

Commodum ex negotiatione

LUIS DíEZ-PICAZO

RESUMEN

Es una regla bien asentada en la tradición de la codificación europea y americana aquella según la cual la extinción por imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación de dar cosa cierta y determinada, atribuye al acreedor los derechos y acciones que el deudor tuviera por razón de la cosa misma, que la sustituyen o representan (commodum representationis). Algún sector doctrinal ha cuestionado si una solución semejante debe preconizarse cuando el deudor de cosa cierta y determinada hace imposible el cumplimiento transmitiendo la cosa a un tercero.

El autor pasa revista a este conjunto de problemas, enlazándolo con el más general relativo a si el deudor que incumple, puede deber –y en qué casos– al acreedor el enriquecimiento que obtiene con el incumplimiento.

I. PLANTEAMIENTO

Ha sido ésta una idea introducida no hace mucho tiempo entre nosotros por F. Pantaleón (*El sistema de responsabilidad contractual*, ADC, 1991, 44.3 y *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, ADC, 1993, 46.4), que tal vez requiera algún comentario. Se significa con ella el enriquecimiento que experimenta el deudor de una cosa cierta y determinada cuando enajena a un tercero la cosa debida y obtiene de este modo un valor superior al cubierto por la obligación. El problema, obviamente, es si el deudor (que incumple su obligación y viola el derecho de crédito) debe la susodicha suma o tiene que ceder la acción para obtenerla o, simplemente, responde en la medida en que se valore el daño sufrido por el acreedor. F. Pantaleón entiende que hay base suficiente, en nuestro Derecho positivo, para dar al interrogante que ha quedado abierto la primera de las respuestas esbozadas y que, por consiguiente, en los casos descritos, el acreedor podrá exigir la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero o la entrega de lo ya satisfecho por éste, reconociendo que puede ser mayor que

aquello que conseguiría como indemnización de daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad contractual. Para el autor citado, la respuesta se funda en una interpretación extensiva del artículo 1186 CC, que, según él, ha de considerarse aplicable no sólo al *commodum ex re*, sino también al *commodum ex negotiatione*; en que es el modelo seguido por algunos sectores de la jurisprudencia y la doctrina que considera dominante en Alemania, como Emmerich y Heinrichs (este último, en el Comentario de Palandt) que, interpretando el parágrafo 281, I del BGB, han sostenido esa misma opinión; y en algunos otros argumentos que podemos llamar menores y que luego se examinarán.

En el segundo de los trabajos citados, F. Pantaleón entiende que con el remedio propugnado se facilita al acreedor una «restitución de enriquecimiento» y entiende, además, desde el punto de vista de política jurídica, que el artículo 1186 CC debe conservarse, pese a su ausencia en el Derecho uniforme, porque constituye un cuerpo unitario con el 1095 y configura una especie de *ius ad rem* del acreedor de cosa cierta, estructurado con el cometido de que nuestro Derecho no se diferencie sensiblemente, en las relaciones interpartes, de aquellos ordenamientos en que la propiedad se transmite entre vivos por el mero consentimiento. El autor citado alude también al hecho de que el *commodum ex negotiatione* aparezca en el artículo 1778 CC.

La opinión de F. Pantaleón fue, en su momento, seguida por X. Basozábal (*Enriquecimiento injustificado: la condictio por intromisión*, Madrid, 1997). Tas discutir si los derechos de crédito poseen o no (como los derechos absolutos) un «contenido de atribución» que permita el juego de la *condictio* por intromisión, el autor citado da, bien es verdad que sólo para algunos casos, una respuesta afirmativa. Para Basozábal, que no trata el tema con extensión, la posibilidad de que el acreedor de cosa cierta y determinada reclame no sólo el *commodum representationis*, sino también el *commodum ex negotiatione*, esto es, la acción para cobrar el precio por el que el deudor haya vendido la cosa debida, surge del hecho de que el Código otorga al acreedor lo que el autor citado llama «el monopolio de las utilidades de la cosa», que son los frutos derivados del goce de la misma, puesto que, en el artículo 1095, el Código concede el derecho a los frutos desde que se constituye la obligación de entrega de la cosa fructífera y también en lo que llama el «precio por disposición».

La tesis contraria ha sido mantenida por A. Carrasco (M. Albaldado, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. I, p. 668), quien afirma, categóricamente, que «salvo

que una disposición particular determine lo contrario, no existe principio alguno en virtud del cual el deudor deba el beneficio o enriquecimiento que obtiene con el incumplimiento». Como disposiciones particulares que determinan lo contrario, se pueden citar, según Carrasco, el artículo 66 de la Ley de Patentes y el artículo 100 de la Ley de Costas sobre daños al dominio público marítimo.

