esos tres meses, pues *todo* se pagó de más.

[504] Certera, en este sentido, Santos Morón, *InDret*, 2018, pp. 20 y 46. También, González Pacanowska, 2013, p. 8227.

[505] Esta conclusión se compadece con que, en los contratos de servicios, la adecuación de la prestación depende de la satisfacción del interés del acreedor. Por esta razón, se advierte con razón que existirá incumplimiento del contrato, si el servicio no se corresponde con el estándar de la diligencia en la ejecución de la prestación (culpabilidad). En este sentido, por todos, refiriéndose a las obligaciones de medios, en contraposición a las de resultado, Morales Moreno, 2012, p. 396. El autor tiene dicho que «*la culpabilidad del deudor no es una exigencia de imputación subjetiva, sino la manera de determinar la existencia del incumplimiento del contrato pr el deudor. La culpa del deudor es el incumplimiento*».

[506] MP: Roca Trías; RJ 2010/4901.

estaba sometido el contrato; no a través de una línea 906, de acceso libre. Al no ser así, Telefónica dejó de pagar las facturas correspondientes y fue demandada por Coprinus. En su reconvención, Telefónica alegó el incumplimiento de Coprinus, al haber contratado para el servicio de tarot una línea 906. Por eso, interesó la resolución del contrato y la restitución de los consumos correspondientes (783.339,31 €). A pesar de que Coprinus reclamaba en casación una compensación de las prestaciones en sede restitutoria, Sala 1.ª confirmó el criterio de la audiencia, estimó la resolución por incumplimiento de Coprinus y condenó a esta a restituir la cantidad adeudada desde el inicio de la relación. La razón última es clara y se ha explicado aquí: Coprinus era responsable del incumplimiento y del desequilibrio. Por tanto, tenía que realizar un ajuste restitutorio, para cumplir así con el valor del contrato.

3. **Contratos de ejecución sucesiva (suministros y prestaciones parciales)**

Las consideraciones vertidas en este epígrafe son extrapolables, *mutatis mutandis*, a la desvinculación de los contratos de ejecución diferida en el tiempo o divisibles. El mejor ejemplo es el contrato de suministro de bienes consumibles. Junto a esta categoría cabe mencionar a los contratos de ejecución parcial en el tiempo de una única prestación global (por ejemplo, un contrato de compraventa de una bicicleta por piezas que se van enviando sucesivamente a medida que se fabrican, para que el adquirente la monte). El funcionamiento de la restitución en ambos casos es divergente.

(a) En el suministro de bienes consumibles, si el contrato estaba equilibrado, la *restitutio in integrum* recíproca consiste en entender compensadas las prestaciones intercambiadas [507]. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, por ejemplo, ante casos de nulidad, por incompatibilidad con el Derecho europeo, de contratos de abanderamiento, que se ejecutaron durante un largo periodo. Ante ellos, la Sala 1.ª tiene dicho, con razón, que la restitución recíproca no alcanza a los suministros de carburante ejecutados que, a su vez, fueron revendidos a los consumidores [508]. Para fundamentar este resultado, las

[507] González Pacanowska, 2013, p. 8251. La autora se apoya, con buen tino, en la STS, 1.ª, 4 de julio de 2000 (MP: Vázquez Sandes; RJ 2000/6678) en la que se había producido el incumplimiento por, falta de entrega, de parte del aceite de girasol vendido en el marco de un contrato de suministro. Siendo el incumplimiento parcial, no hay restitución respecto de lo ya entregado y pagado. Este efecto se produce sin necesidad de entender que la no restitución retroactiva sirve para evitar un enriquecimiento injustificado. No obstante, en ese sentido, Moreno Sánchez-Moraleda, 2010, p. 312.

[508] SSTS, 1.ª, 26 de febrero de 2009, FD 2.º (MP: Marín Castán; RJ 2009/1522); 15 de enero de 2010, FD 8.º (MP: Marín Castán; RJ 2010/1400), 10 de marzo de 2015, FD 7.º (MP: Sarazá Jimena; RJ 2015/1121).

sentencias acuden, con mayor o menor intensidad, a la interdicción del enriquecimiento. Sin embargo, al igual que ocurre con los contratos de cesión de uso y de servicios, la razón que explica realmente estos fallos es la misma: la restitución integral y recíproca, canalizada mediante la compensación (neutralidad restitutoria).

De nuevo, solo cabe pensar en una restitución si *(i)* el contrato de suministro estaba desequilibrado (por ejemplo, por dolo del suministrador se pagó un precio desacorde con el valor real de los materiales enviados), y *(ii)* el desequilibrio es imputable a la parte a la que es igualmente atribuible el fracaso del contrato. En tal caso, se excepciona la neutralidad restitutoria, ya que la mera compensación no alcanza para recuperar el *statu quo ante*. Por eso, se trata a la parte responsable del fracaso contractual (y del desequilibrio) *como si* fuera responsable de la imposibilidad de restituir *in natura*, y se le obliga a realizar un ajuste restitutorio para compensar el exceso recibido respecto del valor de las mercancías suministradas [509]. Por otro lado, si faltaba por realizar algún pago por los suministros realizados, ese pago se puede realizar tras la desvinculación. Al tratarse de un contrato de suministro, y al haberse consumido los bienes, el fundamento normativo de la restitución en estos casos está en las reglas comunes (arts. 1307, 1314 I y 1488 CC).

(b) En los contratos en los que el cumplimiento de la prestación se va realizando en sucesivas entregas (por ejemplo, un contrato de realización de unas esculturas entregables en distintos momentos, o un contrato de implantación y entrega de un programa informático), es más fácil pensar en una restitución integral y recíproca, cuando tiene lugar la desvinculación. Las prestaciones entregadas con carácter parcial forman parte de una única prestación global, a diferencia de los suministros. Por eso, el fracaso del contrato las convierte, en general, en insatisfactorias para el acreedor, que solo tenía interés en obtener la prestación completa al final [510].

En los contratos cuyo cumplimiento se realiza por entregas, se alude a la divisibilidad o indivisibilidad del contrato como clave de la decisión sobre la

[509] Por ejemplo, de concurrir dolo del suministrador, este tendría que cobrar el exceso de las cantidades cobradas de más. Lo mismo regiría para los incumplimientos resolutorios que afectan posteriormente al sinalagma del contrato (por ejemplo, se incumplió el estándar de calidad de las mercancías durante un periodo continuado, de tal suerte que el comprador resuelve).

[510] Un ejemplo se contiene en la STS, 1.ª, 11 de febrero de 1992 (MP: Malpica González-Elipe; RJ 1992/1207). Se había contratado la instalación de un sistema de regadío sobre una superficie de 45 hectáreas de árboles cítricos. En parte como consecuencia de una sequía el contrato se declaró resuelto por incumplimiento de la instaladora, al no alcanzarse el caudal mínimo pactado, por falta de presión. En la sentencia, la Sala 1.ª condenó a la restitución del precio pagado, pero permitiendo a la instaladora «*recoger las instalaciones efectuadas en la finca o en su caso su valor en el estado actual*» (FD 5.º).

restitución (piénsese en la compra de una enciclopedia por fascículos)[511]. Habrá que estar, entonces, al contrato y a la protección de intereses que dispensaba.

> Por ejemplo, un contrato de fabricación y venta de tapices para la decoración de un espacio oficial de acuerdo con un determinado motivo artístico, cuya entrega se irá realizando por el deudor de manera progresiva, a medida que los vaya fabricando. Si el contrato fracasa estando los envíos a la mitad, al adquirente no interesará mantener las prestaciones recibidas y entenderlas compensadas con lo pagado, sino una verdadera restitución integral y recíproca de las prestaciones. La razón está en que el acreedor de entrega interesaba la totalidad de la prestación, por más que esta se fuera cumplimentando de manera parcial, como consecuencia de la naturaleza del objeto del contrato[512].

(c) En línea con lo anterior, cabe mencionar supuestos de incumplimientos parciales, que permiten al acreedor resolver el contrato (por ejemplo, no se suministra una pieza esencial en un contrato de adquisición e instalación de un programa informático en un edificio, y el comprador resuelve)[513]. Ante ellos, lo lógico es que tenga lugar una restitución integral de lo intercambiado hasta el momento, si ya no satisface por lógica al acreedor. En España, sin embargo, la jurisprudencia ofrece algunos ejemplos que, paradójicamente, se resolvieron con un ajuste restitutorio.

> Fue el caso de la STS, 1.ª, 20 de mayo de 2013[514]. Las partes habían celebrado un contrato de obra por el cual la contratista se obligaba a implantar y entregar a la comitente un programa informático a cambio de un precio, que se debió pagar al contado. Tras imputarse incumplimientos recíprocos, quedó probado que el contrato se resolvió por incumplimiento de la contratista. Como probado quedó también que el programa había sido realizado solo en algo más que un 40% del total convenido. En las instancias, se condenó a la contratista a devolver a la comitente lo que había recibido de más. La Sala 1.ª del TS confirmó este falló (FD 7.º), al entender que la restitución integral y recíproca se excepciona cuando las prestaciones pueden considerarse consumadas con utilidad para quien las recibió, «*ya que en ellos la restitución es sustituida por una liquidación inspirada en la idea de reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto*». Y aplicó el razonamiento a las facturas ejecutadas.

---

[511] Desde el Derecho belga, véase Baeck, 2013, pp. 293-295.

[512] Se trata de un ejemplo habitualmente utilizado en la ilustración del Derecho uniforme de los Principios Unidroit, por ejemplo (arts. 3.2.15 (2) y 7.3.7 PICC). En este sentido, véase U*nidroit Principles 2016*, cit., pp. 119 y 269. En el mismo sentido, refiriéndose al artículo 172.3 CESL, Lehmann, 2012, p. 689.

[513] Es el punto de vista de los comentaristas al artículo 9:306 PECL (Lando y Beale, 2000, p. 421): en ese caso –y, sobre todo, si no se ha pagado el precio– lo más práctico es que el acreedor rechace lo recibido.

[514] MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2013/5182.

Del anterior caso, hay motivos para dudar de la conveniencia de la solución de la compensación. En particular, si lo recibido por la comitente tenía utilidad para ella, cuando el programa informático no se llegó a ejecutar del todo (alrededor de un 45%).

4. **Recapitulación y conclusión parcial**

En contratos de cesión de un uso o de servicios, la restitución integral y recíproca de las prestaciones consiste en una compensación de lo intercambiado (arts. 1547 CC y 9.2 ET), salvo que el contrato celebrado no está equilibrado. En ese caso, puede tener lugar un ajuste restitutorio a cargo de la parte responsable del desequilibrio; que será también la parte responsable de la desvinculación contractual. La misma lógica rige para los contratos de suministro de bienes consumibles, que se ejecutan de forma continuada en el tiempo. Esta forma de articular alternativamente la restitución se está incorporando, progresivamente, a algunos textos de Derecho uniforme, lo que se ha de celebrar[515]. En fin, en los contratos cuyas prestaciones se ejecutan de forma diferida en el tiempo (divisibles), sí tiene lugar una restitución, cuando lo que se hubiera intercambiado hasta el fracaso del contrato resultase inservible al acreedor.

VII. LA CAUSA TORPE E ILÍCITA COMO ALTERACIÓN RESTITUTORIA

Cuando la nulidad procede de ser ilícita o torpe la causa del contrato, el Código civil excepciona la *restitutio in integrum* recíproca. Lo hace en los artículos 1305 y 1306 CC[516]. Ambas normas se hacen acompañar de un resultado particular: la exclusión de la restitución en contra de ambos o de una sola de las partes (*soluti retentio* o retención solutoria). Hasta ahora, no existe ninguna explicación satisfactoria para dichas normas[517]. Es habitual verlos expli-

[515] Los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* han incorporado una regulación en el sentido de incorporar un ajuste restitutorio para regular la restitución que sigue a la desvinculación de los contratos no traslativos de la propiedad, si no estaban equilibrados. Según su artículo 119.2, «las prestaciones ejecutadas que hayan sido útiles y equivalentes no dan lugar a la restitución […]». Y añade (art. 119.4) que «si las prestaciones no fueron equivalentes, la restitución queda limitada al *valor de la diferencia*» (la cursiva es mía).

[516] Vila Ribas, 2010, p. 1435.

[517] Se dice que la regla «*origina un mal disimulado desconcierto en la doctrina civil*» (De Castro y Bravo, 1967, párr. 312). En el mismo sentido, Díez-Picazo y Ponce de León indicó que «*la doctrina*

cados a partir de los adagios *nemo auditur propriam turpintidinem allegans* o *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* [518]; y existe cierto consenso en ubicarlos dentro de la llamada «nulidad absoluta» [519].

De algún modo, la retención solutoria constituye una excepción legal a la restitución *in natura*. Por eso, procede que la trate dentro de este capítulo, dedicado a las alteraciones. En este epígrafe me centraré en el artículo 1306 CC [520]. Como se verá, este precepto constituye una excepción a la restitución integral y recíproca porque, en puridad, no está inspirada por sus postulados, sino por los de la *condictio ob turpem causam* para la prestación de servicios ilícitos o inmorales. Por eso, el artículo 1306 CC no se aplica a contratos de compraventa o de cesión de uso. Que me conste, no se ha propuesto en España una interpretación similar. Pero solo así se solucionan los problemas que tradicionalmente el artículo 1306 CC ha planteado; casi como cuerpo extraño del sistema de restitución contractual.

1. **Problemas derivados de la (no) aplicación del artículo 1306 CC**

Aunque referido a la causa ilícita, el artículo 1306 CC establece una ulterior diferenciación, para matizar los efectos de esta clase de nulidad, según de qué lado esté la torpeza. Esta decisión ha conducido a problemas interpretativos.

---

moderna se ha encontrado siempre incómoda ante esta regla de explicación no fácil, y ello ha determinado una línea de interpretación restrictiva de la misma» (2007, vol. I, pp. 581-582). También, Alonso Puig, 2002, pp. 156-157.

[518] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 289.

[519] López Beltrán de Heredia, 2009, p. 279.

[520] El artículo 1305 CC se refiere, sobre todo, a las consecuencias penales que se puedan derivar del acto o contrato ilícito. La primera hipótesis del artículo 1305 CC –cuando el hecho constituye un delito común a ambos contrayentes– es sancionadora y no se inclina por una solución restitutoria civil, sino por el comiso penal de ganancias: se excluye la acción restitutoria y al objeto de la restitución se la da otro destino extramuros del Derecho civil. Más llamativa es la solución que se reconoce para la causa ilícita, si el delito solo está de parte de uno de los contratantes. Aquí el no culpable puede reclamar la restitución de lo que hubiera entregado, sin necesidad de cumplir lo prometido. En este punto, el artículo 1305 CC es reiterativo, pues repite lo que después se contiene en el artículo 1306 CC; así lo entienden Alonso Puig, 2002, p. 155; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 290; Quicios Molina, 2020, pp. 1620-1621. En efecto, el artículo 1305 CC no parece referirse únicamente a los casos en los que la causa u objeto del contrato sean constitutivos de delito. Habla de «*ser ilícita la causa u objeto del contrato*»; después continúa con un condicional («si») para ilustrar lo que sucede cuando para los supuestos penales. Ante el resto de las causas ilícitas, no delictivas, así como cuando el hecho solo constituye delito para una de las partes, la consecuencia se articula de acuerdo con el artículo 1306 CC (art. 1305 II CC). Por eso, me referiré a partir de ahora solo al artículo 1306 CC; ante esta norma se plantean la mayor parte de los problemas aplicativos. Cosa distinta es que el artículo 1305 CC pueda resultar de utilidad o conducir a resultados particulares ante los contratos empleados como medio para cometer otro delito (en este sentido, véase López Beltrán de Heredia, 2009 pp. 368-372); pero ello escapa del objeto de este trabajo.

1.1 Casos tradicionales sobre relaciones amorosas

Tradicionalmente, se ha considerado que el ámbito de aplicación del artículo 1306 CC eran contratos contrarios a la moral imperante en la época o al orden público, que se reputaban nulos por ilicitud de la causa (arts. 1275, 1305 y 1306 CC)[521]. En la jurisprudencia antigua hay varios ejemplos.

> STS, 1.ª 2 de abril de 1941[522]. D. Fernando había suscrito el 8 de mayo de 1928 un documento privado en el que proponía a Dña. María Isabel terminar las relaciones de índole amorosa y de carácter íntimo que venían manteniendo desde hacía varios años. Dña. María Isabel no tenía inconveniente en acceder a sus deseos, a condición de que D. Fernando depositara en el Banco del Río de la Plata la suma necesaria para que, durante dos años, pudiera aquella retirar mensualmente 2.000 pesetas para sus gastos en Argentina. Como Don Fernando no disponía de la cantidad líquida suficiente en aquel momento, depositó 24.000 pesetas para el primer año, obligándose a abonar directamente durante otro año más la cantidad de 2000 pesetas anuales. En el documento contractual se hacía constar que el deudor quedaba liberado de pagar, si durante los dos años en cuestión Dña. María Isabel llegaba a residir habitual o accidentalmente en Europa. D. Fernando cumplió con el contrato solo el primer año; después dejó de pagar. Dña. María Isabel demandó el pago de las sumas restantes. El contrato se declaró nulo por ilicitud de la causa. No obstante, el TS consideró que la ilicitud causal era común a ambos, con lo que Dña. María Isabel no pudo reclamar lo prometido.

En el caso, el TS neutralizó, más bien, la acción de cumplimiento sobre la base de la ilicitud o la amoralidad (y parece que en aplicación del artículo 1306 1.ª CC). Más allá de ello, del caso es difícil extraer consecuencias en el plano restitutorio. Puede pensarse que la decisión según la cual la ilicitud del contrato era común a ambos contratantes quería evitar una restitución recíproca, que no se sabe muy bien en qué se hubiera traducido (¿las sumas pagadas a cambio del valor de la prestación de *no hacer* de Dña. María Isabel?). Veamos otro ejemplo, también conocido.

> La STS, 1.ª, 16 de octubre de 1959[523] resolvió un problema restitutorio inherente a la causa torpe y/o ilícita. La demandada había sido la amante del actor, de quien había ido recibiendo una serie de joyas y objetos de valor. Este su-

[521] Estos casos se han descrito como el «*supuesto más claro y típico de causa torpe*» del artículo 1275 CC (Torralba Soriano, *ADC*, 1966, p. 703).

[522] Consultada en Díez-Picazo y Ponce de León, 1979, pp. 138-139.

[523] Consultada en *ibid.*, pp. 141-142.

frió después un desengaño y promovió el pleito para recuperar aquellos bienes. Sostenía que la entrega había sido realizada en concepto de comodato o de préstamo de uso, aun cuando solicitaba que se declararse que entre ambos no había existido vinculo jurídico alguno por cuya virtud la demandada pudiera retener los objetos recibidos. Para el supuesto en que se declarase que había existido algún contrato, pedía que se declarase su nulidad por falta de consentimiento y por ilicitud de la causa, con inmediata devolución al actor de los objetos. Mientras que la sentencia de apelación había declarado aplicable al caso el artículo 1306 1.ª CC, en cuanto que concurría una *causa torpe común a ambas partes*, el TS –casando la anterior– consideró nulo el contrato, por torpeza de la causa, pero condenó a la restitución de las prestaciones en aplicación del artículo 1303 CC. La idea, según el tribunal, era impedir que el contrato produjese efecto alguno (en cumplimiento del artículo 1275 CC). Asimismo, declaró inaplicable al caso el artículo 1306 1.ª CC, en el que se había apoyado la Audiencia para resolver, pues este «*contempla la hipótesis de contratos con prestaciones recíprocas y no aquellos otros en los cuales solo consta la entrega de algo, sin compensación de adverso, por una de las partes*». Se apoyó, para ello el tribunal, en su sentencia de 10 de julio de 1902.

La sentencia fue duramente criticada por F. De Castro [524] y L. Díez-Picazo, quienes basaban su discrepancia en el mal uso del precedente jurisprudencial al que recurrió el TS [525]. Para el segundo autor, el caso empleado como referente –la sentencia de 10 de julio de 1902– versaba sobre cesión de derechos sociales de un hijo a su madre que en nada tenía que ver con la entrega de bienes que un señor le hacía a su amante. A ello añadía que reducir el artículo 1306 CC solo a los contratos con prestaciones recíprocas no se encontraba justificado y que –respecto al caso concreto– tampoco es que pudiera decirse que el demandante no hubiera recibido «nada» a cambio de las joyas; solo que la prestación de la amante era un servicio irrestituible *in natura*.

La aproximación de L. Díez-Picazo al caso da una buena pista de los supuestos en los que realmente piensa el artículo 1306 CC: aquellos en los que se remunera un servicio ilegal o amoral. Los dos casos estudiados consistían en iniciar o poner fin, mediante un pago, a relaciones amorosas [526], en un momento en que se tenían por inmorales, cuando no ilícitas. Por eso, no funciona bien ante contratos traslativos de la propiedad.

---

[524] De Castro y Bravo, 1967, párr. 314.
[525] Díez-Picazo y Ponce de León, 1979, pp. 11 y 142-143.
[526] Así los describe, Torralba Soriano, *ADC*, 1966, pp. 704-706.

1.2 Contratos traslativos de la propiedad y problemas de reciprocidad restitutoria

La no restitución, prevista en el artículo 1306 CC, encuentra ciertamente un difícil acomodo en contratos donde se han intercambiado prestaciones, digámoslo así, «físicas», como sucede en una compraventa o un contrato de suministro.

> Es paradigmática la STS, 1.ª, 31 de mayo de 2005[527]. Las partes habían celebrado un contrato de traspaso de un negocio de un quiosco de prensa, cuya licencia había sido concedida inicialmente al cedente en atención a su discapacidad. La licencia era, pues, personalísima e intransferible. En el contrato de cesión, las partes tuvieron en cuenta este riesgo. Estipularon un precio de 5 millones de pesetas, del cual solo se documentaron 3 millones, susceptible de reducción para el caso en que la adquirente se viera privada de la concesión por el Ayuntamiento. En concreto, el cedente se comprometía a devolver la mitad de los tres millones recibidos, si durante los dos años siguientes el Ayuntamiento retiraba la concesión, fijándose incluso la forma de devolución de la inversión. Asimismo, y con el fin de evitar en lo posible la pérdida de la concesión, las partes aparentaron constituir una comunidad de bienes. A pesar de todo ello, el Ayuntamiento terminó retirando la licencia, quedando la adquirente privada de la posibilidad de explotar el quiosco. Tras ello, la adquirente demandó al cedente, interesando la nulidad del contrato por ilicitud causal a él imputable, así como la restitución del dinero entregado. En la resolución del caso, el TS estimó que la culpa en la ilicitud causal estaba del lado de ambos contratantes, y no solo de la cedente (FD 5.º), a la vista de la propia previsión de los contratantes de este riesgo. Por esta razón, aplicó la regla del artículo 1306 1.º CC y –descartando aplicar el artículo 1306 2.º CC– determinó que ninguno de los contratantes podía repetir lo dado ni reclamar el cumplimiento de lo ofrecido.

El caso pone de manifiesto que el artículo 1306 CC quiebra ante contratos de intercambio. Si bien no se trataba, como tal, de una compraventa, sino de una cesión, la única solución acorde con la nulidad del contrato habría pasado por imponer una restitución del valor *ex* artículo 1307 CC a cargo de la parte que no pudo *retener in natura* la prestación recibida; esto es, la cesión del quiosco. De este modo, se habría cohonestado la nulidad por ilicitud con la reciprocidad restitutoria. Sin embargo, por obedecer la nulidad a la ilicitud causal, la Sala 1.ª se vio abocada a aplicar uno de los dos párrafos del artículo 1306 CC; y eligió el que, en el caso, mejor permitía mantener la reciprocidad en la restitución, el primero.

---

[527] MP: Marín Castán; RJ 2005/4251.

Resultados como el descrito se han reproducido, también, en contratos sustancialmente idénticos a la compraventa, como el suministro.

> La STS, 1.ª, 30 de noviembre de 2006[528] ofrece un buen caso. Se había celebrado, en 1993, un contrato de suministro (clandestino) de agua, el cual abasteció a una urbanización durante su construcción por una entidad urbanística. El contrato de suministro se ejecutó hasta julio de 1995. A partir de ese momento, la constructora dejó de atender los recibos y pasó a abastecerse del Canal de Isabel II. El suministrador demandó a la entidad, solicitando la resolución del contrato. En su demanda, además, de la resolución, el suministrador reclamaba la indemnización de importantes cantidades en concepto de lucro cesante y daño emergente. El contrato resultó ser nulo por contravenir la Ley de aguas de 1985 (arts. 6.3 y 1275 CC). Tras declarar la nulidad por este motivo, la Sala 1.ª recurrió al artículo 1306 CC, para descartar que el suministrador tuviera, además, una acción «por enriquecimiento injusto», ya que esa norma priva de acción a quien «*fue claramente culpable del hecho en que consistió la causa ilícita, ya que ofreció el abastecimiento de agua a población años después de haber solicitado un aprovechamiento que evidentemente lo excluía*» (FD 3.º).

Los hechos del caso muestran, de nuevo, los problemas de aplicar automáticamente el artículo 1306 CC a la nulidad por ilicitud de la causa. Aunque la sentencia no lo dice expresamente, la Sala 1.ª aplicó el segundo párrafo de aquella norma, para así impedir al suministrador repetir lo dado. En realidad, todo apunta a que ambos contratantes habían participado de la ilicitud causal, por lo que lo adecuado habría sido declarar aplicable el artículo 1306 1.º CC, con el fin de mantener una cierta reciprocidad restitutoria. Pero este no es el principal problema, porque el suministro no se pagó durante un tiempo. Con su solución, la Sala 1.ª impidió al suministrador recuperar el valor del agua suministrado, que probablemente se consumió, y que no fue abonada. Es decir, la resolución del caso permitió a la constructora obtener agua gratis durante casi dos años, pese a la nulidad del contrato de suministro. Podemos preguntarnos si una consecuencia tan dura merece o no ser revisada; o si, siguiendo con el caso, no habría sido más adecuado canalizar el caso por medio de una restitución normal, obligando a la constructora a pagar el valor del agua en la restitución[529].

Casos como los presentados enseñan que el artículo 1306 CC no funciona del todo bien ante contratos asimilados a una compraventa. Las costuras del artículo 1306 CC saltan, igualmente, ante la nulidad por ilicitud de contratos de cesión de un uso.

---

[528] MP: Marín Castán; RJ 2006/9488.

[529] Para los contratos de suministros, véase, *supra*, en este capítulo, VI. 3.

1.3 Cesiones de uso: la usura y el préstamo al jugador

Que el artículo 1306 CC no ofrece una solución coherente para el préstamo nulo, por usurario, es evidente. Los autores no han sido ajenos a la dificultad de conciliar una norma como esta con el artículo 3 LU[530]. En este sentido, se ha defendido una interpretación conjunta de ambas normas según la cual –en la medida en que la prestación principal del préstamo es la cesión del uso de un capital durante un tiempo– la *solutionis retentio* solo sería temporal: el prestatario podría retener el capital cedido hasta el final del contrato, *sin abonar interés alguno*[531]. Es una solución muy sugestiva. Sin embargo, el problema de adaptar el artículo 1306 CC a un supuesto como el del préstamo usurario es que se basa en una concepción de la usura, y de su ley, excesivamente moralizante, que sanciona al prestamista convirtiendo el préstamo en gratuito a través de la restitución[532]. Una moderna concepción para la usura debería permitir salir del atolladero a que conduce la propia LU y avanzar hacia un modelo de soluciones flexibles (no sancionadoras) que, bien permitiese mantener el contrato, adaptándolo, bien condujese a una restitución del préstamo más recíproca[533]. Bajo

---

[530] Según esta regla: «*Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado*».

[531] En este sentido, se postulan la mayoría de los autores: Alonso Puig, 2002, pp. 153 y ss.; Carrasco Perera, 2017, pp. 734-735; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 311 y 314-315; Jiménez Muñoz, 2010, p. 102; Redondo Trigo, *RCDI*, 2016, pp. 3514-3515; Sobejano Nieto, *Almacén de Derecho*, 2020.

Otros han propuesto, en una lógica algo distinta, acudir al interés legal en sustitución del interés usurario eliminado. Así, Albaladejo García, *ADC*, 1995, p. 49; Pérez Monge, *ADC*, 2003, p. 313; Sabater Bayle, *Aranzadi Civil-mercantil*, 10, 2015, sec. 7.b.

[532] Me he ocupado de estas cuestiones en Ruiz Arranz, *RDC*, 2021, pp. 181 y ss. Aquí, defiendo una reconfiguración del supuesto de hecho del préstamo usurario, según la cual el elemento subjetivo –necesario para evitar caer en un control inadecuado de precios– se refiera a un actuar negligente o culpable del prestamista en relación con la estipulación de un tipo de interés por encima de los umbrales del mercado. Ello, porque los elementos subjetivos tradicionales del artículo 1 I LU (la necesidad o la situación angustiosa del prestatario) ya no se dan; o no, al menos, en la misma medida que inspiró la promulgación de la Ley de la Usura, en 1908. La mejor prueba de ello son las recientes sentencias de la Sala 1.ª del TS, donde se ha prescindido por completo del elemento subjetivo para apreciar la existencia de usura; lo que plantea un problema evidente de control indirecto y judicial de precios. De la evolución de la usura en España a propósito del crédito revolving me he ocupado en Ruiz Arranz, *Almacén de Derecho,* 2022.

[533] Es la solución propuesta en Ruiz Arranz, *RDC*, 2021, pp. 197-215 y 224-235. En caso de adaptación, tendría lugar una restitución del exceso cobrado por el prestamista durante el tiempo de ejecución del contrato, de acuerdo con las normas del pago de lo indebido. Pero, si se decide terminar el contrato, la restitución no pasará por aplicar las normas del artículo 3 LU y 1306 CC, sino el sistema restitutorio común (arts. 1303, 1307, 1308 y 1314 I CC). Esta solución se basa en que lo que obtiene el prestatario con el contrato es el uso del capital cedido a cambio de unas rentas. Por eso, *(i)* el prestatario devuelve el capital cedido; y *(ii)* el prestamista reintegra el valor del excedente de las rentas cobradas respecto del interés aceptable (art. 1307 CC); no toda renta que exceda del capital prestado (art. 3 LU). Además, el prestatario tiene que restituir el valor de uso del capital recibido (cfr. art. 1553 CC). Este valor no se corresponderá,

este modelo, la restitución del préstamo se articularía a través del artículo 1307 CC (el artículo 3 LU, interpretado junto con el 1306 1.ª CC, solo se aplicaría en aquellos supuestos en los que conviniese mantener cierto efecto sancionador) [534]. Pero los problemas del 1306 CC no se agotan aquí.

Tratándose de los *casinos que conceden préstamos a los jugadores* a fin de incentivar su juego, la Sala 1.ª del TS ha reconocido [535] la posibilidad de declarar nulo el préstamo, como consecuencia de la infracción de la normativa sectorial que impide esta práctica (art. 6.3 CC). En lo que respecta a los efectos de esta nulidad, el TS ha descartado que el casino tenga derecho a exigir al jugador lo que este perdió apostando –y que este le prestó–, en aplicación del artículo 1798 CC y, en lo que más interesa, del artículo 1306 CC, por tener el préstamo causa torpe. Dejando a un lado la evidente intención de hacer justicia material en el caso concreto, la sentencia llega a una solución muy criticable que no funcionaría bien si el prestatario ganase el juego [536]. Por eso, si se analiza el hecho del préstamo con independencia del objeto para el que se concede, el artículo 1306 CC vuelve a funcionar mal ante contratos cuyo objeto es la cesión de un uso.

Los resultados del artículo 1306 CC tampoco mejoran ante los casos tradicionales de *arrendamiento de un prostíbulo*. Quienes se han ocupado del problema entienden extensible la misma doctrina que defienden para la usura: aplicar la retención solutoria a toda la duración del contrato [537]. En este sentido, piensan en un contrato de arrendamiento de un inmueble que es utilizado como burdel por el arrendatario, sin el consentimiento del arrendador. Y, si he entendido bien, aplicando la misma doctrina del préstamo usurario, consideran que el arrendador recuperaría el inmueble al final de la relación arrendaticia «*sin necesidad de reconocer* […] *el ejercicio de la reivindicatoria al arrendador durante el plazo del arriendo*»; ello porque, al ser un arrendamiento, «*la irrepetibilidad solo operaría en el tiempo contractualmente previsto para la dura-*

---

por lógica, ni con el interés pactado usurario ni con el interés adecuado al que se reduciría el contrato, de mantenerse. Por ello, tendrá que abonar el valor de la mera disponibilidad del dinero (sin actualizarlo) durante el tiempo que esta se prolongase, es decir, el interés real del dinero (art. 1307 CC).

[534] Declarada la nulidad, el prestatario retendría el uso del capital cedido, durante el tiempo de duración del contrato, debiendo remunerar a cambio una cantidad pequeña, por ese uso del dinero, calculada de acuerdo con el interés real o coste de oportunidad del dinero. Porque el prestatario quería dinero a préstamo, no dinero gratis. Véase Ruiz Arranz, *RDC*, 2021, pp. 217-218.

[535] STS, 1.ª, 10 de octubre de 2008 (MP: Marín Castán; RJ 2008/5687).

[536] Sobejano Nieto, *Almacén de Derecho*, 2020. Este autor se refiere expresamente al caso resuelto por la sentencia y defiende, con razón, una no aplicación de la regla del artículo 1306 CC a los contratos de préstamo. En otro orden, han criticado la sentencia desde la perspectiva de la inadecuada aplicación de la nulidad por contravención de norma, Carrasco Perera y Lyczkowska, *CCJC*, 2009, sec. IV.

[537] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 311. También Alonso Puig, 2002, p. 167. Más recientemente en el mismo sentido, Redondo Trigo, *RCDI*, 2016, p. 3515.

ción de la prestación» [538]. Esta solución no es aconsejable. Primero, porque incurre en el error de confundir la restitución de la posesión del inmueble arrendado, que es accesoria, con la del uso cedido, que es la prestación principal del arrendador [539]. Además, no tendría sentido aplicar al arrendamiento del prostíbulo la misma solución que los autores proponen para el préstamo usurario (que, al final del préstamo, el prestamista recupere el capital sin intereses; arts. 1306 CC y 3 LU). Aquí, el arrendatario es, por hipótesis, el responsable de la nulidad. Esto conduce a que este tenga que pagar la renta pactada *a cambio del uso* del inmueble, irrestituible *in natura*; y a que, al final, se entiendan compensadas las prestaciones (arts. 1307 y 1547 CC).

1.4 La evitación caprichosa del artículo 1306 CC

Los supuestos analizados dan cuenta de que el artículo 1306 CC no termina de ofrecer soluciones satisfactorias cuando se declara la nulidad, por ilicitud causal, de un contrato traslativo de la propiedad (o asimilado) o uno de cesión de uso. Una aplicación estricta del artículo 1306 CC a esos negocios produce resultados injustos [540]. La jurisprudencia del TS no es ajena a esta realidad y ha ideado casi tantas vías de escape a la consecuencia del artículo 1306 CC como la práctica le ha obligado [541]. El escape consiste en acudir a la restitución por nulidad, prevista en los artículos 1303 y 1307 CC.

En este sentido, la Sala 1.ª ha excepcionado la aplicación de esta norma expresamente ante un contrato de compraventa de una finca rústica que, al quedar segregada, tenía una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo permitida por la ley, declarando expresamente aplicable el artículo 1303 CC a la restitución [542]. Tratándose de una *fiducia cum amico* –por la cual se simulaba

---

[538] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 311. En idéntico sentido, Redondo Trigo, *RCDI*, 2016, p. 3515.

[539] *Supra*, capítulo 6, III. 3.4.

[540] Véase López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 280-283; Redondo Trigo, *RCDI*, 2016, p. 3515.

[541] Así, Carrasco Perera, 2017, cap. 15/38 tiene dicho que «*se huye de estos preceptos* [arts. 1305 y 1306 CC]». En el mismo sentido, advirtiendo sobre cómo el TS esquiva a conveniencia la aplicación del artículo 1306, Oliva Blázquez, 2022, p. 821. Un buen análisis de la jurisprudencia, hasta 2004, en Saborido Sánchez, 2005, pp. 338 y ss.

[542] Fue lo sucedido en la STS, 1.ª, 18 de marzo de 2009 (MP: Corbal Fernández; RJ 2009/1652). El contrato de compraventa de una parcela rústica segregada resultó ser nulo por infracción de la norma prohibitiva de la división de una finca rústica cuando ello da lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo (art. 24 Ley 19/1995, de 4 de julio, sobre Modernización de Explotaciones Agrarias). La vendedora demandó al comprador la nulidad del contrato por este motivo, con la vuelta de las cosas al estado anterior a la firma del contrato; lo que incluía la cancelación de la anotación de suspensión o inscripción definitiva, practicada a favor del comprador demandado sobre la finca segregada. Según

la venta de unas acciones a unos conocidos para ponerlas a salvo de los acreedores del fiduciante– el TS declaró la nulidad del contrato de compraventa, por ilicitud de la causa, pero declaró excepcionalmente inaplicable el artículo 1306 CC[543]. Igualmente, la Sala 1.ª ha esquivado la consecuencia del artículo 1306 CC en un supuesto de nulidad de un contrato de cesión de un establecimiento de lotería, ordenando una restitución de las prestaciones de conformidad con el artículo 1307 CC, al resultar imposible la devolución de la titularidad del negocio al cedente por razones administrativas[544].

---

se desprende de los hechos del caso, la nulidad no era realmente imputable a ninguna de las partes intervinientes en el contrato (causa subjetiva), a pesar de ser nulo el contrato celebrado (causa objetiva). Es decir, las partes no estaban ni *in pari causa* (nulidad imputable a ambas) ni se podía determinar si la nulidad era atribuible a una de ellas. Por esta razón, y aunque no lo dice, la Sala 1.ª aplicó el régimen común (art. 1303 CC) y no el propio del 1306 CC, como pretendía el demandado para retener el precio.

[543] Se trata de la STS, 1.ª, 10 de junio de 2016 (MP: Orduña Moreno; RJ 2016/2827), que ya se ha tratado en otro lugar (*supra*, Capítulo 6, II. 3.2, a propósito de la nulidad por ilicitud de la causa). Si se recuerda, D. Mariano habría demandado a los herederos de D. Fructuoso interesando que se reconociese que la venta de las acciones de la sociedad X y de las participaciones de la sociedad Y fue simulada. Al parecer, D. Fructuoso había vendido esas acciones y participaciones con el fin de evitar un embargo de su mujer o sus acreedores. La trasmisión era, pues, solo aparente y pretendía tener carácter temporal; lo que se vio frustrado por el fallecimiento de D. Fructuoso. En este sentido, D. Mariano reclamaba que se condenase a los herederos de D. Fructuoso a la restitución *in natura* de las acciones entregadas. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron la demanda, por el carácter simulado de la transacción, desestimando el TS el recurso de casación interpuesto por los herederos. En lo que más interesa, el TS consideró que no se debía aplicar al caso el artículo 1306 CC porque «*la declaración de la ilicitud de causa fiduciae no opera la excepción del efecto restitutorio, propia de la regla nemo auditur del artículo 1306 del Código Civil*» (FD 3.º). En este sentido, apoyándose en jurisprudencia anterior, el TS afirmó que «*no se puede pretender* […] *aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia cum amico para negar toda eficacia inter partes a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata*». De ese modo, «*en un supuesto como el presente de fiducia cum amico, frente a la reclamación de las participaciones y acciones objeto de la fiducia, los fiduciarios no pueden oponer la previsión contenida en el artículo 1306 CC*».

[544] Fue lo sucedido en la STS, 1.ª, 8 de febrero de 2008 (RJ 2008/2817; MP: Auger Liñán). La sentencia ponía fin a la ejecución de un fallo que a su vez había llegado al TS [STS 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/8237; MP: Morales Morales)] y en el que la discrepancia giraba en torno al alcance de la restitución. Se trataba de un contrato de cesión y traspaso de la titularidad de un negocio de lotería que había sido declarado nulo, a petición de la cesionaria, por ilicitud de la causa, al haber sido celebrado a perpetuidad, durante toda la vida de aquella. El Tribunal Supremo ordenó la recíproca restitución por equivalente de las prestaciones, en aplicación del artículo 1307 CC, al resultar jurídicamente imposible que la titularidad del negocio revertiese en el cedente, por no darse las condiciones administrativas a tal efecto. La discusión en sede de ejecución de sentencia giró en torno a la eventual aplicación del artículo 1306 CC, lo que era exigido por la cesionaria en atención a la nulidad radical del negocio. No obstante, la Sala 1.ª, en la referida sentencia, optó por mantener la decisión de la instancia y la apelación, ordenándole restituir el valor de la titularidad del negocio (art. 1307 CC). A entender del TS la sentencia impugnada en casación no contrariaba lo ejecutoriado, sino que al ordenar una restitución del valor –y por tanto una restitución recíproca– se aquietaba al pronunciamiento ordenado. La causa para resolver en este sentido es, como el propio TS advierte, que la aplicación a la restitución del artículo 1306 CC exige un juicio sobre la imputación de la causa torpe que no se encontraba en la sentencia ejecutada. Por eso, al no ser restituible *in natura* el negocio de lotería traspasado (pérdida jurídica) debía aplicarse la restitución del valor *ex* artículo 1307 CC, al ser imputable la pérdida al deudor de la restitución.

Todavía en contratos traslativos de la propiedad, el TS ha rechazado expresamente acudir al artículo 1306 CC en casos de simulación absoluta, por aplicación de la figura de la inexistencia, que a su entender debe desembocar en una restitución *ex* artículo 1303 CC[545]. En cambio, cuando más le ha convenido, ha evitado declarar inexistente un contrato que evidentemente lo era, para no tener que ordenar una restitución de las prestaciones que, sin duda, consideraba indeseable[546].

El mismo encaje de bolillos se ha visto recientemente en un supuesto de nulidad de un contrato de arrendamiento rústico que únicamente perseguía que la arrendataria siguiese cobrando los derechos de la PAC de una finca de su propiedad tras la jubilación. En ese supuesto, la Sala 1.ª entiende que el régimen del artículo 1306 CC no se aplica a los negocios nulos por simulación absoluta, siendo procedente una restitución de las prestaciones según el régimen general del artículo 1303 CC[547].

Una evitación idéntica de la consecuencia jurídica del artículo 1306 CC se ha visto en supuestos de nulidad de contratos de franquicia, por vulneración de normas sobre competencia[548]; o en contratos de servicios que vulneraban

---

[545] Es el caso de «Galletas Cuétara» y la STS 11 de diciembre de 1986 (MP Pérez Gimeno; RJ 1986/7432) que se analizará en profundidad, en *infra* VII. 3.1 (b). Igualmente, el de la SAP Las Palmas, Sec. 5.ª, 16 de diciembre de 2002 (MP: Pérez de Ontiveros Baquero; JUR 2003/81485) donde se apreció la inexistencia de un negocio de arrendamiento de un sótano de almacenamiento por falta de causa, al ser la verdadera intención del arrendatario la instalación en el local un negocio de hostelería.

[546] Véase, la STS, 1.ª, 18 de septiembre de 2019 (MP: Parra Lucán, RJ 2019/3590), explicada *supra*, Capítulo 6, II. 2.3, a propósito de la nulidad por causa ilícita, como supuesto especial.

[547] Se trata de la STS, 1.ª, 22 de junio de 2021 (MP: Díaz Fraile; RJ 2021/2959). La demandante (arrendadora) había celebrado con el arrendatario demandado un contrato de arrendamiento, en 2012, sobre varias fincas rústicas. La duración era de 15 años y la renta pactada de 12 euros. El objeto del contrato era permitir que la arrendadora, ahora jubilada, continuase cobrando las subvenciones de la PAC junto a la pensión de jubilación. En 2016, la arrendadora reclamó la nulidad del contrato de arrendamiento y se condenase al arrendador a restituir las fincas recibidas, junto con los beneficios obtenidos gracias a la PAC. Tanto el Juzgado como la Audiencia admitieron la nulidad del arrendamiento, pero desestimaron la demanda interpuesta en cuanto a la extensión restitutoria interesada por la demandante. Ello por existir ilicitud de la causa según el artículo 1306 2.ª CC. En este sentido, solo condenaron a que se devolviese a la demandante la posesión de la finca. En casación, el TS consideró que «*la decisión de la Audiencia al aplicar el régimen jurídico del art. 1306 CC a un contrato radicalmente nulo por simulación absoluta, no se ajusta a la jurisprudencia de esta sala y debe ser revocada*»; toda vez que «*en los casos de simulación absoluta por falta de causa en el contrato, no resulta aplicable el régimen del artículo 1306 CC, sino el común de los contratos nulos del artículo 1303 CC*» (FD 9.º). Para una crítica al resultado al que llega esta resolución, véase Morales Moreno, *ADC*, 2021, pp. 1523-1538.

[548] Caso de la STS, 1.ª, 30 de julio de 2009 (MP: Corbal Fernández; RJ 2009/4580). Se trataba de un supuesto de nulidad de dos contratos de franquicia de centros de tratamiento capilar *Svenson* por vulnerar las normas de la competencia –comunitaria y nacional– que impiden la imposición de precios. Declarada la nulidad, la Sala 1.ª del TS consideró improcedente aplicar la regla del artículo 1306 2.ª CC al entender, entre otros aspectos, que la aplicación de esta norma («*con el efecto de «dejar las cosas como están»*») «*sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para*

una normativa sectorial que impedía (*rectius*, declaraba incompatible) el ejercicio de la actividad contratada [549].

Da la sensación de que la aplicación del artículo 1306 CC, en cualquiera de sus párrafos, se hace «a la carta», y que las más de las veces los tribunales evitan aplicarlo sobre la base de consideraciones de muy diverso tono, para permitir así una restitución que, de otro modo, no podría tener lugar.

Esta aplicación «flexible» del artículo 1306 CC no ha pasado desapercibida para los autores [550]. Con todo, la doctrina no ha recibido con malos ojos este proceder. A fin de cuentas, la consecuencia del artículo 1306 CC no gusta, en general. No en vano, constantemente se advierte del sinsentido de la norma y se prefiere que tenga lugar la *restitutio in integrum* recíproca [551]. Bajo este panorama, se ha advertido, que «*declarando válido el contrato se atiende mejor a los intereses defendibles*» [552], pues se posibilita una restitución; y se ha aludido a la repulsa que causa «*el hecho de que alguien pueda consolidar una atribución patrimonial procedente de una conducta moral reprochable*» [553]. También se ha tratado de sistematizar la jurisprudencia, identificando excepciones al régimen de aplicación del artículo 1306 CC, en función de los casos que se van resolviendo (por ejemplo, el de la *fiducia*

---

una de ellas» (FD 10.º). Por ello, el TS declaró aplicable la restitución recíproca de las prestaciones en los términos del artículo 1303 CC (FD 11.º).

[549] Fue el caso de la STS, 1.ª, 17 de julio de 2008 (MP: Seijas Quintana; RJ 2008/5666). Se trataba de un caso en el que unos médicos anestesistas, que trabajaban para el *Insalud*, habían sido contratados por una clínica privada; lo que constituía una infracción de la normativa sectorial que establecía una incompatibilidad entre ambas actividades. El contrato preveía una duración de 3 años, de los cuales apenas se cumplieron unos meses, pues la clínica había resuelto unilateralmente el contrato. El TS casó la sentencia de segunda instancia que había declarado ilícita la causa del contrato (FD 2.º). Por tanto, declaró como existente y válido el contrato de arrendamiento de servicios controvertido y reconoció su derecho a percibir una indemnización por incumplimiento de la clínica, como consecuencia de la resolución anticipada; indemnización pactada en el propio contrato. Interesa destacar el esfuerzo argumental de la Sala 1.ª por evitar declarar nulo el contrato celebrado en estas condiciones y que contravenía una norma imperativa; probablemente por considerar más justificado que la clínica no se beneficiase de la torpeza, eximiéndose de las obligaciones contraídas, aprovechándose de un defecto administrativo. No en vano, de haberse aplicado el artículo 1306 CC –y asumiendo que ambos estaban en igual ilicitud causal–, los médicos habrían retenido el salario percibido, la clínica los servicios, sin derecho a percibir la indemnización por incumplimiento. Véase, en este sentido, valorando positivamente la sentencia, Carrasco Perera y Lyczkowska, *CCJC*, 2009, sec. V y VII.

[550] Advierten de esa tendencia Alonso Puig, 2002, p. 164; Berg, 2002, p. 165; Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, p. 28.

[551] López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 330-331. La autora se conforma entonces con que las faltas cometidas en la formación de un contrato de estas características originen un derecho a la reparación del perjuicio, con base en la responsabilidad precontractual. En el mismo sentido, Vázquez de Castro, 2002, p. 366.

[552] Quicios Molina, 2020, p. 1552.

[553] Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, pp. 30-31.

cum amico) [554]. O se han excluido los contratos contrarios a la ley (art. 6.3 CC) –en contraposición a los causalmente ilícitos– de la consecuencia del artículo 1306 CC [555].

Lo anterior ofrece el caldo de cultivo perfecto para que los principales proyectos de armonización europeos, así como los autores, aboguen desde hace tiempo por un sistema flexible que, en últimas, conduzca a una restitución, aunque el contrato sea ilegal o inmoral [556]. Ese mismo enfoque era el defendido en Francia antes de la codificación de su sistema restitutorio contractual: solo aplicar la regla jurisprudencial del *in pari causa* a los casos flagrantes de inmoralidad; lo que quiera que esto sea [557].

Estas aproximaciones son ciertamente comprensibles, habida cuenta de la dificultad de encajar la regla de la no restitución en casos que, intuitivamente, la merecen. El problema es que no dejan de constituir un ejercicio de «brocha gorda» –si se me permite la expresión– que aleja el foco del fundamento de una norma que, sin embargo, puede tener sentido. La cuestión es para qué casos. Para una compraventa con causa ilícita, parece que tiene poco sentido excluir la restitución. Sin embargo, declarándose la nulidad por esta circunstancia, la aplicación del artículo 1306 CC parece «inevitable» [558]. ¿Cómo se puede entonces deshacer el entuerto?

---

[554] Se aprecia esta tendencia en Redondo Trigo, *RCDI*, 2016, pp. 3512-3514. Este autor identifica tres excepciones al régimen de aplicación del artículo 1306 CC: *(i)* los supuestos de simulación contractual; *(ii)* los supuestos en que solo una parte efectúa prestaciones; y *(iii)* los supuestos de prestaciones no definitivas o que el *accipiens* no recibía para su propio patrimonio.

[555] Saborido Sánchez, 2005, pp. 151-155, 177-180 y 350-357.

[556] Es el caso del artículo 15:104 PECL que, según sus comentaristas, se separa de la noción europea tradicional que por razones de disuasión, castigo o protección de la dignidad de los tribunales rechazaba cualquier clase de devolución de las prestaciones intercambiadas con un contrato ilícito (*ex turpi causa melior est conditio possidendis*) (Lando, Clive, Prüm y Zimmermann, 2003, p. 223). Consideran este régimen un modelo para el Derecho español, Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, pp. 33 y ss.

La misma idea la expresan los comentaristas del artículo II. 7:303 DCFR [Von Bar y Clive (eds.), vol. 1, pp. 547-548]. Una crítica fundada a este régimen puede verse en Arnau Raventós, 2018, pp. 255-259.

En fin, la última versión de los Principios Unidroit (2016) acoge estas mismas ideas en el artículo 3.3.1 (1) establece que el cumplimiento de un contrato que viola una norma de carácter imperativo puede dar lugar a la restitución, siempre que esta sea razonable. Los comentaristas indican que es la norma imperativa infringida en cada caso la que tiene que determinar si procede o no la restitución (como se determina en el artículo 3.3.1 PICC); y que, si guarda silencio sobre el particular, una interpretación flexible debe conducir a la restitución, teniendo en cuenta las circunstancias (Comentario Oficial, *Unidroit Principles 2016*, cit., p. 135).

[557] *Supra,* Capítulo 4, II, 2.5.

[558] Alfaro Águila-Real, *Blog Derecho mercantil España*, 2021.

2. El lugar del artículo 1306 CC en la restitución contractual y la razón de ser de su solución

Quizás la respuesta esté en que el artículo 1306 CC solo piensa en un cierto tipo de relaciones obligatorias, que no encajan precisamente en el esquema de la compraventa.

2.1 El sentido histórico del artículo 1306 CC

El artículo 1306 CC bebe de las reglas de la *condictio* romana durante el período clásico; de ahí pasó a las Partidas; y de ellas al proyecto isabelino de 1851 [559].

> En Derecho romano clásico [560], procedía la *condictio* (*ob rem* u *ob causam*) para recuperar lo dado por convenio no típico, persiguiendo una concreta finalidad (*datio ob rem* u *ob causam*) [561]. Quien daba no tenía, como tal, una pretensión de cumplimiento de lo prometido a cambio de lo que daba; solo la *condictio* para recuperarlo, si no se cumplía. Por tanto, el sentido de esta *condictio* era la falta de contraprestación del *accipiens*. Un encargo futuro que tuviera un propósito ilícito o amoral (por ejemplo, sobornar al juez para que fallara en un determinado sentido) tampoco se consideraba contrato sinalagmático ni se enfrentaba al reproche de nulidad. Por eso, lo entregado en este contexto solo se podía recuperar en virtud de una *condictio*. En el periodo justinianeo, la *condictio* para estas situaciones pasó a denominarse *condictio ob turpem causam* [562]. La «torpeza» («*turpi-*

[559] De Castro y Bravo, 1967, párr. 310; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 289; Morales Moreno, *ADC*, 1988, p. 614. También, y si bien explica el origen de la *condictio* romana de una manera inadecuadamente basada en el enriquecimiento y la equidad, López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 283-287 y 295-298.

[560] Véase, *supra*, Capítulo 2, I. 1.3. La principal referencia bibliográfica sobre el particular es Honsell, 1974, pp. 73-95.

[561] Se aprecia bien esta idea en D. 12,6,52 (*Pomponius libro XXVII ad Quintum*): «*Damus aut ob causam, auto ob rem; ob causam praeteritam, veluti quum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest*») («Damos o por una causa o por una cosa; por una causa pasada, como cuando doy porque obtuve una cosa de ti, o porque gracias a ti se realizó alguna cosa, de modo que, aunque sea falsa la causa, no hay repetición de ese dinero. Más se da por una cosa para que subsiga alguna otra, y si esa otra no sobreviene, tiene lugar la repetición»). Basándose en la última parte del pasaje, Honsell, 1974, pp. 81-82 considera que estos supuestos siempre se referían a una prestación anticipada hacia el futuro, y que cuando se remuneraba algún evento pasado, esta «liberalidad» carecía de relevancia jurídica.

[562] Véase Honsell, 1974, pp. 77-78.

tudo») podía afectar a una sola de las partes o a ambas[563], siendo esta diferenciación clave para el éxito de la acción recuperatoria.

(a) Cuando la causa torpe estaba solo del lado del que recibía, tenía lugar la *condictio*[564], siempre que se cumpliera el propósito por el cual el dinero se entregó[565]. Eran los casos típicos de chantaje. Así, si se entregó una cantidad para que no se cometiese un delito (por ejemplo, no matar a una persona, y el crimen no se llegó a cometer); si se hubiere entregado dinero adicional para que se devolviese una cosa depositada o un instrumento[566]; si se hubiesen prestado en comodato unos vestidos para su uso y el comodante hubiese tenido que pagar un precio para recuperarlos[567]; o, en general, si se hubiere entregado algo en virtud de una estipulación arrancada por la fuerza[568]. Todos esos casos se subsumían, o bien en dar para evitar que se cometiera un delito, o bien en dar para que se realizase una prestación a la que *ya* se estaba obligado. Por eso, se permitía la *condictio* para recuperar lo dado, aunque el motivo de la dación se hubiera cumplido[569]. Y es que existía una causa para la *datio* inicial, pero no para retenerla por quien la recibió[570].

(b) Cuando la causa torpe para la *datio* afectaba también a quien daba (y a su motivo para hacerlo) no había repetición posible para nadie[571]. En tal caso, el que daba ya no merecía protección y se prefería dejar las cosas «como estaban»[572]. Se trataba de casos en los que se pagaba para la comisión de un delito; se entregaba dinero para que se juzgase injustamente[573]; y también aquí se incluía lo dado por causa de estupro, para mantener relaciones sexuales[574]. Si se lograba el propósito perseguido con la entrega, no había motivo para permitir una

---

563 Así se ve en D. 12,5,1, pr. *(Paulus libro X ad Sabinum*): «*Omne, quod datur, auto ob rem datur, auto b causam; et ob rem aut turpem, aut honestam; turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut utriusque*» («Todo lo que se da se da o por alguna cosa o por alguna causa; y por cosa torpe u honesta; y torpe de tal modo que la torpeza sea o del que da, no del que recibe, o tan solo del que recibe, no también del que da, o de ambos»).

564 D. 12,5,1,2 (*Paulus libro X ad Sabinum*»): «*Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest*» («Pero si la causa torpe hubiere sido del que recibe, aunque se haya verificado la cosa, puede repetirse»).

565 Zimmermann, 1996, p. 845.

566 Véase D. 12,5,3 (*Ulpianus libro XXVI ad Edictum*).

567 Véase D. 12,5,9 *(Paulus libro V ad Plautium*). En ese caso se dice que, aunque se haya dado por razón de una cosa y se haya verificado la causa, se dio torpemente.

568 D. 12,5,7 (*Pomponius libro XXII ad Sabinum*).

569 Lo que representaba una excepción a la *condictio*, si se realizaba el encargo para cuyo éxito se prestaba primero (*datio ob rem*). Véase Honsell, 1974, p. 83.

570 D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 407.

571 D. 12,6,52 (*Pomponius libro XXVII ad Quintum*): «*Damus aut ob causam, auto ob rem; ob causam praeteritam, veluti quum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit*») («Damos o por una causa o por una cosa; por una causa pasada, como cuando doy porque obtuve una cosa de ti, o porque gracias a ti se realizó alguna cosa, de modo que, aunque *sea falsa la causa, no hay repetición de ese dinero*») (la cursiva es mía).

572 Zimmermann, 1996, p. 846.

573 D. 12,5,3 (*Paulus libro X ad Sabinum*): «*Ubi autem et dantis, et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male iudicetur*».

574 D. 12,5,4, pr. (*Ulpianus libro XXVI ad Edictum*).

condictio. Además, la recuperación de lo dado se neutralizaba, aunque no se consiguiese el objetivo, pues regía la regla «*in pari turpitudine melior est causa possidentis*»: *siendo ambos partícipes de la torpeza que originó la datio*, se prefiere la posición jurídica del poseedor que la recibió[575]. Entonces, la *condictio* quedaba impedida por una *exceptio doli* y la *datio* inicial quedaba definitiva[576].

Como se ve, en todos los casos del grupo (b), se daba algo con la esperanza de que otro hiciese algo reprochable[577], mientras que en el grupo (a) el que daba lo hacía bajo amenaza o chantaje. Por eso, la *condictio* se permitía cuando la ilegalidad venía instigada por el que recibía la prestación (a), mientras que se impedía si era el mismo *solvens* el que pretendía con su *datio* un objetivo ilícito (b). La idea –asentada luego durante la época postclásica– era que «*ubi dantis et accipientis dolus versatur melior condictio est possidentis*»[578]. Pero, realmente, no se trataba de un contexto sinalagmático contractual. Esta misma lógica pasó a las partidas, con tres reglas diferentes que ilustran bien el grupo de casos afectados por la no restitución.

(a) En primer lugar, se partía de que quien recibe algo torpemente lo tiene que retornar (P. 5,14,47); por ejemplo, quien recibe algo para no cometer un delito, o quien reclama algo para cumplir aquello a lo que está obligado en derecho (el depositario de una cosa que reclama una cantidad para devolverla) (P. 5,14,47). Lo mismo sucedía cuando se daba algo para no ser descubierto en un adulterio, un homicidio o un hurto; o, en general, para evitar la mala fama (P. 5,14,54). En este caso, se podía recuperar lo dado, porque la torpeza solo estaba del que recibía.

(b) La restitución anterior se excepcionaba, sin embargo, cuando la torpeza estaba de ambas partes. Así, si se daba algo al juez para que fallase en un sentido en un pleito «de dineros» (P. 5,14,52); o lo que se diese a una mujer *para que* se prostituyese, aunque esta no cumpliese lo prometido (P. 5,14,53).

(c) También se excepcionaba la restitución, si la torpeza solo estaba del lado del que daba. El mejor ejemplo era la entrega de una cantidad a una mujer prostituida, al hacer «*yerro en yazer con los omes*», pero «*non fase mal en tomar lo quel dan*» (P. 5,14,53).

El P. 1851 insertó el espíritu romano y de las Partidas dentro de la restitución derivada de la nulidad. La lectura de sus artículos 1192 y 1193 –de dicción exactamente idéntica a la de los actuales 1305 y 1306 CC– es ilustrativa.

---

575 En general, Kaser, Knütel y Lohsse, 2017, pp. 300-301. Para más profundidad, Honsell, 1974, pp. 87-90.

576 D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 407.

577 Por eso, el pago a una prostituta no se podía repetir, porque solo era inmoral respecto del que lo realizaba, no respecto de ella en cuanto al cobro. Así, D. 12,5,4,3 (*Ulpianus libro XXVI ad Edictum*).

578 *Ibid.*

Respecto de la ilicitud de la causa o del contrato (art. 1192 P. 1851), García Goyena advertía que la legislación romana comprendía esta materia bajo «*la palabra genérica causa torpe o injusta en los títulos 7, libro 4 del Código, y en el 5, libro 12 del Digesto: sus disposiciones han sido adoptadas en el artículo siguiente 1193, y lo habían sido antes en las leyes 47 hasta la 54, Partida 5*[579]». El grueso de la información lo tenemos en el artículo 1193 P. 1851 (actual, artículo 1306 CC). En él, el autor se remite al sistema romano y de las Partidas, y advierte de la conveniencia de distinguir tres casos: *(i)* torpeza de ambos contrayentes; *(ii)* torpeza de solo el que da; y *(iii)* torpeza de solo el que recibe.

Al referirse al primer caso, vuelve el autor sobre el ejemplo del dinero entregado a una prostituta. A partir de los ejemplos romanos y de Partidas, considera que habrá torpeza de ambas partes, si la prostitución está prohibida en el ordenamiento, y no está regulada[580]; también, recurriendo a otro ejemplo romano y de Partidas, cuando se entrega algo al juez para que prevarique.

A continuación, García Goyena aborda el supuesto en que la torpeza solo esté de parte de un contratante (de solo del que da o de solo del que recibe). En cuanto a la torpeza del que recibe, la identifica con recibir un precio por «*hacer lo que según derecho está uno obligado á hacer, ó por no hacer lo que por sí mismo está obligado naturalmente a guardarse de hacerlo*». Ejemplos de lo primero serían, para el autor, el depositario, comodatario y arrendatario que reciben algo por devolver la cosa, chantajeando a la otra parte con no devolverla sin esto; ejemplos de lo segundo, quienes reciben algo por no hurtar, matar, o «*no hacer lo que según derecho no pueden hacer*[581]». Para la torpeza solo en el que da recurre el autor de nuevo al ejemplo de lo dado a la prostituta; también a lo que un culpable entrega para que otro no le descubra.

De la historia del Derecho se puede extraer una conclusión valiosa, que ayuda a explicar la inconsistencia del artículo 1306 CC ante contratos de tipo compraventa o de cesión de uso: las reglas de este precepto están pensando en quien entrega algo (dinero, normalmente) para que otro *haga (o no) algo*; no en quien adquiere por compra ni quien obtiene la cesión de un uso. Su lógica es la de la antigua *condictio ob rem*, no la de la *restitutio in integrum*. Con el añadido de que esa actuación es ilegal o contraria a la moral. En este sentido, no es de ningún modo casualidad que el artículo 1306 CC hable de «dar», pues es a las *dationes* que precedían a la *condictio* a lo que se refiere, en un entorno que no es exactamente el de una relación contractual recíproca. Pese a todo, las explicaciones doctrinales modernas han ido siempre por otros derroteros.

---

[579] García Goyena, 1852, vol. III, p. 199.

[580] En este sentido, se refiere a la «*mujer de buena fama*» que recibe dinero «*con intención de que hiciera maldad de su cuerpo, aunque ella lo prometa, y no lo cumpla*».

[581] *Ibid.*, p. 202.

2.2 Algunas explicaciones doctrinales modernas

La doctrina española tradicional explicaba la *solutio retentio* del artículo 1306 CC a partir de dos ideas, normalmente intercaladas, y edificadas sobre la base de la moralidad [582]. La primera es que atenta contra la dignidad procesal (y de los tribunales) quien basa su acción en un contrato del que ha participado y cuya causa es ilícita. La segunda es que excluir la restitución en contra de un contratante (o los dos) constituye una sanción civil excepcional, estableciéndose una consecuencia preventivo-punitiva. A estas alturas, ninguna de estas aproximaciones resulta convincente, y han sido oportunamente criticadas [583]. El problema es que la explicación alternativa tampoco convence.

La distinción entre la torpeza causal del artículo 1306 CC ha llevado a una parte de la doctrina a considerar que la causa torpe o ilícita que impide la restitución no se refiere al contrato, sino a la atribución realizada (*datio*); por eso, solo puede afectar a una de las partes [584]. Desde esta postura se considera, entonces, que no es necesario partir de la existencia de un contrato nulo, pues lo relevante es la ilicitud cualificada o torpeza de la atribución patrimonial. Esta atribución ilícita puede tener lugar sin contrato previo, es decir, basta una entrega con finalidad ilícita. Con ello, la conclusión sería la misma que para la *condictio ob causam futuram*, siendo los artículos 1305 y 1306 excepciones de la *condictio indebiti* del artículo 1303 CC [585] y, por ende, una sanción al *solvens* torpe [586].

Este entendimiento del artículo 1306 CC tiene la virtud de haber conservado el sentido histórico de la regla (la *condictio*). El problema es que, desde ahí, ha establecido una separación algo artificiosa entre escenarios en los que «hay contrato» sobre la *datio* y en los que no lo hay [587]. Y no ha ofrecido res-

---

[582] De Castro y Bravo, 1967, párr. 312; Núñez Lagos, *RDN*, 1961, pp. 32-35. Más recientemente, en el mismo sentido, Alfaro Águila-Real, *Blog Derecho Mercantil*, 2021; Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, p. 30.

[583] No me detendré en ellas. Para una crítica, véase Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 298-300; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 298-302.

[584] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 290 y 296.

[585] *Ibid.*, p. 297.

[586] Véase *ibid.*, pp. 300-301. En efecto, estos autores aluden a una «*finalidad penal*» que describen como «*evidente*» y que «*tiñe todo el ámbito de este* [art. 1305] *y del siguiente artículo*».

[587] No se olvide, en este sentido, que las *dationes* romanas destinadas a conseguir algo del *accipiens*, así como la *condictio* mediante la cual se podían recuperar tales atribuciones, terminaron generalizadas en la construcción postclásica dentro del esquema contractual, pues lo que había era, en últimas, un convenio de cambiar una cosa por otra o por un *facere*. Ello derivó en la categoría de los contratos innominados, es decir, convenios de obligarse recíprocamente que, al no constituir contratos de buena fe, no obligaban por sí mismos más que a partir del momento en que una de las partes cumplía. Véase D'Ors Pérez-Peix, 1973, p. 405. También, Honsell, 1974, pp. 75-76.

puesta para aquellos casos en los que la causa de la atribución patrimonial (*datio*) fuera el propio contrato, con su causa ilícita[588]. Que la gestación de estas normas se correspondiese con las *dationes* propias de la *condictio* no quiere decir que hoy su interpretación transcurra por los mismos derroteros, una vez se inserta su lógica en la nulidad del contrato por causa ilícita. No en vano, lo que históricamente se ha conocido como «ilicitud causal» debe entenderse referido, hoy, directamente al propio contrato, tal y como lo han querido las partes[589].

Como los propios autores de la tesis descrita reconocen, la ubicación de los artículos 1305 y 1306 CC es contractual. Así sucede en el ordenamiento español, al menos, desde la incorporación de normas en este sentido al P. 1851. Esto explica a su vez que, cuando se aplica la *solutionis retentio* a uno o a ambos contratantes, por vía del artículo 1306 CC, la imposibilidad de reclamar la restitución que pesa sobre el «culpable» no pueda sortearse mediante una acción reivindicatoria (art. 348 CC) o de enriquecimiento[590].

2.3 Más explicaciones y conclusión parcial

Hasta ahora, la explicación más plausible del artículo 1306 CC radica en el deseo del ordenamiento de paralizar la justicia ante la pretensión fundada en una conducta torpe de quien la ejercita[591]. Si el que recibe y el que da participan de la misma ilicitud, no habrá restitución alguna amparada por la ley[592]. Esta aproximación punitiva, que obliga a un juicio de valor[593], es correcta. El problema es que tampoco nos aclara demasiado desde un punto de vista práctico; sobre todo para aquellos casos en los que intuitivamente se prefiere una restitución (compraventa y cesión de uso).

---

[588] En este sentido, Morales Moreno, *ADC*, 1988, n. 15; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 312-313.

[589] Véase Capítulo 6, II. 3.2. También, asociando en general la causa con el contrato, con acierto a mi parecer, Morales Moreno, 2012, p. 372.

[590] Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 584.

[591] Alonso Puig, 2002, pp. 156-157; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 584; Morales Moreno, *ADC*, 1988, p. 615. En este sentido, Redondo Trigo (*RCDI*, 2016, p. 3512) se refiere a «*la prohibición del abuso de derecho y en la observancia del principio de legalidad*» como fundamento al resultado del artículo 1306 CC.

[592] El verdadero sentido del artículo 1306 CC se explica más desde el *in pari causa* que desde el *nemo auditur*. Es la idea que se desprende de De Castro y Bravo, *ADC*, 1982, p. 1045; Morales Moreno, *ADC*, 1988, p. 615. Desde Francia en ese mismo sentido, puede verse, por todos, Ghestin, 1980, párr. 928, que considera al adagio *in pari causa* «*mieux adapté et plus précis*». De hecho, la regla *nemo auditur* no se encuentra en el Derecho romano, sino que es una creación posterior, a partir de este, de los autores del Derecho común medieval, que la vincularon con la *condictio ob turpem causam*. En este sentido, puede verse Honsell, 1974, pp. 93-95. En castellano, Cerdá Olmedo, *RDP*, 1980, pp. 1188-1190.

[593] Vila Ribas, 2010, p. 1436.

Más importante que la fundamentación dogmática de la regla es la determinación del tipo de relaciones jurídicas que caen dentro de su supuesto. Solo acertando en esta empresa, se podrá ofrecer una explicación razonable a la consecuencia. Como ya he adelantado, y confirma la historia, esas relaciones jurídicas se refieren exclusivamente a encargos, es decir, al pago para la realización de un servicio (un hacer o un no hacer).

3. La aparente incongruencia del artículo 1306 CC y los casos de su aplicación

El artículo 1306 CC excepciona la restitución integral y recíproca de las prestaciones [594], en función de a qué parte le sea atribuible el fracaso del contrato por ilicitud causal. Esta apreciación hace que sea importante ubicar lo más ajustadamente el concreto supuesto de hecho dentro de la primera hipótesis (torpeza común) o de la segunda (torpeza solo de uno de ellos, el que da o el que recibe), a efectos de aplicar la consecuencia: *solutionis retentio* [595]. Como vengo adelantando, su aplicación solo encuentra sentido ante los casos de *servicios* o encargos; lo que se confirma en la práctica.

3.1 Algunos ejemplos

A continuación, expondré algunos casos reales en los que, con mayor o menor acierto, el artículo 1306 CC ha resultado de aplicación.

(a) *El consejero díscolo*

En algunos casos, la atribución patrimonial se realiza como consecuencia de una «exigencia», cuando no chantaje, de la persona que la recibe. Mediante la atribución patrimonial se recompensa un supuesto servicio «prestado» o por prestar.

> El caso resuelto por la STS, 1.ª, 24 de octubre de 2006 [596] es un buen ejemplo. El Consejo de Administración de una sociedad había acordado, en los años sesenta, conceder al consejero delegado y a sus herederos una comisión de cartera sobre un determinado porcentaje (1%) de las cuotas cobradas anualmente; ello,

[594] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 289.
[595] Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 585.
[596] MP: Corbal Fernández; RJ 2006/6710.

como supuesta retribución por su actividad empresarial, unido a la influencia que aquel ejercía sobre la compañía. En 1988, se produjo la entrada en el Consejo de Administración de una sociedad que compró un importante número de las acciones. En ese momento, se produjo la revocación del acuerdo de retribución. A partir de aquí, los herederos del consejero delegado interpusieron demanda reclamando el cumplimiento del acuerdo, mientras que la sociedad lo hizo solicitando el reintegro de las cuotas abonadas. La Sala 1.ª del TS entendió que el acuerdo exteriorizaba una causa falsa (comisión de cartera) que encubría una remuneración a un administrador; y que la verdadera causa era ilícita tanto por fraude de ley –al infringir el entonces vigente artículo 74 LSA que prohibía la retribución a administradores cuando no se prevé en los estatutos– como por contravención de la moral, ya que se aprovechaba una situación personal de influencia para obtener beneficios exorbitantes sin razones que explicasen la desmesura. Con estos mimbres, el TS entendió aplicable la primera regla del artículo 1306 CC, al menos en cuanto a la primera de las ilicitudes, es decir, la contravención de la normativa sobre retribución de administradores; y neutralizó cualquier clase de restitución.

La remuneración al consejero era por unos *servicios*, supuestamente prestados en el pasado a la compañía; un peaje por el que los que los nuevos dueños de la sociedad no estuvieron dispuestos a pasar (el acuerdo, básicamente, remuneraba gratuitamente al consejero delegado e, incluso, a sus herederos). Podría pensarse que lo correcto habría sido acudir al párrafo segundo del artículo 1306 CC, de tal suerte que la sociedad pudiese recuperar lo pagado. Y es que, una cosa es la vulneración de la ley mercantil, y otra distinta la causa última por la que se abonaron esas partidas. Pero, de momento, basta con subrayar que el caso se refería a unos servicios prestados, de algún modo, a la sociedad por el consejero, cuyo pagó no se consideró oportuno restituir.

(b) *«Galletas Cuétara»*

El caso «Galletas Cuétara» da buena cuenta de a lo que me refiero, respecto de la clase de obligaciones sobre las que se aplica el artículo 1306 CC.

Se trata de la STS, 1.ª, 11 de diciembre de 1986[597]. La sociedad Cuétara había transmitido la propiedad de una nave a D. Antonio a cambio de su silencio respecto de ciertas irregularidades fiscales que él conocía por haber mantenido una relación comercial duradera con aquella. Tiempo después, la sociedad demandó a D. Antonio reclamando la nulidad o inexistencia del contrato de compraventa; la nulidad de la inscripción de dominio de la nave; y la restitución del

[597] MP: Pérez Gimeno, RJ 1986/7432.

inmueble, junto con los frutos percibidos o podidos percibir. El TS consideró inexistente el negocio celebrado, por falta de causa, bien se calificase la atribución patrimonial como compraventa, bien como donación remuneratoria. La calificación del negocio como inexistente condujo a la Sala 1.ª a descartar la aplicación del artículo 1306 CC, que hubiera permitido a D. Antonio retener la propiedad adquirida.

Si bien no la aplicó, el caso «Galletas Cuétara» da buena cuenta de los supuestos en los que piensa la norma del artículo 1306 CC. La sociedad fue víctima de un chantaje del que había sido su empleado. Para evitar ser descubierta, le traspasó un inmueble, con el cual «remuneró» o, por mejor decir, «compró» su silencio. Esta remuneración no solo se proyecta hacia el pasado, sino también hacia el futuro, al igual que en el caso del consejero, pues el silencio debía continuar en el tiempo. Que finalmente no se aplicase el artículo 1306 CC tiene más que ver con el error de la Sala en identificar al responsable de la nulidad del contrato que con el propio sentido del artículo 1306 CC [598].

