

Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiatione* en el artículo 1186 CC¹

XABIER BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular de Derecho civil.
Universidad de Navarra

RESUMEN

*Este es un estudio sobre la posibilidad de interpretar el artículo 1186 CC de manera que el acreedor pueda exigir al deudor lo que éste ha obtenido por disponer de la cosa debida a aquél. Cuando la imposibilidad sobreviene la causa el propio deudor de cosa cierta, por ejemplo, por venderla a un segundo comprador, parece claro que el primer comprador podrá pedirle la indemnización de los daños que le haya causado el incumplimiento. Pero además, ese segundo precio obtenido por negociación «representa» a la cosa debida en el patrimonio del deudor y la cuestión es si podría el primer comprador exigir lo que el segundo ha pagado por la cosa, a cambio del precio pactado en la primera venta. Desde que Díez-Picazo se pronunciara sobre la cuestión hace ya más de diez años se han sucedido algunas opiniones pero no está claro lo que podría aportar una solución así, qué función está llamada a cumplir una obligación tal, etc. En definitiva, este estudio procura responder a la cuestión de si existe una obligación de entregar el *commodum ex negotiatione* y, en tal caso, a qué acreedores debería reconocerse y con qué alcance.*

PALABRAS CLAVE

Commodum representationis (o ex re). Commodum ex negotiatione. Imposibilidad sobrevinida. Obligación de dar cosa cierta. Doble venta. Venta de cosa debida. Condictio por intromisión.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «Las fronteras del Derecho de Enriquecimiento Injustificado en el Derecho Privado» (DER2017-85594-C2-2-P, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), del que es Investigador Principal el autor, proyecto que se encuentra coordinado con otro del mismo nombre a cargo del profesor Pedro del Olmo en la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a los profesores Fernando Pantaleón y Pedro del Olmo que tuvieron la amabilidad de leer la versión original y realizar comentarios que han redundado en provecho del trabajo. Mi deuda con ellos sigue creciendo.

Not Performing Because of Negotiations over the Owed Thing: The So-Called *Commodum ex Negotiatione* of Article 1186 CC

ABSTRACT

*This study explores the possibility of an interpretation of Article 1186 CC in a way that would allow the creditor to claim back the proceedings that the debtor obtained by selling the thing that the latter owed to the former. When the debtor himself has made performance of the contract impossible by selling the thing to a second buyer, it seems clear that the first buyer may claim compensation for damages caused by the breach. But also, this second price obtained by the debtor negotiation «represents» the owed thing in the debtor's patrimony and, therefore, the question is whether the first buyer could demand that second price from the debtor, in exchange of the price applicable to the first sale. Since Díez-Picazo expressed his position on the matter more than ten years ago, a debate has been held in our literature, but it is still unclear what can be expected from a solution like this, what function is called to fulfill such an obligation, etc. In this context, this study seeks to answer the question of whether there is an obligation to surrender the *commodum ex negotiatione* and, if this is the case, to which creditors should be recognized such an obligation and to what extent.*

KEY WORDS

Commodum representationis (or ex re). Commodum ex negotiatione. Supervening impossibility of performance. Obligation to give a thing. Double sale. Sale of an already sold thing. Restitution for wrongs.

SUMARIO: 1. *Planteamiento.*–2. *Fundamento y ámbito de aplicación del precepto.*–2.1 El fundamento.–2.2. La obligación que se extingue.–2.3 La pérdida de la cosa.–2.4 El contenido del *commodum*.–3. *Interpretaciones del precepto.*–3.1 La interpretación estricta.–3.2 Las interpretaciones extensivas.–3.3 Crítica principal a la interpretación estricta.–4. *La función del derecho al commodum.*–5. *La necesidad de coherencia valorativa.*–5.1 El caso francés.–5.2 La venta de cosa ajena.–6. *La conditio por intromisión en el Derecho de contratos: la venta de cosa debida al acreedor.*–7. *El commodum en casos distintos a la venta de cosa debida.*–8. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*

1. PLANTEAMIENTO

Dice el artículo 1186 CC que, «extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que

el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta». Es el artículo que cierra la Sección segunda («De la pérdida de la cosa debida») del Capítulo IV («De la extinción de las obligaciones»), en el Título primero («De las obligaciones») del Libro IV del Código civil español y, a pesar de su aparente simplicidad², ha recibido duras críticas³, y ha despertado alguna que otra disputa aún no resuelta. El presente trabajo se centra en una de esas cuestiones, en concreto, la protagonizada por el llamado *commodum ex negotiatione*: ¿quién se beneficia del precio (más alto que el valor) que obtiene el deudor por disponer de la cosa que debía entregar al acreedor?

Ciertamente, no es tarea fácil determinar qué tipo de obligación es la que se extingue por la pérdida de la cosa (*prima facie*, la de entregar cosa cierta pero, como veremos, ni siquiera esta hipótesis está libre de interpretaciones; por otra parte, la historia del precepto se ha caracterizado por extender su aplicación más allá de ese marco), ni qué debería entenderse por pérdida, o cuáles son las acciones que se atribuyen al acreedor y cómo hacerlas llegar hasta él. En cualquier caso, parece legítimo partir de que el precepto concede al acreedor que ya no podrá recibir la cosa debida un derecho a quedarse con lo que ésta haya dejado en el patrimonio del deudor (las acciones de éste contra terceros), esto es, un derecho al denominado *commodum representationis* («cómodo representativo» o «cómodo de representación»), que *compensa* la pérdida del crédito⁴. En una primera aproximación el *commodum* aparece como un «residuo» o un «subrogado», aquello que «queda en lugar de» o «representa» a la cosa perdida: ya que el acreedor no podrá recibirla, debería poder quedarse al menos con aquello que de ésta haya sobrevivido, en que ésta se haya transformado, que por ésta se haya recibido, etc. El presente estudio se centra en analizar parte del supuesto de hecho: se pregunta si entre las acciones que el acreedor recibe del deudor «por razón de» la cosa está la de exigir el precio, cuando éste la haya vendido.

² ROCA JUAN, 1976, p. 523: el precepto no ha merecido una excesiva atención, acaso «porque en una consideración general, pronto se nos ofrece como justo, equitativo o lógico que el acreedor, al perder su crédito que se extingue, obtenga esas acciones; y el deudor, que ve extinguida su deuda sin cumplirla, no quede, además, beneficiado con el resultado de estas acciones contra tercero». Díez-PICAZO, 1993, p. 658: los ejemplos de POTHIER son, por una parte, la compraventa de un caballo que es arrebatado por un tercero antes de su entrega: el vendedor se libera pero estará obligado a subrogar al comprador en las acciones que tenga contra el tercero; y por otra, la compraventa de un terreno que resulta expropiado antes de la entrega: el vendedor queda libre de la entrega pero ha de subrogar al acreedor en el derecho al justiprecio.

³ CASTILLA BAREA, 2001, p. 321.

⁴ RUDA GONZÁLEZ, 2010, p. 1319.

2. FUNDAMENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRECEPTO

Desde el trabajo de referencia en la exégesis del precepto, un artículo de Roca Juan de 1976⁵, el estudio del artículo 1186 CC ha quedado estructurado en torno a las siguientes cuestiones: (1) esclarecer el fundamento; (2) en cuanto al supuesto de hecho, determinar (a) qué tipo de obligación se extingue por la pérdida de la cosa, (b) qué tipo de pérdida da lugar a la extinción y (c) cuáles son las acciones del deudor que conforman el cómodo del acreedor; (3) en cuanto a la consecuencia jurídica, explicar cómo opera la transmisión de acciones del deudor al acreedor: si hay obligación de ceder, si la cesión opera *ex lege*, si se trata de una legitimación legal para ejercer derechos ajenos, etc.

2.1 EL FUNDAMENTO

El fundamento de la norma resulta pacífico. Roca Juan explica que la *ratio* del precepto se encuentra en «el concreto mecanismo de la sustitución de valores en el patrimonio del deudor, para paliar el *periculum* de la cosa obligada y evitar el enriquecimiento injusto del deudor»⁶. La idea estaba clara en Pothier, de donde habría llegado al art. 1303 del *Code* francés, principal antecedente de nuestro 1186 CC: si, una vez extinguida la cosa, la propiedad continúa subsistiendo en lo que reste o quede de ella, ¿por qué el derecho de crédito a la entrega de una cosa no ha de subsistir, extinguida la cosa, en lo que reste de ésta en el patrimonio del deudor? El *commodum representationis* aparece así como aquello que compensa a quien sufre el *periculum obligationis*, que puede ser o no el propietario de la cosa en el momento de la pérdida (dependiendo de que la propiedad se haya transmitido con solo el título traslativo o, como ocurre en el caso español, que además haga falta el modo). El cómodo es para el que corre con el riesgo de pérdida de la cosa, sea o no su propietario. Las acciones que el deudor tenga contra el tercero que ha causado la pérdida de la cosa sustituyen a ésta en su patrimonio, de manera que la *res debita* queda sustituida o representada por las acciones (de indemnización) por razón de ésta⁷.

⁵ ROCA JUAN, 1976, pp. 521 y ss

⁶ ROCA JUAN, 1976, p. 529. GARCÍA GOYENA, 1974 (1852), p. 618: «En suma, nada debe quedar de la cosa en poder del deudor, pues que este no debe enriquecerse en manera alguna con detrimento de su acreedor».

⁷ ROCA JUAN, 1976, pp. 529 a 532. Sobre la misma idea, Díez-PICAZO, 1993, p. 657: «El fundamento de la norma y su justificación se encuentra en que traspasa a favor del

2.2 LA OBLIGACIÓN QUE SE EXTINGUE

En cuanto a la naturaleza de la obligación que, extinguida por la pérdida de la cosa, da derecho al cómodo, la mera lectura del precepto parece encajar fácilmente con la obligación de dar cosa cierta, pero la doctrina se plantea si además es necesario que la entrega persiga la transmisión de la propiedad de la cosa, o si basta con que se trate simplemente, por ejemplo, de restituirla. Roca Juan se muestra partidario de la primera opción⁸: cuando la deuda es para restituir la cosa que es propiedad del acreedor no hay propiamente transmisión del *commodum*, pues éste podría acudir por sí mismo a las acciones reivindicatoria e indemnizatoria⁹. Sin embargo, como ocurre en los supuestos de hecho de algunos preceptos (arts. 1778 y 1897 CC¹⁰), una disposición de cosa ajena de buena fe podría dejar al propietario sin la reivindicatoria (contra un tercero adquirente protegido) y sin la acción de daños (contra el disponente no culpable), y aunque hubiese lugar para éstas, no se entiende por qué no deberían concurrir todas las acciones y que sea el propio acreedor quien decida a cuál acudir.

Si se trata de obligaciones recíprocas, parece claro que el acreedor que, por no recibir la cosa, resuelve la relación obligatoria, no

acredora el valor de la cosa, que el deudor no puede entregar en especie, pero de cuya pérdida obtiene algún lucro; y en dar al acreedor aquello que, en el patrimonio del deudor, ha sustituido, desde el punto de vista económico, a la cosa cuya entrega no puede realizarse. El fin de la norma es la protección del acreedor: se trata de paliar en lo posible el perjuicio sufrido por éste y evitar el enriquecimiento que el deudor recibiría si quedara liberado de la obligación y obtuviera los lucros derivados de tal hecho». BADOSA COLL, 1993-2, p. 263: «El artículo 1186 se refiere a la compensación por el posible enriquecimiento injusto que pueda experimentar el deudor por la pérdida de la cosa «contra terceros» (...). El artículo 1186 opera con una doble subrogación: la «real» entre la cosa perdida y las «acciones... por razón de la cosa» y la «personal» en cuanto a la titularidad de las acciones».

⁸ ROCA JUAN, 1976, pp. 534 a 537; p. 534: «Acaso pueda anticiparse que la atribución de acciones, que establece el artículo 1186, opera en la extinción de obligaciones de entregar cosa determinada, en función traslativa de la propiedad u otro derecho real, y no en aquellas situaciones en que la obligación de entregar cumple una función restitutoria o es presupuesto para el ejercicio de un derecho de goce, que tienen prevista una solución específica». Se está refiriendo al heredero del depositante en el artículo 1778 (que teniendo obligación de restituir la cosa e ignorándolo, la enajena de buena fe y queda obligado a pagar «el precio») y al *accipiens* de buena fe en el artículo 1897 (que enajena la cosa recibida y queda obligado a entregar «el precio» al *solvens*). Analiza también otros supuestos de obligaciones con función restitutoria y entiende que no les hace falta la aplicación del artículo 1186 CC.

⁹ CLEMENTE MEORO, 2000, pp. 143 a 149. RUDA, 2010, p. 1319.

¹⁰ Artículo 1778 CC: «El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado».

Artículo 1887 CC: «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus acciones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo».

adquirirá las acciones que tenga su deudor contra tercero «por razón de ésta», y que si opta por hacer valer esas acciones, no podrá resolver. Roca Juan es partidario de que sea el acreedor el que opte entre el cómodo o la resolución, como ocurre en el § 281 BGB (tras la reforma del BGB, § 285)¹¹. Ahora bien, si la cosa se pierde por culpa del deudor, se produce la *perpetuatio obligationis* que permite acudir a la responsabilidad por daños (art. 1101 y 1106 CC), lo que —en su opinión— excluye la aplicación del art. 1186 CC¹². De aquí que la cuestión sobre si la «pérdida» de la cosa debería ser necesariamente fortuita o podría ser también imputable a la culpa o a un hecho propio (culpable o no) del deudor, la resuelve el autor mencionado exigiendo que la pérdida sea fortuita.