Desarrollando esta opinión, dice Carrasco que el artículo 1106 CC parte de una consideración implícita: la de que no existe relación de equivalencia o de funcionalidad entre lo que el acreedor pierde como consecuencia del incumplimiento y lo que al deudor le aprovecha o le beneficia el incumplir. Esta última consideración –añade– es ajena a la liquidación del daño. Nuestro régimen de responsabilidad civil no desempeña ninguna función punitiva, sino compensatoria. Ello no quiere decir que el cálculo del beneficio no pueda ser utilizado como variable de la función del daño, unas veces porque la prueba del beneficio obtenido por el deudor es prueba concluyente de igual daño sufrido por el acreedor y, otras veces, porque el mercado impone de hecho esta equivalencia. Así, por ejemplo, si el vendedor incumple su deber de entrega de un bien que tiene una referencia en el mercado, el daño del acreedor se medirá por la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado al día en que debió hacerse la entrega, que, coincide con el beneficio que el deudor pudo obtener vendiendo el bien debido este día en el mercado. La equivalencia, sin embargo, se rompe cuando el perjuicio que se le causa al acreedor con el incumplimiento es menor que el perjuicio que al deudor le supondría el cumplir. Si el deudor está en condiciones de calcular el daño que ha de resarcir, sin duda incumplirá, y su «daño cesante» no es partida que el acreedor pueda liquidar como daño propio. La misma opinión había sido sostenida ya por A. Carrasco en un trabajo anterior, (*Restitución de provechos*, ADC, 1988, p. 151).

Se trata, como el lector observará, de un problema que ha sido, entre nosotros, escasamente debatido y en el que, por ello, conviene profundizar.

II. LOS TEMAS CENTRALES DEL DEBATE

Los temas centrales son, por supuesto, dos. El primero consiste en averiguar si es posible una interpretación extensiva del artículo 1186 CC y si ésta conduce, o puede conducir, a posiciones semejantes a aquellas que defienden los sostenedores de la restitución del *commodum ex negotiatione*. Muy relacionada con ello está la

cuestión respecto a si la doctrina alemana creada en torno al párrafo 285 BGB permite fundar una solución semejante. Hasta aquí, pues, el tema es de interpretación de preceptos legales.

Tras ello, habrá que preguntarse por la corrección de la afirmación de X. Basozabal, que es, en síntesis, que el Derecho de Enriquecimiento y, en especial la llamada *condictio* de intromisión puede aplicarse en los casos de vulneración o violación de derechos de crédito y, en especial, en el caso de incumplimiento de las obligaciones de dar cosa cierta y determinada. Convendrá, asimismo, hacer alguna reflexión sobre la forma como pueden cuadrarse las piezas del rompecabezas. En el caso de violación de derechos absolutos, las acciones de daños y las de restitución de enriquecimientos se pueden conciliar, mas, seguramente, no es tan fácil hacerlo cuando estamos hablando de lesión de derechos de crédito y de incumplimientos contractuales.

III. COMMODUM REPRESENTATIONIS

En el párrafo 669 del *Tratado de las Obligaciones*, se preguntaba Robert Pothier si, una vez disuelta la obligación por la extinción de la cosa debida, ya no subsiste nada de ella respecto de aquello que de la misma pueda quedar o respecto de los derechos y acciones que el deudor tenga en relación con tal cosa. Pothier pensaba, en primer lugar, que si la imposibilidad sobrevenida fortuita es sólo parcial la extinción de la obligación sólo afecta a esta parte y en lo demás, la obligación subsiste por el resto. Del mismo modo, si se hubiese perdido la cosa principal, pero subsistieran las accesorias, la obligación subsiste respecto de éstas últimas (p. ej., la promesa de heredar el caballo con todos sus arreos o la del esclavo con todo su peculio). Mayores dudas le producía la cuestión relativa a si puede el acreedor reclamar aquellas partes de la cosa que puedan representar alguna utilidad. Por ejemplo: muerto el buey que yo os debía, puedo reclamar la piel, de la que se puede extraer utilidad para hacer un odre.

En el párrafo 670 Pothier se planteaba el problema relativo a si las acciones y los derechos que el deudor pudiera conservar en relación con la cosa, continúan siendo suyos tras la extinción de la obligación o si viene obligado a subrogar al acreedor (que ha visto extinguido su crédito) en tales derechos y acciones. Pothier, que da, por supuesto, a esta pregunta una respuesta afirmativa, cita dos posibles casos: las acciones contra el culpable de la destrucción o del extravío y las indemnizaciones por expropiación (p. ej., «si vos fue-

rais deudor mío por un terreno, que después ha sido expropiado para hacer una plaza pública»).

La opinión de Pothier es el antecedente del artículo 1303 del Código Civil francés: «Cuando la cosa perece, queda fuera del comercio o se pierde, sin culpa del deudor, este último está obligado, si restan algunos derechos y acciones de indemnización relacionados con la cosa, a cederlos a su acreedor».