(c) *Los casos de «intimidación económica»*

No son inhabituales los supuestos que la jurisprudencia moderna califica como de intimidación económica. En ellos, una de las partes de un contrato aprovecha su posición para conseguir una modificación o una determinada atribución patrimonial adicional, bajo la amenaza de no cumplir aquello a lo que, por contrato, ya está obligada [599]. Estos casos, muy presentes en el Derecho inglés [600], aunque también entre nosotros [601], dan buena cuenta de lo que quiero transmitir. Una de las partes condiciona el cumplimiento del contrato a que la otra realice una atribución adicional, a la que por contrato no estaría obligada. Aunque se canalizan por la intimidación, existen buenas razones para resolver su pretensión restitutoria mediante el artículo 1306 CC [602].

---

[598] En este sentido, al comentar la sentencia, Morales Moreno, *ADC*, 1988, pp. 614 y 618.

[599] Así, la STS, 1.ª, 29 de julio de 2013 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2013/5010), en un supuesto en el que una empresa encargaba a otra la fabricación de un puente para una grúa que, a su vez, necesitaba para realizar una obra en Latinoamérica. La empresa contratista obligó a la comitente a modificar las condiciones del contrato a su favor, bajo la amenaza de no entregar la grúa a tiempo, el día en que esta tenía que ser recogida por un avión de la comitente, para su traslado a América. Sobre el concepto intimidación económica, puede verse el FD 2.º [3] de la sentencia.

[600] Véase Solé Feliu, *InDret*, 2016, p. 7.

[601] Véase, solamente, Del Olmo García, *LH-Manuel Amorós Guardiola*, 2006, pp. 3337-3352.

[602] No en vano, se trata de un supuesto para el que el Derecho romano permitía una *condictio ob turpem causam* para lo pagado en virtud de una estipulación que hubiese sido arrancada por la fuerza. Así

Ello porque la prestación «ilícita» representa un *hacer* o *no hacer* (cumplir el contrato correctamente o abstenerse de incumplirlo, según se mire), lo que en sí mismo podría considerarse contrario a las buenas costumbres (art. 1258 CC). Con estos mimbres, la recuperación de lo pagado a cambio del chantaje se articularía por la segunda regla del artículo 1306 CC, pues solo el chantajista es torpe.

3.2 El artículo 1306 CC se refiere exclusivamente a servicios ilícitos o inmorales

Los casos expuestos se pueden unir a los tradicionales sobre remuneración a la querida para comenzar o poner fin a las relaciones amorosas con los que he comenzado. De ellos, se puede extraer una idea común: que las dos normas del artículo 1306 CC solo funcionan correctamente cuando lo que se contrata –*rectius,* lo que se *remunera*– es un *hacer o un no hacer* ilícito o inmoral. Bien miradas las cosas, los análisis teóricos sobre la regla *in pari causa* y la neutralización de la restitución del artículo 1306 CC se terminan centrado, acaso inconscientemente, en escenarios en los que se realiza un determinado *servicio* o se remunera una *omisión*[603]. Lejos de ser una casualidad, esta apreciación indica el verdadero sentido del artículo 1306 CC, dentro del esquema de la restitución contractual, que además se corresponde con los casos históricos de la *condictio ob turpem causam*.

En concreto, el artículo 1306 CC tiene en mente casos en los que alguien *(i)* realiza un servicio (o una omisión) ilícito o inmoral a otro, por *encargo* de este quien le anticipa un pago; o *(ii)* remunera un servicio (o una omisión) ilegal o inmoral porque se lo exige otro. En ese primer escenario, el «encargo» admite considerarse, ampliamente, como un *soborno* (para que se prevarique, o se cometa un crimen, por ejemplo). En el segundo, más que de un encargo, se tratará de un *chantaje*, en el que la iniciativa de la ilegalidad o inmoralidad procede de quien exige el pago[604]. El chantaje consiste en reclamar la entrega de dinero o de otro objeto a cambio de hacer (o no hacer) algo; con su pago, la víctima remunera esa actuación ilícita del chantajista

---

se deprende de D. 12,5,7 (*Pomponius libro XXII ad Sabinum*), donde se dice que «*ex stipulatione, quae per vim extorta esseet, si exacta esset pecunia, repetitionem ese constat*».

[603] Un buen ejemplo y análisis se contiene en Bargelli, 2010, pp. 247 y ss.

[604] En este sentido, refiriéndose a la Ley 510 FN 1973, D'Ors Pérez-Peix, 2002b, sec. 14.

(por ejemplo, quien exige a otro dinero a cambio de no contar a su cónyuge una infidelidad).

Los casos ampliamente descritos como de «soborno» se subsumen en el artículo 1306 1.º CC, pues la torpeza está del lado de ambos, y no tiene lugar restitución alguna. Que la culpa esté del lado de ambos significará que hay un primero que ofrece o entrega algo a un segundo para que este *realice* algo ilegal o amoral. Mientras tanto, los casos ampliamente descritos como de «chantaje» se insertan dentro del artículo 1306 2.º CC, pues la culpa está del lado de uno, el chantajista. De esta forma, la norma comienza a cobrar sentido, como explicaré ampliamente más adelante (3.4).

Si se observa, en las relaciones expuestas, falta el elemento de la reciprocidad que, a su vez, inspira la restitución. Hay una parte que se anticipa a la otra y que, bien le paga para que actúe ilegalmente, o bien exige que le remunere una actuación ilícita o inmoral. En ambos casos, la prestación que se entrega a cambio de ese «servicio» será, casi siempre, previa a su realización, de la forma que en cada caso se trate[605]. El esquema es así distinto al de dos prestaciones que se intercambian de modo recíproco, con el fin de transmitir un dominio o de ceder un uso. El modelo es el de las *dationes ob rem*, cuyo cumplimiento no podía exigirse, pero sí la restitución de lo dado, mediante una *condictio ob rem*, que los derechos modernos han canalizado a través del enriquecimiento sin causa[606]. Y, siendo ilícita o inmoral la causa, la recuperación se puede articular por medio de la *condictio ob turpem causam*. Pero lo importante no es eso, sino que la estructura de la restitución integral y recíproca no encaja aquí, porque el «contrato» (*rectius*, el encargo o el chantaje) ilícito o inmoral tiene un esquema prestacional distinto. Por eso, ni el artículo 1306 CC ni los antecedentes históricos incluyen en esta sede una obligación de restitución de *frutos* o de *intereses*: porque no se está pensando en el esquema de una compraventa ni de un contrato sinalagmático, a diferencia del resto de normas que integran la nulidad contractual[607].

En efecto, la restitución integral y recíproca de las prestaciones no ofrece buena respuesta ante un esquema como el presentado, porque no hay propiamente una reciprocidad prestacional, aunque pueda hablarse de

---

[605] Propuso una reinterpretación similar para el § 818 S. 2 BGB, Honsell, 1974, pp. 141-150.

[606] En el ordenamiento español se aprecia muy bien esta idea en la compilación navarra, cuyo artículo 510 FN 1973 establece que «*asimismo es irrepetible lo que se da a causa de un convenio inmoral para el que pagó, aunque lo sea también para el que cobró*». Sobre regla, referida a la *condictio*, véase D'Ors Pérez-Peix, 2002b, sec. 14.

[607] No obstante, Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 41. El autor se refiere a la restitución de los frutos percibidos en el marco de un contrato ilícito (pp. 39-40), planteando de algún modo la posibilidad de que se restituyan frutos si hay restitución según el artículo 1306 2.º CC.

«prestaciones»[608]. Esa es la diferencia con los contratos ilícitos o inmorales de compraventa o de cesión de uso; y eso explica las dudas y los malabarismos de los tribunales para evitar aplicar el artículo 1306 CC a supuestos asimilables a la compraventa o a una cesión de uso (recurriendo, como se vio, incluso, a la noción de la inexistencia para poder refugiarse en el artículo 1303 CC y ordenar una restitución). Desde esta perspectiva, la respuesta al artículo 1306 CC es sencilla.

La ilicitud o inmoralidad de la causa de contratos traslativos de la propiedad o de cesión de uso origina una nulidad –anulabilidad– como cualquier otra, por aplicación de los artículos 6.3 y 1275 CC, como se indicó en su momento[609]. Su restitución será la normal para la nulidad, ya estudiada, tanto en su vertiente *in natura* como en su vertiente de restitución del valor (arts. 1303, 1307, 1308 y 1314 I CC). La excepción restitutoria que plantea el artículo 1306 CC debe entenderse *reducida* en cuanto a su campo de aplicación a los casos de ilicitud causal de relaciones «contractuales» que consisten en el encargo de un servicio ilícito o inmoral, o que remuneran una omisión ilícita o inmoral. Esto nos ahorra el debate de si cualquier contrato que contravenga la ley imperativa tiene o no causa ilícita, así como las prestidigitaciones para evitar caer en la órbita del artículo 1306 CC[610]. Porque no todo contrato con causa ilícita o inmoral conduce automáticamente a la *solutionis retentio* del artículo 1306 CC.

La no restitución recíproca (art. 1306 1.º) o individual (art. 1306 2.º) se explica en función de qué parte sea responsable de la ilicitud causal. Aclarados los supuestos a los que se refiere la norma, resulta axial subsumir bien cada caso dentro de la primera o la segunda regla del precepto.

---

[608] En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, cap. 19.10. El autor, refiriéndose a la STS 16 de octubre de 1959 (el caso de la entrega de una serie de joyas y dinero a la amante por quien, luego, terminó desengañado) inadvierte que «*con frecuencia algunas de las atribuciones no se presentan nítidamente como prestaciones contractuales y probablemente prestaciones contractuales no llegan a ser, aunque la calificación de prestaciones tampoco se les pueda negar*». Refiriéndose a la misma sentencia, y en un sentido similar, Torralba Soriano (*ADC*, 1966, p. 705) criticó esa sentencia con el argumento de que la aplicación del artículo 1306 1.º CC suponía que «*el varón recupera todo lo que había dado después de conseguir lo que había querido*».

[609] *Supra*, Capítulo 6, II. 3.2 (sobre nulidad y causa ilícita).

[610] Ejemplos de este proceder en la doctrina se advierten, a propósito de diferentes supuestos, todos estudiados, en Carrasco Perera y Lyczkowska, *CCJC*, 2009, sec. III; López Beltrán de Heredia, 2009, p. 338; Quicios Molina, 2020, p. 1621; Redondo Trigo, *RCDI*, 2016, p. 3512; Saborido Sánchez, 2005, pp. 151-155 y 177-180; Vázquez de Castro, 2002, pp. 366-367.

3.3 El problema de la imputabilidad de la nulidad

En «Galletas Cuétara», el TS trató de evitar, por todos los medios, aplicar el artículo 1306 CC porque, de algún modo, intuía que el caso se resolvería a partir del primer párrafo, impidiendo a la sociedad recuperar la nave; lo que habría sido injusto. Por eso, descartó su aplicación. Bien miradas las cosas, la solución pasaba por entender que solo una de las partes –D. Antonio– participó de la ilicitud o torpeza causal, por más que el contrato presentase objetivamente una causa ilícita.

En este sentido, resulta imprescindible distinguir entre el aspecto objetivo y el subjetivo de la causa del contrato o de la relación que surge [611]. El primero nos indica si el contrato en general era objetivamente ilícito; el segundo se refiere a la culpabilidad o torpeza de la conducta de los contratantes en la celebración del negocio, y es el que interesa a la hora de aplicar el artículo 1306 CC [612]. En «Galletas Cuétara», aunque el pacto para ocultar las irregularidades tuviera causa ilícita, la conducta de los contrayentes era distinta respecto de la ilicitud causal (aspecto subjetivo). Por eso se ha dicho, con razón, que lo reprochable a efectos de aplicar el artículo 1306 CC era la conducta de D. Antonio, al aprovecharse de la situación de la sociedad para obtener una ventaja patrimonial –la entrega gratuita de un inmueble– carente de justificación. Y por eso no procedía aplicar el artículo 1306 1.º CC, sino el 1306 2.º CC [613].

Corolario de lo anterior es que la culpabilidad en el artículo 1306 CC se debe apreciar subjetivamente, y no por referencia al negocio mismo, que necesariamente será ilícito o inmoral. Para saltar del párrafo 1.º al párrafo 2.º basta con que los intervinientes no se hallen «*in pari delicto*» [614]. Por eso, es mayoritaria la doctrina que defiende una «*apreciación comparativa de la torpeza*» de la norma [615].

3.4 El artículo 1306 CC a la luz de la restitución integral

La *solutionis retentio* es una excepción a la vuelta al *statu quo ante* que en estos casos se rechaza a ambas o a una parte de la relación. Aunque se ha

---

[611] Lo que se conoce como «graduación de la torpeza». Así, Cerdá Olmedo, *RDP*, 1980, p. 1200.

[612] Morales Moreno, *ADC*, 1988, p. 614. Le siguen, Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, p. 29. Estos autores se refieren a una «imputación subjetiva» que informa sobre la exclusión de la repetición.

[613] Morales Moreno, *ADC*, 1988, pp. 618-619.

[614] Morales Moreno, *ADC*, 1988, pp. 616-617.

[615] Así, Alonso Puig, 2002, pp. 156-157; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 305; Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, p. 29; López Beltrán de Heredia, 2009, p. 329; Saborido Sánchez, 2005, pp. 359-361.

adelantado, procede ahora ver con algo más de profundidad por qué, en cada una de las dos hipótesis.

(a) La neutralización de la restitución en el artículo 1306 1.º CC se explica de dos maneras interrelacionadas, en función de si el contratante que *recibe* la prestación a cambio de un hacer (o un no hacer) ilícito ha cumplido. Hay que pensar en casos de «soborno», entendido en sentido amplio. Es decir, en un contexto en el sujeto que recibe el servicio ilícito o inmoral es quien origina activamente la relación contractual. Por ejemplo, quien busca un sicario para asesinar a su cuñado, o quien ofrece dinero a un funcionario para que prevarique, o quizás también en un equipo de fútbol que realiza pagos a los árbitros y que genera con ello un conflicto de intereses. Aquí también se incluiría –si se quiere, moralmente– el caso de quien entrega dinero a otra persona a cambio de que esta le realice favores sexuales. En todos estos casos, la persona que actúa de manera activa, para contratar el servicio ilícito o inmoral, anticipa su «prestación», que consistirá en el pago de una cantidad de dinero. Y, en todos ellos también, la ilicitud causal está tanto del lado del que contrata la prestación como del que recibe la propuesta. En este punto, se abren dos escenarios dentro de la hipótesis del artículo 1306 1.ª CC.

(aa) Si el que recibió la prestación a cambio de la actuación ilícita –pongamos, asesinar a otra persona; o realizar la falsificación de un documento; o prevaricar– *cumplió* con su parte, la restitución integral y recíproca de las prestaciones (precio por trabajo) no tiene ningún sentido. ¿Se restituye lo pagado a cambio del valor del servicio [616]? Obviamente, no. Que una persona que entrega dinero a otra para realizar un acto ilícito o inmoral no pueda recuperarlo se explica restitutoriamente, porque el torpe que encargó activamente el servicio no puede restituir *in natura* la «prestación» que recibiera (los favores sexuales, la corrupción, la muerte del cuñado, etc.) [617].

(bb) Si el que recibió la prestación a cambio de la actuación ilícita *todavía no cumplió* o si *fracasa* en su cometido –y el encargo se declara nulo– tampoco puede tener lugar una restitución de lo entregado (por ejemplo, si el sicario, la prostituta o el funcionario tentado de soborno se lo piensan). Aquí puede acudirse, para explicar el resultado, al *in pari causa*, a que el proponente corre con el riesgo de fracaso de la prestación, o incluso a la existencia de

[616] En similar sentido, advirtiendo que ese servicio carece de cualquier valor económico, con razón, Honsell, 1974, p. 143.

[617] Cobra sentido aquí la apreciación de Díez-Picazo y Ponce de León (1979, pp. 142-143), a propósito del caso resuelto por la STS, 1.ª 16 de octubre de 1959, según la cual tampoco podía decirse que la parte que había realizado la prestación (entrega de joyas) no hubiese recibido «nada» a cambio.

una *donación remuneratoria*[618] (art. 622 CC), que no se recupera. En este sentido, se ha criticado «lo injusto» que supone este resultado cuando ambos son torpes y uno ha anticipado su prestación[619]. Pero esta es precisamente la consecuencia querida por la norma que, bien entendida y reducida como aquí se propone, no conduce a mayores injusticias. El problema es cuando se quiere aplicar la regla a escenarios como la compraventa ilícita o inmoral, o al arrendamiento.

(b) La autorización de una recuperación unilateral de lo entregado en el artículo 1306 2.º CC se explica porque la atribución patrimonial ilícita que uno realiza responde a la previa provocación del otro, que es quien la recibe. A diferencia del esquema anterior, aquí ya no hay un sujeto que activamente encarga algo ilícito o inmoral, sino un sujeto que exige un pago para realizar (o abstenerse de) una actuación ilícita o inmoral; o para hacer aquello a que está obligado por contrato o por ley. Hay que pensar fundamentalmente en casos de chantaje en los que una persona demanda que otra le remunere por hacer (o no hacer) algo ilícito o inmoral. Por ejemplo, el funcionario que exige dinero a un ciudadano para hacer lo que normalmente tendría que hacer; la persona que chantajea a otra para no desvelar sus intimidades sexuales o su infidelidad; o la parte contratante que reclama un pago por hacer aquello a lo que ya está obligada por contrato. En ellos, la ilicitud causal solo está subjetivamente de parte del que reclama ese pago, pero no del que lo realiza. Por eso, el sistema no neutraliza por completo la restitución, sino que permite a la víctima recuperar el pago. Si solo hay una restitución es porque la parte «culpable» no tiene realmente «nada que devolver». En efecto, que una persona chantajeada –caso «Galletas Cuétara»– pueda recuperar lo entregado se explica restitutoriamente, porque el silencio remunerado no tiene valor económico, como prestación de *no hacer*. Como tampoco tenía valor económico restituible el «servicio prestado» por el administrador en el caso «consejero díscolo»; o como no tendría valor económico remunerar a alguien para que realice una prestación que, por ley o por contrato está obligada a realizar (por ejemplo, en los casos de intimidación económica en los que alguien exige un pago extra por cumplir con lo que ya debe). En este grupo de casos debería incluirse también el pago para liberar a una persona secuestrada[620].

---

[618] En este sentido lo explica Honsell, 1974, pp. 147-150.

[619] Véase Quicios Molina, 2020, pp. 1620-1621.

[620] Aunque históricamente este modo de liberación pudiese considerarse como no lícito, neutralizándose con ello la posibilidad de recuperar lo pagado. Así, por ejemplo, el texto de la P. 5,14,48, no permitía reclamar la devolución de lo entregado a uno de los secuestradores para ser liberado del cautiverio. No obstante, una consideración más humana y acorde al momento actual no puede sino conducir a que la in-

Con este enfoque se superan las tradicionales críticas[621] a la solución del artículo 1306 2.º CC, basadas en que conduce a resultados insoportables desde el punto de vista de la justicia material[622]; o en su anacronismo[623]. De hecho, la virtualidad del artículo 1306 2.º CC se ve bien en los casos de gestación subrogada[624].

3.5 ¿Hay que derogar el artículo 1306 CC? Por una reducción de la norma

Una lectura rápida al artículo 1306 CC que no tenga en cuenta los supuestos en los que realmente hace inevitable plantearse si sigue teniendo sentido mantener una regla como esta, que excepciona de manera tan particular la idea de restitución integral y recíproca. De hecho, el Derecho francés no ha incorporado la regla del *nemo auditur* a la nueva regulación de las restituciones contractuales[625]. En esta línea, los textos de actualización europeos tienden a prescindir de una consecuencia tan dura y optan por la restitución recíproca de prestaciones, también en estos casos[626]. Influidos por textos internacionales, como los PECL, los autores españoles estiman que lo más correcto desde el punto de vista político-legislativo sería reconocer la restitución con carácter general, y excepcionarla solo en los casos más graves de culpabilidad de los contratantes en la inmoralidad o ilegalidad del contrato. Se remiten a un régimen flexible que permita al juez adaptar las reglas[627]. Otros

---

moralidad e ilegalidad está del lado del que percibe el rescate. En consecuencia, se debe poder repetir lo cobrado por él. En este sentido, D'Ors Pérez-Peix, 2002b, sec. 14.

[621] López Beltrán de Heredia, 2009, p. 281. Al considerar que la norma genera enriquecimientos de uno a costa del otro.

[622] Véase, en este sentido, De Castro y Bravo, *ADC*, 1982, pp. 1045-1046. Este autor da cuenta de un caso resuelto por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo donde se declaraba nulo por ilicitud de la causa un convenio por el que se creaba una asociación que atentaba contra las normas de competencia. Como consecuencia, se aplicó el artículo 1306 2.º CC, absolviendo a la asociación de la obligación de restituir al socio las cantidades aportadas.

[623] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 301.

[624] En un supuesto de nulidad de un contrato de gestación subrogada (art. 10.1 Ley 14/2006), siendo causalmente ilícito el contrato desde un punto de vista objetivo, hay que entender que, subjetivamente, la ilicitud causal es imputable al «adquirente del bebé»; de este modo, la gestante no habría de restituir el dinero percibido –pues no es en modo alguno descartable que consintiera a este contrato por razón de su necesidad económica–, así como el bebé que, en su caso, nazca. En este sentido, desde el *Derecho francés*, Bénabent, 2003, p. 169.

[625] *Supra*, Capítulo 4, III. 3.5.

[626] Como hacen algunos de los textos de armonización del Derecho europeo, con ciertos matices (arts. 15:104 PECL y II-7:303 DCFR). Sobre la progresiva superación en los textos europeos de la regla de no restitución por causa ilícita o inmoral, véase Meier, 2018, párr. 7-13.

[627] Infante Ruiz y Oliva Blázquez, *InDret*, 2009, p. 32. En el mismo sentido, defendiendo una huida de la jurisprudencia del *in pari* causa por razones de oportunidad, Carrasco Perera, 2017, p. 744.

han propuesto, directamente, su derogación [628]. Sin embargo, el problema no es ese, como se ha demostrado, sino una adecuada comprensión del supuesto de hecho en el que se piensa al neutralizar la restitución.

Las propuestas españolas de modernización del derecho de obligaciones no han adoptado, de momento, una posición rupturista en este sentido, si bien con algunos matices [629]. Y hacen bien. Lo expuesto en esta sección justifica el mantenimiento de una norma como la del artículo 1306 CC, si bien reducida en su aplicación a *(i)* prestaciones ilícitas o inmorales de *hacer o no hacer*, y *(ii)* diferenciando entre la imputabilidad de la nulidad a uno o a ambos contratantes. Con ello, se aplicaría la regla normal de restitución a cualquier caso de nulidad por ilicitud causal, a excepción de los expuestos. A mi juicio, este es un enfoque mucho más sencillo y práctico [630].

VIII. LA DISPOSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL COMO ALTERACIÓN

El artículo 1352-3 III CCfr reconoce la posibilidad de que las partes *pacten* una manera distinta de restitución de los frutos en caso de desvinculación [631]. Es decir, que las partes deroguen, por pacto, el régimen legal y, en su lugar, establezcan una regulación sobre la forma de restitución de los frutos (en especie o en valor), la fecha de valoración, o la toma en consideración del estado del bien. La doctrina francesa ha recibido con entusiasmo esta novedad,

---

[628] López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 365-366. Le sigue, Alonso Puig, 2002, pp. 164-165.

[629] En efecto, el artículo 1238.1 II PMCC 2009, después de declarar nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral, establece que «*ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo*». Ello, a pesar de que, en la exposición de motivos de la PMCC se afirma que «*aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener*». En la misma línea, el artículo 527-17.4 PAPDC establece que «*cuando la nulidad del contrato proviene de un hecho constitutivo de delito o falta, o que, aun sin serlo, es contrario a la moral, ninguna de las partes a quien se impute tal hecho puede reclamar la restitución de la prestación realizada*».

[630] Además, este enfoque tiene la virtud de que no obliga a excluir la acción reivindicatoria de quien entregó la cosa, para evitar que se subvierta la consecuencia del artículo 1306 CC, con el argumento de que la nulidad por ilicitud «*destituye de causa a la traditio*» (en este sentido, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 306). Si el contrato era traslativo de la propiedad, la restitución opera por la vía del artículo 1303 CC.

[631] Dice el artículo 1352-3 III CCfr que «*sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation*».

lamentando que no se haya reconocido abiertamente el carácter dispositivo del conjunto de la restitución contractual[632].

Entre nosotros hay quienes consideran que las partes pueden llegar a un «*acuerdo sobre la restitución*», por ser dispositivo el Derecho del Código civil[633], aunque no es una posición demasiado extendida. Merece la pena ocuparse de si tiene sentido reconocer en España la derogación por pacto del régimen de restitución contractual: porque el pacto de las partes puede conducir a excepcionar la neutralidad normal restitutoria.

1. **El fundamento de la restitución como punto de partida**

La clave para responder afirmativa o negativamente a la cuestión planteada pasa por determinar bien el fundamento de la restitución por desvinculación contractual. Como se ha explicado, este no es ni indemnizatorio ni se basa en el principio de interdicción del enriquecimiento[634]. Antes bien, responde a la idea de recuperación del *statu quo ante*; lo cual se logra mediante una reintegración integral y recíproca de las prestaciones, en forma de relación obligatoria restitutoria que parte del mismo contrato celebrado[635]. Si esto es así, no hay ningún argumento para rechazar que las partes sean quienes decidan la manera en la que desean recuperar dicha situación, pues son quienes se encuentran en mejor posición para decidir sobre *su* restitución[636]. Por eso, no veo ningún impedimento en que sean las partes quienes decidan cómo hayan de concretarse tales efectos materiales, con los que se dota de sentido a la retroactividad. En este sentido, lo dispositivo son las reglas restitutorias que siguen a la desvinculación, no la desvinculación en sí misma; por lo que ningún argumento que aludiese al orden público tendría sentido esgrimir aquí[637].

Aclarado lo anterior, me parece que las partes pueden decidir pactar que la restitución del precio se ejecute en plazos (con o sin intereses); que la cosa a res-

---

[632] Mekki, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 608; Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 17. Con algo más de escepticismo, porque la reforma francesa no habría dejado del todo claro el fundamento último de la restitución contractual (si recuperar el *statu quo ante* o indemnizar), ha recibido esta novedad Pellet, 2016, pp. 137-138.

[633] Montés Penadés, 1998a, p. 669. El autor se refiere a la restitución por resolución en la CISG: «*La materia es, desde luego, dispositiva. Las partes pueden llegar a un acuerdo sobre la restitución. Pueden decidir que no haya restitución, acordando la retención de lo recibido con mayor o menor compensación, e incluso disponer lo que entiendan conveniente sobre momento y demás aspectos*».

[634] *Supra*, Capítulo 6, III. 4 y 5.

[635] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.

[636] En este sentido, Pellet, 2016, p. 138.

[637] Ahora bien, esta posibilidad no es lo mismo que la restitución del valor cuando la restitución *in natura* se antoja inexigible, como se estudió, en particular, *supra*, en este capítulo, III. 4.3.

tituir sea sustituida por otra; que una de las partes anticipe la restitución de aquello que debe; que minore el valor de uso a restituir[638]; o que, incluso, no tenga lugar una restitución[639] (si bien esto será prácticamente inusual). Todo esto cabe en la relación obligatoria restitutoria. El lector atento advertirá que se trata de supuestos en los que ambas prestaciones, se pueden restituir *in natura*. Podemos preguntarnos por la suerte de los pactos restitutorios en los casos en que ya se ha producido una alteración, que normalmente consistirá en la pérdida de la cosa a restituir.

2. Pactos sobre la distribución de riesgos restitutorios en casos de alteraciones

Me refiero fundamentalmente a la imposibilidad de restituir *in natura* la cosa, en un contrato traslativo de la propiedad; y si las partes pueden modificar las bases generales de reparto de riesgo explicadas en caso de pérdida de la cosa. En primer lugar, hemos de preguntarnos si esa clase de pactos son válidos en nuestro Derecho, o si la autonomía de la voluntad enfrenta alguna clase de límites aquí. El Código civil admite la existencia de pactos sobre la exclusión del saneamiento por vicios ocultos (art. 1485 II CC)[640] y sobre la garantía legal en caso de evicción (arts. 1475 II, III y 1476 CC)[641]. Tales consideraciones son trasladables al error en el consentimiento, con algunos límites[642]. Con carácter general, se puede deducir que la admisibilidad de pactos sobre el riesgo restitutorio ha de estar también sujeta a algún límite. A mi juicio, conviene distinguir entre si la pérdida de la cosa es imputable a uno de los contratantes o es producto de un caso fortuito; también, si el pacto se produce antes o después de la alteración.

2.1 Pérdida de la cosa imputable al acreedor de la restitución

El régimen del saneamiento por evicción es dispositivo y permite a las partes que las consecuencias de la evicción solo sean algunas de las previstas en el artículo 1478 CC, pero no todas (por ejemplo, que solo se restituya el precio percibido); también que se suprima la responsabilidad por evicción. En

638 En este sentido, desde el Derecho francés, véase Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 818.
639 En este sentido, comentando el artículo 81 CISG, Tallon, 1987a, p. 605.
640 Desde una perspectiva histórica sobre los pactos de exclusión de la responsabilidad del vendedor, Morales Moreno, *ADC*, 1980, pp. 619-620.
641 García Cantero, 1980, sec. II.
642 Morales Moreno, 1988, pp. 253-254 y 257-259.

ambos casos, el límite para considerar válido el pacto es la mala fe del vendedor (cfr. art. 1476 en relación con el 1102 CC)[643]. Si se recuerda, la evicción no es más que un supuesto de pérdida de la cosa imputable al acreedor de la restitución[644]. Cuando esto sucede, se puede representar como probable la alteración restitutoria (la evicción) y no debe poder modificar la restitución. Creo que lo mismo debe suceder en el resto de los supuestos en que el riesgo de pérdida de la cosa se traslada, excepcionalmente, al acreedor de la restitución: las partes pueden pactar de ante mano un régimen distinto, siempre que el acreedor restitutorio desconozca la característica de la cosa que puede desembocar en su pérdida o deterioro (buena fe).

2.2 Pérdida de la cosa imputable al deudor de la restitución

No parece haber inconveniente en que las partes reduzcan, por pacto, la diligencia exigible al deudor restitutorio en este punto, para el caso en que este pierda la cosa con culpa (por ejemplo, estableciendo una *quam in suis*, que le beneficiaría en la manera de actuar con el bien). Tampoco, veo problema en que excluyan por completo la obligación de prestar el valor por parte del deudor restitutorio; o en que lleguen a un pacto sobre el reembolso de las mejoras realizadas por el deudor en la cosa[645]. Naturalmente, todos estos pactos tendrán un valor económico que se verá reflejado en un mayor precio del contrato, como consecuencia de que el acreedor restitutorio asuma un mayor riesgo. El único límite que debe tenerse en cuenta es el de pérdida de la cosa absolutamente dolosa por el deudor de la restitución (cfr. art. 1102 CC).

En cuanto a los pactos posteriores a la pérdida de la cosa, parece menos probable que tengan lugar, pues ya se ha actualizado el riesgo. Sin embargo, no debería haber inconveniente en que las partes pactasen el método o el momento de cálculo del valor.

2.3 Pérdida fortuita de la cosa

El riesgo de pérdida fortuita de la cosa a restituir se asigna al deudor de la restitución que, por hipótesis, está en mejores condiciones de cubrirse fren-

---

643 García Cantero, 1980, sec. II.
644 *Supra*, en este capítulo, III. 5.3.
645 *Infra*, Capítulo 9, III. 3, en la medida en que las mejoras admiten tratarse como «pérdida de la cosa».

te al infortunio que el acreedor[646]. En este sentido, no habría impedimento en admitir una cláusula contractual que invirtiese el reparto de riesgo de pérdida fortuita de la cosa o lo distribuyese de manera equitativa o por porcentajes entre las partes; reconociendo, por ejemplo, que, en caso de restitución y pérdida, el comprador solo restituye una parte del valor de la cosa[647]. Al igual que en el caso anterior, este tipo de cláusulas y su inclusión en el contrato tendrán un valor económico que se reflejará en el precio. Cuando el pacto es posterior a la alteración restitutoria, de nuevo, tiene sentido que las partes puedan decidir sobre el valor, aunque será del todo improbable que esto suceda.

3. **Pactos sobre el precio a restituir**

Hoy es ampliamente reconocida la posibilidad de que las partes introduzcan «cláusulas de estabilización» en sus contratos, con el fin de mitigar los posibles efectos adversos del nominalismo[648]. De acuerdo con lo explicado, no hay ningún inconveniente en que las partes dispongan también de esta partida restitutoria, mediante la inclusión *ex ante* o *ex post*, de una de estas cláusulas; lo que además ha sido indirectamente reconocido por el TS[649]. Con ello, se daría respuesta a posibles casos de hiperinflación[650].

4. **Normas de protección en la restitución**

La posibilidad de que las partes deroguen el *ius commune* restitutorio, como Derecho dispositivo, se encuentra con un último límite: la necesidad de proteger a una de las partes en la relación obligatoria restitutoria. Es lo que sucede ante la restitución de los menores o las personas con discapacidad por causa de nulidad y en el desistimiento del consumidor. En estos casos, se re-

---

[646] *Supra*, en este capítulo, III. 3.1 (d).

[647] En distinto sentido, para la resolución, Momberg Uribe y Pizarro Wilson, *Ius et Praxis*, 2018, pp. 352-353.

[648] Bonet Correa, *ADC*, 1971, pp. 1121-1122; Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, cap. 10.17; García-Bernardo Landeta, *ADC*, 1999, pp. 986 y ss.

[649] Así, la STS, 1.ª, 3 de noviembre de 1988, FD 4.º (MP: Matías Malpica González-Elipe; RJ 1988/8410), donde se rechazan las adaptaciones al valorismo, salvo que las partes introduzcan *«"cláusulas valor", "cláusulas valor oro", "cláusulas de estabilización" etc., tendentes todas ellas a corregir el desequilibrio económico en el sinalagma negocial por la devaluación monetaria […] que requieren, como se dice, esa voluntad nítidamente manifestada por las partes contratantes o deducida en forma inequívoca de las circunstancias particulares del caso»*.

[650] *Supra*, en este capítulo, V. 5.4.

conocen unas reglas restitutorias más favorables para ellos (restitución en la medida del enriquecimiento, o estándar de diligencia *quam in suis*) que no se pueden derogar por pacto en ningún caso [651].

5. **Pactos sobre el aseguramiento de la restitución del precio**

La práctica ofrece algunos grupos de casos interesantes sobre la posibilidad de asegurar la restitución de una de las prestaciones principales. Se trata de entramados contractuales relativamente complejos, donde la parte vendedora de un terreno se compromete, a su vez, a construir en él para el comprador del terreno. Desde el principio, esta clase de contratos están sometidos a una incertidumbre sobre su cumplimiento y ejecución, ya que el terreno adquirido debe ser edificable y, sobre todo, se debe poder obtener una licencia para su edificación. A ello se añade que, muchas veces, la liquidez del vendedor y contratista está comprometida. Por esta razón, no es inhabitual que el comprador y dueño de la obra reciba una finca adicional del vendedor, como garantía del cumplimiento de la restitución del precio, en el caso en que se produzca una desvinculación. Dejando un lado lo heterodoxo de este pacto (podría pensarse, por ejemplo, en constituir una hipoteca sobre una finca del vendedor que garantizase igualmente la restitución del precio), esta práctica da cuenta de que resulta posible alcanzar acuerdos tendentes a asegurar el cumplimiento de la obligación restitutoria principal, dentro de la relación obligatoria que se presenta en este trabajo.

Si se recuerda, el nuevo Derecho de restitución contractual francés incluye un artículo 1352-9 CCfr, según el cual las garantías establecidas para el pago de la obligación inicial se transfieren automáticamente a la obligación de restitución, lo que no afecta al beneficio del plazo en caso de fianza [652]. Aunque los comentaristas franceses no han terminado de encontrarle un sentido claro a la norma [653], a mi juicio este se podría insertar dentro del contexto de pactos sobre el aseguramiento de la obligación de restituir. La única diferencia, no menor, es que la regla francesa convierte automáticamente las garantías del cumplimiento de la prestación inicial en garantías del cumplimiento de la restitución. Creo que el legislador español debería abstenerse de

---

[651] Este es, después de todo, el sentido que debe atribuírse al artículo 177 CESL («*in relations between a trader and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Chapter or derogate from or vary its effects*»).

[652] *Supra*, Capítulo 4, III. 5.3

[653] Como se explicó *supra,* Capítulo 4, 5.3.

incorporar una norma de este tenor, pues basta con que quede suficientemente reconocida la posibilidad de que las partes alcancen, en general, pactos sobre el contenido de la restitución contractual, con el límite de la mala fe; lo que incluye pactos sobre aseguramiento.

IX. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. La restitución *in natura* de las prestaciones intercambiadas constituye la regla general. Con ella, se da cumplimiento a la restitución integral y recíproca de las prestaciones, como instrumento con el que recuperar el *statu quo ante*. Es la regla general, aunque por medio de la restitución se corrija un mal negocio. Cada parte asume riesgo de depreciación de la cosa que recibe.

2. Los principales problemas en la restitución los plantean las denominadas «alteraciones restitutorias». En contratos traslativos, la principal alteración restitutoria es la pérdida de la cosa a restituir. Para su tratamiento, las reglas del saneamiento por vicios ocultos ofrecen una solución equilibrada, que se puede extender, dentro de un paradigma unitario de construcción de la restitución contractual por desvinculación.

3. La pérdida de la cosa –y en general, las alteraciones– se enfoca desde el reparto de riesgos entre los contratantes. Este ejercicio exige diferenciar, primero, entre la causa de la desvinculación contractual y, después, la causa de la alteración restitutoria (el evento que impide la restitución *in natura*, por pérdida). El objetivo es mantener la neutralidad restitutoria por medio de una restitución alternativa, basada en el valor de la cosa.

3.1 Cuando la pérdida es fortuita, el deudor de la restitución asume el riesgo restituyendo el valor de la cosa (arts. 1488, 137 y 1295 III CC). Esta opción –más aconsejable que repartir el riesgo restitutorio por medio de la exclusión de la acción de impugnación– se fundamenta, sobre todo, en la idea de que el obligado a restituir está en mejor posición para cubrirse frente al caso fortuito. Con ella, la restitución del valor contribuye mejor al objetivo neutral de la *restitutio in integrum* recíproca: recuperar, en la medida de lo posible, el *statu quo ante*.

3.2 Cuando el deudor restitutorio es responsable de la pérdida de la cosa, la asignación de riesgos también consiste en que restituye el valor, pues sería injusto trasladar el riesgo al acreedor (arts. 1488 I y 1295 III CC). Para la nulidad, una interpretación conjunta de las reglas de los artículos 1307

y 1314 I CC en clave de atribución de riesgos, permite llegar a la misma conclusión, si la pérdida es imputable al deudor restitutorio.

3.3 Ante supuestos de deterioro fortuito o culpable de la cosa a restituir, la asunción de riesgos por parte del deudor de la restitución pasa por la devolución de la cosa deteriorada, unida a la prestación de un valor complementario. Tanto para este escenario como para los de pérdida las soluciones han de ser las mismas, si la alteración restitutoria se produjo con posterioridad al fracaso del contrato.

3.4 Si la pérdida o deterioro de la cosa es imputable al deudor restitutorio, aquel quedará adicionalmente obligado a indemnizar al acreedor el daño que el incumplimiento de la restitución *in natura* le irrogue, si el incumplimiento es posterior a la desvinculación. Este deber de indemnizar es también dable en otros supuestos (retraso en la restitución).

4. Se debe rechazar incorporar el estándar de la diligencia *quam in suis* al sistema de restitución contractual español. El mismo rechazo merecen las reglas que hacen depender la restitución del valor en caso de pérdida de la diligencia del deudor restitutorio (art. 1203 PMCC), pues ello trasladaría el riesgo de caso fortuito al acreedor de la restitución.

5. La regla de restitución del valor se puede aplicar cuando lo prestado fueron cosas genéricas consumibles –cuya pérdida es imputable al deudor de la restitución–, sin perjuicio de que, en este caso, el deudor de la restitución pueda optar por devolver el *tantundem*, salvo que no sea exigible al acreedor. También cabe pensar en una restitución del valor, aunque la restitución *in natura* resulte inexigible al deudor de la restitución, lo que tendrá que probar.

6. La neutralidad restitutoria, y con ello la restitución del valor, se excepciona, cuando la pérdida de la cosa es imputable al acreedor de la restitución. En esos casos, se invierte la restitución integral y recíproca de las prestaciones y el acreedor asume el riesgo (arts. 1487, 1498, 1478 CC). Lo mismo debe ocurrir, cuando este incurre en mora y la cosa se pierde fortuitamente en manos del deudor restitutorio. Sin embargo, no si la pérdida se hubiera producido igual de haber estado la cosa en manos del acreedor (causalidad hipotética). La inversión del riesgo se prevé legalmente, también, para el desistimiento del consumidor, cuando es deudor restitutorio; si bien solo para la pérdida fortuita, (art. 75 II TRLGDCU). Se trata de una regulación desafortunada que debería reconducirse al caso en que la pérdida se produzca por culpa del consumidor, si realmente se le quiere proteger. Cuando el acreedor de la restitución corre excepcionalmente con el riesgo de pérdida/deterioro de la cosa, re-

cupera el enriquecimiento restante en el patrimonio del deudor de la restitución, al que se le ha liberado de ese riesgo (los restos de la cosa).

7. La restitución del enriquecimiento del artículo 1304 CC es una excepción a la regla del valor para la pérdida de la cosa en manos del menor o la persona con discapacidad que –interpretada en línea con el artículo 1314 II CC– opera siempre. Se presupone que la pérdida (o consumo de la cosa) se produce por culpa suya, es decir, por su inexperiencia; y no por caso fortuito. Así, solo restituye el enriquecimiento restante en su patrimonio, que puede ser nada, y se excepciona la neutralidad restitutoria. La modificación de la Ley 8/2021 debe criticarse, pues renuncia a proteger a la persona con discapacitad frente a la pérdida *culpable* de la cosa, debida a su propia inexperiencia, y solo permite al discapacitado acogerse al enriquecimiento en caso de mala fe de la otra parte (arts. 1304 y 1314 III CC).

8. Cuando soporta el riesgo, el deudor de la restitución restituye el valor objetivo de la cosa, sin perjuicio de que a efectos probatorios el precio del contrato sea de utilidad. Cuando se restituye un valor objetivo se debe acudir, para su determinación, al mismo mercado que el del contrato inicialmente celebrado; y no otro distinto. En este sentido, los subrogados de la cosa (*c. repre.*) o el precio que el deudor obtenga hipotéticamente por la reventa (*c ex n.*) sirven como medidores del valor; solo en la medida en que se correspondan con el valor de la cosa en el mercado relevante.

8.1 En cuanto al momento de cálculo del valor, este debe ser el momento de pérdida de la cosa, pues es el que mejor cohonesta los intereses en conflicto y la recuperación del *statu quo ante*; ello frente a la medición del valor por referencia al momento de la entrega de la prestación o al momento en que se produce la desvinculación.

8.2 El enriquecimiento injustificado genera incongruencias valorativas cuando se aplican técnicamente sus postulados a la restitución contractual, frente a la restitución del valor. No habiendo una necesidad de protección, como ocurre con los menores o personas con discapacidad, la restitución en la medida del enriquecimiento traslada indirectamente el riesgo de pérdida de la cosa a quien, por regla general, no debe asumirlo: el acreedor de la restitución. Por eso, se debe rechazar como medida del valor.

8.3 Dentro de la restitución del precio, la regla general es el nominalismo. Sin embargo, la restitución del precio debe sustituirse por una restitución de valor allí donde excepcionalmente es el acreedor el que corre con el riesgo de alteraciones, pues lo contrario terminaría trasladando el riesgo al deudor restitutorio. El nominalismo conduce a que el riesgo del tipo de cambio tam-

poco se compense en la restitución. E igualmente, se deben rechazar ajustes del valor en el dinero a restituir en contextos de hiperinflación, salvo que el legislador intervenga expresamente.

9. En los contratos de cesión de uso –arrendamiento y préstamo– la restitución integral y recíproca consiste en una compensación de las prestaciones intercambiadas, siempre que el contrato esté equilibrado (art. 1547 CC). Cuando no lo está, se produce la restitución, que corrige el desajuste. La parte responsable del desequilibrio –que normalmente será la parte a la responsable de la desvinculación– será tratada ficcionalmente como si la imposibilidad de restituir el uso *in natura* le fuera imputable. Así, en la restitución, abona lo cobrado de más (arrendador); o devuelve lo percibido de más (si es arrendatario), *ex* artículo 1307 CC.

10. En contratos servicios, si el contrato está equilibrado, la restitución integral y recíproca se debe traducir en entender igualmente compensadas las prestaciones (art. 9.2 ET). Cuando el contrato no está equilibrado, la parte responsable del desequilibrio deberá prestar un ajuste restitutorio del valor (art. 1307 CC y 9.3 ET). La diferencia –no menor– con los contratos de cesión de uso es que en la restitución de ese valor se debe tener en cuenta, no un valor objetivo del servicio, sino el propio valor del contrato (subjetivo), habida cuenta de la naturaleza de la relación de servicios, en la que el contrato determina el valor del servicio esperable para el acreedor.

11. En los contratos de suministro de bienes consumibles, se compensan las prestaciones, salvo que no estuvieran equilibrados –en cuyo caso debe tener lugar un ajuste restitutorio– y que el mantenimiento de las prestaciones recibidas no interesase a la parte que las recibió. No sucede lo mismo en contratos que consisten en una única prestación que se ejecuta de manera diferida en el tiempo (es decir, no divisibles). En ellos, al acreedor interesa el todo y las prestaciones intercambiadas se restituyen.

12. Las dos reglas del artículo 1306 CC deben ser objeto de una reducción *solo* a los casos de entrega de dinero (u otra cosa), para retribuir una acción o una omisión ilícita o inmoral (por ejemplo, quien entrega dinero a otro para que mate a otra persona; o quien exige la entrega de algo a cambio de hacer algo a lo que está obligado o no hacer algo que no debe). Cuando el que paga primero encarga activamente a otro un servicio ilegal o inmoral, se neutraliza la restitución ambos (art. 1306 1.ª CC). Cuando quien recibe la prestación exigió al otro algo a cambio de una actuación ilícita, amoral o simplemente de una actuación a la que ya está obligado legal o contractualmente, quien la realiza tiene derecho a la restitución de lo dado (art. 1306 2.ª CC).

13. La restitución por desvinculación contractual es dispositiva y nada se opone a que las partes lleguen a acuerdos sobre la manera en que la devolución de las prestaciones haya de desenvolverse (restitución a plazos o precio). Si la restitución no puede tener lugar *in natura*, no se admiten pactos que liberen del riesgo al acreedor restitutorio de mala fe. Los pactos en la restitución tampoco se admiten en las relaciones restitutorias donde se quiere proteger a un sujeto, como ante menores, personas con discapacidad o consumidores que desisten del contrato.

CAPÍTULO 8

LA RESTITUCIÓN CONTRACTUAL DE LA PROPIEDAD

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo se ocupa de la vertiente jurídico-real de la restitución derivada de la desvinculación contractual en contratos traslativos de la propiedad. La pérdida de la cosa a restituir puede tener como causa la transmisión a un tercero, que la adquiere con carácter irreivindicable (pérdida jurídica). Desde el punto de vista obligacional, la consecuencia es la restitución del valor. Pero, antes de llegar a esa conclusión, es preciso responder a un interrogante: ¿Cuándo y en qué condiciones la cosa se ha perdido definitivamente para el acreedor de la restitución, por haberla adquirido un tercero con carácter irreivindicable? Si la pérdida jurídica se consuma, el acreedor restitutorio solo conserva, en efecto, la restitución del valor frente al deudor de la restitución, como alternativa a la restitución *in natura*. En caso contrario –es decir, si se entiende que la cosa no se ha perdido definitivamente, a pesar de haber sido transmitida a un tercero– el acreedor restitutorio puede ejercitar también una acción restitutoria *personal* frente al tercero, para conseguir de él la restitución *in natura*. Este aspecto es el núcleo de este capítulo. Para abordarlo, hay que ocuparse de cada expediente de desvinculación y desentrañar sus efectos sobre el plano real, de transmisión de la propiedad.

En el Capítulo 6, apunté que el solo hecho de la desvinculación no comportaba una retransmisión de la propiedad al acreedor restitutorio, sino que era necesaria una (re)entrega; y que a ese proceso servía precisamente la restitución con efectos obligacionales (relación obligatoria restitutoria). En este ca-

pítulo explicaré, primero, el funcionamiento de la relación obligatoria de restitución en el plano real. Después, me ocuparé del alcance de la restitución frente a terceros. Que la propiedad solo regresa al acreedor restitutorio por medio de la restitución significa que, si el deudor restitutorio enajenó la cosa a un tercero, el tercero adquiere directamente de propietario, consumándose así la pérdida jurídica para el acreedor restitutorio. Sin embargo, defenderé que la acción restitutoria personal del acreedor puede tener alcance contra terceros, cuando estos son de mala fe; lo que se explica con la figura del *ius ad rem*.

II. TRANSMISIÓN DERIVATIVA DE LA PROPIEDAD Y RESTITUCIÓN CONTRACTUAL

Refiriéndose a la nulidad, Jerez Delgado advirtió que «*los efectos de la anulación del contrato frente a terceros se diseñan necesariamente a partir del correcto conocimiento de nuestro sistema de transmisión y adquisición de la propiedad*» [1]. En efecto, cualquier análisis de los aspectos reales de la restitución exige partir de aquí.

Dice el artículo 609 II CC que «*la propiedad y los demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten* […] *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.*» En consonancia con el artículo 1095 CC, el precepto transcrito sirve para proclamar la aceptación por nuestro ordenamiento de la *teoría del título y el modo* [2]. Esta teoría se desarrolló en Europa durante la época del humanismo jurídico, a partir del concepto romano de *causa traditionis*, como requisito para adquirir la propiedad [3]. Es pacífico que el sistema español es causalista [4]. Esto nos diferencia de los Derechos francés e italiano, de un lado, y del ordenamiento alemán, del otro. En los dos primeros, el sistema es consensual, bastando la perfección del contrato para transmitir la propiedad, sin necesidad de tradición (cfr. arts. 1196 y 1583 CCfr; 1376 CCit). Más importante es la tradición en el Derecho

[1] Jerez Delgado, 2011, pp. 260-261.

[2] Albaladejo García, 1987, pp. 7-8.

[3] Honsell, Mayer-Maly y Selb, 1987, p. 160.

[4] Albaladejo García, 1987, p. 11; Miquel González, 1993c, pp. 1546-1551; Morales Moreno, 1972, pp. 224-226; Pantaleón Prieto, 1988, p. 1037; Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008a, pp. 388 y ss.; Rodríguez Rosado, *ADC*, 2004, pp. 1006-1011; Sánchez Aristi, 2013, sec. 6. Son minoritarias las voces que rechazan el sistema del título y el modo en España y entienden que el sistema es causal pero basado en las *iustas causas traditionis* romanas (*causa credendi, donandi y solvendi*), sobre la base del cobro de lo indebido y el artículo 1901 CC. Entre ellas, puede citarse a Vila Ribas, 1989, pp. 148 y ss., y 262 y ss. Con anterioridad, defendieron la existencia de un sistema abstracto en España, Pérez González y Alguer, 1951, pp. 301 y ss.

alemán, en el que la propiedad y el resto de los derechos reales se adquieren por efecto directo de esta, sin necesidad de que un contrato la acompañe [5].

El sistema español de transmisión de la propiedad exige, al igual que el alemán, la *traditio*. La *traditio* es lo que transmite la propiedad, aunque no lo haga por sí sola [6]. Por eso, se debe destacar su papel [7]. Sin modo, el título es insuficiente para transmitir y, sin título, la entrega no transfiere el derecho real. El título solo opera en el campo obligacional, confiriendo un derecho de crédito al acreedor de entrega. Es la *traditio*, como cumplimiento de esa obligación, la que propicia la adquisición [8]. Se puede afirmar que nuestro Código coloca el sistema traslativo de la propiedad «*sobre el eje de la tradición*» [9]. Ese es el sentido del artículo 609 CC cuando dice que la propiedad se adquiere «[*como consecuencia de ciertos contratos*] *mediante la tradición*» [10]. Por eso, si el que entrega no es propietario no se produce la adquisición del dominio *por tradición* [11], porque la *traditio* es ineficaz [12].

El sistema español reconoce así una *separación* entre el contrato y la *traditio* [13], que nos aleja del sistema francés, pero sin reconocer un sistema abstracto [14];

---

[5] El sistema alemán de transmisión de la propiedad se puede explicar a partir de la acción de tres principios interrelacionados (i) el principio de tradición o entrega (*Traditionsprinzip*), (ii) el de separación (*Trennungsprinzip*), y (iii) el de abstracción (*Abstraktionsprinzip*). No me corresponde detenerme en explicar este sistema, reflejado en el § 929.1 BGB, para bienes muebles, exigiendo entrega, y en el § 873.1 BGB, exigiendo la inscripción en el registro. Al respecto, Beyerle, *FS-Gustav Boehmer*, 1954, pp. 165-167; Grigoleit, *AcP*, 1999a, pp. 380-381; Heck, 1937, p. 10; Liebs, 2001, pp. 24-26; Oechsler, 2017, párr. 2-3, 5 y 48; Stadler, 1996, p. 7; Wilhem, 2019, pp. 23-24-511 y 514.

Sobre la diferenciación de la abstracción en un plano interno y externo, a partir del estudio de las fuentes romanas: Jahr, *AcP*, 1968, pp. 15-16. La abstracción interna se refiere al contenido del contrato real que queda limitado a tres elementos: los efectos, las partes que lo componen y la cosa a transmitir. Y ese negocio real se puede, también, impugnar (Grigoleit, *AcP*, 1999a, p. 381; sobre la recepción de la abstracción interna en la dogmática del s. xix, Ranieri, 1977, pp. 104-107).

[6] En este sentido, Albaladejo García, 1987, p. 13.

[7] En este sentido, Miquel González, 1993c, p. 1547.

[8] De nuevo, Albaladejo García, 1987, p. 9.

[9] Díez-Picazo y Ponce de León, 2008b, vol. III, p. 869.

[10] Es decir, no por medio del contrato sino «*por consecuencia de*» algunos de ellos, que no es lo mismo que decir *por causa* de estos. En este sentido, Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008a, pp. 382-383 y 400-401. Sobre la distinción entre entrega y tradición, Morales Moreno, 1972, pp. 214-215; Sánchez Román, 1900, pp. 234-235. Por eso, la *traditio* no es un mero apéndice del contrato, como apuntó Miquel González, 1993c, p. 1546.

[11] Sánchez Román, 1900, p. 244.

[12] Miquel González, 1993c, p. 1548; Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008a, pp. 405-407.

[13] Miquel González, 1993c, p. 1549. También, Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008a, pp. 398-401.

[14] En efecto, en España (arts. 609 y 1095 CC) se puede reconocer, como en el artículo 3:84 NBW, la existencia de un negocio real al lado del negocio causal; pero sin abstraer. Es decir, haciendo dependiente la eficacia del negocio real de la eficacia del negocio causal (separación sin abstracción). Véase Jakobs, *SZ*, 2002, p. 278; Ranieri, 1977, pp. 100 y 102. No obstante, en España algunos defensores de la abstracción han partido ineluctablemente de la configuración de la entrega como un negocio jurídico real Pérez González y Alguer, 1951, pp. 301 y ss.

porque la *traditio* no se independiza del todo del negocio obligacional [15]. Por eso, las vicisitudes del negocio obligacional afectan a la *traditio* (no hay abstracción) [16].

Explicado lo anterior, la pregunta es qué papel desempeña la *traditio* en el sistema restitutorio y si este tiene que verse reflejado en la restitución de prestaciones. A mi juicio, la respuesta es afirmativa, desde un punto de vista dogmático [17]. Esto significaría que un sistema causal (título y modo) no tiene por qué conducir a que la transmisión de la propiedad caiga automáticamente con la ineficacia del contrato. En efecto, si en el Derecho español, la transmisión derivativa de la propiedad se produce «*mediante la tradición*», la caída del título que la coloreaba no abroga por completo la propiedad transmitida, como sucede en ordenamientos de tipo francés. Pero tampoco puede obligar al transmitente de la cosa a ejercitar una acción personal especial (*condictio*), pues no hay abstracción, como en el ordenamiento alemán.

Según se explicó, la desvinculación contractual abre la puerta a una relación obligatoria de restitución, que permite a las partes recuperar, en la medida de lo posible, el *statu quo ante* [18]. Pues bien, en el marco de esta relación *se reentrega* la propiedad inicialmente transmitida al acreedor de la restitución: el deudor de la restitución, para cumplir con su obligación restitutoria, tiene que reentregar la cosa recibida (retransmitirla); lo que supone reproducir el esquema traslativo inicial, aunque de manera inversa. Por eso, la restitución tiene eficacia retroactiva *ex tunc*, pero meramente obligacional (y no real). Y es que, si los efectos fueran *ex tunc,* pero reales, se subvertiría indirectamente el sistema español traslativo y la importancia de la *traditio*.

El enfoque que propongo para la restitución tiene la virtud de explicar su papel jurídico-real para los llamados «contratos traslativos del dominio» [19]. Además, permite separar solventemente la restitución contractual de la reivindicación, a efectos de evitar una multiplicidad de acciones. Es lo que, al fin y

---

[15] Von Caemmerer, *RabelsZ*, 1938, p. 676.

[16] Apunta en esta dirección, refiriéndose a los «contratos con finalidad traslativa», Fernández Chacón, 2018, pp. 52-53.

[17] Desde el punto de vista de la política legislativa, puede pensarse que el sistema traslativo influye solo relativamente en el sistema restitutorio, es decir, que la correspondencia entre el plano traslativo, primero, y el restitutorio, después, no tiene por qué ser del todo matemática. Desde esta perspectiva, la acción reivindicatoria, como herramienta restitutoria en caso de caída del título, no sería una consecuencia necesaria de un sistema traslativo causal; del mismo modo que la *condictio* de prestación no lo sería de un sistema abstracto. Véase Huber, *FS-Claus-Wilhem Canaris*, 2007, n. 26, 27; Jakobs, *SZ*, 2002, p. 322.

[18] *Supra,* Capítulo 6, III. 3.

[19] Aunque, desde un punto de vista técnico podría hablarse de «contratos preparativos de la transmisión», porque el contrato como tal no produce la transmisión, sino que lo hace la *traditio*. En este sentido, Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, p. 637, n. 219.

al cabo, hacen todos los ordenamientos europeos [20]. Si no se opera así, se corre el riesgo de terminar urdiendo complicadas teorías que explican la relación o la concurrencia entre ambas clases de restituciones y que complican innecesariamente las cosas [21]. Es momento de justificar mi aproximación.

III. LAS IMPLICACIONES RESTITUTORIAS DEL SISTEMA TRASLATIVO

Aclarada la relación entre el sistema traslativo y el restitutorio por desvinculación, procede que estudie, por separado, cada expediente de desvinculación. En todos ellos, defenderé que el solo fracaso del contrato no elimina, por sí solo, la propiedad inicialmente transmitida, sino que para ello es necesaria la restitución.

1. **La nulidad y la transmisión de la propiedad**

La práctica totalidad de la doctrina española se inclina por entender que la propiedad transmitida con el contrato queda automáticamente neutralizada con su anulación posterior, es decir, estima que la anulación del contrato tiene eficacia real [22]. Esto supone que el sujeto pasivo de la acción restitutoria *ex* artículo 1303 CC solo puede ser el contratante que recibió la cosa, como prestación, pero nunca un tercero que la haya adquirido después; frente a este tercero solo cabría la acción reivindicatoria del acreedor de la restitución, pues nunca llegó a perder la propiedad [23].

---

[20] En este sentido, refiriéndose al Derecho europeo de restitución contractual, Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, pp. 26-27. Esta autora informa que los ordenamientos optan, bien por dar preferencia a las reglas vindicatorias, bien por dársela a las contractuales o de enriquecimiento injustificado.

[21] Así, desde el punto de vista de la prescripción de la acción restitutoria en casos de nulidad y la posibilidad de ejercer una reivindicatoria durante el tiempo que duraría la usucapión, López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 236-258. Reconocen una compatibilidad entre ambas acciones, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 234-236.

[22] Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 139-140; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 228; Jerez Delgado, 2011, p. 284; Juárez Torrejón, *ADC*, 2018, p. 1301; Miquel González, 1993c, p. 1550; Monfort Ferrero, 2000, pp. 119-120 y 124-125; Morales Moreno, 1972, pp. 275-276; Orozco Muñoz, 2015, pp. 174-175; Peña Bernaldo de Quirós, 1999a, p. 98; Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008a, pp. 401 y 415. También, advirtiendo que la nulidad contractual controla el desplazamiento patrimonial derivados del contrato, García Rubio, 2017, p. 240.

[23] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 243-244, 268-270; Quicios Molina, 2020, p. 1613.

Un sector minoritario aboga por la tesis contraria, entendiendo que la simple anulación no retransmite la propiedad, sino que es preciso restituir para que ello sucede [24]. El problema de esta aproximación es que emplea una vía argumental basada en el enriquecimiento injustificado que no se puede compartir [25].

La construcción de la restitución para la nulidad [26], que se ha realizado, permite ofrecer una respuesta en el mismo sentido que el sector minoritario, pero sin recurrir al enriquecimiento, como argumento.

1.1 Eficacia constitutiva o declarativa de la anulación (nulidad)

La anulabilidad de los contratos se ha explicado históricamente a partir de dos tesis relativas a la situación en que se encuentra el contrato anulable. Una primera tesis, denominada «de la doble acción», reputa al contrato anulable como inválido *ab initio*, siendo la sentencia de nulidad meramente declarativa [27]. Esta aproximación distingue la acción de nulidad de la de restitución, y estima que el plazo de caducidad de cuatro años contenido en el artículo 1301 CC únicamente se refiere a la restitución, pero no a la nulidad que, como tal, no estaría sometida a limitación temporal alguna, solo requiriendo un interés actual en el actor [28].

Al lado de esta tesis convive la de la llamada «eficacia constitutiva» tanto de la acción de anulación como la sentencia: en tanto la una y la otra no se produzcan, el contrato es válido y su eventual invalidez depende de la impugnación por la parte interesada [29].

Tal como lo veo, y en línea con la concepción material unitaria de la nulidad defendida en este trabajo, las tesis que defienden una eficacia constitutiva

---

[24] Arnau Raventós, *CCJC*, 2013, sec. 3.2. II.b; Badosa Coll, 2012, pp. 101 y ss. En similar sentido, desde el análisis del cobro de lo indebido, Vila Ribas, 1989, pp. 259 y ss.

[25] *Supra,* Capítulo 2, V, y Capítulo 6, III. 4.

[26] *Supra*, Capítulo 6, II. 3.

[27] Se trata de la clásica visión de De Castro y Bravo, 1967, párr. 532, 574-577. Ha sido seguida por Delgado Echeverría en varios trabajos. Véase, «La anulabilidad», cit., p. 1023; «Art. 1300 (Com. Edersa)», cit., pt. IV.3. Más tarde, Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 124-125; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 56; Vila Ribas, 2010, p. 1430; Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, p. 618-620; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2011, p. 542.

[28] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 64-65; Jerez Delgado, 2011, pp. 176, 186-187 y 190; Miquel González, *EJB*, 1995a, p. 479; Morales Moreno, 1972, pp. 275-276; Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, pp. 618-620.

[29] Defensores de esta tesis, Albaladejo García, 1958, pp. 415-417; Clavería Gosálbez, 1977, pp. 37-43; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, pp. 592-594; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 36-44.

de la anulación resultan más convincentes. Pero el problema no es ese, sino que ambas aproximaciones no han tenido demasiado presente la restitución que sigue a la nulidad, y han operado en un plano excesivamente conceptual [30]. Cuando se desciende al terreno restitutorio, las diferencias no son tan enormes como las teorías parecen indicar. Tanto los partidarios de la tesis declarativa [31] como los de la constitutiva [32] reconocen que los efectos de la anulación del contrato son retroactivos *ex tunc* [33]. Así se recupera el *statu quo ante*. La cuestión es cómo traducir esos efectos en el plano real.

1.2 La importancia de la *traditio* para la restitución

En un sistema que exige una *traditio* para transmitir la propiedad, la nulidad del contrato no debería bastar para que la propiedad regrese, sin más, al vendedor. Por eso, la readquisición de la propiedad en la restitución por nulidad precisa de una reentrega [34].

Una muy autorizada opinión contraria a emplear este argumento para la restitución contractual es la de A. M. Morales Moreno [35]. A juicio de este autor, el hecho de que se requiera entrega para la transmisión de la propiedad no significa que lo mismo sea predicable para la restitución, ni que la readquisición automática del derecho de propiedad por parte del vendedor en caso de anulación permita concluir que es posible la transmisión sin entrega. La tesis de este autor es coherente con su visión de que el titulo anulable carece de firmeza desde el principio, lo que haría incorrecto «*pensar en una retransmisión (con traditio), ya que la adquisición carecía de firmeza*». Es así como –en opinión de este autor–, al tener la anulación efectos *ex tunc*, no es necesario que opere una nueva entrega para recuperar la titularidad del derecho; por eso, la acción restitutoria se referirá siempre a «*bienes propios de quien la incoa*». Esta postura aboga, en la «retransmisión», por un funcionamiento diferente al que funciona

---

[30] El mismo reproche de excesiva abstracción puede hacérsele a la tesis de Miquel González, *EJB*, 1995a, p. 477. Esta tesis se situaría entre medias de las dos presentadas, aunque parece más próxima a la constitutiva. Estima que un contrato *bilateral* anulable vincula a la parte que no puede hacer valer la nulidad a la decisión de la otra, que puede convalidarlo con la confirmación y convertir en válido definitivamente el contrato. Véase, también, siguiendo a Miquel González, Cañizares Laso, 2001, pp. 33-48.

[31] Delgado Echevarría y Parra Lucán, 2005, p. 203;

[32] De Castro y Bravo, 1967, párr. 524; Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 600.

[33] Advierte de ello Miquel González, *EJB*, 1995a, pp. 478 y 480. La doctrina no es, con todo, unánime. Véase Pasquau Liaño, 1997, pp. 208-209.

[34] En este sentido, advirtiendo de que no existe entonces correlación perfecta «*entre el proceso adquisitivo y el, llamémosle, readquisitivo*», Arnau Raventós, 2018, pp. 255-256.

[35] Morales Moreno, 1972, pp. 275-276.

en la transmisión inicial. Ver así las cosas obedece, a mi juicio, más a una consideración de política legislativa. El argumento de que la anulación del título cambia las cosas y permite «acelerar» –si se quiere decir así– el proceso restitutorio, no me parece del todo convincente. No quiero decir –entiéndaseme bien– que la restitución *ex tunc* y automática sin necesidad de (re)entrega comporte reconocer un sistema consensual de tipo francés en sede de restitución. Solo que, siguiendo con la metáfora de la aceleración, «no entiendo las prisas»; y que lo que ocurre es que, una vez neutralizada la eficacia del título por su anulación, el adquirente ya no puede retener la cosa para sí y solo le queda una reentrega del bien adquirido [36].

Que la nulidad no retransmite directamente la propiedad al vendedor inicial tampoco significa reconocer un sistema abstracto en España [37]. En un sistema que separa la *traditio* del contrato, sin abstraerla, la nulidad del título convierte a la transmisión de la propiedad operada por aquella en claudicante. Para que la propiedad transmitida se abrogue, a la nulidad debe seguir una restitución [38].

De interés aquí es la opinión de L. Díez-Picazo [39]. A juicio de este autor, la cuestión no estaba tanto en decidir si o no existía causalismo en España, sino en establecer la medida en que la *traditio* era causal en Derecho español. Ello exigía investigar si se producía transmisión de la propiedad en los casos en que el contrato o título obligatorio que precedía a la entrega era inexistente, inválido o ineficaz. Esta es, efectivamente, la clave. En su opinión –basada en los

---

[36] De hecho, la posibilidad de retener se corresponde con la reciprocidad obligacional restitutoria: Arnau Raventós, 2018, p. 258.

[37] Este es uno de los argumentos que se suele emplear para sostener que si el contrato causal es nulo no hay transmisión de la propiedad en Derecho español. Así, Peña Bernaldo de Quirós, 1999a, p. 98. En el mismo sentido, Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008a, pp. 416-419. Estos autores entienden que, en España, la nulidad del contrato impide la transmisión, porque en nuestro ordenamiento solo caben las «adquisiciones causadas» y porque nuestro sistema no reconoce aquí un supuesto de enriquecimiento injustificado, como sí hace el ordenamiento alemán. De este modo, entienden que a esa conclusión solo se puede llegar incorporando legalmente el sistema abstracto en el Código civil, que actualmente no reconoce (pp. 419-436). El problema que presentan estas posiciones es que no ofrecen ningún argumento, sino que parten de una consecuencia inamovible, sin demostrarla: que si no se abroga la propiedad con la nulidad se está reconociendo un sistema abstracto. Y esa es una falta dicotomía que *(i)* soslaya la importancia de la tradición como elemento necesario dentro del sistema del título y modo, que no es meramente consensual, despojándole después de toda virtualidad, si el contrato deviene nulo; y *(ii)* omite la existencia del sistema restitutorio contractual en caso de nulidad, perfectamente delimitado en el Código español (a diferencia del francés de 1804), cuyo problema es que, acaso, no haya sido llenado de sentido en este aspecto.

[38] En este sentido pareció apuntar De La Cámara Álvarez, 1987, pp. 172-173. A juicio de este autor, «*en un sistema causalista la restitución es consecuencia obligada de la ineficacia*».

[39] Se trata de una idea que el autor mantuvo firmemente a lo largo del tiempo. Primero en Díez-Picazo y Ponce de León, *ADC*, 1966, p. 568. Después: Díez-Picazo y Ponce de León, 1983, vol. II, pp. 677-678. Últimamente, en el mismo sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. III, pp. 893-895. La firme defensa de esta posición por parte de D. Luis Díez-Picazo se advierte en el detalle, no menor, de que esta fue la única cuestión en la que no pudo ponerse de acuerdo con D. Antonio Gullón en el Sistema de Derecho Civil. Hecho, este, que les obligó a emitir opiniones separadas (véase, nota 179).

artículos 1124 IV, 1295 CC, así como aquellos referidos a la ineficacia de las donaciones– la sola ineficacia sobrevenida del negocio obligatorio no hacía ineficaz la transmisión de la propiedad en él fundada. Y lo mismo cabía predicar, a su juicio, de los casos de anulabilidad[40], pues de los artículos 1303 a 1307 CC lo más que se deriva es una «*obligación de restitución de carácter meramente personal*»[41].

Que en Derecho español exista un sistema tan acabado para ordenar la restitución por nulidad da alguna pista de que la propiedad no se recupera automáticamente; de ser así, no serían del todo necesarias y bastaría con la reivindicación para hacer efectivo *de facto* esa recuperación[42].

1.3 Relación obligatoria restitutoria y reparto de riesgos ante alteraciones

Para los contratos traslativos se ha sostenido en este trabajo que lo procedente es que el deudor de la restitución preste el valor tanto en el caso de pérdida fortuita como imputable a dicho deudor (arts. 1307, 1314 I, 1488 y 1295 III CC)[43]. Para el caso fortuito, la razón principal de que el deudor de la restitución asumiera el riesgo y prestase el valor era –recordemos– que se encuentra en mejores condiciones para asegurarse frente a eventos imprevisibles que destruyan la cosa. En consonancia con esa aproximación, la posibilidad de asegurarse se explicaba igualmente desde su posición de propietario, por muy anulable que el contrato sea[44]. En este sentido, cuando la alteración responde a la culpa o dolo del deudor de la restitución (art. 1314 I CC), la actuación del deudor con la cosa es la de quien, al menos, actúa *como si fuera propietario*. Por eso, se le asigna el riesgo en forma de restitución del valor.

---

[40] Hay que advertir que el autor sí diferenciaba entre nulidad y anulabilidad, y que únicamente entendía que el contrato anulable es capaz de transmitir la propiedad. Así, Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, vol. I, p. 573. Sin embargo, las tesis defendidas en este trabajo (Capítulo 6, II. 3) conducen a un resultado más amplio, ya que la nulidad se entiende de forma unitaria, como anulabilidad (sin perjuicio de que quepan diferencias, por cuestiones de política legislativa).

[41] Para los casos de nulidad radical (inexistencia) el autor hacía depender la eficacia de la transmisión de que las cosas hubieran pasado o no a poder de terceros y del alcance que se otorgase a la *condictio indebiti*. Si las cosas pasaban a manos de terceros, al ser la acción personal, no habría posibilidad de recuperarlas aun cuando el primer negocio fuera radicalmente nulo.

[42] En este sentido, refiriéndose al DCFR, a la nulidad, y al sistema de restitución del enriquecimiento que allí se contiene, Arnau Raventós, 2018, pp. 258-259.

[43] Capítulo 6, III. 3.1 y 3.2.

[44] Al analizar el artículo 1307 CC, parece entender algo similar Vila Ribas, 2010, p. 1438. La autora indica textualmente que «*el deber de restitución nace una vez declarada la nulidad, mientras que antes de la declaración, el ahora deudor era un titular de pleno derecho sobre el objeto*».

La pérdida fortuita de la cosa merece un comentario adicional. Que el deudor restitutorio asuma el riesgo de pérdida (art. 1307 CC) es, en cierto punto, incompatible con que la propiedad regrese automáticamente al acreedor restitutorio. Para neutralizar este argumento, siempre podría acudirse a una puntualización del *res perit domino* en la restitución, en favor del principio de que la cosa se pierde para el deudor restitutorio, como se hace en el Derecho francés previo y posterior a la modernización[45]. Pero que este encaje pueda hacerse para justificar la restitución del valor a cargo del deudor en un sistema consensual, no significa que opere en Derecho español (y, quizás es muestra de la mayor consistencia de los sistemas causales en este punto).

1.4 La restitución contractual de frutos y mejoras

El artículo 1303 CC obliga a las partes a restituirse recíprocamente los frutos de la cosa y los intereses del precio. La existencia, en España, de un sistema específico de restitución de frutos en este caso representa un buen indicio a favor de la condición de propietario del deudor, a pesar de la nulidad. Esta obligación restitutoria por los frutos pesa sobre el deudor *en calidad de propietario* de la cosa[46]. Es decir, el deudor de la restitución no obtiene los frutos como un poseedor que se cree propietario, sino directamente como propietario. Por eso, las reglas posesorias sobre frutos (arts. 451 y 455 CC) no son aplicables a la restitución contractual. Solo en un sistema consensual, que abroga directamente la propiedad con la nulidad, como es el francés, tiene sentido afirmar que el deudor de la restitución goza del mismo privilegio que, en su caso, el poseedor de buena fe en la reivindicación-usucapión, donde el negocio traslativo lo realiza un no titular[47].

Por lo que respecta a las mejoras, igualmente debe entenderse que su realización (o encargo) por el deudor lo es sobre un bien propio[48], cuya propiedad después se restituye[49].

1.5 Usucapión, reivindicación e inexistencia

Si la nulidad del contrato eliminase por completo la propiedad transmitida, las normas restitutorias en caso de nulidad serían de algún modo superfluas,

---

[45] *Supra*, Capítulo 4, II. 2.1, 3; y III.4.

[46] Así parece entenderlo, al analizar el concepto de frutos de los artículos 1303 y 1295 CC, García Cantero, *RDN (Separata)*, 1955, pp. 127-130.

[47] En este sentido, Gómez Acebo, *RDP*, 1952, p. 208.

[48] Así, Bech Serrat, 2015, p. 387.