2.3 LA PÉRDIDA DE LA COSA

Las cosas se complican cuando la «pérdida/extinción» se produce en el seno de una obligación recíproca, pues aquí la cuestión del riesgo está ligada a la del incumplimiento y sus remedios, alguno de los cuales se hace depender de que sea subjetivamente imputable. Desde una perspectiva unilateral (típicamente obligacional), el acreedor que no recibe la cosa tiene derecho, si la pérdida es imputable, a la indemnización del daño-valor y, si no lo es, a la entrega del *commodum*; ni se plantea la cuestión de una posible resolución del contrato. Aunque se diese por buena, esta descripción no explica por qué en el primer caso (pérdida imputable) al acreedor se le niega la posibilidad de elegir entre el daño-valor o el cómodo, si éste le interesa más (el deudor ha vendido la cosa debida por mayor valor que el de mercado). Desde una perspectiva bilateral, típicamente contractual, la resolución no depende de que el incumplimiento sea imputable, de manera que el contratante cumplidor puede optar por exigir el cumplimiento o la resolución, con indemnización de los daños causados en ambos casos (ésta sí, subjetivamente imputable), pero pedir el cómodo solo podrá hacerlo si el incumplimiento (por pérdida de la cosa) es fortuito, no si la pérdida es imputable al deudor. Ciertamente, no es fácil defender esa diferencia de trato. Conviene por tanto ahondar en la relación entre

¹¹ ROCA JUAN, 1976, p. 539: «Lo que significa que en la obligación sinalagmática, el incumplimiento de la obligación de entregar, por pérdida fortuita de la cosa (...), coloca al acreedor de la obligación extinguida en la posición de optar por la resolución, excluyendo el efecto general del artículo 1186, si hay cómodo representativo; o de adquirir las acciones contra tercero por razón de la cosa, excluyendo la facultad de resolución».

¹² ROCA JUAN, 1976, p. 540.

la imputabilidad del incumplimiento y el remedio representado por el cómodo.

Díez-Picazo explica que, «de acuerdo con el tenor literal de los artículos 1182 y 1184, si la pérdida o la imposibilidad sobrevenida le son imputables al deudor, (...) en el lenguaje del Código la obligación no se extingue, lo que parece querer decir, en sentido contrario, que subsiste o se perpetúa» (aquí hay quien quiere ver que la obligación «continúa» en el llamado «cumplimiento por equivalente», y quien explica esa continuidad con el nacimiento de una obligación de indemnizar los daños causados por el incumplimiento, entre los que estaría el valor de la prestación no realizada)¹³. Ahora bien, «si la relación obligatoria es sinalagmática, el art. 1182 no deja la cuestión resuelta, pues no explica la repercusión que la llamada «extinción de la obligación» produce en la obligación recíproca, si es que produce alguna. Este es el problema que la doctrina conoce con el nombre de *periculum obligationis* (...), la pregunta por la repercusión de la imposibilidad del cumplimiento de una obligación en la obligación recíproca cuando ambas se encuentran enlazadas sinalagmáticamente». Si se permite al acreedor resolver el contrato (no entraremos aquí en esta cuestión), sea o no la pérdida fortuita, se le estará liberando del *periculum obligationis*. Por ello, «en rigor, la solución es la misma si la imposibilidad es imputable al deudor. En este caso, la otra parte tiene la opción de pedir la equivalente o la indemnización, ejecutando su prestación, o desligarse del contrato, reduciendo la indemnización que pueda pedir por los daños ulteriores que se le hayan causado»¹⁴. Si esto es así, ¿tiene sentido que en caso de pérdida no imputable el contratante cumplidor pueda optar *además* por el «cómodo» del artículo 1186 CC (con la reducción que ello suponga del daño resarcible), excluyendo por tanto la resolución, y que el contratante cumplidor que sufre una pérdida culpable *no pueda disponer de esa posibilidad?* Como

¹³ Me parecen más sólidos los argumentos a favor de la unidad del remedio indemnizatorio; sobre ello, véase MORALES MORENO, 2006, pp. 47 y ss.: «La *aestimatio rei* o cumplimiento por equivalente no constituye un sistema de responsabilidad diferente. El valor de la cosa es una partida más que podrá ser tomada en cuenta, si resulta procedente, en el cálculo del daño». PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1020 y 1021: «la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un «cumplimiento por equivalente» de la obligación originaria –a la que la lógica (¿y el art. 1156. III CC?) exige considerar extinguida–, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis*». Sobre las razones de fondo que subyacen a la bipartición del sistema indemnizatorio contractual, véase DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 681; también, DELGADO ECHEVERRÍA, 1994, p. 194.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, 1993, pp. 654 a 656.

sintetiza Ruda, en las obligaciones bilaterales «el acreedor escogerá entre la resolución o recibir el cómodo y la indemnización que complete el valor de su interés en el cumplimiento»¹⁵, con independencia de que el motivo que haya causado el incumplimiento sea imputable¹⁶.

2.4 EL CONTENIDO DEL *COMMODUM*

Finalmente, Roca Juan entiende que las acciones que corresponden al acreedor son las que nacen en el patrimonio del deudor contra tercero a raíz de esa pérdida, bien por haber causado éste un daño (extracontractual) a la cosa, bien por haberla expropiado forzosamente, bien por estar la cosa asegurada¹⁷. No contempla expresamente la hipótesis de que el propio deudor haya dispuesto voluntariamente de la cosa debida, probablemente por entender que, como supuesto de pérdida imputable, no cae bajo el amparo del precepto¹⁸. En cuanto al modo de operar la transmisión de las acciones, le parece preferible la tesis de que el deudor está obligado a ceder las acciones al acreedor¹⁹.

3. INTERPRETACIONES DEL PRECEPTO

3.1 LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA

Entre las diferentes interpretaciones del precepto, Díez-Picazo califica de estricta la de Carrasco²⁰. Según este autor, la obligación se extingue –*ex* artículo 1182 CC– solo cuando la cosa se pierde de modo fortuito y antes de que el deudor incurra en mora pues, si la pérdida fuese imputable al deudor, el acreedor no correría ningún

¹⁵ RUDA, 2010, p. 1319.

¹⁶ PANTALEÓN, 1991, p. 1050: «En caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación por ella debida imputable a una de las partes, la otra podrá optar por resolver o no, siendo menor o mayor la cuantía de la indemnización que podrá exigir en un caso u otro en concepto de responsabilidad contractual. Y optando por no resolver, podrá pretender, si existe, el *commodum representationis* (artículo 1186 CC), más, en su caso, la indemnización que reste hasta alcanzar el valor de su íntegro interés en el cumplimiento».

¹⁷ ROCA JUAN, 1976, pp. 524 y ss. (hasta 543).

¹⁸ Desde luego, el supuesto de venta por el propio deudor plantea un caso de responsabilidad por hecho propio, pero podría ser no imputable por tratarse de una segunda enajenación de buena fe (cree que la primera venta es nula, que no se concluyó, etc.) y, por tanto, no habría posibilidad de atribuirle responsabilidad por daño en la segunda venta.

¹⁹ ROCA JUAN, 1976, pp. 534 y 548. Opinión que apoya, sobre todo, en el modo de operar la transmisión de la propiedad en nuestro sistema, con exigencia de título y modo.

²⁰ Díez-Picazo, 2007, p. 1605.

riesgo: la obligación se perpetuaría en la de indemnizar por incumplimiento. El art. 1186 CC se entiende en el contexto de un acreedor que corre con el riesgo de pérdida (*periculum obligationis*), por lo que, si al acreedor le queda abierta la vía del artículo 1124 CC por ser la obligación recíproca –con lo que evitaría el riesgo–, resulta «muy dudosa» la aplicación del artículo 1186 CC²¹. Con esas premisas, Carrasco concluye que «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». Menciona que no es esta la interpretación que se hace del § 281 BGB (actual § 285), que permite al acreedor elegir entre la restitución del cómodo representativo (si hay enajenación por precio, cómodo de negociación) y la indemnización de daños contractuales²².

3.2 LAS INTERPRETACIONES EXTENSIVAS

El rigor de la interpretación estricta consiste en ser consecuente con el –hasta ahora– único fundamento de la norma: el cómodo compensa el riesgo, y el riesgo (*periculum*) consiste *stricto sensu* en asignar a uno de los contratantes la pérdida *fortuita*. Sin embargo, la historia de las interpretaciones del precepto, tanto en nuestro ordenamiento jurídico con en el panorama jurídico europeo, ha estado protagonizada por el impulso de ampliar su ámbito de aplicación más allá del marco de la compraventa de cosa cierta perdida fortuitamente²³. Así, Puig Brutau, siguiendo en este punto a Larenz, afirma que se trata de «dar al acreedor lo que en el patrimonio del deudor ha sustituido desde el punto de vista económico a la cosa que el deudor debía entregar al acreedor, cuya entrega no puede ya realizar», y da por bueno el comentario que Santos Briz añade a esta opinión, en el sentido de que «es lógico que [el acreedor] tenga también acción contra el deudor cuando con ello [la pérdida] éste

²¹ CARRASCO PERERA, 1988, p. 143. Sobre la última cuestión (la relación entre el artículo 1186 CC y la resolución), véase DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 659: «tampoco esta conclusión [que la posibilidad de resolver excluya el cómodo] resulta pacífica, porque no se ve la razón para impedir, en la relación obligatoria bilateral o sinalagmática, al acreedor la opción entre reclamar la resolución o reclamar el cumplimiento con el *commodum representationis*, si esto puede ser más beneficioso para él».

²² CARRASCO, 1988, p. 143. Al ser la pérdida no imputable, las acciones de residuo típicas del cómodo se reducen a la acción indemnizatoria contra el tercero que haya causado la extinción de la cosa, la de exigir el pago del justiprecio contra la Administración que la haya expropiado o la de cumplimiento de pago de la suma asegurada contra la aseguradora.

²³ ROCA JUAN, 1976, p. 533. Así ha sido también la historia del precepto en Francia o Italia. Para el Derecho alemán, véase SCHERMEIER, 2007, Rn. 78 y ss.

haya obtenido algún provecho; de otra forma el deudor obtendría un enriquecimiento injusto». Y aunque los ejemplos que pone son de daño indemnizable y daño asegurado, la *ratio* de la explicación no excluiría, *a priori*, que el provecho esté constituido por el precio que el deudor ha obtenido de un segundo comprador²⁴.

Se expresa también en términos amplios Cristóbal Montes, para quien «si, como es ordinario, el acreedor debe soportar la imposibilidad sobrevenida de la prestación (*incommodum obligationis*), así también tendrá derecho a todo lo que se obtenga como consecuencia del hecho causante de la imposibilidad (*commodum representationis*) y no solo cuando proceda del hecho ilícito de tercero, sino también cuando derive *de cualquier acontecer* que determine la imposibilidad de la prestación, tal como destrucción por incendio, expropiación forzosa, privación y, en general, siempre que el deudor obtenga una indemnización o un provecho derivado de lo que fue objeto de la obligación. La regla debe ser, pues, que quien soporte la desventaja, y precisamente por ello, debe beneficiarse de la ventaja»²⁵.

En el contexto de las funciones que cumple la responsabilidad contractual, y en concreto para negar que lo sea una pretendida función de «evitar que el deudor se enriquezca por su incumplimiento», Pantaleón afirma que «el artículo 1186 CC ha de considerarse aplicable, no sólo al *commodum ex re*, sino también al *commodum ex negotiatione*. Lo que significa, en esencia, que si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá optar por exigir de aquél, con apoyo en el mencionado precepto, la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste; alternativa que interesará especialmente al acreedor, cuando, con ella, pueda obtener una suma mayor que la que conseguiría, como indemnización de daños y perjuicios, por la vía de la responsabilidad contractual: si la contraprestación del tercero tiene un valor superior al valor de mercado de la cosa debida, y si no cabía razonablemente prever que, de haber cumplido el deudor, el acreedor hubiera logrado celebrar con un tercero un contrato tan ventajoso como el conseguido por el deudor»²⁶. Es la primera vez que entre nosotros se defendía lo que ya era moneda corriente en Derecho alemán.

²⁴ PUIG BRUTAU, 1976, pp. 428 y 429: «La redacción del transcrito artículo sin duda es demasiado restringida».

²⁵ CRISTÓBAL MONTES, 1987, p. 602. GONZÁLEZ PORRAS, 1991, pp. 364 y 365.

²⁶ PANTALEÓN, 1991, p. 1022. Se apoya en el artículo 1095 CC, «que atribuye ya al acreedor [aún no propietario] de la cosa el monopolio de las utilidades de la misma». Reitera su opinión en «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual» (1993, pp. 1736 y 1737).

Clemente Meoro estudia a fondo el asunto y se muestra partidario de que el cómodo alcance también al precio por disposición voluntaria del bien por parte del deudor (*commodum ex negotiatione*)²⁷. Se apoya en cinco argumentos:

1) la idea de que la pérdida imputable, por facilitar al acreedor la acción de daños, excluye el derecho al cómodo, no resulta convincente: a nadie puede convencer que no haya «pérdida» en el sentido del artículo *porque la obligación se perpetúe* en la de indemnizar daños (*perpetuatio obligationis*); los motivos procesales que en Roma avalaban esa construcción han desaparecido por completo y no se aprecia ningún otro argumento por el que mantener dicha figura. Hoy son demasiadas y muy autorizadas las voces que entienden que el incumplimiento imputable no perpetúa la obligación de entregar en la de resarcir los daños causados, sino que provoca el nacimiento de una acción indemnizatoria: la obligación de entregar se ha extinguido y en su lugar ha nacido la de indemnizar, y entre los daños indemnizables puede estar el valor de la cosa que debió entregarse²⁸. Tampoco se explica por qué no deberían concurrir ambas acciones –de daño y de entrega del cómodo, netamente distintas– de manera que sea el acreedor quien decida acudir a una u otra.