El autor que ha estudiado más detenidamente el artículo 1186 CC ha sido J. Roca Juan (*Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida; Notas al artículo 1186 CC*, Estudios en Homenaje de F. de Castro, II, p. 523). Según Roca Juan, a quien cito literalmente, «cabe aventurar la hipótesis de que en la formación del precepto, que pasó al artículo 1303 del Código de Napoleón, influyó una especie de comunicación de tres principios diferentes, nacidos en áreas distintas: el principio *res perit domino*, el principio *meum est quod ex re mea superest cuius vindicandi jus habeo* (D. 6, 1, 49 y 1) y el principio *secundum naturam est comoda cuiusque re eum sequi quem sequentur incomoda* (D. 50, 17 y 10). Por el primero, las cosas perecen para su dueño; por el segundo, el derecho de propiedad, extinguida la cosa, continúa subsistiendo en aquello que resta; del último se deriva que el *commodum* puede adoptar dos versiones; quien sufre el *periculum* tiene, extinguida la cosa, las accesiones y accesorios que debían serle prestados con la *res debita* (*commodum accessionis*), pero también los derechos y las acciones ocasionados, precisamente, por la pérdida de la *res debita* y que la sustituyen (*commodum repraesentationis*). Terminología y conceptos aceptados plenamente a partir del estudio de F. Mommsem, que lo justifica así: Si un mismo acontecimiento ocasiona, por un lado una imposibilidad total o parcial de la prestación y, por el otro, una ventaja, el derecho a obtener esta ventaja corresponde a aquella de las partes a la que incumbe el *periculum obligationis*; quien soporta tal desventaja, precisamente por esto, debe tener la ventaja. En esta atribución del cómodo representativo al acreedor se funda también la atribución a éste de los derechos y acciones que al deudor correspondían por razón de la cosa pericada. Los otros dos principios aparecen influyendo, según veremos, en el mecanismo técnico de la atribución de las acciones al acreedor y en el criterio de delimitación de supuestos a los que la norma del artículo 1186 no se aplica.»

Hasta aquí, las palabras de J. Roca. Una interpretación estricta del artículo 1186 fue sostenida por A. Carrasco (ADC, 1988, I, p. 143). El artículo 1186 contiene —dice Carrasco— una regla subrogatoria que obliga al deudor de cosa cierta a restituir el cómodo repre-

sentativo cuando aquella prestación se pierde. A pesar de que el precepto se refiere a la cesión de acciones al acreedor, el origen doctrinal de esta norma obliga a pensar que el cómodo restituible es cualquier enriquecimiento que al deudor le queda de la cosa, de acuerdo, según nos advierte Roca Juan, a una traslación operada en Pothier del principio *meus est quod ex re mea superest* al correlativo *meus est quod ex re mihi debita superest*.

Esta norma –continúa diciendo Carrasco– no puede ser aplicable en Derecho español al incumplidor culposo o doloso, dado que se parte del supuesto de que la obligación se ha «extinguido» por la pérdida de la cosa, y esto sólo ocurre conforme al artículo 1182 cuando se ha perdido por caso fortuito antes de estar el deudor en mora. Solución lógica, ya que aquí el acreedor corre el correlativo riesgo de que la cosa no quede ni se obtenga nada; riesgo del que está libre cuando por la pérdida no se extingue, sino que perpetúa la obligación conservando la concurrente pretensión al «precio» y al daño. El artículo 1186 sólo es explicable por un principio de traslación de riesgos al acreedor, de manera tal que –dice Carrasco–, de admitirse que en el caso de pérdida fortuita, le queda abierta al acreedor la vía del artículo 1124 si se trata de una obligación recíproca, es muy dudosa la aplicación del artículo 1186.

De acuerdo a lo dicho, si el vendedor, que aún no ha entregado la cosa, la vende por segunda vez a un mejor precio, el comprador sólo tendrá derecho al precio pagado y a los daños, no al mayor precio de venta del contratante incumplidor. Distinto es el caso en el BGB, donde el § 281-2º permite al acreedor elegir entre la restitución del cómodo representativo y la indemnización de daños contractuales, imputando en su caso el valor de aquél al montante de la indemnización debida, y este cómodo no es meramente representativo, entendiendo la doctrina que se extiende también al *commodo ex negotiatione*.

En términos generales, puede afirmarse que el aludido anteriormente es el criterio que parece generalizado en nuestra doctrina y que no se encuentra, al menos claramente, contradicho por los más modernos comentaristas. En el comentario del artículo 1186 CC (Ministerio de Justicia, Comentario del Código Civil, II, 263), Badosa advierte que el artículo contempla el hecho de que la pérdida fortuita de la cosa genere derechos («acciones») en favor del deudor «contra terceros», lo que supone que contempla el caso de las obligaciones de dar cosas que sean de titularidad del deudor y, que por tanto, tales acciones nacen a su favor y nacen no sólo por el hecho de ser deudor, sino como titular de derechos reales.

Por otra parte, el artículo 1186 CC exige una conexión entre el nacimiento de las acciones y la pérdida de la cosa, lo que se describe con el término «por razón de», que queda referido a la cosa perdida y que hay que entender, por consiguiente, dirigido a la propia pérdida. A juicio de Badosa, la expresión «por razón de» es típica de un efecto jurídico respecto de un supuesto de hecho, pero además se trata de un efecto jurídico no consumado.