[49] Sobre la solución al problema de las mejoras, *infra*, Capítulo 9, III. 3.

pues bastaría con la reivindicatoria[50], como se acaba de señalar a propósito de los frutos. Sin embargo, abrir la puerta a la reivindicatoria en el sistema restitutorio contractual por nulidad soslaya su reverso: la posición de usucapiente a que se relega al deudor restitutorio, cuyo título (contrato) no le permitiría adquirir más que por usucapión[51]. Este hecho ha obligado a la doctrina a explorar posibilidades para conciliar nulidad y usucapión. Pero ninguna es convincente.

Una primera aproximación consistiría en entender posible que tenga lugar una usucapión entre los contratantes y, por consiguiente, la existencia de una acción reivindicatoria también a favor del acreedor de la restitución[52]. Esta opción se suele plantear como interesante para el caso en que hayan transcurrido los plazos para hacer valer la nulidad o la restitución, pero no lo hayan hecho los plazos para adquirir por usucapión[53]: el acreedor de la restitución conserva la reivindicatoria. Pero no es una aproximación satisfactoria, y ha sido criticada, con el argumento de que, si la usucapión tiene un plazo más amplio que la acción de nulidad o la de restitución, no cabrá plantear en juicio la acción de nulidad; lo que a efectos prácticos significa que la adquisición de la propiedad se produjo por el contrato[54]. En línea con la crítica, creo que el principal escollo de esta postura es que subvierte el funcionamiento de la restitución contractual por nulidad, dando entrada a una reivindicatoria a favor del acreedor restitutorio. Asimismo, y desde el lado de la usucapión, no tiene sentido permitir que el deudor de la restitución adquiera por usucapión en virtud de un título anulable, porque la usucapión no soluciona problemas en el título sino en el *modo* (defecto en la titularidad)[55]. En efecto, la usucapión

---

[50] Que es lo que parecen asumir, Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008a, pp. 418-419, cuando dicen que, para reclamar la simple devolución posesoria, el tradente «*puede contar con la acción reivindicatoria, sin necesidad, por tanto, de recurrir a ninguna acción personal de retransmisión, del tipo de la condictio romana*».

[51] En este sentido, causa de la tradición y causa de la usucapión son lo mismo; ambos elementos definen la causa con arreglo a la cual se posee. Véase Miquel González, J., *AHDE*, 1961, n. 7. También, Miquel González, 1993c, p. 1551; Morales Moreno, 1972, pp. 214 y 229.

[52] Así, en general, Peña Bernaldo de Quirós, 1999a, p. 337, n. 23. Estudiando la nulidad, parecen admitir, generalmente, esta posibilidad, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 251. En el mismo sentido general, Quicios Molina, 2020, p. 1615.

Y, para el título anulable, Hernández Gil, 1980, p. 463. Defiende esta posibilidad solo para el título radicalmente nulo López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 161-189. A juicio de esta última autora, aquí resultaría posible la adquisición de la propiedad por usucapión del adquirente, ya que –pese a la nulidad– la usucapión no se destina a enmendar los defectos del título, sino la falta de titularidad del tradente. El transmitente perdería la acción reivindicatoria una vez consumada la usucapión, sin que ello prejuzgase la acción restitutoria contractual. Una y otra acción se moverían –siempre desde esta posición– en contextos diferenciados; las acciones reales y los derechos de crédito.

[53] Así, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 249. También, para el título nulo, Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, pp. 606-607.

[54] Pasquau Liaño, 1997, p. 363.

[55] En este sentido, Gómez Acebo, *RDP*, 1952, p. 201.

permite que se adquiera la propiedad si concurren un justo título, buena fe del adquirente y el transcurso de un tiempo determinado [56]. Si el título es anulable (nulo), y el transmitente era propietario, lo lógico es que la propiedad se transmita igualmente, como se ha explicado.

A propósito de lo anterior, se han defendido formas alternativas de conciliar nulidad y usucapión. Una segunda posibilidad pasaría así por entender que el título anulable, *no anulado en el plazo* oportuno, basta para adquirir el dominio y que la usucapión ante él es innecesaria [57]. Pero esto no es convincente, porque se sigue haciendo depender la adquisición de la propiedad –mediante el título anulable– de que haya transcurrido el plazo para ejercer la acción de anulación. En línea con esto, una tercera posición sería descartar cualquier posibilidad de usucapión en caso de nulidad absoluta y, para la anulabilidad, mientras esté vigente la acción de anulación [58]. Pero, de nuevo, permite la entrada indirecta de la usucapión, una vez transcurrido el plazo para anular.

En fin, como cuarta opción cabría sostener que no se puede usucapir por medio de un título anulable (nulo) (art. 1953 CC) [59]. Pero esta postura parte de la base de entender que la nulidad elimina *ab initio* la relación obligatoria [60].

Las complicaciones anteriores se despejan reconociendo que el contrato anulable (nulo) transmite directamente la propiedad de las cosas que son objeto de él. En caso contrario, de transmitir el primer adquirente –el comprador, pongamos por caso– el bien recibido en virtud del contrato nulo-anulable a un tercero, este no adquiriría de propietario (o lo haría de uno con un título claudicante), y quedaría sometido a una reivindicatoria. Decirle al tercero que lo más que tiene es una posesión *ad usucapionem* solo incrementaría la inseguridad jurídica. La usucapión no es necesaria, porque, insisto, si se reconoce que el acreedor restitutorio es propietario, la *traditio* no plantea ningún problema ni necesita ser sanada por esta vía. La propiedad trasmitida se abroga median-

---

[56] La adquisición de la propiedad por usucapión guarda algún paralelismo con la adquisición por tradición (mediante ciertos contratos, claro).

[57] López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 193-201; Miquel González, 1993c, p. 1548; Morales Moreno, *ADC*, 1971, p. 1129; con cita de abundante jurisprudencia, Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, pp. 556-576.

[58] Morales Moreno, 1972, pp. 139-143. En la misma línea es la posición que defiende para la anulabilidad, Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, pp. 627-631. Lo hace de un modo un tanto críptico, pues el autor se ubica junto con las tesis que consideran que la nulidad tiene eficacia meramente declarativa. Considera que, mientras no ha sido impugnado, el titulo anulable es justo título y permite adquirir la propiedad. Y, una vez se anula, la nulidad opera retroactivamente sobre la propiedad transmitida. De este modo, la usucapión consumada no podría alegarse. Y, si transcurre el plazo para usucapir, el derecho adquirido deviene definitiva e inatacablemente del adquirente.

[59] Miquel González, 1993c, p. 1551.

[60] Lo que en este trabajo se rechaza. *Supra*, Capítulo 6, III. 1 y 2.

te la restitución derivada de la nulidad [61], sujeta a sus plazos de prescripción [62]. En esta línea ya ha apuntado alguna sentencia [63].

Únicamente cuando el contrato es inexistente –que no nulo– tiene sentido recurrir a una acción reivindicatoria *ex* artículo 348 CC, como consecuencia de no haberse transmitido la propiedad por impotencia del contrato (título). En ese caso, la acción reivindicatoria para recuperar la cosa –construida sobre la falta de derecho a poseer del demandado– es unilateral y no está patrocinada por una idea de reciprocidad, como sucede en la restitución contractual [64]. Así lo ha reconocido el TS en alguna ocasión [65], bien que sin terminar de entender que la condena a la restitución se fundamentaba realmente en una reivindicatoria [66].

Hasta ahora, se ha analizado la problemática de la usucapión partiendo de que el transmitente era propietario, a pesar de la nulidad. En ese caso, la nulidad no debe comportar directamente la pérdida de la propiedad, porque la *traditio* funciona. Sin embargo, cuando el tradente no lo era, la *traditio* hay

---

[61] Véase en este sentido la comparativa que establece entre anulación y resolución del contrato (apuntando en la línea correcta), López Beltrán de Heredia, 2009, p. 200.

[62] *Supra*, Capítulo 6, II. 3.6.

[63] Entendiendo que el contrato anulable sirve para transmitir la propiedad, la STS, 1.ª, 10 de febrero de 2006, FD 4.º (MP: González Poveda; RJ 2006/1700).

[64] Se aprecia esta idea en Pasquau Liaño, 1997, p. 290. No obstante, el autor no argumenta echando mano de la inexistencia (lo que es coherente con sus tesis), sino con la idea de que los contratos que carecen de apariencia de validez se pueden declarar nulos sin necesidad de juicio. En ese caso, el interesado puede recurrir a una reivindicatoria.

[65] Fue el caso resuelto por la STS, 1.ª, 13 de marzo de 2002 (MP: O'Callaghan Muñoz, RJ 2002/5697), que se ha citado *supra*, Capítulo 6, II. 2.2, al tratar los casos de inexistencia del contrato.

[66] Fue el caso de la STS, 1.ª, 21 de enero de 2000 (MP: Villagómez Rodil; RJ 2000/113). Se había celebrado, el 9 de febrero de 1965, un contrato de compraventa en el que la vendedora era una menor de edad que, además, enajenaba una finca perteneciente a una comunicad hereditaria. Lo hacía en nombre propio, pero también en representación de otros hermanos menores de edad. Con independencia de sus capacidades por razón de la edad, los hermanos de la vendedora no intervinieron en la compraventa ni prestaron ninguna clase de consentimiento. Según parece, en 1989 los hermanos interpusieron demanda contra los compradores, reclamando la devolución de la parcela, e interesando la nulidad de la compraventa. La discusión versó sobre si el contrato era nulo o anulable. Los demandados defendían esto último y, en consecuencia, la caducidad de la acción, por haber transcurrido sobradamente los cuatro años del artículo 1301 CC. Sin embargo, el TS confirmando el criterio de la Audiencia, desestimó el recurso de casación de los demandados, por entender inaplicable el artículo 1301 CC. Pero lo hizo –repárese– por considerar que el plazo de cuatro años no jugaba respecto de «*relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad*» (FD 3.º). Como se aprecia, la sentencia confunde lo que era un caso de inexistencia con la nulidad radical (*supra*, Capítulo 6, II. 2). En realidad, la condena a la restitución lo fue por admitir que lo ejercitado por los hermanos demandantes era una reivindicatoria. Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 251 citan esta sentencia como argumento a favor de que el acreedor de la restitución puede ejercitar también una reivindicatoria. Pero estos autores advierten, al final, de lo mismo: que el TS tenía en mente una reivindicatoria, «*cuyos plazos sin duda cuentan en la mente del juzgador*».

que entenderla viciada. Es un problema distinto [67], ya que aquí el transmitente no puede transferir la propiedad *ab initio* [68]. Por eso, el verdadero propietario tiene también una acción reivindicatoria sobre el que recibió la cosa, que solo podrá ser propietario por usucapión [69]. Y, si se anula el contrato antes de la usucapión, se produciría la restitución de las prestaciones *ex* artículo 1303 CC; lo que significa que el usucapiente y deudor de la restitución solo le devolverá la posesión de la cosa al acreedor de la restitución, que no era propietario [70].

2. **Rescisión, resolución y transmisión de la propiedad**

La cuestión sobre la transmisión de la propiedad en contratos rescindibles o resolubles es menos complicada, pues ambas parten de que el contrato (título) sobre el que se proyectan no pierde la condición de válido por el hecho de la desvinculación.

2.1 La resolución

En general, para la resolución conviven, al menos, tres opiniones doctrinales respecto a la manera en que se produce la recuperación de la propiedad de la cosa.

(a) Una primera corriente considera que la resolución determina, por sí sola, la readquisición de la propiedad por parte de quien inicialmente la entre-

---

[67] Y no se puede decir que «*tanto si la cosa era propiedad del tradens como si no lo era, la acción que se ejercite podrá verse obstaculizada por la usucapión extraordinaria*»; es la opinión, refiriéndose al título nulo, de Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, p. 604. Si la cosa era propiedad del *tradens*, por muy nulo que sea el título, no debería haber usucapión.

[68] En este sentido, véase Hernández Gil, 1980, p. 530.

[69] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 252-254. No obstante, estos autores no acaban de delimitar bien el problema de la nulidad del título, de un lado, y el de la titularidad del que transmitió, del otro. Acaso por ello sostienen que «*al tercero que ejercita la acción reivindicatoria le conviene, además, invocar la nulidad del título en virtud del que adquirió el demandado porque este puede defenderse alegando que adquirió en virtud de contrato válido*». Además de ser extremadamente complicado, como reconocen, soslayan que el presupuesto para la reivindicatoria del tercero es la falta de titularidad del que transmitió; fuera nulo o no el título, como se está explicando en este epígrafe. Por eso, a pesar de ser contradictoria con su propio pensamiento, es acertada la tesis de Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001,, cit., p. 633. Es la que, después de todo, Delgado y Parra terminan aceptando (p. 254).

[70] Si el deudor de la restitución y usucapiente consumó la usucapión y, después se anula el contrato veo complicado sostener tan directamente que en ese caso la cosa debería ser devuelta como efecto restitutorio de la anulabilidad, como hace Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, p. 633 (la opinión la comparten Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 254). De ser así, la nulidad permitía al acreedor de la restitución recuperar por esta vía una propiedad que él mismo no transmitió. Creo que lo coherente valorativamente en ese caso sería considerar que la prestación transmitida (la posesión de la cosa) no puede ser devuelta *in natura*; y que en ese caso procede una restitución del valor (art. 1307 CC), salvo que el deudor opte por restituir en especie.

gó en virtud del contrato resuelto; ello sin necesidad de un nuevo acuerdo traslativo ni de una entrega real o simbólica [71]. Se apoya esta postura en la importancia de asumir esta posición a efectos concursales [72].

(b) Una segunda aproximación considera que la retroactividad de la resolución es meramente obligacional, habida cuenta de la remisión del artículo 1124 al 1295 CC; en este caso, el acreedor no adquiere más que un derecho a la reentrega; pero no recupera la propiedad en tanto no se produzca dicha entrega [73]. También de acuerdo con esta segunda tesis, la resolución no afecta a la transmisión de la propiedad efectuada con el contrato; es decir, que la *traditio* no pierde su eficacia traslativa porque el contrato resulte ineficaz, en la medida en que el título sigue siendo válido [74].

(c) Junto a las dos anteriores, convive una tesis que puede denominarse ecléctica [75]. De acuerdo con sus postulados, la resolución no tendría efectos retroactivos-reales, pues no borra la transmisión producida, pero tampoco efectos meramente obligacionales, pues no representa un título de adquirir que necesite de una entrega. Antes bien –y siempre de acuerdo con esta teoría– la resolución operaría con efectos reales *ex nunc*. Quiere esto decir que en *el mismo instante de producirse* la resolución –y no desde la celebración del contrato– tendría lugar la retransmisión del bien, por haber caído el título transmisivo; se califica así a la eficacia retransmisiva como «*instantánea, pero no retroactiva*». De esta manera, se lograría un equilibrio entre la protección de terceros y el sistema español traslativo de la propiedad: los terceros quedarían protegidos hasta el momento de la resolución, siempre que no fueran de mala

---

[71] Álvarez Vigaray, 2004, p. 255; Carrasco Perera, 2017, cap. 22/42; González Pacanowska, 2013, p. 8251.

[72] En este sentido destaca la opinión de Bermejo Gutiérrez, 2002, p. 390. Desde el análisis concursal, esta autora considera que la propiedad inicialmente transmitida con un contrato traslativo del dominio decae en cualquier caso, con independencia del tipo de retroactividad. Merece la pena reproducir su opinión: «*Aun cuando la resolución no tuviera efectos retroactivos provocaría la decadencia del título, la cual haría a su vez decaer la propia transmisión. De admitir la tesis contraria habría que aceptar que un sistema en que la transmisión de la propiedad exige título y modo para que ésta tenga lugar, pueda mantenerse la titularidad sobre el bien transmitido aun cuando la eficacia del título haya quedado desvirtuada de forma sobrevenida*». De esta posición, llama la atención que aluda al sistema español de transmisión de la propiedad para negarle después cualquier virtualidad a la *traditio* y defender que la propiedad inicialmente transmitida se abroga con la resolución; salvo en lo que respecta a los derechos de los terceros subadquirentes de buena fe (p. 390).

[73] Clemente Meoro, 1998, p. 554; Dell'Aquila, 1981, p. 202; Monfort Ferrero, 2000, pp. 175, 340-348 y 352-355; Montés Penadés, 1989b, sec. XX; 1998a, pp. 662-663; Pintó Ruiz, 1962, pp. 397-399; Quicios Molina, 2020, p. 1736. Dentro de este sector se debe incluir también a Díez-Picazo y Ponce de León, 2008b, vol. III, pp. 893-895. Véase, la bibliografía extendida de este autor, sobre esa misma opinión, en nota 39.

[74] Esta idea se desarrolla sobre todo en Monfort Ferrero, 2000, pp. 326-327.

[75] Rodríguez Rosado, 2013, pp. 245-246. Con anterioridad, en el mismo sentido, Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, pp. 1715-1716-1721. Le sigue, Basozabal Arrue, 2022, pp. 66-67.

fe. Se debe advertir además que, desde esta posición, se entiende que una resolución de efectos meramente obligacionales sería incompatible con el sistema causal español de transmisión de la propiedad; ello exigiría un sistema abstracto que el Derecho español desconoce [76].

De las tres opciones planteadas, la segunda es la más correcta a mi entender: que la resolución origina una relación obligatoria restitutoria que posibilita la readquisición de la propiedad. Esto significa que la usucapión no es relevante para el adquirente en virtud de título resoluble (y que no hay, claro, reivindicación posible del acreedor restitutorio) [77]. Considerar, como hace la primera tesis, que la resolución abroga la propiedad transmitida desde el inicio genera un problema de protección de terceros, que adquirirían *siempre* de un no dueño [78]. En esta línea, la primera tesis tampoco permite diferenciar entre terceros: todos se ven afectados por la resolución del título de su transmitente, sin establecer diferencias según su buena o mala fe; lo que se aprecia bien en los casos de embargo y tercería de dominio [79]. A su vez, esta postura genera inconsistencias del lado del acreedor restitutorio. Por ejemplo, que una comunidad de propietarios pueda reclamar al vendedor de un inmueble los gastos por las rentas dejadas de pagar por el comprador, con el argumento de que nunca perdió la propiedad, una vez resuelto el contrato de compraventa [80].

Respecto a la tercera de las aproximaciones, parte de una concepción del sistema español traslativo, según la cual entender que la resolución tiene efectos meramente obligacionales conduciría a un sistema abstracto. No es así

---

[76] Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, n. 68.

[77] En este sentido, Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, p. 660.

[78] En este sentido, Rodríguez Rosado, 2013, pp. 242-244.

[79] Así, la STS, 1.ª, 11 de octubre de 1995 (MP: Fernández-Cid de Temes; RJ 1995/7405). Se había embargado un bien vendido con cláusula resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad con anterioridad al embargo. Al considerar que la resolución opera con efectos retroactivos reales *ex tunc*, el TS permitió al vendedor ejercitar la tercería de dominio, porque «*a la fecha del embargo los bienes no eran del deudor*». A pesar de esta aproximación –que impide diferenciar según la buena o mala fe del tercero– parece que el TS sí consideraba que el embargante era de mala fe en relación con la situación del bien embargado, por la publicidad registral. En este sentido, la sentencia advierte que «*el embargante sabía que su derecho quedaba supeditado a las vicisitudes de la condición resolutoria inscrita, bien para consolidar el embargo, bien para que se levantase, precisamente por la publicidad registral*» (FD 2.º).

En un sentido similar, puede citarse la SAP Córdoba, Sec. 2.ª, 5 de octubre de 2007 (MP: Morillo-Velarde Pérez; JUR 2008/59338). Se trataba de un embargo en un procedimiento de apremio efectuado por la Tesorería General de la Seguridad Social, por deudas contraídas por la compradora. El contrato de compraventa que vinculaba a esta con la vendedora tenía una cláusula resolutoria inscrita en el Registro. Por este motivo, permitió a la vendedora ejercitar la tercería de dominio; «*pues la publicidad derivada del Registro advierte al anotante de la traba sobre la posibilidad de que el incumplimiento contractual desplace la titularidad desde el comprador al vendedor con eficacia retroactiva, dejando fuera de la ejecución el bien al que dicho pacto se refiera*» (FD 2.º).

[80] Caso resuelto por la SAP Madrid, Sec. 21.ª, 20 de enero de 1999 (MP: Cánovas del Castillo; AC 1999/6935).

(como se ha desarrollado también alrededor de la nota 37 anterior). La importancia de la *traditio* en el sistema español, que ha sido destacada, no equivale a reconocer un sistema abstracto. El fracaso del contrato desactiva en gran medida la propiedad transmitida, pues cae aquello que coloreaba a la entrega [81]. Sin embargo, la propiedad no se recupera del todo en tanto no se *restituya*. En cuanto a la protección de terceros, no veo ningún inconveniente en que estos puedan seguir adquiriendo de un propietario a partir del momento de la resolución; otra cosa es si su posición resulta más o menos tutelable, en función de su buena fe, como explicaré en el punto IV de este capítulo [82].

2.2 La rescisión

Un debate similar al de la resolución se ha dado en la rescisión por lesión. De un lado, se ha considerado que, a diferencia de la nulidad, en la rescisión no se da el efecto retroactivo real, ya que el negocio rescindido no pierde por ello su primitiva condición de válido [83]. Por esta razón, y en línea con lo explicado, la usucapión tampoco juega ningún papel aquí, si el que transmitió era dueño [84]. De otro lado, se ha defendido que, si bien la rescisión origina la obligación de devolver las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses (art. 1295 I CC), no se da el efecto retroactivo real ni es necesaria una «retroentrega» para producir el efecto de recuperación de la propiedad por quien la entregó [85]. Los argumentos vertidos para la resolución son extrapolables *mutatis mutandis* a la rescisión. De este modo, cabe concluir que la rescisión, una vez declarada, no opera una readquisición real y retroactiva de la cosa transmitida en su virtud, sino que origina una obligación de retransmitir [86]; obligación que, por sí sola, no altera la transmisión real efectuada. Esto es, la rescisión sirve únicamente como título para la reentrega.

---

[81] En este sentido destaca, a mi juicio, la opinión de Dell'Aquila, 1981, p. 202, para quien, si el Derecho español solamente otorga al contrato fuerza obligatoria, como fuente de obligaciones, su resolución únicamente puede engendrar obligaciones, pero no efectos reales.

[82] Sobre la eficacia de la restitución frente a terceros, *infra*, en este capítulo, IV.

[83] Es la posición mayoritaria De Castro y Bravo, 1967, párr. 597; Moreno Quesada, 1995, p. 203; Rodríguez Rosado, 2013, p. 243. En este grupo se debe situar también a Díez-Picazo y Ponce de León, 2008b, vol. III, pp. 893-895. Véase la bibliografía extendida de este autor sobre el particular *supra* en nota 39.

[84] Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, pp. 656-657.

[85] En este sentido, Morales Moreno, 1972, p. 276.

[86] En este sentido, contraponiendo la rescisión del Código civil a la del antiguo artículo 325 CCCat, que eximía de la restitución de frutos e intereses, Álvarez Vigaray y De Aymerich de Rentería, 1989, p. 142. También, Quicios Molina, 2020, p. 1736.

3. El funcionamiento de la readquisición de la propiedad con la restitución

Para la retransmisión de la propiedad en la restitución tendrán cabida las mismas formas que permiten la *traditio*. En cuanto al justo título, este vendrá constituido por el mismo contrato que fracasa y que, como relación obligatoria, no se extingue por completo [87]; e irá unido a la declaración de contratante que ejercita la acción de desvinculación de que se trate (anulación, rescisión, resolución o desistimiento unilateral) [88]. Eventualmente, dicha declaración podrá venir cubierta por la propia sentencia judicial que declare, en su caso, la desvinculación [89]. Pero es un complemento no imprescindible a efectos retransmisivos. En la resolución, se ha superado desde hace tiempo la idea de que el ordenamiento español requiere su declaración judicial [90]. Y, para la anulación, las más modernas orientaciones se inclinan también por su desjudicialización a partir de una idea de autotutela del contratante perjudicado [91].

4. Concurso de acreedores, embargo del bien a restituir y riesgos restitutorios

La consistencia de la posición defendida (eficacia no obligacional de la restitución por desvinculación contractual) debe testarse a propósito del concurso del deudor de la restitución, estando la cosa a restituir en su poder, y del embargo de ese mismo bien.

4.1 Concurso de acreedores del deudor restitutorio

El concurso del deudor restitutorio nos coloca ante la problemática de la desvinculación de contratos de *tracto único*, como la compraventa, y los efectos de esta en este contexto. El funcionamiento de la restitución por desvinculación contractual en un entorno de concurso requiere acudir a los prin-

---

[87] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

[88] Monfort Ferrero, 2000, pp. 330 y ss.

[89] En ese caso, la justa causa de la restitución constituirá una suerte de *causa iudicati*, similar a la considerada en el Derecho romano. *Supra*, Capítulo 1, II. 1.3.

[90] Clemente Meoro, 1998, pp. 132 y ss.; Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, pp. 840 y ss.; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1731; Rodríguez Rosado, 2013, pp. 139-142; San Miguel Pradera, 2004, p. 30.

[91] En este sentido, véase Jerez Delgado, 2011, p. 72; Morales Moreno, 2011a pp. 402 y 409.

cipios restitutorios generales, que se vienen estudiando [92]. La materia ha sido abordada, fundamentalmente, a propósito de la resolución, por venir previstas sus consecuencias en la ley concursal [93] (cfr. arts. 61 y 62 LC 2003; arts. 160 a 163 LC 2020). Por eso, me apoyaré en ella. Sin embargo, la unicidad de la restitución de prestaciones y el efecto obligacional *ex tunc* de los expedientes de desvinculación analizados permite extender las conclusiones a los casos de nulidad [94] o de rescisión. De acuerdo con lo expuesto, defenderé que, si el bien a restituir se incluye en la masa activa del concurso, el acreedor de la restitución por desvinculación puede recuperarlo, por tener un crédito contra la masa; y que, de no ser posible su restitución *in natura*, conviene tratar ese supuesto como uno de pérdida de la cosa a restituir que conduce a una restitución del valor. Desde una perspectiva metodológica, es importante comenzar con el contrato que fracasa *con anterioridad* a la declaración del concurso del obligado a restituir.

(a) *Fracaso contractual anterior a la declaración de concurso*

Al ocuparse de los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la anterior Ley Concursal diferenciaba entre los *contratos que habían sido cumplidos íntegramente por una de las partes cuando se declaraba el concurso* y los *contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes* (art. 61 LC 2003). Únicamente para los segundos, preveía la posibilidad de resolver por incumplimiento, con las consecuencias restitutorias que a ello seguían (art. 62 LC 2003). Esta situación dividió a la doctrina, que se planteaba si los contratos cumplidos únicamente por una de las partes podían resolverse; y, por tanto, si podía tener lugar una restitución de la prestación inicialmente entregada por la parte *in bonis*, esto es, la no concursada [95].

---

[92] En este mismo sentido, describiendo la restitución general derivada de la desvinculación como «*un agudísimo problema defectuosamente resuelto por el Derecho de contratos común*» que «*padece también ahora el Derecho concursal*», García Vicente, 2004b, p. 711.

[93] Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En lo sucesivo, las referencias a esta ley, ya derogada, se realizarán bajo las siglas «LC 2003».

[94] No obstante, hay quienes se han planteado la obligación de restitución derivada de la nulidad en caso de concurso (con referencia al artículo 1303 CC), rechazando su inclusión en el elenco de los contratos vigentes con obligaciones recíprocas (art. 61 LC 2003), toda vez que la restitución derivada de la nulidad no constituiría una obligación recíproca; es el caso de, Mendoza Gómez, *LH-Manuel Olivencia*, 2005, p. 2797. Lo planteado en este trabajo permite neutralizar esa afirmación.

[95] Véase Martínez Flórez, *ADCo*, 2008, pp. 59-60.

Los autores asignaban a la resolución contractual un alcance meramente obligatorio y *ex tunc* que obligaba a restituir para recuperar la propiedad trasmitida (es decir, sin efectos jurídico-reales *ex tunc*) [96]. A partir de aquí, la duda era si el contratante *in bonis,* que había anticipado total o parcialmente su prestación, podía *también* resolver el contrato ante un incumplimiento *previo* al concurso, haciendo valer dicho crédito en el concurso y su masa pasiva (art. 61.1 LC 2003) [97]. Un sector respondía afirmativamente, y reconocía que el no concursado que anticipaba su prestación tenía derecho a resolver –y no solo a exigir el cumplimiento– y, con ello, a convertirse en acreedor restitutorio [98].

Con todo, la doctrina mayoritaria [99], así como la jurisprudencia [100], a partir de una lectura conjunta de los artículos 61 y 62 LC 2003, se mostraba contraria a esta posibilidad, al entender que el contrato seguía pendiente de cumplimiento por el deudor concursado. Por eso, este no podía convertirse en deudor de la restitución, como consecuencia de la resolución. Para fundamentar esta posición se aludía a la complicación que supondría tener que comuni-

---

[96] En general, existía amplio consenso en que la LC no autorizaba al contratante *in bonis* a resolver, si se confería a dicha resolución efectos jurídico-reales, es decir, si se consideraba que la resolución abrogaba *ex tunc* la propiedad que había sido inicialmente transmitida. De acogerse esta perspectiva, el no concursado (acreedor restitutorio) devendría automáticamente propietario desde la resolución y podría recuperar la cosa inicialmente transmitida, mediante el ejercicio de un derecho de separación (art. 80 LC 2003); ello permitiría al acreedor «escapar» del concurso, lo que se considerada inaceptable. En este sentido, Bermejo Gutiérrez, 2002, p. 391; Clemente Meoro, *ADCo*, 2007, p. 205; Martínez Flórez, *ADCo*, 2008, p. 61; Mendoza Gómez, *LH-Manuel Olivencia*, 2005, pp. 2801-2803.

[97] Ello porque la resolución, al tener eficacia meramente obligacional, solo daría lugar al nacimiento de un derecho de crédito a la restitución de lo entregado. Ese derecho de crédito a la restitución se incluiría en el artículo 61.1, según el cual «*en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso*».

[98] Era la posición adoptada, con anterioridad a la LC 2003, por Bermejo Gutiérrez, 2002, pp. 392-393. Y, posteriormente, bajo la LC 2003, García Vicente, 2004a, p. 698. Este autor no encuentra razón alguna para afirmar que el artículo 61.1 LC elimine la posibilidad de resolver el contrato por el contratante cumplidor, toda vez que los efectos de la resolución –indemnizatorios y restitutorios– se acompasan con la propia calificación concursal del crédito.

En similar sentido, Carrasco Perera, 2009, pp. 184-185. Este autor considera que la remisión del artículo 62.1 LC 2003 es a cualquier contrato bilateral, que son los resolubles, sin mayor requisito.

[99] Así, Antón Sancho, 2018, pp. 82-83; Clemente Meoro, *ADCo*, 2007, pp. 205-206; Martínez Flórez, *ADCo*, 2008, pp. 63-65; Mendoza Gómez, *LH-Manuel Olivencia*, 2005, p. 2804; Moreno Sánchez-Moraleda, 2010, pp. 140-143; Rodríguez Rosado, 2013, p. 258.

[100] Es el parecer, ampliamente citado, del AJmer núm. 1 Bilbao 1 de septiembre de 2005 (MP: Rodríguez Achutegui; AC 2005/1563), confirmado posteriormente por la SJmer núm. 7 Madrid 26 de octubre de 2007 (MP: Senent Martínez; JUR 2008/357098). Con anterioridad a la LC 2003, el TS mantenía esta misma posición. Icónica es aquí la STS, 1.ª, 2 de enero de 1978 (MP: Prieto Delgado; Cendoj ROJ: STS 4109/1978): el vendedor de un contrato de compraventa de mercancías había declarado resuelto este, por impago del precio del comprador, que poco después entró en quiebra. El TS declaró que el artículo 1124 CC no podía ser tenido en cuenta, de manera aislada, respecto a los artículos 908 y 909 CCo. Por tanto, el acreedor-vendedor había de quedar sometido a la ley del dividendo (CDO 1.º).

car este (segundo) crédito restitutorio (que sigue a la pretensión de cumplimiento inicial). Junto a ello, se apuntaba a una conculcación de la *par conditio creditorum* y los fines del propio concurso, por la vía de resoluciones individuales de quienes contrataron con el concursado y vieron incumplido su contrato antes del concurso. Por eso, se negaba al contratante *in bonis* la posibilidad de resolver.

El actual texto refundido parece haber asumido la última de las corrientes descritas, al establecer que «*declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso solo podrá ejercitarse si el contrato fuera de tracto sucesivo*» (art. 160 LC 2020). Para los contratos traslativos, la resolución se excluye, y con ello la posibilidad de una restitución obligacional. El derecho del no concursado se limita a una pretensión de cumplimiento en la masa pasiva del concurso (cfr. art. 157 LC 2020).

La opinión doctrinal mayoritaria, cristalizada en la actual legislación, merece algunas críticas. No se entiende por qué se rechaza aquí la posibilidad de resolver, pero se permite cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso (arts. 62.1 LC 2003 y 161 LC 2020) [101]. Máxime si se tiene en cuenta que la consecuencia es que el contratante *in bonis* adquiera una pretensión de cumplimiento (en el supuesto que aquí se analiza: que el concursado pague el precio de la cosa comprada) a satisfacer como crédito concursal. Lo mismo debería suceder con la pretensión restitutoria, en caso de resolución. Y es que si se admite –como hacen los autores que rechazan la resolución aquí [102]– que la resolución no atribuye a la parte no concursada una mejor posición, no se entiende bien por qué se neutraliza para los incumplimientos anteriores.

A mi juicio, el problema ha radicado en una inadecuada concepción de la restitución contractual por desvinculación y su relación con el concurso, como evento que, en últimas, provoca una alteración restitutoria. Ese debe ser el punto de partida del análisis.

---

[101] Una crítica similar fue la vertida por Carrasco Perera, 2009, pp. 143-144. Este autor se pregunta por qué puede resolver cada contratante de un contrato bilateral pendiente de cumplimiento por ambas partes, pero no si se trata de un vendedor que entregó al quebrado el dominio de la cosa, y espera que le paguen. Y se volvía a preguntar: «*¿Por qué ha de poder resolver un vendedor cuando no entregó siquiera el dominio, y el comprador no paga, y no ha de poder hacerlo el que cumplió su obligación, cuando el comprador no paga? Se dirá: porque en el primer caso, el vendedor se libera de su propia obligación. Pero la explicación no tiene sentido, pues este vendedor ya dispone de la excepción de incumplimiento contractual a tales efectos, y no podrá ser obligado nunca a la entrega de la cosa al concursado incumplidor*».

[102] Martínez Flórez, *ADCo*, 2008, p. 63.

(b) *La inclusión del bien a restituir en la masa activa como alteración restitutoria*

Declarado el concurso, la integración de un bien en su masa activa (arts. 192 LC 2020 y 76 LC 2003) constituye una transmisión –o, al menos, admite equipararse a ella–, en la medida en que la masa activa representa un patrimonio especial, independiente del deudor insolvente, y cuya función es la satisfacción de los acreedores [103]. Estaríamos, pues, ante un caso de pérdida jurídica [104]. La masa activa del concurso sería considerada entonces como un «tercer adquirente» del bien, sin que esto signifique reconocer una personificación de esta [105], pues la inclusión del bien la realiza la administración concursal. Dicho esto, la cuestión es qué sucede desde el punto de vista restitutorio.

Si la eficacia retroactiva de los expedientes de desvinculación manejados fuera real, no habría mayor problema, pues el que transmitió el bien (ahora, acreedor restitutorio) sería propietario y podría ejercer un derecho de separación sobre un bien que, estando en el patrimonio del concursado, es de propiedad ajena (art. 239 LC 2020) [106]. Ello, porque el derecho de separación que reconoce la normativa concursal es siempre *ex iure domini*. Pero ya hemos dicho que la resolución –así como el resto de los expedientes– presenta una eficacia obligacional *ex tunc*, que requiere de la restitución para recuperar la propiedad. Este hecho impide al acreedor restitutorio recuperar limpiamente el bien de la masa activa [107], pues carece de un derecho de separación [108].

Evaluar la incorporación del bien por restituir a la masa activa como un supuesto de «pérdida jurídica», que impide la restitución *in natura*, obliga a preguntarse qué parte debe pechar con ese riesgo [109]. En este sentido, el concurso puede ser calificado como fortuito o culpable (art. 441 LC 2020) [110]. En ambos casos, el riesgo de «pérdida jurídica» de la cosa como consecuencia de su inclusión dentro de la masa activa tendrá que ser soportado por el deudor restitutorio concursado (arts. 1307, 1314 I y 1488 CC), pues la falta de solven-

---

[103] Tirado Martí, 2004, sec. I.2.

[104] Esta idea es coherente con la continuación del ejercicio de la actividad empresarial o profesional del deudor concursado (arts. 111 LC 2020 y 44 LC 2003). Principio –el de no interrupción de la actividad– que inspiraba la LC 2003, como medio para una mejor consecución de los intereses crediticios en el concurso. Así, Moreno Sánchez-Moraleda, 2010, p. 182.

[105] Tirado Martí, 2004, sec. I.2.

[106] Véase Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, n. 67.

[107] En este sentido, para la resolución, Carrasco Perera, 2017, cap. 22/42.

[108] Véase, en este sentido, Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, n. 57.

[109] *Supra*, Capítulo 6, III. 2, sobre la distinción entre causa de la desvinculación y causa de la pérdida.

[110] Por oposición al fortuito, se define al culpable como aquel en cuya generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor (art. 442 LC 2020).

cia que desemboca en el concurso como alteración restitutoria es responsabilidad suya [111]. Que el deudor restitutorio –ahora concursado– asuma ese riesgo significa que queda obligado a prestar el valor de la cosa; lo que no depende de que solo la parte no concursada (acreedora de la restitución) haya realizado su prestación. Así se acercan las soluciones entre la desvinculación anterior o posterior a la «pérdida jurídica», esto es, el concurso.

(c) *Fracaso contractual posterior a la declaración de concurso*

El artículo 62.1 LC 2003 no impedía la resolución de los contratos incumplidos por cualquiera de las partes con posterioridad a la declaración de concurso [112]. Esta norma partía de que –al no afectar la declaración de concurso a la vigencia de los contratos bilaterales, manteniéndose las facultades de las partes (art. 61.2 LC 2003)– cualquiera de las partes podía instar la resolución del contrato, aun declarado el concurso, si había incumplimiento posterior [113]. Respecto a las obligaciones vencidas, lo más que determinaba el artículo 62.4 LC 2003 era que, si el incumplimiento era anterior a la declaración de concurso, el crédito del acreedor que hubiera cumplido se trataba como *crédito concursal*; y si el incumplimiento era posterior, el crédito se satisfacía *con cargo a la masa*. Además de ser tildada de insuficiente [114], esta regulación no ofrecía respuesta a la restitución derivada de la resolución de contratos de tracto único ejecutados por uno o ambos contratantes e incumplidos tras el concurso. Desde luego, la norma no se refería a una restitución recíproca de las prestaciones, ni a nada que se le pareciese [115]. Hasta donde se me alcanza jugaban, por lo menos, dos (o tres) alternativas.

(aa) Una consistía en reconocer un derecho especial de separación a favor del contratante *in bonis*, ahora acreedor de la restitución, extrayendo así

[111] Véase, en este sentido, García Vicente, 2004b, pp. 711-712.

[112] Esta regulación se refería expresamente a los de tracto único, pues los de tracto sucesivo, de los que no me estoy ocupando, se podían resolver «*también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso*» (art. 62.1 *in fine* LC 2003).

[113] Moreno Sánchez-Moraleda, 2010, p. 249.

[114] Por referirse exclusivamente a la hipótesis de incumplimiento del concursado (y no de la parte *in bonis*) y no pronunciarse, en materia restitutoria, sobre la suerte de las pretensiones secundarias de restitución, como los frutos y los intereses. En este sentido, Martínez Flórez, *ADCo*, 2008, p. 72. También, García Vicente, 2004b, p. 710.

[115] Más bien parecía circunscribirse, en lo que respecta a las obligaciones vencidas, a los efectos de la resolución en contratos de tracto sucesivo. En este sentido, Martínez Flórez, *ADCo*, 2008, p. 87. También, Moreno Sánchez-Moraleda, 2010, pp. 307-308 y 3143-315; con posterioridad, Antón Sancho, 2018, p. 162.

del concurso el derecho de este a ver restituida su prestación. Esta postura se basaba en la eficacia jurídico-real *ex tunc* de la resolución, que autorizaba al resolvente a ejercitar, como propietario, el *ius separationis*, pues el título del adquirente concursado caía con el fracaso del contrato [116].

(bb) Una segunda orientación –con posiciones más o menos apegadas a la literalidad del artículo 62.4 LC 2003– consideraba que el derecho de la parte no concursada a obtener la restitución de la prestación había de sustanciarse como un crédito *contra la masa* (cfr. art. 84.2 6.º LC 2003), produciéndose la restitución *in natura* [117]. Una solución en estos mismos términos ya había sido perfilada por la jurisprudencia, para los casos de *nulidad*. Ante ellos, la deuda restitutoria no se consideraba como un crédito concursal, sino como un *crédito contra la masa* [118]. Así, el acreedor restitutorio se encontraría en una posición bastante favorable para recuperar, vía restitución contractual, la propiedad del bien entregado y que ingresó a la masa activa del concurso.

(cc) Bastante cercana a la orientación anterior se situaba otra según la cual el derecho a la restitución de la cosa a favor de la parte *in bonis* se transformaba en el derecho a percibir una *cantidad de dinero*, que a su vez se reputaba crédito *contra la masa* [119]. Es decir, de acuerdo con esta postura, la restitución a la que tendría derecho el acreedor de la restitución no concursado sería por equivalente, pero no *in natura* [120].

---

[116] Esta opinión puede encontrarse en Carrasco Perera, 2009, pp. 184-185.

[117] Clemente Meoro, *ADCo*, 2007, p. 216; Martínez Flórez, *ADCo*, 2008, pp. 87-89; Moreno Sánchez-Moraleda, 2010, pp. 308-309; Antón Sancho, 2018, p. 163.

[118] Es el caso de la STS, 1.ª, 24 de marzo de 2006 (MP: Corbal Fernández, RJ 2006/5655). Se resolvía un supuesto de nulidad de una compraventa por aplicación del derogado artículo 878 CCo, según el cual todos los actos de dominio del quebrado posteriores a la época a que se retrotrajesen los efectos de la quiebra eran nulos. Las partes –dos sociedades– habían celebrado un contrato de compraventa de una finca por un precio, anulándose dicho negocio por aplicación del precepto citado. La sociedad quebrada había actuado como vendedora de las fincas y la sindicatura de la quiebra interpuso demanda interesando la restitución de la finca entregada con sus frutos. En su sentencia, la Sala 1.ª ordenó que esa restitución derivada de esta clase de nulidad en el concurso debía operar de manera sinalagmática y recíproca, por aplicación de la lógica del artículo 1303 CC. En este sentido, la sentencia –apoyándose en otras que cita: SSTS, 1.ª, 11 de febrero de 2003 (MP: Corbal Fernández, RJ 2003/1004), 13 de diciembre de 2005 (MP: Montés Penadés, RJ 2006/328)– sentó la doctrina de que, tratándose de la nulidad de un contrato sinalagmático con prestaciones recíprocas, la restitución igualmente recíproca *ex* artículo 1303 CC no afecta a la «*par condicio creditorum*»; y dicha restitución debe ser tratada como una deuda de la masa.

[119] Mendoza Gómez, *LH-Manuel Olivencia*, 2005, p. 2822.

[120] Semejante aproximación se defendía, también desde la imposición de cómputo *en dinero* de los créditos que integran la masa pasiva del deudor concursado (arts. 267.1 LC 2020 y 88.1 LC 2003). En este sentido, García Vicente, 2004a, p. 698. El autor considera que la aplicación del artículo 88 LC 2003 impide lograr «*a través de la restitución un efecto semejante al que se obtendría ejercitando un derecho de separación*». Sin embargo, echar mano del artículo 88 LC 2003, como argumento definitivo, es algo endeble, pues esta norma (así como el actual artículo 267.1 LC 2020) se refieren al valor en dinero solo a los efectos de cuantificación de la masa pasiva, pero sin modificar la naturaleza misma del crédito. En este sentido, Antón Sancho, 2018, p. 83.

(d) *Toma de posición*

El mejor entendimiento para el crédito restitutorio a favor del contratante no concursado –acreedor de la restitución– pasa por una combinación de las dos últimas posiciones. El crédito restitutorio derivado de la desvinculación contractual posterior al concurso se debe clasificar como crédito contra la masa. Producida la desvinculación, este contratante tendrá una pretensión restitutoria en el marco de la relación obligatoria de restitución que surge [121] y que se debe reproducir en el marco del concurso [122]. A pesar del concurso, la restitución habrá de tener lugar *in natura*, toda vez que el crédito de la parte *in bonis* a la restitución de la prestación (el bien) entregada constituye un crédito contra la masa [123]. Ahora bien –y como se ha anticipado–, la incorporación del bien que entregó a la masa activa del concurso es una pérdida jurídica [124], en cuyo caso la restitución se canaliza a través del valor (arts. 1307, 1314 I y 1488 CC), por ser la pérdida imputable al deudor o fortuita [125]. Es lo que sucederá, si la particular prelación del concurso impide al acreedor recuperar la cosa *in natura*. En ese caso, el valor se corresponde con el valor objetivo de la cosa a la fecha de la declaración de concurso que es, a estos efectos, la fecha de «pérdida» (cfr. arts. 267.3 LC 2020 y 88.3 LC 2003) [126].

Esta manera de ubicar la restitución por desvinculación dentro del concurso encuentra, a mi juicio, acomodo en la propia ley. El actual texto de la ley concursal considera créditos contra la masa a los créditos que resulten de obligaciones de restitución en caso de *resolución en interés del concurso* o por incumplimiento posterior a la declaración de este (art. 242 9.ª LC 2020; cfr. 84.2 6.ª LC 2003). Por lo que se refiere a la nulidad, creo que hay que entender que los créditos que resulten de obligaciones de restitución en caso de *nulidad* también se incluyen aquí, al entender técnicamente la ley –y la jurisprudencia– que esta obligación nace de la ley (cfr. art. 242 13.ª LC 2020 y, antes, art. 84.2 10.º LC 2003) [127]. Así considerados, no veo mayor obstáculo en que esos créditos restitutorios contra la masa se articulen después con arreglo a la estructura de la restitución, que no se regula materialmente en la ley concursal, sino en el Código civil.

---

[121] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

[122] Véase Moreno Sánchez-Moraleda, 2010, pp. 299 y ss.

[123] En este sentido, Clemente Meoro, *ADCo*, 2007, p. 216; Martínez Flórez, *ADCo*, 2008, p. 78.

[124] Y así será, sobre todo, si la cosa hubiera quedado afectada al pago de otro crédito (cfr. arts. 249 y 250 LC 2020)

[125] *Supra*, Capítulo 7, III. 1.1 y 1.2.

[126] Y así sucederá principalmente en los casos de resolución: *Supra*, Capítulo 7, V. 1.2.

[127] Por más que esta conceptuación de la obligación de restitución derivada de la nulidad sea materialmente errónea: *supra*, Capítulo 6, III. 2.1 (c).

La consecuencia defendida (el crédito restitutorio es contra la masa y se ha de satisfacer, bien *in natura*, bien por su valor, si se aprecia una pérdida jurídica) puede dejar ciertamente desprotegido al acreedor restitutorio, que desee recuperar la cosa integrada en la masa del concurso. Ello en la medida en que la masa activa se considera un tercer adquirente del bien. Sin embargo, el sistema español ofrece al acreedor restitutorio una posibilidad extraordinaria de recuperar la cosa, por medio de la acción de restitución y la doctrina del *ius ad rem*, que veremos en el último epígrafe de este capítulo.

4.2 Embargo

Supongamos ahora que el bien entregado en virtud del contrato que fracasa es embargado del patrimonio del adquirente, deudor de la restitución. El embargo o traba de este no constituye, jurídicamente, una pérdida de la propiedad por el deudor restitutorio. Sus efectos son afectivos (cfr. art. 613.1 LEC). Antes de la traba, lo más que el embargo atribuye al ejecutante es un derecho de realización del valor de los bienes embargados [128]. Por eso, el embargo es un acto procesal de naturaleza ejecutiva que crea una situación particular sobre el bien objeto de traba [129]. Esto significa que la traba del bien no convierte al acreedor ejecutante en un tercer adquirente [130]. Ahora bien, que no se produzca una eficacia verdaderamente «real» sobre el bien no significa que su afección a la ejecución no admita asimilarse, en la práctica, a una pérdida jurídica –bien que «diferida»– de la cosa, si finalmente se confirma la ejecución. Ello en atención al particular estatus que se confiere al bien desde ese momento.

El embargo crea una situación jurídica que aleja el bien del patrimonio del deudor ejecutado y lo prepara para ingresar en otro [131]. Se hace con el fin de permitir que el acreedor ejecutante se cobre su deuda (cfr. art. 594.1 LEC); lo que explica que la ley tome en cuenta la eventual no pertenencia del bien al ejecutado y conceda al verdadero titular el ejercicio de la tercería de dominio (arts. 595.1 y 601 LEC).

La tercería de dominio constituye una herramienta a disposición del propietario de un bien trabado dirigida únicamente al alzamiento del embargo

[128] Vegas Torres, 2001c, p. 1072.

[129] Cordón Moreno, 2011a, sec. 1.d; Fernández-Ballesteros, 2001, p. 280, 296 y.

[130] De hecho, el embargo no priva al ejecutado de la posibilidad de disponer de los bienes embargados: Vegas Torres, 2001c, p. 1074.

[131] En este sentido, Fernández-Ballesteros, 2001, p. 281 tiene dicho que «*aun cuando el embargo no transforme el derecho material del acreedor ejecutante, ni impida la transmisión de los bienes, sí produce una limitación de carácter procesal al poder dispositivo del deudor sobre los bienes trabados*».

(art. 601.1 LEC). Está legitimado para interponerla quien afirme ser dueño de un bien embargado (art. 595.1 LEC). Es pacífico que la tercería de dominio no constituye una acción reivindicatoria [132]. En la tercería, la titularidad dominical del tercerista se aborda no a los efectos de que este recupere la posesión, sino simplemente para paralizar el embargo que tiene lugar. La ley descarga todo el peso del alzamiento del embargo sobre el titular dominical del bien objeto de este; tanto es así que su inactividad –el no ejercicio de la tercería en tiempo y forma– produce que un tercero –rematante o adjudicatario– adquiera el bien de forma irreivindicable (art. 594.1 LEC) [133], pues la ley rituaria no quiso sancionar con una nulidad de pleno derecho el embargo de bienes no pertenecientes al ejecutado [134].

Lo expuesto permite averiguar cómo afecta el embargo a la restitución contractual. Si la desvinculación tuviera efectos reales, el acreedor de la restitución podría ejercitar siempre la tercería de dominio, al entenderse que nunca dejó de ser propietario. Pero este efecto contraría que el deudor de la restitución y embargado adquirió la propiedad de la cosa gracias a la *traditio* (y al contrato), con todos los efectos que ello conlleva, incluido el que esta pudiese servir para cubrir una deuda en fase de ejecución. Permitir en todo caso una tercería del acreedor restitutorio tras el fracaso del contrato, mediante la ficción de que nunca se perdió la propiedad (eficacia real), desnaturalizaría en gran medida el sentido económico de la incorporación del bien al patrimonio del adquirente, que entre otras cosas se puede traducir en un embargo. Por eso, resulta más coherente explorar la dinámica del embargo desde la tesis aquí defendida y diferenciar según el momento en que se produzca la traba del bien.

(a) Cuando la desvinculación es posterior al embargo del bien, la ejecución podría llevarse a término porque el primer transmitente no estaría legitimado para ejercer la tercería (el embargo sería de fecha anterior). La razón descansa en que la ley procesal exige que, en el momento de la traba, los bienes no pertenezcan al ejecutado [135]; condición que no se cumple en esta hipótesis (porque la sola desvinculación no hace recuperar la propiedad [136]). Devi-

---

[132] Cordón Moreno, 2011b, sec. 2; Fernández-Ballesteros, 2001, pp. 298 y ss.; Mondéjar Peña, 2008, pp. 377-378.

[133] Cordón Moreno, 2011c, sec. 1.

[134] Vegas Torres, 2001a, p. 1033. Ello es fruto de una previa decisión de política legislativa, en la que se primó un proceso de ejecución «limpio» y no tan fácilmente paralizable por el deudor o los terceros; en este sentido Fernández-Ballesteros, 2001, pp. 291-292.

[135] Véase Fernández-Ballesteros, 2001, p. 303. También, Vegas Torres, 2001b, p. 1038. Véase, también, sobre el embargo de una cosa sobre la que otro sujeto tiene derecho a la entrega, Mondéjar Peña, 2008, pp. 395-397.

[136] Si no se ejercita en tiempo y forma la tercería de dominio, una vez consumada la enajenación, la eficacia del embargo como acto legitimador no se puede destruir. En este sentido, Gordillo Cañas, 2011, pp. 1294 y 1303; Vegas Torres, 2001b, p. 1034.

niendo irreivindicable el bien, se consumaría la pérdida jurídica de este, iniciada procesalmente con el embargo. En cualquier caso, el deudor de la restitución ejecutado tendría que restituir el valor de la cosa embargada, pues se trataría de una pérdida culpable o fortuita (arts. 1307, 1314 I, 1488 y 1295 III CC).

(b) Cuando la desvinculación es anterior a la traba (y esta se produce), el primer transmitente podrá ejercitar la tercería de dominio. Aunque no puede decirse aquí que el acreedor de la restitución recupere *ipso facto* la propiedad, tampoco puede decirse totalmente que el rematante lo haga. En esta colisión, merece más protección la posición del primero. No en vano, la relación obligatoria restitutoria que se genera antes del embargo impone que el bien solo se pueda retransmitir a favor del acreedor restitutorio. Por eso, es coherente que pueda ejercer la tercería [137]. Una vez estimada la demanda de tercería y alzado el embargo, podrá tener lugar la restitución *in natura* del bien (arts. 1303 y 1295 I CC). De no ejercitarse la tercería en tiempo y forma, el acreedor restitutorio tendría disponible la acción por el valor (art. 1307 CC) [138].

Igual que sucede en los casos de concurso, la consecuencia defendida para el embargo del bien a restituir dificulta la recuperación de la cosa por el acreedor restitutorio (sobre todo, si el embargo es previo). Sin embargo, el sistema se equilibra mediante la posibilidad de que el acreedor restitutorio ejercite con éxito la acción restitutoria frente al tercero embargante de mala fe, en aplicación de la doctrina del *ius ad rem*, que veremos en el último epígrafe de este capítulo.

5. **Recapitulación y conclusión parcial**

La desvinculación contractual (nulidad, rescisión, resolución y desistimiento) tiene una eficacia retroactiva obligacional, y no real. Esto significa que el fracaso del contrato no produce, por sí mismo, la recuperación automá-

---

[137] Ello dentro de una concepción amplia de la idea de dominio, que permite incluir en la tercería «las expectativas de contenido patrimonial, jurídicamente protegibles, y que podrían ser lesionadas con el embargo» (Fernández-Ballesteros, 2001, p. 301). Véase, igualmente, Mondéjar Peña, 2008, pp. 395-397.

[138] Para el embargo de bienes no pertenecientes al ejecutado que pasan al rematante o adjudicatario de manera irreivindicable, el artículo 594.2 LEC da pie a acciones «*de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación*». La doctrina entiende que, en este caso, el *verus dominus* (en nuestro caso, el acreedor de la restitución), dispone de la vía del enriquecimiento injusto para reclamar, «*al ver extinguida una deuda mediante la venta de un bien que no era suyo*» (Vegas Torres, 2001b, p.1036). A mi juicio, la vía es más bien la de la restitución del valor del bien al tiempo de perderse, es decir, al tiempo en que fue adquirido por el rematante o adjudicatario. Véase, en este sentido, *ibid.*, pp. 503-504.

tica de la propiedad por el acreedor restitutorio, sino que genera únicamente un derecho de crédito restitutorio a su favor. La propiedad solo regresa al acreedor restitutorio una vez se materializa la entrega. En el sistema español, abona esta conclusión la presencia de la *traditio*. Este resultado se compadece a su vez con concebir la restitución contractual como una relación obligatoria, que funciona en todos los casos de desvinculación. En todos ellos, la consecuencia desde el punto de vista real es la misma, incluida la nulidad. Lo contrario supondría tratar mejor, desde el punto de vista de los efectos jurídico-reales, al vendedor que «engaña» al comprador que a aquel que entrega una cosa no conforme con el contrato. ¿Es razonable conceder en unos casos una acción real y en otros una meramente personal? [139] Tengo por seguro que la respuesta es negativa.

La orientación defendida en este epígrafe se corresponde con los más recientes postulados del Derecho europeo uniforme donde, por razones de utilidad práctica y de interpretación autónoma de los convenios, se prefiere descartar cualquier eficacia real *ex tunc* en la desvinculación, con el fin de evitar el ejercicio de acciones como la reivindicatoria para la liquidación de contratos sinalagmáticos [140].

No es sencillo determinar cuál es la posición de la Sala 1.ª del TS en relación con esta cuestión. De obligada cita es, sin embargo, la STS, 1.ª, 2 de octubre de 2006 [141].

> En 1977, se habían adquirido unas fincas en virtud de un contrato privado de compraventa. El vendedor había adquirido, en 1974, su derecho a partir de una relación fiduciaria antecedente, resuelta tras la segunda compra por efecto de una cláusula resolutoria, que se quiso ejecutar en 1986. La Sala 1.ª declaró que los efectos de la resolución eran «*ex tunc*», pero sin pronunciarse sobre si esa eficacia era real u obligacional. Simplemente consideró que la segunda venta fue «*concertada por quien, como propietario de la finca, tenía poder de disposición* […], *en favor de un tercero ajeno al negocio fiduciario*». En este sentido, consideró al tercer adquirente de buena fe (arts. 1124 IV y 1295 III CC). Por eso, lo mantuvo en su adquisición.

---

[139] Véase, en este sentido, Arnau Raventós, 2018, pp. 257-258.

[140] En general, véase Hellwege, 2018c, pp. 1389-1390; del mismo autor, 2018d, p. 1416. Véase, refiriéndose a la necesidad de una interpretación autónoma del artículo 81 CISG, Fountoulakis, 2019a, párr. 10. En el mismo sentido, refiriéndose al DCFR, Arnau Raventós, 2018, pp. 255 y ss. Y aludiendo al Capítulo 17 CESL, en la misma línea, Wendehorst, *European Parliament*, 2012, p. 11. De este modo, se aboga por entender que la existencia de deberes recíprocos de restitución resulta incompatible con el hecho de que la desvinculación (incluida la nulidad) produzca efectos reales *ex tunc*, así, por ejemplo, refiriéndose al artículo 3.2.15 PICC, Du Plessis, 2015, p. 541.

[141] FD 4.º (MP: González Poveda; RJ 2006/1700).

El caso revela que la clave de la relación entre restitución, desvinculación y transmisión de la propiedad se encuentra en la posición (y eventual protección) de los terceros [142]; y en su articulación teórica. Para la restitución, en este punto cobra especial importancia una doctrina que complementa al sistema español del título y el modo y que, además, permite dar una adecuada respuesta a los casos de concurso y embargo: el *ius ad rem*.

IV. *IUS AD REM* O EL ALCANCE DE LA RESTITUCIÓN FRENTE A TERCEROS

El alcance de la (acción de) restitución contractual sobre los terceros es el *reverso* de la pérdida jurídica, estudiada en el Capítulo 7. Para ser «jurídica», la pérdida de la cosa tiene que hacer la cosa irreivindicable para el acreedor de la restitución, que en ese caso se conformará con la restitución del valor (arts. 1307 y 1488 CC). El estudio de esta cuestión es relevante, pues las resoluciones no arrojan demasiada luz sobre ella [143]. Lo único que la jurisprudencia parece tener clara es una idea, no menor: que el tercero protegido en su adquisición por el Derecho no es solamente el tercero hipotecario; también el tercero «a secas», cuando es de buena fe [144]. Más allá de ello, las sentencias no se han ocupado, hasta donde se me alcanza, de en qué medida la acción restitutoria personal del acreedor restitutorio puede proyectarse frente a un tercero.

De esta cuestión trata este epígrafe. En línea con la jurisprudencia, demostraré que la posición del tercer adquirente se debe estudiar a partir de su buena o mala fe, en el marco de una doctrina axial para la restitución contractual en derecho español: *el ius ad rem* del acreedor restitutorio. Por esta vía, el

---

[142] En este sentido, González Pacanowska, 2013, p. 8251.

[143] Por ejemplo, la STS, 1.ª, 6 de octubre de 1994 (MP: Villagómez Rodil; RJ 1994/7459). Se trataba de una compraventa de una finca celebrada entre un padre y su hija que fue declarada nula por simulación. La hija había transmitido a su vez una parte de la finca a su esposo y, en la demanda presentada por la madre y una de sus hermanas instando la nulidad, no se solicitó la nulidad e ineficacia de esta segunda venta parcial. El Tribunal Supremo declara que, no siendo posible la restitución total *in natura* del objeto de la compraventa anulada (al interferirse un contrato de disponibilidad que no fue impugnado), «*el reintegro sólo opera sobre lo que la compradora obligada tiene a su disponibilidad*» (FD 3.º). La sentencia resulta paradójica porque considera «perdida» la mitad transmitida a favor del marido de la compradora (pérdida jurídica), pero sin analizar la posición del marido como tercero.

[144] Cabe citar, de nuevo, la STS, 1.ª, 10 de febrero de 2006, citada en nota 63. En el mismo sentido, para la resolución, las STS, 1.ª, 21 de junio de 2002, FD 1.º (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2002/5257), 24 de julio de 1999, FD 3.º (MP: González Poveda, RJ 1999/6356); 6 de junio de 1995, FD 3.º (MP: Albárcar López; RJ 1995/5054), esta última en un caso de venta en garantía de una finca con cláusula resolutoria (estipulada para el caso de impago del precio de otra compraventa), que fue adquirida por un tercero de buena fe en documento privado.

En contra de esta doctrina, Juárez Torrejón, *ADC*, 2018, pp. 1305-1306.

sistema español de restitución contractual se cohonesta con el sistema de transmisión de la propiedad, es decir, el sistema del título y el modo –donde la *traditio* es importante– se equilibra con la relación obligatoria restitutoria, que permite recuperar la propiedad inicialmente transmitida.

1. **Perfil del problema. La teoría de la «cadena de nulidades»**

A partir del brocardo de que «lo nulo no produce efectos», se acudió a la idea de la «cadena de nulidades» para expresar que, como el negocio anulable no produce ningún efecto negocial, la nulidad del contrato genera un «efecto dominó» sobre los negocios posteriores que trajeran causa del primero, que se anula [145]. La práctica totalidad de la doctrina española coincide hoy en lo inadecuado que supone aceptar esta teoría; si bien con algunas excepciones [146]. En general, se considera que el contrato celebrado por quien adquirió de manera inválida no es, a su vez, inválido, solo por ese motivo [147]; se advierte, en la misma línea, de lo irrazonable que supondría, por ejemplo, declarar la nulidad en cadena de todos los contratos derivados del primero que se anula [148]; o se alude al principio de conservación del contrato [149]. No obstante, ningún autor explica por qué la doctrina de la cadena de nulidades es desaconsejable dogmáticamente.

---

[145] Defensor histórico de esta posición fue De Castro y Bravo, 1967, párr. 526. Le siguen, Peña Bernaldo de Quirós, 1999a, p. 98; Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, 2005, pp. 264-265.

[146] Considera que los contratos posteriores que traen causa del nulo «*serán, en principio, nulos*» Quicios Molina, 2020, p. 1613. No obstante, la autora parece poner el límite en reconocer cuándo un contrato posterior trae causa del anterior, y cita algunos ejemplos de contratos bancarios conectados, y celebrados con consumidores. Aun así, su afirmación inicial debería llevarle a concluir que una compraventa nula vicia de invalidez a todas las que le sigan; lo que no parece aconsejable.

[147] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 268. En este sentido, con anterioridad, Delgado Echeverría advirtió de la necesidad de «*poner en guardia contra la idea de que si una venta es nula, los contratos celebrados por el comprador disponiendo de la cosa son asimismo nulos*». A su juicio, la segunda venta no era nula. Y añadía que «*ciertamente, el segundo comprador no habrá adquirido la propiedad por carecer de la misma su vendedor (por lo que estará expuesto a la reivindicación), y en este sentido la venta es ineficaz; pero su título es título válido, de él nacen obligaciones entre las partes y sirve para la usucapión*» («Art. 1303 (Com. Edersa)», cit., sec. III). A mi juicio, en el rechazo de la cadena de nulidades, el autor se da de bruces con su propia concepción de la nulidad (tesis declarativa) y trata de cohonestarla con la validez del segundo contrato. Pero es contradictorio y oscuro –o yo al menos así lo veo– decir que la venta es ineficaz, pero que el título es válido. Aun así, le sigue en este punto, Quicios Molina, 2020, p. 1613.

[148] López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 333-335. Esta autora basa su argumento en los contratos de contratos de abanderamiento, ante los cuales la Sala 1.ª del Tribunal Supremo advierte del «imposible retorno de los efectos de un contrato nulo que ha estado ejecutándose durante años», en atención, entre otros aspectos, a un supuesto enriquecimiento injusto (véase, la STS, 1.ª, 26 de febrero de 2009 (MP: Marín Castán; RJ 2009/1522).

[149] Jerez Delgado, 2011, p. 256.

El rechazo de la doctrina de la cadena de nulidades se explica, porque la nulidad contractual no elimina el contrato por completo, sino que simplemente determina el nacimiento de una relación obligatoria dirigida a la restitución [150]. A ello se suma la no poco importante razón de que quien adquiere en virtud de un contrato que luego se anula no pierde por ello la propiedad, como consecuencia del juego de la *tradición* en nuestro sistema [151]. Por eso, no tiene buen sentido decir que la nulidad de un contrato «contamina» a los que se deriven de él. Si quien adquirió por un contrato transmite lo adquirido a un tercero, lo hace desde una posición impecable, aunque el contrato del que su posición jurídica traía causa se anule después.

La doctrina de la cadena de nulidades indica dónde se encuentra el verdadero problema. No se trata de estudiar en qué medida el fracaso de una relación obligatoria contagia o no a las que de ella se derivan. El problema real, en nuestro sistema, está en la posición del tercer adquirente en virtud del segundo contrato y en qué medida la restitución que se genere en el primero le puede perjudicar.

2. El ejercicio de la acción restitutoria contractual frente a terceros

La doctrina española considera que la restitución derivada de la nulidad no puede perjudicar a terceros, habida cuenta del carácter personal de la acción. En este sentido, entienden que el acreedor restitutorio puede ejercitar siempre la acción reivindicatoria frente al tercero, en la medida en que este adquiere de quien (ya) no es propietario [152]. De acuerdo con esta postura, la posición del tercero solo quedaría protegida cuando se considere que adquirió *a non domino*; lo que parecen limitar a los bienes inmuebles mediante la inscripción registral (art. 34 LH). Además de lo explicado sobre la transmisión de la propiedad pese a la nulidad y la improcedencia de la reivindicatoria [153], esta posición soslaya que el carácter personal de una acción no es obstáculo para que alcance a terceros adquirentes, exigiéndoles la restitución [154].

---

[150] Se ha explicado cumplidamente *supra*, Capítulo 6, II. 2.1.

[151] *Supra*, en este capítulo, III. 1.2 y 1.5.

[152] De Castro y Bravo, 1967, párr. 574; Colás Escandón, 2013d, sec. 2.2; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 270-273; López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 97-101; Peña Bernaldo de Quirós, 1999a, p. 98; Quicios Molina, 2020, p. 1613.

[153] Véase, *supra*, III. 1.

[154] En este sentido, sobre el artículo 1897 II CC, Gullón Ballesteros, *LH-Battle Vázquez*, 1978 p. 380.

Este estado de cosas contrasta con la opinión para la *rescisión* y la *resolución*. Ante ellas se considera, en general [155], que quien adquiere de un sujeto cuyo título de adquirir se rescinde o se resuelve después no ve mermada su posición jurídica, ya que adquirió de un dueño; al menos hasta el momento del fracaso del contrato antecedente [156]. En ambos casos, se entiende procedente la acción restitutoria frente a los terceros, cuando estos son de mala fe (arts. 1295 II y 1124 IV CC).

Creo estar en disposición de ofrecer una respuesta distinta al problema del alcance de la restitución sobre los terceros en todos los casos de desvinculación, coherente con el planteamiento defendido en este trabajo de que *(i)* la desvinculación abre la puerta a una relación obligatoria de restitución; y *(ii)* que la sola desvinculación no abroga, por sí sola, la propiedad que inicialmente se transmitió.

3. **La doctrina del *ius ad rem* y su papel en la restitución contractual**

Producida la desvinculación, el acreedor de la restitución de la cosa tiene, en la relación obligatoria restitutoria, un *derecho de crédito* a que el deudor se la reentregue, recuperando así la propiedad. En el plano jurídico-real, el acreedor restitutorio tiene, además, un «*ius ad rem*», porque no es propietario hasta que se le reentregue la cosa.

3.1 El *ius ad rem*

La transmisión de la propiedad a través de la compraventa se ha enfrentado a la cuestión de la eficacia del derecho del comprador antes de la entrega y si este puede tener efectos frente a terceros [157]. Para definir la posición jurídica del comprador con respecto a la cosa todavía no entregada, cobra importancia el *ius ad rem* (el «derecho a la cosa»).

> Esta institución hunde sus raíces en el Derecho medieval canónico, de donde fue tomada por el Derecho civil, y servía para designar el derecho del comprador de un bien contra el tercer adquirente de mala fe o a título lucrativo

[155] No obstante, considera que la resolución tiene eficacia real *ex tunc*, Carrasco Perera, 2017, cap. 22/42.

[156] De Castro y Bravo, 1967, párr. 574; Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 270; Rodríguez Rosado, 2013, pp. 245-246.

[157] Michaels, 2002, pp. 51-56.

del mismo; en particular, se recurría a esta idea en supuestos de doble venta, para designar la pretensión del comprador frente al vendedor en un sistema basado en la teoría del título y el modo (*traditio*) para transmitir la propiedad [158]. Así entendido, el *ius ad rem* se situaba entre el Derecho de cosas y el Derecho de obligaciones, contraponiéndose al *ius in re*, que designaba la posición inmediata del propietario [159]. Todavía dentro de la etapa medieval, el *ius ad rem* desempeñó un papel importante en la escolástica tardía gracias a su concepción del *dominium*. Autores como Molina o Lessio reforzaron la vinculación del *ius ad rem* con una pretensión (*ius*) sobre una cosa sobre la que tiene un derecho a su entrega, pero sobre la que todavía no se había obtenido su propiedad; ello en contraposición al *ius in re dominium* [160]. El Derecho europeo común posterior mantuvo la doctrina del *ius ad rem* [161], y solo se separó de ella en la etapa de la codificación, bien por reconocer un sistema traslativo consensual (Francia), bien por acudir a motivos económicos y de favorecimiento del comercio en la transmisión de inmuebles (Alemania) [162].

A diferencia de lo sucedido en el resto del continente, el Derecho civil español mantuvo el *ius ad rem*, en el artículo 1473 CC [163]. Para la doble venta, esta norma establece un sistema de prelación en cascada, en función de la buena o la mala fe del tercer adquirente, protegiendo al de buena fe [164]. La idea subyacente es que –en caso de doble venta– el titular de una mera pretensión obligacional de entrega de la cosa puede accionar con éxito frente a un segundo comprador, que *también ha adquirido la propiedad* de la misma cosa, cuando este último conocía que con su adquisición defraudaba la perspectiva adquisitiva del primero. Dicho de otro modo, el *ius ad rem* permite la victoria de un titular obligacional, con una expectativa adquisitiva, sobre otro real ajeno a su contrato [165]. Y, si se entiende que ambos compradores han adquirido la propiedad [166], el *ius ad rem* prefiere al segundo *adquirente* si el

---

[158] Kämper, 2017, pp. 15-16; Michaels, 2002, pp. 107-118; Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, pp. 1705-1710.

[159] Michaels, 2002, pp. 122-124.

[160] Jansen, 2013, pp. 91-92; Kämper, 2017, pp. 24-25; Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, pp. 1710-1712; Tellkamp, 2014, pp. 137-138.

[161] Kämper, 2017, pp. 26 y ss.

[162] Michaels, 2002, pp. 148-174.

[163] *Ibid.*, pp. 189-190; Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, p. 1712; 2019, p. 439; Stadler, 1996, pp. 381 y ss.

[164] Véase Montés Penadés, 2001, sec. C).

[165] Véase Pérez García, 2005, p. 212; Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, pp. 1701-1702; y 2019, pp. 441-442. Del mismo autor, 1998 pp. 137-144.

[166] En este sentido Gordillo Cañas, 2011, p. 1300. El autor afirma que «*en nuestro Derecho, acogido el sistema del título y el modo, la preferencia de la adquisición antes inscrita sobre la anterior seguida de posesión pero no inscrita, vuelve a evidenciar que lo que el segundo párrafo de nuestro artículo 1473 resuelve no es un conflicto entre meros compradores o acreedores de entrega sino una colisión entre propiedades ya adquiridas y recíprocamente incompatibles*».

primero es de mala fe. La buena o la mala fe del adquirente decide, en últimas, sobre la adquisición de la propiedad [167] y determina, en consecuencia, la obligación de restituir la cosa al primer comprador. Conviene apuntar, en fin, que el *ius ad rem* se proyecta exclusivamente sobre el plano jurídico-real (a quién corresponde la propiedad), y no sobre un plano obligacional del que obtener ulteriores consecuencias [168].

3.2 Aplicación de la doctrina del *ius ad rem* a la restitución contractual

En todos los expedientes de desvinculación, el *ius ad rem* explica la eficacia frente a terceros de la restitución que sigue. La diferencia, no menor, es que el *ius ad rem* se recoge expresamente en la regulación de la rescisión y la resolución; lo que no ocurre para la nulidad.

(a) *La rescisión y la resolución*

Los artículos 1295 II y 1124 IV CC excluyen la restitución contractual, cuando las cosas se hallaren «*legalmente en manos de terceros adquirentes que no hayan procedido de mala fe*». En el caso contrario, la acción restitutoria personal alcanza al tercero de mala fe [169]. Por eso, lo que amparan ambos preceptos no es tanto la protección del tercer adquirente de buena fe, sino la desprotección del de mala fe frente a la acción *personal* restitutoria del primer transmitente provocando la pérdida de la propiedad inicialmente adquirida [170]. Es decir, un *ius ad rem* restitutorio.

---

[167] Díez-Picazo y Ponce de León, 2008b, vol. III, pp. 876-877.

[168] En efecto, la doctrina del *ius ad rem* permite decidir sobre la atribución de la propiedad de una cosa a un sujeto que todavía no ha adquirido derecho real sobre ella. Su interés para la restitución en Derecho español es enorme, tan pronto como se admite que la restitución contractual en los contratos traslativos del dominio tiene por objeto la abrogación de la propiedad inicialmente transmitida, retornándose de las cosas al estado antecedente al del contrato. Como veremos, gracias a ella podemos constatar si el deudor de la restitución ha perdido definitivamente la cosa (alteración restitutoria), al haberse convertido en irreivindicable. Ello, en la medida en que la doctrina del *ius ad rem* decide sobre una cuestión anterior –la atribución final de la propiedad. En este sentido, véase sobre todo, Michaels, 2002, pp. 276-281. Pero de la doctrina del *ius ad rem* no se puede extraer ninguna solución dogmática a la cuestión de si, en una doble venta, el comprador tiene derecho o no a la entrega del *commodum ex negotiatione* a favor del comprador ante este incumplimiento del vendedor. De esta última cuestión me he ocupado en Ruiz Arranz, 2022, pp. 1110-1112.