2) El argumento de que el cómodo solo se debe si la pérdida es fortuita convence igualmente poco desde la perspectiva del propio cómodo (y por tanto, con independencia de lo que ocurra en la acción de indemnización), porque de este modo se facilita a los acreedores una protección frente al incumplimiento fortuito que se niega a los acreedores que sufren un incumplimiento imputable al deudor, con el argumento de que «ya tienen otra acción». Ante acciones diferentes, con *ratio* y funciones distintas, lo lógico es que concurren y sea el acreedor quien proteja su interés como prefiera; en su caso, lo que habría que explicar es por qué una de ella (la de daños) excluye a la otra (la del cómodo). Ambas acciones son compatibles, aunque resulta obvio que el daño resarcible será

²⁷ CLEMENTE MEORO, 2000, p. 172. También RUDA (2010, p. 1319) parece secundar a PANTALEÓN argumentando que, «de otro modo, el deudor experimentaría un enriquecimiento injusto o sin causa» (*ratio* que toma de PUIG BRUTAU, 1976, p. 429).

²⁸ ROCA JUAN, 1976, p. 539: «Extinguida la obligación de entregar la cosa, por pérdida que origine indemnizaciones o pretensiones contra tercero, si el acreedor acepta las indemnizaciones o las acciones que amparan la pretensión, por el efecto post-extintivo del artículo 1186, quedará excluida la posibilidad de ejercitar la facultad resolutoria, porque aquel efecto es secuela del crédito originario. Si opta por ejercitar la facultad resolutoria, no podrá, en cambio, adquirir las acciones contra tercero que, por la extinción, le atribuye en principio el artículo 1186, porque ese efecto es incompatible con la resolución, que disuelve el vínculo del que emana».

menor cuando se haya obtenido el cómodo (§ 285. II BGB)²⁹; lo que no se podrá es pedir dos veces el valor de la cosa por dos conceptos: el precio como «cómodo de negociación» (para reintegrar el derecho usurpado) y el valor de mercado del bien como daño (para indemnizar el patrimonio dañado).

3) Si en las obligaciones recíprocas decimos que el acreedor puede resolver o exigir el cómodo (opinión no compartida por Carrasco), no se ve por qué habría de negársele esa misma opción cuando la pérdida sea imputable al deudor³⁰; esto es, no se ve el motivo por el que habría que distinguir si la causa de resolución es o no imputable (lo que no es un requisito para resolver), y en función de ello hacer que se pueda pedir o no el cómodo.

4) Los artículos 1778 y 1897 CC atribuyen el *commodum ex negotiatione* en supuestos en los que la cosa debida se enajena de buena fe por quien estaba obligado a restituirla (al depositante y al *solvens*, respectivamente), y en los que la pérdida no es imputable porque ambos –heredero del depositario y *accipiens*– creen de buena fe que pueden disponer del bien; de aquí deduce el autor que no se ve la razón «por la que no quepa generalizar la solución de los artículos 1778 y 1897 CC a todo supuesto de imposibilidad imputable de una prestación de carácter contractual»³¹.

5) Finalmente, pone de relieve que resulta inicuo que los beneficios del incumplimiento doloso correspondan al deudor: «Teniendo que escoger entre el deudor doloso y el acreedor (...), resulta más equitativo elegir a éste que a aquél, y considerar que tiene derecho al sustitutivo de la cosa debida fruto de la negociación del deudor»³².

Si los tres primeros argumentos giran en torno a la interpretación del supuesto de hecho del artículo 1186 CC (qué «obligación», qué «pérdida», qué «acciones»), el cuarto plantea la necesi-

²⁹ La misma idea se incorpora en el artículo 1196 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley, de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación (2009), cuya segunda frase deja clara la compatibilidad de la acción de petición del cómodo junto a la indemnizatoria [»Si las ejercitare, de la indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido.]. Con un texto prácticamente igual, el artículo 518-4 de la Propuesta de CC de la APDC.

³⁰ CLEMENTE MEORO, 2000, pp. 172 y ss.: «En este sentido resultan significativos los artículos 1136-3.º y 1185 CC», en los que se establece «la sustitución de la cosa perdida por su precio». A continuación sugiere que también podría pensarse que «cuando la enajenación del bien sea la causa de la imposibilidad de la prestación, pueda el acreedor optar por el precio que haya pagado un tercero *como modo de determinar el perjuicio sufrido*, que sea aquel superior al de mercado». Sin embargo –añado yo–, ese razonamiento abre la puerta a considerar el precio como un daño mínimo, objetivo o abstracto (frente al daño subjetivo/concreto), con el correspondiente factor punitivo que ello supondría para la pretensión de indemnización. Se apunta esta idea en DELGADO ECHEVERRÍA, 1994, pp. 194 y 195.

³¹ CLEMENTE MEORO, 2000, p. 177.

³² CLEMENTE MEORO, 2000, p. 178.

dad de una interpretación sistemática de éste con otros preceptos en los que se contempla la enajenación de cosa que debe restituirse, de manera que las soluciones sean valorativamente coherentes, y el quinto trata de algo que podría confundirse con el derecho al cómodo de negociación, pero que –en mi opinión– plantea un asunto más complejo, como es el de la posible restitución de la ganancia obtenida mediante el incumplimiento doloso del contrato. Me parece oportuno adelantar aquí que no conviene confundir la restitución del precio como subrogado de la cosa debida (al que el acreedor tiene derecho cuando el deudor la vende) con el problema de la restitución de la ganancia ilícita, sea su absorción, sea su reparto. Como veremos, la entrega del cómodo es una medida de reintegración y la absorción de la ganancia, en su caso, una medida punitiva. Sobre ello se volverá más adelante.

Para Ruda, el cómodo es compatible con las obligaciones bilaterales, en las que «el acreedor escogerá entre la resolución o recibir el cómodo y la indemnización que complete el valor de su interés en el cumplimiento», y le parece que el cómodo podría consistir en «los beneficios obtenidos por el deudor mediante su actividad negocial», esto es, en el precio de venta³³. Erdozáin aprecia que, «según los autores, la acción se refiere no solo a las indemnizaciones, sino también al valor asegurado, e incluso a las ganancias obtenidas por el deudor por medio del desarrollo de su actividad negocial»³⁴. Sin embargo, Díez-Picazo Giménez se hace eco de los principales obstáculos para admitir que el precepto incluya el *commodum ex negotiatione*: la pérdida no es fortuita, y se estaría otorgando un trato de especial privilegio al acreedor de cosa determinada frente a otros acreedores de obligaciones diferentes. Por su parte, la jurisprudencia apenas ha tenido oportunidades de pronunciarse sobre el asunto³⁵.

Puede apreciarse, por tanto, una cierta tendencia en la doctrina (en absoluto unánime) a conceder el *commodum ex negotiatione* al acreedor, al menos al de cosa cierta. Sin embargo, no parece haber

³³ RUDA, 2010, p. 1319.

³⁴ ERDOZÁIN, 2009, p. 1425.

³⁵ MORENO-TORRES HERRERA y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2009, p. 2167: «Las dudas hermenéuticas que plantea el precepto no han sido resueltas por una inexistente jurisprudencia». Se cita la SAP Asturias, de 10 de julio de 2000 (AC 1627), sobre una prestación que deviene imposible por expropiación de la finca en la que el demandado debía construir. Del artículo 1186 CC se afirma que «la interpretación que cabe hacer del artículo 1186 CC incluso permitiría al acreedor, que pierde la cosa que debía entregársele por la expropiación, el ejercicio de la acción correspondiente contra la entidad expropiante para obtener el precio de la expropiación. El fin de la norma es básicamente la protección del acreedor, paliando en lo posible el perjuicio sufrido y evitando el enriquecimiento que el deudor recibiría si quedara liberado de la obligación y obtuviera los lucros derivados de tal hecho».

ningún argumento definitivo: ni está claro el motivo por el que deberíamos limitarnos a una interpretación estricta del precepto que deja muchas cuestiones sin responder, ni la necesidad de coherencia valorativa con otros supuestos y otros preceptos parece suficiente para aceptar pacíficamente el derecho del acreedor al cómodo de negociación y, en su caso, para determinar qué acreedores gozarían de ese derecho y con qué alcance. ¿Por dónde avanzar?

3.3 CRÍTICA PRINCIPAL A LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA

La principal crítica que se hace a la tesis estricta proviene de que concede el cómodo al acreedor que, ante un incumplimiento no imputable, carece de otras acciones y, por el contrario, lo niega cuando la pérdida es imputable al deudor, lo que le hace incurrir en una «palmaria contradicción de valoración»³⁶. Se podría querer justificar la decisión diciendo que «no hay riesgo», pero no se ve por qué no debería ser el acreedor quien decida pedir la reparación del daño o la entrega del cómodo³⁷; además, la compensación del «riesgo» podría no ser el único fundamento posible del precepto. Estaría también el argumento *a priori* de que la acción de daños protege siempre mejor la posición del acreedor que la acción de petición del cómodo, y quizá sea verdad que el legislador no tuvo en cuenta que al acreedor le puede interesar más el cómodo que la indemnización pero, como buen planteamiento *a priori*, quiebra cuando el deudor hace una buena venta y el acreedor se interesa por el precio; o cuando la venta no es subjetivamente imputable al vendedor (porque cree de buena fe que no hubo primera compra o que ésta era nula): ¿por qué excluir que el acreedor exija el subrogado, esto es, el precio de la cosa que tenía derecho a recibir? Y aunque la venta sea subjetivamente imputable, si el precio es bueno, ¿por qué no podría optar por éste en lugar de acudir a la acción de daños? La interpretación estricta entiende

³⁶ PANTALEÓN, 1993, p. 1737, nota 62 y nota 45: en su opinión, los autores que defienden esa dicotomía (incumplimiento imputable y no imputable) no han llegado a explicar «por qué el juego del artículo 1186 CC tiene que restringirse al acreedor que no puede resolver (porque soporta el *periculum*). Acreedor éste que, en consecuencia, podrá llegar a estar mejor tratado que el que goza de la facultad de resolver por imposibilidad de la prestación que se le debe (dado que aún no soportaba el *periculum* o), incluso cuando esa imposibilidad haya sido provocada por un suceso imputable a la otra parte; lo que supone una *incongruencia valorativa insoportable*».

³⁷ LACRUZ BERDEJO, 1986, p. 634: «hemos de convenir con COLIN y CAPITANT en que la hipótesis del concurso de acciones es clásica en el procedimiento civil, y la solución de principio es que el titular de diferentes acciones tiene derecho a ejercerlas sucesivamente o a escoger entre ellas. La concesión de una acción, fundada en un concreto derecho o situación o supuesto de hecho, no impide la existencia de otra dirigida a un resultado práctico semejante o distinto, sobre base jurídica o fáctica que contempla ese mismo derecho o hecho desde otro ángulo».

que eso escapa del sentido originario del artículo 1186 CC pero deja esas preguntas sin responder y, desde luego, no cabe deducir *a contrario* que el precepto las haya excluido (esto es, que las tuvo en cuenta y las rechazó).

Castilla Barea señala que no puede compartir con Pantaleón que el artículo 1186 CC sea aplicable a los supuestos de pérdida imputable, y esgrime varios argumentos que encajan en lo que hasta aquí se ha denominado interpretación estricta (solo hay extinción si la pérdida es fortuita; si la extinción fuera imputable la obligación se perpetuaría; se añade que supondría reconocer al acreedor la posibilidad de acudir contra el deudor de su deudor, en contra del principio de relatividad de los contratos)³⁸. Pero lo cierto es que ninguna de estas razones responde a la objeción principal: debería darse al menos un motivo por el que resulte razonable que los supuestos de pérdida imputable y no imputable merezcan un trato distinto, que explique por qué las acciones resolutoria o indemnizatoria deberían excluir la acción de petición del cómodo y no entrar en concurso con ésta.

En un plano exclusivamente histórico exegético, Díez-Picazo señala que encuentra adecuada la interpretación estricta del artículo 1186 CC³⁹. Sin embargo, se plantea otras cuestiones que de hecho le alejan no poco de esa posición. Concretamente, se pregunta si el acreedor tiene a su disposición una *condictio* por intromisión (que es la manera de explicar el § 285 BGB –correlato de nuestro art. 1186 CC– por parte de la doctrina mayoritaria en Alemania), o si no debería contarse con lo que en derecho anglosajón se conoce como *account of profits*, para la restitución de la ganancia ilícita. Las dos cuestiones –sobre todo la primera– le llevan a afirmar que, probablemente, el acreedor cuenta con una pretensión para obtener el precio obtenido con la enajenación de la cosa debida, al menos en los casos en que pueda decirse que ese acreedor, que aún no es propietario de la cosa, es titular del monopolio de los rendimientos o provechos de ésta⁴⁰, esto es, siempre

³⁸ CASTILLA BAREA, 2001, p. 318. La autora reconoce que la postura de Pantaleón es coherente con que, para él, la obligación de «cumplimiento por equivalente» como indemnizatoria, no de cumplimiento como este considera.

³⁹ Díez-Picazo, 2007, p. 1608: «No hay, por consiguiente, ninguna base para trasladar a este artículo [1186 CC] el supuesto de enajenación de la cosa debida por el deudor», pues en tal caso la imposibilidad no es fortuita, «que es lo que requieren los artículos 1184 y 1186. No hay, pues base para equiparar pérdida o destrucción con enajenación voluntaria». Si la cosa se pierde de manera fortuita, la obligación se extingue por la pura lógica obligacional, al desaparecer su objeto, pero si la cosa se enajena, se ponen en marcha los remedios por incumplimiento; ¿es razonable pensar que junto a los otros remedios debería haber lugar para una acción de enriquecimiento?

⁴⁰ Díez-Picazo, 2007, pp. 1609 a 1612.

que la posición jurídica lesionada (en este caso, la del acreedor) atribuya a su titular todo el provecho de la misma.

Parece, por tanto, que hay algunos puntos de estudio que podrían ayudarnos a seguir avanzando en las preguntas que han quedado sin responder. En concreto, convendría ahondar en la función jurídica que está llamada a cumplir la entrega del cómodo, en la necesidad de guardar suficiente coherencia valorativa con las soluciones dictadas por el Código en conflictos cercanos y, finalmente, en la comprensión del cómodo como medida de reintegración del derecho del acreedor. Después deberíamos poder hacer una lectura armonizada de todo ello.