Badosa, no obstante, establece algún enlace entre la regla del artículo 1186 CC y el principio general del enriquecimiento injusto aunque no extrae de ello posteriores conclusiones. Para Badosa el artículo 1186 CC se funda en el principio general de prohibición del enriquecimiento injusto. El precepto considera que el deudor se enriquece, al recibir por razón de la pérdida de la cosa, determinadas atribuciones como pueden ser el precio de un seguro o la expropiación forzosa y hay, también enriquecimiento porque la pérdida de la cosa le libera de la obligación que sobre él pesaba. Finalmente, para Badosa se da la injusticia del enriquecimiento porque el mismo hecho que provoca el perjuicio de la extinción de la obligación para el acreedor enriquece al deudor, de manera que lo que el precepto pretendería según ello sería equilibrar tal situación.

Las consideraciones que hemos ido haciendo en las líneas anteriores inducen a pensar que es sumamente difícil extraer de la idea de la pertenencia del llamado *commodum* al acreedor cuando la obligación de dar cosa cierta y determinada se ha frustrado por la pérdida de la cosa debida o por la imposibilidad sobrevenida, la regla de que un criterio similar debe seguirse cuando el acreedor ha enajenado la cosa a un tercero y ha obtenido con ello un precio. Quizás habría que decir, abruptamente, que en el estado actual de nuestra legislación ello es imposible. Ante todo, el artículo 1186 CC arranca de la hipótesis de la extinción de una obligación por pérdida de la cosa debida, de manera que las consecuencias jurídicas que extrae no proceden sólo de la pérdida (fortuita) de la cosa debida, sino también del hecho de que la relación obligatoria y, consiguientemente el derecho, de crédito, han quedado extinguidos por esa causa. Puede admitirse que, genéricamente, los criterios englobados por el Código en la rúbrica «De la pérdida de la cosa debida», se pueden aplicar a supuestos que rigurosamente serían de imposibilidad sobrevenida de la prestación. En realidad, esto es lo que dice el artículo 1184 que parece equiparar pérdida y destrucción fortuita de la cosa debida en la obligación de dar cosa cierta y determinada, al supuesto de que la prestación resulte legalmente imposible, aunque es cierto que, después de haber hecho esa distinción y pese a la equiparación, el artículo 1186 limita la hipótesis a

la extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida, de manera que no resulta fácil de aplicar a los supuestos genéricos de imposibilidad. Piénsese, además, que la atribución al acreedor de las acciones de las que habla el artículo 1186, requiere que tales acciones tengan su origen, su fundamento o su conexión con la cosa perdida o destruida, puesto que son acciones que el deudor tenía *por razón* de la cosa. Se puede aceptar en este punto la propuesta de F. Badosa y, en general, entender que son acciones o derechos de crédito que el deudor contractual tiene frente a terceros como consecuencia de tener o haber tenido determinados derechos subjetivos respecto de la cosa. No hay, por consiguiente, ninguna base para trasladar a este artículo el supuesto de enajenación de la cosa debida por el deudor. Ante todo, la enajenación no destruye la cosa, ni la cosa se pierde. Con la enajenación, se habrá imposibilitado el posterior cumplimiento, pero no de un modo fortuito que es lo que requieren los artículos 1184 y 1186. No hay, pues base para equiparar pérdida o destrucción con enajenación voluntaria.

Y distinta también es la calificación final: en el primer caso –pérdida de la cosa– la obligación se extingue por la pura lógica obligacional, al desaparecer su objeto; en el segundo, en cambio –enajenación–, se tendrán que poner en marcha los remedios frente al incumplimiento contractual. Y en este punto vuelve a surgir agudamente la pregunta: ¿liga nuestro código con el incumplimiento, aparte los remedios típicos (acciones de cumplimiento, acciones de resolución, y acciones de indemnización de daños y perjuicios, según los artículos 1101 ss. y concordantes) otras acciones distintas. La cuestión central es así si existen términos que permitan compatibilizar las acciones indemnizatorias con las acciones de restitución del valor obtenido, que, en rigor, tienen que ser acciones de enriquecimiento.

Las cosas pueden tener otro color si nos situamos en el antiguo parágrafo 281 BGB. Algunos autores por ejemplo Danckelmann (en Palandt, p. 250) señalaron el parentesco que existe entre la idea central del precepto citado y las pretensiones de enriquecimiento, pues se trata de corregir la desviación patrimonial injustificada que se podría haber creado, aunque una idea parecida, la restitución de lo obtenido, aparece también en los parágrafos 667 y 816. No obstante lo cual, los autores no parecen haber preconizado, con carácter general la aplicación del susodicho precepto fuera de los casos de imposibilidad.