[169] Esta es la solución que, si se recuerda, adoptaba el Derecho romano. *Supra*, Capítulo 1, II. 1.5 (d).

[170] Clemente Meoro, 1998, p. 551; Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, p. 874; Juárez Torrejón, *ADC*, 2018, pp. 1301-1302; Rodríguez Rosado, 2019, pp. 443-446.

Para la resolución, el artículo 1124 IV CC no puede considerarse sino un acierto histórico, al manifestar la imposibilidad de que la restitución *in natura* se produzca en perjuicio de terceros adquirentes de buena fe [171]. Su razón de ser se encuentra en el rechazo a que la resolución destruya el contrato como si nunca hubiera existido [172]; así como a que el sistema de transmisión de la propiedad en Derecho español impide que el adquirente en virtud de un contrato resuelto pierda automáticamente la propiedad [173]. La norma se remite directamente al artículo 1295 II CC.

Para la rescisión por lesión, el artículo 1295 II CC bebe del artículo 1174 P. 1851, el cual constituía, en opinión de García Goyena, una excepción en «*odio de la mala fe, a cuya sombra nadie puede enriquecerse*», frente a la regla general que imponía mantener los contratos en atención al «*orden y reposo público*» y la «*seguridad del dominio de las cosas*» [174]. De los apuntes de García Goyena se pueden extraer varias enseñanzas. La primera es que lo determinante para la protección del tercero es su buena fe. La segunda, que esa buena fe determina una adquisición perfecta y «*a domino*», apreciación sobre la que volveré enseguida. En fin, que la acción restitutoria personal del vendedor se proyecta sobre el tercero de mala fe.

Extender hasta el tercero de mala fe la acción restitutoria se compadece con el principio general del Derecho español por el que únicamente se protege al tercer adquirente de buena fe, ante las acciones personales que afectan a su causante. En la misma situación que al tercero de mala fe se ha de colocar también al adquirente a título lucrativo [175]. Esta particularidad española resulta de utilidad para explicar el significado de la pérdida de la cosa en caso de venta (pérdida jurídica) y, sobre todo, para determinar la extensión de la restitución frente a los terceros, en lo que a la rescisión y la resolución respecta.

---

[171] El artículo 1043 P. 1851 reconocía el mismo principio para la resolución basada en la falta de pago del adquirente de la propiedad, al establecer que, respecto de los bienes inmuebles, «*no surtirá efecto contra el tercero de buena fe, si no ha sido estipulado expresamente e inscrita en el registro público*». Respecto de los bienes muebles la misma norma disponía que «*haya o no habido estipulación espresa, nunca tendrá lugar contra el tercero que los adquirió de buena fe*». García Goyena (1852, vol. III, pp. 81-82) advertía que –para los inmuebles– la resolución por impago obraba siempre contra el comprador, pero que no podía surtir efecto contra el tercero de buena fe, salvo que se le hubiese advertido de que «*no se pagó el precio, y del riesgo que corre en la adquisición*». Tratándose de muebles, apuntaba que la resolución no perjudicaba nunca a los terceros, porque estos no tenían manera de consultar el registro; en tal caso, debía «*culparse a sí mismo el vendedor que los entregó sin ser pagado*».

[172] *Supra*, Capítulo 6, III. 2.4.

[173] Dell'Aquila, 1981, pp. 202-203; Montés Penadés, 1989b, sec. XX; Pintó Ruiz, 1962, pp. 395-396.

[174] García Goyena, 1852, vol. III, p. 187.

[175] Monfort Ferrero, 2000, p. 260; Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, pp. 1717-1718 y 1722; del mismo autor, *ADC*, 2004, p. 105; Clemente Meoro, 1998, p. 551. En general, sobre la denegación de la protección al tercero que adquiere a título gratuito, Rodríguez Rosado, 1998, p. 138.

Para la rescisión y la resolución, la pérdida jurídica *solo se materializa*, cuando las cosas han sido transmitidas a un tercero (que las adquiere *a domino*, eficazmente [176]); y cuando, *además*, este tercero es de buena fe. Únicamente en ese caso se puede hablar de pérdida jurídica en casos de transmisión. Esto significa que al tercero no le afecta la desvinculación del contrato [177], y que la restitución no puede operar ni directa ni indirectamente frente a él [178]. La coherencia valorativa y el enfoque de este trabajo obliga a explicar en qué medida el *ius ad rem* rige para la nulidad.

(b) *La nulidad*

La doctrina del *ius ad rem* resulta igualmente extensible a la nulidad, una vez se admite que la restitución que le sigue no tiene eficacia real, sino solo obligacional, dentro de un sistema unitario. En efecto, no parece haber inconveniente en reconocer al acreedor de la restitución por nulidad un «*ius ad rem*», toda vez que el tercero adquiere igualmente de un propietario. En tal caso, la acción restitutoria del primer enajenante podrá perjudicar al tercer adquirente, si es de mala fe [179].

Desde aquí, el encaje normativo del *ius ad rem* en la nulidad contractual como causa de desvinculación es sencillo, a partir del artículo 1295 II CC –y, por remisión, del artículo 1124 IV CC [180]–, que permite reclamar una indemnización al causante de la lesión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de un tercero de buena fe; es decir, cuando se confirmase la adquisición de la propiedad del tercero, inicialmente consumada con título y modo. Ya he advertido [181] que, en la rescisión por lesión, esta indemnización tiene también un contenido restitutorio, que se puede reconducir al valor, si no puede tener lugar una restitución *in natura*. Para la nulidad, la pérdida culpable de la cosa –y la

[176] En este sentido, refiriéndose a rescisión y resolución, Juárez Torrejón, *ADC*, 2018, p. 1301. Para la resolución, también, González Pacanowska, 2013, p. 8257.

[177] Montés Penadés, 1989b, sec. XX.

[178] Martín Pérez, 2010b, p. 1425.

[179] Este resultado se compadece con que la acción restitutoria derivada de la nulidad es personal. Sobre el alcance real de la acción personal de restitución por nulidad, si el tercer adquirente es de mala fe, Díez-Picazo se manifestó en contra, mientras que D. Antonio Gullón, a favor (1983, vol. II, pp. 677-678).

[180] En materia de pérdida de la cosa a restituir y alcance de la restitución rescisoria frente a terceros, me parece evidente que los dos últimos párrafos del artículo 1295 CC se encuentran entrelazados –porque tratan de los terceros– y que la remisión que hace el artículo 1124 IV al artículo 1295 CC los engloba a ambos; no así al párrafo primero, no teniendo cabida una exclusión de la resolución por imposibilidad de restitución. En este sentido se manifiesta la práctica totalidad de la doctrina española: Clemente Meoro, 1998, p. 554; Delgado Echeverría, *CCJC*, 1985, p. 3783; Monfort Ferrero, 2000, pp. 228 y ss.; Montés Penadés, 1989b, n. 71; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1989, p. 1154; Rodríguez Rosado, 2013, pp. 246-247.

[181] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.1 (c).

venta de esta lo es– conduce a restituir el valor (arts. 1307 y 1314 I CC)[182]. Leído este supuesto en relación con los artículos 1295 II y 1124 IV, se debe entender que la condena a restituir el valor de la cosa en la nulidad por esta causa solo se produce, cuando esta se haya transmitido a un tercero *de buena fe*. Si el tercer adquirente del deudor restitutorio era de mala fe, el acreedor podrá dirigir su acción restitutoria contra el tercero. O, lo que es lo mismo, la cosa no se habrá perdido jurídicamente, de forma que tenga lugar una restitución alternativa del valor.

Reconocer este efecto para la nulidad es coherente con la exclusión del juego reivindicación-usucapión en sede de restitución contractual tanto entre las partes como frente a terceros[183]. Entre los contratantes, porque –según se indicó– no opera ninguna usucapión entre ellos; entre terceros, porque la nulidad no abroga la propiedad y el tercero sigue adquiriendo de un *propietario*. Desde esta lógica, solo el efecto «extraordinario» de la acción personal restitutoria, que busca contrarrestar la mala fe del último adquirente, surtirá efectos. Así, la acción del artículo 1303 CC se proyecta también sobre el tercer contratante de mala fe a quien el ordenamiento jurídico posterga frente al primer transmitente, acreedor de la restitución.

(c) *Recapitulación y conclusión parcial: el sentido del* ius ad rem

La aplicación del *ius ad rem* para todos los casos de desvinculación da sentido a la eficacia retroactiva obligacional *ex tunc* en el sistema español (o, si se quiere, es su reverso), pues se cierra con la protección del tercero de buena fe. En general, el tercero adquirente adquiere siempre de un *dominus*, por el juego del sistema traslativo. De este modo, al tercero se le ahorra el trance de la usucapión y quedar expuesto a una reivindicatoria del acreedor restitutorio, pues el ordenamiento reconoce que adquirió de dueño en todos los casos. Lo que hace el *ius ad rem* es proteger al tercer adquirente *de buena fe*, neutralizando la acción restitutoria personal del acreedor de la restitución. Solo el tercero de mala fe quedará expuesto a la acción restitutoria personal del acreedor[184] y, con ello, al derecho de crédito de este[185].

---

[182] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

[183] *Supra*, en este capítulo, III. 1.5.

[184] Siempre podría decirse que la aproximación que reconoce una eficacia real *ex tunc* llega al mismo resultado, al menos para la rescisión y la resolución, gracias a la letra de la ley (arts. 1124 IV y 1295 II CC). Pero lo que revela esta apreciación es que el Código civil no acoge la tesis de la que se parte (que la propiedad regresa automáticamente al vendedor desde la desvinculación, como si nunca se hubiera transmitido), sino que prefiere una retrotransmisión con eficacia obligacional. Es decir, que si los artículos 1124 IV y 1295 II dicen lo que dicen, es porque el Derecho español reconoce el *ius ad rem*.

[185] Rodríguez Rosado, 2019, p. 466.

Se ha de celebrar esta particularidad del sistema español, que contrasta con otros intentos –mucho menos técnicos– de proteger al tercer adquirente tras la desvinculación contractual, como sucede con la «*théorie de l'apparence*» en Francia [186]. La doctrina del *ius ad rem* establece un equilibrio adecuado entre la defensa del tráfico y seguridad jurídica, de un lado, y protección del primer transmitente, del otro [187].

3.3 El *ius ad rem* y la adquisición *«a domino»*. La confirmación de la adquisición

La doctrina del *ius ad rem* dosifica bien los intereses en conflicto, manteniendo al tercer adquirente de buena fe en la adquisición consumada –que no es lo mismo que afirmar que adquiere de un no dueño–. Es decir, el *ius ad rem (i) confirma* la adquisición *a domino* del tercero de buena fe, frente a la anulación, rescisión o resolución del contrato de su causante [188]; o *(ii)* desautoriza la adquisición *a domino* del tercero de mala fe en favor del primer tradente [189]. Veámoslo para bienes muebles e inmuebles.

(a) Ius ad rem *y restitución de inmuebles*

Que la buena fe del tercero *confirma* una adquisición *a domino* ya consumada se aprecia bien en el artículo 34 LH [190]. Según este precepto, «*el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro*». Dejando a un lado los casos en los que el disponente fuera un no dueño –hipótesis principal de la que se ocupa la norma transcrita [191]–, el artículo 34 LH también admite ser interpretado de acuerdo con la lógica del *ius*

---

[186] Me he referido a ella *supra*, Capítulo 4, II. 3. Los autores franceses aludían a la denominada *teoría de la apariencia* para consolidar y dar protección amplia y general al tercer adquirente de buena fe que adquiere confiando en la apariencia de la estabilidad jurídica situación de su causante.

[187] En este sentido, Ferrari, *ZEuP*,1993, p. 66.

[188] Díez-Picazo y Ponce de León, 2008b, vol. III, pp. 535-536.

[189] Puede hablarse de una «*retroactividad real relativa*», Monfort Ferrero, 2000, p. 171.

[190] Véase Rodríguez Rosado, 1998, p. 137.

[191] En Derecho español se reconoce la adquisición a *non domino* de bienes inmuebles. Así lo hizo la STS, 1.ª, 5 de marzo de 2007 (Marín Castán, RJ 2007/723). No me corresponde ocuparme de este escenario. Por todos, véase Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008b, pp. 320-360.

ad rem, expuesta para los artículos 12195 II y 1124 IV CC, en los casos en que el disponente o transmitente fuera un *dominus*, pero con un poder de disposición resoluble o anulable.

> En este sentido, la segunda parte del precepto («*aunque después se anule o resuelva el* [derecho] *del otorgante*»), nos advierte que la protección de la fe pública actúa con posterioridad a la adquisición por el tercero, como consecuencia del «*derrumbamiento, aniquilación o claudicación del derecho que el titular registral transmitió antes al tercer adquirente*» [192]. De hecho, es al artículo 34 LH –y no al artículo 37 LH– al que creo que se remite el artículo 1124 IV CC, para la resolución, una vez se reconoce, como se acaba de decir, que aquel también tiene presente una adquisición *a domino*, de quien luego ve resuelto, revocado, o anulado su título. El artículo 37 LH no es más que una concreción o desarrollo del artículo 34 LH, que permite proteger al tercero que haya inscrito frente a las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias [193]. Por eso, el juicio acerca de la posición del tercero en el artículo 37 LH pivota igualmente sobre la buena fe del tercero [194], que es el requisito principal del artículo 34 LH [195]. Sin ella, cae la posibilidad de que el tercero quede protegido (que sea mantenido en su adquisición).

Se ha de reparar en la semántica de la expresión quedar «*mantenido en su adquisición*» del artículo 34 LH. Indica que la propiedad se adquirió y que, reuniéndose los requisitos de la norma, el tercer adquirente no se ve afectado en su posición por la acción restitutoria personal que se pudiere ejercer contra él y que se deriva de la nulidad o la resolución del contrato de su causante. Así

---

[192] *Ibid.*, pp. 360-361.

[193] En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, 2008b, vol. III, cap. 21/20, 21/21. En similar sentido, Jerez Delgado, 2005, pp. 99-104.

[194] En contra, Juárez Torrejón, *ADC*, 2018, pp. 1302-1303. El autor entiende que los artículos 34 y 37 LH atienden a casos distintos, y que en el segundo, la clave es que el subadquirente haya inscrito su título antes de que le sea oponible la causa de rescisión, resolución o revocación.

[195] Que la clave del artículo 34 LH se encuentra en el requisito de la buena fe se aprecia en Díez-Picazo y Ponce de León, 2008b, vol. III, cap. 21/11. Este autor advirtió que «*el requisito se justifica solo. La buena fe es un presupuesto de la protección registral, dado que el tercero resulta protegido en la medida en que ha contratado confiando en el Registro. La protección registral es una protección a la fe pública registral y esta fe es confianza en que la titularidad que el Registro publica es la verdadera titularidad. Un contratante o un adquirente que son conocedores de la inexactitud del Registro no merecen una especial protección. Si son conocedores de la discordancia entre el Registro y la realidad jurídica y son además conocedores de esta última, es esta última la que debe valer para ellos*».

La jurisprudencia opera en estas mismas coordenadas. Así, por ejemplo, la STS, 1.ª, 21 de junio de 2002 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2002/5257), considero que la resolución de la relación precedente no alcanza a la venta realizada entre el adquirente en virtud de permuta y un tercero de buena fe. Y añadió (FD 1.º): «*El tercero no es sólo el tercero hipotecario*; […] *faltando la seguridad que deriva de la Ley Hipotecaria, no queda absolutamente desprotegido el tercero, es decir, el tercero adquirente de buena fe es respetado por el Derecho no necesariamente cuando es tercero hipotecario; en otras palabras, éste no es el único tercero de buena fe que está protegido por el derecho*». En la misma línea, SSTS 24 de julio de 1999, FD 3.º (MP: González Poveda, RJ 1999/6356); 6 de junio de 1995, FD 3.º (MP: Albárcar López; RJ 1995/5054).

pues, tratándose de un contrato de transmisión de inmuebles –y siempre en la hipótesis que yo trato (un contrato entre A y B que se anula, resuelve o rescinde; y en el que B transmite a C la cosa antes de la desvinculación)– el artículo 34 LH no reconoce una mera adquisición a *non domino* [196], sino que deja inatacable la posición del tercer adquirente *de buena fe* frente a la acción personal restitutoria del primer transmitente [197]. Esa adquisición ya es *a domino* [198]. Con ello se concreta, para los bienes inmuebles, el principio general que se recoge en los artículos 1295 II y 1124 IV CC [199].

La aplicación del artículo 34 LH a un escenario de fracaso contractual de la relación obligatoria que fundamentaba la titularidad del transmitente se ha encontrado con la oposición de quienes entienden que el tercer adquirente tiene que serlo a partir de un negocio (título) *válido*; lo que se excluiría en el caso de nulidad, porque el registro solo purifica la falta de facultades dispositivas del transferente, pero no convalida los actos o negocios que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH) [200]. Pero esta objeción solo se sustenta desde una posición que asumiese como válida la doctrina de la «cadena de nulidades», según la cual la nulidad del primer contrato viciaría todos aquellos otros que causalmente se deriven de él [201]. Rechazada dicha doctrina [202], no hay razón para no aplicar el artículo 34 LH a favor del tercer adquirente cuya adquisición trae causa de otra relación obligatoria anulada.

(b) Ius ad rem *y restitución de muebles*

Para los casos de transmisión de bienes muebles, la sola buena fe del tercero debe bastar para que quede mantenido en su adquisición (arts. 1295 II, 1124 IV CC) [203]. La doctrina del *ius ad rem* patrocina –o, mejor dicho– confir-

---

[196] Así la entienden, sin embargo, para la nulidad, porque consideran que el subadquirente no adquiere de un verdadero propietario, es decir, porque niegan que la propiedad se transmita a pesar de la nulidad, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 270 y 273.

[197] Véase Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, p. 874.

[198] En este sentido, Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008b, pp. 363-364.

[199] En este sentido Díez-Picazo y Ponce de León (2008b, vol. III, pp. 535-536) sostuvo que «*si el transmitente o disponente fuera dominus, pero con un poder de disposición limitado, restringido o resoluble, la consecuencia que el art. 34 establece es la inmunidad del tercero frente a las acciones dirigidas a hacer ineficaz el acto de disposición del transmitente y, por consiguiente, la adquisición del tercero*».

[200] Peña Bernaldo de Quirós, 1999b, pp. 554-555.

[201] En efecto, es la posición que asume *ibid.*, p. 546.

[202] *Supra*, en este capítulo, IV. 1.

[203] Un precepto particular es el artículo 85 CCo, según el cual la compra de mercaderías en establecimientos o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto a las mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente.

ma una adquisición de la propiedad que se produjo *a domino* desde el principio. Este enfoque se refuerza desde el pertinente rechazo[204] a la tesis germanista sobre la adquisición *a non domino* a partir del artículo 464 CC y la equiparación de la posesión al título[205]. De nuevo, el tercero adquirirá, siempre, *a domino*, y el artículo 464 CC no tiene nada que decir[206].

Si el tercer adquirente es de mala fe se verá sometido a la acción restitutoria del vendedor que, en principio, solo existe frente al comprador[207]; mientras tanto, si es de buena fe, su adquisición no estará viciada y su posición será inatacable –el tercero quedará indemne– frente a cualquier acción del vendedor inicial. En ese caso, y solo en ese caso, la cosa se habrá perdido jurídicamente.

(c) *Recapitulación y conclusión parcial*

La doctrina del *ius ad rem* combina la doctrina del título y el modo con la buena fe del que adquiere. Los artículos 1295 II y 1124 IV CC y 34 LH recono-

---

Aparentemente este precepto prescinde de la buena fe, como requisito que permite al tercero adquirir la propiedad de las mercaderías; y lo haría con la intención clara de proteger el tráfico (Rodríguez Rosado, 2009, pp. 96-97). Sin embargo, a mí me parece posible interpretar este precepto de acuerdo con el principio de adquisición a *domino* de buena fe (arts. 1124 IV y 1295 II CC). Bastaría con entender que el Código de comercio, por razones de agilidad, presupone la buena fe del cliente que adquiere mercaderías en establecimientos abiertos al público; máxime si se parte de una concepción ciertamente amplia de la buena fe en estos casos.

[204] A pesar de que esta tesis ha contado con importantes defensores. Véase, en este sentido, Peña Bernaldo de Quirós, 1999a, pp. 115-119.

[205] En efecto, es hoy opinión asentada en Derecho español la tesis contraria a entender la equivalencia entre posesión y título bajo la óptica germanista, esto es, aquella que permite una adquisición inmediata de los bienes muebles *a non domino*. Desde esta posición, la regla española que equipara la posesión al título (art. 464 CC) solo cabe interpretarla de dos formas: *(i)* la tesis que parte de la tesis romanista en la que se reconoce equivalencia entre posesión y título solo a efectos de la usucapión ordinaria y que –atendiendo a la formación histórica del precepto– sostiene que el artículo 464 CC admite el título putativo como suficiente para la usucapión ordinaria de bienes muebles (art. 1955.1.º CC), salvo en los casos en que estos sean perdidos, hurtados o robados, donde ha de aguardarse a la prescripción de la acción reivindicatoria por seis años; o si se prefiere rechazar la admisión actual del título putativo por motivos sistemáticos y de evolución del sistema *(ii)* la tesis que opta por atribuir a la posesión en concepto de dueño del artículo 464 CC efectos meramente probatorios de la titularidad (título) ante la reivindicatoria del demandante, de tal forma que, si el demandado adquirió de propietario, vencerá en la reivindicatoria.

Sobre la primera de las opciones, véase Rodríguez Rosado, *ADC*, 2004, pp. 1066-1086-1099. Sobre la segunda de las alternativas expuestas, es imprescindible Miquel González, 1979, pp. 497-506. Cualquiera de las dos posturas anteriores debe bastar para rechazar la tesis germanista para el artículo 464 CC. Otro argumento que, a mi juicio, opera a favor del rechazo de la tesis germanista de *adquisición a non domino* de muebles es el silencio del Código civil a la hora de referirse al artículo 464 CC, como excepción, en determinados supuestos; cosa que no hace con los bienes inmuebles y la remisión a la Ley Hipotecaria. Pueden citarse a este respecto los artículos 1124 IV y 1510 CC. No obstante, el artículo 522-8 (1) CCCat reconoce abiertamente –y erróneamente, a mi juicio– la adquisición *a non domino* de bienes muebles, de buena fe y a título oneroso, en lo que supone un reconocimiento explícito de la tesis germanista, que no opera en el derecho común.

[206] En distinto sentido, de nuevo, porque consideran que el subadquirente no adquiere de un verdadero propietario, es decir, porque niegan que la propiedad se transmita a pesar de la nulidad, Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 270 y 273.

[207] No obstante, desde la perspectiva del artículo 464 CC, Rodríguez Rosado, 1998, p. 151.

cen una «confirmación» de la adquisición de la propiedad del tercero de buena fe [208]. Su lógica –repárese– es la misma que la del artículo 1473 CC, en caso de doble venta: «mantener» al segundo contratante que también adquirió la propiedad, cuando es de buena fe [209]. Desde el punto de vista del alcance de la restitución contractual frente a terceros, la clave es si el tercero es de buena fe o no (con independencia de si es tercero hipotecario en el caso de inmuebles) [210].

3.4 La buena y la mala fe del tercer adquirente

No resulta sencillo caracterizar la buena fe que autoriza (o la mala fe que desautoriza) la adquisición y que conduce a restituir *in natura* o no. Se ha dicho que el principio de desprotección a los terceros de mala fe no responde a un criterio de buena fe subjetiva, sino objetiva, el cual sanciona la conducta objetivamente contraria a la buena fe en las relaciones jurídicas [211]. Es decir, de acuerdo con esta visión, la buena fe del tercero se correspondería con la infracción de un deber objetivo de cuidado, referido a la negligencia del que contrata con quien sabe que tiene un título anulable, rescindible o resoluble (culpa). Yo lo veo distinto.

(a) *La buena fe del* ius ad rem *es subjetiva*

La buena fe subjetiva constituye «*un hecho del espíritu que caracteriza a quien incumple una norma o lesiona un derecho sin conciencia*» [212]. Supone la «*falta de conciencia de antijuricidad cuando existe un defecto jurídico*», de modo que, si no existe tal defecto, no hay que hablar de ella [213]; o que se produce «*en el sentido de creencia o confianza en alguna representación externa*» [214]. Por eso, me parece difícil sostener que la buena fe del

---

[208] Véase Monfort Ferrero, 2000, p. 173.

[209] En efecto, la tesis aquí presentada para la restitución se compadece con aquella otra que, respecto del artículo 1473 CC, considera que esta norma resuelve un conflicto entre dos adquirentes, y no simplemente entre un adquirente y un acreedor del dominio (Gordillo Cañas, 2011, pp. 1299-1301).

[210] En este sentido, Quicios Molina, 2020, p. 1737. La autora se apoya, en la STS, 1.ª, 2 de octubre de 2006 (MP: González Poveda; RJ 2006/1700), citada *supra*, III. 5.

[211] Rodríguez Rosado, 2019, p. 448. Parece apuntar en el mismo sentido, al estudiar la buena fe que acompaña al artículo 1320 II CC, Gordillo Cañas, *ADC*, 1982, pp. 1136-1137. Este último autor acoge esta posición con el fin de evitar que valga la sola declaración del disponente para mantener en la buena fe al tercero. Así se refiere a una «*ignorancia inculpable*» y a la objetividad de la teoría de la apariencia de una situación real que, realmente, no lo es.

[212] Miquel González, *EJB*, 1994, p. 834.

[213] *Ibid.*, p. 836.

[214] Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008b, p. 198.

ius ad rem –a la que hacen referencia los artículos 1473, 1295 II y 1124 IV CC– sea absolutamente objetiva [215]. Bien es verdad que el artículo 1295 II CC alude literalmente al «proceder» del tercero, lo que parece situar el foco en la conducta de este y referirse, con ello, a una especie de actuación culposa al contratar. No obstante, este argumento no permite excluir un cierto grado de subjetivismo en la buena fe del tercero. En esta dirección apuntan los antecedentes del artículo 1295 CC [216], así como la propia inteligencia de una norma como el artículo 34 LH, que se basa en una buena fe subjetiva e independiente de la culpa [217].

La consecuencia jurídica que acompaña a la buena/mala fe del tercero conduce también a un rechazo de una buena fe puramente objetiva. Como se ha visto, la buena fe *mantiene* o *no* al tercero en una adquisición ya consumada. Este hecho da cuenta de un cierto defecto jurídico en la adquisición del tercero de mala fe, que no puede ver confirmada su adquisición. Por esta razón, la buena fe en el *ius ad rem* goza de un componente subjetivo.

(b) *Conocimiento, buena fe y tutela aquiliana del derecho de crédito*

La relación entre la buena fe del *ius ad rem* y la lesión del derecho de crédito por un tercero explica por qué la buena fe no puede ser objetiva. La buena fe objetiva representa un modelo de conducta aplicable a un supuesto de hecho: proporciona una regla que se extrae de dicho modelo y que permite determinar cuál era la regla que debía observarse, con independencia de la intención del sujeto o de su conocimiento o desconocimiento [218]. Entender objetivamente la buena fe equivale a afirmar que la mala fe del tercero en el *ius ad rem* se basa en el conocimiento de que, con *su* adquisición, está defraudando la expectativa

---

[215] Sobre el artículo 1473 CC se ha reconocido la dificultad de establecer una distinción entre buena fe objetiva y subjetiva. De nuevo, MIQUEL GONZÁLEZ, *EJB*, 1994, p. 834.

[216] En efecto, para la rescisión por lesión en el Proyecto de Código civil de 1851, una lectura combinada de los comentarios de García Goyena a los artículos 1174 y 1173 arroja que la buena fe consistía en el desconocimiento de que había habido mala fe en la primera adquisición, es decir, conocer que el contrato entre el primer adquirente y el tutor o curador era rescindible por lesión al menor o incapaz. En un sentido idéntico se apuntaba en la confección de la buena o mala fe del tercero del proyecto isabelino, cuando se trataba de rescindir el contrato por fraude a los acreedores (arts. 1177 y 1178 P. 1851). Se exigía que el adquirente conociese el fraude y participase de él, siendo la buena fe un hecho personal, de tal suerte que ni la buena fe del primer adquirente aprovechaba al ulterior, ni viceversa. Véase GARCÍA GOYENA, 1852, vol. III, pp. 186-187 y 198-190.

[217] ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO, 2008b, pp. 201 y ss., y 221 y ss. En efecto, la buena fe a la que se refiere la segunda parte del artículo 34 LH atiende, en sentido amplio, al «*desconocimiento de la causa que haga posible la claudicación del título o derecho del transferente*». De nuevo, ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO 2008b, p. 362.

[218] MIQUEL GONZÁLEZ, *EJB*, 1994, p. 835.

readquisitiva de un tercero [219]. El problema de esta aproximación es que equipara la adquisición del tercero con la lesión del derecho de crédito de otro (bien del primer comprador, en la hipótesis del artículo 1473 CC, bien del acreedor de la restitución en el contexto de que trata este trabajo). De este modo convierte –acaso de manera inconsciente– la actuación del tercero de mala fe en un supuesto de tutela aquiliana del derecho de crédito (art. 1902 CC) [220]; la otra cara de la moneda. En efecto, si se dice que la buena fe del *ius ad rem* es objetiva, se mantiene en su adquisición al tercero, al que no se le puede reprochar haber lesionado una expectativa adquisitiva (art. 1473 CC) o readquisitiva (arts. 1295 II y 1124 IV CC) ajena [221]. Pero entonces hay que decir también que, si el tercero actuó de forma culposa, lesionó un derecho de crédito ajeno (el del acreedor restitutorio); y que ello podría dar lugar a una indemnización a su cargo o, incluso, a una restitución indemnizatoria de la cosa [222].

Ocurre, sin embargo, que el tercero de mala fe al que alcanza la restitución no es un deudor extracontractual. No puede decirse que la acción restitutoria le afecta porque haya infringido el *neminen laedere*. El tercero que contrata con el primer adquirente (deudor de la restitución) –así como el tercero de la doble venta– podrá, ciertamente, causar un daño a otro, porque con su adquisición impide, bien el cumplimiento *in natura* de la entrega, bien la restitución. Ahora bien, no se trata de eso, sino de si la actuación del tercero constituye una lesión que le obliga a responder [223]. Todo indica a que no [224]. Para el cometido de mantener al tercero en su adquisición (o no hacerlo), no ayuda valorar la buena o mala fe de ese tercero desde su culpabilidad (o, como quiere Rodríguez-Rosado, desde «*la conducta objetivamente fraudulenta de quien contribuyó a defraudar el derecho de un tercero* [225]»). Lo adecuado es, a mi juicio, hacer ese ejercicio desde una posición psicológica de su conocimiento o ignorancia.

---

[219] En este sentido la entiende Rodríguez Rosado, 2019, p. 448.

[220] Sobre la protección aquiliana del derecho de crédito en Derecho español, Pérez García, 2005, pp. 107-123.

[221] La idea de situar la mala fe en que el tercero conozca que con su adquisición perjudica una «expectativa (re)adquisitiva» de otro, que es meramente obligacional, y que esto se corresponde con una buena fe objetiva se contiene en Rodríguez Rosado, 2019, pp. 437-438 y 441.

[222] Esta posibilidad se ha planteado y ha sido rechazada, por ejemplo, para el Derecho alemán al hilo del § 823.1 BGB. Si se protegiera el derecho de crédito por la vía general extracontractual basada en la culpa se limitaría la libertad de actuación en el tráfico y, además, se sobreprotegería al derecho de crédito casi más que a la propiedad. Véase, al respecto, Michaels, 2002, pp. 362-374.

[223] En este sentido, *ibid.*, p. 363.

[224] No obstante, Pérez García, 2005, pp. 427-436.

[225] Rodríguez Rosado, 2019, p. 448.

En línea con lo expuesto, entender la buena fe de modo objetivo en el *ius ad rem* extendería, además, indebidamente la responsabilidad de los terceros por vulneración de derechos de crédito ajenos (aquí, el del acreedor restitutorio)[226].

(c) *Comparación con la usucapión*

Cuando el ordenamiento establece una preferencia hacia un sujeto sobre la base de su buena fe, para proteger su posición, no se puede afirmar que lo haga a partir de la culpa, entendida como infracción de un deber objetivo de cuidado. Se advierte en la usucapión ordinaria donde, cumplidos sus requisitos, la posición jurídica del usucapiente se protege frente a la del propietario. La buena fe del poseedor *ad usucapionem* es subjetiva, precisamente porque suple la falta de algún elemento del hecho típico previsto en una norma[227]; y, dado el caso, conduce al resultado de preferir a un sujeto frente a otro en relación con un derecho subjetivo[228]. En el *ius ad rem*, la buena fe no suple la falta de ningún elemento necesario para trasmitir, pero es la característica de la adquisición *a domino* y permite mantener al adquirente.

(d) *Aplicación a las causas de desvinculación*

La buena fe del tercero –su conocimiento o ignorancia– puede encontrar matices en función de si la relación obligatoria precedente estaba en trance de ser anulada, rescindida o resuelta. Para la *nulidad*, el conocimiento se deberá proyectar sobre la existencia de una causa de nulidad de la relación jurídica de

[226] Tal como lo veo, en la venta de la cosa previamente vendida, la responsabilidad del tercero requiere un conocimiento efectivo y una intencionalidad bastante cualificada que permita sostener que efectivamente ha infringido un deber objetivo de cuidado en su actuar dentro del mercado. Por eso, la responsabilidad civil se debe interpretar de manera muy restrictiva en la doble venta, si no se quiere entorpecer el tráfico y si no se quiere que los terceros paguen por infidelidades que no les conciernen. En este sentido me manifesté en Ruiz Arranz, *ADC*, 2018, pp. 1460-1463. Y es, de hecho, lo que se predica en el Derecho alemán; sistema donde la responsabilidad del tercero se admite de manera extracontractual excepcionalmente al amparo del § 826 BGB, por ser dolosa y contraria a las buenas costumbres la actuación de este. A este respecto, Michaels, 2002, pp. 374-391. No obstante, en contra y por todos, Stadler, 1996, pp. 386 y ss.

[227] Sin embargo, en este sentido, Miquel González, *EJB*, 1994, p. 835.

[228] La posesión que conduce a la usucapión no se determina a partir de la buena fe del usucapiente, sino a partir del *animus* con arreglo al cual se posee. Poseer *ad usucapionem* es poseer en concepto de dueño, es decir, en virtud de un título hábil para transferir la propiedad (o el derecho real de que se trate). En este sentido, véase Morales Moreno, 1972, pp. 82-88; Peña Bernaldo de Quirós, 1999a, p. 127. Esto explica que la buena fe *ad usucapionem* sea subjetiva y no objetiva; porque no se refiere al título con arreglo al cual se posee.

su causante; lo que puede aludir a los vicios de la voluntad –por ejemplo, si el segundo enajenante engañó al primero con la transacción–, a la incapacidad del primer transmitente, o a ilicitud causal del negocio inicial. Para la *rescisión*, el conocimiento alude a si, por sus circunstancias, el tercero tenía conocimiento de que el contrato era rescindible [229]. En fin, para la *resolución*, admitida su eficacia facultativa extrajudicial, el conocimiento se referirá a la conciencia del incumplimiento efectivo del contrato por parte de su transmitente [230]. Así lo reconoce, además, alguna sentencia [231].

El conocimiento de tercero no se debe entender como un conocimiento exquisitamente jurídico (por ejemplo, acerca de la cualidad del vicio que existió, de la desproporción del contrato en relación con las partes o de la entidad del incumplimiento y su carácter esencial), sino más bien como la no ignorancia de una *situación de hecho*. Es decir, el conocimiento, al momento de contratar, de una situación contenciosa o precontenciosa del lado del causante que puede derivar en una anulación, rescisión o resolución; y, en esta línea, afectar a la adquisición del tercero [232].

---

[229] Martín Pérez, 2010b, p. 1425; Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, pp. 1717 y 1722.

[230] Clemente Meoro, 1998, pp. 551-552; Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, p. 874; Quicios Molina, 2020, p. 1737; Rodríguez Rosado, *ADC*, 2009, pp. 1717 y 1722.

[231] De nuevo, procede mencionar la STS, 1.ª, 2 de octubre de 2006, FD 4.º (MP: Gonzáles Poveda; RJ 2006/1700). Si se recuerda, se discutía la adquisición de la propiedad por el tercero, como consecuencia de la resolución de la relación fiduciaria precedente, gracias a la cual el vendedor había adquirido su derecho. Pues bien, el TS resolvió el caso neutralizando la posible eficacia de la restitución (o de la reivindicatoria) al haber *adquirido* el tercero la propiedad de la finca en virtud del segundo contrato privado de compraventa. La razón última para el fallo se encontraba en la buena fe del tercero comprador. En particular, sentenció que el mero conocimiento de la cláusula resolutoria no le convertía en adquirente de mala fe (arts. 1124 IV y 1295 II CC). Era tercero de buena fe «*puesto que recibió la cosa de quien, fundadamente, creía que era dueño de ella y podía transmitir su dominio*». En el mismo sentido, anteriormente, STS, 1.ª, 21 de junio de 2002 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2002/5257).

De interés resulta igualmente el caso de la STS, 1.ª, 19 de diciembre de 2007 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2007/9049) sobre la resolución de un contrato de compraventa de una vivienda objeto de sucesivas transmisiones, a pesar de que en la primera de ellas el comprador había incumplido su obligación de pagar el precio. La sentencia simplemente resuelve la acción resolutoria del último de los compradores frente al último de los vendedores, ya que el primero fue desalojado en ejecución de la sentencia que declaraba el incumplimiento de la primera venta.

[232] La STS, 1.ª, 1 de abril de 1998 (MP O'Callaghan Muñoz; RJ 1998/1912) ofrece un interesante ejemplo. En el contrato de compraventa de una vivienda celebrado entre D. Dennis y D. Joseph, el vendedor, D. Dennis, se reservaba con carácter vitalicio el derecho de habitación en la parte alta de la vivienda. Por tanto, el comprador tenía derecho solo a la utilización sin restricción de la planta baja y el jardín, siendo este derecho personal, según el contrato. La cláusula donde se contenían los derechos del vendedor se inscribió en el Registro de la Propiedad. Dos años después, D. Joseph, vendió el objeto de la compraventa a Dña. Pilar. En la escritura se hacía constar expresamente el derecho de habitación a favor de D. Dennis; y la compradora manifestaba tener perfecto conocimiento de todos los extremos que constaban en el anterior contrato. Ante ello, D. Dennis demandó tanto a D. Joseph como a Dña. Pilar, reclamando la resolución del primer contrato de compraventa, por incumplimiento esencial. El incumplimiento se manifestaba, a su juicio, en la transmisión a tercero de la vivienda, infringiendo lo preceptuado en el contrato. El TS confirmó este aspecto y declaró la resolución del negocio con efecto retroactivo; ello en la medida en que la utilización de la planta baja era un derecho personal del compra-

Cuando la transmisión acontece con posterioridad a la anulación, rescisión o resolución (lo que eventualmente tendrá lugar en virtud de una sentencia judicial) el mantenimiento en la adquisición del tercero se complica, debido a la presumible mala fe con la que adquirirá. En todos esos casos, la calificación del tercero como de buena fe se antoja menos probable. Ello, no tanto porque pudiera efectivamente desconocer la situación de hecho *judicial* que rodeaba a su causante, sino porque en este supuesto se refuerza el *deber de conocimiento* que pesa sobre él y que puede enervar su buena fe subjetiva.

(e) *El deber de conocimiento del tercero y la buena fe*

Ni el Código civil ni la legislación registral ofrecen información sobre el papel del deber de conocimiento de la situación de hecho (contenciosa o precontenciosa) a cargo del tercero, para evaluar la buena fe [233]. No parece que exista un deber positivo a cargo del tercero de indagar con profusión las particularidades del título de su causante, pues esto entorpecería de manera insoportable el tráfico. Dado que la buena fe de los artículos 1295 II, 1124 CC y 34 LH es subjetiva [234], no es necesario obligar al tercero a investigar hasta ese punto (aunque si se caracterizase a la buena fe como la inobservancia del deber objetivo de cuidado correspondiente a todo operador en el mercado respecto a la procedencia y titularidad de lo adquirido, sí habría que obligar al tercero a indagar).

El conocimiento y el deber de conocimiento se encuentran muy próximos. En últimas, se tratará de una cuestión de prueba. Existirá mala fe cuando las circunstancias, las relaciones jurídicas y reales entre las partes, así como el contexto que rodeó a la transacción fuere tan evidente y palmario que no pueda afirmarse seriamente que el tercero desconocía el estado del negocio anterior. Así, por ejemplo, en relación con la existencia de una situación contenciosa o precontenciosa entre su vendedor y el primer transmitente sobre el bien objeto de transacción. De

---

dor, D. Joseph. Al declararse la resolución, esta afectaba a la tercera adquirente, Dña. Pilar. Para el TS, la resolución alcanzaba al tercero, «*ya que el principio de fe pública registral quiebra cuando la causa de resolución consta, como ocurre en el presente caso, en el mismo Registro (art. 34 LH)*» (FD 4.º).

Como se observa, la Sala 1.ª resolvió el caso considerando que Dña. Pilar no podía ampararse en la protección del artículo 34 LH porque conocía la situación de su vendedor y, sobre todo, que la transmisión del inmueble suponía un incumplimiento del contrato que le ligaba a D. Dennis. Esta es, a mi juicio, la razón dogmática que se encuentra detrás de que la resolución afectase a la tercera, su mala fe.

[233] La idea de que el deber de conocimiento se puede equiparar a la mala fe se encuentra presente en la mayoría de los ordenamientos extranjeros, con mayor o menor intensidad. Véase Stadler, 1996, p. 373. Por tanto, no parece descabellado introducirla al ordenamiento español en este punto. En este sentido, Rodríguez Rosado, 2009, p. 143.

[234] Miquel González, *EJB*, 1994, p. 837. Para el artículo 34 LH, Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill y Bernà i Xirgo, 2008b, pp. 201 y ss., 221 y ss., y 361-362.

hecho, la mayoría de las sentencias sobre casos donde la posición del tercero adquirente estaba comprometida resuelven sobre la base del conocimiento que el tercero presumiblemente tenía en atención a las relaciones entre las partes [235].

Abundando en lo anterior, las manifestaciones o garantías precontractuales que el causante le hiciere al tercero en relación con el estado jurídico del bien transmitido podrán ser tomadas en cuenta [236].

3.5 El ejercicio de la acción sobre el tercero de mala fe

Es importante determinar en qué medida el tercero de mala fe queda sometido a la acción de ese primer transmitente. En principio, se abren aquí dos posibilidades. Una *primera* pasa porque el primer transmitente no pueda dirigirse directamente frente al tercero, sino que solo pueda hacerlo frente a su contraparte y que sea el otro contratante quien tenga que reclamar la cosa del tercero una vez el contrato fracasa. La *segunda* opción es que el primer enajenante pueda dirigirse directamente y sin intermediación obligacional contra el tercer adquirente de mala fe, dentro del mismo proceso entre él y el deudor restitutorio. La primera opción es más pulcra para con el principio de la relatividad de los contratos, mientras que la segunda se antoja más sencilla [237].

Según la construcción defendida en este trabajo, el acreedor de la restitución debe poder accionar directamente frente al tercer adquirente, dilucidándose en ese mismo proceso su buena o mala fe (y, por tanto, en qué medida la cosa se ha perdido definitivamente o no). Así, ante la pérdida jurídica de la cosa, por venta a un tercero, la restitución del valor opera, cuando el tercero es de buena fe y está blindado por la acción personal del acreedor restitutorio. En ese caso, el acreedor de la restitución no puede decantarse por una restitución del valor, si la restitución *in natura* es todavía posible a través del tercero. A este respecto habrá que estar, naturalmente, a la disponibilidad del tercero, a fin de determinar si reclamar la restitución *in natura* resulta o no exigible [238]. Si lo es, el acreedor de la restitución de la cosa tendrá que restituir, a su vez, el precio recibido a su contraparte quien, al tiempo, quedará expuesta a la acción

[235] Véase la reciente recopilación que ofrece Rodríguez Rosado, 2019, pp. 454-463.

[236] No en vano, el artículo El artículo 1043 P. 1851 –sobre el alcance de la resolución frente a los terceros– establecía, para los bienes inmuebles, que esta «*no surtirá efecto contra el tercero de buena fe, si no ha sido estipulado expresamente e inscrita en el registro público*». Es decir, la adquisición devenía perfecta, en el esquema del proyecto, salvo que se hubiera estipulado lo contrario en el contrato, presumiblemente en forma de advertencia de los riesgos a que se exponía el tercero, y se hubiese inscrito en el registro.

[237] Al respecto, Michaels, 2002, p. 278.

[238] *Supra*, Capítulo 6, III. 5.2.

de saneamiento del tercer adquirente. Por razones de economía procesal, los efectos de la desvinculación entre el deudor restitutorio y el tercero deberían solventarse dentro del mismo proceso.

3.6 Otras manifestaciones del *ius ad rem* en la restitución

(a) Dice el artículo 1540 CC que «*el que pierda por evicción la cosa recibida en permuta podrá optar entre recuperar la que dio a cambio o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero solo podrá usar del derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras esta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto sobre ella con buena fe por un tercero*». El último reconoce un *ius ad rem* en sede restitutoria [239]. Si se recuerda, la evicción representa un supuesto de pérdida de la cosa a restituir imputable al acreedor de la restitución, que asume excepcionalmente el riesgo [240]. En ese esquema, el acreedor quedaría obligado a restituir lo recibido a cambio de nada o el enriquecimiento restante. En la permuta, las dos partes son deudoras de la restitución de un bien. Por eso, la restitución *in natura* a favor del permutante que sufrió la evicción exige que la cosa siga en el patrimonio del que corre con el riesgo de pérdida. El artículo 1540 CC tiene claro que la restitución solo se neutraliza a favor del tercer adquirente de buena fe [241], que no es un tercero hipotecario, sino un tercero civil [242]. En cambio, si es de mala fe, la restitución –que no la reivindicación [243]– *in natura* derivada del fracaso del contrato por evicción *también* puede tener lugar. El sustento teórico de este resultado es la doctrina del *ius ad rem*, que protege el derecho de crédito de quien padeció la evicción.

(b) El mantenimiento o confirmación de la adquisición inicial se aprecia en sede de régimen económico matrimonial. El artículo 1320 I CC exige el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia; su inobservancia, permite anular el contrato, si es oneroso (cfr. art. 1322 I CC). En este contexto, artículo 1320 II CC añade que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la *vivienda* «*no*

---

[239] Ha advertido sobre la presencia del *ius ad rem* aquí Rodríguez Rosado, 2019, p. 447.
[240] *Supra*, Capítulo 6, III. 5.3.
[241] Porque el tercero adquiere. En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León, 2010, vol. IV, cap. 5.1.4.
[242] García Cantero, 1993, sec. III.
[243] *Ibid.*

perjudicará al adquirente de buena fe». En ese caso, el tercero adquiere igualmente en calidad de propietario y que resulta preferido a la familia [244].

En sede de capitulaciones matrimoniales se repite el mismo principio. El artículo 1335 CC establece que la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se rige por las reglas generales de los contratos. No obstante, «*las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe*»; en lo que se considera una concreción del principio general de protección en cualquier caso de desvinculación, incluida la nulidad [245], como se defiende en este trabajo.

Lejos de ser «desafortunadas» [246], ambas normas representan buenas manifestaciones de que, en Derecho privado español, el tercero de buena fe –también en la nulidad– es mantenido en la adquisición y queda a salvo de la acción restitutoria por nulidad. El «*ius ad rem*» [247] explica este resultado.

(c) Para la responsabilidad restitutoria derivada del delito (art. 110 1.º CP), dice el artículo 111.1 CP que, en principio, la restitución [248] «*tendrá lugar, aunque el bien se halle en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda*». Acto seguido, el artículo 111.2 añade que esta disposición no se aplica «*cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable*». La lectura de ambos párrafos se antoja algo contradictoria [249], pues primero se proclama un alcance amplio de la restitución frente a cualquier tercero (hasta el de buena fe) y, después, se matiza esta idea en el segundo párrafo, a través del concepto de irreivindicabilidad. Se ha tratado de llenar de sentido a la norma del primer párrafo diferenciando según el tipo de delito [250]. No obstante, la clave no está tanto aquí como en el sentido que se le confiera al segundo párrafo, que actúa como excepción.

---

[244] Véase Gordillo Cañas, *ADC*, 1982, pp. 1134-1135, quien se muestra muy crítico con la ponderación de intereses del ordenamiento en este punto (p. 1139). Véase, también, sin valorar la norma en ese aspecto, sino solo su consecuencia, Yzquierdo Tolsada, *ADC*, 2001, pp. 652-653.

[245] Gordillo Cañas, *ADC*, 1982, pp. 1142-1143.

[246] Así las califican Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 269. Se ha tachado también al artículo 1320 II CC de «*perturbador*», De los Mozos, 1982, sec. II. En similar sentido, Gordillo Cañas, *ADC*, 1982, p. 1139.

[247] Es decir, no constituyen normas de adquisición *a non domino*, sino *a domino*. En este sentido, refiriéndose a la protección de la apariencia en general, Gordillo Cañas, *ADC*, 1982, pp. 1134-1135.

[248] Sobre esta restitución, en general, y desde una perspectiva civil, véase López Beltrán de Heredia, 2009, pp. 347-356.

[249] Lo que se explica porque la responsabilidad civil *ex delicto* responde a un conglomerado de categorías dogmáticas civiles que, a veces, ni siquiera están mencionadas en los artículos 109 y ss. CP. En este sentido, Pantaleón Díaz, 2020, p. 654.

[250] Yzquierdo Toldada, 1997, pp. 85 y ss. Este autor considera que, en los casos de robo y hurto, la posesión del tercero de buena fe no es protegible, porque siempre cabe la reivindicación, al tratarse de una privación ilegal (art. 464 I 2.ª pr. CC); no así en los casos de apropiación indebida.

Para la doctrina penalista, el artículo 111 2.º CP hace referencia a una adquisición *a non domino* que se conecta al artículo 34 LH, si se trata de inmuebles, y al artículo 464 CC, si se trata de bienes muebles [251]. Parte de la doctrina civilista comparte esta aproximación [252]. Otro sector considera a la norma como un beneficio a favor del tercero de buena fe que inscribe y circunscribe su aplicación a la del tercer adquirente de inmuebles [253]. A mi juicio, lejos de ser una norma excepcional de extensión restitutoria [254], el artículo 111 2.º CP se explica con el *ius ad rem*. En los supuestos de desvinculación contractual, hay que pensar en un caso de estafa (art. 248 CP) en el que el autor del delito trasmite lo obtenido a un tercero. El artículo 111 2.º CP permite que la acción de restitución por nulidad alcance al tercero, si es de mala fe, por más que este ya hubiese adquirido la propiedad; y, si es de buena fe, la restitución *ex delicto* se reconduce al valor de mercado de la cosa al tiempo de perderse [255].

(d) El antiguo artículo 878 II CCo abordaba un supuesto que iba más lejos que la doctrina del *ius ad rem*. Decía este precepto que «*todos sus actos de dominio y administración* [del quebrado] *posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*». Aplicada en su literalidad, la norma permitía accionar contra cualquier tercero, cuando el contrato de marras irrogaba un perjuicio para la masa activa [256]. Se llegaba así a una «supernulidad», demoledora para la seguridad jurídica [257]. Esta consecuencia condujo a que la doctrina abogase por una interpretación más flexible, a fin de proteger al tercer adquirente de buena fe por medio del artículo 34 LH [258]. La jurisprudencia también limitó el alcance del artículo de esa forma [259]. El afán por proteger al tercero de buena fe desembocó en los ya derogados artículos 71 a 73 LC 2003 [260];

---

[251] Romero Sieira, 2007, p. 595. También, Pantaleón Díaz, 2020, p. 656.

[252] Véase Yzquierdo Tolsada, 1997, pp. 83-92.

[253] Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 273.

[254] *Ibid.*, pp. 326-327.

[255] Pantaleón Díaz, 2020, p. 656.

[256] Delgado Echeverría, *Aranzadi Civil*, III, 1993, p. 2506. En general véase Rodríguez Ruiz de Villa y Huerta Viesca, *ADC*, 995, pp. 1529 y ss.

[257] Linacero de la Fuente, 2005, p. 228.

[258] Véase *ibid.*, pp. 230-231; y la doctrina allí citada.

[259] Una recopilación de esa jurisprudencia se contiene en Busto Lago, *LH-Albaladejo García*, 2004, pp. 714-715. Una resolución reciente en la que se aprecia esta postura es la STS, 1.ª; 1 de octubre de 2012, FD 8.º (MP: Bayón Cobos; RJ 2012/9708) que –resolviendo un caso en el que resultaba de aplicación el artículo 878 II CCo– advirtió de la evolución sufrida en este extremo por la jurisprudencia; y declaró aplicable el artículo 34 LH, a favor del tercer adquirente de buena fe. Se trataba de un bien que la concursada había tenido en arrendamiento financiero, cediendo sus derechos a un tercero, que lo adquirió. Este tercero revendió a su vez el bien, y la sindicatura de la quiebra pretendía traerlo a la masa concursal que carecía de bienes.

[260] Véase Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, p. 275.

una solución que se interpretó en términos hipotecaristas (y del art. 34 LH)[261]. Bien miradas las cosas, este proceso no fue otra cosa que el reconocimiento de la doctrina del *ius ad rem*, que está presente en nuestro sistema.

4. **Particularidades en caso de concurso y embargo**

Procede ahora estudiar la manera en que el *ius ad rem* requilibra la protección del acreedor restitutorio en caso de concurso o embargo del deudor de la restitución.

4.1 Concurso de acreedores

En caso de concurso de acreedores del deudor de la restitución, se explicó que la incorporación del bien a la masa activa la obligación de restitución originaba una deuda de restitución contra la masa que se podía transformar en una deuda de valor, si la prelación concursal impedía que la restitución *in natura* tuviese lugar. En ese caso, la incorporación del bien a restituir a la masa activa del concursado era como una pérdida jurídica (art. 192 LC 2020)[262]. La doctrina del *ius ad rem* complementa la anterior aproximación y refuerza la posición del acreedor de la restitución en el concurso para obtener la restitución en especie del bien, como «tercer adquirente».

La inclusión de un bien dentro de la masa activa corresponde a la administración concursal (art. 198.1 LC 2020 y 82 LC 2003). Rechazada la tesis que atribuye cierta personificación a la masa activa del concurso, la valoración sobre la buena o mala fe de la masa activa, como tercero adquirente, se debe referir a la administración concursal. La administración del concurso delimita la masa activa a partir de los bienes que aparentemente configuran el patrimonio del concursado al momento de la declaración del concurso («masa de hecho»)[263]. En nuestro caso, el acreedor restitutorio –contratante *in bonis*– debería poder imponer su derecho a una restitución en especie frente a la administración concursal, cuando la inclusión del bien en la masa activa se hizo de mala fe; ello impediría a la masa activa «ser mantenida en su adquisición». El *ius ad rem* del acreedor restitutorio convertiría así su crédito contra la masa en un derecho de separación.

---

[261] Por todos, Busto Lago, *LH-Albaladejo García*, 2004, p. 715.
[262] *Supra*, en este capítulo, III. 4.1 (d).
[263] Tirado Martí, 2004, sec. II.2.1.

Automáticamente, surge la cuestión de cómo medir la buena o mala fe de la masa activa. Esta operación debe referirse a la administración concursal y a si esta conocía o podía conocer la situación de hecho existente en la relación obligatoria gracias a la cual el concursado (deudor restitutorio) ingresó el bien en su patrimonio. En principio, no parece que a la administración resulte exigible investigar, a costa del concurso, la situación de hecho en la que se encuentran los bienes poseídos por el concursado («masa activa de hecho») [264]. Ahora bien, la existencia de una situación contenciosa o precontenciosa en la relación obligatoria de la que emanó el bien objeto de eventual restitución sí podría convertir a la masa activa en adquirente de mala fe, toda vez que entre las funciones de los administradores concursales se cuenta sustituir al deudor en los procedimientos judiciales en trámite (arts. 120.2 LC 2020 y 33.1 9.º LC 2003).

Del modo expuesto, la doctrina del *ius ad rem* ofrece una respuesta coherente con el sistema traslativo español al problema de la inclusión de la cosa a restituir tras la desvinculación en la masa concursal. Y lo hace en un sentido propio, que no arroja el resultado de un sistema consensualista; pero sin llegar tampoco a las consecuencias tan duras que el sistema abstracto de transmisión tiene para el acreedor de la restitución [265].

4.2 Embargo

En el embargo, hemos visto que la traba del bien no constituye, propiamente, una transmisión del dominio a favor del ejecutante, pero que lo coloca

---

[264] *Ibid.*

[265] La abstracción determina la inclusión de la cosa vendida a la masa concursal, aunque se anule el contrato obligacional (Grigoleit, *AcP*, 1999a, pp. 385-386; Heck, 1937, p. 18). En tal caso, el acreedor de la restitución solo tiene a su disposición, como se recordará del capítulo 3, la *condictio* de prestación (acción de enriquecimiento), y queda colocado a la par que el resto de los acreedores del deudor restitutorio concursado. Esta consecuencia ha despertado críticas. Desde temprano, algunos autores han abogado por conceder al acreedor restitutorio un derecho especial, que le permita recuperar la cosa al margen del procedimiento concursal, teniendo en cuenta que la *par conditio creditorum* no es un principio absoluto y que no cabe emplear el principio de la abstracción, que busca favorecer el tráfico, para favorecer la masa activa del concursado (Von Caemmerer, *RabelsZ*, 1938, p. 700; Heck, 1937, p. 19; Jakobs, *SZ*, 2002, pp. 323-324). En el mismo sentido, Stadler (1996, pp. 449-464) –comparando la posición del acreedor restitutorio con la del fiduciante en caso de concurso del fiduciario– ha advertido que la posición del acreedor restitutorio no es equiparable a la de un acreedor concursal, pues no ha concedido crédito al comprador concursado ni ha asumido, por tanto, el riesgo de concurso. No obstante, reconoce que, en determinadas situaciones, sí cabe hablar de una concesión de crédito que equipararía ambas posiciones. Así, por ejemplo, cuando el vendedor es doloso y conocía la existencia de vicios en el contrato. A su juicio, se trata de estudiar el reparto del riesgo de concurso entre las partes del contrato.

Con todo, la doctrina dominante se sigue inclinando por la abstracción, con todo lo que conlleva para el concurso. El argumento es que no asiste razón alguna para tratar mejor al vendedor que quiere recuperar la cosa que al resto de acreedores del comprador quebrado. Así, Grigoleit, *AcP*, 1999a, pp. 388-390; Huber, *FS-Claus-Wilhem Canaris*, 2007, pp. 505-506.

una situación jurídica de afección a la ejecución con la que puede llegar a equipararse, si no se ejerce en tiempo y forma la tercería de dominio [266]. Pues bien, la lógica es la misma que en el concurso, en lo que respecta al *ius ad rem*. La adquisición final del bien por el adjudicatario o ejecutante lo convierte en irreivindicable (art. 594.1 LEC), salvo que se pueda tildar a este adquirente de mala fe, en cuyo caso no será mantenido en su adquisición. Esta idea se corresponde con el hecho de que el adjudicatario es un tercero que puede quedar protegido, si es de buena fe [267]. En el embargo, la doctrina del *ius ad rem* determina si el rematante o adjudicatario adquieren el bien o no «de manera irreivindicable», gracias su buena fe [268].

Si lo anterior es correcto, se hace necesario explicar cómo se mediría la mala fe del tercero en el embargo. El peso de la actuación recae sobre el letrado de la administración de justicia (arts. 587 y 593 LEC) [269], quien parte de la pertenencia al ejecutado de los bienes [270]. A partir de aquí, se abren dos posibilidades.

(a) La primera es que el bien lo adquiera directamente el acreedor (del deudor restitutorio, se entiende), como adjudicatario (art. 634.1 4.º LEC) [271]. Si el bien termina siendo adquirido por el ejecutante, el juicio sobre la buena fe en la adquisición tiene que recaer sobre este. Como el acreedor tiene personalidad propia, no le perjudica el eventual conocimiento del letrado de la administración de justicia sobre la situación del bien trabado. Cuando el acreedor ejecutante participa activamente en el señalamiento del bien para su afección al embargo [272], la acción restitutoria personal del primer tradente le perjudica, en caso de mala fe, determinada según los criterios generales [273]. En ese escenario, el ejecutante acreedor no podría quedar mantenido en su adquisición.

---

[266] *Supra*, en este capítulo, III. 4.2.

[267] En este sentido, refiriéndose al artículo 34 LH y al 594.1 LEC, Gordillo Cañas, 2011, p. 1294.

[268] El artículo 593.1 LEC establece que el letrado, para juzgar sobre la *pertenencia* al ejecutado de los bienes a embargar, se basará en indicios y signos externos, de los que razonablemente pueda deducirse aquella, sin necesidad de investigaciones ni otras actuaciones. Véase, de nuevo refiriéndose al artículo 34 LH y al 594.1 LEC, Gordillo Cañas, 2011, p. 1303.

[269] Fernández-Ballesteros, 2001, pp. 290 y ss.

[270] Sobre la situación aparencial de titularidad del bien a embargar y el conocimiento de la composición del patrimonio del embargado, Mondéjar Peña, 2008, pp. 338-347.

[271] Recuérdese que, tratándose de bienes, la entrega directa al acreedor ejecutante solo se permite, si el valor nominal coincide con el valor real de mercado o, siendo inferior, si el acreedor acepta el bien.

[272] La posibilidad de que el ejecutante tome la iniciativa en el señalamiento de bienes se prevé ampliamente en la ley rituaria. Así, en la primera proposición del artículo 589.1 LEC o en el contenido de la demanda de ejecución (art. 549.1 3.º LEC).

[273] Es decir, sería necesario acreditar, a partir de las circunstancias, si conocía la situación contenciosa o precontenciosa en que se hallaba inmerso dicho bien. Véase, *supra*, en este capítulo, IV. 3.4 (d) y (e).

A estos efectos, la eventual colaboración del propio deudor y la de terceros en la búsqueda y selección de los bienes embargables [274] será determinante.

(b) La segunda posibilidad es que el bien termine ingresando en el patrimonio de un tercero rematante ajeno al embargo, bien por convenio de realización, bien por realización a través de persona o entidad especializada, bien por subasta judicial (art. 636 LEC). En ese caso, parece más complicado justificar una mala fe del tercero que le perjudique en la restitutoria, por similares razones a las arriba expuestas para el ejecutante. Ello tanto si se trata de una enajenación a través de persona o entidad especializada, realizada por profesionales y autorizada por el juez, como si se trata de una subasta judicial [275]. No obstante, su conocimiento o deber de conocimiento de la situación de hecho del deudor restitutorio ejecutado podrían fundarla.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. El sistema español de transmisión de la propiedad sigue el modelo del título y modo. El contrato no puede producir por sí mismo los efectos reales de transmisión. Para ello es necesaria la *traditio*. En el plano jurídico-real, es la *traditio* la que opera la transmisión de la propiedad, y así se deduce del artículo 609 CC.

2. La importancia de la *traditio* en la transmisión de la propiedad tiene implicaciones importantes en la restitución derivada de la desvinculación contractual. En el plano real, la relación obligatoria restitutoria significa que el fracaso del contrato no se traduce en la abrogación automática de la propiedad inicialmente transmitida (eficacia real *ex tunc*), sino que a favor de las partes nace un derecho de crédito a la readquisición. Esto supone excluir en todos los casos la acción reivindicatoria del acreedor restitutorio frente al deudor de la restitución, así como una posible usucapión entre los contratantes.

3. El contrato viciado de nulidad (anulable) transmite la propiedad, sin que la nulidad produzca una caída automática de la propiedad transmitida. Para ello es necesaria la restitución. Lo mismo vale para el resto de los expedientes de desvinculación (rescisión, resolución y desistimiento unilateral). En

---

[274] Véase Fernández-Ballesteros, 2001, pp. 270-271.

[275] Téngase en cuenta que la enajenación por persona o entidad especializada se basa en la labor profesional de estos entes, cuya misión es salvaguardar en todo momento el interés público en la satisfacción del acreedor, así como el respecto a los derechos del ejecutado; mientras tanto, la venta en pública subasta es un modelo específico de venta que, si bien sigue el esquema de la compraventa, presenta sus propias particularidades y está sometida a determinadas normas procedimentales de naturaleza pública. Al respecto, Fernández-Ballesteros, 2001, pp. 374 y ss., y 376 y ss.

la relación obligatoria restitutoria, la readquisición de la propiedad se estructura como una retransmisión, en la que el título es el mismo contrato del que las partes se desvinculan –que no se extingue por completo, solo los deberes de prestación– y por una reentrega traditoria en cualquiera de las formas admitidas. La sentencia que declare la desvinculación puede actuar como refuerzo de la causa de la traditio (*causa iudicati*).

4. En caso concurso del deudor restitutorio, la eficacia de la desvinculación como obligacional, y no real, otorga al acreedor restitutorio un crédito contra la masa para recuperar la cosa. Si la restitución *in natura* no puede tener lugar, por la prelación de créditos, la restitución se neutraliza; lo que constituye un supuesto de pérdida jurídica de la cosa por su incorporación a la masa activa que conduce a una restitución del valor.

5. El embargo del bien a restituir provoca una situación asimilable a la pérdida jurídica de la cosa. La eficacia obligacional de la desvinculación provoca que el acreedor de la restitución solo pueda recuperar el bien *in natura* mediante una tercería de dominio, si el fracaso del contrato es anterior a la traba del bien. De ser el embargo previo, el supuesto se debe tratar como una pérdida jurídica de la cosa imputable al deudor, que comporta una restitución del valor (arts. 1307, 1314 I y 1488 CC).

6. El concurso y el embargo del deudor de la restitución dan cuenta de que la posición del acreedor de la restitución puede quedar preterida en el sistema español de título y modo. Y es que tendría muy difícil recuperar el bien frente a la masa o frente a un tercero ejecutante, sin perjuicio de que se le conceda la restitución del valor.

7. La restitución contractual puede tener efectos frente al tercero, cuando es de mala fe. Así se deduce de la aplicación al contexto restitutorio de la figura del *ius ad rem* a favor del acreedor de la restitución, como complemento de su derecho de crédito a la readquisición (que es lo único que obtiene con la desvinculación). Esta doctrina encuentra su fundamento normativo en los artículos 1295 II CC, 1124 IV CC y 34 LH, en lo que se refiere a las adquisiciones de inmuebles que no sean *a non domino*. También en el artículo 1307 CC, en conexión con el artículo 1295 III CC.

8. La doctrina del *ius ad rem* aplicada a la restitución contractual determina que la cosa se pierde jurídicamente cuando es adquirida por un tercero que, *además*, es de buena fe. La buena fe es subjetiva y significa que el tercero desconocía o no podía conocer la situación de hecho en la que estaba envuelta la relación obligatoria de su causante y que podía conducir a una desvinculación. Si es de buena fe, el tercero será «mantenido en su adquisición», protegido de la acción restitutoria personal del acreedor en la restitución.

9. El *ius ad rem* del acreedor restitutorio frente al tercer adquirente de mala fe permite que este reclame directamente la restitución *in natura* del bien a aquel. La conveniencia de este sistema se aprecia en los casos de concurso del deudor restitutorio o de embargo del bien que estaba en su poder. En ambos casos, el reconocimiento de una acción personal restitutoria en caso de mala fe del tercero adquirente contribuye a aminorar los efectos perniciosos para el primer tradente con la adquisición de la cosa por la masa activa o con la realización del bien a favor del acreedor ejecutante. Es decir, dosifica los efectos prácticos de nuestro sistema del título y el modo.

CAPÍTULO 9

LAS PARTIDAS SECUNDARIAS DE RESTITUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Las partidas secundarias de restitución aluden a los frutos e intereses, que acompañan a la restitución principal de la cosa o el precio en los contratos traslativos de la propiedad, así como al uso de los bienes intercambiados [1]. En este capítulo, demostraré que ni los frutos e intereses percibidos ni un valor objetivo que aproxime o indemnice el valor de esos frutos o intereses forman parte de la restitución. Al mismo tiempo, defenderé que la restitución del valor de uso es la que mejor contribuye al objetivo de recuperar, en la medida de lo posible, el *statu quo ante*.

Las mejoras realizadas en el bien que se restituye son las otras grandes protagonistas de las partidas secundarias de restitución. La pregunta es si quien realizó mejoras en la cosa que devuelve tiene derecho a que se le reembolsen. Normalmente, se diferencia entre mejoras necesarias, que permiten mantener la cosa en su estado «normal», y las necesarias, que incrementan su valor. En

[1] En este capítulo me referiré enteramente a la restitución de frutos, intereses y ventajas de uso en contratos de compraventa. En los contratos de cesión de uso tratados (arrendamiento o préstamo), el uso del bien o del capital es la prestación que entrega una de las partes y, por eso, normalmente la restitución pasa por una compensación (véase, Capítulo 7, VI.1). Para los contratos de compraventa y de acuerdo con lo que se explicará en este capítulo, puede tener lugar también una restitución secundaria del valor del uso del bien o el capital cedido; lo que en el primer caso se mide con la amortización y en el segundo con el interés real del dinero (véase, *infra* en este Capítulo, II. 3.1 a 3.4).

el presente capítulo expondré que, en contra de la opinión mayoritaria, no acompaña razón alguna para reembolsar importe alguno por las mejoras necesarias. Por lo que respecta a las útiles, que además transforman la cosa, defenderé que el acreedor puede escoger entre abonar el incremento de valor que representa la mejora o el valor de la cosa al tiempo de su realización.

II. LA RESTITUCIÓN DE FRUTOS E INTERESES

Los artículos 1303 y 1295 I CC reconocen una obligación suplementaria de restitución de frutos e intereses de manera sucinta, pues no informan del modo en que estos han de medirse. La aparente claridad de la «restitución de frutos» se enfrenta al reproche del laconismo [2]. La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo tampoco es de demasiada ayuda: raras veces ha abordado el concepto de «frutos» y, cuando lo ha hecho, ha consumido escasas líneas en el despacho del asunto.

1. ¿Integración con las normas posesorias o del cobro de lo indebido?

Al igual que en Francia [3], el laconismo del Código para la restitución contractual de frutos e intereses condujo a autores y jurisprudencia a defender su integración con las normas que disciplinan la liquidación del estado posesorio (arts. 451 y 455 CC). En un trabajo anterior, manifesté mi total desacuerdo con las posturas que defienden este proceder [4]. A aquellos argumentos –extensibles a la rescisión [5]–, que ahora amplio ligeramente, me remito.

> La primera razón para no recurrir a las normas posesorias es su distinción entre la buena y la mala fe, difícilmente extensible a un contexto de contratación y de posterior restitución entre *las mismas* partes [6] (neutralidad restitutoria). Alguien podría, sin embargo, decir que la posesión de buena fe se puede asociar con el título [7] y que, en consecuencia, la causa de fracaso del contrato determina la buena

[2] Díez-Picazo y Ponce de León, 1994, p. 118.

[3] *Supra*, Capítulo 4, II. 4.1 y III. 5.1.

[4] Ruiz Arranz, 2019, pp. 289-301.

[5] Moreno Quesada, 1995, pp. 205-207. No obstante, este autor abre la puerta a «agravar» los efectos para el poseedor que fuera en concepto de mala fe. Favorable a aplicar a la rescisión las normas posesorias en los aspectos no previstos en el artículo 1295 CC: Martín Pérez, 2010b, p. 1425.

[6] En este sentido, con acierto, Basozabal Arrue, 1998, pp. 216 y 218; Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1120; Clemente Meoro, 1998, p. 513.

[7] En este sentido, por ejemplo, se manifiesta Basozabal Arrue, 1998, pp. 240-245. No obstante, este autor no aboga por una integración de las normas restitutorias contractuales en cuanto a frutos con las normas posesorias.

> o la mala fe del obligado a restituir. Pero este ejercicio se antoja demasiado simplista y, sobre todo, soslaya la literalidad del artículo 1950 CC que –en la posesión *ad usucapionem*[8] a la que se refiere expresamente la liquidación del estado posesorio– identifica la buena fe con la creencia de que el transmitente era dueño de la cosa y podía transferir su dominio[9]. La buena fe de la posesión *ad usucapionem* no se refiere al contrato, pues el título verdadero y válido para completar la usucapión solo confirma el *animus possidendi*, esto es, el concepto bajo el cual se posee, que ha de ser en concepto de dueño (arts. 430, 432, 447, 448 y 1942 CC)[10].

Junto a aquellas razones, la principal que explica el rechazo a aplicar, en esta sede, las normas posesorias es de tipo estructural y va en línea con lo estudiado: no concuerda con la relación obligatoria restitutoria reciproca, cuyo objeto es la recuperación del *statu quo ante* en la medida de lo posible[11]. Las normas sobre liquidación del estado posesorio presuponen una restitución unilateral (no sinalagmática), en la que tiene sentido «ayudar» al poseedor de buena fe, que se creía propietario y devuelve la cosa al reivindicante-propietario a cambio de nada[12]. Pero este esquema se antoja quimérico en un contexto contractual, pues además introduce un criterio indemnizatorio[13], ajeno a la restitución contractual[14]; ello, salvo que se quiera penalizar –vía restitución de frutos– al contratante responsable del fracaso del contrato[15]. Lo forzado de tamizar la restitución contractual con arreglo a la liquidación posesoria se aprecia igualmente en los equilibrios de los autores para explicar la buena o la mala fe en cada caso[16].

---

[8] Respecto a la definición más amplia que se contiene en el artículo 433 CC. En este sentido, véase Morales Moreno, *RJUAM*, 2000, p. 196.

[9] En este sentido, véase Gómez Acebo, *RDP*, 1952, pp. 201 y 207-208.

[10] En este sentido, véase extensamente Morales Moreno, 1972, pp. 73-107.

[11] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

[12] Berg, 2002, p. 211.

[13] Véanse las consideraciones vertidas *supra,* Capítulo 6, III. 5, sobre lo desaconsejable de introducir criterios indemnizatorios en la restitución derivada de la desvinculación contractual. En este mismo sentido, desde el Derecho francés, para la restitución de frutos, Malaurie, 1991, p. 170.

[14] En este sentido, también desde el Derecho francés, criticando la atribución de un fundamento indemnizatorio a la restitución derivada de la nulidad, Guelfucci-Thibierge, 1992, pp. 432-439.

[15] Sin pronunciarse, parece acoger últimamente una postura contraria al recurso a las normas posesorias para frutos, Quicios Molina, 2020, pp. 1619-1620. Esta autora advierte que, si realmente se quieren hacer desaparecer los efectos del contrato, no debería ser relevante la buena o mala fe de los obligados a restituir, «*porque tener en cuenta el factor de la buena fe supone mantener efectos producidos*». Ahora bien, de algún modo admite tener en cuenta la mala fe, precisamente bajo una lógica indemnizatoria: «*valorar la mala fe se acerca más a la situación ideal que no debería haber cambiado*», es decir, no se vuelve al *statu quo ante*, sino que se coloca al contratante en la posición que tendría si no se hubiera celebrado el contrato; lo que no es lo mismo (*supra*, Capítulo 6, III. 5).

[16] Así, por ejemplo, en su día, Quicios Molina, *CCJC*, 2014, pp. 31-32. En un contexto de resolución por incumplimiento en una compraventa, si el incumplimiento es del vendedor, la autora considera que el comprador posee de buena fe hasta que este resuelve. Ante ello, se topa con el problema de tener que considerar de mala fe *ex* art. 455 CC al comprador a partir de ese momento, lo que rebaja diciendo que «*no será aplicable el artículo 455 en todo caso, que prevé un régimen muy gravoso*»; y se conforma con

La única solución medianamente coherente pasaría por aplicar a la restitución contractual solo la regla para el poseedor de buena fe (art. 451 CC), de modo que ambos contratantes retuviesen los frutos hasta la demanda [17]. Pero tampoco es convincente [18], y deja al descubierto las costuras de la buena fe como elemento dosificador de la restitución contractual, que es neutra. En efecto, las reglas posesorias quiebran en un contexto sinalagmático de restitución [19], donde la misma reciprocidad que presidió el intercambio preside la restitución contractual [20]. El enfoque obligacional de la restitución permite descartar la aplicación de las normas posesorias. Y lo mismo sirve para el cobro de lo indebido (arts. 1896 y 1897 CC) [21].