4. LA FUNCIÓN DEL DERECHO AL *COMMODUM*

Antes decíamos que el cómodo es un subrogado, lo que sustituye a la cosa, o quizá también un residuo o lo que queda de ésta. El precio de la cosa (su valor en cambio) encaja poco con la idea de residuo, pero lo hace perfectamente con la noción de sustituto o subrogado en el patrimonio del deudor: es una manera de representar la cosa y, desde luego, es algo que está ahí «por razón de la cosa». Esta idea, que se encuentra tanto en Pothier como en Larenz y originariamente se desarrolla como una manera de *compensar* al acreedor que sufre el riesgo de pérdida fortuita de la cosa, no pierde su razón de ser por el hecho de que la pérdida sea imputable, esto es, por el hecho de que sea el vendedor quien haya enajenado voluntariamente la cosa. Ciertamente, cuando la pérdida es imputable al deudor el acreedor tiene otras herramientas jurídicas que protegen su interés frente al incumplimiento, pero la idea de un «cómodo de representación» que aparece en lugar de la cosa no pierde su sentido.

Las expresiones usadas por el Código en otros lugares (fundamentalmente, la partícula «solo» en los artículos 1778 y 1897 CC) dan a entender que no se pensó en que el cómodo de negociación podía interesar más que la acción de daños. Cuando la cosa se pierde por la enajenación voluntaria del deudor realizada de buena fe (porque desconoce la primera venta, piensa razonablemente que es nula, cree que es el propietario, etc.), éste responde «solo» del precio porque de este modo *se limita* su responsabilidad. Algunos exégetas se plantearon que el precio podía ser superior al valor de mercado de la cosa y no dudaron en afirmar que debía entregarse en su totalidad, aunque superase ese valor: se protege al deudor para que no tenga que restituir por encima de lo que recibió, pero no se le reconoce un

derecho a quedarse con la diferencia positiva entre el precio y el valor. Esto guarda coherencia con la idea de que en ambos casos el precio es un subrogado que representa a la cosa debida y la función del precepto es que llegue hasta el acreedor con independencia de su relación con el daño (valor de la cosa). El precio es la medida de reintegración del derecho del acreedor, por eso no necesita imputarse subjetivamente (por culpa u objetivamente), lo que sí ocurriría de tratarse de una medida indemnizatoria o punitiva.

Pienso que este es el ámbito de aplicación del artículo 1186 CC y que, por lo tanto, no está hablando ni de la absorción de la ganancia, ni de un reparto más o menos equitativo de ésta, ni de fijar un daño mínimo en favor del acreedor, sino solo de entregar aquello que «sustituye» a la cosa a aquél a quien se debió entregar ésta, *reintegrando* así el patrimonio del acreedor. La restitución de la ganancia (como beneficio obtenido de un bien ajeno) plantea un problema distinto al contemplado hasta aquí y, por lo tanto, no debe confundirse con la mera entrega del precio (como subrogado) entendido como medida de reintegración de la cosa o del derecho a recibir la cosa.

En efecto, podría ocurrir que el deudor que enajena la cosa lo haga prestando –al hacerlo– un servicio profesional, o que la transforme antes de venderla, o que la incorpore a un proceso de producción con el que se generan bienes que finalmente se comercializan, etc., todo lo cual planteará algunos problemas nuevos: ¿qué se hace con ese servicio profesional de venta, se descuenta del precio dejando así al acreedor de la cosa con el beneficio neto (no bruto)? ¿O debería dejarse el beneficio neto al vendedor/intromisor (que es, al fin y al cabo, quien tuvo la iniciativa), dejando al acreedor con el valor de la cosa (la medida del daño)? ¿Debería descontarse del precio lo que le ha costado transformar la cosa? Y si ésta se incorpora a un proceso productivo, ¿debería separarse la parte de precio que corresponda a lo que la cosa aporta al producto o servicio que finalmente se comercializa? O bien, ¿debería restituirse el precio sin derecho alguno por parte del deudor, esto es, dejando la ganancia bruta al acreedor? Estas cuestiones –de indudable interés– plantean conflictos que requieren respuestas, pero éstas no se encuentran en la idea de un «cómodo de negociación» (ganancia por la venta de la cosa debida). La posible restitución de la ganancia plantea un problema aparte; el artículo 1186 CC habla del subrogado (lo que entra en lugar del bien), no de la ganancia (lo que se obtiene gracias al uso comercial o empresarial del bien). La lógica del subrogado es la de sustitución de «cosa por cosa», y *cuando hay un precio por medio el ordenamiento jurídico se sirve de una simplificación prác-*

tica: el precio tasa la medida de reintegración de la cosa. Si el precio se ha obtenido mediante la prestación de un servicio profesional parece legítimo plantear si el valor de ese servicio debería «descontarse» del mismo; pero si el supuesto es algo más complejo y la cosa se incorpora a un proceso productivo en que se obtiene una ganancia, preguntarse por la restitución del valor de uso del bien, de la ganancia, etc., nos introduce en la problemática más compleja de restitución de la ganancia ilícita. Veamos ahora si la función integradora a la que me he referido como propia de la obligación de entrega del cómodo es la que desempeña éste en otras previsiones del Código, como los artículos 1778 y 1897 CC. La lectura de estos preceptos junto al artículo 1186 CC plantea la necesidad de enjuiciar de modo coherente las ventas de cosa ajena y de cosa debida.

5. LA NECESIDAD DE COHERENCIA VALORATIVA

Se trata, por lo tanto, de procurar que haya suficiente coherencia con otras soluciones previstas en el Código. Sabemos que algunos preceptos (artículos 1778 y 1897 CC) conceden el cómodo de negociación (el precio) en supuestos de venta de cosa ajena de buena fe por parte del disponente: el heredero del depositario que enajena cosa que debe restituir al depositante y el *accipiens* que enajena cosa que debe restituir al *solvens* se liberan entregando el precio o la acción para cobrarlo. Ahora bien, si A vende cosa cierta a B y, antes de entregarla, vuelve a venderla a C y se la entrega a éste (que resulta protegido en su adquisición), parece que B deberá conformarse con la resolución y la indemnización de daños, y que no podrá pretender el precio que A obtuvo en la segunda venta⁴¹; pero si se ve el precio como un subrogado o representante de la cosa, parece razonable que nos preguntemos si esa hipótesis se encuentra al amparo del art. 1186 CC. Para ello habría que superar la interpretación estricta, que exige que el acreedor soporte el riesgo de pérdida fortuita de la cosa, lo que aquí no ocurre porque la pérdida es imputable a hecho propio del deudor (que podría ser o no culpable). Para valorarlo, se trae a consideración la solución prevista en los dos preceptos mencionados para sendas disposiciones de buena fe de cosa ajena: si el depositante o el *solvens* tienen derecho al cómodo, ¿resulta razonable que no lo tenga el contratante que no recibe la cosa porque ha sido enajenada a un tercero? Parece claro que no se trata de señalar sin más que se trata de

⁴¹ CARRASCO, 1988, p. 143.

supuestos diferentes, lo que resulta obvio, sino de juzgar si resulta sensato que se conceda el cómodo en unos casos y en otros no. Tampoco parece suficiente con afirmar que aquellos constituyen supuestos que han merecido un tratamiento *ad hoc*, como si no estuvieran relacionados con el resto del ordenamiento.

Podría intentarse encontrar la respuesta en el hecho de que el depositante, el *solvens* o el titular del bien en la venta de cosa ajena sean (generalmente) propietarios de la cosa, en tanto el acreedor de cosa cierta no lo es hasta que la reciba, por mucho que tenga derecho a sus rendimientos (*ex art. 1095 CC*). ¿Por qué no ver en ese dato un argumento para que el derecho de crédito del (mero) acreedor (no propietario) no alcance al *commodum ex negotiatione*? Como se ha dicho desde el comienzo, el *commodum* se relaciona con el *periculum* (riesgo de pérdida fortuita de la cosa), que puede ser o no del propietario (no lo es en el supuesto paradigmático de la compraventa romana). Por otra parte, parece razonable afirmar que es muy probable que para el codificador el *solvens* deja de ser propietario de la cosa entregada (contando con que lo fuera al entregar), porque el *accipiens* de buena fe hace suyo lo recibido al concurrir el modo (la entrega) y el título (aunque *putativo*, suficiente para hacerle propietario)⁴². Sea como fuere, la solución del Código debería ser la misma con independencia del sistema de transmisión de la propiedad por el que hubiera optado, pues parece claro que deberían ser el depositante y el *solvens* quienes corran con el riesgo de que la cosa se enajene por un precio inferior al valor de mercado del bien, al menos cuando ambos –heredero del depositante y *accipiens*– sean de buena fe.

Volvamos al acreedor de cosa cierta. Si no es posible acudir a la analogía *legis* con los preceptos mencionados, ni acudir a la analogía *iuris* para inducir alguna regla que sirva como respuesta general (a partir de los principios que rigen la transmisión de la propiedad), la solución que se proponga al supuesto no regulado debería guardar al menos una cierta coherencia con ellos. Los preceptos conceden el cómodo en supuestos en los que un deudor de cosa cierta dispone de ella de buena fe, esto es, creyendo estar legitimado para hacerlo; la interpretación que hemos llamado estricta del artículo 1186 CC niega el cómodo si la pérdida es debida a hecho propio del deudor, esto es, si no es fortuita⁴³. La cuestión es: ¿hasta

⁴² RODRÍGUEZ-ROSADO, 2004, pp. 1049 y ss.. El autor pone de relieve que, muy probablemente, el legislador histórico sí tuvo en cuenta el título putativo, aunque le parece que no es conveniente seguir manteniendo esa postura hoy (pp. 1096 a 1099).

⁴³ BADOSA, 1993-I, p. 258. Sobre el concepto de «culpa-hecho propio» de este autor, véase Díez-PICAZO, 1993, pp. 652 y 653.

qué punto son ambas afirmaciones compatibles dentro de un mismo sistema coherente?

El artículo 1778 CC da una regla contractual, pues el heredero del depositario sucede a éste en el contrato y, cuando por hecho propio enajena el bien que cree propio, incumple en la relación contractual con el depositante. El precepto viene por tanto a limitar la responsabilidad contractual del heredero que ha incumplido por hecho propio pero que, dadas las circunstancias, es razonable que no responda más allá del precio obtenido. Esas circunstancias son su buena fe y el carácter gratuito del contrato de depósito⁴⁴. Ahora bien, si el depósito no es gratuito, o si el heredero sabe o debió saber que enajenaba un bien que no era de su causante, parece claro que el «límite» no debería favorecer al heredero del depositario. Entonces, si el «límite» es un «beneficio» del depositario que no merece en todos los casos, ¿por qué no debería el depositante poder optar por el «cómodo/precio» también en los casos en los que no merezca esa protección? Si el precio le parece suficiente, o desea evitar los problemas típicos de la resolución o la indemnización, ¿por qué no debería poder pedir el precio apoyándose en el artículo 1778 CC? Dicho de otro modo, ¿es que la entrega del cómodo deja de cumplir su función típica por el hecho de que el incumplimiento sea imputable?

El artículo 1897 CC plantea un supuesto que no es contractual; no hay ningún contrato o relación obligatoria que ligue al *solvens* con el *accipiens*. Si éste conserva aún la cosa que recibió de aquél, la cuestión se salda con la *condictio indebiti* por la que se restituye lo recibido. Una de las posibles complicaciones se presenta precisamente cuando el *accipiens* enajena la cosa de buena fe. En ese caso, la limitación de la responsabilidad del *accipiens* se explica por el principio de indemnidad: ni tiene título para enriquecerse, ni debe salir perjudicado por tener que restituir lo que recibió, de manera que restituirá en la medida en que quede «indemne»⁴⁵. Esta idea se cumple tanto si entrega la cosa (deducidos en su caso los gastos de manutención, conservación, etc.; compensables con los provechos que hubiese obtenido del bien) como si entrega aquello que llegó a su patrimonio en su lugar. La entrega del precio encaja perfectamente en esta lógica del principio de indemnidad.

En este caso el *accipiens* ha dispuesto de la cosa que recibió, de manera que el pago inicial realizado «por error» se combina con una disposición de cosa ajena, que es un supuesto típico de intromisión. Todo *solvens* tiene derecho a recuperar la cosa con la *con-*

⁴⁴ PANTALEÓN, 1991, p. 1057.

⁴⁵ BASOZABAL, 2010, pp. 2042 y 2043.

dictio indebiti (que es una de las *condictiones* de prestación), pero este *solvens* exige la restitución de lo que el *accipiens* ha obtenido por intromisión, por haber enajenado la cosa. Con la *condictio* por intromisión se le permite reintegrar su derecho con la entrega del «valor usurpado»; sin embargo en este caso se le da derecho a lo que el *accipiens* haya obtenido con la venta, guardando así coherencia con el principio de indemnidad. La lógica es por tanto la de reintegrar el patrimonio del *solvens* en la medida del enriquecimiento experimentado por el *accipiens* y, tal y como se ha propuesto, el precio es, como punto de partida, la medida de reintegración del bien. Por otra parte, si el *accipiens* es de mala fe, el *solvens* contará con otras acciones contra él. El artículo 1896 CC no menciona la restitución del precio para el caso de disposición indebida por parte del *accipiens* de mala fe, pero no resulta fácil encontrar un solo motivo para negar al *solvens* el derecho al precio (junto a los otros remedios).

Vemos por tanto que el *solvens* puede acceder al precio obtenido por el *accipiens* de buena fe; y lo mismo el depositante con el precio que obtenga el heredero del depositario que dispone de buena fe. Y que en ambos casos resulta difícil responder por qué no deberían poder contar con esa misma ayuda cuando el *accipiens* o el heredero del depositante no sean de buena fe. Y si hemos llegado hasta aquí, es difícil negar el cómodo al contratante cumplidor, cuando el incumplidor haya obtenido un precio por la cosa, incumpliendo así por hecho propio y, previsiblemente, de mala fe. El cómodo es la medida de reintegración del patrimonio del acreedor y el precio un mero subrogado de la cosa.