En la actualidad la cuestión se puede plantear en la nueva regulación dada a esta materia tras la llamada Ley de Modernización. En su primitiva redacción, traducida libremente, el parágrafo 281

decía que: «si el deudor obtiene, a consecuencia de las circunstancias que han hecho imposible la prestación, una compensación o pretensión de compensación, el acreedor puede exigir que se le entregue lo recibido como compensación o que se le ceda la pretensión para obtenerlo». Tras la Ley de Modernización el precepto ha pasado a ser el 285 y dice lo siguiente: «si el deudor, como consecuencia de la circunstancia con base en la cual no ha tenido que ejecutar la prestación, de acuerdo con el párrafo 275.1.3, obtiene por el objeto debido una compensación o una pretensión de compensación, el acreedor puede exigir que se le entregue lo recibido como compensación o que se le ceda la pretensión de compensación». Como se comprobará sin especial dificultad, la diferencia entre las dos regulaciones es que en la más antigua la compensación (o la pretensión de compensación) se obtenían como consecuencia de la circunstancia que había hecho imposible la prestación, o sea, la imposibilidad de la prestación en sentido estricto, mientras que ahora la compensación (o la pretensión de compensación) se obtiene a consecuencia de la circunstancia con base en la cual no se ha tenido que ejecutar la prestación según el párrafo 275. Ello parece consecuencia de haber excluido la imposibilidad, por lo cual el párrafo 275 lo que contiene es una enumeración de supuestos en los que queda excluida la pretensión de cumplimiento.

En todo caso, conviene dejar constancia aquí de que la extensión del precepto al «*commodum ex negotiatione*» dista de ser una opinión generalizada en la doctrina (*vid.* Volker Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.^a edic., München, 2003, p. 163 ss.) y ello lo mismo con el antiguo párrafo 281 que con el actual 285.

IV. EL ENRIQUECIMIENTO O BENEFICIO OBTENIDO CON EL INCUMPLIMIENTO

En principio, la respuesta tampoco parece ser afirmativa. Existe una clara tendencia doctrinal a considerar la eventual atribución del *commodum ex negotiatione* al acreedor contractual como un subcaso de la *condictio* de intromisión, que nosotros no vamos a discutir. La citada *condictio* es una de las variantes de la acción de enriquecimiento y determina que, en todos aquellos casos en que alguien usurpa o se entromete en el ejercicio de un derecho que no le corresponde, sin título alguno y sin el consentimiento del titular del derecho, éste puede reclamar la restitución de los lucros que el

usurpador haya obtenido con la usurpación. Esta solución en el Derecho positivo español (donde esta variante de la *condictio* no tiene una regulación especial) encuentra su fundamento en la generalización de una serie de reglas restitutorias, todas ellas, que inspiren la regulación del código en una serie de puntos como son los relativos a las restituciones que tienen que operarse en los casos de accesión, a las restituciones debidas por el poseedor que hubiera sido vencido en la posesión frente a quien haya resultado en ella victoriosa (artículo 451, 455 CC) y en otros muchos de similar corte, unidos a la idea de que quien lleva a cabo una disposición eficaz, sin ser titular del derecho, debe al verdadero titular el precio que hubiera obtenido, puesto que lo ha extraído del derecho de aquél. Desde Wilburg se viene diciendo que el esquema anterior es claramente admisible en los casos de intromisión o usurpación en derechos de carácter absoluto, como es el caso del derecho de propiedad o cualesquiera derechos reales y como es el caso de las propiedades especiales conocidas en el Derecho industrial (patentes, marcas, etcétera).

Alguna vacilación ha existido, no obstante, cuando se trata de intromisión en derechos de la personalidad, donde la tesis que a nosotros nos parece más probable es que si la atribución del derecho tiene como finalidad garantizar el aprovechamiento de los lucros por existir algún tipo de mercado (p. ej., derecho a la imagen), la respuesta es afirmativa, pero, en cambio, es negativa cuando tales derechos (p. ej., derecho al honor o derecho al buen nombre) no pueden ser objeto de lícito comercio. En tales casos, la intromisión sólo genera una indemnización del daño.

En aquellos casos en que es admisible el ejercicio de la *condictio* por intromisión y confluyen en manos de la misma persona una acción de daños y una acción de enriquecimiento, el interesado posee la facultad de elegir entre una y otra. Mas es claro que esto no resuelve el problema que ahora tenemos planteado, porque para admitir la existencia de la facultad de elección, tendríamos que admitir primero la dualidad de acciones, es decir, que, en la hipótesis descrita, el acreedor tiene una acción de indemnización de los daños que el incumplimiento le ha producido y una acción de restitución de los enriquecimientos obtenidos con el incumplimiento.

V. ACCOUNTING FOR PROFITS

Explica Benson (Peter Benson, *Disgorgement for breach of contract and corrective justice*, en Neyers y otros; *Understanding*

unjust enrichment, Oxford y Portland, 2004, p. 315), que en el Derecho norteamericano por lo general la ganancia que el demandado obtenga como consecuencia del incumplimiento contractual es irrelevante en lo que se refiere a la cuantificación de los daños, pero que puede ser relevante en la venta de inmuebles, porque el efecto del contrato es crear lo que él llama un «interés equitativo» en el comprador que está facultado para proceder a vender a un tercero. Según Benson, los comentaristas han discutido si las ganancias del incumplidor han de ser restituidas en casos de incumplimientos contractuales y hay algunos autores que sostienen la existencia de responsabilidad por los beneficios derivados directamente de un deliberado y cínico incumplimiento del contrato. Para el autor citado, en muchos casos, aunque el incumplimiento contractual sea deliberado, es difícil decidir si se trata de lo que se llama una cínica explotación del incumplimiento con el propósito de obtener la ganancia.