El debate sobre la integración del régimen restitutorio contractual con las normas posesorias ha distraído el esfuerzo doctrinal de allí donde, a mi juicio, debe situarse: en llenar de contenido material la expresión «frutos e intereses», que acompaña a la restitución de las prestaciones principales en los contratos de intercambio [22].

2. El contenido de la restitución contractual de frutos e intereses

Ni el artículo 1303 ni el 1295 I CC explican qué clase de frutos (e intereses) tienen que restituirse; lo que da lugar a una enorme abertura interpretativa de ambas normas [23]. El silencio del Código en esta materia contrasta con el de otros preceptos, en los que el Código expresamente indica a qué frutos

---

condenar al comprador a restituir el uso. Si el comprador es quien incumple, considera que la posesión es de mala fe con un «*retraso en el pago que se convierta en incumplimiento definitivo*».

[17] Era, de hecho, la postura del antiguo artículo 324 CCCat 1960, para la rescisión por lesión. El fundamento descansaba en que el contrato era válido y perfecto, aunque lesivo. Por eso, en tanto no se rescindiese, el adquirente era el verdadero propietario y poseedor de buena fe, haciendo suyos los frutos mientras no se suscitase pleito alguno; tras la demanda, cesaría esa buena fe. Ha defendido esta posición, Alberruche Díaz-Flores, 2010, pp. 435-436.

[18] Primero, porque mezcla la validez del contrato con la adquisición de la propiedad. Pero, sobre todo, porque vincula matemáticamente la pérdida de la buena fe con el simple hecho de la demanda, lo que justificaría que se debiesen los frutos o intereses.

[19] Pudiéndose llegar al resultado de que –siendo un contratante «de buena fe» y el otro «de mala fe»– una parte retuviese el fruto o interés de la prestación recibida y, *además*, recibiese el fruto o interés de la prestación que entregó (acumulando así interés positivo en cuanto a lo retenido y el negativo en cuanto a lo recibido). Así lo señaló en su día, Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1119-1120.

[20] Berg, 2002, p. 177; Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1231-1232.

[21] Véase, *supra*, Capítulo 6, III. 4.5. Y, desde el Derecho italiano, y en un intento de construcción de un sistema unitario de restitución contractual basado en las normas del cobro de lo indebido adaptadas, Bargelli, 2010, pp. 176-180, 323-325 y 396-399.

[22] Lo advertí al final de Ruiz Arranz, 2019, p. 311.

[23] García Cantero, *RDN (Separata)*, 1955, p. 123.

se refiere [24]. La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo tampoco es de gran ayuda en esta empresa. Cronológicamente se ha manifestado *(i)* a favor de una restitución de los frutos percibidos [25]; *(ii)* de los percibidos o debidos percibir [26]; y *(iii)* de un valor objetivo que los aproxime [27]. En este punto, el objetivo principal de la restitución contractual (recuperar el *statu quo ante* en la medida de lo posible) es la brújula del intérprete. Esto significa que la restitución contractual de frutos no puede mejorar a una de las partes a costa de la otra y, sobre todo, que ninguna de las tres aproximaciones de la Sala 1.ª puede considerarse adecuada.

2.1 ¿Restitución de los frutos percibidos?

La opinión más comúnmente extendida es que las partes restituyen los frutos e intereses efectivamente percibidos [28]. Para la nulidad, se ha dicho que

---

[24] Así, el artículo 451 I CC habla de «frutos percibidos», para atribuírselos al poseedor de buena fe, y lo mismo hace el artículo 455 CC, que además amplía la obligación del poseedor de mala de a los que «el poseedor legítimo hubiera podido percibir». Y, en el régimen del cobro de lo indebido, se obliga al *accipiens* de mala fe a abonar el «interés legal», cuando lo recibido es un capital, o «los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjese».

[25] Se trata de la STS, 1.ª, 9 de febrero de 1949 (MP: Desconocido; RJ 1949/99). Se trataba de una compraventa de unas fincas anulada como consecuencia de la incapacidad del vendedor (art. 1304 CC). El comprador se vio obligado a restituir las fincas con los frutos producidos por estas. La Sala casó parcialmente la sentencia de la Audiencia, al entender que el concepto «frutos» a que se refiere el artículo 1303 CC es el de «*frutos líquidos, esto es, deducidos gastos de cultivo y recolección*». Aunque la anterior es la doctrina de la Sala que ha permanecido, me interesa destacar otro aspecto que ha pasado más desapercibido: el concepto de frutos a los efectos restitutorios del artículo 1303. La sentencia obligó al comprador a devolver frutos sobre la «*base de la declaración hecha de cosechas*» por el comprador a la oficina correspondiente (CDO. 5.º). Por tanto, compelió al comprador a restituir los frutos percibidos (*percepti*) o, por mejor decir, los que obtuvo de las fincas durante el tiempo en que las tuvo en su poder.

[26] Veinticinco años más tarde, la STS, 1.ª, 1 de febrero de 1974 (MP: Taboada Toca; Cendoj Roj: STS 80/1974) declaró, *obiter dictum*, que, en los supuestos de anulación de los negocios jurídicos, la restitución de las cosas, con sus «*frutos percibidos o debidos producir*», se decreta automáticamente, sin atender al papel de la buena o mala fe del poseedor.

[27] Es la STS, 1.ª, 9 de febrero de 1994 (MP: Martínez-Calcerrada y Gómez, RJ 1994/1096). Se trataba de una compraventa de un semisótano, vendido como «local comercial» para la instalación de un supermercado, que terminó siendo anulada, por error en el consentimiento de los compradores. El motivo de la anulación radicó en que el Ayuntamiento no concedía licencia para la instalación en él de un establecimiento comercial. Declarada la nulidad, la Sala 1.ª –corrigiendo la resolución de la Audiencia– explicó que la consecuencia de aquella, habiendo recibido los compradores la posesión del inmueble, era «*(i) la restitución, por el vendedor, del precio recibido con los intereses correspondientes; y (ii) el «reintegro por parte de los recurridos compradores del local citado, con los frutos que éste pudiera haber devengado mientras ha estado en posesión del mismo*». Un buen análisis sobre la sentencia en Morales Moreno, *CCJC*, 1994, pp. 624-630.

[28] Dell' Aguila, 1981, p. 197; García Vicente, 2013, p. 9269; Jerez Delgado, 2011, p. 277; Quicios Molina, *LH-Rodrigo Bercovitz*, 2013, p. 1467; 2020, pp. 1619-1735-1736; Rodríguez Rosado, 2013, pp. 252-253.

la restitución de los frutos percibidos al otro contratante –que no los percibió– se explicaría a partir de una regla de *propiedad*, ya que el obligado a restituir perdería la propiedad desde que el contrato fracasa [29]. En la misma línea, la restitución de los frutos percibidos en estos casos se ha explicado desde el daño que supone la privación del goce de una cosa [30]. No obstante, ya se ha explicado que el solo hecho del fracaso del contrato no abroga la propiedad que con él se pudiera transmitir [31]; también que la indemnización de un daño debe quedar al margen de la restitución contractual [32]. Por eso, la pregunta es si la restitución de los frutos *percibidos* realmente casa con los postulados de la restitución por desvinculación contractual (recuperar el *statu quo ante*).

(a) *El problema de la restitución de los frutos percibidos*

La restitución de los frutos percibidos por el deudor restitutorio se suele considerar una manifestación de la recuperación del *statu quo ante* [33], toda vez que esta sería el reverso de la restitución de los intereses devengados, siempre, por el precio [34]. Este enfoque se encuentra, sin embargo, con un problema elemental de partida: los intereses se restituirán siempre, mientras que los frutos, solo si se percibieron. Desde esta apreciación se entienden bien aquellos planteamientos que rechazan la restitución exacta de frutos e intereses, aludiendo a la compensación en los casos de resolución [35], de rescisión [36], o de nulidad [37];

---

[29] En este sentido, García Cantero, *RDN (Separata)*, 1955, p. 130.

[30] Es la hipótesis de Carrasco Perera, *ADC*, 1988, pp. 35-37. Este autor, a pesar de manifestarse en contra de integrar la restitución contractual con las normas de liquidación de estados posesorios, defiende que la restitución contractual de frutos que surge de la ineficacia del título (arts. 1295 y 1303 CC) contempla también un caso de gestión posesoria; gestión que se sujeta al artículo 455 CC, que impone la restitución de los frutos *percipiendi*, pero como indemnización del daño por la privación del uso de la cosa a devolver.

[31] Capítulo 8, III. 1 y 2.

[32] Capítulo 6, III. 5.

[33] Puig Brutau, 1988, p. 298.

[34] Junto con la jurisprudencia que cita, véase Jerez Delgado, 2011, p. 277.

[35] Así, para la resolución, Carrasco Perera, 2017, sec. 22/48. Este autor rechaza aplicar aquí la norma de los artículos 1303 y 1295 I CC, «*que solo pueden ser exigidos y resultar compensados en concepto de resarcimiento por los daños de incumplimiento*». Pero esta aproximación es contradictoria con el hecho de que *también la restitución por resolución* está patrocinada por la noción de *restitutio in integrum* recíproca. Desde el Derecho italiano, se inclina por la compensación (y, por ende, por la no restitución de frutos e intereses en la resolución) Bargelli, 2010, pp. 409-411. Esta autora se basa en la recuperación del equilibrio sinalagmático.

[36] Moreno Quesada, 1995, p. 208; Zurilla Cariñana, 2013, sec. 3.1.

[37] Basozabal Arrue, 1998, p. 218.

o que defienden la restitución de los intereses legales del precio, solo si la cosa produjo frutos [38].

Atenta a estas inconsistencias, Soler Presas ha apostado por que no se restituyan los frutos percibidos en ningún caso [39]. Su aproximación es muy sugestiva.

> A su juicio, el binomio frutos e intereses se refiere únicamente a la «*utilidad de las prestaciones*». De lo que se trataría es de «*medir la utilidad legítimamente percibida durante la vigencia del contrato por ambos contratantes, toda vez que, resuelto el contrato, procede neutralizarla*»; por tanto, «*ambos están obligados a restituir el valor en uso percibido*», compensándose después los importes. A partir de aquí, la autora trata de identificar los criterios de valoración objetivos o abstractos, aplicables a ambos contratantes, que permiten llenar de contenido a la noción «ventajas de uso». Como se aprecia, esta postura rechaza que la restitución contractual abarque los frutos o los intereses «percibidos», reduciendo este concepto a las ventajas de uso obtenidas.

El problema del buen enfoque de Soler Presas es que no explica la razón que debe conducir a rechazar una restitución de los frutos percibidos; la da, correctamente, por supuesta y se lanza a explicar en qué consiste el valor de uso. Tal como lo veo, cualquier solución que proponga prescindir de los «frutos percibidos» por cada contratante como partida restitutoria debe aclarar, primero, por qué lo hace.

La restitución de los «frutos percibidos» contradice la lógica recíproca de la restitución contractual. En primer lugar, porque conduce a que el carácter productivo o no productivo de la cosa condicione su devolución y, con ello, la lógica recíproca de la restitución [40]. A ello se une que la diferente utilización de las prestaciones intercambiadas –y la mayor o menor habilidad en hacerlo– se

---

[38] Quicios Molina, 2020, pp. 1735-1736.

[39] Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1252 y ss.

[40] En efecto, la restitución de los frutos percibidos exige, por principio, que la cosa sea fructífera. De no serlo, su restitución decae, obviamente, pues no se obtuvieron. El problema es que el principio de reciprocidad restitutoria exigiría que, aun así, la otra parte restituyese los frutos percibidos por su parte. Este esquema conduciría al resultado inequitativo de que el adquirente de la cosa no fructífera obtendría una restitución de los frutos percibidos de lo entregado (normalmente los intereses del precio), sin prestar ninguna restitución «secundaria» a cambio. Como este resultado no es sencillo de justificar, se ha defendido que, en esa hipótesis –cosa no fructífera a restituir a cambio del precio con sus intereses–, no se produce restitución secundaria alguna. Es la tesis de Malaurie, 1991, p. 188. En España, ha defendido lo mismo, Basozabal Arrue, 1998, pp. 217-218. Ambos autores defienden la no restitución de frutos en estos supuestos a partir de la idea de que el solo uso de la cosa ya ha proporcionado al adquirente las ventajas que pretendía y que, entonces, no tiene sentido indemnizarle mediante una restitución de los intereses que el vendedor hubiera percibido por el precio. Es decir, que la devaluación del precio se compensa con el deterioro por el uso de la cosa.

Según lo veo, este enfoque constituye una trampa argumental, pues se recurre en última instancia a las ventajas de uso de la cosa para escapar, en el último momento, de la consecuencia de la restitución de los frutos percibidos. Aunque la lógica restitutoria sea recíproca, el carácter no fructífero de la cosa normalmente será conocido de antemano tanto por el adquirente como por el transmitente; por eso, constituye un riesgo que cada parte asume para sí en la restitución y que no se debería trasladar a la otra. Así, si se

traducirá en resultados contrarios a la conmutatividad restitutoria contractual. Debemos, pues, preguntarnos si tiene sentido «penalizar» a quien invirtió productivamente lo recibido (la cosa o el dinero) y obtuvo los frutos, frente a quien no los obtuvo; y si esa injusticia en la restitución de los frutos percibidos se compadece con la recuperación del *statu quo ante*[41]. A mi juicio, no. O, al menos, no siempre. La restitución de los frutos percibidos solo tiene sentido si esta contribuye a recuperar ese *statu quo ante*.

La restitución de los frutos percibidos solo contribuirá a la recuperación del estado existente antes de contratar, cuando el propio acreedor de la restitución (el vendedor en la compraventa) se hubiera involucrado previamente en su obtención o hubiera aportado algo a ella. Es decir, cuando la obtención de los frutos va más ligada a la cosa que se entrega que a la acción del deudor de la restitución. Así sucederá si, por ejemplo, se vendió una finca ya cosechada o un inmueble ya alquilado y que producía rentas[42] (cfr. arts. 1519[43] y, sobre todo, 1468 CC). No es el escenario habitual.

> Un caso paradigmático fue el resuelto por la STS, 1.ª, 29 de febrero de 2012[44]. Se había celebrado una compraventa de apartamentos turísticos. El objetivo de los compradores era explotar los apartamentos en los periodos vacacionales. La Administración denegó, con posterioridad, la licencia de explotación turística del conjunto. Pero, antes de ello, los compradores, habían arrendado los apartamentos a una tercera sociedad. La denegación de la licencia por la Administración determinó la resolución de la compraventa y del arrendamiento. El TS confirmó el fallo de la AP y ordenó la restitución de los apartamentos con los frutos (civiles) obtenidos mediante el arrendamiento, hasta la denegación de la licencia. Así, las rentas cobradas en arrendamiento por los compradores revertían en la vendedora, en «aplicación» del sistema de restitución contractual. Los compradores trataron de neutralizar esta consecuencia, que consideraban injusta, por distintas vías argumentales, todas ellas inanes. Aludieron *(i)* a la doctrina del enriquecimiento injustificado, y *(ii)* a las normas posesorias, en atención a una buena fe que les permitiría retener tales rentas.

---

dice que se restituyen los frutos percibidos se debe asumir esta posición con todas sus consecuencias, incluido el resultado al que se llegaría, cuando la cosa no es fructífera.

[41] Advierte de ello, pero reconoce que es un resultado inevitable y que tiene que ser soportado por las partes en la restitución contractual, Berg, 2002, p. 209.

[42] En este sentido, analizando el artículo 172.2 CESL, Sirena, *ERPL*, 2011, p. 997. Hay que decir que este autor plantea esta misma solución desde una concepción de la restitución contractual basada en el enriquecimiento injustificado que no se comparte.

[43] Pero no se olvide que el derecho de retrayente a la restitución resulta del pacto y no de un previo fracaso del contrato; en este sentido, Clemente Meoro, 1998, p. 518.

[44] MP: Roca Trías; RJ 2012/4054.

No se puede sino comprender la indignación de los compradores y criticar el fallo. El problema estuvo en el fundamento de la pretensión de retener los frutos (civiles) percibidos como rentas que emplearon los compradores. Este no se encuentra ni en las normas de liquidación de estados posesorios ni, mucho menos, en el recurso (a la desesperada) al enriquecimiento. La debida estimación del recurso de los compradores se explica de un modo más sencillo: la restitución contractual de los frutos «percibidos» no permitía regresar al *statu quo ante*, sino que mejoraba a la vendedora. El resultado a que llegó la sentencia quebró por completo la conmutatividad restitutoria. Las rentas que se restituyeron eran frutos civiles obtenidos *ex negotiatione* por los compradores. Y es desde aquí desde donde mejor se explica su no restitución.

(b) *Los frutos civiles o* ex negotiatione *y su no restitución*

El problema de la restitución de los frutos percibidos es el problema de la restitución de los frutos *ex negotiatione*, es decir, de restitución de las ganancias, que se obtienen a partir de la cosa o capital recibido con el contrato [45]. En el Derecho español, esta cuestión se puede explicar desde la amplia noción «frutos civiles» que, por definición son *ex negotiatione* [46]. Aquí, una primera opción sería negar al fruto civil (rentas) su condición de fruto, solucionándose así el problema restitutorio que plantean [47]. Pero eso supone «esconder la cabeza» frente al problema. De un vistazo al Código se obtienen, al menos, dos ideas en relación con los frutos civiles: *(aa)* su tendencia expansiva y, *(bb)* la diferencia entre atribuir y restituir frutos.

(aa) El Código civil no define los frutos civiles [48]. El artículo 355 III CC solo los enumera. El fruto civil se obtiene en virtud de un negocio jurídico con un tercero [49], por lo que se trata más bien de frutos del derecho de crédito que del derecho de propiedad (cfr. art. 354.3.º CC) [50]. Al corresponderse con una

---

[45] En este sentido, desde el Derecho belga, Baeck, 2013, p. 286; Sirena, *ERPL*, 2011, pp. 993-994. Esta autora considera indeseable desde un punto de vista económico que se restituyan los frutos obtenidos por su acción, pues ello desincentivaría que se obtuviesen.

[46] Véase Vigil Fernández, *RCDI*, 2017, pp. 100-107. Si bien este autor no termina de aclarar en qué consisten los frutos civiles.

[47] García Cantero, *RDN (Separata)*, 1955, p. 151.

[48] Así, *ibid.*, p. 97. Para este autor, la voz «frutos» que se contiene en el Código civil solo designa los naturales e industriales, no así los civiles.

[49] Véase Martín Retortillo, *ADC*, 1951, pp. 144-149.

[50] Y es que los frutos no se entregan como consecuencia de la accesión ni como consecuencia de la propiedad. Véase García Cantero, *RDN (Separata)*, 1955, p. 28.

cantidad de dinero líquida, se ha advertido de su tendencia expansiva [51]. No es una apreciación desacertada, tan pronto como se observa que los frutos, incluso los pendientes [52], constituyen un bien independiente y susceptible de conversión en una cantidad de dinero líquida (cfr. arts. 718 y 719 LEC) [53]. A ello se une el hecho de que pocos frutos se pueden obtener sin intervención directa del ser humano [54] o que los beneficios empresariales o industriales son, propiamente, fruto civil [55], siendo un vestigio del pasado las sentencias que consideran lo contrario [56].

(bb) Un enfoque de ayuda en el análisis de los frutos civiles es la distinción entre reglas de percepción (atribución) y reglas restitución de frutos [57]. Las primeras se refieren a los modos y procedimientos que permiten atribuir un determinado ingreso a un sujeto; las segundas a los obligados a restituir frutos a otro. Por más que ambos núcleos de reglas se refieran a «los frutos», son constelaciones distintas. En un caso, los frutos se obtienen directamente por quien los percibe (el propietario o el usufructuario), mientras que en el otro se obtienen por una persona distinta a la que finalmente los percibe (en restitución). En el Código, esta distinción se aprecia en los artículos 354 3.º

---

[51] Véase Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1098-1099. Una orientación similar, si bien menos clara, podía observarse en su momento en García Cantero, *RDN (Separata)*, 1955, p. 89, cuando apuntaba: «*El concepto de fruto que se ofrezca debe comprender los resultados del fenómeno de la productividad de todas las cosas que pueden adquirir el carácter de bien-capital o cosa madre*».

En distinto sentido respecto de esa tendencia, Vigil Fernández, *RCDI*, 2017, p. 106.

[52] Moreno Quesada, *RCDI*, 1967, pp. 989-998.

[53] En este sentido, Delgado Echeverría, *ADC*, 1975, p. 614.

[54] En realidad, la idea de «producción espontanea de la tierra», que emplea el Código para los frutos naturales, no es sino una quimera. Aquello que el Código denomina «frutos industriales» hace realmente referencia a los frutos civiles, en la medida en que se obtienen gracias a la existencia de una relación jurídica, con inversión de otros factores productivos, que se combinan unos con otros. En este sentido, Martín Retortillo, *ADC*, 1951, pp. 147-150.

[55] Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1092-1093. No obstante, distingue entre frutos civiles e industriales respecto del beneficio empresarial, considerando que lo que la explotación produce son frutos industriales, pero que los beneficios conseguidos después son frutos civiles, Vigil Fernández, *RCDI*, 2017, p. 103.

[56] Aquí se enmarcan las críticas a la STS, 1.ª, 5 de enero de 1925 (MP: Ibarguen; Roj: STS 936/1925) que había considerado los beneficios de una industria como frutos industriales y no civiles. Se trataba de un caso en que, tras el fallecimiento del gerente y dueño de una empresa textil catalana, el usufructo de esta pasó a su viuda, instituyéndose herederos universales a sus dos sobrinos. La usufructuaria falleció poco tiempo después, habiendo instituido como herederas universales a dos mujeres, las cuales reclamaron la restitución de aquellos beneficios que la usufructuaria había percibido de sus títulos pertenecientes a la industria textil. Lo hacían, por considerarlos frutos civiles, y haberse producido día tras día; mientras que los herederos universales del gerente (sobrinos) consideraban que parte de los beneficios obtenidos en el año de fallecimiento de la usufructuaria constituían frutos pendientes que, por no estar manifiestos o nacidos (art. 357 I CC), les pertenecían a ellos como herederos de la industria y no a las herederas de la usufructuaria. El TS dio la razón a los herederos, al considerar los beneficios de la industria como frutos industriales, pero es una tesis que fue ampliamente criticada en su día por Castán Tobeñas, *RDP*,1925, pp. 389-390.

[57] Sobre esta distinción, en la literatura romanista antigua, puede verse, Von Petrażycki, 1895, pp. 1-8. También, Kaser, 1968, pp. 6 y ss.

y 355 III CC, cuando declara que los frutos pertenecen al propietario [58]. Junto a ello, el Código se refiere expresamente al fruto civil en otras dos ocasiones [59]. Si se observa, siempre que el Código hace referencia a los frutos civiles, lo hace para *atribuírselos* a un sujeto, por razón de su condición [60]; nunca para restituirlos.

De los dos puntos anteriores se extrae *(i)* que los frutos percibidos son, por lógica, frutos civiles; y *(ii)* que los frutos civiles no son objeto de restitución, sino solo de atribución.

(c) *La no restitución de los frutos percibidos (como frutos civiles)*

De las anteriores consideraciones se extrae que los frutos percibidos no integran, en general, el objeto de la restitución [61]. Como se ha adelantado, estos frutos solo desempeñan un papel relevante para la restitución, cuando contribuyen a recuperar el *statu quo ex ante* (por ejemplo, la cosa se entrega arrendada por el vendedor, aprovechándose el comprador y deudor restitutorio de dicho arrendamiento). Este enfoque –que se comparte desde algunos sectores del Derecho alemán [62]– dota de sentido a resoluciones de la Sala 1.ª en las que, por vías algo enrevesadas, rechaza la restitución de los frutos (civiles) percibidos [63];

---

[58] Moreno Quesada, *RCDI*, 1967, pp. 974-976.

[59] Una, en el artículo 451 III CC, para indicar que los frutos civiles se entienden producidos por días y pertenecen –en el esquema posesorio, como frutos *percibidos*– al poseedor de buena fe, en esa misma proporción; la otra, en los artículos 474 (para indicar la pertenencia al usufructuario de los frutos civiles de la cosa cedida en usufructo, que se entienden de nuevo producidos por días) y 475 (para reputar como frutos civiles, aquellos que genere el usufructo sobre una renta, pensión periódica o una participación sin vencimiento fijo; e indicar que pertenecen igualmente al usufructuario).

[60] Y no sobre la base de la propiedad, Vigil Fernández, *RCDI*, 2017, p. 93.

[61] No es una posición desconocida en el Derecho comparado. Por ejemplo, véase, desde el Derecho belga, Baeck, 2013, pp. 287-288.

[62] Véase Capítulo 3, V, 3.1 (a) y 3.2.

[63] Fue el caso de la STS, 1.ª, 13 de diciembre de 1980 (MP: Fernández Rodriguez; RJ 1980/4748), ya citada. Se habían vendido unas máquinas cosechadoras de remolacha que resultaron inútiles para el uso al que el comprador pretendía destinarlas, rescindiéndose la venta por vicios redhibitorios. En la restitución, el vendedor reclamaba la devolución de los «frutos industriales» que las máquinas habían contribuido a obtener en la explotación agrícola del comprador. La Sala 1.ª del TS (CDO 2.º) rechazó esta pretensión con el argumento de que, «*por la anormalidad de su funcionamiento, los compradores hubieron de emplear, con los gastos consiguientes, una mano de obra complementaria para suplir aquellas deficiencias*». Es decir, llegó a la idea de que las máquinas vendidas habrían producido también perjuicios, que deberían compensarse con los posibles beneficios que hubieran producido las susodichas máquinas.

El fallo de la sentencia es correcto, no así la argumentación seguida. De hecho, esta argumentación ha llevado a algunos comentaristas a entender que la sentencia establecía una compensación equitativa de los frutos con los perjuicios (Moreno Quesada, 1995, p. 208). A su manera, las máquinas contribuyeron a la obtención de unos rendimientos empresariales (que probablemente fuesen menores a los esperados, si se hubieran correspondido con lo pactado), pues en ningún momento se dice que las máquinas se vendie-

también explica que otras resoluciones reduzcan el importe de los frutos, con argumentos como que no toda la renta se refería a la cosa arrendada [64].

La no restitución de los frutos percibidos tampoco podría neutralizarse recurriendo al argumento de que solo se restituyen los frutos líquidos (deducidos los gastos para su obtención), lo que evitaría mejorar al acreedor de la restitución, que los recibe [65]. Esta aproximación puede solucionar el problema de la restitución de las ganancias obtenidas por el deudor restitutorio, pero no da respuesta a que la restitución de los frutos percibidos (aun descontándose los gastos para su obtención) es contraria a la recuperación del *statu quo ante*. Y es que, hay que insistir, no se trata de colocar a cada acreedor restitutorio en la posición que tendría si los bienes no hubieran salido de su patrimonio y, además, *los hubiera explotado* durante el tiempo en que estuvieron en poder del deudor restitutorio (interés negativo) [66].

La no restitución de los frutos percibidos se compadece, pues, con una concepción no indemnizatoria de la restitución. Al mismo tiempo, la no restitución de los frutos percibidos se compadece con que el deudor restitutorio los obtuvo, en todas las hipótesis, como propietario, a pesar de la posterior desvinculación [67].

---

ran defectuosas, sino que «*no eran útiles para la causa determinante de su adquisición*». Sin embargo, estos frutos percibidos no se restituyen, porque su restitución contrariaría la recuperación del *statu quo ante*, mejorando indebidamente al acreedor de la restitución.

[64] Fue el caso de la citada SAP Madrid, Sec. 12.ª, 9 de marzo de 1998 (MP: Uriarte López; AC 1998/4842), en la que los compradores habían adquirido un inmueble luego expropiado. Ordenada la restitución, la audiencia impuso a los compradores restituir el justiprecio, como expresión del valor, a cambio del precio pagado. Asimismo, los compradores habían tenido el inmueble en alquiler hasta la fecha de la expropiación. El juzgado les condenó a la restitución de las rentas obtenidas, como frutos percibidos (2.713.580 ptas.). Los compradores interesaron la reducción a la mitad del importe a restituir en concepto de frutos. Al parecer, el piso se había arrendado con muebles. Por eso, defendían la aplicación del artículo 44.1 LAU 1964, según el cual en los contratos en que se alquilan conjuntamente vivienda y mobiliario, se determina por separado la renta correspondiente a ambos factores; y, en su defecto, se entiende que corresponde al mobiliario la mitad de la renta total estipulada. La Audiencia Provincial admitió esta pretensión de los deudores de la restitución y les condenó a devolver únicamente 2.540.328 ptas., en concepto de frutos-rentas, deduciéndose 173.262 ptas. por las del mobiliario (FD 6.º). Para fundamentar su decisión, la Audiencia acudió al argumento de que no procede restituir intereses de los frutos, y a su juicio las rentas del mobiliario lo eran (FD 7.º). No obstante, lo que a mi juicio se esconde detrás de esta dosificación de la restitución de rentas del arrendamiento es que su restitución conduce a resultados insatisfactorios que no contribuyen a recuperar el *statu quo ante*, sino solo a favorecer a la acreedora de la restitución (en el caso, los compradores habrían amueblado el inmueble que adquirieron y que se expropió).

[65] Es la posición de la jurisprudencia desde la citada STS, 1.ª, 9 de febrero de 1949 (MP: Desconocido; RJ 1949/99); resolución que es citada en la práctica totalidad de las sentencias que se ocupan de la restitución de frutos en la desvinculación. Por todas, puede verse la doctrina de la restitución en caso de nulidad que se recoge en la STS, 1.ª, 11 de febrero de 2003 (MP: Corbal Fernández; RJ 2003/1004) y las que a ella se remiten.

Esta postura en cuanto a la restitución de frutos es secundada por parte de la doctrina: Carrasco Perera, 2017, sec. 14/57; Colás Escandón, 2013b, sec. 2.5.

[66] Véase, *supra*, Capítulo 6, III, 5. En este sentido, sobre frutos, refiriéndose al artículo 172.1 y 2 CESL, Lehmann, 2012, p. 680; le sigue, Hellwege, 2018d, p. 1420.

[67] Lo hemos visto, *supra*, Capítulo 8, III. 1 y 2. Así se explican además las críticas que algún autor de principios del s. xx lanzó a la restitución de frutos percibidos del artículo 1295 I CC, sobre la base de

Las mismas consideraciones rigen para los intereses que el deudor restitutorio pueda percibir gracias a la inversión del precio[68]. Únicamente si permiten recuperar la situación existente antes del contrato, tendrá sentido su restitución. El mejor ejemplo se encuentra en la restitución derivada de la nulidad de contratos de adquisición de deuda subordinada (participaciones preferentes). En estos pleitos, los clientes devuelven los «*rendimientos efectuados por la entidad al cliente*», es decir, las ganancias (frutos civiles) que la inversión en las preferentes hubiera reportado al cliente que impugna después el contrato, normalmente por error-vicio. La Sala 1.ª viene justificando esta restitución con el argumento de que «*los abonos efectuados por el banco carecen de causa, dada la eficacia «ex tunc» de la nulidad, la restitución es debida por el cliente desde que los percibió*»[69]. Pero la razón de que el cliente restituya los frutos percibidos por la inversión en preferentes es otra: solo devolviéndolos se recupera el *statu quo ante*; porque, adviértase, esos rendimientos fueron abonados por la entidad financiera[70].

2.2 ¿Restitución de los frutos debidos percibir?

Quienes consideran necesario completar la restitución contractual con las normas posesorias o del cobro de lo indebido, (arts. 455 y 1896 CC) abogan por obligar también al deudor de mala fe a reintegrar los frutos debidos percibir (*fructus percipiendi*). Lo mismo han hecho quienes atribuyen a la restitución contractual un carácter no neutro, sino orientado a evitar el perjuicio de la parte no responsable de su fracaso[71]. Por eso, este módulo se excluye por sí solo: porque establece una compensación indemnizatoria, ajena a la lógica de la restitución[72]; también porque el deudor de la restitución adquiere la propiedad de lo recibido y, en consecuencia, tiene derecho a servirse de la cosa como

---

que el contrato es válido, pese a la rescisión (Lavandera y Blanco, *RDP*, 1914, p. 182).

[68] Es un enfoque mantenido por los comentaristas del Derecho uniforme en sede de restitución tras la resolución al amparo del artículo 84.1 CISG, para los intereses. Así, Fountoulakis, 2019c, párr. 20.

[69] Así se declaró en la STS, 1.ª, 16 de octubre de 2017, FD 5.º [2] (MP: Parra Lucán; RJ 2017/4286) y todas las que le han seguido (véase *infra* nota 82).

[70] Lo que no tiene ningún sentido es que el cliente restituya, además, los intereses legales sobre dichos rendimientos –como ordena la Sala 1.ª del TS–, porque eso supone aplicar una medida indemnizatoria (interés legal), no ya sobre las prestaciones principales intercambiadas con el contrato (inversión y preferentes), sino sobre los frutos civiles que se derivaron de una de ellas.

[71] Clemente Meoro, 1998, pp. 519-520.

[72] Lo que fue destacado ya por algunos de los primeros comentaristas del Código civil. Así, Mucius Scaevola, 1904, vol. 20, p. 931. Más recientemente, tratando el Derecho español, alemán y uniforme, Berg, 2002, p. 210. Este autor propone indemnizar, en su caso, estos frutos no percibidos, pero sin incluirlos en el montante de la restitución. Excluye también la restitución de los frutos debidos percibir, Basozabal Arrue, 1998, p. 218.

estime oportuno, o a no hacerlo [73]; lo contrario sería tratar al deudor de la restitución como un gestor de negocios ajenos.

> No convence la posición alemana respecto a los provechos podidos percibir según las reglas de una adecuada economía, en la resolución (§ 347.1 BGB) [74]. El fundamento de la restitución del valor de los provechos podidos percibir es la protección al acreedor frente a un uso improductivo de la cosa por su deudor, cuando esta es productiva. No obstante, la postura de los comentaristas alemanes soslaya que el solo hecho del paso del tiempo ya afecta a la mayor parte de los bienes, haciéndoles perder valor, sean usados o no. Como veremos, ese perjuicio se puede «compensar» a través de la restitución de las ventajas de uso, cuando las características de la cosa a restituir así lo permiten. Pero acudir a los provechos debidos percibir penaliza innecesariamente al deudor de la restitución. El § 347.1 BGB reconoce esta externalidad y trata de paliarla mediante la diligencia *quam in suis*, cuando al deudor restitutorio no le es imputable el incumplimiento.

El rechazo de la restitución de los frutos podidos percibir es coherente con que los frutos percibidos no se restituyen con carácter general, salvo que contribuyan a la recuperación del estado anterior al del contrato.

2.3 ¿Restitución de un valor objetivo?

Una última opción es acudir a un valor objetivo con el que aproximar el montante de los frutos e intereses. Se trata de una opción respetuosa con la lógica sinalagmática, pues el vendedor restituiría el interés legal o pactado del precio, mientras que el vendedor haría lo propio con los frutos que la cosa hubiera producido normalmente durante el tiempo en que el otro la tuvo en su poder [75]. Es la aproximación más habitual para los intereses: partiendo de presunción de productividad del dinero, se atribuye al acreedor restitutorio una medida estándar de su interés, por razones de simplicidad o política legislativa [76].

---

[73] En similar sentido, refiriéndose a la restitución de provechos en la restitución resolutoria del artículo 84 CISG, Fountoulakis, 2019c, párr. 33.

[74] Véase, *supra*, Capítulo 3, V. 3.4.

[75] Basozabal Arrue, 1998, pp. 217, 218 y 220. Este autor exige, eso sí, que la cosa sea fructífera, como condición para proceder a una restitución de los frutos que la cosa hubiera producido normalmente durante el periodo en que el restituyente la tuvo en su poder.

[76] En esta línea, Delgado Echeverría, *ADC*, 1975, pp. 590-591.

El problema de este enfoque es que convierte la restitución de frutos e intereses en una indemnización encubierta de un lucro cesante [77]; o, si se quiere, en una expresión de los *fructus percipiendi* que miden el daño por la privación del goce [78]. Por eso, no debe recurrirse a ella en la restitución por desvinculación. Veámoslo.

(a) *La aplicación de la licencia hipotética o el interés legal a la restitución*

Los tribunales han dado a veces por bueno que la restitución de frutos de la cosa pueda referirse al precio de un hipotético canon arrendaticio [79], y solo excluyen esta restitución, cuando el fracaso del contrato es imputable al contratante que tendría derecho a la restitución de los frutos así computados. Las más de las veces, este enfoque constituye prácticamente un expediente de

---

[77] En efecto, en el incumplimiento del contrato, los frutos e intereses que producen las cosas o el dinero pueden desempeñar una función compensatoria o resarcitoria, como medida del interés indemnizable del acreedor. Así sucede, en particular, cuando el incumplimiento determina la privación del uso del bien o derecho que el contrato garantizaba al acreedor insatisfecho. Se trata de casos de incumplimiento (por retraso) en la entrega del bien; ello produce, primeramente, un daño traducido en la *pérdida de frutos*. Aquí, los frutos se equiparan al lucro cesante (Morales Moreno, 2010, p. 62). Junto a ello, la falta de disponibilidad de un bien como consecuencia del incumplimiento puede generar otro lucro cesante relativo al uso efectivo que el bien hubiera podido reportar a su acreedor (Soler Presas, 1998, p. 168). Así ocurre, por ejemplo, cuando se incumple la entrega de una máquina; pero también cuando lo que se incumple es la entrega de un bien para su uso y disfrute personal, como una vivienda. En este último sentido, con cita de jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS, Esteve Pardo, *ADC*, 2015, pp. 612-615.

[78] Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1141-1142. Sobre los frutos *percipiendi*, Carrasco Perera, *ADC*, 1988, pp. 26 y ss. Hay que advertir que este autor vincula –y es su principal tesis– la restitución de frutos (percibidos) con la indemnización del *id quod interest*, también para la restitución contractual (*ADC*, 1988, pp. 35 y ss.). En esta línea, más tarde, el mismo autor ha considerado que en la resolución por incumplimiento no hay restitución de frutos e intereses, como no sea en concepto de daños, en cuyo caso se debe deducir lo obtenido por el uso del dinero: Carrasco Perera, 2017, sec. 22/48.

[79] Fue el caso de la STS, 1.ª, 3 de marzo de 2005 (MP: Ruiz de la Cuesta Cascajares; RJ 2005/4731). Se había vendido, en octubre de 1989, una parcela de terreno con edificación por 7 millones de pesetas, de los cuales un millón fue anticipado en la firma del contrato, conviniéndose que el precio final se abonaría en el momento de otorgamiento de la escritura pública. Desde el momento del contrato, el comprador tomo posesión de la vivienda. El vendedor falleció en enero de 1990. En marzo de 1994 el comprador seguía sin abonar el precio restante, por lo que fue requerido a tal efecto por el heredero del vendedor. Al no tener lugar el pago, el heredero declaró resuelto el contrato, reclamando la restitución del inmueble, así como los frutos civiles. En su demanda, los frutos del tiempo en el que el demandado había usado el inmueble se concretaban en el alquiler que habría tenido que pagar por servirse de la cosa durante ese tiempo. El Juzgado de Primera Instancia no apreció la resolución. La Audiencia Provincial estimó la demanda del heredero del vendedor y condenó a restituir los frutos civiles, computados según el canon arrendaticio que el comprador habría tenido que pagar por usar la cosa durante los cuatro años que estuvo en posesión del inmueble. La Sala 1.ª del Tribunal Supremo casó la sentencia y no declaró procedente la resolución, por lo que no se pronunció sobre la restitución. No obstante, hay buenos motivos para pensar que, de haberlo hecho, habría confirmado el fallo de la Audiencia en cuanto a la restitución de los frutos civiles, ya que el incumplimiento resultaba imputable al comprador (véase, la nota siguiente).

equidad [80]. El cálculo de los frutos de la cosa a restituir de acuerdo con el precio de un hipotético canon arrendaticio es compartido por algunos autores [81].

Para los intereses, la Sala 1.ª obliga, en muchos casos, al vendedor a prestar el interés legal (art. 1108 CC) de la cantidad recibida; solución a la que llega como «sanción» a la parte responsable del fracaso del contrato [82]. De hecho, esta es hoy la posición común –y, por qué no decirlo, contradictoria– de la Sala 1.ª para dar respuesta a la restitución derivada de la nulidad de contratos de adquisición de deuda subordinada (participaciones preferentes): la entidad financiera debe restituir el capital invertido por el cliente con los intereses legales desde el momento del pago que se restituye, lo que envuelve una valoración indemnizatoria [83]. Todavía en este bloque de sentencias, la tendencia indemnizatoria es tal que se termina obligando al cliente a compensar a la entidad el interés legal de los rendimientos que esta le hubiere abonado, a fin de contrarrestar «*la pérdida de valor del dinero por el paso del tiempo*» [84];

---

[80] Fue lo sucedido en la STS, 1.ª, 18 de julio de 2012 (MP: Arroyo Fiestas; RJ 2012/9333). Los compradores habían resuelto un contrato de compraventa de una vivienda por inhabilidad del objeto, toda vez que la vivienda adquirida no se ajustaba al retranqueo en relación con las viviendas colindantes; hecho que había conducido a que la Administración decretase su ilegalidad urbanística. Tras admitirse la resolución, los vendedores exigían una restitución de frutos de los compradores computada mediante el precio de un hipotético canon arrendaticio durante el tiempo en que la vivienda estuvo en manos de los compradores. La Sala 1.ª del TS (FD 3.º) rechazó esta pretensión, considerando que ello «*no es de recibo dado que el comprador ha estado sometido a un disfrute no pacífico de la vivienda, derivado de la ilegalidad urbanística provocada por la vendedora*». Junto a ello, el TS argumentó que la no restitución de este valor de uso de la vivienda se justificaba por la «*compensación que se produce por la mayor superficie edificada que se devuelve, y que no fue tasada por el perito de la actora*».

[81] Así, para la resolución Carrasco Perera, 2017, sec. 22/48; Clemente Meoro, 1998, pp. 520-521; Quicios Molina, *LH-Rodrigo Bercovitz*, 2013, p. 1467. Si bien diferencian entre si el incumplimiento es imputable o no al que restituye frutos, lo que es inadmisible en sede restitutoria (*supra*, Capítulo 6, III. 5).

[82] Fue lo resuelto por la STS, 1.ª, 8 de marzo de 2009, FD 2.º (MP: Almagro Nosete; RJ 2009/3337) en un caso de resolución por incumplimiento de la vendedora de su obligación de entrega de la cosa y que determinó el impago subsiguiente del pago final del precio aplazado por la compradora.

[83] Representativa de la doctrina de la Sala 1.ª sobre esta clase de restitución es la STS, 1.ª, 16 de octubre de 2017, FD 5.º [2] (MP: Parra Lucán; RJ 2017/4286). A este respecto, dice la Sala 1.ª que «*el paso del tiempo desde que se entregó* [el capital] *ha supuesto una pérdida de valor para quien entregó*». La doctrina de esta sentencia ha sido seguida por otras, que insisten en que el capital invertido por los clientes se restituye junto con el interés legal de este. Aquí se cuentan las SSTS, 1.ª, 22 de noviembre de 2018, FD 3.º [3] (MP: Orduña Moreno; RJ 2018/5187), 21 de junio de 2019, FD 2.º [2] (MP: Parra Lucán; RJ 2019/2471), 3 de febrero de 2020, FD 2.º [2] (MP: Parra Lucán; RJ 2020/124; 2 de marzo de 2020, FD 2.º [2] (MP: Parra Lucán; RJ 2020/744), o 15 de marzo de 2021, FD 3.º [3] (MP: Parra Lucán; JUR 2021/99242). Se trata de una jurisprudencia contradictoria porque, primero, considera que el pago de intereses en este caso «*no es equiparable al pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero, que tienen un carácter indemnizatorio y se deben desde que se reclaman (art. 1108 CC)*». Esta afirmación se realiza para conseguir que la entidad pague intereses legales desde el momento del pago y no desde que se reclamaron. Pero esta distinción entre la indemnización y la restitución de intereses no le sirve para darse cuenta de que aplicar el interés legal supone mantenerse en un contexto indemnizatorio.

[84] Véase la jurisprudencia citada en nota anterior, así como el texto que acompaña a la nota 84.

lo que resulta sancionador para él[85]. Solo excepcionalmente, la Sala 1.ª escapa de soluciones indemnizatorias en la restitución de intereses, sobre la base de la equidad[86].

Con todo, el enfoque que obliga a restituir el interés legal al comprador es abrazado por algunos autores, que defienden que la parte responsable del fracaso del contrato abone cumulativamente el interés legal del precio, como fruto, y además el resto de los daños sufridos[87]. En esta línea, se aboga también por que la parte responsable del incumplimiento, que ha de devolver el precio, abone siempre el interés legal, como indemnización[88]; o se apela al capital como cosa «*natural y habitualmente fructífera*», para preferir la restitución secundaria del «*interés legal en cada momento*»[89]. Bajo este marco, también hay quien concibe la restitución de frutos e intereses en la resolución como una «*pretensión del daño neto derivado del incumplimiento*»[90].

En general, se deben criticar las anteriores posiciones. Primero, porque la neutralidad de la restitución contractual impide diferenciar, según si la parte obligada a restituir fue responsable o no del fracaso del contrato[91]. Además, porque obliga a recurrir a complicados equilibrios –que pasan por recurrir a las normas de liquidación del estado posesorio– cuando es la parte no responsable

---

[85] Y es que esta tendencia no se compadece, ni siquiera, con los presupuestos de la indemnización, y termina siendo más sancionadora para con el cliente de lo que lo sería la propia indemnización. De considerarse procedente una indemnización en forma de intereses del fruto (o frutos del fruto), esta debería devengarse a partir de la condena [véase Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 39] y no como impone el TS –por mezclar criterios indemnizatorios y restitutorios (*supra*, nota 82)– desde el momento en que el cliente percibió cada uno de los rendimientos producidos por las preferentes.

[86] Es el caso de la citada STS, 1.ª, 1 de julio de 2005, FD 1.º (MP: Gullón Ballesteros; RJ 2005/5090). El TS rechazó conceder a los compradores una compensación por el incremento de valor del solar comprado y que habían de restituir como consecuencia de la resolución por los vendedores. La Sala 1.ª argumentó que, de algún modo, el incremento de valor del solar se compensaba con los intereses legales que en su caso habría de pagar la vendedora restituyente del precio. Por eso, rechazó una pretensión de corte indemnizatorio respecto a los intereses. Como se ha advertido, se trata de una solución circunstanciada y que no admite, en modo alguno, generalizarse. Así, Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1258.

[87] Quicios Molina, *LH-Rodrigo Bercovitz*, 2013, pp. 1463-1464. En similar sentido, González Pacanowska, 2013, p. 8255. Anteriormente en este mismo sentido para con la restitución del interés legal, Delgado Echeverría, *ADC*, 1975, pp. 590-591; *CCJC*, 1985, p. 3786.

[88] Es la posición más reciente de Quicios Molina, 2020, pp. 1735-1736. La autora se inclina porque la restitución del interés legal del precio dependa de si la cosa produjo o no frutos, aunque la obligada restituir intereses fuera la parte incumplidora. Pero, si la cosa no produjo frutos considera que «*los intereses legales también pueden ser reclamados, como indemnización de daños y perjuicios, al demandado que ha incumplido su obligación y, como consecuencia de la resolución del contrato, debe restituir el precio recibido*».

[89] Montés Penadés, 1998c, p. 682.

[90] González Pacanowska, 2013, p. 8254.

[91] Y así lo advierten Clemente Meoro, 1998, p. 513; González Pacanowska, 2013, p. 8253; Monfort Ferrero, 2000, p. 281; Rodríguez Rosado, 2013, pp. 238-239.

de hacer fracasar el contrato la que recurre [92]. Y el problema siempre es el mismo: confundir restitución con indemnización.

(b) *La restitución contractual de frutos e intereses no es indemnizatoria*

Se debe huir de cualquier aproximación de tipo indemnizatorio tanto en relación con los frutos del bien como con los intereses del precio [93]. La restitución contractual de frutos e intereses *no cumple* una función compensatoria o resarcitoria [94]. Por eso, la restitución de los frutos de la cosa no puede computarse objetivamente con arreglo la licencia hipotética que habría tenido que haber pagado el deudor por alquilar la cosa a restituir durante el tiempo en que estuvo en poder del deudor [95]; ni la de los intereses admite fundarse en un porcentaje anual próximo hoy al interés legal (o mediante el IPC [96]): porque todo ello contradice la lógica de la retroactividad [97]. La restitución de frutos o intereses bajo el paradigma indemnizatorio de una licencia hipotética o del interés legal se corresponde con una restitución unilateral, como la liquidación del estado posesorio [98]. Recurrir a estos módulos para la restitución de frutos en sede contractual solo se comprende desde una (errada) equiparación de ambas clases de restituciones [99].

---

[92] En este sentido, con acierto, Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1258-1260.

[93] En este sentido, para la resolución, desde el Derecho italiano, Bargelli, 2010, p. 405.

[94] Porque equivale a aplicar un criterio compensatorio por la disponibilidad del dinero que es extraño a cualquier lógica restitutoria (Capítulo 6, III. 5).

[95] En este sentido, Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1255-1256 y 1260-1261.

[96] Algún autor, amparándose en jurisprudencia antigua de la Sala 1.ª, se inclina por un cómputo de intereses actualizados conforme al IPC: Rodríguez Rosado, 2013, p. 253.

[97] No obstante, Delgado Echeverría, *CCJC*, 1985, p. 3786. Ahora bien, este autor considera que la obligación de abonar el interés legal en caso de resolución es siempre parte de la indemnización derivada del incumplimiento (p. 3787). En el mismo sentido, para los intereses, Carrasco Perera, 2017, sec. 22/47. También, Quicios Molina, 2020, p. 1736.

[98] Es el caso de la STS, 1.ª, 12 de diciembre de 1994, FD. 3 (Pte. Salas Carceller, RJ 1994/9437), en un supuesto de interrupción legal de la posesión de buena fe y acción reivindicatoria. El TS equiparó el valor de uso de la cosa a restituir a un fruto civil, por no haber obtenido el poseedor ningún fruto en sentido técnico-jurídico del Código civil, sino que simplemente se limitó a seguir gozando del local litigioso. En ese caso, consideró la situación sustancialmente equivalente a la del artículo 451.1 CC: «*es la del abono de la renta media de un local en la localidad donde se encuentra el litigioso, que es en realidad el ahorro obtenido por el poseedor; su patrimonio se ha enriquecido al evitarse la salida de la contraprestación del goce*».

[99] Una aplicación de la licencia hipotética basada en el coste de un alquiler en la misma zona solo tiene sentido como indemnización en aquellos supuestos en los que, fracasado el contrato y ordenada la restitución, el deudor continúa poseyendo indebidamente el bien que debe restituir. Fue el caso de la STS, 1.ª, 7 de diciembre de 1990 (MP: López Vilas, RJ 1990/9900). Se había resuelto un contrato de compraventa de una vivienda por incumplimiento de los compradores de su obligación de pagar el precio. Pese a ello, los compradores demoraron el desalojo del chalet y continuaron poseyéndolo durante algo más de un año. Por esta razón, el TS entendió que, a partir de ese momento, comenzó una posesión de mala fe (art. 455 CC) que les obligaba a indemnizar al vendedor con una cifra de 2.000 pesetas mensuales («*cifra ponderada y calculada de acuerdo con precios de alquiler de chalets similares en la misma zona*»).

Asimismo, esta solución soslaya que, en un contrato de intercambio, como es la compraventa, las partes querían *adquirir* y no pagar por la cesión de un uso [100].

2.4 Los intereses del valor en caso de pérdida de la cosa

El artículo 1307 CC obliga a restituir el valor de la cosa al tiempo de la pérdida, «*con los intereses desde esa misma fecha*». La norma impone la restitución del valor desde el mismo momento en que la cosa se pierde (no, por ejemplo, desde el momento en que la deuda de valor fuese líquida [101]); el valor la sustituye. El deber de restituir los intereses del valor contradice las consideraciones hasta ahora vertidas [102] (no restitución de los frutos percibidos, salvo que contribuyan a recuperar el *statu quo ante*; y no restitución de valores objetivos indemnizatorios) [103]. Como se verá en el siguiente epígrafe, la restitución de los intereses del valor se debe reconducir al valor de uso de ese montante.

2.5 Recapitulación y conclusión parcial

Que, en general, no se restituyan los frutos percibidos, los debidos percibir o un valor objetivo no implica que la recuperación del estado jurídico previo al del contrato no exija realizar ajustes que den respuesta al hecho de que las partes han tenido a su disposición, productiva o improductivamente, la prestación que recibieron en virtud del contrato. Esto se logra a través de los valores de uso de las cosas y del precio a restituir [104]. Por tanto, se trata de reducir teleológicamente el concepto frutos e intereses.

---

[100] Véanse las consideraciones del Derecho alemán en este sentido, *supra*, Capítulo 3, V. 3.3 (a).

[101] Como se ha planteado, no sin dudas, por la jurisprudencia y doctrina francesas. Véase, en este sentido, Malaurie, 1991, pp. 195-197.

[102] No obstante, Basozabal Arrue, 1998, p. 220.

[103] Sin embargo, cuando los tribunales han tenido oportunidad de aplicar esta parte del artículo 1307 CC lo han hecho concediendo una indemnización por el interés legal del valor. Fue lo ocurrido, por ejemplo, en la SAP Madrid, Sec. 12.ª, 9 de marzo de 1998 (MP: Uriarte López; AC 1998/4842), que ya ha sido citada. Se trataba de un supuesto de expropiación de la cosa a restituir en la que el comprador, y deudor de la restitución, había percibido un justiprecio, que el Ayuntamiento le abonó en dos plazos. Este justiprecio (2.114.650 ptas.) se empleó como medición del valor, y se condenó al comprador a restituirlo, a cambio del precio. Pues bien, la Audiencia le obligó, además, a que restituyese una cantidad de 190.319 ptas., en concepto de intereses del justiprecio. Es decir, condenó al deudor de la restitución a devolver intereses del valor de la cosa «*desde su entrega* [del justiprecio] *en dos plazos, hasta la presentación de la demanda*». Esta consecuencia es especialmente dura para el deudor restitutorio que, además, sufrió las consecuencias de que el Ayuntamiento le pagase el justiprecio en dos plazos.

[104] Es el enfoque que los comentaristas de Derecho uniforme dispensan a la cuestión. Así, refiriéndose a la restitución de intereses en los casos de resolución *ex* artículo 84 CISG, se entiende que estos no son indemnizatorios, sino que compensan el hecho de que el vendedor se sirviese del capital recibido que la liquidación del contrato le retira. Véase Fountoulakis, 2019c, párr. 13. Esta autora advierte que los

3. El valor de uso en la restitución contractual

En los contratos traslativos de la propiedad, el valor de uso representa una partida secundaria de restitución, a diferencia de lo que ocurre en contratos en los que el uso es la prestación principal (por ejemplo, el arrendamiento). Ante estos negocios, la desvinculación no elimina el hecho de que las partes tuvieron a su disposición las prestaciones intercambiadas ni, desde luego, el paso del tiempo. Por eso, lejos de suponer una restitución «de más», incompatible con la restitución integral [105], la restitución secundaria más relevante en los contratos traslativos del dominio se refiere al uso [106]. Con ella se puede salvar, en la medida de lo posible, el paso del tiempo, aproximando las cosas al momento previo al del contrato [107]. Ahí reside su importancia.

Que la restitución de las ventajas de uso se explica bajo el paradigma de la restitución integral y recíproca se aprecia en la no restitución del uso, cuando no se produce una la desvinculación, sino que se acude al remedio de la sustitución de la prestación entregada. Así se ha reconocido por el TJUE [108] y la legislación española [109].

---

intereses a los que se refiere el artículo 84.1 CISG no son los mismos que aquellos propios de la indemnización por impago (art. 78 CISG); y sitúa el deber restitutorio de intereses en la compensación del enriquecimiento (párr. 16) y en que el vendedor tuvo a su disposición una cantidad de dinero gracias al contrato que, de otra manera, no habría tenido (párr. 17). En este sentido, se refiere a la magnitud que en el país del vendedor mejor se aproxime al uso del dinero, además se inclina por un cálculo abstracto del interés que no tenga en cuenta los intereses efectivamente obtenidos (párr. 20).

[105] Como defendió, desde el Derecho francés, Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 469.

[106] Desde el Derecho alemán, Schwab, *JuS*, 2002, p. 636. En general, sobre la preferencia en Derecho alemán por la restitución del valor del uso en estos casos, veáse ampliamente Capítulo 3, V. 3.2.

[107] En este sentido, gracias al uso se permite al acreedor restitutorio adquirir un bien sustancialmente idéntico en el mercado, si vende la cosa que recupera. Así, Rouvière, *RTDciv*, 2009, párr. 8.

[108] Ocupándose de la Directiva 1999/44: STJUE 17 de marzo de 2008 – C-404/06 («*Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*»; ECLI: EU: C:2008:231). La compradora y consumidora había adquirido una cocina que resultó no ser conforme con el contrato. Al no ser posible repararlo, la clienta lo devolvió a la vendedora, y obtuvo una nueva cocina en sustitución. La vendedora exigió a la compradora el pago de 69,97 euros en concepto de indemnización por el uso obtenido del aparato entregado inicialmente. El TJUE consideró que del artículo 3.3 Directiva 1999/44 no se desprende la posibilidad de «cobrar» al consumidor por el uso en este contexto, a pesar de que así lo solicitaba el Gobierno alemán sobre la base del Cdo. 15.º Directiva 1999/44 y su amplitud («[…] *los Estados miembros podrán establecer que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado*; […] *la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución de los contratos*»). En este sentido, el TJUE advirtió (párr. 39) que la posibilidad de tomar en cuenta el uso para la restitución «*se limita al caso de la resolución del contrato previsto en el artículo 3, apartado 5, de la Directiva, caso en el que, en aplicación del principio de la restitución recíproca de las ventajas obtenidas, el vendedor debe rembolsar al consumidor el precio de venta del bien*». Es decir, la restitución del uso solo tiene sentido en el contexto de una restitución integral y recíproca por desvinculación, como sucede en la resolución.

[109] En concreto, en el artículo 21.1 II TRLGDCU que, en caso de sustitución de lo adquirido, establece una devolución total del precio del producto. Como se ha advertido, esta regla supone que el vendedor no puede descontar de la devolución del precio el valor de provecho del producto (Fenoy Picón,

3.1 El valor de uso como provecho restituible tras la desvinculación

Con usual atención a aquellas partes más incompletas del Libro IV del Código civil, L. Díez-Picazo advirtió que existía una laguna legal respecto a las ventajas de uso [110]. En efecto, el valor de uso no se menciona en las normas de restitución (arts. 1303 y 1295 I CC). Pero no es un escollo insalvable, pues el concepto de ventajas de uso no es desconocido en nuestro Código civil [111] ni en nuestro sistema procesal [112].

La jurisprudencia también está acostumbrada a trabajar, en general, con el concepto de utilidades, en materia de liquidación de estados posesorios [113] o de indemnización por lucro cesante [114]. Lo mismo cabe decir de la doctrina, a cuyo juicio la utilidad o provecho de la cosa comprende tanto la obtención de frutos naturales, industriales o civiles, como el *uso* que se hace de ella [115].

CCJC, 2008, p. 1322). La autora estima que se debe permitir una restitución del uso, si el consumidor retrasa, por causa a él imputable, la denuncia de la falta de conformidad (p. 1325).

[110] Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, p. 120.

[111] Cfr. arts. 399, que se refiere a los «frutos y utilidades» que correspondan al condueño respecto de su cuota; y art. 1594 CC, que indemniza al contratista de los gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la obra, ante el desistimiento del dueño.

[112] De ello dan cuenta los artículos 712, 718 y 719 LEC, cuando se refieren a la fijación de la cantidad debida en concepto de «*frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase*». Ampliamente en este sentido, Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1077 y ss.

[113] De nuevo, fue el caso de la STS, 1.ª, 12 de diciembre de 1994, FD. 3 (Pte. Salas Carceller, RJ 1994/9437), en un supuesto de interrupción legal de la posesión de buena fe y acción reivindicatoria. Aquí, el TS equiparó el valor de uso de la cosa a restituir a un fruto civil, por no haber obtenido el poseedor ningún fruto en sentido técnico-jurídico del Código civil, sino que simplemente se limitó a seguir gozando del local litigioso. En ese caso, consideró que la situación sustancialmente equivalente a la prevista en el artículo 451.1 CC «*es la del abono de la renta media de un local en la localidad donde se encuentra el litigioso, que es en realidad el ahorro obtenido por el poseedor; su patrimonio se ha enriquecido al evitarse la salida de la contraprestación del goce*».

[114] Así, por ejemplo, las SSTS, 1.ª, 18 de noviembre de 2014 (MP: Seijas Quintana; RJ 2014/5946) y 10 de septiembre de 2014 (MP: Orduña Moreno; RJ 2014/4800) se refieren al valor de uso de unas viviendas que respectivamente se entregaron con demora de más de un año respecto a lo pactado en el contrato; ello a efectos de conceder o no una indemnización por incumplimiento, llegando a conclusiones opuestas en este sentido. Así, la primera estimó que el retraso constituye un incumplimiento que provoca un daño *in re ipsa*, que no se debe probar, admitiendo una indemnización por cada mes de retraso (valor de uso); mientras que la segunda no admitió la indemnización, por no considerar probado el daño. Para un comentario sobre ambas sentencias, véase Esteve Pardo, *ADC*, 2015, pp. 601 y ss.

[115] Así, de un lado, para la liquidación del estado posesorio, Delgado Echeverría, *ADC*, 1975, pp. 625 y ss.; Miquel González, *ERPL*, 1999, p. 511. Estos autores se manifiestan, eso sí, en contra de que el poseedor de buena fe tenga que restituir las ventajas de uso. Igualmente, Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 133. Este autor afirma que el uso es restituible «*conforme a la teoría del doble límite y, por tanto, en función del daño, más o menos objetivados en el valor de mercado de ese uso*». Y, de otro lado, refiriéndose a la indemnización por lucro cesante, Morales Moreno, 2010, p. 62.

En materia de restitución contractual, la jurisprudencia asume que los frutos resultan extrapolables al goce y disfrute del bien a restituir [116]; e identifica la restitución del uso con la recuperación del *statu quo ante*, dentro de una retroactividad *ex tunc* y para cualquier clase de desvinculación [117].

Las anteriores consideraciones permiten sostener que la expresión «frutos e intereses» que maneja el Código, para la restitución contractual, se puede ampliar al uso [118]; ello, sin necesidad de acudir a construcciones propias del enriquecimiento injustificado o a los daños [119]. Así lo ha entendido ya alguna resolución [120]. En la misma línea se mueve una parte de la doctrina [121], advirtiendo que la restitución se extiende a «*los frutos y rendimientos de la cosa*» [122]. La tendencia al fruto civil, antes descrita, avala esta ampliación del concepto de frutos a las ventajas de uso [123]; lo que, por lo demás, está presente la propuesta de modernización de 2009 [124].

---

[116] STS, 1.ª, 30 de marzo de 2013, FD 2.º [5] (MP: Orduña Moreno, RJ 2013/8001). Se trataba de un caso de resolución de una compraventa por incumplimiento en el que la Sala 1.ª aplicó –indebidamente– el régimen restitutorio de la liquidación de estados posesorios a la restitución contractual resolutoria. En este contexto se enmarca la siguiente afirmación: «*En efecto, conforme al artículo 451 del Código Civil, la posesión de buena fe constituye «per se» el título de atribución de los frutos producidos, cuestión que en el presente caso resulta extrapolable tanto al goce como al disfrute de la vivienda por los compradores mientras duró su buena fe posesoria*». Así, la sentencia condenó al comprador a pagar por el uso de la cosa vendida a partir del momento de la pérdida de la buena fe, que sitúa temporalmente en la demanda.

[117] Por ejemplo, la ya citada STS, 1.ª, 5 de febrero de 2002, FD 2.º y 3.º (MP: Almagro Nosete; RJ 2002/2884). Se trataba de un caso de resolución por incumplimiento de un contrato de compraventa de un local. La Sala 1.ª confirmó el parecer de la Audiencia en cuanto a la necesidad de incluir una «*compensación por el uso del local, desde la fecha en que fue entregado*». Según la sentencia, esa compensación por el uso se encuentra prevista para los casos de «*rescisión en el artículo 1295 del Código civil al que expresamente se remite el artículo 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1303*».

[118] Sobre la flexibilización del concepto de «frutos», Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 1088-1091.

[119] No obstante, por unas u otras vías, la mayoría de los autores acuden al régimen posesorio, al enriquecimiento, a los daños o a varias de estas figuras para explicar la restitución contractual del uso: Álvarez Caperochipi, 1989, pp. 145 y ss.; Carrasco Perera, *ADC*, 1987, pp. 67 y ss.; del mismo autor, *ADC,* 1988, p. 63; Delgado Echeverría, *ADC*, 1975, pp. 625 y ss.; Miquel González, *ERPL*, 1999, p. 510; Monfort Ferrero, 2000, p. 268, n. 132; Quicios Molina, *CCJC*, 2014, p. 28.

[120] Puede citarse la SAP Castellón, Sec. 3.ª, 28 de noviembre de 2005 (MP: Bardón Martínez; AC 2006\219). Se había comprado un automóvil con defectos y se declaró la resolución del contrato. No obstante, la Audiencia no permitió a la compradora recuperar íntegramente el precio, pues de él minoró el importe derivado de haber disfrutado la adquirente del automóvil durante dos años, aunque este tuviera defectos.

[121] Basozabal Arrue, 1998, pp. 252 y ss.; Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, p. 120.

[122] Vila Ribas, 2010, p. 1432.

[123] Lo que, de algún modo, anticipó Pothier, 1772b, párr. 334. Este autor asocia los frutos civiles con el uso. Para ello, se basa en la opinión de Papiniano en D. 6, 1, 64 según la cual, en el ejercicio de una acción real se restituyen frutos también por las cosas que simplemente producen un uso, pero no frutos en sí («*quum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae Usui, non fructui sunt, restitui fructus certum est*»).

[124] El artículo 1203 PMCC, para la resolución, omite referirse a los frutos e intereses como partida restitutoria, añadiendo en cambio que «*deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimien-*

En contratos como la compraventa, la restitución de las ventajas de uso se explica a partir de la función principal a la que este negocio sirve: adquirir una cosa como propia para obtener algún provecho de ella (cfr. art. 1468 II CC) [125]. Una vez descartada la restitución de los frutos percibidos (salvo que contribuyan a recuperar el *statu quo ante*), las ventajas de uso se erigen como la principal partida secundaria de restitución [126]. Por esta razón, el uso se debe considerar de manera independiente y no puede verse neutralizada o compensada por los frutos e intereses que se hubieren obtenido, pues son partidas distintas, que no se comunican [127].

3.2 Valor de uso, depreciación e indemnización

El uso relevante para la restitución no se refiere exactamente a la pérdida de valor de la cosa [128]. Ya se explicó que esta pérdida de valor no se restituye, sino que cada parte asume ese riesgo respecto de la prestación que recupera [129]. El valor de uso se refiere a la utilidad que los bienes intercambiados produjeron a cada parte durante el tiempo de ejecución del contrato. Esa utilidad es objeto de restitución y es axial medirla adecuadamente, distinguiendo entre bienes muebles e inmuebles, como se verá más adelante (3.4).

En efecto, para que el valor de uso cumpla una función coherente con la restitución, no debe reparar el daño por la falta de uso de la cosa de cada acreedor restitutorio [130]. El paso del tiempo puede disminuir el valor que tenía la

---

tos obtenidos de ellas». Al respecto, sobre los provechos en esta regla, véase Clemente Meoro, *BMJ*, 2011, pp. 10-11; Fenoy Picón, *ADC*, 2011, p. 1619; Gómez Calle, *ADC*, 2012, p. 77.

[125] Bargelli, 2010, p. 318.

[126] En este sentido, Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1252. Esta autora considera que la traducción de «frutos e intereses» es intuitiva, pues realmente «*hablamos de utilidad de las prestaciones, normativamente sustentada en el artículo 1307 CC*».

[127] De una opinión distinta, refiriéndose a la resolución por incumplimiento, es Carrasco Perera, 2017, sec. 22/48. Este autor parte de que en la resolución no se restituyen frutos e intereses; a lo que añade que, si esta restitución se pide por el contratante no incumplidor, estos se compensan con el valor de uso del dinero o del bien (y no se restituyen). El problema de esta orientación es que –además de mezclar inadecuadamente los frutos con el valor de uso para la compensación– el autor solo propone esta solución para cuando *(i)* el vendedor resuelve por incumplimiento del comprador; o *(ii)* el comprador resuelve por incumplimiento del vendedor. Ello supone introducir al esquema restitutorio (basado en la restitución integral y recíproca) valoraciones propias de a quién le sea imputable el fracaso del contrato. Es decir, sin reconocerlo abiertamente, se introducen valoraciones más propias de la indemnización, confundiéndola con la restitución (véase, *supra*, Capítulo 6, III. 5).

Crítica con este tipo de distinción en cuanto a frutos, Bargelli, 2010, p. 409.

[128] Basozabal Arrue, 2022, pp. 78-79.

[129] *Supra*, Capítulo 6, II.

[130] En distinto sentido, Rodríguez Rosado, 2013, p. 250. Pero este autor se apoya en el criterio del enriquecimiento, que entiende preside la restitución por resolución (pp. 238 y ss.), para defender la compensación del uso temporal del bien *«en la medida en que supone un ahorro»*.

cosa al tiempo del contratar (sobre todo en bienes muebles). Pero esto no es un daño, sino un elemento que la *restitutio in integrum* debe manejar en todo caso. Por eso, no me parece aconsejable el enfoque que incide en el carácter indemnizatorio de la restitución del uso de las cosas intercambiadas [131]. Y, por eso también, no se debe hacer depender la restitución del valor de uso de la previa constatación de a qué parte sea imputable el fracaso del contrato [132]. No se trata de una indemnización: el uso se restituye siempre.

En línea con lo anterior, para medir el uso, se deben evitar aproximaciones indemnizatorias, propias de la responsabilidad contractual [133]. Es decir, se debe huir de caer en una suerte de indemnización por depreciación, que coloque al acreedor restitutorio en la posición que tendría si el contrato no se hubiera celebrado (interés negativo) que no es lo mismo que recuperar el *statu quo ante* [134]. Si se hace esta advertencia es porque hay resoluciones que dan cuenta de ese peligro [135].

3.3 La productividad de las cosas como condición previa

La restitución del valor de uso de los bienes objeto de restitución contractual exige que la cosa sea «fructífera» [136]. Cuando la cosa no es productiva ni

---

[131] En Francia se ha señalado desde la jurisprudencia anterior a la modernización (*supra*, Capítulo 4, II. 5), en un análisis que continúa tras la Ordenanza de 2016. En este sentido, Pellet, 2016, p. 135, quien considera que la nueva dicción del artículo 1352-3 CCfr, que incluye en la restitución el valor de uso dispensado por la cosa, aproxima la restitución contractual a la responsabilidad civil, en la medida en que de este modo se estaría compensando un desequilibrio patrimonial.

[132] Apuntan en este sentido, Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 63; Quicios Molina, *CCJC*, 2014, p. 28. Pero es un enfoque inadecuado para la restitución, por introducir criterios indemnizatorios: *supra*, Capítulo 6, III. 5.

[133] Por ejemplo, identificar el uso de la cosa, con el coste del alquiler de un bien de similares características en el mercado. En este sentido, véase Soler Presas, 1998, pp. 167-174; Vigil Fernández, *RCDI*, 2017, p. 106. O, por ejemplo también, identificar el uso con el mayor coste que supone seguir abonando el alquiler que se abonaba como consecuencia del retraso en la devolución, si el acreedor era arrendatario (pérdida de una ventaja patrimonial). En este sentido, Esteve Pardo, *ADC*, 2015, pp. 612-615.

[134] Lo que no se corresponde con la restitución neutra contractual. Véase *supra*, Capítulo 6, III. 5.

[135] Fue el caso de la ya citada STS, 1.ª, 5 de febrero de 2002 (MP: Almagro Nosete; RJ 2002/2884). Se trataba de un caso de resolución por incumplimiento de una compraventa de local en la que la compradora no había pagado el precio. Esta misma pretendía enervar su condena a la restitución del valor de uso de aquel desde la fecha en que le fue entregado, y hasta la de su restitución al vendedor. En particular, la Audiencia Provincial la había condenado a restituir, como valor de uso, el importe de renta mensual por el alquiler de un local similar y en análogo lugar, desde la entrega hasta la restitución. El TS confirmó el criterio de la Audiencia, en aplicación de los efectos *ex tunc* de la resolución; «*lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido*».

Su argumento era que esa restitución sería indemnizatoria y contrariaba el sentido del artículo 1303 CC. El TS rechazó este punto de vista, al entender que la restitución del valor de uso permite obtener una eficacia retroactiva *ex tunc*. El problema de esta sentencia no fue la condena a la restitución del valor de uso, sino hacerlo de acuerdo con un módulo indemnizatorio.

[136] En este sentido, Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1254. Anteriormente, Basozabal Arrue, 1998, pp. 217, 218 y 220. Si bien este último autor exige que la cosa sea fructífera en relación con la posibilidad

tiene valor económico, una restitución del valor de uso mejoraría al acreedor de la restitución, incumpliéndose el objetivo de recuperar el *statu quo ante*. La ausencia de productividad de la cosa se debe determinar de manera objetiva y no subjetiva. Puede suceder que la cosa no tenga utilidad para el deudor de la restitución, y que esa sea precisamente la causa de fracaso del contrato. Pero eso no quiere decir que la cosa carezca de utilidad objetiva para el acreedor restitutorio, que la recupera, y que devolverá la utilidad del precio.

3.4 La medición del valor de uso de las prestaciones

Solo queda concretar en qué se traduce el uso que las partes deben restituirse recíprocamente. Soler Presas, para la resolución [137], propone «*liquidar el exceso que, sobre las cosas intercambiadas, hayan podido percibir las partes*» y sitúa ese exceso en «*la posibilidad de usar las prestaciones recibidas durante la vigencia del contrato*», frente a una restitución del coste del alquiler del bien o los intereses legales del precio. Así, la autora considera que el parámetro de referencia son los costes fijos de mantenimiento del bien, incluidos impuestos y seguros, proporcionales al tiempo de la privación. Para el uso del dinero (precio), estima conveniente acudir al interés real del dinero, como medición del coste de oportunidad del capital, sin actualizarlo; lo que se calcularía deduciendo del interés legal «*el porcentaje correspondiente a la inflación concurrente en el periodo relevante*».

Se trata de un enfoque muy sugestivo que, como la autora se encarga de advertir, permite deslindar convenientemente el remedio indemnizatorio de la restitución contractual. Mi discrepancia con la autora solo se refiere al método de cálculo del valor de uso de la cosa a restituir, coincidiendo con su posición sobre la depreciación del dinero como contraprestación por el *uso* del capital (precio).

Tal como lo veo, el problema de acudir al coste de mantenimiento del bien es que, como la misma autora reconoce, este constituye una magnitud indemnizatoria, aunque se pueda emplear para medir el «*valor estándar de la disponibilidad*», como alternativa al daño que, «*en concreto*, *la privación del bien comprado* [haya] *generado*» [138]. Si bien la magnitud del coste de mantenimiento se mueve en la dirección adecuada, aplicarlo como medida del valor de uso en la restitución equivaldría a que el deudor *restituya* lo que le ha costado man-

---

de restituir frutos e intereses, no ventajas de uso.