5.1 EL CASO FRANCÉS

En la doctrina alemana, Boosfeld relata un conflicto similar de búsqueda de coherencia valorativa en el Derecho francés⁴⁶. Compara el supuesto de disposición de cosa ajena sin relación previa entre propietario y disponente (para el que la Corte de Casación había dispuesto desde 1931, al amparo de la interpretación del artículo 2277 *Code*⁴⁷, que el propietario debe quedarse con «el valor» y el disponente con la ganancia neta, decisión que había

⁴⁶ BOOSFELD, 2015, pp. 15 y ss

⁴⁷ Art. 2277 *Code civil*: «Cuando el poseedor actual de la cosa robada o perdida la hubiese comprado en una feria o mercado, o en el marco de una venta pública, o a un comerciante dedicado a la venta de cosas de esa naturaleza, el propietario original tan solo podrá reclamar que se le restituya previo reembolso al poseedor del precio que le hubiese costado».

merecido importantes críticas por parte de la doctrina, especialmente de Savatier, Aubry y Rau, Capitant o Lauriol) y el supuesto del artículo 1380 *Code* (paralelo a nuestro 1897 CC, en el que el *accipiens* de buena fe enajena la cosa entregada por el *solvens* y queda obligado a entregar a éste el precio o la acción para hacerlo efectivo). Algunos exégetas –como Demolombe o Demogue– se habían planteado qué ocurriría si el bien se enajena por un precio superior a su valor y concluían que el precio debía entregarse siempre íntegro, fuese mayor o menor que el valor; precisamente, la idea de Pothier es la de reconocer un derecho sobre aquello que entra en lugar de la cosa, con independencia de su valor, pues nunca se perjudica al enriquecido por retirarle lo que no tenía derecho a recibir⁴⁸. Claro que la previsión del *Code* (como en el caso español) es para el *accipiens* de buena fe; la responsabilidad del *accipiens* de mala fe (en el artículo 1378 *Code*, paralelo a nuestro 1896) no alude a la restitución del precio por disposición, pero Demolombe concluía que en este caso el *solvens* debería tener derecho a optar por el precio si así lo prefiere, y ni la doctrina ni la jurisprudencia han refutado esta opinión. De manera que en el supuesto ordinario de disposición de cosa ajena el propietario no tiene derecho al precio que obtenga el disponente, pero el *solvens* sí puede pedir el precio al *accipiens* disponente, sea o no de buena fe. Esto parece difícil de aceptar, pues en el primer caso el disponente es un mero «intromisor» que no parece necesitar (ni merecer) mayor protección; por el contrario, el *accipiens* de buena fe sí es merecedor de unas normas que protegen su derecho a salir indemne, esto es, a no salir mal parado por haber recibido un enriquecimiento impuesto causado (presumiblemente) por la culpa del *solvens*: ¿por qué el *solvens* está mejor protegido que el propietario?

Lo cierto es que la respuesta que Boosfeld encuentra entre los autores franceses es poco consistente: el trato diferente se justifica por la diferente relación jurídica que existe entre los interesados antes de la disposición. Para que esté justificada la restitución de la ganancia (como acabo de exponer, en mi opinión el artículo que en sede de cobro de lo indebido hace referencia al precio se refiere a un subrogado, no a una ganancia en sentido técnico) hace falta una relación previa entre los implicados, de manera que es la cercanía o especial relación de confianza existente entre los contratantes la que justifica la especial protección que se manifiesta, para el caso de rup-

El arrendador que reivindique, en virtud del artículo 2332, los bienes muebles desplazados sin su consentimiento y que hubiesen sido comprados en las condiciones ya indicadas, deberá asimismo reembolsar al comprador el precio que le hubiesen costado».

⁴⁸ BOOSFELD, 2015, p. 22. La protección del derecho se realiza a través de su reintegración. En lugar de la *condictio indebiti* entra en juego la acción para obtener el precio.

tura, en la restitución de la ganancia. La relación entre *solvens* y *accipiens* no es contractual, pero algunos autores encuentran una cierta analogía con la relación contractual que justifica que en este caso se deba el precio. Por el contrario, parece obvio que entre el que dispone de cosa ajena y su propietario no existe ninguna relación previa y, por lo tanto, tampoco una especial necesidad de protección.

No me parece defendible que sea el tipo de relación entre *solvens* y *accipiens* lo que justifique la restitución del precio, ni que la justicia de esa medida dependa de que en efecto exista una cierta relación de confianza entre ellos, similar a la que se presupone (lo que ya es mucho presuponer) entre los contratantes. Y aunque el argumento de la «especial relación de confianza» podría usarse para defender la restitución del cómodo en las relaciones entre contratantes, entiendo que tampoco debería utilizarse en ese contexto pues me resulta patente que no es esa la *ratio* por la que se restituye el precio en los preceptos que lo disponen. La «confianza» que hace falta para justificar *la restitución de la ganancia entre contratantes* no es la mera existencia de un contrato (menos aún un cuasicontrato), sino la existencia de un deber contractual de no concurrir (artículos 1683 CC o 227.2 LSC). Estos preceptos sí se refieren a la ganancia, no al cómodo, pero en el contexto de contratos o relaciones jurídicas que imponen obligaciones de no concurrir⁴⁹. Por ese mismo motivo, la *ratio* que justifica la restitución del precio en el artículo 1897 CC es la misma que justifica la restitución del precio (no del valor, ni de la ganancia) en los supuestos de disposición de cosa ajena: la reintegración del derecho usurpado, también del derecho del acreedor a que se le entregue la cosa. No hay ningún motivo para hacer restituir la ganancia por la confianza que se aprecie o presuma entre los interesados. Ahora bien, este ejemplo de búsqueda de coherencia entre las diferentes respuestas dispersas a lo largo del Código por parte de Boosfeld resulta harto significativo.

5.2 LA VENTA DE COSA AJENA

La solución prevista para el *solvens* o el depositante debería encajar con la solución prevista para la venta de cosa ajena: ¿qué

⁴⁹ CLEMENTE MEORO, 2000, p. 177: «Sin embargo, no cabe traer aquí [al artículo 1186 CC] a colación determinados preceptos del Código Civil y del Código de Comercio que sancionan con la pérdida de las ganancias obtenidas al deudor que incumple mediante llevar a cabo en interés propio la prestación prometida»; y tras citar los artículos 1683 CC y 136, 138, 288, 613 CCom, concluye que «no cabe traerlos aquí a colación en cuanto es opinión general que tales preceptos tienen como fundamento el incumplimiento del deber de no competencia». Sobre esos preceptos, véase CARRASCO, 1988, pp. 137 y 138. PANTALEÓN, 1993, p. 1737. PAZ-ARES, 1993, pp. 1421 a 1423.

puede pedir el dueño al disponente? En efecto, con independencia de la acción de daños, la venta de cosa ajena genera para el titular del bien una *condictio* por intromisión: ¿cuál es su alcance? Hace algunos años, en el intento de construir la *condictio* por disposición de cosa ajena para nuestro ordenamiento, me parecieron convincentes las siguientes ideas: «¿Qué es lo que debe restituir al propietario de los materiales quien los haya vendido como propios? Como posibles objetos de restitución pueden citarse el precio (lo recibido a cambio), el valor (se entiende, valor objetivo o de mercado), el precio con el límite mínimo del valor, el valor con el límite máximo del precio, alguna de estas medidas en función de la buena o mala fe del enajenante... ¿Cuál es la decisión que adopta el Código?»⁵⁰. Ciertamente, no parece haber argumento dogmático alguno para tratar de distinta manera el supuesto de disposición frente a los supuestos de consumo o incorporación de cosa ajena, luego la solución sería «el valor objetivo o de mercado» del bien. «Sin embargo –añadía–, los problemas para aceptar que la solución contenida en el artículo 360 CC [el valor] pueda ser también aplicable en los supuestos de enajenación de cosa ajena derivan de su compatibilidad con otras previsiones legales que expresamente la contemplan en sus respectivos supuestos de hecho»⁵¹. Como se ve, también aquí se ponía de relieve la importancia de lograr cierta coherencia valorativa con otras previsiones del Código. Y se traían a consideración un buen número de artículos del Código civil (artículos 1897 y 1778 CC, desde luego, pero también los artículos 197, 812, 978. III y IV; 645 y 650; 1136-3.^a y 1185 CC). En muchos de ellos «el precio» se comporta como un auténtico subrogado de la cosa⁵² (lo que corresponde a la experiencia habitual de que el precio *es* el valor de la cosa), y «se prefiere como medida restitutoria porque simplifica enormemente la operación de determinación del valor del bien enajenado: digamos que tasa formalmente dicho valor o que *liquida en abstracto el enriquecimiento restituible*. Ya indicamos que en principio no hay motivos dogmáticos para distinguir entre la incorporación, consumo o enajenación, pero en este último supuesto existen poderosas razones de tipo práctico por las

⁵⁰ BASOZABAL, 1998, pp. 294 y ss

⁵¹ BASOZABAL, 1998, p. 295.

⁵² Esta identificación de la cosa con el precio resulta especialmente significativa en el tratamiento de las obligaciones alternativas: el artículo 1136-3.^a CC dice que cuando «las cosas se hubieren perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio», lo que supone un supuesto legal en el que el precio sustituye a la cosa que se pierde por culpa del deudor (fuera, por tanto, del ámbito de las pérdidas fortuitas). Parece discrepar el artículo 645 CC, que hace restituir «el valor (no el precio), si el donatario los hubiese vendido», en el contexto de la revocación de la donación, que es el prototipo de la disposición sin precio.

que preferir el precio, (...) evitamos la averiguación del que hubiese sido precio hipotético de la enajenación»⁵³.

Ciertamente, la exigencia de coherencia dentro del sistema obliga a desear que las soluciones propuestas para ciertos casos sean compatibles y armonizables con las que reciben otros. En el supuesto de hecho «disposición de cosa ajena», el Código echa mano del precio como medida de reintegración de la cosa como práctica habitual. Esto corrobora el que se trate de una medida de reintegración, no punitiva (absorción de la ganancia), ni resarcitoria (aunque fuera de un daño mínimo, abstracto u objetivo), que requerirían algún grado de imputación subjetiva, y tampoco de devolución de lo previamente entregado (por causa que no existe, que desaparece, que no llega a existir aunque estuviese prevista, o que es ilícita), que sería el cometido de la *condictio* por prestación. Ahora bien, ¿son estas reflexiones válidas para el acreedor de cosa cierta que no la recibe porque el deudor la ha enajenado a otro? ¿debería contar el acreedor con una *condictio* por intromisión?

6. LA *CONDICTIO* POR INTROMISIÓN EN EL DERECHO DE CONTRATOS: LA VENTA DE COSA DEBIDA AL ACREEDOR

Para Díez-Picazo, uno de los asuntos principales en torno al artículo 1186 CC estaría relacionado con el «contenido de atribución» del derecho de crédito del acreedor; se trataría de decidir si «la llamada *condictio* de intromisión puede aplicarse en los casos de vulneración o violación del derecho de crédito y, en especial, en el caso de incumplimiento de las obligaciones de dar cosa cierta y determinada»; en definitiva, decidir si en caso de incumplimiento el acreedor debería poder acudir, al menos en algunos casos, junto a la acción de daños, también a una acción de enriquecimiento injustificado⁵⁴.

Cuando la imposibilidad de cumplir se presenta en el contexto contractual, la pérdida fortuita extingue la obligación de entregar pero plantea un problema de incumplimiento, o mejor, de distribución del riesgo de la operación, que el Código conoce y resuelve cuando trata del asunto en cada contrato en particular. Cuando la pérdida es fortuita y el riesgo está asignado al comprador, éste tendrá que entregar el precio a pesar de no recibir la cosa y, como el deudor no ha sido culposo en el incumplimiento, no tendrá derecho

⁵³ BASOZABAL, 1998, pp. 296 y 297.

⁵⁴ Díez-PICAZO, 2007, p. 1603.

de indemnización frente a él; tendrá derecho, sin embargo, a que le entregue el *commodum*. Cuando el vendedor enajena la cosa voluntariamente a un segundo comprador, por tratarse de un incumplimiento imputable, al acreedor le corresponden la pretensión de cumplimiento (que tendrá sentido o viabilidad si el deudor está aún en condiciones de recuperar la cosa debida y entregarla) o la resolución, junto a la indemnización que cubra el interés positivo (dentro del que habrá que considerar el valor de la cosa debida); la cuestión es: ¿tiene además de manera general un derecho a la entrega del cómodo (en este caso, precio), como cuando la pérdida es fortuita? ¿Se podría decir que ya hay suficiente protección con las otras acciones y que esa medida es superflua? Pero entonces, ¿cómo justificar que unas veces esté ahí, a disposición del acreedor, y otras no? Le interesará cuando el precio sea superior al daño (valor de la cosa), cuando haya dificultades para la prueba de la culpa (hipótesis desafortunadamente extraña en nuestro ordenamiento por la facilidad con que se aprecia ésta), etc., pero, ¿es esto suficiente para reconocer esa pretensión como medida general de protección del crédito?

Díez-Picazo se plantea si esa doble venta podría considerarse, no solo un supuesto de incumplimiento, sino de intromisión (del vendedor) en el derecho del acreedor «a la cosa». Si la enajenación vulnera una posición jurídica del acreedor que atribuye a éste el monopolio de las utilidades que estén ligadas a dicha posición (lo que podría apoyarse en el artículo 1095 CC en cuanto al disfrute del bien), el acreedor podría pretender que su derecho de crédito le atribuye la cosa o, en su defecto, aquello que la representa o sustituye, el «cómodo de representación». Este «subrogado» podría ser tanto la indemnización que recibe el deudor⁵⁵, como el justiprecio del expropiante o la suma debida por la aseguradora y, en su caso, el precio que se ha pagado por la cosa o «cómodo de negociación» (o en su caso, las acciones para exigirlos). Finalmente, también considera la doctrina anglosajona sobre la posibilidad de absorber la ganancia obtenida con el incumplimiento en determinados supuestos en los que la conducta del contratante que incumple y se enriquece resulta especialmente reprochable.