Un autor italiano, Paolo Gallo, ha explicado también la situación del Derecho anglosajón en los casos que denomina de *accounting for profits*. Por regla general, en el *Common Law* el perjudicado por un incumplimiento contractual puede elegir entre el resarcimiento de los daños y la restitución de lo que hubiera dado en ejecución del contrato, pero, según él, recientemente, se ha discutido si, además, es posible reclamar la restitución de los beneficios eventualmente realizados por el incumplidor gracias al incumplimiento. Hay una parte de la doctrina, especialmente Goff y Jones, que se han decantado moderadamente en favor de esta solución. Según estos autores, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento reviste características de especial gravedad y es especialmente reprobable, se podría sostener la admisibilidad de una condena de restitución de los beneficios, aunque esta línea ha encontrado siempre la enemiga de los analistas económicos del Derecho.

Paolo Gallo reconoce que, por lo menos cuando él escribe, que es en 1990, la línea dominante en la jurisprudencia norteamericana es la que limita los remedios que puede utilizar el contratante que sufre el incumplimiento, que son la indemnización de los daños y perjuicios y la restitución de la prestación ya ejecutada cuando se produce la resolución del contrato. Es verdad que hay notables sostenedores de la doctrina del *accounting for profits*, pero son muy escasas las sentencias que la han recogido. El autor citado señala la imposibilidad de que esta doctrina sea acogida en los países europeos por la limitación de los preceptos legales o por el carácter subsidiario que en algunos de ellos se atribuye a la acción de enri-

quecimiento sin causa. Gallo, sin embargo, pensando sobre todo los casos en que el incumplimiento no produce ningún tipo de daños, se muestra partidario de utilizar lo que denomina «el único modo de no incentivar comportamientos de este tipo», que es la imposición de una obligación de carácter restitutorio del enriquecimiento.

VI. ALGUNOS CASOS PARA EL DEBATE

Antes de seguir adelante, tal vez sea conveniente examinar una serie de casos en que el problema que aquí tenemos planteado se ha suscitado con una cierta agudeza.

1.º El caso *Frank W. Snepp v. Unites States* (19 de febrero de 1980).— Frank W. Snepp había estado al servicio de la CIA a partir del año 1968 y, en el momento de ser contratado por la Agencia, había suscrito un compromiso en virtud del cual no publicaría ninguna información o haría uso de ningún material relativo a la Agencia, a las actividades de ésta o a las actividades de inteligencia tanto durante el tiempo que estuviera empleado, como posteriormente, sin la aprobación previa de la propia Agencia. Ello, no obstante, Snepp había publicado un libro, en que se relataban ciertas actividades de la CIA en Vietnam del Sur, que no había sido autorizado por la Agencia. Como consecuencia de ello, el Gobierno inició una acción para reclamar el cumplimiento de la promesa y la obligación contractual de Snepp tratando de conseguir una declaración de que Snepp había incumplido el contrato, de que se le condenara a someter sus futuros escritos a una revisión antes de ser publicados y a imponerle lo que el texto llama un trust para beneficio del Gobierno relativo a todos los beneficios que Snepp pudiera obtener con la publicación del libro por violación de sus obligaciones fiduciarias respecto de la Agencia, pretensión, esta última, que, finalmente prosperó.

2.º *Her Majesty Attorney General v. Blake* (27 de julio de 2000).— Este asunto se planteó casi al mismo tiempo que el anterior y fue resuelto por la Cámara de los Lores. George Blake, había sido empleado de los servicios de inteligencia y espionaje ingleses desde 1944 a 1961, aunque, a partir de 1951, se convirtió en un agente de la Unión Soviética a la que pasó valiosa información secreta. Por ello fue condenado a cuarenta y dos años de prisión como autor de un delito de traición. En 1966 Blake escapó de la prisión de Wormwood Scrubs y huyó a Berlín y después a Moscú, donde se

encontraba cuando se publicó la sentencia. En el año 1989 Blake escribió su autobiografía, parte de la cual se refería a sus actividades como funcionario de un servicio secreto. Había llegado a un acuerdo con un editor inglés para publicar el libro a cambio de una suma de dinero y cuando el libro («No Other Choice») se publicó en septiembre de 1990, el Abogado General en nombre de la Corona presentó la demanda. Parece que se señala que en ese momento la información contenida en el libro no era ya confidencial y que su revelación no podía dañar al interés público. Con algunas vacilaciones, la sentencia terminaba también, como en el caso norteamericano, estimando la demanda, con alguna referencia a precedentes de Derecho privado en los que se había llegado a una solución parecida.

3.º Reid-Newfoundland Hedles v. Angloamerican Telegraph.— En una sentencia de 1912 el Privy Council decidió este caso que procedía del Canadá. Una compañía telegráfica había instalado una línea de telégrafo a petición de una compañía ferroviaria. Con base en el contrato celebrado entre ambas, la primera había asumido el compromiso de usar la línea sólo por razones de servicio ferroviario, aunque, tras su instalación, la línea fue utilizada comercialmente para transmitir otros mensajes, por cuenta de particulares. En este caso, los jueces ingleses condenaron a la compañía telegráfica a devolver la totalidad del beneficio obtenido.