[137] Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1261-1264. Le sigue, Basozabal Arrue, 2022, pp. 79-80.

[138] Soler Presas, 1998, pp. 167-174 y 229-243; 2018, p. 1262.

tener el bien en su poder, hasta el momento de la reentrega. A diferencia de la indemnización por incumplimiento –que solo la percibe la parte no incumplidora, y no es recíproca– la medida del coste de mantenimiento del bien es contraintuitiva, porque se obliga al deudor a restituir *su propio* coste. Y la idea no es exactamente esa (indemnizar el interés negativo), sino que las partes sean *recíprocamente* colocadas en la situación que tenían antes de contratar.

Las anteriores consideraciones apuntan a que la mejor medida del valor de uso de la cosa a restituir no sea la propuesta por Soler Presas, sino la *amortización*, como ocurre con el dinero [139]. El cálculo del valor de uso a partir de la amortización tiene la virtud de adaptarse mejor al concreto bien que se restituye y a sus particularidades, ya que no es lo mismo, por ejemplo, que el bien se adquiriese usado a que no; tampoco que el bien fuera mueble o inmueble. La propuesta de Soler Presas, basada en el coste de mantenimiento hace *tabula rasa* de la diversidad de supuestos.

Partiendo de que el bien que se restituye es productivo, lo correcto es realizar una *amortización contable por unidad productiva*, que es la que tiene en cuenta el uso del bien, el cual mide con arreglo a diferentes magnitudes. Este tipo de amortización permite calcular el desgaste del bien procedente de la producción, es decir, del uso productivo que se le da. La fórmula sería la siguiente:

$$\textit{Valor de uso (cuota de amortización)} = \frac{\textit{Precio de adquisición} \times \textit{producción}}{\textit{Vida útil del activo}}$$

La producción del bien dependerá del tipo de bien. Su determinación será más sencilla en el caso de los automóviles, pues bastará con atender al kilometraje. No obstante, se pueden identificar valores de la producción en cualquier bien productivo (maquinaria) que se restituya, pues hemos dicho que la condición previa para el cálculo del valor de uso es que sean productivos, por ejemplo, recurriendo al número de horas que se emplea una máquina. Así, se consigue un cómputo más individualizado.

El lector atento rápidamente advertirá que la fórmula presentada solo sirve para bienes muebles. Para los inmuebles (edificios), no habría problema en calcular su valor de uso restitutorio con ayuda de una *amortización lineal* que, primero, descontase el valor del suelo (por definición, no sometido a depreciación por su uso).

[139] Así se propone en el Derecho alemán, actualmente, *supra*, Capítulo 3, V. 3.3 (b).

$$\textit{Valor de uso (cuota de amortización)} = \frac{\textit{Precio de adquisición} - \textit{Valor residual}}{\textit{Vida útil del activo}}$$

Aproximar el valor de uso por medio de la amortización ofrece la ventaja de acompasar el cálculo del uso de la cosa a restituir con el motivo de la desvinculación. Esto es particularmente relevante en aquellos casos en los que el fracaso del contrato afecta al equilibrio restitutorio, y el precio no sirve como medida del valor objetivo. Piénsese, por ejemplo, en una compraventa de una máquina usada que se resolvió por incumplimiento del vendedor relativo a la capacidad productiva de esta. En ese caso, el valor de uso (cuota de amortización) se deberá reducir por el numerador, mediante el ajuste de la unidad productiva. En cambio, si el contrato se anuló por dolo del vendedor sobre la vida útil de la máquina, la operación consistirá en reducir la cantidad final que se obtenga como amortización, calculada sobre una vida útil normal. Y es que, si se reduce directamente el denominador, se incrementaría el valor de uso a restituir, perjudicando al deudor restitutorio de la máquina.

En fin, ¿qué sucede si lo transmitido fue simplemente un terreno o un bien que, lejos de perder valor, lo gana con el tiempo (un violín *Stradivarius* o un Miró)? Podría pensarse en acudir al precio de un alquiler hipotético adaptado proporcionalmente al precio efectivamente pagado en el contrato [140]. Pero, de nuevo, se introduciría un criterio indemnizatorio incompatible con los postulados de la restitución. Por eso, lo más coherente es entender que, en estos casos, no hay valor de uso a restituir, porque el paso del tiempo no ha afectado económicamente a la cosa que se restituye.

3.5 La restitución del valor de uso en casos de deterioro y pérdida de la cosa

El sistema de amortización para calcular el valor de uso presenta sus bondades también en el caso de alteraciones restitutorias. Veamos tres escenarios.

(a) Si la cosa se deteriora por *caso fortuito* (arts. 1307 y 1488 CC) o por *culpa o dolo del deudor de la restitución* (arts. 1314 I y 1498 CC), el riesgo está del lado de este contratante, que restituye un valor, junto con la cosa deteriorada [141]. El deudor debería restituir entonces el valor de uso normal de la

[140] Es la postura de Krebs, 2000, pp. 71-72.
[141] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

cosa hasta el momento del deterioro. Tras él, debería restituir un uso reducido, si la capacidad productiva de la cosa se redujo.

(b) Si el deterioro es imputable al acreedor de la restitución (art. 1498 CC), el deudor restitutorio recupera el precio pagado a cambio de la cosa deteriorada [142]. Ahora bien, la restitución no debe dejar de computar el valor de uso, aunque reducido. Para ello, se deberá calcular la amortización con el valor real del bien al momento de su entrega al deudor de la restitución (y no sobre el precio del contrato, que será mayor).

(c) En los casos de pérdida física o jurídica (venta) de la cosa, el cómputo de las ventajas de uso se realizará hasta ese momento. A partir de la fecha de la pérdida, el deudor tendrá que prestar el uso del valor. Esta solución es lo más sensato que, a mi juicio, cabe desprender del inciso final del artículo 1307 CC, cuando obliga al deudor restitutorio a prestar el «*valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha*» [143]. Además, se cohonesta con el hecho de que el otro contratante tenga que prestar también el valor de uso de la contraprestación recibida durante todo el tiempo que lo tuvo a su disposición (normalmente, el valor de uso del dinero).

En general, el cálculo del valor de uso mediante una fórmula de la depreciación del bien permite ajustar flexiblemente estos casos (a diferencia de si se utilizase el sistema del coste de mantenimiento); también se compadece más con la reciprocidad restitutoria que las soluciones de algunos textos de armonización del Derecho europeo [144].

---

[142] *Supra*, Capítulo 6, III. 5.2.

[143] Lo he dejado apuntado *supra*, II. 2.4.

[144] Es el caso del DCFR, que condiciona la restitución del uso a que el deudor no tenga que abonar ningún valor por el deterioro del bien. En tal caso, se considera que pagar el valor de uso y el del deterioro conduciría a una responsabilidad doble, a evitar. Véanse los artículos III.- 3:513 (1) y III.-3:512 (1) DCFR, así como la explicación de estos en Von Bar y Clive, 2009a, p. 905. Parece situarse en esa misma línea, al comentar el Derecho europeo, Hellwege, 2018d, p. 1410.

El problema de esta aproximación es que confunde el deterioro del bien a restituir –que puede producirse por caso fortuito o por culpa del deudor como consecuencia de un uso anormal del bien– con el uso normal del mismo, que simplemente da lugar a una pérdida de valor (*rectius*, amortización) de la cosa. En este error han caído también autores franceses, como Mignot, *Petites Affiches*, 2016, pp. 17-18. Ello a pesar de que la actual regulación francesa las distingue y ordena tanto una responsabilidad por los deterioros que disminuyen el valor de la cosa (art. 1352-1 CCfr) como una obligación de restituir el valor de uso (que denomina «*valeur de la jouissance*») procurado por la cosa (art. 1352-3 CCfr).

Como se ha expuesto en este apartado el riesgo del deterioro puede soportarlo una parte u otra de la restitución; pero este hecho es independiente de que, si el deudor de la restitución se ha servido del bien antes y/o después del deterioro, tenga que restituir el uso al acreedor restitutorio que recupera un bien deteriorado.

3.6 La no compensación de los usos

Desde el Derecho francés, M. Malaurie abogó en su día por despachar la restitución contractual del uso a través de una compensación, siempre que existiese correlación entre las prestaciones intercambiadas, es decir, siempre que ambas partes en el contrato las hubiesen percibido [145]. Esta aproximación no es convincente, ya que soslaya que (normalmente) las prestaciones intercambiadas se referirán a bienes distintos, sometidos a un uso (y a una amortización) diferente (piénsese en una compraventa de un inmueble o de bienes que incrementan de valor con el tiempo). Una compensación entre los valores de uso haría un flaco favor al ideal de recuperar el *statu quo ante*, y sería contradictoria con el hecho de que las prestaciones principales sí se restituyen, pero no así el valor económico de su uso, que se retendría. Si la prestación es susceptible de aprovechamiento, la reciprocidad restitutoria exige reintegrar el uso de que se trate [146].

III. LA RESTITUCIÓN DE MEJORAS

Las mejoras son incrementos de valor que experimenta el bien objeto de restitución y que son producto de la *acción del deudor* que lo restituye [147]. De ellas, se estudiará su papel dentro la relación obligatoria restitutoria entre acreedor y deudor; lo que excluye la problemática de las relaciones triangulares [148]. El principal interrogante es si el deudor de la restitución tiene derecho

---

[145] Malaurie, 1991, pp. 262-263. Esta autora considera que solo se restituye el uso normal de las cosas –el cual mide de manera indemnizatoria por referencia al precio del alquiler del bien, por ejemplo–, cuando solo una de las partes hubiera cumplido, pues en ese caso no existiría correlación entre lo intercambiado, y no habría lugar a una compensación.

[146] Basozabal Arrue, 2022, pp. 82-83; Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1253.

[147] Dentro del concepto no se incluyen los meros cambios de destinación de la cosa a restituir. Un uso más rentable de la *misma cosa* por el deudor de la restitución no alcanza a subsumirse dentro de las mejoras. En este sentido, refiriéndose a la restitución derivada de la reivindicación (art. 453 CC), Carrasco Perera, *ADC*, 1988, p. 42.

[148] Imagínese un contrato de compraventa en cuya virtud B adquiere un bien de A y encarga a un tercero, C, que realice una serie de trabajos de mejora sobre el bien comprado, que este realiza; el contrato entre A y B fracasa, porque B impaga el precio convenido, al haber devenido insolvente; en consecuencia, B tiene que restituir a A un bien cuyo valor ha incrementado, gracias al trabajo de C. Suponiendo, además, que B tampoco abonó a C el precio de las obras sobre el bien comprado, el caso se suele analizar desde la perspectiva de si C tendría una acción directa sobre A. Esta clase de supuestos han dado lugar a una jurisprudencia más o menos consolidada de la Sala 1.ª del TS. En este sentido, véase el texto que acompaña, *infra*, a la nota 159, así como las consideraciones que se exponen en *infra*, III. 3.1. En un escenario como el expuesto, se analiza la suerte de la acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra (arts. 1597 CC, 139 LC 2020, 215.8 y DA 51.ª LCS). Yo me remito a los trabajos que se han ocupado de la cuestión. En Derecho español son imprescindibles Basozabal Arrue, 2014, pp. 511-513; Vendrell Cervantes, 2017, pp. 294

a que el acreedor, que recupera un bien mejorado, le abone el coste de la mejora o el incremento de valor.

Al ocuparme de las alteraciones restitutorias, advertí que la revalorizaciones fortuitas del bien revertían siempre en favor del acreedor de la restitución, toda vez que este corre con el riesgo de depreciación [149]. Las mejoras que analizo en este punto no son «fortuitas», sino que se deben a la acción, directa o indirecta, del deudor restitutorio. Se corresponden con lo que el Código civil denomina «gastos útiles», frente a los «gastos necesarios» (art. 453 CC). Yo emplearé la terminología «mejoras» «útiles y necesarias», para referirme a estos gastos. El Código civil guarda silencio sobre si los gastos en que se traduce una mejora son reembolsables al deudor de la restitución contractual.

1. **La no restitución de las mejoras necesarias**

Aunque pueda parecer contraintuitivo, los «gastos útiles», necesarios para la conservación de la cosa a restituir, no integran la restitución contractual ni son reembolsables al deudor que los acometió. La contraria es, sin embargo, la opinión de la jurisprudencia [150] y de la doctrina española [151]. También de las

---

y ss. Más tarde, tomando claramente como referencia los ejemplos de Vendrell Cervantes, García Vicente, *Almacén de Derecho*, 2021. En Derecho alemán, véase, sobre todo, Wernecke, 2004, pp. 355-605.

[149] *Supra*, Capítulo 6, II.

[150] Suele citarse (Clemente Meoro, 1998, p. 527; González Pacanowska, 2013, p. 8256; Quicios Molina, 2020, p. 1733, n. 1001) la STS; 1.ª, 30 de noviembre de 1990 (MP: Carcalá trillo-Figueroa; RJ 1990/9219). Se había comprado un solar en el que se encontraba una casa en ruinas y cuyo derribo había sido requerido urgentemente por el ayuntamiento. Según el contrato, el vendedor podía escoger la forma de cobro del precio, bien en metálico, bien mediante la atribución del 20% del volumen que se construyese por el comprador sobre el solar. A cargo del comprador corrían todos los gastos de demolición y desalojo, así como las obras. Tras la demolición, el ayuntamiento declaró la parcela como zona verde, prohibiendo su edificación. Ante ello, el vendedor resolvió el contrato. La resolución fue confirmada en las diferentes instancias. El comprador acudió al TS para reclamar el abono de los gastos en las operaciones de derribo, durante el tiempo en que estuvo en posesión de la finca. La Sala 1.ª reconoció su derecho a un «resarcimiento» impuesto «*por un elemental principio de justicia estricta*», así como por las reglas de la buena fe. A juicio de la Sala 1.ª, el resarcimiento se «*encuentra fundado en el art. 453 del Código, al resultar innegable que al Sr. S. correspondió, y tuvo, la posesión de la finca en tanto se realizó la demolición hasta la fecha en que quedó resuelto el contrato*» (FD 5.º). Aunque habitualmente se cita este caso como ejemplificativo de la obligación de restituir las mejoras necesarias, hay algunas dudas de que, en puridad, no se tratase de mejoras útiles. Más allá de la referencia abrupta al artículo 453 CC, que se refiere a ambas, el TS no especifica nada acerca de las mejoras necesarias.

Más tarde, la STS, 1.ª, 30 de marzo de 2013, FD 2.º [6] (MP: Orduña Moreno, RJ 2013/8001), en un contexto de resolución de una compraventa, consideró gastos necesarios las cuotas del IBI, abonadas por el comprador durante el tiempo que tuvo la cosa en su poder. En este sentido, aplicó el artículo 453 CC «*extensivamente a aquellos gastos que también resulten indispensables, como ocurre en materia impositiva, en orden al mantenimiento de la posesión legal y pacífica de la cosa que redunda en beneficio del propietario restituido*».

[151] Basozabal Arrue, 2022, p. 84; Clemente Meoro, 1998, pp. 526 y ss.; Díez-Picazo y Ponce de León, 2008a, vol. II, p. 768; Monfort Ferrero, 2000, p. 214; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993,

propuestas españolas de modernización [152]. El argumento que se emplea suele aludir al enriquecimiento injusto y a la lógica, sin profundizar más. Podemos preguntarnos entonces porque, en general, se asume que los gastos necesarios se reembolsan siempre al deudor de la restitución.

A mi modo de ver, la respuesta está en una aplicación extensiva del artículo 453 CC, que establece que los gastos necesarios se abonan a todo poseedor. Se trata, de nuevo, de una aplicación poco meditada de las normas posesorias a la restitución contractual. Si los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, es porque este pierde su derecho a continuar poseyendo frente a un sujeto de quien *no adquirió* derecho alguno, pero que tiene mejor título que él. Esta situación justifica que a cualquier poseedor –de buena o mala fe– se le abonen esos gastos; sin ellos, no habría cosa alguna que reivindicar por el propietario. No es este el esquema de la *restitutio in integrum* recíproca:

(a) La postura doctrinal mayoritaria no es compatible con que el deudor de la restitución asuma, con carácter general, el riesgo de pérdida de la cosa a restituir (la fortuita y la debida a su culpa) [153]. Que asuma ese riesgo significa que tendrá que incurrir en gastos para la conservación de la cosa que, en últimas, permiten que pueda tener una restitución *in natura* [154]. La no restitución de las mejoras necesarias es el reverso de que el deudor restitutorio soporte el riesgo de la pérdida fortuita. Por eso, no tiene buen sentido permitirle recuperar, en la restitución, estos gastos.

---

p. 1735, n. 54; Quicios Molina, *LH-Rodrigo Bercovitz*, 2013, pp. 1467 y 1470; Rodríguez Rosado, 2013, p. 253; Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1264. Comparando el Derecho alemán y el español, Berg, 2002, pp. 211-212.

[152] El artículo 1203 PMCC 2009 establece, para la resolución, que «*el que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución*». Para la anulación del contrato, el artículo 527-19 PAPDC 2018 establece que «*cuando se restituye una cosa el acreedor de la restitución ha de abonar los gastos necesarios para la conservación*». Como se verá, *infra*, la regla es distinta de la prevista para la resolución, que hace depender el reembolso de las mejoras del enriquecimiento del acreedor; en lo que sigue a la PMCC 2009.

[153] Si se recuerda [Capítulo 6, III. 3.1. (d)], la razón para que el deudor de la restitución asumiera el riesgo de caso fortuito, basado en la restitución del valor (arts. 1307 y 1488 CC), era que él conservaba la cosa en su poder y estaba en mejores condiciones de asegurarse frente a su posible pérdida o deterioro. Eso se traduce en la necesidad de mantener la cosa, realizando gastos necesarios para ello. La restitución de los gastos de conservación (necesarios) rompería de algún modo este esquema contractual, porque quien adquiere una cosa (por compra, por ejemplo) lo hace con el propósito patrimonial de ser propietario y de asumir todas las consecuencias que esa situación patrimonial provoca.

[154] Puede verse esta posición en comentaristas del Derecho uniforme –y en particular, del artículo 3.1.15 PICC– como Du Plessis, 2015, p. 542. En similar sentido, Hellwege, 2018d, pp. 1419-1420; Lehmann, 2012, p. 680.

(b) Además, la restitución contractual no puede desembocar en que quien adquirió un bien quede totalmente indemne de su decisión de adquirirlo –y servirse de él–; tampoco que esa indemnidad la soporte *la otra parte* en la restitución, que a su vez tiene que restituir lo recibido. La inversión en el mantenimiento y conservación de la cosa permitió al deudor restitutorio servirse productivamente de ese bien durante el tiempo en que este estuvo en su poder. Por eso, del mismo modo que no se le restituyen los frutos percibidos (salvo que su devolución contribuya a recuperar el *statu quo ante*) [155], tampoco debe el acreedor de la restitución reintegrar los gastos vinculados a mejoras necesarias en la cosa a quien lo adquirió para ser propietario. En la misma lógica, el deudor solo debería poder recuperar estos gastos, cuando con ellos se logra volver al estado jurídico existente antes del contrato. Así sucederá, por ejemplo, cuando se pagó un precio muy inferior al del valor de la cosa, con la idea –contractualizada– de conservarla y mantenerla en condiciones productivas. Pero no será lo habitual [156].

2. **Las mejoras (útiles) en la restitución contractual**

A diferencia de las mejoras necesarias, que permiten restituir el bien *in natura*, las útiles determinan que el acreedor restitutorio reciba un bien de más valor. El problema del reembolso de estas mejoras tampoco es tratado por el Código. Ante su silencio, una solución drástica pasaría por ignorarlas y decir que, si los artículos 1303 y 1295 I CC no las mencionan, su reembolso queda fuera de la restitución [157]. Pero esta aproximación deja en el aire el papel de las mejoras útiles en la recuperación del *statu quo ante*. Un caso real resuelto por el TS ayudará a ver la problemática práctica que se plantea.

STS, 1.ª, 12 de julio de 2000 («Caso Pescanova») [158]. El 6 de junio de 1989 Pescanova vendió a Comarfol un buque arrastrero, con autorización para ser

[155] *Supra*, en este capítulo, II. 2.1.

[156] Para defender la restitución de los gastos necesarios al deudor restitutorio tampoco se puede, a mi entender, echar mano del artículo 1518 2.º CC, para la retroventa, pues no ofrece una comparación adecuada. En este pacto la posibilidad de tener que restituir se plantea como posible (cuando no, como segura) para el comprador (el «riesgo» de «fracaso del contrato» y de «tener que restituir» se plantea *ab initio*). Esto explica la situación de pendencia del adquirente y que se condicione el uso del derecho de retracto al reembolso de los gastos necesarios hechos en la cosa vendida.

[157] Fue lo decidido en la STS, 1.ª, 17 de junio de 1986, FD 5.º (MP: Pérez Gimeno; RJ 1986/3554). Se trataba de un supuesto de resolución de unos contratos de compraventa de unas fincas en los que la compradora había incurrido en una serie de gastos de urbanización de las parcelas; gastos que el TS estimó como no reintegrables y que, en su caso, solo darían derecho al comprador a retirar físicamente las mejoras.

[158] MP: Vázquez Sandes; RJ 2000/6686.

transformado en uno palanganero. El precio pactado fue de 153.190.125 pesetas, de los que la compradora desembolsó 15 millones, aplazándose el pago del resto, que quedaba garantizado con una reserva de dominio a favor de Pescanova, para el caso de impago. Comarfol encargó a su vez a Montajes Folgar la realización de esa transformación del buque; los trabajos culminaron en diciembre de 1990. Sin embargo, Comarfol no completó el pago del precio aplazado, lo que provocó que Pescanova resolviese la venta el 4 de octubre de 1991, recuperando el buque transformado por Montajes Folgar para Comarfol. A su vez, Comarfol tampoco satisfizo el precio adeudado a Montajes Folgar por las obras realizadas en el barco (unos 71 millones de pesetas). Esta concatenación de hechos provocó que Montajes Folgar demandase a Comarfol juntamente con Pescanova el pago de ese precio; y subsidiariamente a Pescanova, para el caso de insolvencia de Comarfol. En ninguna de las instancias se condenó a Pescanova, estimándose la demanda solo respecto al cumplimiento de contrato que vinculaba a Comarfol con Montajes Folgar. Esta última recurrió en casación, pues le interesaba obtener una condena a Pescanova, habida cuenta de la insolvencia de su deudora. El TS resolvió el caso a partir de la doctrina del «enriquecimiento indirecto». La Sala 1.ª identificó un enriquecimiento restituible del lado de Pescanova, que recibía un «*nuevo buque tras la obra en él realizada por importe muy superior al de su mismo valor*», situando el origen del enriquecimiento en el contrato de compraventa inicial entre aquella y Comarfol (FD 4.º). Solo al final se matiza que la obligación restitutoria de Pescanova por las mejoras es subsidiaria de la obligación primaria de pago del precio que vincula a Comarfol en el contrato con Montajes Folgar.

El «Caso Pescanova» se abordó desde la perspectiva de los enriquecimientos indirectos, del que contamos con sobrados precedentes en la jurisprudencia del TS [159]; lo que distrae del verdadero problema: el reembolso de

[159] Además del caso Pescanova, pueden citarse, al menos, otras dos sentencias de la Sala 1.ª del TS, tomadas de Vendrell Cervantes, 2017, pp. 295-299.

(i) STS, 1.ª, 23 de julio de 1996 (MP: Marina Martínez-Pardo; RJ 1996/5567). La sociedad A había vendido unas parcelas a la sociedad B, el 31 de julio de 1989, comprometiéndose la segunda a construir chalets en ellas. El precio se fijó en 35 millones de pesetas y fue aplazado casi en su totalidad, reservándose la sociedad A, vendedora, la facultad de resolver el contrato y recuperar la propiedad en caso de impago. La construcción de los chalets se encargó contractualmente por ambas sociedades a la sociedad C, a 45.000 pesetas/m^2. Al parecer, la construcción de las parcelas quedó impagada, accionando C contra la constructora (B), que era insolvente, y contra A, como promotora. Al mismo tiempo, A resolvió el contrato y recuperó las parcelas ya edificadas por C. La sentencia de la Audiencia Provincial, que llegó para su casación al TS, condenó a ambas sociedades –A y B– a abonar a C el precio de las obras pendientes con base en los principios generales del Derecho y la equidad. Ante ello, A recurrió en casación, reclamando la aplicación de la regla del artículo 1122 CC, así como los artículos 487 y 501 CC, para el usufructo. La Sala 1.ª no estimó el recurso y mantuvo el fallo de la Audiencia, identificando la acción de C contra A como una de enriquecimiento sin causa vinculada al incremento patrimonial que A percibió gracias a la restitución derivada de la resolución de la venta de las parcelas.

(ii) STS, 1.ª, 22 de octubre de 2002 (MP: Ortega Torres; RJ 2002/8774). La sentencia se ocupa de un caso de compraventa de una finca por un particular (A) a dos sociedades (B), las cuales contrataron la realización de una obra en la finca con una serie de sociedades (C). Como consecuencia del impago del

las mejoras en la relación contractual entre Pescanova y Comarfol. Para resolver este interrogante se han planteado, hasta el momento, tres opciones en Derecho español. La primera consiste en acudir a las normas de liquidación de estados posesorios; la segunda, en acudir a las obligaciones condicionales. Más recientemente, se ha acudido al enriquecimiento del acreedor restitutorio, para decidir si tiene o no que reembolsar las mejoras en la cosa que recibe. Ninguna de las tres alternativas se antoja adecuada para resolver el interrogante. Lo procedente es un enfoque contractual, a partir del reparto de riesgos en la restitución.

2.1 Las normas condicionales y de remisión al usufructo para la resolución

Para la resolución del contrato, se ha buscado la respuesta a la cuestión sobre las mejoras en las normas sobre obligaciones condicionales, que a su vez se remiten a las del usufructo [160]. Es la posición tradicional de la jurisprudencia [161], así como la postura seguida por algunos autores, que rechazan acudir a las normas posesorias [162]. Desde este enfoque, el recurso a las normas posesorias se reserva solo para el caso en que las mejoras se realizan con

---

precio por B, el vendedor (A) resolvió el contrato en aplicación de una cláusula prevista para esta eventualidad. El hecho de que A recuperase la finca mejorada en virtud de la resolución del contrato de compraventa con B no impidió al TS apreciar (FD 4.º) un enriquecimiento indirecto, toda vez que –haciendo suyas las palabras de la Audiencia– ese contrato entre A y B «*no afecta ni puede afectar a los acreedores* (C)», a los que no se les puede exigir «*una constatación previa a sus relaciones con el comprador de cuáles eran los términos del contrato celebrado entre este* (B) *y el titular de la parcela* (A)». Con todo ello, el enriquecimiento de A no estaría justificado, a juicio de la Sala 1.ª

[160] La operación se ancla en la ubicación formal de la resolución dentro de las obligaciones condicionales; y en la remisión que el artículo 1123 II CC, para la condición resolutoria, realiza al artículo 1122 CC, para la condición suspensiva. Desde ahí, el artículo 1122 6.ª CC establece que, cuando la cosa se mejora a expensas del deudor, estando pendiente la condición, «*no tendrá este otro derecho que el concedido a un usufructuario*». Para el usufructo, el artículo 487 CC impide al usufructuario percibir indemnización por las mejoras útiles o de recreo que hubiera hecho en los bienes objeto del derecho; como mucho, puede retirarlas, «*si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes*» (art. 487 CC).

[161] Jurisprudencia que partía de considerar la resolución por incumplimiento como una condición resolutoria tácita. Así en la STS, 1.ª 24 de febrero de 1988 (MP: Carretero Pérez; RJ 1988/1301), al resolver sobre la restitución derivada de la resolución de un contrato de compraventa de un local comercial que el adquirente había acondicionado como restaurante, cafetería y sala de fiestas. En este caso, el TS consideró –sobre la base de los artículos 1122 6.º y 1123 II CC– que el vendedor tenía derecho a recuperar el local «*tal como lo vendió, o con lo que se hubiere incorporado durante el tiempo de su posesión por el comprador*, […] *que ostenta la misma condición que un usufructuario*». También, aunque no se expresa la clase de desvinculación que se produjo, en la STS, 1.ª, 4 de febrero de 1998 (MP: Sierra Gil de la Cuesta; RJ 1998/618). Una recopilación de esa jurisprudencia en Clemente Meoro, 1998, pp. 530-532.

[162] Díaz Romero, 1997, pp. 151-152; Monfort Ferrero, 2000, pp. 224-225.

posterioridad a la resolución del contrato [163]. En un sentido similar, otros autores han celebrado la aplicación de este bloque normativo a la resolución, si bien limitando su aplicación al contratante incumplidor (impidiéndole, pues, recuperar las mejoras) [164]. El resultado de aplicar esta combinación de normas es sencillo: no se reembolsa nada al deudor restitutorio por las mejoras realizadas; este solo tiene derecho a retirarlas, si cabe hacerlo sin detrimento de los bienes (art. 487 CC).

La opinión anterior es hoy rechazada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, que prefieren acudir a las normas de liquidación de estados posesorios. En concreto, se considera que la remisión del artículo 1123 al 1122 CC, así como la propia localización del artículo 1124 CC no son determinantes para aplicar este régimen restitutorio [165]: porque quien posee bajo condición sabe que su tenencia de la cosa es provisional (o que, al menos, tiene rasgos de interinidad), mientras que el deudor restitutorio en la resolución no puede, al inicio de su posesión, saber si esta va a concluir o no, ni realizar cálculo alguno de amortización sobre las mejoras que introduzca [166].

2.2 Las normas sobre liquidación de estados posesorios

La aplicación a las mejoras de las normas posesorias se ha propuesto directamente para la nulidad y la rescisión e indirectamente para la resolución.

(a) *Nulidad y rescisión*

Para la nulidad contractual, son mayoría los autores que acuden al sistema restitutorio de los artículos 453 a 455 CC, a fin de dar respuesta a la resti-

---

[163] Díaz Romero, 1997, p. 152. En ese caso, «*el mejorante ya no actúa bajo la incertidumbre de la resolución, sino como un mero poseedor*».

[164] Delgado Echeverría, *CCJC*, 1985, p. 3787. Le sigue, Quicios Molina, *LH-Rodrigo Bercovitz*, 2013, pp. 1469-1470; de la misma autora, 2020, pp. 1733-1734. Pero es una posición ciertamente a descartar, por tratar de solucionar problemas restitutorios según a quién le fuere imputable el fracaso del contrato (en este caso, el incumplimiento en la resolución), Con ello, plantea una solución sancionadora que mezcla inadecuadamente la restitución contractual con la indemnización (véase, *supra*, Capítulo 6, III. 5).

En este último sentido, crítica con esta posición, Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1265. También, aunque desde una restitución contractual de mejoras basada en el enriquecimiento (acción diferente a la resolución), Bech Serrat, 2015, pp. 403-404.

[165] Rodríguez Rosado, 2013, p. 254. Y, desde un enfoque basado en el enriquecimiento para resolver la cuestión de las mejoras en la restitución contractual, Bech Serrat, 2015, pp. 392-394.

[166] Carrasco Perera, 1986, pp. 296-297. Más recientemente en el mismo sentido, Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1266. Considera esta autora que la situación del que posee bajo condición «*difiere del que adquiere la cosa en virtud de un contrato traslativo*»

tución contractual de las mejoras útiles [167]. La aproximación es compartida por cierta línea jurisprudencial, que aplica las normas posesorias sobre construcción en suelo ajeno [168].

Las normas posesorias diferencian según la buena o la mala fe del obligado a restituir [169]. Los autores consideran de buena fe al contratante que recibe una cosa en virtud de un contrato que, posteriormente y tras realizar la mejora, se anula, sin que el «mejorante» conociese la causa que terminaría provocando el fracaso del contrato; en caso contrario –de conocer la causa de nulidad– el contratante es de mala fe y no tiene derecho a recuperar el importe de la mejora, pues se realizó con la finalidad de que se le restituyesen [170]. Para la rescisión por lesión (art. 1295 CC) se han empleado argumentos similares en este sentido [171].

En esta línea, para la nulidad, el artículo 527-19 PAPDC 2018 ha incorporado una regulación que bebe del esquema posesorio. De acuerdo con ella, «*las mejoras que no sean separables se abonan, con el límite del aumento de valor del bien*». La norma propuesta, así como las anteriores aproximaciones,

---

[167] Berg, 2002, p. 190; Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1124; Díaz Romero, 1997, pp. 123-132.

[168] Fue el caso de la STS, 1.ª, 28 de noviembre de 1998 (MP: González Poveda; RJ 1998/9698). Por sentencia firme, se había declarado la nulidad, por simulación, de un contrato de compraventa de un cortijo, condenándose a los compradores a restituir a los demandantes vendedores la finca objeto del contrato, el mobiliario (cuadros, enseres, utensilios, maquinarias y semovientes), y los frutos producidos. Posteriormente, en otro proceso iniciado por los compradores, obligados a restituir, se dirimieron las particularidades restitutorias del proceso, llegando el caso al TS. Los compradores reclamaban la indemnización de determinados gastos realizados sobre la finca como mejoras (impermeabilización de una nave de almacenamiento de cereales e instalación de un sistema de riego por goteo). El TS (FD 8.º) estimó parcialmente la demanda en aplicación del artículo 453 CC, previa constatación de la buena fe posesoria de los compradores.

[169] Según el artículo 453 CC, el *poseedor de buena fe* tiene derecho a que se le abonen los *gastos útiles* realizados en la cosa, con derecho de retención en cualquier de los casos. Respecto de estos gastos, el vencedor en la posesión puede optar por satisfacer su importe o abonar el aumento de valor que por ellos haya experimentado la cosa. De otro lado, los gastos de puro lujo o de recreo no son reintegrables al poseedor de buena fe, pero se le concede el derecho de llevarse los adornos sobre la cosa principal, si esta no sufre deterioro en la operación, y salvo que el vencedor en la posesión no prefiera abonar su importe (art. 454 CC). El *poseedor de mala fe*, por su parte, solo conserva el derecho a que se le reintegren los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa, no abonándosele aquellos que realice en mejoras de puro lujo y recreo. No obstante, en este último caso, conserva la posibilidad de llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro en el cambio, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando su valor (art. 455 CC).

[170] Es la tesis de Orozco Muñoz, 2015, pp. 205-208 y 214-216. Para el caso en que el contratante sea de mala fe, el autor propone acudir al régimen de las obligaciones condicionales por analogía (art. 1123.2 y 1122 6.º CC). Hay que decir que la distinción que hace entre buena y mala fe es ciertamente arbitraria, y no se compadece con su propia tesis de que, para los frutos, resulta complicado distinguir entre buena y mala fe (pp. 149-150).

En similar, sentido, refiriéndose a la extinción de un arrendamiento en el que el arrendatario realiza mejoras en la cosa arrendada sin devolverla al comprador hasta un tiempo después, Bech Serrat, 2015, p. 400.

[171] Martín Pérez, 2010b, p. 1425; Moreno Quesada, 1995, p. 207; Zurilla Cariñana, 2013, sec. 3.1.

son criticables porque imponen siempre una restitución de mejoras, con independencia de otros factores. Como se verá, esta es la principal crítica al sistema posesorio para las mejoras contractuales.

(b) *Resolución por incumplimiento*

La práctica totalidad de los autores que se han ocupado de la restitución de mejoras en caso de resolución del contrato consideran adecuado acudir a un régimen sustancialmente idéntico al previsto en los artículos 453 y 454 CC, para la liquidación del estado posesorio. La diferencia es que no se detienen en diferenciar o explicar la buena o la mala fe. Del régimen posesorio simplemente extraen sus soluciones para el caso de buena fe del poseedor, por ser las reglas que mejor atenderían los intereses en conflicto, sin aplicar las reglas posesorias analógicamente [172]. De este modo, el deudor de la restitución recuperaría siempre el coste de la mejora o el incremento de valor de la cosa [173]. La jurisprudencia ha replicado esta aproximación, que aprecia siempre buena fe del mejorante [174], aunque muchas veces lo hace sobre la base de la doctrina del enriquecimiento sin causa, y no sobre una aplicación de las normas posesorias [175].

---

[172] Clemente Meoro, 1998, p. 535.

[173] Basozabal Arrue, 2014, pp. 510-511; El Mismo, 2022, pp. 84-86; Carrasco Perera, 2017, sec. 22/49; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1735; Plana Arnaldos, 2002, p. 311; Rodríguez Rosado, 2013, p. 254; Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1264-1265; Vendrell Cervantes, 2017, pp. 301-302. También acude al art. 453 CC para el reintegro de los gastos útiles a favor del contratante al que no le fuera imputable la resolución, González Pacanowska, 2013, p. 8256.

[174] Puede citarse la STS, 1.ª, 15 de febrero de 1991 (MP. Casares Córdoba; RJ 1991/1272). Se había adquirido un terreno en el cual el comprador había realizado trabajos de relleno, nivelación, y construcción de una nave. Resuelto el contrato por impago parcial del precio, el comprador reclamó el abono del importe de las mejoras que permanecerían en la finca tras la restitución. La Sala 1.ª del TS declaró procedente esta pretensión del comprador. Para fundamentar su decisión se amparó –y esto es lo importante– en que la realización de las mejoras por el comprador no era determinante de su mala fe. De considerarse lo contrario, se atentaría contra la presunción del artículo 436 CC, sin previa declaración por los tribunales, y se «*negaría la continuidad en la buena fe del poseedor que adquirió con título inicialmente válido y eficaz*». De este modo, aplicó la presunción de buena fe (art. 433 CC) para reconocer la compensación pues, si no, se infringiría «*el principio que veda el enriquecimiento injusto*» (FD 2.º).

[175] Fue el caso de la STS, 1.ª, 13 de octubre de 1995 (MP: Burgos Pérez de Andrade; RJ 1995/7080). La sentencia resolvía un supuesto de resolución por incumplimiento de un contrato de compraventa de una casa en Campo de Criptana, cuyo precio se había aplazado en parte. Los compradores efectuaron obras en el inmueble tan pronto como se les entregó la posesión, siendo el valor de las obras superior al del precio pactado. Sin embargo, no pagaron el precio aplazado, a la llegada del término. En el proceso que culminó con la sentencia, los compradores reclamaron una indemnización por las obras realizadas en la casa antes de la resolución del contrato. El TS dio la razón a los compradores sobre la base de la doctrina del enriquecimiento sin causa (FD 3.º), habiendo rechazado previamente la aplicación al caso de las normas sobre liquidación del estado posesorio (FD 2.º). Llega con ello a una argumentación ciertamente contradictoria, como destaca, Basozabal Arrue, 2014, p. 507.

Los autores que defienden esta restitución de las mejoras en todo caso para la resolución se apoyan analógicamente, además, en otros dos preceptos [176]. De un lado, acuden a la regla prevista en el artículo 1652 I CC, para el comiso o rescisión por cualquier causa del censo enfitéutico, que obliga al dueño directo a abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, siempre que dicho aumento permanezca al tiempo de devolverla. Del otro, al artículo 1518 2.º CC, para el pacto de retroventa, que condiciona el uso del derecho a que el vendedor reembolse al comprador, entre otras cosas, los gastos útiles hechos en la cosa vendida. Enseguida volveré sobre estas normas.

2.3 El reembolso de las mejoras en función del enriquecimiento

Es la tercera corriente. Al estudiar el Derecho alemán, vimos que el § 347.2 S. 2 BGB permitía la restitución del resto de las mejoras que alteraban la esencia de la cosa («*Aufwendungen*»), siempre que el acreedor restitutorio quedase enriquecido con ellas [177]. Este criterio ha sido replicado por otros instrumentos europeos, y ha encontrado su eco en las propuestas de modernización españolas, así como en algunos autores.

(a) *El DCFR y el CESL*

Sin distinguir entre mejoras necesarias y útiles, el artículo III.- 3:513(2) DCFR concede al deudor restitutorio un derecho a su reembolso, *si el acreedor restitutorio puede aprovecharse o rentabilizar el valor de lo obtenido como mejora* [178]. De lo contrario, indican sus comentaristas, resultaría injusto cargar al acreedor con una obligación de prestar el valor de una mejora que no ha solicitado y que no puede rentabilizar [179].

En el mismo sentido, en *obiter*, STS, 1.ª, 25 de junio de 2009, FD 3.º (MP: Montés Penadés; RJ 2009/6454).

[176] Así, Basozabal Arrue, 2014, p. 513; Carrasco Perera, 2017, cap. 22/49; Clemente Meoro, 1998, pp. 533-534; Marsal Guillamet, *CCJC*, 1996, pp. 261-262; Pantaleón Prieto, *ADC*, 1993, p. 1735, n. 54; Rodríguez Rosado, 2013, p. 254; Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1269 y 1271-1272; Vendrell Cervantes, 2017, pp. 301-302.

[177] *Supra*, Capítulo 3, V. 4.2 (b).

[178] Art. III.- 3:513 (2): «*A recipient who has improved a benefit which the recipient is obliged under this Section to return has a right to payment of the value of improvements if the other party can readily obtain that value by dealing with the benefit unless: (a) the improvement was a non-performance of an obligation owed by the recipient to the other party; or (b) the recipient made the improvement when the recipient knew or could reasonably be expected to know that the benefit would have to be returned*».

[179] Von Bar y Clive (eds.), 2009a, vol. 1, p. 906.

> Para ilustrarlo, se sirven del ejemplo de un distribuidor de motocicletas que adquiere una docena de la prestigiosa marca de un fabricante y sustituye varias de sus piezas con componentes más caros. El contrato se resuelve porque el distribuidor no logra vender las motocicletas en el país en el que pretendía, al impedirlo la regulación de seguridad vial de aquel. Los comentaristas del DCFR entienden que el fabricante solo tendrá que compensar al distribuidor por el valor de las mejoras, si este es capaz de venderlas sin dificultad y, por tanto, de realizar el valor de estas.

Un criterio similar al del DCFR es el adoptado por el CESL [180]. La novedad es la distinción entre la buena o la mala fe del *obligado* a restituir [181]. Cuando el mejorante es de buena fe –no conocía y no cabía esperar que conociera el motivo de anulación o resolución– tiene derecho al reembolso de las mejoras realizadas en los bienes o en los contenidos digitales, *si estas benefician* (enriquecen) a la otra parte. Con ello, se evita que el acreedor tenga que abonar mejoras objetivas que no puede rentabilizar en el corto plazo [182]; lo contrario, sería indemnizatorio [183]. Siendo de mala fe, solo se le concede un derecho de reembolso por los gastos necesarios para proteger los bienes o los contenidos digitales frente a la pérdida o la disminución del valor [184]; y siempre que no haya tenido oportunidad de solicitar asesoramiento a la otra parte; lo que quiera que esto signifique [185]. Esta regulación conduce a la paradoja de tratar mejor al mejorante de mala fe que al de buena fe que realiza mejoras inútiles [186], y por eso ha sido criticada [187].

---

[180] Article 175 CESL (Compensation for expenditure): «*Where a recipient has incurred expenditure on goods or digital content, the recipient is entitled to compensation to the extent that the expenditure benefited the other party provided that the expenditure was made when the recipient did not know and could not be expected to know of the ground for avoidance or termination. 2. A recipient who knew or could be expected to know of the ground for avoidance or termination is entitled to compensation only for expenditure that was necessary to protect the goods or the digital content from being lost or diminished in value, provided that the recipient had no opportunity to ask the other party for advice*».

[181] Algún autor ha considerado que esta regla reconoce implícitamente el deber del deudor restitutorio de conservar la cosa a restituir, pues se puede resarcir de sus gastos (si es de buena fe): véase Flechtner, 2016, p. 618.

[182] Lehmann, 2012, p. 713.

[183] Sirena, *ERPL*, 2011, p. 1000.

[184] Esta regla ha sido criticada por ser inconsistente con los postulados del enriquecimiento injustificado, en la medida en que solo deben privilegiar al obligado de buena fe, no al de mala fe; así, *ibid.*, pp. 989-989. Sin embargo, esta crítica es inane, pues parte de entender que las reglas de restitución del CESL se fundamentan en el enriquecimiento injustificado, *quod non*.

[185] En este sentido, criticando la redacción, Lehmann, 2012, p. 714.

[186] Wendehorst, *European Parliament*, 2012, p. 22. Pero la autora valora positivamente la regulación.

[187] Baeck, 2013, pp. 287-288.

(b) *Las propuestas de modernización*

El criterio seguido por el artículo 1203 PMCC 2009 (y que ha mantenido el artículo 518-17 PAPDC), para la resolución, conecta con el sistema alemán y el DCFR. Según el tenor de ambas normas, «*los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquel a quien se restituye*». Parece inevitable pensar que los redactores de la regla se inspiraron en la regla del § 347.2 S.2 BGB, que también se refiere al «resto de las mejoras» («*Aufwendungen*») y hace depender su reembolso del enriquecimiento de la contraparte [188]. Sin embargo, los redactores españoles acaso soslayasen que el sistema alemán no establece propiamente esa diferenciación entre las mejoras necesarias y las útiles, sino que deja al enriquecimiento la restitución de las mejoras que alteran la esencia de la cosa a devolver. Sobre esto volveré enseguida.

(c) *La tesis de Bech Serrat*

Mención aparte merece la propuesta de Bech Serrat [189]. El autor parte de una crítica al sistema del DCFR [190] y, a falta de una regulación expresa en la materia, propone reconocer al deudor de la restitución una *condictio* por impensas, separada de la restitución contractual, sobre la base del enriquecimiento injustificado [191]. Esta tesis se separa de cualquier aproximación contractual [192], salvo para el caso en que el contrato prevea el hecho de la mejora, asignando a una de las partes la mejora y, en su caso, su abono [193]. Cuando el contrato calla, tienen que aplicarse –siempre, para Bech Serrat– las reglas previstas en los artículos 451 a 458 CC (para la liquidación del estado posesorio), cuyos resultados el autor combina con valoraciones propias del enriquecimiento injustificado [194]. Así, entiende que el solo hecho de que el enriqueci-

[188] Creo que es equivocado pensar que el enriquecimiento se refiere aquí al incremento de valor objetivo de bien como consecuencia de las mejoras (como quiere, Basozabal Arrue, 2014, p. 514), pues se trata de que este le sea útil al acreedor, en el sentido de la norma.

[189] Bech Serrat, 2015, p. 385 y ss.

[190] *Ibid.*, p. 394. Este autor salva la interesante regla del DCFR, vista para la resolución, con el argumento de que «*denota la influencia de aquella doctrina alemana que sostiene que la resolución (Rücktritt) produce la ineficacia con efectos retroactivos, pero no logra eliminar el contrato*». Sorprende que el autor no entre a valorar la conveniencia o no de la regla del DFCR desde una perspectiva material, confrontándola (¿por qué no?) con su tesis.

[191] Esta tesis no es desconocida en Alemania. Véase, *supra*, Capítulo 3, V. 4.2 (a).

[192] Dice literalmente que «*el contrato será relevante solamente porque forma parte de los antecedentes de hecho*». Véase *ibid.*, p. 389.

[193] *Ibid.*, pp. 387 y 398.

[194] *Ibid.*, p. 400. En este sentido, el autor deja muy claro que la referencia a las normas posesorias lo es solo a efectos técnicos, pero no porque sea partidario de los criterios que estas reglas contienen.

miento provenga del contrato «*no deberá ser suficiente para excluir la acción de enriquecimiento*»; a lo que añade que la única razón para no hacerlo estaría en acudir al «*vago concepto de la buena fe*» [195]. En su razonamiento, se apoya en las resoluciones del TS que condenan al acreedor restitutorio a abonar las mejoras [196], así como en el artículo 1203 PMCC 2009, si bien critica su ubicación en sede contractual [197].

La pregunta clave para Bech Serrat es la extensión de la restitución de la mejora. Defiende una solución en cascada en la que se inclina *(i)* por una retirada de la mejora, cuando ello sea posible sin deterioro de la cosa y factible económicamente [198]; *(ii)* si esto no es posible o factible económicamente, por una restitución del *valor del enriquecimiento* que conlleva la mejora, lo que consecuentemente vincula al *ahorro de gastos* del acreedor de la restitución [199]; y *(iii)* si ninguno de los anteriores criterios encaja, admite una restitución del valor objetivo de la cosa, según el mercado [200]. Se ha de advertir –pues es importante para comprender su tesis– que el criterio de la restitución en la medida del enriquecimiento que propone en *(ii)* significa que, si el acreedor no ha ahorrado nada porque la mejora no le es rentable, no tiene lugar una restitución. La tesis de Bech Serrat ha sido seguida, en cierto modo, por otros autores [201].

2.4 Valoración crítica del estado de la cuestión

El problema de las mejoras en la restitución contractual no es fácil, y deben destacarse los esfuerzos de la doctrina por hallar un régimen coherente. Se debe celebrar el rechazo, casi general, a acudir a las normas condicionales y, por remisión, a las del usufructo. No obstante, las soluciones que han seguido no son del todo convincentes.

(a) No es adecuado completar el sistema de restitución contractual con el régimen posesorio, que diferencia entre buena y mala fe del deudor, alteran-

---

[195] *Ibid*.
[196] *Ibid*., pp. 403-407.
[197] *Ibid*., pp. 407-408.
[198] *Ibid*., pp. 544 y ss.
[199] *Ibid*., pp. 575 y 594-595
[200] *Ibid*., p. 599.
[201] Así, Orozco Muñoz, 2015, p. 219. Este autor se refiere a los casos de aprovechamiento de clientela o fondo de comercio en la extinción contractual; y considera que debe prevalecer la tesis de la *condictio* por impensas, al no constituir la clientela una aportación contractual.

do la neutralidad de la restitución [202]. Esta postura centra el tiro en el deudor restitutorio y no en el acreedor, que es el principal protagonista del conflicto de intereses. Además, aplicar las normas posesorias supone mezclar, una vez más, la responsabilidad en la desvinculación con la determinación del alcance de la restitución [203].

(b) Siempre se podría decir que no se aplican realmente esas reglas, sino la solución para el poseedor de buena fe, de modo que las mejoras se reembolsen al deudor restitutorio en todo caso. Desde este subenfoque, se reconoce que la mejora puede no aprovechar realmente al acreedor de la restitución, pero se estima en cualquier caso injusto que el deudor restitutorio quede insatisfecho, a pesar de haber restituido un bien de mayor valor [204]. Por eso, el argumento definitivo contra las normas posesorias atiende al resultado: incorporar a la restitución contractual una regla que impone, en cualquier caso, el abono de las mejoras al deudor restitutorio pasa por alto si su reembolso contribuye o no a recuperar, en lo posible, el *statu quo ante*. No hay que olvidar que, en muchos casos, el importe a compensar como consecuencia de las mejoras puede ser muy elevado, transformando por completo la cosa que se entregó en el contrato inicial [205]. La posición que aboga por restituir *siempre* las mejoras se «desentiende» del contrato (lo que, por lo demás, es coherente con el sentido de las normas posesorias).

Siguiendo con el anterior punto, el reembolso de las mejoras con apoyo en la retroventa y el censo (arts. 1518 2.º y 1652 CC) [206] tampoco convence. Conviene no olvidar que la posesión del enfiteuta y del comprador con pacto de retro no es plena ni indefinida y, por eso, se les brinda una protección que les permite recuperar el importe de su inversión [207]. Pero no es esa la realidad

---

[202] Así, en general Capítulo 6, III. 4; para las alteraciones restitutorias [Capítulo 7, III. 3.1 (a) (bb)]; y para la restitución secundaria de frutos e intereses (en este capítulo, *supra*, II. 1).

[203] *Supra*, Capítulo 6, III. 2.

[204] En este sentido, Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1267-1268. También, Meier, *Edinb. Law. Rev.*, 2017, p. 26. Es la solución que ha asumido el artículo 527-19 PAPDC para la restitución de mejoras derivada de la nulidad (aunque sea un criterio contradictorio con la solución para la resolución); eso sí, como criterio subsidiario al hecho de que las mejoras no se puedan separar. En ese caso, su abono se produce con el «*límite del aumento de valor del bien*».

[205] De hecho, será lo habitual en casos de compraventa de inmuebles, en los que el valor de las mejoras en sí mismo puede llegar a superar el precio inicialmente pagado por el bien, como sucedió en la STS, 1.ª, 13 de octubre de 1995 (MP: Burgos Pérez de Andrade; RJ 1995/7080). El precio pactado por el inmueble fue de 2,5 millones de pesetas y los compradores efectuaron obras en él por un importe de 3.841.854 pesetas.

[206] En este sentido, Bech Serrat, 2015, p. 410; García Vicente, *Almacén de Derecho*, 2021.

[207] En este sentido, si bien argumentando a favor de aplicar la misma solución a la resolución por incumplimiento en contratos traslativos (y frente a la solución que se deriva de las normas condicionales y del usufructo), Soler Presas, *ADC*, 2018, n. 88.

de la restitución por desvinculación de este trabajo: contratos en los que la cosa se adquiere con vocación de continuidad.

El reembolso en todo caso de las mejoras útiles tampoco soluciona el hecho de que al acreedor restitutorio puede no interesar ni beneficiar recuperar un bien mejorado; pero se le impone ese resultado. En este sentido, esta posición omite explicar si se reembolsan los gastos en mejoras que no hubiesen resultado útiles, es decir, que no hubiesen incrementado el valor de la cosa, a pesar de haberse invertido dinero en ella. En coherencia con sus postulados, los autores de esta corriente deberían responder afirmativamente. Lo que ocurre es que ello convertiría el reembolso de las mejoras en una indemnización de daños, incompatible con la neutralidad de la restitución contractual [208]; y lo haría, de nuevo, sacrificando la posición del acreedor restitutorio. Y es que ese es el problema de fondo: terminar no encontrando motivos para excluir el reembolso de la mejora al deudor restitutorio; lo que recuerda a la equidad [209].

(c) Atentos a las inconsistencias de una restitución generalizada de las mejoras, algunos autores han defendido la posibilidad de que el acreedor de la restitución pueda rechazar una restitución *in natura* y opte por una restitución del valor de la cosa antes de la realización de la mejora [210]. Guardemos, por lo pronto, esta idea, pues apunta en la dirección correcta, que exploraré en el apartado siguiente.

(d) La tesis del enriquecimiento es algo más considerada con que al acreedor de la restitución pueden no aprovecharle las mejoras en el bien. El problema es que se desentiende por completo del contrato celebrado –salvo pacto, lo que no deja de ser contradictorio– y plantea una restitución de las mejoras a partir de criterios propios del enriquecimiento, que deben rechazarse para la restitución contractual [211]. En cualquier caso, el problema de esta orientación es que *(i)* no tiene en cuenta que el acreedor puede no estar en condiciones económicas de abonar el importe de las mejoras o carecer de la capacidad empresarial para darles salida (aunque le enriquezcan); *(ii)* omite que la evaluación de si el acreedor puede o no rentabilizar la mejora es demasiado relativa, y desde luego muy costosa en términos de prueba (¿qué plazo

[208] De hecho, hay quienes entienden que el reembolso de mejoras se incardinaría dentro del artículo 1124 II CC, para la resolución; es decir, como daño. Así, Quicios Molina, 2020, p. 1734.

[209] Vendrell Cervantes, *ADC*, 2018, p. 535.

[210] Clemente Meoro, 1998, pp. 534-535. En similar sentido, González Pacanowska, 2013, p. 8256. Pero la autora parece distinguir entre a qué parte le sea imputable el fracaso del contrato; lo que no es admisible en la restitución. Y se termina apoyando en el art. 453 CC para defender la restitución de los gastos útiles al demandante de la resolución cumplidor.

[211] Así *supra*, Capítulo 2, V y Capítulo 6, III. 4.

se considera relevante? ¿Qué margen de beneficio?)[212]. Además, *(iii)* esta solución puede conducir al absurdo económico de que, si no hay enriquecimiento del acreedor de la restitución, la mejora realizada quede insatisfecha, sin aprovechar a quien la recibe.

(e) En esta línea, tampoco parece adecuado combinar ambas visiones, como hace el artículo 175 CESL, según el cual las mejoras se reembolsan siempre que beneficien a la otra parte, y el obligado a restituir sea de buena fe (desconociese o no cupiera esperar que conociese el motivo de anulación); en caso de mala fe solo se reembolsan los gastos necesarios. Esta solución ha sido en parte aplaudida[213], pero merece la misma crítica que las que se basan en el enriquecimiento del acreedor de la restitución. A ello se añade que es más complicada de aplicar, porque añade un criterio diferenciador según la buena o la mala fe por sí mismo desaconsejable[214].

3. La restitución de mejoras como problema contractual

En la restitución contractual, el reembolso de las mejoras útiles plantea un precioso conflicto de intereses entre la parte que las realiza y la parte en cuyo favor repercuten[215]. Este conflicto invita a explicar una solución a partir del reparto de riesgos entre las partes de la restitución y, en definitiva, a abordar el problema de las mejoras en la cosa a restituir como una alteración restitutoria más de las vistas en el Capítulo 7.

3.1 Las mejoras como un problema de alteración restitutoria

El problema que subyace a las mejoras es que, por un lado, suponen un «enriquecimiento impuesto» al acreedor de la restitución que *(i)* bien no estará en condiciones de afrontar su pago; *(ii)* o bien no tendrá interés en recuperar la cosa en la forma en la que ha sido mejorado, porque para él carezca de utilidad[216]. Ello, por mucho que la cosa ahora valga más. Por el otro, las mejoras representan

[212] En similar sentido, refiriéndose al artículo 1203 PMCC, advierten que el problema reside entonces en determinar cuándo existe enriquecimiento: Clemente Meoro, *BMJ*, 2011, p. 12; Fenoy Picón, *ADC*, 2011, p. 1622.

[213] Lehmann, 2012, p. 713; Wendehorst, *European Parliament*, 2012, p. 22.

[214] Baeck, 2013, pp. 287-288.

[215] Orozco Muñoz, 2015, p. 205. Con anterioridad, apuntó en este sentido, Berg, 2002, p. 212.

[216] Lo reconoce, Soler Presas, *ADC*, 2018, pp. 1267-1268. Sin embargo, sigue considerando improcedente que «*esa coyuntura deba soportarla el otro, que devuelve un bien de mayor valor*».

un gasto realizado por el deudor de la restitución sobre un bien que tiene que devolver, y que no podrá disfrutar[217]. Ambos apuntes invitan a tratar las mejoras como un problema de distribución de riesgos en la restitución contractual, salvo que el contrato ya prevea una distribución del riesgo sobre la realización de mejoras, en cuyo caso habrá que estar a esta, por ser admisible ese pacto[218].

(a) *Dos clases de mejoras útiles*

Las mejoras útiles incrementan el valor del bien a restituir. Sin embargo, no toda mejora hecha sobre la cosa modifica la sustancia de la cosa o la transforma en otra. En este sentido –y siguiendo la estela del Derecho alemán en el § 347.2 BGB– las mejoras útiles pueden ser de dos clases, en función de si alteran la sustancia de la cosa o no.

> Piénsese en la compraventa de un violín por un precio de 10.000 euros que, a su vez, es restaurado por el comprador, realizando unos gastos útiles (no de mera conservación) sobre el puente del instrumento que mejoran el sonido e incrementan su valor en 1.000 euros. E, imagínese, también que el contrato celebrado fracasa (nulidad por error del comprador, que creía que el violín había sido fabricado por un luthier concreto, lo que resultó ser falso; o un incumplimiento del comprador en el pago del precio). Pues bien, en este escenario, los gastos útiles en que incurrió el comprador y posterior deudor de la restitución no llegaron a producir una alteración de la sustancia de la cosa que se restituye. Y es que el precio o valor inicial del violín seguía siendo superior al montante de la mejora.

En un caso como el del ejemplo, la mejora útil incrementó el valor de la cosa, sin alterar su sustancia. El tratamiento de esta clase de mejoras útiles es similar al expuesto para las necesarias: no se reembolsan al deudor de la restitución, que debe pechar con el riesgo de su realización. Al fin y al cabo, su realización no compromete el objetivo de recuperar del *statu quo ante*. No sucede lo mismo en todas las hipótesis en las que el deudor restitutorio devuelve una cosa mejorada.

> En el «Caso Pescanova» (STS, 1.ª, 12 de julio de 2000), expuesto al inicio, el buque arrastrero vendido había sido transformado por la compradora en otro palangrero, de mayor valor, apto técnica y administrativamente para desarrollar un tipo de pesca diferente al de la embarcación inicialmente entregada. Por eso,

---

[217] Desde la doctrina francesa se habla de una «*antinomie d'intérêts entre les parties à la restitution*» para ilustrar el dilema en que se ubica la restitución de las mejoras: Malaurie, 1991, p. 226.

[218] En este sentido, Bech Serrat, 2015, p. 387; Plana Arnaldos, 2002, pp. 312-313; Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1267. Sobre pactos en la restitución, *supra*, Capítulo 6, VIII. 1.

> no sin razón, la Sala 1.ª del TS consideró que el acreedor de la restitución recibía un «nuevo buque». En la misma línea, se mueven todos aquellos casos en los que se vendió un terreno y el comprador construyó en él un edificio. Si el contrato fracasa, y tiene lugar una restitución de las prestaciones, es evidente que, económicamente, la cosa entregada ya no es la misma; que se ha visto alterada en su sustancia.

Este segundo grupo de mejoras útiles transforman la cosa que fue inicialmente objeto de la prestación [219]. Para las cosas específicas [220], ello plantea un problema restitutorio, porque con la sola devolución de las prestaciones (cosa mejorada y precio) no se regresará al *statu quo ante*. En efecto, en escenarios como los planteados, puede decirse que las partes habrían celebrado un contrato distinto, si el objeto del intercambio hubiese sido la cosa mejorada. Por eso, las mejoras relevantes para este análisis son aquellas que no solo incrementan el valor de la cosa, sino que además transforman su esencia [221].

(b) *Planteamiento teórico: la «pérdida por transformación»*

Si la mejora aumentó el valor de la cosa, alterando su sustancia, el bien inicialmente prestado «se ha perdido» [222]. Por eso, cabe hablar de una pérdida por transformación de la cosa [223] (cfr. art. 869 1.º CC, para la transformación de la cosa legada por el testador). De este modo, las mejoras útiles se reconducen a los supuestos de pérdida y, con ello, a las alteraciones restitutorias y al reparto de riesgos (arts. 1307, 1314 I, 1295 III y 1488 CC) [224]. Al haber operado las mejoras una pérdida por transformación de la cosa, ya no se puede aspi-

---

[219] En este sentido, refiriéndose a si se pueden restituir las cosas *«en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que el comprador las hubiera recibido»* según el artículo 82.2 a) CISG, Krebs, 2000, p. 96. No obstante, este autor considera que el vendedor no debe pagar si recupera una cosa mejorada.

[220] Si se trata de una cosa genérica (por ejemplo, trigo) la transformación, cualitativa o no, de esta (por ejemplo, de trigo a pan) no plantea un problema restitutorio igual que cuando se trata de un bien específico; en ese caso, podrá tener lugar una restitución de otro tanto de la misma especie y calidad (véase, *supra*, Capítulo 6, III. 4.2). En el mismo sentido, Malaurie, 1991, pp. 109-110.

[221] Es decir, a diferencia de lo que puede suceder en otra clase de restitución no derivada de la desvinculación contractual, no se trata de comparar si se ha producido una transformación de la cosa respecto a la original; véase Malaurie, 1991, pp. 112-113.

[222] En este sentido, con acierto, Plana Arnaldos, 2002, p. 306. La autora advierte que no «*siempre que se haya producido una modificación del objeto que se debe restituir debamos entender que es imposible una restitución in natura*». En ese caso, «*tendremos que plantearnos, en primer lugar, si esa modificación ha transformado hasta tal punto el objeto que se trata de una cosa distinta*».

[223] En este sentido, Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1076 y n. 33. Una idea similar se encuentra, si bien no de manera muy clara, en García Vicente, *Almacén de Derecho*, 2021. Desde el Derecho francés, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 806.

[224] En este sentido, Rodríguez Rosado, 2013, p. 241.

rar a una *restitutio in integrum* recíproca primaria (arts. 1303 y 1295 I CC), sino que nos debemos de conformar con su expresión *secundaria*, resuelta por medio del reparto de riesgos. Veamos cómo.

(c) *Dos alternativas restitutorias para el acreedor*

La «pérdida por transformación» será siempre imputable al deudor de la restitución que realiza las mejoras, por sí mismo o por medio de un tercero. Que al deudor restitutorio resulte imputable la pérdida por transformación, originada con las mejoras, nos colocaría ante la obligación de este de restituir su valor (arts. 1307, 1314 I, 1295 III y 1488 CC), como ya ha considerado parte de la doctrina[225]. Cuando ha tenido oportunidad, alguna sentencia ha explorado soluciones en este sentido.

> Fue el pronunciamiento de la STS, 1.ª, 27 de mayo de 1994[226]. Se trataba de un supuesto donde se había declarado la nulidad de un contrato privado de compraventa por el cual, en agosto de 1973, la sociedad Vizcaluña adquiría la totalidad de la instalación industrial y maquinaria de la quebrada sociedad Aceros Navarra. La sentencia de primera instancia, de 25 de septiembre de 1989, declaró la nulidad por retroacción de la quiebra, ordenando la reposición de las cosas al momento que tenían al tiempo de su celebración. Sin embargo, tanto la Audiencia como la Sala 1.ª del TS, al constatar el tiempo transcurrido, concluyeron que no había lugar a una restitución *in natura*, pues había quedado evidenciada una «*lógica transformación de la prestación antaño entregada por la vendedora*». Por eso, se condenó a Vizcaluña a la restitución del *equivalente económico* del complejo industrial adquirido, esto es, su valor, que asoció con el precio de venta consignado en su momento (32.000 pesetas). Para fundamentar su decisión, la Sala 1.ª se amparó en lo dispuesto en los artículos 1303 y 1307 CC, porque «*razonada la imposibilidad de la restitución «in natura», sólo queda la restitución como deuda de valor*». El TS no aludió al enriquecimiento de la sociedad vendedora, acreedora de la restitución. Sí afirmó que se habría llegado al mismo resultado «*de haberse accedido a la tesis del enriquecimiento injusto –Ley 508 FN– planteada de forma subsidiaria, y por lo demás tan íntimamente conectada con la restitución derivada de una nulidad*».

Ocurre, sin embargo, que restituir el valor de la cosa antes de la mejora –como hace la sentencia– soslaya el hecho de que al acreedor restitutorio pue-

[225] En este sentido, de nuevo, Carrasco Perera, *ADC*, 1987, p. 1076 y n. 33. Este autor se apoya en Lorenz para defender una restitución del valor *ex* artículo 1307 CC para los casos en que «*se ha procedido de forma tal sobre el objeto que este resulta jurídicamente inidentificable*»; por ejemplo, cuando se ha edificado en el inmueble de manera tal que se ha convertido en otra cosa.

[226] FD 2.º (MP: Fernández-Cid de Temes; RJ 1994\3756).

de interesarle recibir la cosa mejorada [227]. Por eso, una adecuada ponderación de los intereses en conflicto conduce a dejar la decisión en el acreedor restitutorio; lo que plantea dos escenarios [228].

(aa) Al acreedor de la restitución le puede interesar, económica u organizativamente, recuperar el bien mejorado en su sustancia [229]. En ese caso, deberá prestar el incremento de valor que el bien ha experimentado, con arreglo a un criterio de valoración objetivo, pues el precio del contrato inicial no puede, por hipótesis, servir ya como referencia. La entrega por el acreedor del nuevo valor de la cosa se debe liquidar dentro de la propia restitución y compensar con su obligación de restituir el precio recibido (o la cosa, si fue una permuta). De primeras, esta opción puede parecer inconsistente con tratar las mejoras como un caso de pérdida de la cosa –punto de partida del análisis– y, sobre todo, con el objetivo ideal de recuperar el *statu quo ante*, en la medida de lo posible. Con todo, la posibilidad de que el acreedor de la restitución escoja recibir la cosa transformada (*rectius*, mejorada) no contradice tal ideal. Primero, porque el acreedor restitutorio compensa, en ese caso, el incremento de valor de la cosa mejorada («paga por ella»). Segundo, porque comparativamente el *statu quo ante* no se recupera mejor, imponiendo una restitución del valor, en cualquier caso, con independencia de lo que pueda interesar al acreedor restitutorio que, después de todo, no hizo la mejora. Y, tercero, porque esta solución al conflicto de intereses tiene perfecta cabida en la relación obligatoria restitutoria [230]: el acreedor puede decidir recibir una cosa diferente, de mayor valor; lo que se prohíbe es que el deudor le obligue a ello (cfr. art. 1166 I CC).

A la solución planteada siempre podría oponérsele que conduce a resultados disfuncionales, toda vez que el acreedor restitutorio podría aprovechar su facultad de elegir para perjudicar al deudor, si este realizó la mejora para incrementar específicamente su capacidad económica o empresarial (y el

---

[227] En este sentido, refiriéndose a la restitución resolutoria prevista en el artículo 82 CISG, Fountoulakis, 2019b, párr. 6.

[228] En un sentido similar, Clemente Meoro, 1998, pp. 534-535. No obstante, este autor plantea la posibilidad de optar del acreedor como una adaptación a la resolución por incumplimiento de un contrato traslativo de la propiedad de las reglas previstas en los artículos 453, 1518 2.º y 1652 I CC. También, desde el Derecho francés y refiriéndose al artículo 1163-3 del *Avant-Projet Catalá*, Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 807.

[229] Será el caso, desde luego, si el acreedor de la restitución –sabedor del estado mejorado de la cosa que recupera–, ya ha realizado un negocio de reventa de esta, antes de recibirla. Un buen ejemplo, fue el caso resuelto en *Greenwood* v. *Bennet* ([1973] Q. B. 195), citado por Atiyah, 1979, p. 768. Se trataba de un caso de reivindicación de un coche que el poseedor había comprado de buena fe a un ladrón, realizando importantes reparaciones en él. El propietario lo recupera y lo revende automáticamente, pues se dedicaba a la venta de coches. La corte le obligó a pagar las mejoras.

[230] *Supra*, Capítulo 6, III. 3.3.

acreedor es un competidor). Pero esta objeción se antoja un tanto artificiosa. Primero, porque presupone un abuso de derecho que, normalmente, no se dará, si se considera además que el acreedor tiene que afrontar tanto el pago del incremento de valor de la cosa mejorada (que, en la hipótesis de la objeción, será una cantidad cuantiosa) como los eventuales costes de transporte y desmontado de esta; asimismo, si la mejora incluye derechos de propiedad industrial o secretos empresariales, el coste de obtenerlos vía licencia en la restitución no será menor. Segundo, porque tratándose de una mejora específicamente realizada para el deudor restitutorio, obtenerla no aprovechará, normalmente, al acreedor, aunque sea competidor. Tercero, porque el riesgo de realización de la mejora sigue estando del lado del que la acomete.

Como fuere, dar al acreedor restitutorio la posibilidad de recuperar la cosa mejorada, pagando por ello, no significa que este escoja siempre esa posibilidad. Lo normal será, de hecho, que no lo haga, y que prefiera obtener el valor de la cosa antes de la mejora, como si de un caso de pérdida física se tratase.

(bb) En efecto, la segunda posibilidad es que el acreedor de la restitución puede no querer o no estar en condiciones de abonar el incremento de valor del bien transformado. En ese caso, la restitución se canaliza como un caso de pérdida del bien que obliga al deudor restitutorio –que soporta el riesgo de pérdida– a prestar el valor de la cosa antes de perderse, esto es, antes de que fuese transformada y mejorada (arts. 1307, 1314 I y 1488 CC). A cambio, el deudor restitutorio retiene el bien mejorado.

A esta segunda opción se le puede achacar que el deudor de la restitución podrá no tener liquidez necesaria para afrontar la restitución del valor de la cosa antes de la mejora. No obstante, el reproche pasaría por alto que las partes en un contrato –y en este caso nuestro acreedor restitutorio– asumen el riesgo de insolvencia de su contraparte en la relación. La objeción omitiría también que, por hipótesis, el mejorante podrá siempre enajenar la cosa mejorada en el mercado para obtener la liquidez necesaria; y que podrá hacerlo con mayor facilidad que el otro contratante.

En los dos escenarios planteados, el acreedor de la restitución decide, bien si recupera la cosa mejorada, bien si prefiere que el deudor le abone el valor. Esta posibilidad se compadece, insisto, con que el riesgo de «pérdida por transformación» está del lado de quien realiza la mejora.

La STS, 1.ª, 25 de noviembre de 2016[231] puso fin a un caso precioso. Se trataba de un contrato de permuta de distintas fincas *rústicas*, celebrado entre el

[231] MP: Seijas Quintana; RJ 2016/5657.

Ayuntamiento de Agüimes y D. Víctor. El contrato se resolvió, por incumplimiento del Ayuntamiento. El problema estaba en que el Ayuntamiento había edificado un auditorio de música en la finca recibida en permuta. En este sentido, para la resolución, el Ayuntamiento interesaba no ser condenado a restituir *in natura*, sino solo a restituir el valor del terreno recibido a la fecha de la permuta (en total, unos 57.500 euros). El Juzgado de Primera Instancia ordenó la restitución recíproca de las fincas recibidas por D. Víctor, así como que el Ayuntamiento restituyese el valor. Entendía que existía imposibilidad de restitución *in natura*, por haberse transformado las fincas. Recurrida en apelación por D. Víctor, la Audiencia estimó el recurso. La solución es interesante. En aplicación del artículo 361 CC (accesión invertida) –que no se había ejercitado como acción–, la audiencia consideró que D. Víctor podía optar entre *(i)* que el Ayuntamiento le restituyese el valor del terreno, valorado en el momento presente; o *(ii)* recibir la finca con el auditorio, abonando el valor de la plusvalía, si D. Víctor decidía quedarse con las fincas. La Sala 1.ª del TS estimó el recurso de casación del Ayuntamiento (FD 3.º). Consideró que la Audiencia había complicado innecesariamente las cosas, introduciendo la accesión invertida, y confirmó el fallo del juzgado en aplicación de los artículos 1303 y 1307 CC. Además, rechazó cualquier posibilidad de valorar el terreno conforme a un precio actualizado, porque no se pactó eso en el contrato en caso de imposibilidad de restitución *in natura*. En la decisión del caso debió pesar, como la propia Sala 1.ª advierte, el hecho de que, de haberse admitido la solución de la Audiencia, D. Víctor se podría haber quedado con un bien de dominio público, si hacía efectiva esa opción.

En el caso extractado, la Audiencia apunta bien, al ofrecer al acreedor de la restitución la posibilidad de elegir. El problema es que la fundamentación normativa de esta opción la construye con base en la accesión invertida [232], que no había sido planteada. El TS, por su parte, trató el caso como uno de pérdida normal, y aplicó la restitución del valor. De acuerdo con lo aquí expuesto, la solución habría consistido en una mezcla de ambos enfoques. Se debería haber permitido a D. Víctor escoger entre que *(i)* se le restituyera el valor del terreno *antes* de la transformación (es decir, antes de su recalificación a suelo urbano y la edificación del auditorio); o *(ii)* «adquirir» el terreno con el auditorio, abonando el valor actual de este (lo que probablemente le habría desincentivado).

[232] Es la solución a la que llega, para las mejoras que alteran por completo la sustancia de la cosa, y no sin dudas sobre la aplicación del régimen posesorio del artículo 453 CC, Plana Arnaldos, 2002, pp. 316-317.

(d) *Se restituye el valor de la cosa, no los gastos (ni el ahorro)*

Si el acreedor restitutorio no desea recibir la cosa mejorada, el deudor restituye el valor de la cosa antes de la mejora (valor al tiempo de la «pérdida por transformación»). En cambio, si al acreedor restitutorio le interesa recibir la cosa mejorada, tendrá que abonar el *nuevo valor* de la cosa que recibe mejorada; y no el coste que la mejora haya supuesto para el deudor de la restitución. Es decir, tendrá que pagar por readquirir el bien. Con ello, se da a la cuestión una solución coherente con la relación obligatoria de restitución.