En este contexto, el autor afirma que «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

⁵⁵ Sobre los problemas para entender por qué al acreedor no le basta con el resarcimiento del daño que el tercero le ha causado directamente, sin necesidad de acudir a las acciones que el deudor tuviera contra éste, véase CLEMENTE MEORO, 2000, pp. 139 y ss.

cosa cierta y determinada, porque, enseguida habría que cuestionarse qué privilegio puede adornar al acreedor de cosa cierta y determinada para utilizar un remedio del que los demás no pueden disponer». La cuestión queda abierta, pues parece que habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido de atribución del derecho de crédito para determinar si alcanza al «cómodo de representación» (que es algo distinto del provecho o uso del bien), de manera que pueda reclamarse el precio o lo obtenido por la disposición. Le parece que esto es así en el caso del acreedor de cosa determinada, no así en otros supuestos de derecho de crédito⁵⁶.

Ahora bien, ¿debería considerarse justificado que el acreedor de cosa cierta reciba un tratamiento singular o privilegiado respecto a otros acreedores? Ciertamente, hay ejemplos históricos de que el acreedor de cosa cierta ha merecido un *status* singular. En el medievo, la protección del comprador de cosa cierta llevó a la «construcción» del llamado *ius ad rem*, cuya vocación era dar mayor protección al derecho a la entrega de la cosa ampliando el círculo de personas frente a las cuales resultase eficaz, de manera que fuera ejercitable no solo frente al deudor sino también frente a terceros⁵⁷. En nuestro caso, se trata de reconocer que al acreedor de cosa cierta se le atribuye el derecho al «cómodo de representación», entre cuyas manifestaciones se encuentra el precio por disposición indebida del deudor. Si la segunda venta constituye un caso de intromisión en la posición del acreedor (primer comprador), la concesión del cómodo sería el modo de reintegrar el derecho usurpado (un derecho de crédito a la entrega de la cosa). El precio sustituye a la cosa y se convierte en la medida de reintegración del derecho del acreedor. La diferencia entre unos derechos de crédito y otros estaría justificada por su propio contenido de atribución; que los derechos tengan un alcance de atribución diferente parece una característica propia de nuestro sistema. Otra cosa es que en ocasiones no sea fácil determinar los contornos de la atribución, como tendremos oportunidad de comprobar. Pero, ¿qué supone conceder a algunos acreedores la *condictio* por intromisión?

Si dividimos las acciones de enriquecimiento entre aquellas que «revierten» ciertos desplazamientos que se realizan para *cumplir* en una relación obligatoria o de generarla (*condictio* de prestación), aquellas que resuelven el conflicto generado por cosas que se unen y no pueden desunirse sin grave perjuicio para alguno de los implicados (*condictio* por impensas), y aquellas que reintegran algunos derechos proporcionando a su titular, *a posteriori*, lo que

⁵⁶ Díez-Picazo, 2007, p. 1614.

⁵⁷ Rodríguez-Rosado, 2004, pp. 1008 y 1009.

el ordenamiento jurídico le atribuye y fue usurpado por el intromisor (*condictio* por intromisión)⁵⁸, la acción para solicitar el cómodo se comporta como una *condictio* por intromisión que reintegra el patrimonio del acreedor con el subrogado que la cosa ha dejado en el patrimonio del deudor. No se trata por tanto de una *condictio indebiti* para la restitución de lo entregado, que tiene en cuenta la buena o mala fe del *accipiens*, sino de una *condictio* por intromisión que es, en principio, insensible a la buena o mala fe del intromisor (aunque la mala fe de éste plantee como cuestión ulterior si debería restituir la ganancia más allá de la medida de reintegración del derecho usurpado). La pretensión es de reintegración por intromisión, no de restitución de lo entregado por error, inexistencia o desaparición de la causa. Esta reflexión podría resultar algo sorprendente a quienes pretenden entender aún todas las acciones de enriquecimiento injustificado como versiones diferentes de una misma acción común. Sin embargo, es un planteamiento coherente con las mejores aportaciones al Derecho de enriquecimiento injustificado de los últimos treinta años⁵⁹.

En Derecho alemán, el contenido del § 285 BGB –ciertamente similar a nuestro 1186 CC– no ha impedido que la inmensa mayoría de autores se pronuncie a favor de la restitución del *commodum ex negotiatione*. Pero tampoco es un asunto del todo pacífico⁶⁰. Considero que el tratamiento del problema en Alemania merece un estudio aparte, por lo que me remito aquí a lo que de éste resulte. En Derecho español, los principales argumentos para entender que el contenido de atribución del acreedor de cosa cierta alcanza a su precio serían, por una parte, la combinación de los arts. 1095 (atribución del monopolio de las utilidades) y 1186 CC y, por otra, el engarce de esa atribución dentro de la doctrina del riesgo pues, como hemos visto desde el principio, la doctrina del cómodo arranca precisamente de la necesidad de *compensar* el riesgo de uno de los contratantes; se trata además de una solución coherente con otras decisiones tomadas por el Código (principalmente, arts. 1778, 1897 CC). Si el acreedor corre con el riesgo de perder la cosa (no por ser el propietario, pero sí el adjudicatario de todas las utilidades desde que nace la obligación de entregar la cosa), debería tener también atribuido el cómodo de representación, incluido el precio de la cosa. Es el tratamiento legal de la posición del acreedor de

⁵⁸ Sobre la evolución histórica del modelo alemán y su tipología, véase JANSEN, 2016-1, pp. 112 a 233; 2016-2, pp. 124 y ss. Sobre la formación de los tipos de acciones de enriquecimiento injustificado en general, véase Díez-PICAZO, 1988, pp. 94 y ss. BASOZABAL, 1998, pp. 35 y ss.

⁵⁹ BASOZABAL, 2019, pp. 99 a 167, especialmente pp. 157 y ss.

⁶⁰ EMMERICH, 1997, p. 103; 2007, § 285, Rn. 22 y ss. LARENZ, 1987, p. 309.

cosa cierta el que hace que el supuesto de incumplimiento pueda ser también considerado como de intromisión y que, por lo tanto, merezca la protección de la *condictio* por intromisión, que alcanza al cómodo de negociación como medida de reintegración de aquel derecho. ¿Ocurre esto mismo con el derecho de crédito de otros acreedores?

7. EL *COMMODUM* EN CASOS DISTINTOS A LA VENTA DE COSA DEBIDA

Concluyo con ejemplos que nos ayuden a comprobar si la doctrina del «contenido de atribución» ayuda a explicar otros supuestos, distintos al de entrega de cosa cierta: ¿Qué otros acreedores que no lo sean a la propiedad de una cosa cierta podrían pretender una protección similar? Como hemos visto, aquí encontramos al *solvens* (sea o no propietario), al depositante que sea además propietario de la cosa depositada y, en general, al titular del derecho real del que se haya dispuesto sin su consentimiento. Pero, ¿qué ocurre, por ejemplo, con el arrendatario, el titular de un derecho de crédito al goce de la cosa? Parece claro que si un tercero ocupa la vivienda arrendada, será el arrendatario, como titular del derecho de goce directo usurpado, quien tenga a su disposición la *condictio* por intromisión, con la que obtendrá el valor de uso del bien usurpado⁶¹. Compliquemos un poco el supuesto: si en la doble venta el primer comprador tiene derecho al cómodo representado por el precio de la segunda venta, por haber dispuesto el vendedor de aquello que el ordenamiento atribuye al primer comprador, ¿qué ocurre en un caso de doble arrendamiento? Pensemos que el arrendador A alquila una vivienda al arrendatario B. Pasa un tiempo sin que B necesite usar la vivienda y, cuando finalmente solicita su entrega, se encuentra con que A se la ha arrendado a un segundo arrendatario C, que le paga más. ¿Podría B exigir de A –a cambio de cumplir su propia contraprestación– las rentas pagadas por C como cómodo de negociación? Ya que no le puede entregar el uso de la cosa, que le entregue lo que en su patrimonio representa ese uso, la renta que cobra por él. Desde luego, el primer contrato concede a B el «monopolio» de uso de la cosa (en los términos pactados frente a A, y de manera excluyente frente a cualquier otro) y podría considerarse que tanto A como C han usurpado ese uso, uno disponiendo de él, el otro apropiándose. Por lo tanto, tiene senti-

⁶¹ Hasta aquí se trataría simplemente de considerar si un derecho de crédito sobre el goce de una cosa cuenta con la protección de la *condictio*: véase BASOZABAL, 1998, p. 129.

do conceder el cómodo a B, si se acepta que es el titular del monopolio de uso de la cosa. Tener derecho al cómodo no le impide, si lo prefiere, acudir a la acción de daño por incumplimiento contra A o a la *condictio* por intromisión contra C.

Algo más difícil es el supuesto en el que A alquila por un año un apartamento amueblado a B, y como éste apenas hace uso del mismo, vuelve a arrendarlo a C por los meses en los que sabe que B no estará y por una renta superior a la que paga éste y a la renta de mercado. La pregunta es si B puede exigir de A que le entregue el cómodo de negociación del segundo arrendamiento, esto es, las rentas abonadas por C. Es más difícil, porque podría haber mayor dificultad para ver la usurpación de A, o por pensar que solo hay usurpación si B hubiera podido subarrendar. Si se admite que para que exista usurpación (en el uso del bien) no es necesario que se haya impedido a B gozar *de hecho* del bien, ni que éste estuviese legitimado para subarrendar, parece claro que la solución sería la misma que en el caso anterior: B tiene derecho al cómodo porque tiene el monopolio de uso de la cosa, y éste le ha sido usurpado. También podría acudir a la *condictio* por intromisión contra C, o a la acción de daños contra A. En este segundo ejemplo es más difícil ver que el segundo arrendamiento «impide» al arrendador cumplir en el primero, pero es la manera de ser consecuentes con que el uso de la cosa estuviese atribuido a B en exclusiva y sin restricciones; es la imposibilidad de cumplir –si C posee la cosa es imposible que A esté cumpliendo frente a B– la que pone en marcha el mecanismo de sustitución propio del cómodo⁶².

Otra cosa es que A pretenda que consiguió esas rentas superiores de C gracias a la prestación de un servicio que tiene un valor de mercado; pero esto es algo que habría que analizar para determinar el alcance de la responsabilidad: una vez establecido el deber de entregar el cómodo, resulta legítimo plantearse cuándo el deudor debería poder alegar que se detraigan determinados gastos (por ejemplo, los «necesarios» para la obtención del cómodo).

Ahora bien, cuando es el arrendatario B el que subarrienda a C, estando dicha posibilidad prohibida por el contrato entre arrendador (A) y arrendatario (B), no es posible apreciar la usurpación de la facultad de uso (que está atribuida a B), ni de la facultad de subarrendar, que no existe (no hay una *reserva* de dicha facultad por

⁶² Para un caso de arrendamiento doble singular en el que el uso cedido al primer arrendatario era distinto al que se concedió al segundo arrendatario, son partidarios de conceder el derecho al cómodo en todo caso, EMMERICH, 2018, § 285, Rn. 25; y CASPERS, 2014, §§ 255-304, § 285, Rn. 47. Y son partidarios de concederlo solo si el arrendatario tenía la facultad de subarrendar: MEDICUS/LORENZ, 2015, Rn. 424, p. 193; y BENICKE y GREBE, 2014, § 285, Rn. 74.

parte de A), luego las rentas del subarriendo no podrían constituir el cómodo que A puede exigir de B por haber subarrendado. Hay, sin embargo, autores que defienden que B debería entregar a A el mayor precio (renta) que hubiese tenido que pagar por un contrato en el que se le hubiese permitido subarrendar⁶³. El caso no es fácil, tampoco desde la perspectiva indemnizatoria, pues no está claro que A pueda alegar un daño mínimo medido por la diferencia entre las rentas de C y B pues, por definición, A ha cobrado lo estipulado y no hubiera podido volver a arrendar el bien estando aún vigente el arrendamiento inicial; además, en toda idea de daño mínimo (objetivo o abstracto) late un componente punitivo, y aunque en el caso no habría problema para imputarlo subjetivamente, resulta extraño en el ámbito del Derecho privado, porque éste es un mal instrumento para desarrollar esa función. Otra cosa es interpretar el contrato de arrendamiento con prohibición de subarrendar en el sentido de que el arrendatario no puede pretender *sacar provecho de la violación de la cláusula*, por lo que el único modo de hacerla eficaz sería obligarle a entregar al arrendador lo obtenido contraviniendo la misma. Es una posibilidad de interpretación integradora del contrato que, por su contenido penal, debería estar claramente expresada para poder prosperar⁶⁴. Finalmente, podría querer verse que la renta de C es el cómodo que representa el valor de goce directo del bien, que es precisamente lo que A puede pedir a B; el problema es que ellos mismos han valorado ese goce y le han puesto un precio: ¿por qué iba a poder A exigir de B no ya la renta que pactó con él, sino la que B pactó con C?

Este era exactamente el caso de la STS de 29 octubre 2015 (RJ 2015\4944, Arroyo Fiestas). La arrendadora de un local cobraba 700 euros mensuales por su alquiler en un contrato en el que se había pactado una prohibición de ceder, subarrendar o traspasar el local sin autorización de aquélla. Violando la prohibición, la arrendataria alquiló el local a una empresa en un contrato en el que se hacía pasar por propietaria y cobraba una renta de 4200 euros mensuales. Al advertirlo, el arrendador resolvió el contrato, alquiló el bien directamente a la empresa (por la cantidad que ésta pagaba a la arrendataria) y demandó a la arrendataria el reintegro de las cantidades cobradas por ésta en contra de la prohibición contractual (la diferencia entre lo que ella pagaba a la arrendadora y recibía de la

⁶³ LORENZ, 2007, § 816, Rn. 7. Sobre ello, BASOZABAL, 1998, pp. 146 y ss., que se posiciona en contra.