4.º City of New Orleans v. Firemen Charitable Association.— En este caso, que es de 1891, la entidad demandada había asumido, por un precio pactado, la obligación de garantizar el servicio antiincendios de la ciudad. Se habían fijado en el contrato los equipos y el personal de que la entidad demandada debía disponer para ello. La demandada cumplió, pero sólo de modo parcial, el contrato ya que sólo mantuvo para ello una parte de los medios materiales y humanos previstos. Afortunadamente no se produjo ningún incendio y ello impedía, naturalmente, una acción indemnizatoria, aunque siempre podía decirse que la compañía no había cumplido el contrato como había sido pactado y que había obtenido un beneficio a través del ahorro de los gastos.

Los casos que hemos intentado narrar, suscitan, junto a algunas vacilaciones, probablemente algunas útiles reflexiones. En el caso del agente de la CIA, que escribe un libro con una crónica de asuntos tomados de los archivos de la entidad, a nuestro juicio puede admitirse, que, dando por supuesto que la relación entre empleado y empleador es contractual, o puede asimilarse a una relación contractual, el quid de la cuestión no radica en el deber de confidencialidad, sino en la utilización indebida del archivo o base de datos,

que, con referencia a los empresarios, puede ser considerado como un bien de carácter inmaterial y no lo es menos por el hecho de que el propietario sea una entidad gubernamental. Podemos admitir que hay casos en que una relación contractual facilita a alguno de los contratantes el acceso, utilización y disfrute de bienes de la otra, que ha de acomodarse a lo dispuesto en el contrato y, cuando no ocurra así, existe una doble vertiente, pues, por una parte, se encuentra la violación de obligaciones contractuales y, por otra parte, el carácter indebido de la utilización de bienes ajenos.

El asunto del telégrafo ferroviario puede ser –lo decimos a falta de más datos– en cierta forma similar. Demos por supuesto que el material es propiedad de la compañía de telégrafos y que ésta percibe de la compañía ferroviaria los cánones o retribuciones pactadas. El problema es entonces que no hay sólo una violación de la cláusula de exclusiva que por sí sola no produce daños, sino también una utilización abusiva del sistema telegráfico.

Diverso es, a mi juicio, el caso del servicio antiincendio, donde hay sólo incumplimiento de estipulaciones contractuales, como eran las que prevenían los equipos humanos y materiales que en la tarea debían utilizarse, sin que en momento alguno se pudiera suponer que se estaba utilizando o se estaba disfrutando de una propiedad ajena. A mi juicio, en un caso como el descrito, el remedio es la vía de la reducción del precio, contraprestación que en la actualidad se admite como un remedio generalizado en todo caso de incumplimiento en los Principios Europeos y en los Principios UNIDROIT. El precio que el municipio pagaba se había estipulado en consideración a los costes y, si éstos habían sido menores y el contrato parcialmente incumplido, la prestación debía proporcionalmente reducirse.

VII. DE NUEVO, INCUMPLIMIENTOS Y RESTITUCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO

La excursión que hemos ido haciendo, continúa suscitando algunos interrogantes. La pregunta categórica que hay que hacerse es qué lógica tiene condenar a todo contratante incumplidor a la restitución de los beneficios obtenidos con el incumplimiento y si la tiene hacerlo sólo en el caso del deudor de cosa cierta y determinada, porque, enseguida habría de cuestionarse qué privilegio puede adornar al acreedor de cosa cierta y determinada para utilizar un remedio del que los demás no disponen.

No pueden negarse las dificultades de la extensión del Derecho de Enriquecimiento a los incumplimientos contractuales, aunque se limiten a incumplimientos que resulten especialmente reprobables o inicuos, como le gusta decir a la jurisprudencia norteamericana. Entre nosotros al deudor doloso se le ensancha la responsabilidad por daños, pero sólo la responsabilidad por daños. Pasar de la responsabilidad por daños a otro tipo de soluciones, como las restitutorias, no deja de tener algún regusto punitivo que no se ve razón para admitir a falta de normas legales al respecto.

Un par de problemas restan por examinar. El primero es si la hipótesis al principio contemplada, esto es, la enajenación por el deudor contractual de la cosa específica debida, puede entrar en el ámbito de los casos en que se reconocen las acciones de enriquecimiento injustificado y, en especial, la llamada *condictio* de intromisión. Por regla general hemos venido entendiendo que la justificación de la *condictio* es consecuencia de que el demandado ha percibido lucros, que, de acuerdo con el contenido atributivo que el ordenamiento previamente había asignado al derecho, correspondían al demandante. Ocurre así con respecto a los derechos de carácter absoluto y, en particular, al dominio y a los derechos reales cuando uno ejercita sin título alguno una facultad de uso o disfrute o se realiza *el ius disponendi*. A mi juicio, no puede discutirse que el presupuesto de la *condictio* de intromisión desde Wilburg es lo que se ha venido llamando el contenido de atribución del derecho, que, por lo general, existe en los derechos de carácter absoluto. De esta suerte el problema planteado se puede bifurcar en las dos siguientes preguntas: si existe contenido atributivo en la hipótesis mencionada; y si en general se puede reconocer algún componente atributivo y, por tanto, derecho de intromisión en derechos de crédito.

a) La primera pregunta aparece resuelta por algunos autores como Pantaleón y Basozábal en sentido afirmativo. Basozábal señala que el acreedor de la entrega de una cosa específica tiene, según el artículo 1095, derecho a los frutos desde que se constituye la obligación de entrega y que este derecho a los frutos forma parte de un claro contenido atributivo.