> Ejemplo. A y B realizan una compraventa de un avión *Airbus* para aviación civil por un importe de 100, de los que B adelanta 25 como compradora. Especializada en la fabricación y trasformación de aviones, B convierte el avión en uno militar, adaptado a la última tecnología. El *know-how* de B permite la modificación del avión con una inversión de 80. Transformado, el valor del avión militar en el mercado pasa a ser de 300. Además, si A hubiera tenido que realizar esa misma modificación, habría incurrido en gastos por importe de 90. El contrato fracasa por incumplimiento de B, abriéndose la restitución recíproca de las prestaciones. Suponiendo que a A (acreedor de la restitución) le interesase recibir el avión militar transformado, este tendrá que abonarle a B (deudor de la restitución) el nuevo valor (300); y no el importe de gastos útiles (90). Tampoco el importe de los gastos ahorrados por A (10). Esta suma se compensará con el importe del precio total o parcialmente pagado por B (25). Por tanto, A tendrá que abonar 275 por obtener el avión.

Lejos de ser una precisión baladí, evaluar las mejoras como una «pérdida por transformación» evita que el acreedor de la restitución termine restituyendo en la medida del enriquecimiento (ahorro de gastos). También se evita convertir al reembolso de mejoras en una suerte de indemnización de daños, que es la solución que se desprende del artículo 453 II CC o del 1518 2.º CC, cuando conceden la posibilidad de reembolsar el importe de los gastos. Este enfoque permite todavía conjurar las complicaciones de ofrecer al acreedor restitutorio la posibilidad de optar entre abonar el gasto a quien lo hizo o liquidar el incremento de valor de la mejora (la solución del art. 453 II CC)[233]. En fin, de este

[233] Conclusión a la que llega Basozabal Arrue, 2014, p. 514. Le sigue, Soler Presas, *ADC*, 2018, p. 1265. No obstante, esta autora defiende optar entre el valor de la cosa y el gasto *en que incurre* el deudor; y critica el criterio del ahorro de gastos del acreedor al referirse a la propuesta de Bech Serrat *[supra*, 2.3 (c)], porque lo considera «*un parámetro incierto, hipotético, luego en absoluto operativo*», el cual plantea además el problema de qué hacer «*cuando su importe exceda el incremento de valor objetivo de la cosa o el del coste efectivo de la mejora*» (p. 1267). Bien es verdad que técnicamente no es lo mismo el gasto en que incurre el deudor que realiza o encarga la mejora que el gasto que se haya podido ahorrar el acreedor. No obstante, desde una perspectiva operativa y de medición del enriquecimiento, la distinción se antoja excesivamente teórica; se puede partir de que el gasto ahorrado por el acreedor restitutorio será

modo se supera también el complicado sistema actual francés, que piensa en el enriquecimiento al abordar esta cuestión, y limita el abono de las mejoras útiles al incremento de valor de la cosa, estimado al día de la restitución[234].

(e) *Mejoras e incapaces*

Si el contrato se anula por la minoría de edad o la discapacidad de una de las partes y este contratante realizase alguna mejora sobre el bien adquirido que alterase su sustancia, los artículos 1304 y 1314 II (y III) CC no resultan de aplicación. Estas normas buscan protegerle de su inexperiencia o descuido, evitándole tener que restituir el valor del bien que recibió[235]. Como se vio, el beneficio restitutorio concedido aquí solo opera en caso de pérdida, y no siempre, sino solo «hacia abajo», es decir, cuando el menor o la persona con discapacidad hubieran perdido, consumido o enajenado por debajo de su valor el bien a restituir (no, si se enriqueció, por ejemplo, si revende la cosa a un mejor precio del aquel por el que compró). Pues bien, lo mismo ha de operar para las mejoras. De lo contrario, si el menor o la persona con discapacidad realizasen mejoras en la cosa que tienen que restituir, una aplicación de los artículos 1304 y 1314 II (y III) les obligaría a restituir en la medida de su enriquecimiento y, por tanto, a devolver el bien sustancialmente mejorado a cambio del mismo precio que pagaron.

De otro lado, si el menor o la persona con discapacidad es el acreedor de la restitución –porque vendió el bien que luego se restituye sustancialmente mejorado– su posición debe ser la misma que la de cualquier acreedor restitutorio en el sistema planteado: pueden escoger entre abonar la mejora, si les conviene, o decidirse porque se le restituya el valor. De lo contrario, si se dijese que deben restituir el valor de las mejoras en la medida de su enriquecimiento[236], el menor o la persona con discapacidad quedarían peor tratados que el acreedor restitutorio en el régimen general.

---

objetivamente el gasto en el que ha incurrido el deudor restitutorio, salvo que este demuestre que podría haber obtenido la mejora a menor coste.

[234] Se trata del artículo 1353-5 CCfr que se ha visto *supra*, Capítulo 4, III. 5.2. Al interpretarlo, los autores entienden que se basa en el enriquecimiento y que se reembolsa el menor valor de entre los gastos mismos y el incremento de valor procurado al bien (Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 18).

[235] *Supra*, Capítulo 6, IV. 2.

[236] Como parece proponer, si bien de un modo algo críptico y echando mano del artículo 1304 CC solo a efectos argumentales, Bech Serrat, 2015, p. 400.

(f) *Las mejoras frustradas*

No son reembolsables las inversiones del deudor en la cosa con el propósito de incrementar su valor, transformándola, pero que fracasan; tampoco aquellas otras que sí se materializan, pero que ya no existen (económicamente) al momento de la restitución (por ejemplo, piénsese en un terreno adquirido para construir un edificio que, tras su construcción, resulta inhabitable debido al estado del suelo). Es lógico, porque el acreedor no recibirá un bien sustancialmente mejorado y porque, como se ha apuntado, no se restituyen los gastos en los que el deudor incurrió sino el incremento de valor. Si se reembolsasen estos gastos, las mejoras terminarían convertidas en una especie de indemnización de daños, ajena a los postulados de la restitución contractual [237].

3.2 La restitución de los frutos de la cosa mejorada

Un enfoque habitual en los comentaristas europeos explica las mejoras como una contrapartida de la restitución del valor de uso de la cosa o los frutos [238]. Pero se trata de una correlación desafortunada tanto para las mejoras útiles que no transforman la cosa como para aquellas –más problemáticas y tratadas aquí en profundidad– que sí lo hacen. Para las primeras, el uso que el deudor de la restitución haya podido hacer de la cosa tras la mejora se deberá, precisamente, a ella, y no tiene nada que ver con el uso que, en su caso, hiciera o hubiese podido hacer del bien inicialmente entregado. Para las segundas, se debe partir de que la cosa se transforma, con la mejora; y que, si el acreedor de la restitución decide readquirirla con la mejora, el problema es distinto.

Cuando el acreedor de la restitución recibe una cosa transformada con la mejora, surge la cuestión de los llamados *fructus meliorationis.* Es decir, si el acreedor restitutorio tiene derecho a percibir los frutos de la *nueva cosa*, que adquiere por medio de la restitución. Los frutos percibidos con la cosa mejorada podrán ser superiores a los que se obtuvieran con la cosa inicialmente prestada (por ejemplo, los frutos que se pueden obtener con el terreno vendido no serán los mismos que los que se pueden alcanzar con el edificio que en él se construya, si se alquila). Con buen criterio, se ha advertido que,

[237] En este sentido, Rodríguez Rosado, 2013, p. 238. También, desde el Derecho uniforme, Sirena, *ERPL*, 2011, p. 1000.

[238] Hellwege, 2018d, p. 1418.

en general, se debe rechazar (o reducirse significativamente) la restitución de los frutos de las mejoras en la liquidación del estado posesorio (art. 453 CC); ello salvo que en el curso normal de las cosas estuviera que la mejora se hubiera producido igualmente estando el bien en manos de su legítimo propietario [239].

Esta respuesta –lógica para la reivindicación y justa para con el poseedor que pierde la cosa– no es la que se debe dar a la restitución contractual, porque el supuesto no es el mismo. Solo desde una concepción de la restitución contractual todavía no separada de las normas de liquidación del estado posesorio, como es la francesa, se puede llegar a una solución idéntica [240]. En la construcción que defiendo, si el acreedor de la restitución decide abonar el valor de la cosa transformada por las mejoras –y, por tanto, (re)adquirirla así en la restitución–, tendrá derecho a los frutos de esta desde que nace la obligación de entregarla (arts. 1095 y 1468 CC). Es decir, desde que se produce la desvinculación y se abre la relación obligatoria restitutoria. En este contexto de readquisición de la cosa, tiene sentido que, si el acreedor de la restitución ha de abonar el nuevo valor de la cosa mejorada, se tengan en cuenta estos *fructus meliorationis* [241], como en cualquier otra transacción [242].

4. La restitución de mejoras en contextos distintos de la compraventa

Hasta ahora me he referido a los contratos traslativos de la propiedad (compraventa y permuta) para evaluar el problema de las mejoras en la restitución contractual.

---

[239] Véase Carrasco Perera, *ADC*, 1988, pp. 43-44.

[240] Con anterioridad a la reforma destaca el caso resuelto (y tratado *supra*) por la SCC, *Chambre civile*, 20 de junio de 1967, *Bull. Civ*. I, n.º 227. Según los hechos, se había vendido un terreno sobre el que el comprador habría construido un edificio que se dedicó a alquilar. Al declararse la nulidad de la venta, se condenó al comprador a restituir los alquileres, como frutos civiles, pero solamente en la proporción que estos representaban sobre el valor del terreno en relación con el edificio. Tras la reforma, los autores franceses siguen dando por buena esta solución, sobre la base de esta sentencia. Así, Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2017, p. 393, n. 46; Mignot, *Petites Affiches*, 2016, p. 19, n. 46; Deshayes, Genicon y Laithier, 2018, p. 819.

[241] Guelfucci-Thibierge, 1992, p. 467 considera que el acreedor de la restitución no debe tener derecho a percibir los frutos derivados de una mejora; y se inclina por una restitución de los frutos de la cosa a prorrata según el tiempo en que esta se tuvo en su estado original por el deudor y el tiempo en que se tuvo mejorada. No obstante, esta aproximación que rechaza la restitución de los frutos derivados de la mejora se antoja algo inconsistente con el hecho –ampliamente reconocido por la misma autora; p. 466– de que el acreedor de la restitución está obligado a compensar la mejora. Si esto es así, si tiene que pagar por la mejora, ¿por qué negarle, entonces, los frutos de esta?

[242] En similar sentido, desde el Derecho francés, véase Malaurie, 1991, pp. 177-181.

4.1 Contratos de cesión de uso

En contratos de cesión de uso (por ejemplo, un arrendamiento), el arrendatario puede haber mejorado la cosa arrendada. A diferencia de lo que ocurre en la restitución de contratos traslativos de la propiedad, estas mejoras se realizan siempre sobre cosa ajena.

> Fue el caso de la STS, 1.ª, 14 de junio de 1976[243], en un supuesto de restitución derivada de nulidad, (aunque por simulación absoluta), de un arrendamiento en forma de aparcería y de cesión de tierras para la plantación de un olivar durante un periodo de 12 años. Las tierras las arrendaba, como poderdante, el marido de la dueña al esposo de su sobrina. El matrimonio arrendador no tenía descendencia y, al fallecer la propietaria de las tierras, su hermano formuló demanda contra el arrendatario interesando la nulidad del arrendamiento por simulación. La razón era que el contrato de arrendamiento no tenía otro objetivo que el de reducir la contribución a satisfacer a la Administración tributaria, privando temporalmente de la disponibilidad de los bienes al heredero, en favor de los demandados. La nulidad por esta causa se apreció en todas las instancias. La Sala 1.ª del TS se ocupó de la restitución y aplicó la regla del artículo 361 CC, sobre construcción en suelo ajeno, a favor del arrendatario, que había construido una cabaña; ello como complemento al artículo 1303 CC, que consideraba de aplicación. De este modo, el arrendador solo pudo hacer suya la obra a cambio de indemnizar los gastos que el arrendatario había invertido en el terreno, por ser considerado de buena fe a los efectos del artículo 453 CC; en caso contrario –razonó el TS– se habría producido un enriquecimiento injustificado a favor del propietario del terreno. La buena fe del arrendatario se basaba en la presunción general de buena fe.

¿Tiene sentido la solución alcanzada por la Sala 1.ª? A mi juicio, no. La realización de mejoras en contextos de arrendamiento se puede articular ligeramente con las reglas posesorias. En el caso resuelto por la sentencia extractada, se concedió al arrendatario el reembolso de los gastos útiles, porque era de *buena fe* respecto a la posesión arrendaticia de las tierras, y habida cuenta de la larga duración inicialmente pactada del arriendo. Pero creo que se debe rechazar una compensación al arrendatario –o a quien devuelve una cosa en el marco de un contrato de cesión del uso de esta– por las mejoras que introduzca. Tales mejoras –repárese– no podrán alterar, por lógica, la propia esencia de la cosa cuya posesión se devuelve (art. 1555 2.º CC).

En el arrendamiento, la entrega de la cosa no representa una prestación principal del arrendador, que es ceder el uso durante un tiempo determinado. Desde el principio, el arrendatario sabe que opera sobre un bien que no es de

[243] MP: Beltrán de Heredia y Castaño; Roj: STS 50/1076.

su propiedad, cuya esencia debe respetar (art. 1555 2.º CC), y cuya posesión tendrá que devolver en algún momento, en el mismo estado en que la obtuvo (art. 1561 CC). Esto explica que, en general, no se le conceda un derecho de restitución sobre las mejoras (cfr. art. 1573 CC), salvo que se trate de mejoras necesarias cuya realización anticipe. Estas últimas corresponden al arrendador (arg. arts. 1554 2.º CC, 21.1 LAU, 18 y 19 LAR).

La excepción a este resultado vendrá cuando la realización de mejoras se prevea en el contrato [244] o sea confirmada, después, por el propietario. Así se deduce del artículo 20.4 LAR 2003 [245] y, en menor medida, del artículo 23.1 y 2 LAU [246]. Traducido al lenguaje de la liquidación posesoria, esto significa que el arrendatario que mejora con consentimiento del arrendador es *de buena fe*. Junto a lo anterior, el reembolso del importe de las mejoras debe admitirse, si el arrendamiento termina anticipadamente por una causa imputable al arrendador, la cual impida al arrendatario rentabilizar las mejoras realizadas en previsión de la duración pactada (cfr. art. 9.3 LAU) [247].

Si las mejoras no se realizan bajo alguno de estos dos presupuestos, el arrendatario que las realiza es «de mala fe», dentro de la lógica de la liquidación posesoria; y no tiene derecho a que se le reembolsen. En efecto, la temporalidad de la posesión arrendaticia hace que, si no cuenta con autorización previa (o no se confirma después), las realice a su riesgo, porque al arrendador pueden no interesarle [248].

---

[244] En este sentido, para el Derecho alemán, Kohler, 1989, pp. 466-467. En el Derecho español, esto se correspondería con el arrendamiento *ad meliorandum*, en el que el propietario cede el uso temporal de un bien a cambio de que el arrendatario lo rehabilite. En ese caso, las mejoras revierten en beneficio del propietario al final del contrato, beneficiándose a cambio el mejorante de la explotación económica del bien durante la duración del contrato. Sobre esta modalidad, a propósito de la STS, 1.ª, 14 de marzo de 1998 (MP: Morales; RJ 1998/2145), véase Fenoy Picón, *CCJC*, 1998, pp. 1075-1096.

[245] «*Finalizado el contrato de arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a pedir una indemnización al arrendador por el aumento del valor de la finca arrendada por las mejoras realizadas, siempre que éstas se hayan efectuado con el consentimiento del arrendador*».

[246] «*1. El arrendatario no podrá realizar sin el consentimiento del arrendador, expresado por escrito, obras que modifiquen la configuración de la vivienda o de los accesorios a que se refiere el apartado 2 del artículo 2. En ningún caso el arrendatario podrá realizar obras que provoquen una disminución en la estabilidad o seguridad de la vivienda. 2. Sin perjuicio de la facultad de resolver el contrato, el arrendador que no haya autorizado la realización de las obras podrá exigir, al concluir el contrato, que el arrendatario reponga las cosas al estado anterior o conservar la modificación efectuada, sin que éste pueda reclamar indemnización alguna*».

[247] Véase Basozabal Arrue, 2014, pp. 490-491 y 493-494. Este autor rechaza aplicar las normas posesorias a la restitución de mejoras en el arrendamiento y considera que deben reembolsarse al arrendatario las mejoras necesarias en la cosa; respecto a las mejoras útiles y el resto de las mejoras que incrementan el valor de la cosa, estima que se pueden restituir si así se hubiera pactado o si no se hubieran amortizado en relación con la duración del tiempo del arriendo (pp. 507-508).

[248] Véase Basozabal Arrue, 2014, pp. 507-508; Díez-Picazo y Ponce de León, 1987, pp. 131-132.

4.2 Las mejoras en contratos de obra

En un contrato de arrendamiento de obra, la realización de mejoras es la prestación principal a la que muchas veces se obliga el contratista [249]. Por esta razón, las mejoras que se realizan en esos contextos no son restituibles como tales. Salvo que el contrato indique otra cosa, ese riesgo es del contratista [250].

Solo cuando el contrato finaliza antes de tiempo, es decir, antes de que el contratista culmine la obra que se le encargó, tiene este derecho a una indemnización por sus gastos, trabajo y utilidad que la obra le pudiera reportar (art. 1594 CC). Pero esto no es un reembolso adicional, como sucede en las mejoras que aparecen en la restitución de contratos traslativos de la propiedad. Sorprende, por ello, que los tribunales hayan recurrido, en el pasado, al esquema del artículo 1303 CC, combinado con las reglas sobre el enriquecimiento, para ventilar supuestos que trataban sobre el incumplimiento de contratos de obra y el pago por el dueño de las mejoras realizadas; y no tanto sobre la desvinculación propiamente dicha [251].

Por fortuna, el TS ha rechazado últimamente esta clase de pretensiones, tanto en lo que alude a acciones directas y pretensiones de enriquecimiento impuesto contra terceros ajenos al contrato [252] como a la desvinculación de contratos asimilables al de obra [253].

---

[249] De nuevo, Kohler, 1989, p. 509.

[250] Basozabal Arrue, 2022, pp. 72-74.

[251] Fue el caso resuelto por la STS, 1.ª, 8 de marzo de 1976 (MP: Calvillo Martínez; Cendoj Roj: STS 1255/1976), ya citada (*supra*, Capítulo 6, VI. 2.1). Se había celebrado un contrato de obra entre el actor, arquitecto, y los demandados, en cuya virtud el primero se comprometía a convertir la finca de los segundos en un terreno urbano residencial y turístico. Es decir, se convino la urbanización de la finca. El contratista pagó entonces por los proyectos técnicos de arquitectura y realizó en la finca las obras pertinentes a su costa, que fueron terminadas. Sin embargo, la edificación al parecer se llevó a cabo sin autorización administrativa y sin un plan previamente aprobado; también por no estar las obras técnicamente dirigidas. En total, el contratista invirtió en las obras unos 6 millones de pesetas, de los cuales solo fueron abonados por los dueños 300.000 pesetas. En su demanda, reclamaba el pago de esas cantidades. El contrato de obra fue declarado nulo por el juzgado de primera instancia, aunque sin determinarse exactamente por qué. La sentencia del TS habla de una suplantación de la identidad de los dueños de la obra, cuya firma habría sido suplantada. Los demandados se acogieron, pues, a una supuesta inexistencia del contrato y a la ilicitud causal de este para rechazar el pago de las cantidades exigidas por el contratista, así como para oponerse a una restitución de prestaciones con base en el artículo 1303 CC que habría sido ordenada por el juzgado, porque la nulidad era imputable al contratista exclusivamente (art. 1306 CC). Sin embargo, la Sala 1.ª del TS consideró aplicable el artículo 1303 CC e impuso una obligación del pago de la obra a cargo de los demandados, sobre la base de la doctrina del enriquecimiento injusto.

[252] STS, 1.ª, 25 de junio de 2009 (MP: Montés Penadés; RJ 2009/6454). Se habían realizado unas construcciones en el terreno del propietario al amparo de un contrato de obra, quebrando la sociedad que las había encargado, y sin abonar el precio de dicha obra. El terreno fue ejecutado y pasó a propiedad del acreedor hipotecario de la dueña de la obra. El TS rechazó la pretensión de la contratista, basada en la *condictio.*

[253] STS, 1.ª, 18 de octubre de 2011 (MP: Gimeno-Bayón Cobos; RJ 2012/421). Se había celebrado un contrato por el cual B se obligaba *(i)* a realizar la plantación de unos almendros en la finca de A con una

4.3 Las compensaciones por clientela

Ante el desistimiento unilateral de un contrato de agencia o distribución en exclusiva, se ha considerado que el incremento de la clientela constituye una mejora que revierte a favor del concesionario y que se restituye en aplicación de las reglas del enriquecimiento y la *condictio* por impensas [254]. Este razonamiento ha sido anticipado por alguna jurisprudencia sobre la base de la aplicación analógica del artículo 28 LCA, el artículo 1258 CC y la equidad [255]. Sin embargo, el fundamento de la indemnización por clientela tampoco radica en la idea de que hay un enriquecimiento injusto a evitar, producido por una mejora [256]. La indemnización tiene más que ver con el sinalagma prestacional del contrato [257] –de agencia o de distribución–, en cuyo marco el agente y/o distribuidor se compromete a incrementar el volumen de operaciones del concedente. Por eso, si al término de la relación el concedente recibe una cartera de clientes notablemente superior, no debería haber razón alguna para compensar esas «mejoras», fuera de los casos en que una norma así lo prevea, por razones de política legislativa y de equilibrio entre los contratantes [258].

Distinto sería el caso en que se produce una extinción anticipada del contrato de agencia o distribución por denuncia del concedente de la exclusiva (art. 29 LCA). En ese caso, la compensación gana sentido, como indemnización,

---

determinada densidad (siempre que fuere rentable) y en un periodo de dos años; *(ii)* a ejecutar un sondeo o pozo para regadío; y *(iii)* a reparar una construcción ubicada en la finca. A cambio, B recibiría en propiedad la mitad de la plantación realizada, del edificio reparado y del agua que pudiera obtenerse. Al parecer, B incumplió sus obligaciones contractuales y el contrato se resolvió, restituyéndose la finca a A. En su contestación a la demanda, B reclamaba, entre otras cosas, una compensación por gastos de explotación, sobre la base de una *condictio* por expensas. En lo que interesa, la sentencia de primera instancia condenó a A al abono de dichos gastos, lo que fue rechazado por la Audiencia en apelación, por no considerarlos justificados debidamente. En este sentido, condenó a B a arrancar los almendros y a desmantelar la balsa de agua existente en la finca, por carecer de utilidad. El TS rechazó la *condictio* con el argumento de que «*la inversión realizada por la recurrente respondía al cumplimiento de un contrato, por lo que no son de aplicación las reglas del enriquecimiento sin causa, sino las del contrato*» (FD 6.º [56])

[254] Así, Orozco Muñoz, 2015, p. 219.

[255] Ejemplo de ello para la agencia es la STS, 1.ª, 16 de mayo de 2007 (MP: Xiol Ríos; RJ 2007/4616). Se trataba de un contrato de agencia denunciado unilateralmente por el empresario sin respetar el plazo de aviso (art. 25 LCA). El agente reclamaba que se le indemnizase por clientela *ex* artículo 28 LCA. El TS estimó esta pretensión sobre la base de la *condictio* por impensas y, en definitiva, del enriquecimiento sin causa. Para un contrato de distribución en exclusiva, la STS, 1.ª, 15 de enero de 2008, FD 4.º (MP: Marín Castán; RJ 2008/1393) estimó que el principio de nuestro ordenamiento jurídico favorable a la indemnización por creación de clientela es aplicable a los contratos carentes de regulación legal; y sitúa la base de la compensación en «*la idea subyacente de un enriquecimiento injusto que se produciría en los supuestos de que la clientela creada con el esfuerzo del agente fuera aprovechada por el concedente o principal*».

[256] Así, Martínez Sanz, 1995, pp. 92 y ss. No obstante, Carrasco Perera, 2017, sec. 22/50.

[257] Basozabal Arrue, 2014, pp. 494 y ss.

[258] Véase *ibid.*, pp. 499 y ss. No obstante, el autor considera que las mejoras en contratos de agencia o de distribución en exclusiva se restituyen sobre la base de la *condictio* de prestación.

si el empresario la sigue aprovechando y el agente o el concesionario pierden comisiones, volumen de negocio con los que contaban (cfr. art. 28 LCA), o no terminan de rentabilizar toda la inversión efectuada como consecuencia del contrato de distribución o de agencia (cfr. art. 1594 CC)[259]. Pero, como sucede en los gastos hechos sobre la cosa arrendada que se tiene que devolver anticipadamente por culpa del arrendador, el fundamento no tiene que ver con las mejoras ni con el enriquecimiento injustificado.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1. El tratamiento de los frutos e intereses, como partidas secundarias de restitución, debe realizarse de manera autónoma, y sin referencia a las normas de liquidación del estado posesorio. Estas normas presuponen una restitución unilateral contraria a la relación obligatoria restitutoria, pues diferencian entre el estatus de los intervinientes en la restitución e introducen un elemento que altera la neutralidad de esta institución.

2. Ni los frutos percibidos, de los frutos debidos percibir, ni la restitución de un valor objetivo que aproxime el importe de los frutos resulta aconsejable para identificar los frutos en la restitución contractual. Los frutos efectivamente percibidos chocan con la vuelta al *statu quo ante*, pues conducen a una restitución de las ganancias obtenidas por el deudor de la restitución. Excepcionalmente, cabe admitir la restitución de los frutos percibidos, si contribuyen a recuperar el *statu quo ante*. La restitución de los frutos debidos percibir (*fructus percipiendi*) y también el cómputo del valor de los frutos con arreglo a una medición objetiva se excluyen por su carácter indemnizatorio.

3. El valor de uso de la cosa es la principal partida secundaria de restitución, pues da una adecuada respuesta al paso del tiempo y contribuye a recuperar, en la medida de lo posible, el *statu quo ante*. Para evitar confundir la restitución del uso con una especie de indemnización del interés negativo, su cálculo se debe realizar a partir de la amortización (coste) temporal del bien. La amortización posibilita aproximar el uso que el deudor de la restitución ha obtenido del bien que restituye. Cuando se trata de dinero, esa misma operación debe hacerse teniendo en cuenta el interés legal, descontando el porcentaje correspondiente a la inflación en el periodo relevante.

---

[259] En este sentido, la STS, 1.ª, 16 de mayo de 2007 (MP: Xiol Ríos; RJ 2007/4616), citada. También, *ibid.*, pp. 497-499; Carrasco Perera, 2017, sec. 22/50.

4. Calcular el uso con la amortización se adapta mejor al concreto bien que se restituye, ya que no es lo mismo, por ejemplo, que el bien se adquiriese usado a que no; tampoco que fuera mueble o inmueble. Este enfoque permite también acompasar mejor el cálculo del valor, cuando la causa del fracaso del contrato afecta al equilibrio de la restitución.

5. El valor de uso también se debe aplicar en los casos de deterioro de la cosa a restituir, reduciendo su montante, en función de la productividad de la cosa tras el deterioro. Cuando el deterioro es debido al acreedor restitutorio (por vender una cosa con defectos, por ejemplo), también se restituye el valor de uso, calculado en función del precio de la cosa con el defecto y no del precio del contrato. Igualmente, en caso de pérdida, se debe restituir el valor de uso hasta ese momento. A partir de ahí se restituye el valor de uso del valor que se restituye en «sustitución de la cosa» (art. 1307 CC).

6. La otra gran partida secundaria de restitución son a las mejoras en el bien. Las mejoras pueden dividirse entre necesarias y útiles. En contra de la opinión mayoritaria, las mejoras *necesarias* no se reembolsan al deudor restitutorio, pues este soporta en general el riesgo de pérdida y deterioro fortuita o a él imputable. Además, la no restitución es coherente con que el deudor se pueda servir del bien durante el tiempo en que está en su poder, obteniendo unos frutos que no reintegra.

7. Ante la pregunta de si el deudor de la restitución tiene derecho que se le reembolsen las mejoras útiles, la doctrina española suele moverse en torno a dos coordenadas. Un grupo de autores prefiere que las mejoras no se restituyan en ningún caso, para lo cual encuentra apoyo en las normas condicionales y en la remisión de estas al usufructo (arts. 1122 6.º, 487 y 488 CC). Otros aluden a las normas de liquidación del estado posesorio que reconocen el reembolso de los gastos útiles al poseedor de buena fe (art. 453 II CC). El problema de estas posturas es que plantean una solución de «todo o nada»: o bien se reintegran las mejoras o no. Optar por una desatiende la contraria.

8. Desde el Derecho del enriquecimiento, así como desde algunos de los textos de armonización europeos (DCFR) o españoles (PMCC 2009) se ha propuesto que las mejoras solo se abonen al que las realiza, cuando suponen un enriquecimiento del que las recibe. Esta aproximación da un paso más hacia buscar un equilibrio de los intereses en conflicto. No obstante, el recurso al enriquecimiento soslaya que las mejoras pueden no interesar al acreedor (aunque le puedan enriquecer), pues puede no tener liquidez suficiente para abonarlas o carecer de espacio para albergar el bien mejorado. Esta visión conduce, además, al absurdo económico de que las mejoras reviertan a favor de quien puede no necesitarlas y, al mismo tiempo, se «expropien» a quien las realizó.

9. Las únicas mejoras útiles que plantean un problema restitutorio son aquellas que, además de incrementar el valor de la cosa a restituir, alteran sustancialmente su esencia, transformándola en otra. La solución a estas mejoras útiles pasa por tratarlas como un caso de pérdida de la cosa. A partir de aquí caben dos soluciones: *(i)* que el acreedor decida abonar el valor de la mejora, si le conviene; o *(ii)* que el acreedor rechace la mejora y abone el valor de la cosa al tiempo de mejorarse. Cuando se restituye la mejora (primera opción), se abona el valor de esta; no los gastos en los que se incurrió.

10. Fuera de los contratos de transmisión de la propiedad (se han analizado los arrendamientos, contratos de obra y las compensaciones por clientela), no acompañan demasiadas razones para reconocer un reembolso de las mejoras a las partes que las realizan, salvo que el reembolso esté previsto expresamente en la ley o el contrato.

SÍNTESIS DE LAS PRINCIPALES CONCLUSIONES DE ESTE TRABAJO

Estas son las conclusiones generales de la investigación. Al final de cada capítulo acompañan unas conclusiones parciales, más detalladas y referidas a su contenido. A ellas me remito.

Primera. Las bases históricas de la restitución contractual en caso de desvinculación (nulidad, rescisión y resolución) se explican a partir de la noción de la *restitutio in integrum* atécnica, según la cual las partes habían de ser repuestas en el estado antecedente al del contrato mediante una devolución recíproca de las prestaciones. Esta idea está presente –desde el Derecho romano clásico– en todos los expedientes y fuentes que se ocupan de determinar qué sucede cuando el contrato termina por alguna de esas causas. Gracias a ella, se puede explicar el sistema de restitución por desvinculación contractual de manera unitaria.

Segunda. Desde un punto de vista histórico, la restitución derivada de la desvinculación contractual no se explica por medio del enriquecimiento injustificado, el cual se empleaba para casos de imposibilidad de restitución (pérdida) o de ahorro de gastos. En sentido técnico, la expresión «enriquecimiento» venía referida al patrimonio del que restituye. Como institución, el Derecho de enriquecimiento se construye en Europa, por Savigny, gracias al sedimento de las *condictiones* romanas, la doctrina escolástica de la *restitutio* y la «obligación de restitución del dominio», de Grocio. Savigny refiere el enriquecimiento, ubicado en una *condictio* abstracta, a la restitución de atribuciones de tipo prestacional; lo que se incorporó al BGB, complicando las cosas y separando aquel sistema de la lógica de la *restitutio in integrum* recíproca. Ni en Francia ni en España se reconoció inicialmente una acción general de enri-

quecimiento. Solo en la restitución derivada de la nulidad por incapacidad se introduce, en ambos sistemas, una idea de enriquecimiento, cuya importancia es relativa.

Tercera. El Derecho alemán avanza hacia un acercamiento entre la restitución por nulidad y por resolución, fruto de la inadecuada canalización de la primera a través de los postulados del enriquecimiento injustificado y la *condictio* de prestación. Para los contratos de intercambio, rige una restitución secundaria de provechos en la que la restitución de los frutos *ex negotiatione* se antoja problemática. Por eso, gana terreno una restitución de las ventajas de uso, por medio de la depreciación. El problema es que este enfoque solo existe para la resolución. Y la misma diferencia en cuanto a la regulación se aprecia en la restitución de mejoras, solo comprendidas en las normas sobre la resolución; lo que exige de mucho trabajo dogmático. Para la nulidad por contratos ilícitos o inmorales, el Derecho alemán (§ 817 BGB) requiere también de una reducción dogmática de la norma. Este es el principal rasgo del sistema alemán: una descoordinación entre el estado legal de la cuestión y el doctrinal; ello con una jurisprudencia normalmente situada entre medias.

Cuarta. El *Code* francés no incorporó un sistema de restitución contractual por desvinculación. Ese hueco fue llenado por la doctrina y la jurisprudencia, que recurrieron a otras normas, como las de liquidación de estados posesorios o el pago de lo indebido. También acudieron a postulados más propios de la indemnización. Así construyeron, con todo, un régimen unitario que la modernización de 2016 vino a refrendar. Debe celebrarse. El problema de la nueva regulación es que está patrocinada, naturalmente, por todo el bagaje práctico y doctrinal anterior. Y lo mismo cabe decir de las interpretaciones de los juristas, criados bajo el (inexistente) sistema anterior. Esto hace dudar de que se haya alcanzado un régimen unitario para la restitución también en el terreno de lo material, y que el modelo francés ofrezca reglas convincentes para la restitución contractual por desvinculación.

Quinta. El Derecho europeo e internacional uniforme avanza hacia un modelo de restitución contractual unitaria, cuyo contenido material no se encuentra, sin embargo, bien definido. En este sentido, las soluciones concretas a cada problema restitutorio analizado en este trabajo son muy divergentes entre los ordenamientos. Este hecho justificaría una propuesta de regulación de la restitución por desvinculación contractual, que será acometida en el futuro.

Sexta. La verdadera separación que el Código reconoce es entre nulidad, en general, e inexistencia del contrato, por faltar algún requisito esencial. La nulidad que el Código recogió se corresponde con lo que hoy se ubica bajo la nulidad relativa. Por eso, la nulidad es unitaria materialmente y permite ex-

tender la idea de la *restitutio in integrum* recíproca a los otros expedientes de desvinculación (rescisión, resolución y desistimiento unilateral del consumidor), pues todos ellos reconocen ese mismo principio. De él, se deduce la idea de que la restitución por desvinculación se estructura a partir de una relación obligatoria restitutoria. El sentido de esa relación es recuperar el *statu quo ante*, habida cuenta de que la retroactividad de los expedientes de desvinculación es un dogma inalcanzable en la práctica, como consecuencia del paso del tiempo. La recuperación en la medida de lo posible del *statu quo ante* es el principio que informa sobre la restitución contractual. Esto explica que la restitución contractual sea incompatible con enfoques que la ubican en el enriquecimiento injustificado o que le imprimen un sentido indemnizatorio. La relación obligatoria restitutoria a partir de la noción de la *restitutio in integrum* recíproca, para cualquier expediente de desvinculación, abre la puerta a la construcción dogmática de un régimen unitario de restitución en Derecho español.

Séptima. La recuperación del *statu quo ante* mediante la restitución integral y recíproca de las prestaciones exige que esta tenga lugar *in natura*, devolviéndose lo intercambiado, aunque gracias a ello se corrija un mal negocio. En los contratos traslativos de la propiedad, cuando la restitución no puede tener lugar *in natura* se debe acudir a un reparto de riesgos, obligando al deudor de la restitución a devolver el valor que tenía la cosa perdida tanto si *(i)* esta se pierde por un caso fortuito como si *(ii)* se perdió por una causa a él imputable. La regla de restitución del valor se aplica a la restitución de cosas genéricas, si bien se puede reemplazar la restitución del valor por el *tantundem*; o cuando la restitución *in natura* es inexigible al deudor de la restitución.

La regla general de restitución del valor se excepciona cuando al acreedor de la restitución le es imputable la pérdida de la cosa, cuando este incurre en mora y la cosa se pierde después en manos del deudor de la restitución por un caso fortuito. En este caso, el deudor de la restitución recupera el precio pagado sin devolver nada a cambio, como no sean los restos de la cosa (enriquecimiento restante).

Acudir a la causalidad hipotética para alterar la regla general de reparto de riesgos no es recomendable. Como tampoco es recomendable aplicar a la restitución contractual el beneficio de la diligencia *quam in suis* a favor del deudor de la restitución, salvo para el desistimiento del consumidor en contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

Cuando la nulidad procede de la falta de capacidad del menor o la persona con discapacidad, la restitución en la medida del enriquecimiento (art. 1304 CC) se debe reconducir a la pérdida de la cosa a restituir. En ese caso, siendo deudores restitutorios, el menor o la persona con discapacidad

quedan liberados de la restitución del valor, y se les protege. Interpretado juntamente con el artículo 1314 II CC, la protección al menor o persona con discapacidad debe conducir a liberarles del riesgo de pérdida culpable de la cosa –no del riesgo de pérdida fortuita–, pues ese es el sentido de la nulidad por causa de incapacidad. Así, se les protege. Por eso, se debe criticar el sentido de la reforma operada por la Ley 8/2021.

Cuando el deudor de la restitución tiene que restituir el valor, este se debe medir según un valor objetivo de mercado –que podrá ser el precio del contrato, si se encuentra equilibrado–, calculado al momento de la pérdida. El *c. repre* o *ex n*, pueden ayudar, si se corresponden con este valor. Tratándose de la restitución del precio, la regla general es la restitución de la misma cantidad entregada, en aplicación del principio nominalista; lo que se extiende a los contratos celebrados en divisa extranjera. Ni siquiera en contextos de hiperinflación se escapa del nominalismo, salvo que intervenga el legislador. La excepción opera en los casos en que el acreedor de la restitución *de la cosa* corre con el riesgo de su pérdida.

En contratos de cesión de un uso, como el arrendamiento, la restitución integral y recíproca que permite recuperar el *statu quo ante* en la medida de lo posible se canaliza a través de una compensación de las prestaciones intercambiadas (uso y rentas), si el contrato estaba equilibrado (art. 1547 y 1307 CC). Cuando no lo está, y el desequilibrio es imputable a una de las partes, esta tiene que realizar un ajuste restitutorio, para restituir el valor objetivo del uso *(i)* devolviendo lo que cobró de más (arrendador), *(ii)* o lo que pagó de menos. El mismo esquema se reproduce en los contratos de servicios (arts. 9.2 ET y 1307 CC) y de suministro de bienes consumibles; no así en contratos de ejecución diferida en el tiempo, cuya prestación no es divisible.

La neutralización de la restitución en caso de nulidad por ilicitud o inmoralidad de la causa es un supuesto especial de alteración restitutoria que se debe reducir a los supuestos en que *o bien* una parte encarga a otra la realización de una prestación ilícita o inmoral (art. 1306 1.º CC); o bien alguien es víctima de un chantaje o una extorsión (art. 1306 2.º CC). En el resto de los casos de ilicitud causal, la restitución se canaliza a través de las reglas comunes (arts. 1303, 1307, 1308 y 1314 I CC).

Las partes pueden llegar a acuerdos sobre la restitución, con límites, si al acreedor restitutorio le es imputable la pérdida de la cosa; y salvo que exista un contexto de protección (al menor o persona con discapacidad; o al consumidor en el desistimiento).

Octava. Según el sistema español de transmisión de la propiedad, el solo hecho de la desvinculación no trae consigo, por sí mismo, una recupera-

ción automática de la propiedad por el acreedor de la restitución. Es necesaria una reentrega traslativa de las prestaciones, dentro de la relación obligatoria de restitución (eficacia *ex tunc*, pero obligacional). En los casos en que el deudor de la restitución entra en concurso de acreedores, la desvinculación no impide que el bien quede en propiedad de la masa activa, ni permite el ejercicio de un derecho de separación. Si el bien a restituir es objeto de un embargo, este se trabará como un bien propiedad del deudor de la restitución ejecutado. El acreedor de la restitución no podrá ejercitar la tercería del dominio, salvo que el embargo sea posterior a la desvinculación.

La doctrina del *ius ad rem* da sentido a que la eficacia retroactiva de la restitución contractual sea meramente obligacional. El acreedor podrá excepcionalmente dirigir su acción restitutoria contra los terceros, cuando estos son de mala fe. Si el acreedor puede ejercer la acción de restitución, no hay pérdida jurídica. Así se da también una respuesta equilibrada a la situación del acreedor restitutorio en los casos de concurso o de embargo.

Novena. La restitución de las prestaciones secundarias en los contratos traslativos del dominio (frutos y los intereses, las ventajas de uso, y las mejoras) debe estar presidida por el principio de recuperación del *statu quo ante*. Por eso, el concepto de frutos e intereses previsto en la restitución contractual se debe reducir, descartando que se refiera a los frutos percibidos, a los podidos percibir, o a un valor objetivo. Los frutos percibidos solo se restituyen si, excepcionalmente, contribuyen a recuperar el *statu quo ante*. En este contexto, la restitución secundaria de las ventajas de uso se erige como la principal prestación secundaria de restitución. Su cálculo se realizará computando la amortización. Tratándose de dinero, el uso se realizará teniendo en cuenta el interés legal, descontada la inflación.

Los gastos necesarios realizados por el deudor de la restitución no se restituyen, porque el mantenimiento de la cosa es el reverso de que este asuma el riesgo de caso fortuito, así como condición de posibilidad para servirse productivamente de la cosa. Lo mismo ocurre con otros gastos útiles (mejoras) que no transforman la cosa. El problema de las mejoras (gastos útiles) se plantea ante aquellas que transforman la sustancia de la cosa, convirtiéndola en otra distinta de la que se entregó. Estas mejoras útiles constituyen un supuesto de pérdida «por transformación», imputable al deudor de la restitución. Por eso, la decisión sobre su reembolso corresponde al acreedor de la restitución. De este modo, se da una respuesta adecuada al conflicto de intereses que se plantea.

Décima. Con este trabajo, he tratado de perfilar las bases de un sistema restitutorio contractual europeo y, sobre todo, español, que dé respuesta a los principales problemas que la desvinculación del contrato –cualquiera que sea

su causa, pues ya sabemos que este hecho no es determinante– plantea en el terreno de la restitución de las prestaciones. Creo, humildemente, que ese es el cometido del investigador jurídico, en un tiempo en el que los jueces tienden a prescindir, cada vez más, de las grandes construcciones dogmáticas que sustituyen, en el mejor de los casos, por el sentido común, y en el peor de ellos, por la equidad. Por eso, para conjurar este riesgo en la materia que me ha ocupado, hoy es más importante que nunca disponer de una estructura dogmática de la restitución contractual.

BIBLIOGRAFÍA

Achilles, A.; Gebhard, A., y Spahn, P. (eds.), *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, J. Guttentag, Berlin, 1897.

Aedo Barrena, C., «Efectos de la nulidad y de la resolución en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. ¿Sistema único o diferenciado?», en Álvaro Vidal Olivares, Gonzalo Severin Fuster (eds.), *La armonización del Derecho de contratos en Latinoamerica. Los Principios Latinoamericanos del Derecho de contratos. Una mirada desde el Derecho europeo*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020, pp. 181-218.

Albaladejo García, M., «Artículo 609 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. VIII, Edersa, Madrid, 1987, pp. 1-21.

— *Derecho civil*, vol. II, 7.ª, Bosch, Barcelona, 1982.

— *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.

— «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, vol. 48, n.º 1, 1995, pp. 33-50.

Alberruche Díaz-Flores, M., *La rescisión por lesión en el Derecho civil español*, La Ley, Madrid, 2010.

Alemany, J., «La restitución tras la pérdida de los valores», *Almacén de Derecho,* 2022, fecha de consulta 18 de diciembre de 2022, en https://almacendederecho.org/la-restitucion-tras-la-perdida-de-los-valores.

Alfaro Águila-Real, J., «Fiducia cum amico», *Blog Derecho mercantil España*, fecha de consulta 14 octubre 2021, en https://derechomercantilespana.blogspot.com/2016/07/fiducia-cum-amico.html.

— «Lecciones: Enriquecimiento injusto», *Almacén de Derecho*, 2016, fecha de consulta 11 enero 2019, en https://almacendederecho.org/lecciones-enriquecimiento-injusto/.

Alonso-Lasheras, D., *Luis de Molina's De iustitia et iure*, Brill, Leiden-Boston, 2011.

Alonso Pérez, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972.

Alonso Puig, J. M., «Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código Civil», en Antonio Cabanillas Sánchez (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 1, Thomson Civitas, Madrid, 2002, pp. 153-172.

Altimarii, B., *Tratctatus de nullitatibus contractum in XIV Rubricas divisus*, vol. 6, Typographia Baleoniana, Venetiis, 1727.

Álvarez Caperochipi, J. A., *El enriquecimiento sin causa*, 2.ª ed., Comares, Granada, 1989.

Álvarez Vigaray, R., «Artículo 1124 del Código civil», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

— *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 2004.

Álvarez Vigaray, R., y De Aymerich de Rentería, R., *La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*, Comares, Granada, 1989.

Amanti, L. d', «L'actio redhibitoria tra giurisprudenza romana e riflessione filosofica», *Teoria e Storia del Diritto Privato*, vol. IX, 2016, pp. 1-37.

Amtliche Ausgabe (ed.), *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. 1, J. Guttentag, Berlin/Leipzig, 1888.

— *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. 2, J. Guttentag, Berlin/Leipzig, 1888.

Antón Sancho, M., *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. Artículos 61 y 62 de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Armbrüster, C., «Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Lebensversicherungen», *NJW*, 2015, pp. 3065-3067.

Arnau Raventós, L., «Comentario a la Sentencia de 5 de septiembre de 2012», *CCJC*, vol. 93, 2013.

— «Defectos del título e ineficacia/inexistencia de la transmisión. Un modelo: el art. VIII-2:202 DCFR», en Elena Lauroba Lacasa, Jaume Tarabal Bosch (eds.), *El Derecho de propiedad en la construcción del Derecho privado europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 249-262.

Arroyo Amayuelas, E., «Las nuevas directivas sobre digitalización del Derecho de contratos», en Arnau Raventós, Lidia (dir.), *La digilitalización del Derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 19-46.

— «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (Compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos digitales al consumidor», *CESCO*, n.º 41, 2022, pp. 1-32.

Atiyah, P. S., *The rise and fall of freedom of contract*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1979.

AUBRY, C., y RAU, C., *Cours de Droit civil français d'apres la méthode de Zachariae*, vol. 5, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, Paris, 1907.

— *Cours de droit civil français d'aprés la méthode de Zachariae*, vol. 4, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, Paris, 1902.

BADOSA COLL, F., «El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto», en Esteve Bosch Capdevila (ed.), *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 71-137.

— *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BAECK, J., «Restitution under the CESL Proposal: To be revised...», en Ignace Claeys, Régine Feltkamp (eds.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law? A Belgian Perspective*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, pp. 281-298.

BAKER, G., *Der bereicherungsrechtliche Nutzungsanspruch*, Peter Lang, Berlin, 2016.

BALDO, *Commentaria in priman Digesti Veteris Partem*, Apud Iuneas, Venetiis, 1572.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Artículo 1895 CC», en Cándido Paz Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993a, pp. 1955-1970.

— «Artícuo 1896 CC», en Cándido Paz Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1993b.

— «Artículo 1897 CC», en Cándido Paz Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, Edersa, Madrid, 1993c.

BARBIER, H., «La théorie des restitutions en bonne forme ! Préservée de l'enrichissement sans cause et de la concentration des moyens», *RTDciv*, n.º 4, 2015, pp. 869-871.

BARGELLI, E., *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè Editore, Milán, 2010.

BARRIENTOS GRANDON, J., «Enriquecimiento injustificado y codificación: modelos y decisiones dogmáticas (siglo XIX)», en Pedro del Olmo García, Xabier Basozabal Arrue (eds.), *El enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 49-119.

— *Las condictiones en el Código civil*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018.

BARROS BOURIE, E., «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en Enrique Barros Bourie, María Paz García Rubio, Antonio Manuel Morales Moreno (eds.), *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 11-78.

BARTOLUS DE SAXOFERRAO, *Opera omnia. Studio et opera. Digestum vetus in primum tomum Pandectarum commentaria*, vol. I, Vico Verlag, Basel, 1562.

Basozabal Arrue, X., «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *ADC*, vol. 50, n.º 3, 1997, pp. 1263-1300.

— *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.

— «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *ADC*, vol. 62, n.º 2, 2009, pp. 647-711.

— «En diálogo con el Tribunal Supremo sobre la "condictio de inversión"», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (ed.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 487-524.

— «Propuestas unitarias v. propuestas tipológicas en la modernización del Derecho de enriquecimiento: DCFR v. Prof. König», en Xabier Basozabal Arrue, Pedro del Olmo García (eds.), *El enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 219-237.

— «"Enriquecimiento injusto" comparado: una aproximación al Derecho inglés de restituciones», *ADC*, vol. 71, n.º 1, 2018a, pp. 14-78.

— «Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado. unitario, tipológico, fragmentado», *InDret*, vol. 4, 2018b, pp. 1-54.

— «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero», *RDC*, vol. 6, n.º 2, 2019, pp. 99-167.

— «Resolución y restitución», en Morales Moreno (ed.), *Estudios de derecho de contratos*, vol. I, 2022, pp. 57-90.

Bech Serrat, J. M., *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

— *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

Beluche Rincón, I., *El desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Bénabent, A., *Droit civil. Les obligations*, 9.ª ed., Montchrestien, Paris, 2003.

— «La révision du passé entre les parties», *Revue des contrats*, n.º 1, 2008, pp. 15-24.

Benöhr, H. P., «Rewiew zu «In integrum restitutio und vindicatio utilis im klassischen römischen Recht»», *AcP*, vol. 176, n.º 2/3, 1976, pp. 247-255.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria», *ADC*, vol. 22, n.º 4, 1969, pp. 777-838.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y Valladares Rascón, E., «Artículo 1163 Código civil», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XVI, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004.

Berg, D. F., *Die Rückabwicklung gescheiteter Verträge im spanischen und deutschen Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002.

Berger, K. P., «§ 488 BGB Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. IV, 8.ª ed., C. H. Beck, München, 2019.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002.
BESELER, G., «Tradition und causa», *ZRG*, vol. 45, n.º 1, 1925, pp. 221-225.
BEUTHIEN, V., «Das Rätsel Saldotheorie», *JURA*, 1979, pp. 532-536.
BEYERLE, F., «Der dingliche Vertrag», en *Festschrift für Gustav Boehmer*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1954, pp. 164-176.
BIRKS, P., *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1985.
— *Unjust Enrichment*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford-New York, 2005.
BOCKHOLDT, F., «Die Übertragbarkeit rücktrittrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge», *AcP*, vol. 206, 2006, pp. 769-894.
BOLZE, A., «Der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft», *AcP*, 1890, pp. 233-264.
BONET CORREA, J., «Las cuestiones interpretativas del artículo 1170 del Código civil sobre pagos de las deudas de dinero», *ADC*, vol. 24, n.º 4, 1971, pp. 1085-1122.
BOOSFELD, K., «Semesterabschlussklausur - Zivilrecht: Produkthaftung, Saldotheorie und Allgemeines Persönlichkeitsrecht - Die folgenreiche Spritztour», *JuS*, n.º 8, 2013, pp. 709-714.
— *Gewinnausgleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
— «Von der actio quanti minoris zur performance reduction», *AcP*, vol. 218, n.º 6, 2018, pp. 944-982.
BOUSIGES, A., *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, Poitiers, 1982.
BRIDGE, M., «Article 81 CISG», en Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*, 2.ª ed., C. H. Beck, Hart, Nomos, Munich, 2018a.
— «Article 82 CISG», en Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*, 2.ª ed., C. H. Beck, Hart, Nomos, Munich, 2018b.
BRINZ, A., *Lehrbuch der Pandekten*, vol. 1, 2.ª ed., Verlag von Andreas Seifert, Erlangen, 1873.
— *Lehrbuch der Pandekten*, vol. 4, 2.ª ed., Böhme, Erlangen-Leipzig, 1892.
BUCHARDI, G., *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: eine civilistische Abhandlung*, Dieterich, Göttingen, 1831.
BUCK-HEEB, P., «§ 818», en Hans Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reiner (eds.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. II, 17.ª ed., Otto Schmidt, Köln, 2017, pp. 3630-3653.
BÜDENBENDER, U., «Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge», *AcP*, n.º 200, 2000, pp. 627-683.
BUNDESTAG, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts. Drucksache 14/6040*, 2001.
BURROWS, A., «Absence of Basis», en Andrew Burrows, Alan Rodger (eds.), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 33-48.

Burrows, A., *The Law of Restitution*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.
Busto Lago, J. M., «Aproximación a las acciones de reintegración en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, p. 693-.
Bütnner, H., «Der Anspruch auf Herausgabe von Kapitalnutzungen», *BB*, 1970, pp. 233-237.
Bydlinski, F., *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer, Wien, 1996.
Cabanillas Sánchez, A., «La mora del acreedor», *ADC*, vol. 40, n.º 4, 1987, pp. 1341-1422.
— «El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *RCDI*, vol. 628, n.º 2, 1995, pp. 747-788.
Calore, E., *Actio quod metus causa. Tutela della victima e azione in rem scripta*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.
Cámara Lapuente, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La ley,* n.º 9887, 2021.
Canaris, C.-W., «Die Gegenleistungskondiktion», en Bernhard Pfister, Michael R. Will (eds.), *FS-Werner Lorenz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991, pp. 19-63.
— «Der Vorrang außerbereicherungsrechtlicher, insbesondere dinglicher Wertungen gegenüber der Saldotheorie und dem Subsidiaritätsdogma», *JZ*, vol. 47, n.º 22, 1992, pp. 1114-1120.
— «Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner, Materialisierung«», *AcP*, vol. 200, n.º 3/4, 2000, pp. 273-364.
— «Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungsrecht», en Rolf Wank, Herbert Hirte, Holger Fleischer, Gregor Thüsing (eds.), *FS-Herbert Wiedemann*, C. H. Beck, München, 2002, pp. 3-33.
— «Einführung», en *Schuldrechtsmodernisierung*, C. H. Beck, München, 2002, pp. VII-LIII.
Cañizares Laso, A., *La caducidad de los derechos y acciones,* Madrid, Civitas, 2001.
Capilla Roncero, F., «Nulidad e impugnabilidad del testamento», *ADC*, vol. 40, n.º 1, 1987, pp. 3-88.
Carbonnier, J., *Droit civil. Les obligations*, vol. 4, Presses Univ. de France, Paris, 2000.
Carrasco Perera, Á., «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», *CESCO*, 2021, pp. 1-16.
— «¿Qué sentido tiene «resolver» un préstamo por incumplimiento del prestatario?», *Publicaciones GA-P*, 2018, pp. 1-3.
— *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
— «Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa de consumo», *CESCO*, vol. 9, 2014, pp. 33-48.
— *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009.

Carrasco Perera, Á., «Artículo 6, apartado 3», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. VIII, Edersa, Madrid, 1992.

— «Restitución de provechos (y II)», *ADC*, n.º I, 1988, pp. 5-151.

— «Restitución de provechos I», *ADC*, n.º IV, 1987, pp. 1055-1148.

— *«Ius aedificandi» y accesion (la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, RDU ediciones, Madrid, 1986.

Carrasco Perera, Á., y Lyczkowska, K., «Sentencia de 17 de julio de 2008: arrendamiento de servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita.», *CCJC*, vol. 80, 2009.

Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, vol. I-2, 15.ª ed., Reus, Madrid, 2007.

— «Comentario a la Sentencia de 5 de enero de 1925», *RDP*, n.º 147, 17925, pp. 389-390.

Cerdá Olmedo, M., «Nemo auditur propiam turpitudem allegans», *RDP*, vol. 64, n.º 1, 1980, pp. 1187-1208.

Cervenca, G., *Studi vari sulla «restituto in intergrum»*, Giuffrè Editore, Milano, 1965.

Chantepie, G., y Latina, M., «Les restitutions», en *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, Paris, 2016.

Chen-Wishart, M., y Magnus, U., «Termination, Price Reduction, and Damages», en Gerhard Dannemann, Stefan Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 647-686.

Clavería Gosálbez, L. H., *La confirmación del contrato anulable*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977.

Clemente Meoro, M., «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española», *BMJ*, vol. LXV, n.º 2131, 2011, pp. 1-16.

— «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *Anuario de Derecho concursal*, vol. 10, 2007, pp. 203-228.

— *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Coen, C., *Vertragsscheitern und Rückabwicklung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.

Coen, C.; Hornung, R., y Schlechtriem, P., «Restitution and Unjust Enrichment in Europe», *ERPL*, vol. 9, n.º 2/3, 2001, pp. 377-415.

Coing, H., *Europäisches Privatrecht. 19 Jahrhundert*, vol. II, C. H. Beck, München, 1989.

— *Europäisches Privatrecht. Älteres Gemeines Recht*, vol. I, C. H. Beck, München, 1985.

Colás Escandón, A., «Artículo 1300», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios al código civil*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2013a.

— «Artículo 1303», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios al código civil*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2013b, pp. 1780-1782.

— «Artículo 1304», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios al código civil*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2013c.

— «Artículo 1307», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios al código civil*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2013d.

— «Artículo 1314», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios al código civil*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2013e.

Colin, A., y Capitant, H., *Cours élémentaire de Droit civil français*, vol. II, 5.ª ed., Dalloz, Paris, 1928.

Comentario Oficial, *Unidroit Principles on international commercial contracts*, Institute for the Unification of Private Law, Roma, 2016.

Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, *Las siete partidas del muy noble rey don Alfonso el sabio, glosadas por el Lic. Gregorio López*, vol. III, Compañía G, Madrid, 1844.

Concheiro del Río, J., *El enriquecimiento injusto en el Derecho laboral*, Bosch, Barcelona, 2007.

Cordón Moreno, F., «Efectos del embargo (art. 613)», en Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Erparza, Isabel Tapia Fernández (eds.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.ª ed., Aranzadi, Madrid, 2011a.

— «Objeto de la tercería de dominio (art. 601)», en Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (eds.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.ª ed., Aranzadi, Madrid, 2011b.

— «Posterior transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado (art. 594)», en Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (eds.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.ª ed., Aranzadi, Madrid, 2011b.

Cristóbal Montés, Á., «El «commodum representationis» del artículo 1.186 del Código civil», *ADC*, vol. 40, n.º 2, 1987, pp. 601-614.

De Asso y del Río, I. J., y De Manuel y Rodríguez, M., *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Imprenta de la Real Compañía, Madrid, 1805.

De Castro y Bravo, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, vol. 35, n.º 4, 1982, pp. 987-1086.

— *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

— *Derecho civil de España*, vol. I, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

Decock, W., *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2013.

De Hevia Bolaños, J., *Curia Philipica, primero, y segundo tomo*, Nueva impr, Imprenta de Ulloa, Madrid, 1790.

De la Cámara Álvarez, M., «Contestación del Excmo. Sr. D. M. De La Cámara Álvarez», en *La doctrina del enriquecimiento injustificado: discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como académico de número*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987.

De la Maza Gazmuri, Í.; Pizarro Wilson, C., y Vidal Olivares, Á., *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

Delgado Echeverría, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», *ADC*, n.º III, 1975, pp. 551-634.

— «La anulabilidad», *ADC*, n.º IV, 1976, pp. 1021-1045.

— «Resolución. efectos, retroactividad, indemnización, intereses, mejoras. Sentencia de 17 de junio de 1986.», *CCJC*, vol. 11, n.º 300, 1986, pp. 3773-3788.

— «Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La S. 12. marzo 1993 y la jurisprudencia del último deceno», *Aranzadi Civil*, n.º III, 1993, pp. 2489-2511.

— «Artículo 1300 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XVII, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995a.

— «Artículo 1303 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XVII, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995b.

— «Artículo 1314 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XVII, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995c.

Delgado Echeverría, J., y Parra Lucán, M. Á., «Comentario a la Sentencia núm. 129/2010, de 5 de marzo», *CCJC*, vol. 86, 2011.

— *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid, 2005.

Dell'Aquila, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981.

Del Olmo García, P., «Nulidad de pleno derecho y prescripción», *Almacén de Derecho*, 2021, fecha de consulta 24 octubre 2021, en https://almacendederecho.org/nulidad-de-pleno-derecho-y-prescripcion.

— «El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro», *ADC*, vol. 65, n.º 3, 2012, pp. 1407-1417.

— «La bolsa, la vida y la intimidación económica», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 2, 2006, pp. 3337-3352.

De los Mozos, J. L., «Artículo 1320 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XVIII, Edersa, Madrid, 1982.

Del Viso, S., *Lecciones elementales de Derecho civil*, vol. I, Juan Mariana y Sanz, Valencia, 1868.

Del Viso, S., *Lecciones elementales de historia, Derecho civil, mercantil y penal de España*, vol. II, Imprenta de D. José Mateu Garín, Valencia, 1857.

Deplewski, E., *Die Risikoverteilung im nichtigen Synallagma*, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Tübingen, 1976.

Dernburg, H., *Pandekten*, vol. 1, 5.ª ed., H. W. Müller, Berlin, 1896.

— *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Die Schuldverhältnisse*, vol. II/2, Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1915.

Deshayes, O.; Genicon, T., y Laithier, Y.-M., «Chapitre V. Les restitutions», en *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2.ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2018, pp. 799-828.

Díaz Romero, M. del R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *ADC*, vol. 14, n.º 4, 1961, pp. 809-834.

— «En torno al concepto de la prescripción», *ADC*, vol. 16, n.º 4, 1963, pp. 969-1000.

— «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», *ADC*, vol. 19, n.º 3, 1966, pp. 555-573.

— *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, 2.ª, Tecnos, Madrid, 1979.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983.

— *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987.

— «La anulabilidad de los contratos», en *Estudios de derecho civil en LH-José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1221-1230.

— «La liquidación de las nulidades contractuales», en José Ramón Ferrándiz Gabriel (ed.), *Cuadernos de Derecho judicial. El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 115-123.

— *La prescripción extintiva,* Thomso-Civitas, Pamplona, 2003.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6.ª. ed., Civitas, Madrid, 2007.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6, Thomson Civitas, Pamplona, 2008a.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, 5.ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008b.

— «Notas sobre la indemnización del daño causado por dolo incidental», *ADC*, vol. 53, n.º 3, 2009, pp. 1043-1054.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las particulares relaciones obligatorias*, vol. IV, Thomson Civitas, Madrid, 2010.

Döll, Y., *Rückgewährstörungen beim Rücktritt: eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

Domat, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel, suivies du Droit public*, 9.ª ed., Adrian Moetjens, La Haye, 1703.

Domingo de Morató, D. R., *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, vol. II, Hijos de Rodríguez, Valladolid, 1868.

D'Ors Pérez-Peix, Á., «In diem addictio», *AHDE*, vol. 16, 1945, pp. 193-289.

— «Creditum und Contractus», *ZRG*, vol. 74, n.º 1, 1957, pp. 73-99.

— «Creditum», *AHDE*, vol. 33, 1963, pp. 345-364.

— «La acción del menor restituido», *AHDE*, vol. 49, 1979, pp. 297-326.

— «El comentario de Ulpiano a los edictos del «Metus»», *AHDE*, vol. 51, 1981, pp. 223-290.

— *Derecho privado romano*, 2.ª ed., Eunsa, Pamplona, 1973.

— *Derecho privado romano*, 6.ª ed., Eunsa, Pamplona, 1986.

— *Derecho privado romano*, 9.ª ed., Eunsa, Pamplona, 1997.

— «De la rescisión por lesión», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XXXVIII, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2002a.

— «Del enriquecimiento sin causa. Leyes 508, 509 y 510», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. II, Edersa, Madrid, 2002b, pp. 51-73.

D'Ors Pérez-Peix, Á.,; Hernández-Tejero Jorge, F.; García Garrido, M., y Burillo Loshuertos, J., *El Digesto de Justiniano. Versión castellana*, Aranzadi, Pamplona, 1968.

Dreveau, C. «Nullité du bail: prescription de l'action en paiement d'une indemnité d'occupation et préjudice réparable», *Dalloz Actuallité,* 5 juillet 2018.

Du Plessis, J., «Article 3.2.15 PICC (Restitution)», en Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 540-550.

Ebert, B., *Bereicherungsausgleich im Wettbewerbs- und Inmmaterialgüterrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001.

Egusquiza Balmaseda, M. Á., *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

Ellger, R., *Bereicherung durch Eingriff*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2002.

Enneccerus, L., y Nipperdey, H. C., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, vol. 1, 15.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1959.

Ernst, W., «§ 323 BGB Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. III, 8.ª ed., C. H. Beck, München, 2019.

— «Sachmängelhaftung und Gefahrtragung», en Theodor Baums, Johannes Wertenbruch (eds.), *Festischrift für Ulrich Huber*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 165-237.

— «Werner Flumes Lehre von der ungerechtfertigen Bereicherung», en *Werner Flume. Studien zum Lehre von der ungerechtfertigen Bereicherung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003, pp. 1-24.

Escriche, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Nueva edición reformada*, vol. IV, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1876.

— *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Nueva edición reformada*, vol. III, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874.

Esser, J., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, vol. II, 3.ª ed., C. F. Müller, Karlsruhe, 1969.

Esser, J., y Weyers, H.-L., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, vol. II, 8.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2000.

Esteve Pardo, A., «El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato», *ADC*, vol. 68, n.º 2, 2015, pp. 601-624.

Fariña Fariña, R., *Estudio sobre el enriquecimiento sin causa en España desde una perspectiva comparada con el Derecho alemán. Entre la tesis unitaria y el planteamiento tipológico*, Tesis Doctoral, Universidad de Navarra, 2017.

Feenstra, R., «Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligations: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law», en Eltjo Schrage (ed.), *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 197-236.

Felgentraeger, W., *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre Wissenschaft*, Leipzig, 1927.

— *Antikes Lösungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 1933.

Fenet, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, vol. 13, Paris, 1827.

Fenoy Picón, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.

— «Sentencia de 14 de abril de 1998. Contrato verbal; atípico, con grandes analogías con el arrendamiento ad meliorandum o ad aedificadum, y mixto; oneroso pero con un importante componente de liberalidad; plazo de duración de la relación obligatori», *CCJC*, vol. 48, 1998, pp. 1075-1096.

— *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

— «Sentencia de 17 de enero de 2008. Compraventa internacional de vehículos automóviles de segunda mano», *CCJC*, vol. 78, 2008, pp. 1299-1339.

— «Artículo 1487 CC», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Comentarios al código civil*, Lex Nova, Madrid, 2010a, p. 1623.

— «Artículo 1488 CC», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Comentarios al código civil*, Lex Nova, Madrid, 2010b, pp. 1623-1624.

— «Artículo 1498 CC», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Comentarios al código civil*, Lex Nova, Madrid, 2010c, pp. 1635-1636.

— «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, vol. 64, n.º 4, 2011, pp. 1481-1685.

Fernández-Ballesteros, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares (en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Iurgium, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Conceptos y dicotomías del ius», *RJUAM*, vol. 3, 2000, pp. 9-43.

FERNÁNDEZ ELÍAS, C., *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Librería de don Leocaldio López, Madrid, 1873.

FERRARI, F., «Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip», *ZEuP*, vol. 1, 1993, pp. 52-78.

FEST, T., *Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge*, C. H. Beck, München, 2006.

FLECHTNER, H. M., «Avoidance of Contract», en Larry Di Matteo, André Janssen, Ulrich Magnus, Reiner Schulze (eds.), *International Sales Law. Contract, Principles & Practice*, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 587-634.

FLEISCHER, H., «Konkurrenzprobleme um die *culpa in contrahendo*: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung: zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 26. 9. 1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302», *AcP*, vol. 200, n.º 1, 2000, pp. 91-120.

FLUME, W., «Der Wegfall der Bereicherung in der Entwickung vom römischen zum geltenden Recht», en *FS-Hans Niedermeyer*, O. Schwartz, Göttingen, 1953, pp. 103-176.

— «Die Entreicherung und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung», *NJW*, n.º 27, 1970, pp. 1161-1166.

— «Die Aufhebungsabreden beim Kauf - Lex commissoria, in diem addictio und sogennantes pactum displicentiae - und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker», en Dieter Medicus, Hans Hermann Seiler (eds.), *FS-Max Kaser*, C. H. Beck, München, 1976, pp. 309-327.

— *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, vol. 2, 4.ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1992.

— «Der Wegfall der Bereicherung», *AcP*, vol. 194, 1994, pp. 427-449.

— «Aufwendungen und Erträge bei der Rückabwickung nichtiger gegenseitiger Verträge als Problematik der Rechtsfigur der ungerechtfertiger Bereicherung», en Wolfang Schön, Werner Flume (eds.), *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, Otto Schmidt, Köln, 1997, pp. 111-134.

— «Die ungerechtfertige Bereicherung eine Rechtsfigur der Bereicherung», en Claus-Wilhem Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt, Claus Roxin, Carsten Schmidt, Gunter Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, C. H. Beck, München, 2000, pp. 525-545.

— «Saldotheorie im Fall der Nichtigkeit eines Grundstücks-Kaufvertrags nach § 138 Abs. 1 BGB», *ZIP*, vol. 22, 2001, pp. 1621-1623.

— «Die Rückabwicklung nichtiger Kaufverträge nach Bereicherungsrecht - Zur Saldotheorie und ihren Ausnahmen», *JZ*, vol. 57, n.º 7, 2002, pp. 321-325.

FOUNTOULAKIS, C., «Art. 81 CISG [Erlöschen der Leistungspflichten; Rückgabe des Geleisteten]», en Ingeborg Schwenzer, Ulrich Schroeter, Peter Schlechtriem (eds.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2019a.

— «Art. 82 CISG [Verlust der Rechte auf Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferung wegen Unmöglichkeit der Rückgabe im ursprünglichen Zustand]», en Ingeborg Schwenzer, Ulrich Schroeter, Peter Schlechtriem (eds.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2019b.

— «Art. 84 CISG», en Ingeborg Schwenzer, Ulrich Schroeter, Peter Schlechtriem (eds.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2019c.

FRANÇOIS, C., «Présentation des articles 1352 à 1352-9 du noveau Chapitre V "Les Restitutions"», *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, 2016.

FRÉCHETTE, P., *La restitution de prestations en Droit québécois: fondements et régime*, 2017, Université Laval, Quebec.

GAIER, R., «§ 314 BGB Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. II, C. H. Beck, München, 2019a.

— «Vorbemerkung (Vor § 346 BGB)», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. 2, C. H. Beck, München, 2019b.

— «§ 346 BGB Wirkungen des Rücktritts», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. II, 8.ª ed., C. H. Beck, München, 2019c.

— «§ 347 BGB Nutzungen und Verwendungen nach Rücktritt», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. II, 8.ª ed., C. H. Beck, München, 2019d.

— «§ 346 BGB», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. II, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2016.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Deuda de valor y subrogación real imperfecta», *ADC*, vol. 52, n.º 3, 1999, pp. 947-997.

GARCÍA CANTERO, G., «Concepto de frutos en el código civil español», *RDN (Separata)*, vol. IX-X, n.º julio-diciembre, 1955, pp. 1-182.

— «Artículos 1.475 al 1.482», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XIX, Edersa, Madrid, 1980.

— «Artículo 1540 CC», en Cándido Paz Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

García Cantero, G., «Artículos 1484 a 1490 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XIX, Edersa, Madrid, 1999.

García del Corral, I., *Cuerpo de Derecho civil romano. A doble texto, traducido al castelano del latino*, vol. II, Jaime Molinas, Barcelona, 1892.

García Garrido, M. J., *Derecho privado romano*, Dykinson, Madrid, 1989.

García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, vol. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852.

García Perrote Escartín, I., *Manual de Derecho del trabajo*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

García Rubio, M. P., «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico* (editorial Sepin), vol. 136, 2021, pp. 45-62.

— «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en Pedro Del Olmo García, Xabier Basozabal Arrue (eds.), *El enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 239-282.

— «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 79-133.

García Rubio, M. P., y Otero Crespo, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho europeo», *InDret*, n.º 2, 2010, pp. 1-62.

García Rubio, M. P. , y Varela Castro, I., «Artículo 1302 CC», en María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz (eds.), *Comentario al articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, 2022, pp. 645-668.

García Vicente, J. R., «Enriquecimiento sin causa: manca finezza», *Almacén de Derecho*, 2018, fecha de consulta 14 abril 2021, en https://almacendederecho.org/enriquecimiento-sin-causa-manca-finezza.

— «Artículo 1303», en *Comentarios al código civil*, vol. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9269-9263.

— «Artículo 61 Ley Concursal», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2004a, pp. 669-706.

— «Artículo 62 Ley Concursal», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2004b, pp. 706-712.

— *Ley de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil: el derecho de revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

Gaulhofer, J., *Metus: Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt*, Böhlau, Wien, 2019.

Ghestin, J., *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, LGDJ, Paris, 1980.

Gómez Acebo, F., «La buena y la mala fe en el Código civil. Segunda parte», *RDP*, vol. XXXVI, n.º 419, 1952, pp. 192-237.

Gómez Calle, E., «En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad», *Almacén de Derecho*, 2021, fecha de consulta 27 junio 2022, en https://almacendederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad.

— «Los remedios ante el incumpliento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia», *ADC*, vol. 65, n.º 1, 2012, pp. 31-102.

Gómez de la Serna, P., y Montalbán, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, vol. II, 2.ª. ed., Imprenta de don Vicente Lalama, Madrid, 1843.

Gómez Pomar, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 2007, pp. 1-49.

Gómez Pomar, F.; Artigot Golobardes, M., y Ganuza-Fernández, J. J., «Un mal paso», *InDret*, n.º 4, 2021, p. I-IX.

Gómez Pomar, F., y Gili Saldaña, M., «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *InDret*, n.º 1, 2012, pp. 1-27.

González Pacanowska, I., «Artículo 1124», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios al código civil*, vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8213-8261.

González Porras, J. M., «Artículo 1186 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XVI, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991.

Gordillo Cañas, A., «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», en Francisco de Paula Blasco Gascó, Mario Clemente Meoro, Francisco Orduña Moreno, Lorenzo Prats Albentosa, Rafael Verdera Server (eds.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1291-1305.

— «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *ADC*, vol. 35, n.º 4, 1982, pp. 1111-1160.

— «Nulidad, anulabilidad e inexistencia», en Asociación de Profesores de Derecho Civil (ed.), *Centenario del Código civil*, vol. I, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 935-983.

Gregoraci Fernández, B., *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

Grigoleit, H. C., «Abstraktion und Willensmängel. Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts», *AcP*, vol. 199, n.º 1, 1999a, pp. 379-420.

— «Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung», *NJW*, vol. 52, n.º 13, 1999b, pp. 900-904.

Grigoleit, H. C., y Auer, M., *Schuldrecht III. Bereicherungsrecht*, 2.ª ed., C. H. Beck, München, 2016.

GRIMALT SERVERA, *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil: revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008.

GROTIUS, H., *Del Derecho de la guerra y de la paz. Versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll*, vol. II, Reus, Madrid, 1925.

— *De iure de belli ac pacis. Libro tres, cum Annotatis Auctoris, nec non J. G. Gronovii Notis & J. Barbeyracii Animadversionibus; Commentariis insuper locupletissimis*, vol. II, Sumptibus Marci_Michaelis Bousquet, & Sociorum, Lausanne, 1701.

— *On the Law of War and Peace. Student Edition*, Student ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

— *The Jurisprudence of Holland*, vol. I, 2.ª ed., Robert Warden Lee (Trad.), Scientia Verlag Aalen, Oxford, 1977.