⁶⁴ PANTALEÓN entiende que es esa precisamente la función que cumplen algunos preceptos que determinan la restitución de la ganancia: «Otra cosa es lo que resulta de la interpretación integradora de los concretos contratos: como la que el legislador nos ha ahorrado el trabajo de realizar, para las distintas obligaciones de no competir, en los artículos 1683 CC y 136. II, 138, 288. II y 613 CCom» (1993, p. 1737).

subarrendataria). La demanda se estimó en primera instancia. La AP entendió que no se daba uno de los requisitos de la acción de enriquecimiento injustificado, concretamente la correlación entre el enriquecimiento de la arrendataria y el empobrecimiento del arrendador. Finalmente, el TS estimó el recurso y dio la razón a la demandante, con la tesis de que las rentas obtenidas por la arrendataria «sin duda alguna deberían haber sido cobradas por los verdaderos propietarios», «por lo que se produjo un empobrecimiento consistente en el lucro frustrado o *lucrum cesans*»: la arrendataria había actuado antijurídicamente y al margen del contrato «pues cedió el local en una condición (propietaria) que no tenía» y, como consecuencia, «disfrutó de un notable enriquecimiento mientras que al privar del uso del local a la demandante provocó en éste un evidente menoscabo patrimonial, frustrando el lucro al que legítimamente podía aspirar».

Ciertamente, es un caso «de libro» para la doctrina alemana, que se plantea si procede la *condictio* por intromisión en favor del arrendador, cuestión que examiné con cierto detenimiento en otro lugar⁶⁵. Entonces me pareció adecuado concluir que «el supuesto de hecho enjuiciado carece de contenido usurpatorio como tal; se trata de un mero incumplimiento contractual (...), la disposición ilícita del arrendatario no usurpa la facultad de disposición sobre el goce sino que viola el pacto existente sobre la misma»⁶⁶. En efecto, aunque es lógico que el arrendatario pague más por contratar con posibilidad de subarrendar (esto es, por contar con una facultad de goce más amplia), si esa facultad se prohíbe *tampoco queda reservada al propietario*, que por definición no podrá «re-arrendar». El propietario puede pactar la prohibición, e incluso hacer depender de ello el contrato, pero no tiene una «facultad de subarrendar» independiente de los términos en los que haya pactado la cesión de la facultad de uso: es una modalidad de ésta que, en su caso, puede encarecer su precio.

⁶⁵ BASOZABAL, 1998, pp. 147 y ss.: ¿Puede el arrendatario exigir compensación cuando la facultad de subarrendar, prohibida en el contrato, ha sido indebidamente utilizada por el arrendatario? ESSER y WEYERS responden que no, pues el propietario recibiría dos veces el valor de goce, y el incumplimiento no justifica que pueda sumar como daño el fruto del subarriendo (salvo que el contrato o una disposición legal de carácter punitivo así lo impusieran); el subarriendo prohibido no protagoniza un supuesto de usurpación sino una forma «ilícita» (en el caso) de disfrute. KOPPENSTEINER y KRAMER niegan también la *condictio* por intromisión, ya que el arrendador no hubiera podido volver a alquilar. Es LIEB quien propone que lo que debe restituirse al propietario no es el «segundo goce» del inmueble, sino el goce o uso de la «facultad de subarrendar». Así, para KÖNIG lo que podría pedirse en este caso es la restitución del incremento de renta que hubiera experimentado el contrato de arrendamiento de haberse permitido al arrendatario subarrendar. Solución esta a la que también se suma CANARIS (todas las referencias bibliográficas en el lugar citado).

⁶⁶ BASOZABAL, 1998, p. 147.

Vendrell estudia el caso con pormenor y pone de relieve las dificultades para una recta comprensión del asunto⁶⁷: «El TS concluye (...) que A (arrendador) habría sufrido un empobrecimiento, «*dado el lucro cierto que dejó de percibir*». Sucede, no obstante, que la cuestión dista de ser tan clara», (...) pues «parece evidente que, en el caso, A no experimentó ninguna frustración de un lucro. El único lucro que podría esperar A, lo recibe; y es discutible que el eventual lucro derivado de las ganancias del ilícito contractual en el que incurre B (arrendatario) corresponda a A en la medida en que A ha atribuido el derecho de uso del local a B, de manera que, con independencia de si se ha pactado la prohibición de subarrendar o no, por el mero contrato de arrendamiento habría excluido la posibilidad de obtener esos rendimientos derivados de un subarriendo. Aunque no puede descartarse que, en la medida en que la facultad de subarrendar no fue atribuida al arrendatario, los rendimientos derivados de su ejercicio puede considerarse que pertenecen al contenido de atribución reconocido normativamente al propietario»⁶⁸. Añade que «la aproximación que impone la lógica de la *condictio* por intromisión obliga a discutir tal conclusión [la condena a B a restituir a A las rentas que había cobrado de C]: si esta acción tiene una mera función reintegradora de la lesión en la posición dotada de contenido de atribución, el objeto de la pretensión restitutoria debería limitarse al precio por el cual el titular de esa posición hubiera razonablemente autorizado el uso litigioso, esto es y en el caso que nos ocupa, la renta hipotética que el arrendador hubiese pactado con el subarrendatario»⁶⁹. Tampoco resulta claro si la sentencia tuvo en cuenta –para adoptar su decisión– el que la actuación de la arrendataria fuese de mala fe. Finalmente, el autor defiende que podía haberse encontrado una solución a las cuestiones difíciles del caso en la configuración de la *condictio* por intromisión, que la propia jurisprudencia del TS ha utilizado en otros casos.

Alfaro comenta brevemente la misma sentencia y se muestra de acuerdo con la conclusión a la que llega el TS, pero de su explicación no cabe deducir que el fundamento de la restitución se encuentre en el «enriquecimiento injusto», como principio general o doctrina jurisprudencial, sino en el mismo contrato: «*Esta cláusula del*

⁶⁷ VENDRELL, 2017, pp. 292 y ss

⁶⁸ VENDRELL, 2017, pp. 291 y 292. Pienso que, frente al arrendatario, el arrendador no puede pretender haber cedido el derecho de uso y, a la vez, haberse reservado la facultad de subarriendo: al ceder el uso con prohibición de subarrendar desaparece la facultad legítima de subarrendar *para ambos*.

⁶⁹ VENDRELL, 2017, p. 293. Más bien, entiendo por mi parte, pero siguiendo su razonamiento, que se trataría del precio que el arrendador hubiera podido obtener del arrendatario por ceder también la facultad de subarriendo.

contrato refleja la voluntad de las partes de que cualquier oportunidad de utilizar el local por parte de cualquier tercero que no fuera la arrendataria «era» del arrendador, no de la arrendataria. El arrendador, como propietario, tiene derecho a todos los rendimientos que produzca el local salvo los que hubiera cedido –a cambio de la renta– a través del contrato de arrendamiento». La conclusión a la que llega el TS de que hay enriquecimiento injusto es correcta «porque los rendimientos que pudiera generar el local correspondían al arrendador excepto los cedidos (el uso) *en virtud del contrato de arrendamiento* a la arrendataria, lo que no incluía, en ningún caso, la renta que pudiera pagar cualquier tercero si el contrato de arrendamiento prohibía el subarriendo»⁷⁰. No se trata de que el arrendatario haya usurpado la facultad de subarriendo, ni de que el subarrendatario haya usurpado una facultad al propietario (puesto que éste ya había dispuesto en favor de otro); el fundamento de la restitución reside en el contrato: es éste, con su prohibición de subarrendar, el que hace que las rentas obtenidas mediante violación de la cláusula sean entregadas al contratante burlado. Si los contratantes han atribuido esa ganancia al propietario, el hecho de que el arrendatario las haya hecho propias viola el pacto de no concurrencia y la situación se corrige con su restitución; pero para ello hace falta una interpretación integradora del contrato según la cual la ganancia del subarriendo se ha atribuido al propietario.

García Rubio analiza todas las opiniones anteriores y concluye que sí hay enriquecimiento sin causa de la arrendataria, aunque entiende que «no en la medida «de la diferencia entre las rentas percibidas por la propiedad y las obtenidas por la demandada» como consideró el Tribunal Supremo, sino porque durante el tiempo que cobró las rentas del subarriendo pagó al propietario la misma renta de su contrato de arrendamiento y no el 20% más, que es el alcance en el que el artículo 32.2 LAU⁷¹ valora el precio de disfrute de la posibilidad de subarriendo total, que fue lo único que ilegítimamente usurpó y debería haber sido obligada a restituir»⁷². La autora entiende que la propia Ley de arrendamientos urbanos pone un precio a la facultad de subarrendar, que sería la que ha sido

⁷⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, 2016.

⁷¹ Artículo 32 LAU. Cesión del contrato y subarriendo.

1. Cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador.

2. El arrendador tiene derecho a una elevación de renta del 10 por 100 de la renta en vigor en el caso de producirse un subarriendo parcial, y del 20 en el caso de producirse la cesión del contrato o el subarriendo total de la finca arrendada.

⁷² GARCÍA RUBIO, 2017, pp. 252 a 255. Con la misma opinión FARIÑA FARIÑA, 2016, p. 227.

usurpada por la arrendataria. Sin embargo, el derecho a elevar la renta en caso de subarriendo reconocido por esa norma depende precisamente *de que exista el derecho a subarrendar* (que es lo que presume el artículo 32.1 LAU); esto es, que si existe derecho a subarrendar por parte del arrendatario (por contrato o por ley), el arrendador tendrá a su vez el derecho a elevar la renta (artículos 32.1 y 2 LAU). Ahora bien, si se ha prohibido subarrendar, no hay derecho a hacerlo ni tiene sentido ponerle un precio a esa facultad.

Se podría querer que la medida fijada por la ley para valorar cuantitativamente la facultad de subarrendar sea un «daño mínimo» causado al arrendador, de manera que el arrendatario que viole la prohibición deba indemnizar al menos en esa medida. Pero al legislador que quisiera imponer un «daño mínimo» o introducir modos de facilitar la prueba de la existencia del daño se le debería pedir, al menos, que lo haga de manera expresa. Que la ley ponga un precio a la facultad de subarrendar locales para uso distinto del de vivienda no permite deducir que, siempre que el contrato prohiba el subarriendo, el arrendatario que viole la cláusula debería indemnizar, al menos, con aquel importe. Esta lectura se encuentra lejos de lo que permite el tenor del artículo y, por otra parte, tampoco evitaría que el arrendatario especule a costa del arrendador (si es esa la finalidad que se perseguía con la medida).

Aún podríamos plantearnos que, si la renta de C representa el valor de goce del bien, A debería poder exigirlo de B porque es lo que le ha cedido. Pero nos encontramos con serios obstáculos para hacerlo: en primer lugar, porque A y B *ya han fijado entre ellos el precio de ese goce*. Además, B no ha dejado de pagar el valor de uso de la cosa en los términos pactados luego, aunque haya incumplimiento en el modo de usar el bien (como cuando uno mete un perro en la vivienda alquilada con prohibición de introducir animales), no se percibe el motivo por el que la renta de C debería sustituir a la de B, pues éste no ha dejado de pagar a A. Por todo ello, no parece justificable introducir al arrendador entre los acreedores del artículo 1186 CC que podrían pedir, como subrogado de lo pactado entre las partes («renta» del primer contrato), el valor de goce pactado con un tercero («renta» del segundo contrato). *Lege ferenda* podría considerarse la oportunidad de que B entregue las rentas de C a A, pero no porque se trate de un supuesto de entrega del *commodum ex negotiatione* del artículo 1186 CC⁷³, sino por «inter-

⁷³ En cuanto a la pretensión al cómodo del art. 1186 CC, creo que después de lo que llevamos estudiado sobre éste habría que negar al arrendador el derecho al mismo, pues ha dispuesto de una facultad de la que está recibiendo el precio estipulado en el contrato. Como hay incumplimiento en el modo de gozar la cosa, se activarán los otros remedios por incumplimiento, pero al no poder apreciarse usurpación de facultad alguna que el arrenda-

pretación integradora del contrato», o por constituir un supuesto de restitución de la ganancia ilícita que, por ahora, el legislador ha reservado a la regulación específica de la acción de daños en las leyes de protección intelectual e industrial (los artículos 140 TRLPI, 66 LP y 43 LM permiten que la indemnización se fije teniendo en cuenta «las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita»), y en el Código civil al incumplimiento de la obligación de no concurrir entre socio y sociedad (artículo 1683 CC).

Otro supuesto que enlaza precisamente con esta última referencia a las leyes especiales de protección de las propiedades inmateriales es el ofrecido por el retraso en la entrega de una cosa cierta, cuando el deudor la «retiene» por un tiempo antes de entregarla. Era el supuesto de la STS 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3210): La vendedora de unas naves se había retrasado en su entrega. La compradora demandante pedía como daño indemnizable la renta de uso de las naves desde que debieron entregarse hasta que fueron entregadas. El TS estimó la demanda y, de manera significativa, apoya su fundamentación (sin que llegue a constituir *ratio decidendi*) en los preceptos de las leyes de Patentes y Marcas que, dentro de la acción indemnizatoria, permiten que el daño se mida acudiendo a la licencia que hubiera debido otorgarse para legitimar la intromisión, esto es, en preceptos que permiten computar el daño con soluciones propias del Derecho de enriquecimiento. Las dificultades para el éxito de la acción indemnizatoria venían de que el comprador demandante no había probado que fuese a alquilar las naves, ni siquiera las había usado desde que las recibió. El TS menciona la *condictio* por intromisión, que en el caso no hubiera tenido problemas teóricos para prosperar porque el comprador se había hecho propietario de las naves gracias a la escritura pública de compraventa, de manera que el vendedor había poseído bienes ajenos mientras duró el retraso. Si omitimos este último detalle, nos preguntamos si el acreedor a la entrega de cosa cierta (todavía no propietario) hubiera podido ejercitar la *condictio* por intromisión o el derecho al *commodum* por el uso no entregado. Si lo que hacen los artículos 1095 y 1186 CC es otorgar a ese acreedor el monopolio de las utilidades de la cosa, bien los frutos de ésta, bien el valor que en el patrimonio del deudor la represente o sustituya, ¿podría el acreedor de cosa cierta exigir el valor de uso de la cosa desde que

dor haya conservado, o de la que éste hubiera podido disponer, no se genera la *condictio* por intromisión y, por lo tanto, no hay derecho al cómodo de representación. Esto encaja con la solución de los autores que explican el cómodo como un supuesto singular de aplicación de la *condictio* por intromisión.

nace la obligación de entregarla, esto es, desde que se le atribuye el monopolio de los rendimientos de la misma? ¿no sería darle la misma protección que al titular de un derecho absoluto (que al propietario)? ¿es ese el alcance de los artículos 1095 y 1186 CC?