No es éste el momento de realizar una exégesis de la regla primera del artículo 1095, aunque haya que señalar, respecto de él, dos cosas. Es la primera que probablemente el nacimiento de la obligación de entrega a que el precepto alude no es el momento de constitución sino aquél otro en que la obligación de entrega es exigible. Y la segunda es que el precepto admite naturalmente toda clase de pactos. Mas cualquiera que sea el origen histórico y el

sentido actual del derecho a los frutos de cosa cierta, nos parece que no puede derivarse de ello un contenido atributivo asignado al derecho de crédito, ni menos, como apunta F. Pantaleón, que este derecho sea un *ius ad rem*, pues, olvidando los borrosos perfiles de esa figura de origen eclesiástico medieval, es necesario reconocer que al hablar de *ius ad rem* sólo aludimos a un derecho de crédito con algunos efectos en relación con terceros.

Tampoco resulta especialmente convincente la alusión que se hace al artículo 1778 CC. Este precepto contempla el acto de disposición que el heredero del depositario lleva a cabo respecto de la cosa depositada y le obliga a restituir el precio que hubiese recibido. Es verdad que el precepto contempla al heredero del depositario que actúa de buena fe, porque en el momento de la venta de la cosa ignoraba el hecho del depósito. Probablemente, la misma regla debe regir y la misma obligación de restituir el precio existe, si el depositario fuera de mala fe. La única diferencia es, probablemente, que el de mala fe tiene la obligación de resarcir daños y perjuicios cosa que al de buena fe por esta razón no se le impone. El precepto tiene en todo caso clara relación con la *condictio* de intromisión puesto que se realiza un *ius disponendi* sobre cosa ajena. El heredero del depositario está vendiendo una cosa que no es suya y obteniendo el valor de una cosa que no le pertenece.

Este planteamiento obliga a distinguir, en la hipótesis que estamos tratando, aquellos supuestos en que la obligación de dar cosa cierta sea restitutoria de aquellos otros en que no lo sea. Si el obligado es el depositario o cualquier otra persona que tiene obligación de restituir la cosa que es de otro o si se trata del heredero que tiene que hacer entrega de un legado cuya propiedad el legatario ha adquirido en el mismo momento de la apertura de la sucesión, hay que entender que la *condictio* de intromisión respecto del precio obtenido no es discutible.

b) Mayor dificultad presenta la segunda de las cuestiones que quedaron abiertas más arriba, esto es, si es posible admitir la *condictio* de intromisión en los derechos de crédito. Basozábal, fundándose en algunas ideas sostenidas en la doctrina alemana más reciente, cree que la pretensión de enriquecimiento puede darse en situaciones jurídicas de alcance patrimonial que no lleguen a ser derechos subjetivos o que no sean derechos absolutos y cita los casos siguientes:

1.º El artículo 1164 permite que el deudor se libere pagando a un acreedor aparente por lo que parece frente al acreedor aparente (que ha cobrado) existe una *condictio* que tiene su fundamento en

la percepción indebida y por objeto el precio obtenido por aquel a quien no le correspondía.

2.º En los derechos de crédito que contienen facultades de uso y disfrute de cosa ajena (como ocurre en el caso del arrendamiento) si un tercero usurpa las facultades de goce y disfrute, la pretensión de enriquecimiento frente al usurpador no corresponde al propietario, sino al arrendatario cuyo derecho ha sido objeto de la intromisión.

3.º Si en un procedimiento de ejecución se embarga o ejecuta una cosa que no pertenecía al deudor y el verdadero propietario ha visto precluida la posibilidad de la tercería de dominio por el estado de la ejecución, al verdadero propietario despojado le asiste la *condictio* contra el acreedor satisfecho. Se trata también de una *condictio* por disposición y se funda en que el ordenamiento jurídico considera eficaz la enajenación en pública subasta.

4.º Según Basozábal, quien recibe a título gratuito la cosa debida de un deudor que de este modo queda liberado de su deuda puede quedar según el artículo 1897 CC expuesto a la *condictio* del acreedor, aunque haya que señalar que probablemente se trata de la *condictio indebiti* y no de la *condictio* por intromisión.

En nuestra opinión, de la regulación de la *condictio* de intromisión no se pueden extraer principios generales, aunque hay que observar que, como ya hemos apuntado más arriba, en muchos de estos casos lo que origina la pretensión de restitución de enriquecimiento no es la violación de un derecho de crédito, sino la intromisión en el derecho de otro y que el derecho de crédito, violado o no, lo único que ha sido es la ocasión u oportunidad para permitir la intromisión en el derecho ajeno, sea intromisión en el goce, en el disfrute o en la disposición.