GRUNDMANN, S., «§ 277 BGB Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten», en Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Oetker Hartmut, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. II, 8.ª ed., München, 2019.

GRÜNEBERGER, H., «Einf v § 346 BGB», en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 80.ª ed., C. H. Beck, München, 2021a, pp. 568-569.

— «§ 346 BGB», en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 2021b, pp. 571-573.

— «§ 347 BGB», en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 80.ª ed., C. H. Beck, München, 2021c, p. 573.

GRUNEWALD, B., «Saldotheorie und neues Rücktrittsrecht», en Franz Häuser, Horst Hammen, Joachim Hennrichs, Anja Steinbeck, Ulf R. Siebel, Reinhard Welter (eds.), *FS-Walther Hadding*, De Gruyterr, Berlin, 2004, pp. 34-39.

GSELL, B., y FERVERS, M., «Bereicherungsrechtliche Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen», *NJW*, 2013, pp. 3607-3611.

GUELFUCCI-THIBIERGE, C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992.

GULLÓN BALLESTEROS, A., «Cobro de lo indebido», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Battle Vázquez*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1978.

GURSKY, K.-H., «§ 987 BGB», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 3, 13.ª ed., Sellier - de Gruyter, Berlin, 2013, pp. 199-223.

— «Zur Mitherausgabe von Gebrauchsvorteilen bei der Sachkondiktion», *JR*, n.º 1, 1998, pp. 7-14.

GUTIÉRREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, vol. I, 3.ª ed., Imprenta Hijas de Antonio Peñuelas, Madrid, 1871a.

— *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, vol. IV, 2.ª ed., Imprenta Hijas de Antonio Peñuelas, Madrid, 1871b.

HADDING, W., «§ 818», en Hans Theodor Soergel, Wolfang Siebert (eds.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2011, pp. 341-369.

HAGER, J., «Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs», en Wolfang Ernst, Reinhard Zimmermann (eds.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 429-453.

HAGMANN, B., *Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.

HALLEBEEK, J., «La formación de la idea de enriquecimiento injustificado como concepto jurídico de la Escuela de Salamanca», en Pedro del Olmo García, Xabier Basozabal Arrue (eds.), *Enriquecimiento injsutificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

— *The concept of unjust enrichment in Late Scholasticism*, Gerad Noodt Instituut, Nijmegen, 1996.

HARKE, J. D., «Das klassiche römische Kondiktionensystem», *IVRA. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, vol. 54, 2003, pp. 49-86.

HARTKAMP, A. S., «Die Drittwirkung der in integrum restitutio», en Alan Watson (ed.), *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974, pp. 131-160.

— *Der Zwang im Römischen Privatrecht*, Adolf M. Hakkert, Amsterdam, 1971.

HARTMANN, F., *Der Anspruch auf das stellvertretende commodum*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

HECK, P., *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1937.

— *Grundriß des Schuldrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929.

HEINRICHS, H., «Schadensersatz wegen Pflichtverletzung gegen den nach § 346 BGb zur Rückgewähr verpflichteten schuldner», en Gert Brüggemeier (ed.), *Liber Amicorum Eike Schmidt*, C. F. Müller, Heidelberg, 2004, pp. 159-185.

HELLWEGE, P., «Art 4:115: Effect of Avoidance», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018a, pp. 724-725.

— «Introduction before Art. 9:305», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018b, pp. 1367-1383.

— «Art 9:305: Effects of Termination in General», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018c, pp. 1384-1390.

— «Art 9:306: Restitution», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018d, pp. 1391-1421.

— *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

HELMS, T., *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión*, Civitas, Madrid, 1980.

HONNOLD, J., «Article 81. Effect of Avoidance on Obligations: Arbitration; Restitution», en *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3.ª ed., 1999, pp. 502-508.

HONNOLD, J., y FLECHTNER, H. M., «Section V. Effects of Avoidance (Articles 81-84)», en Harry M. Flechtner (ed.), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4.ª ed., Wolters Kluwer, New York, 2009, pp. 650-676.

HONSELL, H., «Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB», en Thomas Lobinger (ed.), *FS-Eduard Picker*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 363-376.

— «Mortuus redhibetur», en Jobst-Hubertus Bauer, Dietrich Boewer (eds.), *FS-Peter Schwerdtner*, Luchterhand, München, 2003, pp. 575-583.

HONSELL, H., *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte*, C. H. Beck, München, 1974.

— «Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung», *MDR*, vol. 24, 1970, pp. 717-721.

HONSELL, H.; MAYER-MALY, T., y SELB, W., *Römisches Recht. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, 4.ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg, 1987.

HONSELL, T., «Die Saldotheorie – Erweiterung oder Restriktion des § 818 Abs. 3 BGB?», *JZ*, vol. 35, n.º 24/25, 1980, pp. 802-804.

HORNUNG, R., *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1998.

HUBER, P., «Article 7.3.6 (Restitution with respect to contracts to be performed at one time)», en Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 958-968.

HUBER, U., «Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip», en Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller (eds.), *FS-Claus-Wilhem Canaris*, vol. 1, C. H. Beck, München, 2007, pp. 471-512.

HUGUENIN, C., y HILTY, R. M. (eds.), *OR 2020. Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*, Schulthess, Zürich, 2013.

INFANTE RUIZ, F., «Artículos 1122 y 1123 CC», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Comentarios al código civil*, Lex Nova, Madrid, 2010, pp. 1245-1247.

INFANTE RUIZ, F., y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *InDret*, n.º 3, 2009, pp. 1-58.

JAGMANN, R., *Wertersatz oder Gewinnhaftung?*, Dissertation, 1972, Freiburg Universität, Freiburg.

JAHR, G., «Römanische Beiträge zur modernen Zivilrechtswissenschaft», *AcP*, vol. 168, n.º 1, 1968, pp. 9-26.

JAKOBS, H. H., «Gibt es den dinglichen Vertrag?», *SZ*, vol. 119, n.º 1, 2002, pp. 269-325.

— *Lucrum ex negotiatione. Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichlicher Sicht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1993.

JANSEN, N., «Das Recht und seine Vernunft. Eine Geschichte universeller Gerechtigkeit», en *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte*, *FS-Reinhard Zimmerman*, 2022, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 121-148.

— «Einleitung», en Nils Jansen (ed.), *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus. Über die Gerechtigkeit und das Recht und die übrigen Kardinaltugenden*, vol. I, 2020.

— «Gesetzliche Schuldverhältnisse. Eine historische Strukturanalyse», *AcP*, vol. 216, n.º 1-2, 2016a, pp. 112-233.

— «Farewell to Unjustified Enrichment?», *Edinb. Law. Rev.*, vol. 20, n.º 2, 2016b, pp. 123-148.

— *Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

— «Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution?», *ZRG*, vol. 120, n.º 1, 2003, pp. 106-122.

JANSEN, N., y ZIMMERMANN, R., «General Introduction», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1-18.

JEREZ DELGADO, C., *La anulación del contrato*, Civitas, Madrid, 2011.

— *La buena fe registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

JHERING, R. VON., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1884.

— «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 4, 1861, pp. 1-112.

— *Vorlesung über die Pandekten nach Puchta's Lehrbuch*, Wallstein Verlag, 1860.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010.

JUÁREZ TORREJÓN, Á., «La acción pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial», *ADC*, vol. 71, n.º 4, 2018, pp. 1277-1350.

KAISER, D., «Vorbemerkungen zu §§346-354», en Manfred Lowisch (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2012a, pp. 1-44.

— «§ 346 Wirkungen des Rücktritts», en Manfred Löwisch (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2012b, pp. 44-231.

— «§ 347 BGB Nutzungen und Verwendungen nach Rücktritt», en Manfred Löwisch (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2012c.

KAISER, D., «Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform», *JZ*, vol. 56, n.º 21, 2001, pp. 1057-1070.

— *Die Rückabwicklung gegenseitiger Veträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2000.

KAISER, H., *Die Nutzungsherausgabe im Bereicherungsrecht*, Universität zu Tübingen, Tübingen, 1987.

KAMANABROU, S., «Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung», *NJW*, n.º 1, 2003, pp. 30-32.

KÄMPER, L., *Forderungsbegriff und Zession Geschichte und Dogmatik der Abtretung in Frankreich und Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

KASER, M., «"Ius honorarium" und "Ius civile"», *ZRG*, vol. 101, n.º 1, 1984, pp. 1-114.

— «Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus», *ZRG*, vol. 94, n.º 1, 1977, pp. 101-183.

— *Das römische Privatrecht. Die nachklassichen Entwicklungen*, vol. 2, C. H. Beck, München, 1975.

— *Das römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, vol. I, C. H. Beck, München, 1971.

— *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, 2.ª ed., C. H. Beck, München, 1968.

— «Zur «iusta causa traditionis»», *BIDR*, vol. 64, 1961, pp. 61-97.

— *Römisches Privatrecht*, C. H. Beck, München, 1960.

KASER, M., y HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., C. H. Beck, München, 1996.

KASER, M.; KNÜTEL, R., y LOHSSE, S., *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 21.ª ed., C. H. Beck, München, 2017.

KAUFMANN, M., y SIMMERMACHER, D. (eds.), *De iustitia et iure. Über Gerechtigkeit und Recht.*, vol. I, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt, 2019.

KLEIN, J., «Les restitutions», *Droit & Patrimoine*, vol. 258, 2016, pp. 90-92.

KLEIN, J. P., *Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französichem Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.

KOHLER, J., «Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung», *JZ*, vol. 57, n.º 14, 2002, pp. 682-696.

— *Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge*, Carl Heymanns, Köln, 1989.

KÖNIG, D., *Ungerechtfertige Bereicherung*, Carl Winter, Heidelberg, 1985.

— «Ungerechtfertigte Bereicherung», en Bundesminister der Justiz (ed.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. 2, Bundesanzeiger, Köln, 1981, pp. 1515-1590.

KONZEN, H., «Schuldrechtsreform, Rücktritt und Wegfall der Bereicherung», en Andreas Heldrich, Jurgen Prölss, Ingo Koller (eds.), *FS-Claus-Wilhem Canaris*, C. H. Beck, München, 2007, pp. 605-629.

KOPPENSTEINER, H.-G., «Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes (II)», *NJW*, n.º 40, 1971, pp. 1769-1775.

KOPPENSTEINER, H.-G., y KRAMER, E. A., *Ungerechtfertige bereicherung*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1988.

KREBS, M., *Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht*, C. H. Beck, München, 2000.

KREBS, T., *Restitution at the Crossroads: A Comparative Study*, Cavendish, London, 2001.

KUPISCH, B., *Ungerechtfertigte Bereicherung. Geschichtliche Entwickungen*, R.v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1987.

— *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragugen in klassischen römischen Recht*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1974.

KUPISCH, B., *Die Versionsklage*, Carl Winter, Heidelberg, 1965.

LACRUZ BERDEJO, J. L; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, II Derecho de Obligaciones, Vol. II, 5.ª ed., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2013.

— *Elementos de Derecho civil*, I Parte General, Teoría General del Contrato, Vol. I, 5.ª ed., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011.

— *Elementos de Derecho civil*, I Parte General, Derecho Subjetivo y negocio jurídico. Vol. III, 3.ª ed., revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2005.

LACRUZ BERDEJO, J. L., «El pago de lo indebido», en *Homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1975, pp. 501-517.

LANDO, O., y BEALE, H. (eds.), *Principles or European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revided*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000.

LANDO, O.; CLIVE, E.; PRÜM, A., y ZIMMERMANN, R. (eds.), *Principles of European Contract Law. Part III*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003.

LARENZ, K., «Zur Bedeutung des „Wertersatzes« im Bereicherungsrecht», en Hans Claudius Ficker, Detlef König, Karl F. Kreuzer, Hans G. Leser, Wolfang Marschall von Bieberstein, Peter Schlechtriem (eds.), *FS-Ernst von Caemmerer*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978, pp. 209-229.

— *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 1980.

LARENZ, K., y CANARIS, C.-W., *Lehrbuch des Schuldrechts*, 13.ª ed., C. H. Beck, München, 1994.

LAROMBIÈRE, L., *Théorie et pratique des obligations*, vol. 3, Bruylant-Christophe et compagne, éditeurs, Bruxelles, 1863.

— *Théorie et pratique des obligations*, vol. II, Bruylant-Christophe et compagne, éditeurs, Bruxelles, 1862.

LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, vol. 4, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

LAURENT, F., *Avant-Project de révision du Code Civil*, vol. 4, Typographie Bruylant-Chtistophe & Compagne, Bruxelles, 1884.

— *Principes de Droit civil français*, vol. 18, 7.ª ed., Bruylant-Maresco, Bruxelles-Paris, 1878a.

— *Principes de Droit civil français*, vol. 19, 7.ª ed., Bruylant-Maresco, Bruxelles-Paris, 1878b.

— *Principes de Droit civil français*, vol. 24, Bruylant-Maresco, Bruxelles-Paris, 1878c.

LAVANDERA Y BLANCO, V., «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código civil», *RDP*, 1914.

LEDERLE, R., *Mortuus redhibetur*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.

LEGIER, G., *Les obligations*, 14.ª ed., Dalloz, Paris, 1993.

LEHMANN, M., «Chapter 17. Restitution (CESL)», en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C. H. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 679-721.

LESER, H. G., *Der Rücktritt vom Vertrag*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975.

— *Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma: ein Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Bereicherung*, Dissertation, 1956, Freiburg, Freiburg.

LESSIO, L., *De iustitia et iure caeterisque Virtutibus Cardinalibus*, Ex officina ioannis Masij, Typ. Iur., Lovanii, 1605.

LETELIER, P., «Another civilian view of unjust enrichment's strucktural debate», *Camb. L. J.*, 79(3), pp. 527-548.

LEVY, E., «Zur nachklassischen in integrum restitutio», *ZRG*, vol. 68, n.º 1, 1951, pp. 360-434.

LIEB, M., «§ 812 BGB», en Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker (eds.), *MüKo*, vol. 5, C. H. Beck, München, 2004a.

— «§ 818 BGB», en Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker (eds.), *MüKo*, vol. 5, 4.ª ed., C. H. Beck, München, 2004b.

LIEBS, D., «Abstraktion im neueren gemeinen Recht», en Aquilino Iglesia Ferreiros (ed.), *X simposi internacional. El Dret comú i Catalunya*, Associació Catalana d'història del Dret, Barcelona, 2001, pp. 119-135.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Reus, Madrid, 2005.

LINKE, B., *Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge*, Nomos, Köln, 2007.

LLACER MATACÁS, M. R., «El dolo en el saneamiento por vicios ocultos», *ADC*, vol. 45, n.º 4, 1992, pp. 1499-1532.

LODDER, A., *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012.

LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, 3.ª ed., C. H. Beck, München, 2007.

Lohsse, S., «Die condictio ob causam finitam», *Iurium itinera: historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte*, *FS-Reinhard Zimmermann*, 2022, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 575-600.

Looschelders, D., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, Vahlen, München, 2011.

López, G., *Las Siete Partidas del muy noble rey don Alfonso el Sabio. Glosadas por el Licenciado Gregorio López*, vol. III, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555.

López Beltrán de Heredia, C., *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

López y López, «Ineficacia del contrato por invalidez: el binomio nulidad-anulabilidad. Líneas generales», en Morales Moreno (ed.), *Estudios de derecho de contratos*, vol. I, 2022, pp. 575-598.

Lorenz, S., «Rufnummernmitnahme nach Kündigung eines DSL-Anschlusses. Anmerkung zu BGH Urteil von 7.3.2013», *LMK*, n.º 4, 2013, p. 345110.

— «§ 812 BGB», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2007, pp. 91-199.

— «Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002», en Egon Lorenz (ed.), *Karlsruher Forum*, VVW, Karlsruhe, 2005, pp. 11-132.

— «Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf», en Reiner Schulze, Hans Schulte-Nölke (eds.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 331-355.

Lorenz, W., «Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge», en Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller (eds.), *FS-Claus-Wilhem Canaris*, C. H. Beck, München, 2007, pp. 793-808.

— «§ 818», en Ulrich Huber, Werner Lorenz, Peter Marburger, Norbert Horn, Norbert Engel, Hermann Amann (eds.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, 12.ª ed., V, Berlin, 1986.

Lucas Fernández, F., «Artículo 1457 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2004a.

— «Artículo 1547 CC», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993a.

— «Artículo 1553 CC», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993b.

Lutman, K., y van Eck, D., «Restitution after Failed Contracts», en Elmarie Fourie, Jerca Kramberger Škerl (eds.), *Universality of the Rule of Law - Slovenian and South African Perspectives*, African Sun Media, 2021, pp. 221-249.

Lutzesco, G., *Teoría y práctica de las nulidades*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 1945.

Malaurie, M., *Les restitutions en Droit civil*, Cujas, Paris, 1991.

Malaurie, P., *Le droit civil des restitutions. Cours de droit approfondi*, 1975, Paris.

MALAURIE, P.; AYNÈS, L., y STOFFEL-MUNCK, P., *Droit des obligations*, 9.ª ed., LGDJ, Paris, 2017.

— *Droit des obligations*, 7.ª ed., LGDJ, Paris, 2015.

MALINVAUD, P.; FENOUILLET, D., y MEKKI, M., *Droit des obligations*, 14.ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, vol. 8, 4.ª ed., Reus, Madrid, 1929.

— *Comentarios al Código civil español*, vol. 8, 2.ª ed., Imprenta de la Revista de Legislación, 1907.

MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, vol. IV, 7.ª ed., Delamotte et fils, Paris, 1873.

MARÍN LÓPEZ, M. J., «La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito revolving usurario», *CESCO*, vol. 38, 2021, pp. 56-83.

— «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados», *CESCO*, vol. 22, 2017, pp. 86-99.

MARLY, J., «§ 99», en Hans Theodor Soergel (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 1, 13.ª ed., Walter de Gruyter, Stuttgart, 2000a, pp. 581-578.

— «§ 100», en Hans Theodor Soergel (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 1, 13.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2000b, pp. 579-583.

MARSAL GUILLAMET, J., «Comentario a la Sentencia de 13 de octubre de 1995. Resolución de compraventa Mejoras efectuadas en la cosa vendida por el comprador antes de la Resolución del contrato. Enriquecimiento injusto», *CCJC*, vol. 40, 1996, pp. 255-264.

MARTENS, S., «Art. 7:110: Property not accepted», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

MARTÍN FABA, J. M., «Resolución del préstamo hipotecario. ¿Efectos retroactivos respecto de las prestaciones ejecutadas?», *CESCO*, 2021, pp. 1-5.

MARTÍN PÉREZ, A., «Artículo 1290 CC», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Comentarios al código civil*, Lex Nova, Madrid, 2010a, pp. 1419-1420.

— «Artículo 1295 CC», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Comentarios al código civil*, Lex Nova, Madrid, 2010b, pp. 1424-1425.

— «Artículo 451», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz ALabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. VI, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995a.

— «Artículo 457 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. VI, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995b.

MARTÍN RETORTILLO, C., «Clases de frutos en el Código civil», *ADC*, vol. 4, n.º 1, 1951, pp. 139-155.

Martínez Alcubilla, M., *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramarina; compilación ilustrada de la novísima legislación de España en todos los ramos de la Administraciçon pública*, vol. I, 2.ª ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, 1868.

Martínez Flórez, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *Anuario de Derecho concursal*, vol. 13, n.º 1, 2008, p.

Martínez Sanz, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1995.

Mazeaud, H.; L.; Mazeaud, J., y Chabas, F., *Leçons de droit civil. Obligations*, vol. II, 9.ª ed., Montchrestien, Paris, 1998.

Medicus, D., «Diskussion», en Egon Lorenz (ed.), *Karlsruher Forum - Schuldrechtsmodernisierung*, VVW, Karlsruhe, 2005, p. 205.

— «Vergütungspflicht des Bewucherten?», en Götz Hueck, Reinhard Ricardi (eds.), *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz*, C. H. Beck, München, 1973, pp. 61-77.

Medicus, D., y Lorenz, S., *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 18.ª ed., C. H. Beck, München, 2018.

Medicus, D., y Petersen, J., *Bürgerliches Recht*, 26.ª ed., Vahlen, München, 2017.

Meier, S., «Art 15:104: Restitution», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1921-1927.

— «Unwinding Failed Contracts: New European Developments», *Edinb. Law. Rev.*, vol. 21, n.º 1, 2017, pp. 1-29.

— «Restitución de pagos indebidos: «factores injustos» vs. «sine causa»», en Pedro del Olmo García, Xabier Basozabal Arrue (eds.), Xabier Basozabal Arrue (trad.) *Enriquecimiento injsutificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 199-218.

— «No Basis: A Comparative View», en Andrew Burrows, Alan Rodger (eds.), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 343-361.

Mekki, M., «L'ordonnance n.º 2016-13 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet régime des obligations et de la preuve: parfaire un peu et refaire beaucoup», *Recueil Dalloz*, n.º 11, 2016, pp. 608-616.

Mendoza Gómez, M., «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. III, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2005, pp. 2787-2828.

Michaels, R., *Sachzuordnung durch Kaufvertrag. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte und geltendem Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

Mignot, M., «Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI)», *Petites Affiches*, vol. 96, 2016, pp. 6-19.

Minero Alejandre, G., «Art. 68. Contenido y régimen del derecho de desistimiento», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015a.

— «Art. 74. Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015b.

— «Art. 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015c.

Miquel González, J., «La doctrina de la causa de la tradición en los juristas binzantinos», *AHDE*, vol. 31, 1961, pp. 515-530.

Miquel González, J. M., «BGH, Urteil vom 12.12.1997, BGH JZ 1998, 685 m. Anm. Gursky - Zur Berücksichtigung von Aufwendungen des unrechtmäßigen Besitzers beim Nutzungsherausgabeanspruch nach §§ 988, 818 Abs. 3 BGB», *ERPL*, vol. 7, n.º 4, 1999, pp. 510-513.

— «Anulabilidad», en *EJB*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995a, pp. 475-481.

— «Enriquecimiento injustificado», en *EJB*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2806-2808.

— «Buena fe (D.º Civil)», en Alfredo Montoya Melgar (ed.), *EJB*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, pp. 831-847.

— «Artículo 451 CC», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993a.

— «Artículo 457 CC», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993b.

— «Comentario al Artículo 609 CC», en en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993c, pp. 1551-1543.

— *La posesión de bienes muebles: estudio del artículo 464, 1, del Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1979.

Mitchell, C.; Mitchell, P., y Watterson, S., *Goff & Jones. The Law of Unjust Enrichment*, 8.ª ed., Sweet & Maxwell. Thomson Reuters, London, 2011.

Molina, L. de, *De iustitia et iure. De contractibus.*, vol. II, Sumpt. Haered. Joh. Godofredi Schönwetteri, Moguntiae, 1659.

Momberg Uribe, R., y Pizarro Wilson, C., «Las restituciones consecutivas a la nulidad o resolución en los contratos de bienes muebles», *Ius et Praxis*, vol. 24, n.º 1, 2018, pp. 329-360.

Mondéjar Peña, M. I., *Las subastas judiciales forzosas*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

Monfort Ferrero, M. J., *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Montés Penadés, V., «El sistema de título y modo», en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

— «Artículo 81 CISG», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Antonio Cabanillas Sánchez (eds.), *La Compraventa Internacional de Mercaderias: Comentario de La Convencion de Viena*, Madrid, 1998a, pp. 660-670.

— «Artículo 82 CISG», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Antonio Cabanillas Sánchez (eds.), *La Compraventa Internacional de Mercaderias: Comentario de La Convencion de Viena*, Civitas, Madrid, 1998b, pp. 670-679.

— «Artículo 84 CISG», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Antonio Cabanillas Sánchez (eds.), *La Compraventa Internacional de Mercaderias: Comentario de La Convencion de Viena*, Civitas, Madrid, 1998c, pp. 681-683.

— «Artículo 1123», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XV, Edersa, Madrid, 1989a.

— «Artículo 1124 del Código civil», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XV, Edersa, Madrid, 1989b.

Morales Moreno, A. M., «Simulación absoluta, causa ilícita y restitución de las subvenciones de la pac reflexiones sobre la sts 22.06.2021 (n.435/2021) pte Juan María Díaz Fraile», *ADC*, vol. 74, n.º 4, 2021, pp. 1523-1538.

— «Claves de la modernización del Derecho de contratos», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en comemoracióndel 150 aniversario de la Ley del Notariado*, vol. III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 316-428.

— «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, vol. 65, n.º 1, 2012, pp. 5-28.

— «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del derecho europeo», en Klaus Albiez Dohrmann, María Luisa Palazón Garrido, María del Mar Méndez Serrano (eds.), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011a, pp. 400-422.

— «Prólogo», en *La anulación del contrato*, Thomson Reuters, Madrid, 2011b, pp. 16-17.

— *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.

— «La usucapión», *RJUAM*, n.º 3, 2000, pp. 175-204.

MORALES MORENO, A. M., «Compraventa de local para instalar un supermercado; existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores. carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad de contrato. restitución. Incumplimiento (aliud pro alio)», *CCJC*, n.º 35, 1994, pp. 617-628.

— «Artículo 1261 CC», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993a.

— «Artículo 1487 CC», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993b, pp. 962-964.

— «Artículo 1488 CC», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993c, pp. 964-965.

— «Artículos 1269 y 1270», en Manuel Albaladejo García, Díaz Alabart Silvia (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. 17, Edersa, Madrid, 1993d.

— *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.

— «Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes», *ADC*, vol. 41, n.º 2, 1988, pp. 607-618.

— «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *ADC*, vol. 35, n.º 3, 1982, pp. 591-684.

— «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, vol. 33, n.º 3, 1980, pp. 585-686.

— *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el código civil español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1972.

— «La inscripción y el justo título de la usucapión», *ADC*, vol. 24, n.º 4, 1971, pp. 1123-1142.

MORENO QUESADA, B., «Artículo 1295 CC», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XVII, Edersa, Madrid, 1995, pp. 193-223.

— «Artículo 1295 Código civil», en Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

— «Régimen Jurídico de los frutos pendientes», *RCDI*, n.º núm. 461, 1967, pp. 963-1016.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil, comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, vol. 20, Edición y administración de las obras de Q. Mucius Scaevola, Madrid, 1904.

Mühl, O., «§ 818 BGB», en Hans Theodor Soergel (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. IV, 11.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 1985, pp. 623-660.

Nufer, G., *Über die Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit*, Schön, München, 1969.

Nuñez Lagos, R., «La conditio ob turpem vel iniustam causa», *RDN*, n.º 2, 1961, pp. 7-40.

— *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.

Oechsler, J., «§ 929 BGB. Einigung und Übergabe», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2017.

Oetker, H., «§ 249 BGB Art und Umfang des Schadensersatzes», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. II, 8.ª ed., C. H. Beck, München, 2019.

Oliva Blázquez, F. «Causa ilícita y contratos ilegales», en Morales Moreno (ed.) *Estudios de Derecho de contratos,* vol. II, 2022, pp. 807-828

Orozco Muñoz, M., *El enriquecimiento injustificado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Pantaleón Díaz, M., «Restitución, enriquecimiento injustificado, indemnización y culpa del perjudicado en la responsabilidad civil ex delicto de la sentencia de la Sala Segunda de Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014», en Pedro del Olmo García, María José Santos Morón (eds.), *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 645-664.

Pantaleón Prieto, F., «¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (I). Y algo más a propósito del Proyecto de Ley sobre las personas con discapacidad», *Almacén de Derecho*, 2021, fecha de consulta 19 julio 2021, en https://almacendederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i.

— «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (II)», Almacén de Derecho, 2020, fecha de consulta, 22 agosto 2022, en https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-ii.

— «De nuevo sobre los intereses moratorios abusivos en contratos de préstamo», *Almacén de Derecho*, 2018, fecha de consulta 16 junio 2021, en https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-los-intereses-moratorios-abusivos-en-contratos-de-prestamo.

— «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», *ADC*, vol. 64, n.º 3, 2011, pp. 897-929.

— «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, n.º 2, 1996, pp. 1689-1695.

— «Artículo 1902 CC», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

— «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, vol. 46, n.º 4, 1993, pp. 1719-1746.

PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, vol. 44, n.º 3, 1991, pp. 1020-1092.

— «Cesión de créditos», *ADC*, vol. 41, n.º 4, 1988, pp. 1033-1132.

— «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, vol. 42, n.º 4, 1989, pp. 1143-1168.

PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.

— «La acción de nulidad sí prescribe», en Jesús Delgado Echeverría (coord.), *Las nulidades de los contratos*: un sistema en evolución, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 225-246.

PAWLOSKI, H.-M., *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen: Amts- und Parteinichtigkeit von Rechtsgeschäften. Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht*, Schwartz, Göttingen, 1966.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Artículo 1170», en Cándido Paz-Ares, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

PEEL, E., *Treitel. The Law of Contract*, 14.ª ed., Sweet & Maxwell. Thomson Reuters, London, 2015.

PELLET, S., «Les restitutions: et si le dogmatisme avait du bon?», en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, Lexis Nexis, Paris, 2016, pp. 133-138.

PELLIER, J. D., «Nullité et prescription», *Dalloz Actuallité,* 12 février 2019.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. P., *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, 2.ª ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

— *Derechos reales. Derecho hipotecario*, vol. I, 3.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999a.

— *Derechos reales. Derecho hipotecario*, vol. II, 3.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999b.

PÉREZ GARCÍA, M. J., *La protección aquiliana del Derecho de crédito*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., *Tratado de Derecho civil de Ennecerus/Kipp/Wollf. Traducción de la 32 edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*, vol. III, Barcelona, 1951.

PÉREZ MONGE, M., «Préstamo usurario y garantía hipotecaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001)», *ADC*, vol. 56, n.º 1, 2003, pp. 295-315.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PETERS, F., «Review. Arthur Severijn Hartkamp, Der Zwang im römischen Privatrech», *ZRG*, vol. 90, n.º 1, 1973, pp. 453-462.

PFLÜGER, H. H., *Zur Lehre zum Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, Duncker & Humblot, Munich-Leipzig, 1937.

— «Causa iudicati», *ZRG*, vol. 43, n.º 1, 1922, pp. 153-170.

PINTÓ RUIZ, J. J., «La condición resolutoria tácita. Apéndice a Mosco», en *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Nereo, Barcelona, 1962.

PIZARRO WILSON, C., «Un vistazo general a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, vol. 35, 2018, pp. 351-368.

PLANA ARNALDOS, M. DEL C., *Cesión de solar a cambio de obra futura: Estudios jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

PLANIOL, M., *Traité Élémentaire de Droit civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit*, vol. II, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1907.

— *Traité Élémentaire de Droit civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit*, vol. I, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1906.

PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit civil*, vol. II, 11.ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1932.

POISSON-DROCOURT, E., «Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat», *Recueil Dalloz Sirey*, n.º Chronique XV, 1983, pp. 85-90.

PORTALIS, J.-É.-M., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1844.

POSEZ, A., *L'inexistence du contrat: un autre regard sur sa formation*, Université Panthéon- Assas, 2010.

POTHIER, R. J., *Traité des contrats de bienfaisance, selon les régles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, vol. 4, Béchet Ain, Paris, 1824.

— *Traité du contract de vente, selons les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, vol. I, 9.ª ed., Debure, Paris, 1772a.

— *Traité du droit de domaine de propieté*, vol. I, Debure, Paris, 1772b.

— *Traité des obligations*, Debure, Paris, 1761.

PRADO LÓPEZ, P., «La nulidad como un medio de tutela precontractual en el Código civil chileno», *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 26, 2019, pp. 1-36.

PUCHTA, G. F., *Pandekten*, 9.ª ed., Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1863.

PUFENDORF, S., *De jure naturae et gentium, libri octo, cum integris Commentaris Virorum Clarissimorum JO. Nicolai Hertii, atque Joannis Barbeyraci*, vol. I, Ex officina Knochiana, Frankfurt-Leipzig, 1744.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, vol. II-1, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1988.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «La condictio de prestación y sus sustantividad dentro de los supuestos de enriquecimiento sin causa», *La Ley*, vol. 2, 2006, pp. 1644-1658.

QUICIOS MOLINA, S., «La ineficacia contractual», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Tratado de contratos*, vol. I, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1523-1788.

— «Restitución del valor de uso de la cosa vendida y abono de gastos al comprador tras la resolución de la compraventa. Sentencia de 30 de abril de 2013 (RJ 2013, 8001)», *CCJC*, vol. 96, 2014, pp. 15-32.

QUICIOS MOLINA, S., «Restitución de frutos, compensación de mejoras e intereses del precio en la resolución», en *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1459-1470.

— «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 2009», *CCJC*, vol. 82, 2010.

RABEL, E., *Das Recht des Warenkaufs. Eine Rechtsvergleichende Darstellung (Unveränderter Neudruck der Ausgaben von 1936 und 1957)*, vol. 1, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1964.

— *Das Recht des Warenkaufs*, vol. II, Walter de Gruyter & Co., J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Berlin und Tübingen, 1958.

— «Grundzüge des römisches Privatsrechts», en Franz v. von Holtzendorff, Josef Kohler (eds.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, vol. 1, 7.ª, Duncker & Humblot, Munich-Leipzig-Berlin, 1915, p. 403-540.

RAGGI, L., *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Giuffrè Editore, Milano, 1965.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia en el Derecho español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 19, 2012, pp. 63-114.

RAMOS GONZÁLEZ, S., y ALASCIO CARRASCO, L., «Pérdida del objeto vendido en poder del comprador no propietario», *InDret*, n.º 3, 2012, pp. 1-27.

RANIERI, F., «Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts», en Helmut Coing, Walter Wilhem (eds.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, vol. 2, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1977, pp. 90-111.

REDONDO TRIGO, F., «Fiducia cum amico, compraventa de acciones e inaplicabilidad del artículo 1306 del Código Civil», *RCDI*, vol. 758, 2016, pp. 3501-3518.

REEB, H., *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, C. H. Beck, München, 1975.

REGELSBERGER, F., *Pandekten*, vol. 1, Duncker & Humblot, Leipzig, 1893.

RENARD, C., y VIEUJEAN, E., «Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge», *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1962, 3-4, pp. 243 y ss., 251 y ss.

REUTER, D., y MARTINEK, M., *Handbuch des Schuldrechts. Ungerechtfertige Bereicherung*, vol. II, 2.ª ed. rev, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

— *Ungerechtfertige Bereicherung*, vol. II, Mohr Siebeck, Tübingen, 1983.

— *Ungerechtfertigte Bereicherung*, vol. I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.

REVUELTA ROMO, R., y GUERRERO GÓMEZ, J. A., «Alcance de la obligación de «restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción»», *Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2020.

RICART MARTÍ, E., «De la clasificación justinianea de las condictiones a la doctrina del enriquecimiento injustificado», en Joan Picó i Junoy (ed.), *Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora M.ª Victoria Berzosa Francos*, Bosch Procesal, Barcelona, 2013, pp. 317-324.

Ricart Martí, E., «Un caso de *"In integrum restitutio rei publicae causa abesse* y *petitio bonorum possessionis"* D. 29,2,86 pr. Papiniano 1.6 "resp"», *Revue internationale des droits de l'antiquité*, N.º 54, 2007, pp. 409-436.

Roca Juan, J., «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida. (Notas al artículo 1186 del Código civil)», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 523-548.

Roca Sastre, R. M.; Roca-Sastre Muncunill, L., y Bernà i Xirgo, J., *Derecho hipotecario*, vol. I, 9.ª ed., Bosch, Barcelona, 2008a.

— *Derecho hipotecario*, vol. II, 9.ª ed., Bosch, Barcelona, 2008b.

Rodríguez-Rosado, B., «Omisión de deberes de información en productos financieros (II): el Supremo abre una brecha en su jurisprudencia», *Almacén de Derecho*, 2022, fecha de consulta 29 de julio 2022, en https://almacendederecho.org/omision-de-deberes-de-informacion-en-productos-financieros-ii-el-supremo-abre-una-brecha-en-su-jurisprudencia.

— «Omisión de deberes de información en productos financieros: ¿un supuesto de responsabilidad precontractual sin nulidad?», *Almacén de Derecho*, 2021, fecha de consulta 29 de julio 2022, en https://almacendederecho.org/omision-de-deberes-de-informacion-en-productos-financieros-un-supuesto-de-responsabilidad-precontractual-sin-nulidad.

— «Mala fe y eficacia frente a tercero de los derechos de crédito», en *A. A. M. N.*, vol. 59, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2019, pp. 435-470.

— *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

— *Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als Mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2009.

— «Ius ad rem y condena de mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil», *ADC*, vol. 62, n.º 4, 2009, pp. 1687-1723.

— «Declaración de nulidad y restitución en caso de pérdida», *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, n.º 1, 2006.

— «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», *ADC*, n.º III, 2004, pp. 1003-1104.

— *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

Rodríguez, J. M., *Elementos de Derecho civil, penal y mercantil de España*, vol. I, Imprenta de T. Fornanet, Madrid, 1861.

Rodríguez Adrados, A., «El dolo del poseedor de buena fe», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 549-575.

Rodríguez Ruiz de Villa, D., y Huerta Viesca, M., «Estados doctrinal y jurisprudencial actuales y perspectivas de evolución futura de la interpretación de la legislación vigente», *ADC*, vol. 48, n.º 4, 1995, pp. 1529-1632.

Romero Sieira, C., «Comentario al artículo 111 del Código Penal», en Sergio Amadeo Gadea (ed.), *Código penal. Parte general*, vol. I, Factum Libri, 2007, pp. 586-594.

ROTH, G., «Vorteil, Schaden und Wert im Bereicherungsrecht», en Hans Hablitzel, Michael Wöllenschlager (eds.), *FS-Günther Küchenhoff*, Duncker & Humblot, 1972, p. 348-.

ROTH, H., «Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion», en Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Köller (eds.), *FS-Claus-Wilhem Canaris*, vol. I, C. H. Beck, München, 2007, pp. 1131-1148.

RÖTHEL, A., «Die sog. Saldotheorie», *JURA*, n.º 12, 2015, pp. 1287-1294.

— «Bereicherungsausgleich für Nutzungen», *JURA*, n.º 11, 2013, pp. 1110–1114.

ROUVIÈRE, F., «L'évaluation des restituions après annulation ou résolution de la vente», *RTDciv*, n.º 4, 2009, pp. 617-638.

RUIZ ARRANZ, A. I., «El moderno *mortuus redhibetur*: restitución derivada de la nulidad y resolución de Banco Popular. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2021», *ADC*, vol. 75, 3, 2022, pp. 449-478.

— «Commodum representationis y commodum ex negotiatione. O, ¿de qué hablamos, cuando hablamos de subrogados?», en Antonio Manuel Morales Moreno (ed.), *Estudios de Derecho de contratos*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp.1055-1164.

— «Una nueva concepción para la usura: presupuestos y restitución», *RDC*, vol. VIII, n.º 1, 2021, pp. 181-242.

— «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores Una necesaria reordenación dogmática», *InDret*, n.º 1, 2020, pp. 56-141.

— «Frutos en la restitución contractual y normas posesorias: Un debate a zanjar», en Joaquín Ataz López, Carmen Leonor García Pérez (eds.), *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Thomson Reuters, Madrid, 2019, pp. 289-317.

— «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *ADC*, n.º 4, 2018, pp. 1351-1486.

— «La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en Derecho alemán y español. Un análisis comparado.», *RJUAM*, vol. 34, n.º 2, 2016, pp. 409-440.

SABATER BAYLE, E., «Simulación en contrato usurario entre particulares. Dación en pago y pacto de retro. Nulidad parcial ex art. 3 de la ley de Usura Comentario a la STS Sala de lo Civil, núm. 141/2013, de 1 de marzo (RJ\2013\2280), Pont de Geneve 2000 S. L. V Doña Eugenia.», *Aranzadi Civil-mercantil*, n.º 10, 2015.

— «Contribución al estudio de la mora del acreedor», *Actualidad Civil*, 1989, pp. 1997-2025.

SABORIDO SÁNCHEZ, P., *La causa ilícita. Delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SALOMONE, A. M., *Iudicati velut obligatio*, Satura Editrice, Napoli, 2007.

SALVADOR CODERCH, P., y SANTDIUMENGE, J., «La influencia del Avan-Projet de revision du Code civil belga de François Laurent en el Código civil español de

1889», en *Centenario del Código civil*, vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1922-1965.

San Miguel Pradera, L. P., «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislació», *ADC*, vol. 69, n.º 3, 2016, pp. 991-1038.

San Miguel Pradera, L. P., *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

Sánchez Aristi, R., «Artículo 609 CC», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios al código civil*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2013.

Sánchez Gómez, A., «Del cobro de lo indebido», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios al código civil*, Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 2145-2153.

Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho civil*, vol. V, Establecimiento tipográfico «sucesores de rivadeneyra», Madrid, 1912.

— *Estudios de Derecho civil*, vol. III, 2.ª ed., Establecimiento tipográfico «sucesores de rivadeneyra», Madrid, 1900.

— *Estudios de Derecho civil*, vol. IV, 2.ª ed., Establecimiento tipográfico «sucesores de rivadeneyra», Madrid, 1899.

— *La codificación civil en España*, Establecimiento tipográfico «sucesores de rivadeneyra», Madrid, 1890.

Sanponts y Barba, I.; Marti de Eixalá, R., y Ferrer y Subirana, J., *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez. Vertida al castellano y estensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la le*, vol. III, Imprenta de Antonio Bergnes y C.ª., Barcelona, 1843.

Santos Briz, J., «Artículo 1895», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XXIV, Edersa, Madrid, 1984a.

— «Artículos 1.896 al 1.897», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, vol. XXIV, Edersa, Madrid, 1984b.

Santos Morón, M. J., «La responsabilidad médica (en particular en la medicina «voluntaria»): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret*, vol. 1, 2018, pp. 1-57.

Sargenti, M., «Studi sulla «Restitutio in integrum»», *BIDR*, vol. 69, n.º 8, 1966, pp. 193-298.

Savigny, F. C. von, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, vol. 2, Berlin, 1853.

— *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 7, Veiit und Comp., Berlin, 1848.

— *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 5, Veit und Comp., Berlin, 1841a.

SAVIGNY, F. C. VON, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 4, Veit und Comp., Berlin, 1841b.

— *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 3, Veit und Comp., Berlin, 1840.

SCHÄFER, C., *Der Zins im Bereicherungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

SCHÄFER, F. L., «§§ 812-822. Ungerechtfertige Bereicherung», en Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (eds.), *HKK*, vol. III, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 2592-2710.

SCHAUHOFF, S., *Die bereicherungshaftung wegen der Nutzung rechtsgrundlos erlagten Geldes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

SCHERMAIER, M. J., «§§116-124. Willensmängel», en *HKK*, vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 403-497.

SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6.ª ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003.

— *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

— «Anmerkung zu BGH, Urteil vom 6.3.1998 - V ZR 244/96 (KG Berlin)», *JZ*, n.º 19, 1998, pp. 955-959.

SCHLOSSER, H., *Grunzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, 9.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2001.

SCHLÜSSLER, R., «The economic thought of Luis de Molina», en Matthias Kaufmann, Alexander Aichele (eds.), *A companion to Luis de Molina*, Brill, Leiden-Boston, 2014, pp. 257-288.

SCHLÜTER, P., *Rückabwicklung und Selbstbestimmung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021.

SCHMIDT, H., «§ 346 BGB Wirkungen des Rücktritts», en Wolfang Hau, Roman Poseck (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, C. H. Beck, München, 2020.

SCHMIDT, J. P., «Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia «existência, validade e eficácia do negócio jurídico», *Revista Fórum de Direito Civil*, vol. 3, 5, 2014, pp. 135-158.

SCHMIDT-SZALEWSKI, J., «Les conséquences de l'annulation d'un contrat», *La Semaine Juridique*, vol. 25, n.º I, 1989, p. 3397.

SCHRAGE, E. J. H., *Utrumque Ius. Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

SCHULZ, F., «Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht», *ZRG*, 1922, pp. 171-261.

— «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *AcP*, n.º 105, 1909, pp. 1-488.

SCHUSTER, P. F., *Bereicherungsrecht und neues Rücktrittsrecht*, Dr. Kovač, Hamburg, 2015.

SCHWAB, M., «§ 812 BGB Herausgabeanspruch», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. 7, 8.ª ed., C. H. Beck, München, 2020a.

SCHWAB, M., «§ 818 BGB Umfang des Bereicherungsanspruchs», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. 7, 8.ª ed., München, 2020b.

— «§ 817 BGB Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. 7, 8.ª ed., C. H. Beck, München, 2020c.

SCHWAB, M., «§ 818 BGB Umfang des Bereicherungsanspruchs», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. 7, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2017.

— «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346ff. BGB n. F.», *JuS*, n.º 7, 2002, pp. 630-637.

SCHWARZ, F., *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht*, Böhlau-Verlag, Münster-Köln, 1952.

SCOTT, H., *Unjust Enrichment in South African Law. Rethinking Enrichment by Transfer*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *La negligencia y la impreicia en la prestación profesional del abogado*, Valencia, 1997.

SIRENA, P., «The rules about restitution in the Proposal on a Common European Sales Law», *ERPL*, vol. 19, n.º 6, 2011, pp. 977-1000.

SKINNER, Q., «Meaning and understanding in the history of ideas», *History and Theory*, vol. 8, n.º 1, 1969, pp. 3-53.

SOBEJANO NIETO, D., «El préstamo al jugador: lo que ocurre cuando el prestatario gana el juego», *Almacén de Derecho*, 2020, fecha de consulta 11 mayo 2020, en https://almacendederecho.org/el-prestamo-al-jugador-lo-que-ocurre-cuando-el-prestatario-gana-el-juego/.

SOLÉ FELIU, J., «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España», *InDret*, n.º 4, 2016, pp. 1-32.

SOLER PRESAS, A., «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio», *ADC*, vol. 71, n.º 4, 2018, pp. 1227-1276.

— «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret*, n.º 2, 2009, pp. 1-32.

— *La valoración del daño en la compraventa*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1998.

— «El deber de mitigar el daño (a propósito de la STS 1.ª de 15.11.1994)», *ADC*, vol. 48, n.º 2, 1995, pp. 951-969.

SOTO, D. DE, *De iustitia et iure. Libri decem.*, Lugduni: Iuncta, Lyon, 1553.

SPALTESTEIN, M., *Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: ein römischrechtlicher Versuch*, Vahlen, Berlin, 1873.

SPRAU, H., «§ 818 BGB», en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 2021, pp. 1398-1406.

SPRAU, H., «§ 818 BGB», en Gerd Brüdermüller, Jürgen Ellenberger, Christian Grüneberg, Isabel Götz, Sebastian Herrler, Karsten Thorn, y otros (eds.), *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 77.ª ed., C. H. Beck, München, 2018, pp. 1412-1420.

STADLER, A., *Gestaltungsfreiheit und Verkehrschutz durch Abstraktion*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996.

STOLL, H., «Rücktritt und Schadensersatz», *AcP*, vol. 131, n.º 1/2, 1929, pp. 141-185.

STRESEMANN, C., «§ 100 BGB», en Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (eds.), *MüKo*, vol. I, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2015.

TALLON, D., «Article 81 CISG», en Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè Editore, Milano, 1987a, pp. 601-606.

— «Article 82 CISG», en Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè Editore, Milano, 1987b, pp. 607-609.

TELLKAMP, J. A., «Rights and dominium», en Matthias Kaufmann, Alexander Aichele (eds.), *A companion to Luis de Molina*, Brill, Leiden-Boston, 2014, pp. 123-153.

TERRÉ, F.; SIMLER, P., y LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 11.ª ed., Dalloz, Paris, 2013.

THIBAUT, A. F., *System des Pandektenrechts*, vol. 2, 8.ª ed., Jena, 1833.

THIER, A., «§§ 346-359 Rücktritt; Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen», en Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (eds.), *HKK*, vol. 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 2074-2121.

— «Rücktrittsrecht und Bereicherungsheftung: Zur Reichweite von § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwickung gegenseitiger Verträge», en Stephan Lorenz, Andreas Heldrich (eds.), *FS-Andreas Heldrich*, C. H. Beck, München, 2005, pp. 439-455.

THOMAS, J. A. C., *Textbook of Roman Law*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam-New York-Oxford, 1976.

TIRADO MARTÍ, I., «Principio de universalidad (art. 76)», en Ángel Rojo Fernández del Río, Emilio Beltrán Sánchez (eds.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Reuters, Pamplona, 2004.

TOLDRÀ ROCA, M. D., *La anulabilidad por causa de incapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TORRALBA SORIANO, V., «Artículo 1478 CC», en Cándido Paz Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario del Código civil*, vol. II, 2.ª., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

— «Causa ilícita. Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, vol. 19, n.º 3, 1966, pp. 661-708.

VARELA CASTRO, I. «Artículos 1304 y 1314 CC», en María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz (eds.), *Comentario al articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 669-682.

Vattier Fuenzalida, C., «El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía», *ADC*, vol. 61, n.º 4, 2008, pp. 1841-1865.

Vázquez de Castro, E., *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Vázquez-Pastor Jiménez, L., «Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento», *InDret*, n.º 4, 2014, pp. 1-38.

Vegas Torres, J., «Artículo 594 LEC. Posterior transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado», en Andrés De la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres, Julio Banacloche, Palao (eds.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001a, pp. 1033-1039.

— «Artículo 595 LEC. Tercería de dominio. Legitimación», en Andrés De la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres, Julio Banacloche, Palao (eds.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001b, pp. 1036-1039.

— «Artículo 613 LEC. Efectos del embargo. Anotaciones preventivas y terceros poseedores», en Andrés De la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres, Julio Banacloche Palao (eds.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001c, pp. 1072-1076.

Vendrell Cervantes, C., «Recensión a «Bech Serrat, J. M., Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora»», *ADC*, vol. 71, n.º 2, 2018, pp. 531-536.

— «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en Pedro del Olmo García, Xabier Basozabal Arrue (eds.), *El enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 283-337.

— «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *ADC*, vol. 65, n.º 3, 2012, pp. 1107-1244.

— «L'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri: naturalesa, contingut i substantivitat jurídica pròpia en el dret privat espanyol i en el Marc Comú de Referència», en *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi civil de Catalunya,* 2012, pp. 457-502.

Vigil Fernández, C., «Productos y rentas en el Código Civil», *RCDI*, vol. 93, n.º 759, 2017, pp. 85-116.

Vila Ribas, C., «Artículos 1300 a 1314 CC», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Comentarios al código civil*, Lex Nova, Madrid, 2010, pp. 1429-1445

— *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1989.

Virgo, G., *The Principles of the Law of Restitution*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.

Visser, D., «Unjustified Enrichment in Comparative Perspective», en Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 961-993.

VISSER, D., «Rethinking Unjustified Enrichment: A Perspective of the Competition between Contractua and Enrichment Remedies», *Acta Juridica*, 1992, pp. 203-2036.

VOGENAUER, S., «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts at twenty: experiences to date, the 2010 edition, and future prospects», *Unif. Law Rev.*, vol. 19, 2014, pp. 481-518.

VON BAR, C., y CLIVE, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. 1, Sellier, Munich, 2009a.

— *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. 4, Sellier, Munich, 2009b.

VON CAEMMERER, E., «Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung», *RabelsZ*, vol. 12, 1938, pp. 675-713.

— «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en Hans Dölle, Max Rheinstein, Konrad Zweigert (eds.), *FS-Ernst Rabel*, vol. 1, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954a, pp. 334-401.

— «Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb», en *FS-Gustav Boehmer*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1954b, pp. 145-163.

— «Mortuus redhibetur. Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137», en Gotthard Paulus, Uwe Diederischen, Claus-Wilhelm Canaris (eds.), *FS-Karl Larenz*, C. H. Beck, München, 1973, pp. 621-642.

VON PETRAŻYCKI, L., *Die Lehre vom Einkommen. Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. II, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1895.

WACKE, A., «Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?», *ZRG*, vol. 88, n.º 1, 1971, pp. 105-135.

WAGNER, G., «Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?», en Theodor Baums, Johannes Wertenbruch, Marcus Lutter, Karsten Schmidt (eds.), *FS-Ulrich Huber*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 591-624.

WALLINGA, T., «Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem». Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro». Principios y práctica del Derecho romano de enriquecimiento», en Pedro del Olmo García, Xabier Basozabal Arrue (eds.), *Enriquecimiento injsutificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

WANDT, M., *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 8.ª ed., Vahlen, Frankfurt am Main, 2017.

WEINZIERL, K., *Die Restitutionslehre der Hochscholastik bis zum hl. Thomas von Aquin*, Max Hueber Verlag, München, 1939.

— *Die Restitutionslehre der Frühscholastik*, Max Hueber Verlag, München, 1936.

WENDEHORST, C., «§ 818 BGB Umfang des Bereicherungsanspruchs», en Wolfang Hau, Roman Posek (eds.), *Beck'scher Online*, 57.ª ed., C. H. Beck, München, 2021a.

WENDEHORST, C., «§ 817 BGB Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten», en Wolfang Hau, Roman Posek (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, 58.ª ed., C. H. Beck, München, 2021b.

— «§ 812 BGB. Herausgabeanspruch», en Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (eds.), *Kommentar zum Bürgerlichengesetzbuch*, vol. 2, 3.ª ed., C. H. Beck, München, 2012.

WENDEHORST, C., «Restitution in the Proposal for a Common European Sales Law», *Think Tank - European Parliament*, 2012, pp. 1-32, fecha de consulta 26 julio 2021, en https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201207/20120704ATT48276/20120704ATT48276EN.pdf.

— «Die Leistungskondiktion und ihre Binnenstruktur in rechtsvergleichender Perspektive», en Reinhard Zimmermann (ed.), *Grundstrukturen eines europäischen Bereicherungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 47-140.

WERNECKE, F., *Abwehr und Ausgleich, aufgedrängter Bereicherungen im Bereicherungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

WESEL, U., «Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs», *ZRG*, vol. 85, n.º 1, 1968, pp. 94-172.

WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.ª., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.

— *Lex commissoria. Erfüllungszwang und widerruf im römischen Kaufrecht*, Springer, Berlin, 1932.

WIELING, H. J., *Bereicherungsrecht*, 4.ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg, 2007.

— «Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen», *AcP*, vol. 169, n.º H. 2, 1969, pp. 137-170.

WILBURG, W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Leuschner & Lubensky, Graz, 1934.

WILHEM, J., *Sachenrecht*, 6.ª. ed., De Gruyter, Berlin-Boston, 2019

— *Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertiger Bereicherung*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1973.

WINDSCHEID, B., y KIPP, T., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 1, Scientia Verlag Valen, Frankfurt am Main, 1963.

— *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 2, Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1900.

WOLFF, C., *Grundsätze des Natur- und Völckerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem bestandigen Zusammenhange hergeleitet werden*, Rengerischen Buchhandlung, Halle, 1754.

— *Institutiones juris naturae et gentium, in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia*, Officina Rengeriana, Halle, 1750.

WOLLSCHLÄGER, C., «Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft», en Okko Behrends, Malte Diesselhorst, Wulf Eckart Voss (eds.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposiun aus Anlaß des 75. Geburstages von Franz Wieacker*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1985, pp. 41-88.

YZQUIERDO TOLSADA, M., «Tipología del justo título en la usucapión: Crónica de una cuestión pendiente», *ADC*, vol. 54, n.º 2, 2001, pp. 547-680.

— *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997.

ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K. S., *Handbuch des französischen Civilrechts*, vol. I, 6.ª ed., Mohr, Freiburg, 1874.

ZIMMERMANN, R., «The unwinding of failed contracts in de Unidroit Principles 2010», *Unif. Law Rev.*, vol. 16, n.º 3, 2011, pp. 563-588.

— «Restitution after Termination for Brech of Contract: German Law after the Reform of 2002», en Andrew Burrows, Alan Rodger (eds.), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 323-341.

— «Bereicherungsrecht in Europa: Eine Einführung», en Reinhard Zimmermann (ed.), *Grundstrukturen eines europäischen Bereicherungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 17-46.

— «Restitutio in integrum», en Heinrich Honsell, Roger Zäch, Franz Hasenböhler, Friedrich Harrer, René Rhinow (eds.), *FS-Ernst A. Kramer*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2004, pp. 735-754.

— *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

— «"Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...": Condicio tacita, implied condition und die Fortbilgung des europäischen Vertragsrechts», *AcP*, vol. 193, n.º 2/3, 1993, pp. 121-173.

— *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.

ZURILLA CARIÑANA, M. DE LOS Á., «Artículo 1295», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Comentarios al código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

ZWIRLEIN, S., «Mortuus redhibetur» permansit. Historisch - rechtsvergleichende Anmerkungen zur Gefahrtragung vor Rücktritt vom Kaufvertrag», *ZEuP*, n.º 3, 2018, pp. 564-589.

LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS

ESPAÑA

Sentencias del Tribunal Supremo

— STS, 1.ª, 2 de junio de 2022 (MP: Díaz Fraile; JUR 2022/203531).
— STS, 1.ª, 27 de abril de 2022 (MP: Díaz Fraile; RJ 2022/2120).
— STS, 1.ª, 12 de enero de 2022 (MP: García Martínez; RJ 2022/18).
— STS, 1.ª, 22 de junio de 2021 (MP: Díaz Fraile; RJ 2021/2959).
— STS, 1.ª, 15 de marzo de 2021 (MP: Parra Lucán; JUR 2021/99242).
— STS, 3.ª, 2 de julio de 2020 (MP: Córdoba Castroverde; JUR 2020\205398).
— STS,1.ª, 24 de junio de 2020 (MP: Díaz Fraile; RJ 2020/5137).
— STS, 1.ª, 11 de junio de 2020 (MP: Sancho Gargallo; JUR 2020/181149).
— STS, 1.ª, 8 de junio de 2020 (MP: Vela Torres; RJ 2020/1596).
— STS, 1.ª, 4 de junio de 2020 (MP: Díaz Fraile; RJ 2020/1580).
— STS, 1.ª, 2 de marzo de 2020 (MP: Parra Lucán; RJ 2020/744).
— STS, 1.ª, 3 de febrero de 2020 (MP: Parra Lucán; RJ 2020/124).
— STS, 1.ª, 5 de diciembre de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/5010).
— STS, 1.ª, Pleno, 27 de noviembre de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/4811).
— STS, 21 de junio de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/2471).
— STS, 1.ª, 17 de mayo de 2019 (MP: Vela Torres; RJ 2019/2269).
— STS, 1.ª, 14 de febrero de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/545).
— STS, 1.ª, 12 de febrero de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/545).
— STS, 1.ª, 31 de enero de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/207).
— STS, 1.ª, 22 de noviembre de 2018, FD 3.º [3] (MP: Orduña Moreno; RJ 2018/5187).

— STS, 1.ª, 17 de julio de 2018 (MP: Vela Torres; RJ 2018/2969).
— STS, 1.ª, Pleno, 11 de julio de 2018 (MP: Parra Lucán; RJ 2018/2793).
— STS, 1.ª, 28 de mayo de 2018 (MP: Baena Ruiz; RJ 2018/2021).
— STS, 1.ª, 13 de marzo de 2018 (MP: Vela Torres; RJ 2018/986).
— STS, 1.ª, 5 de marzo de 2018 (MP: Salas Carceller; RJ 2018/898).
— STS, 1.ª, 25 de octubre de 2017 (MP: Vela Torres; RJ 2017/5440
— STS, 1.ª, 16 de octubre de 2017 (MP: Parra Lucán; RJ 2017/4286).
— STS, 1.ª, 13 de julio de 2017 (MP: Vela Torres; RJ 2017/3961).
— STS, 1.ª, 20 de enero de 2017 (MP: Arroyo Fiestas; RJ 2017/360).
— STS, 1.ª, 10 de junio de 2016 (MP: Orduña Moreno; RJ 2016/2827).
— STS, 1.ª, 6 de junio de 2016 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2016/2333).
— STS, 1.ª, 10 de diciembre de 2015 (MP: MP: Salas Carceller; RJ 2015/5387).
— STS, 1.ª, 10 de marzo de 2015 (MP: Sarazá Jimena; RJ 2015/1121).
— STS, 1.ª, 24 de noviembre de 2014 (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2015/741).
— STS, 1.ª, 18 de noviembre de 2014 (MP: Seijas Quintana; RJ 2014/5946).
— STS, 1.ª, 10 de septiembre de 2014 (MP: Orduña Moreno; RJ 2014/4800).
— STS, 1.ª, 29 de julio de 2013 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2013/5010).
— STS, 1.ª, 17 de julio de 2013 (MP: Marín Castán; RJ 2013/5919).
— STS, 1.ª, 30 de abril de 2013 (MP: Orduña Moreno, RJ 2013/8001).
— STS, 1.ª, 4 de octubre de 2013 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2013/7251).
— STS, 1.ª, 1 de octubre de 2012 (MP: Bayón Cobos; RJ 2012/9708).
— STS, 1.ª, 18 de julio de 2012 (MP: Arroyo Fiestas; RJ 2012/9333).
— STS, 4.ª, 20 de junio de 2012 (MP: Alarcón Caracuel; RJ 2012/8344).
— STS, 1.ª, 18 de octubre de 2011 (MP: Gimeno-Bayón Cobos; RJ 2012/421).
— STS, 1.ª, 22 de junio de 2010 (MP: Roca Trías; RJ 2010/4901).
— STS, 1.ª, 10 de junio de 2010 (MP: Marín Castán; RJ 2010/2675).
— STS, 1.ª, 5 de marzo de 2010 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2010/2390).
— STS, 1.ª, 15 de enero de 2010 (MP: Marín Castán; RJ 2010/1400).
— STS, 4.ª, 30 de noviembre de 2009 (MP: Gilolmo López; RJ 2021/252).
— STS, 1.ª, 30 de julio de 2009 (MP: Corbal Fernández; RJ 2009/4580).
— STS, 1.ª, 25 de junio de 2009 (MP: Montés Penadés; RJ 2009/6454).
— STS, 1.ª, 5 de mayo de 2009 (MP: Corbal Fernández, RJ 2009/2907).
— STS, 1.ª, 8 de abril de 2009 (MP: Almagro Nosete; RJ 2009/3337).
— STS, 1.ª, 18 de marzo de 2009 (MP: Corbal Fernández; RJ 2009/1652).
— STS, 1.ª, 26 de febrero de 2009 (MP: Marín Castán; RJ 2009/1522).
— STS, 1.ª, 10 de octubre de 2008 (MP: Marín Castán; RJ 2008/5687).
— STS, 1.ª, 17 de julio de 2008 (MP: Seijas Quintana; RJ 2008/5666).
— STS, 1.ª, 15 de enero de 2008 (MP: Marín Castán; RJ 2008/1393).
— STS, 1.ª, 19 de diciembre de 2007 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2007/9049).

— STS, 1.ª, 16 de mayo de 2007 (MP: Xiol Ríos; RJ 2007/4616).
— STS, 1.ª, 5 de marzo de 2007 (Marín Castán; RJ 2007/723).
— STS, 1.ª, 8 de febrero de 2008 (RJ 2008/2817; MP: Auger Liñán).
— STS 1.ª, 22 de febrero de 2007 (MP: Salas Carceller; RJ 2007/1478).
— STS, 1.ª, 18 de enero de 2007 (MP: O'Callaghan Muñoz, RJ 2007/529).
— STS, 1.ª, 8 de enero de 2007 (MP: Montés Penadés; RJ 2007/812).
— STS, 1.ª, 22 de diciembre de 2006 (MP: Xiol Ríos; RJ 2007/307).
— STS, 1.ª, 2 de octubre de 2006 (MP: González Poveda; RJ 2006/1700).
— STS, 1.ª, 24 de marzo de 2006 (MP: Corbal Fernández; RJ 2006/5655).
— STS, 1.ª, 1 de julio de 2005 (MP: Gullón Ballesteros; RJ 2005/5090).
— STS, 1.ª, 7 de junio de 2005 (MP: Ruiz de la Cuesta Cascajares; RJ 2005/4422).
— STS, 1.ª, 10 de febrero de 2006 (MP: González Poveda; RJ 2006/1700).
— STS, 1.ª, 3 de marzo de 2005 (MP: Ruiz de la Cuesta Cascajares; RJ 2005/4731).
— STS, 1.ª, 30 de diciembre de 2003 (MP: Martínez-Pereda Rodríguez; RJ 2003/8998).
— STS, 1.ª, 11 de febrero de 2003 (MP: González Poveda; RJ 2003/1004).
— STS, 1.ª, 22 de octubre de 2002 (MP: Ortega Torres; RJ 2002/8774).
— STS, 1.ª, 21 de junio de 2002 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2002/5257).
— STS, 1.ª, 13 de marzo de 2002 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2002/5697).
— STS, 1.ª, 5 de febrero de 2002 (MP: Almagro Nosete; RJ 2002/2884).
— STS 1.ª, 21 de septiembre de 2001 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2001/7485).
— STS, 1.ª, 26 de julio de 2000 (MP: Corbal Fernández; RJ 2000\9177).
— STS, 1.ª, 4 de julio de 2000 (MP: Vázquez Sandes; RJ 2000/6678).
— STS, 1.ª, 21 de enero de 2000 (MP: Villagómez Rodil; RJ 2000/113).
— STS, 1.ª, 24 de julio de 1999 (MP: González Poveda; RJ 1999/6356).
— STS, 1.ª, 28 de noviembre de 1998 (MP: González Poveda; RJ 1998/9698).
— STS, 1.ª, 1 de abril de 1998 (MP O'Callaghan Muñoz; RJ 1998/1912).
— STS, 1.ª, 4 de febrero de 1998 (MP: Sierra Gil de la Cuesta; RJ 1998/618).
— STS, 1.ª, 6 de junio de 1997 (MP: González Poveda; RJ 1998/376).
— STS, 1.ª, 30 de diciembre de 1996 (MP: Sierra Gil de la Cuesta; RJ 1997/2182).
— STS, 1.ª, 23 de julio de 1996 (MP: Marina Martínez-Pardo; RJ 1996/5567).
— STS, 1.ª, 13 de octubre de 1995 (MP: Burgos Pérez de Andrade; RJ 1995/7080).
— STS, 1.ª, 11 de octubre de 1995 (MP: Fernández-Cid de Temes; RJ 1995/7405).
— STS, 1.ª, 6 de junio de 1995 (MP: Albárcar López; RJ 1995/5054).
— STS, 1.ª, 12 de diciembre de 1994 (Pte. Salas Carceller; RJ 1994/9437).
— STS, 1.ª, 6 de octubre de 1994 (MP: Villagómez Rodil; RJ 1994/7459).
— STS, 1.ª, 9 de febrero de 1994 (MP: Martínez-Calcerrada y Gómez; RJ 1994/1096).
— STS, 1.ª, 24 de febrero de 1992 (MP: González Poveda; RJ 1992/1513).

— STS, 1.ª, 11 de febrero de 1992 (MP: Malpica González-Elipe; RJ 1992/1207).
— STS, 1.ª, 18 de septiembre de 1991 (MP: Almagro Nosete; RJ 1991/6055).
— STS, 1.ª, 15 de febrero de 1991 (MP. Casares Córdoba; RJ 1991/1272).
— STS, 1.ª, 7 de diciembre de 1990 (MP: López Vilas; RJ 1990/9900).
— STS, 1.ª, 3 de noviembre de 1988 (MP: Malpica González-Elipe; RJ 1988/8410).
— STS, 1.ª, 24 de febrero de 1988 (MP: Carretero Pérez; RJ 1988/1301).
— STS, 1.ª, 17 de junio de 1986 (MP: Pérez Gimeno; RJ 1986/3554).
— STS, 1.ª, 31 de octubre de 1984 (MP: Santos Briz; RJ 1984/5158).
— STS, 1.ª, 22 de noviembre de 1983 (MP: Casares Córdoba; RJ 1983/6492).
— STS, 1.ª, 13 de diciembre de 1980 (MP: Fernández Rodríguez; RJ 1980/4748).
— STS, 1.ª, 2 de enero de 1978 (MP: Prieto Delgado; Cendoj ROJ: STS 4109/1978).
— STS, 1.ª, 8 de abril de 1976 (MP: Calvillo Martínez; Cendoj Roj: STS 1255/1976).
— STS, 1.ª, 1 de febrero de 1974 (MP: Taboada Toca; Cendoj Roj: STS 80/1974).
— STS, 1.ª, 16 de octubre de 1959.
— STS, 1.ª, 9 de febrero de 1949 (MP: Desconocido; RJ 1949/99).
— STS, 1.ª, 12 de enero de 1943 (MP: Castán Tobeñas; Id Cendoj: 28079110011943100005).
— STS, 1.ª, 5 de enero de 1925 (MP: Ibargüen; Roj: STS 936/1925).

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia

— STSJ Navarra, Sala Civil y Penal, 23 de junio de 1992 (MP: Abárzuza Gil; RJ 1992/8375).

Sentencias de Audiencia Provincial

— SAP Cantabria, Sec. 2.ª, 29 de abril de 2021 (MP: De la Hoz de la Escalera; JUR 2021/146026).
— SAP Huesca, Sec. 1.ª, 8 de abril de 2014 (MP: Serena Puig; JUR 2014/295258).
— SAP Córdoba, Sec. 2.ª, 5 de octubre de 2007 (MP: Morillo-Velarde Pérez; JUR 2008/59338).
— SAP Castellón, 3.ª, 28 de noviembre de 2005 (MP: Bardón Martínez; AC 2006\219).

— SAP Las Palmas, Sec. 5.ª, 16 de diciembre de 2002 (MP: Pérez de Ontiveros Baquero; JUR 2003/81485).
— SAP Asturias, Sec. 7.ª, 2 de diciembre de 2002 (MP: Casero Alonso; JUR 2003/133552).
— SAP Castellón, Sec. 1.ª, 13 de febrero de 2001 (MP: Solaz Solar; AC 2002/571).
— SAP Baleares, Sec. 3.ª, 12 de junio de 2000 (MP: Rigó Roselló; JUR 2000\242932).
— SAP Madrid, Sec. 21.ª, 20 de enero de 1999 (MP: Cánovas del Castillo; AC 1999/6935).
— SAP Santander, Sec. 1.ª, 16 de noviembre de 1998 (MP: Finez Ratón; Id Cendoj: 39075370011998100770).
— SAP Madrid, Sec. 12.ª, 9 de marzo de 1998 (MP: Uriarte López; AC 1998/4842).
— SAP Tarragona, Sec. 3.ª, 16 de diciembre de 1997 (MP: Vigo Morancho; AC 1997/2515).

ALEMANIA

— SBGH 14 de octubre de 2015 - IV ZR 438/14 (NJW 2016, 156).
— SBGH 7 de marzo de 2013 - III ZR 231/12 (LG Berlin) (NJW 2013, 2021).
— SBGH 6 de agosto de 2008 - XII ZR 67/06 (NJW 2009, 1266).
— SBGH 24 de julio de 2007 - XI ZR 17/06 (OLG Bamberg) (NJW 2007, 2401).
— SBGH 31 de marzo de 2006 - V ZR 51/05 (OLG München) (NJW 2006, 1582).
— SBGH 6 de octubre de 2005 - VII ZR 325/03 (OLG München) (NJW 2006, 53).
— SBGH 2 de diciembre de 2004 - IX ZR 200/03 (NJW 2005, 884).
— SBGH 29 de septiembre de 2000 - V ZR 305/99 (Oldenburg) (NJW 2000, 3562).
— SBGH 6 de marzo de 1998 - V ZR 244/96 (KG Berlin) (NJW 1998, 2354).
— SBGH 26 de septiembre de 1997 - V ZR 29/96 (München) (NJW 1998, 302).
— SBGH 25 de octubre de 1995 - VIII ZR 42/94 (Nürnberg) (NJW 1996, 250).
— SBGH 11 de noviembre de 1994 - V ZR 116/93 (Düsseldorf) (NJW 1995, 454).
— SBGH 4 de mayo de 1994 - VIII ZR 309/93 (Köln) (NJW 1994, 2021).
— SBGH 16 de mayo de 1984 - VIII ZR 18/83 (Düsseldorf) (NJW 1984, 2937).
— SBGH 9 de octubre de 1980 - VII ZR 332/79 (München) (NJW 1981, 224).
— SBGH 26 de octubre de 1978 - VII ZR 202/76 (Frankfurt) (NJW 1979, 160).
— SBGH 14 de octubre de 1971 - VII ZR 313/69 (Karlsruhe) (NJW 1972, 36).
— SBGH 8 de enero de 1970 - VII ZR 130/68 (Hamm) (NJW 1970, 656).
— SBGH 28 de junio de 1961 - V ZR 75/60 (FHZivR 7 Nr. 4887).

— SBAG 16 de septiembre de 1982 - 2 AZR 228/80 (NJW 1984, 446).
— SBAG 20 de mayo de 1999 - 2 AZR 32 0/98 (Brandenburg) (NJW 1999, 3653).

FRANCIA

— SCC, 3e Chambre civile, 8 de julio de 2015, n.º 14-11-582.
— SCC, Chambre civile, 19 de febrero de 2014, n.º 12-15.520.
— SCC, Chambre civile, 9 de julio de 2004, n.º 02-16.302.
— SCC, Chambre civile, 11 de marzo de 2003, n.º 01.01.673.
— SCC, Chambre civile, 24 de noviembre de 2002, n.º 00-21.278.

La restitución de las prestaciones derivada de la nulidad, la resolución, la rescisión por lesión o el desistimiento del consumidor es un campo que no se ha prestado excesivamente a los estudios jurídicos ni en España ni en el resto de los ordenamientos. La «vuelta atrás del contrato» encierra, sin embargo, muchas preguntas irresueltas; todas de muy importantes implicaciones prácticas: ¿desempeña algún papel en la restitución la causa que haya propiciado la desvinculación (por ejemplo, la nulidad o la resolución)? Y, si lo hace, ¿en qué medida? ¿Cómo se desenvuelve la restitución? ¿Qué ocurre cuando las prestaciones no se pueden restituir *in natura*? ¿En qué casos opera una restitución alternativa del valor de la cosa? ¿Cómo se mide ese valor? ¿A qué clase de restitución contractual se deben someter los menores de edad y las personas con discapacidad? ¿Qué les ocurre a los contratos de cesión de uso o de prestación de servicios ante la restitución? ¿Tiene sentido limitar la restitución, cuando la desvinculación obedece a una causa torpe o ilícita? ¿Cómo se relaciona el sistema traslativo de la propiedad con la restitución contractual? ¿Tiene la restitución alcance contra terceros? ¿Qué les ocurre a los frutos, intereses, valor de uso y mejoras en la restitución? Antonio Ruiz Arranz aborda todas estas cuestiones a partir de despejar un primer interrogante: el de cuál sea el fundamento último de la restitución por desvinculación contractual. En opinión del autor, la restitución contractual admite construirse de manera unitaria (para todos los supuestos de desvinculación) como una relación obligatoria sinalagmática cuyo objetivo es colocar a las partes en el estado jurídico existente antes de contratar. Con estos mimbres, esta obra tiene como finalidad ofrecer, desde una perspectiva histórico-comparada, una auténtica estructura dogmática de la restitución contractual para el Derecho español.

Antonio Ismael Ruiz Arranz

Antonio I. Ruiz Arranz es doctor en Derecho (Premio Extraordinario de Doctorado) por la Universidad Autónoma de Madrid (2022), donde trabajó como investigador contratado predoctoral FPU y profesor (2017-2022). Ha sido investigador del Servicio Alemán de Intercambio (DAAD) e investigador postdoctoral en el Instituto de Historia del Derecho de la Universidad de Münster. También ha ejercido la profesión de abogado en el despacho Uría Menéndez, S. L. P. (Madrid). Actualmente, ejerce como *Transaction Lawyer* para el despacho *Fresh ields Brückhaus Deringer* (Hamburgo). Su actividad investigadora se centra en el Derecho civil de obligaciones y contratos, de daños y del enriquecimiento injustificado desde una perspectiva histórico-dogmática y comparada, así como en el Derecho privado y de consumo europeo.