Pongamos que el vendedor de unas naves retrasa dos meses la entrega de éstas porque ha conseguido alquilarlas en buenas condiciones durante ese tiempo. El comprador no puede probar que hubiese necesitado esos inmuebles para arrendarlos o para usarlos por sí mismo; ¿podría exigir el *commodum* que representa el uso que el vendedor debió entregar, esto es, las rentas que ha cobrado? Si la respuesta es afirmativa, ¿podría exigirse también la renta de mercado cuando el vendedor se retrasa dos meses en la entrega de las naves y las sigue usando para sí? Y si el deudor incumple pero sin usar las cosas para sí ni para otro, ¿podría exigir el acreedor esa misma renta de uso como *commodum*? En definitiva, ¿le protegemos como si fuera el propietario del bien, aunque solo sea el acreedor a su entrega para hacerse propietario?

La idea choca con que, en nuestro ordenamiento, el retraso en la entrega de deuda dineraria no genera un derecho a los intereses por la mera productividad del dinero, sino el derecho a ser indemnizado (según la medida del daño tasada en el artículo 1108 CC) cuando el deudor incurre en mora. Si el acreedor de dinero no tiene derecho al interés por el mero retraso en la entrega, resulta difícil aceptar que el acreedor de cosa cierta pueda pedir la renta de uso por el tiempo que dure el retraso. La manera de superar este inconveniente la ofrece, una vez más, la idea de «intromisión/usurpación», que proporciona el criterio para distinguir cuándo un «mero» acreedor (no propietario ni titular de un derecho absoluto) resulta protegido con el derecho al *commodum*. El vendedor que retrasa la entrega y usurpa el uso de las naves, para sí o para otro, esto es, el que además de incumplir se aprovecha de aquello que debió entregar, deberá al comprador el valor que represente ese uso, esto es, el comprador podrá exigirle el *commodum*; por el contrario, el mero incumplimiento por retraso en la entrega que no suponga además una intromisión en el uso de las naves no otorgará ningún derecho al cómodo, tampoco cuando el vendedor incurra en mora. Lo relevante será que protagonice una intromisión/usurpación: no se entrega para especular con el valor de uso del bien o para seguir disfrutando de él. El valor de esa intromisión sí se encuentra atribuido al comprador *ex* artículos 1095 y 1186 CC.

Aún podríamos preguntarnos por la relación entre el *commodum* y las obligaciones de hacer, que para buena parte de la doctrina hay que entender comprendidas por la norma (artículo 1186 CC). Si la

prestación de un hacer se ha hecho imposible porque un tercero impide cumplir al deudor (lo lesiona, lo retiene, etc.), parece claro que los dos contratantes podrán acudir contra el tercero, cada cual para pedir la reparación del daño que esa acción (culpable o dolosa) haya causado, y también que lo que recibe el deudor del tercero (como indemnización) no sustituye lo que el acreedor tenía derecho a recibir del deudor. Resulta difícil pensar en un solo caso en que el deudor quede liberado y a la vez resulte acreedor de una indemnización que «represente» la prestación omitida.

Para el caso de un hacer que se encuentre asegurado, Clemente Meoro defiende que el acreedor de una prestación de servicio infungible que deviene imposible podría pedir las acciones que el deudor tuviera contra terceros en virtud de esa imposibilidad. Así, «al empresario teatral le puede interesar subrogarse en la indemnización por razón del seguro contratado por el cantante que pierde la voz tanto si ha asumido el *periculum obligationis* como si –y es muy probable– su interés contractual es superior al caché del artista»⁷⁴. Pero no es fácil aceptar que el pago de la aseguradora esté «sustituyendo» a la acción que no se pudo prestar (el concierto vocal), esto es, que lo recibido por haber asegurado la voz «sustituya» la prestación comprometida. En cualquier caso, habría que atender al tipo de contrato de seguro. En el seguro de accidente (por robo, incendio, etc.), el beneficiario recibe un pago en sustitución de la cosa perdida en el siniestro; desde esta perspectiva puede decirse que la aseguradora entrega «algo» que sustituye o representa el bien perdido. Cuando se llegue a la conclusión de que el contrato que asegura la voz del cantante se ha configurado como un seguro de accidente «por concierto cancelado» (lo que no sé hasta qué punto resulta una hipótesis plausible), parece que podría concederse al acreedor la posibilidad de exigir el cómodo a cambio de la prestación debida⁷⁵. Si se trata de un seguro de responsabilidad para cubrir los daños que eventualmente se deriven de una cancelación, lo asegurado es el nacimiento de una deuda indemnizatoria,

⁷⁴ CLEMENTE MEORO, 2000, pp. 148 y 149.

⁷⁵ ROCA JUAN, 1976, p. 543. No se pone en duda que la acción del deudor asegurador de la cosa debida y perdida es una de las que engrosa el cómodo que el acreedor podría recibir de él. Pero el autor deja entrever que el supuesto, nada sencillo, plantea su propia complicación, pues señala: «Cuestión aparte sería el derecho del deudor a reintegrarse del importe de las primas del seguro satisfechas por él, como consecuencia de que el valor que la indemnización representa y sustituye a la cosa, procede de un negocio a su costa». No hay que olvidar que lo que sustituye a la cosa es la «indemnización» recibida, de la que no deberían poder detraer las primas: El acreedor recibirá como «subrogado» lo que se haya asegurado: mucho, poco o nada; lo recibirá como sustituto de la cosa asegurada y, en principio, sin considerar las primas como «gastos necesarios» para obtener el cómodo. SCHWARZE, 2017, p. 413; El autor se pregunta precisamente si se podrían detraer las primas y responde que no, salvo que otra cosa se desprenda del contrato.

que de ningún modo «representa» la prestación que no pudo llevarse a cabo; no habrá derecho al *commodum*.

La posibilidad de entregar el *commodum ex negotiatione* por incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer plantea una cuestión nueva: si un profesor de tenis cancela la clase con el alumno A y se la da al alumno B, que le paga más, ¿podría A solicitar, a cambio del precio pactado para su clase, la entrega del *commodum*, esto es, lo que ha pagado B? Frente a alguna opinión en la doctrina alemana⁷⁶, pienso que en este caso no es posible afirmar que el profesor «haya dispuesto de la posición contractual de A», o que la haya usurpado, como si A tuviera el monopolio de los provechos de la actividad docente de ese profesor durante la hora que le corresponde, pues parece evidente que esto no es posible, que nadie puede hacerse con el monopolio de la actividad de otro, aunque éste se hubiera comprometido con aquél. En este sentido, las prestaciones de hacer o no hacer presentan una estructura meramente personal en la que no es posible encontrar derechos absolutos o equiparados a estos sobre el comportamiento de las personas, como sí ocurre con los derechos sobre las cosas o sobre la entrega de las cosas; en tales casos no es posible encontrar una usurpación en sentido estricto, porque un hacer, aunque sea debido, no es susceptible de ser usurpado. También podría decirse que la posición jurídica del comprador (que recibe una cosa a cambio de un precio) es «fungible», y en este sentido susceptible de usurpación, en tanto la posición jurídica de quien está obligado a hacer (dar o recibir una clase) no lo es, de manera que ni puede usurparse ni puede ponerse un valor a dicha usurpación. No cabe por tanto la entrega del *commodum ex negotiatione* en el ámbito de las prestaciones de hacer o no hacer⁷⁷.

8. CONCLUSIONES

Parece llegado el momento de concluir. Todo parece indicar que, en efecto, inicialmente la *ratio* que explicaba el artículo 1186 CC era el hecho de que el *commodum* compensase el *periculum* de pérdida fortuita de la cosa. Lo que ocurre es que esta explicación deja otras muchas hipótesis sin respuesta. Una posibilidad de completar este panorama lo ofrece la idea de que el acreedor tiene derecho al

⁷⁶ SCHWARZE, 2017, p. 412.

⁷⁷ En la doctrina alemana se han planteado estas cuestiones con mayor detenimiento que entre nosotros y, también por ese motivo, me ha parecido necesario dedicar un trabajo monográfico al § 285 BGB, al que aquí me remito.

commodum siempre que el deudor haya usurpado su posición en la relación obligatoria. Esto ocurrirá cuando sea titular de un derecho absoluto o cuando lo sea de un derecho de crédito protegido por el art. 1186 CC: el acreedor de la cosa o de su uso. Para estos casos, el mencionado precepto reconoce al acreedor una pretensión que funciona como una *condictio* por intromisión: con ella reintegra su derecho a la «cosa» (o al uso de la cosa) que ya no podrá recibir. Cuando el subrogado de la cosa es algo que vale más que ésta, por ejemplo, un precio especialmente alto que supere su valor de mercado, es plenamente conforme con nuestro sistema afirmar que ese precio representa la cosa y puede ser solicitado por el primer comprador, aunque se haya obtenido «por negociación». Esta idea fracasa cuando se trata del *commodum* obtenido mediante un hacer o un no hacer: no es posible aceptar que el deudor de una prestación de hacer haya usurpado –al incumplir– la posición contractual del acreedor de ésta, como si este contratante tuviera el monopolio de lo que aquél haga y pueda pretender «sustituir» lo que obtiene por incumplir en lugar de lo que debió hacer para él, pues ni su derecho tiene ese alcance, ni lo obtenido puede considerarse un subrogado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Lecciones: enriquecimiento injusto», entrada de 27 de enero de 2016, Blog *Almacén de Derecho*.
- BADOSA COLL, Ferrán: «Comentario al artículo 1183», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pp. 257-259.
- «Comentario al artículo 1186», en *Comentario del Código civil*, II, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pp. 263-265.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998.
- «Comentario al artículo 1987», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por Domínguez Luelmo, Andrés), Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 2042-2043.
- «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 2019, pp. 99-167.
- BENICKE, Christoph y GREBE, Christian: «Comentario al § 285», en *Soergel Kommentar zum BGB*, 3/2, §§ 243-304, 13.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2014.
- BOOSFELD, Katrin: *Gewinnausgleich*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2015.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Restitución de provechos (II)», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 5-151.
- CASPERS, Georg: Comentario al § 285, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, §§ 255-304, Berlin, Sellier de Gruyter, 2014.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson, 2001.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *El acreedor de dominio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «El «*commodum representationis*» del artículo 1186 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 601-613.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: en LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, Manuel, y DÍEZ PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 13-133.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1993.
- «Commodum ex negotiatione», *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 1601-1617.
- EMMERICH, Volker: *Das Recht der Leistungsstörungen*, 4.ª ed., München, Beck, 1997.
- Comentario al § 285, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2, 5.ª ed., München, Beck, 2007.
- ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos: Comentario al artículo 1186, en *Comentarios al Código Civil* (dir. por BERCOVITZ, Rodrigo), 3.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2009.
- FARIÑA FARIÑA, Rebeca, «¿Las rentas cobradas por un subarriendo ilegal pueden calificarse como enriquecimiento sin causa restituible al arrendador principal?», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 2, 2016, pp. 223-227.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974 (reimpresión de la edición de Madrid, 1852).
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en DEL OLMO, Pedro, y BASOZABAL, Xabier: *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 239-282.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Comentario al artículo 1186», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por Albaladejo, Manuel y Díaz-Alabart, Silvia), XVI-I, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1991.
- JANSEN, Nils: «Gesetzliche Schuldverhältnisse. Eine historische Strukturanalyse», *AcP* 216 (2016), pp. 112 a 233; «Farewell to Unjustified Enrichment?», *The Edinburgh Law Review* 20.2 (2016), pp. 123-148.
- LACRUZ BERDEJO Y OTROS: *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1986.
- LARENZ, Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.ª ed., München, Beck, 1987.
- LORENZ, Stephan: Comentario al § 816, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, §§ 812-822, Berlin, Sellier de Gruyter, 2007.
- MEDICUS, Dieter, y LORENZ, Stephan: *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 21.ª ed., München, Beck, 2015.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.ª Luisa, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: Sentencias sobre el artículo 1186 CC, en *Jurisprudencia civil comentada* (dir. por PASQUAU LIAÑO, Miguel), II (arts. 609 a 1314), Granada, Comares, 2009.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019-1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1720-1745.
- PAZ-ARES, Cándido: Comentario al artículo 1683, en *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pp. 1421-1423.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, I-2.º, Barcelona, Bosch, 1976.

- ROCA JUAN, Juan: «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*, II, Madrid, Tecnos, pp. 521-548.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», *ADC*, 2004, pp. 1003-1104.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: Comentario al artículo 1186, en *Comentarios al Código civil* (dir. por Domínguez Luélmo, Andrés), Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1319-1320.
- SCHERMEIER, Martin: Comentario a los §§ 280-285, en *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, II/1, §§ 241-304, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- SCHWARZE, Roland: *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2.^a ed., Berlin-Boston, De Gruyter, 2017.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en DEL OLMO, Pedro, y BASOZABAL, Xabier: *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 283-337.