

## COMMODUM EX NEGOTIATIONE: UNA MIRADA AL § 285 BGB<sup>1</sup>

Xavier Basozabal Arrue  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Navarra

---

TITLE: *Commodum ex negotiatione: a look at § 285 BGB*

RESUMEN: En el Derecho alemán, el § 285 BGB juega el mismo papel que desempeña el art. 1186 CC en el Derecho español, pero en Alemania se aceptó ya desde su promulgación que el *commodum* se puede exigir también cuando la imposibilidad sobrevenida es imputable al deudor y, poco después de su entrada en vigor, que permite exigir la entrega del *commodum ex negotiatione*, esto es, el precio que el deudor obtiene por negociar con la cosa debida. En la actualidad, la interpretación del párrafo se enfrenta a nuevos retos, como el encaje dentro del mismo de las obligaciones de hacer o no hacer y, para poder hacerlo, la aparición de nuevas explicaciones sobre su fundamento. El presente estudio describe someramente los diversos modos de entender y fundamentar el precepto, de manera que el análisis sirva también para interpretar adecuadamente el art. 1186 CC: examinar la función que cumple la entrega del *commodum ex negotiatione*, valorar si debería incorporarse a un ordenamiento jurídico y, en su caso, determinar su ámbito de aplicación.

ABSTRACT: *In German law, § 285 BGB plays the same role as Art. 1186 CC in Spanish law, but there it was already accepted from its enactment that the commodum can also be demanded when the supervening failure of performance is imputable to the debtor. Even more, soon after the BGB's entry into force, it was even accepted that the commodum ex negotiatione, i.e. the price the debtor gets for negotiating with the due thing, can also be demanded. At present, the interpretation of the said paragraph poses new challenges, such as its application to obligations to do or to obligations not to do, and offers the new insights advanced by legal writers to justify these proposals. The present study briefly describes the different ways of understanding and justifying § 285 BGB, to thereby explore the adequate interpretation of our Art. 1186 CC: What function is intended to fulfill the claim for the commodum ex negotiatione? Would it be reasonable to incorporate it into our legal system? And, if so, to what cases should it be applied?*

PALABRAS CLAVE: *commodum representationis* o *ex re*, *commodum ex negotiatione*, imposibilidad sobrevenida, compensación de riesgo (*periculum*) y beneficio (*commodum*), doble venta, venta de cosa debida, interpretación integradora del contrato, *condictio* por intromisión, *compensatio lucri cum damno*.

KEY WORDS: *commodum representationis* or *ex re*, *commodum ex negotiatione*, *supervening impossibility of performance*, *set off of risk and benefit*, *double sale*, *sale of an already sold thing*, *integrating interpretation of the contract*, *restitution for wrongs*, *compensatio lucri cum damno*.

<sup>1</sup> Este trabajo se ha desarrollado 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 al Prof. Fernando Pantaleón que haya tenido la amabilidad de leer la primera versión definitiva; sus comentarios benefician siempre el resultado final.

SUMARIO: 1. OBJETO DEL ESTUDIO. 2. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL § 285 BGB. 3. EL FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN DEL § 285 BGB. 4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL § 285 BGB. 5. LA OBTENCIÓN DE UN REEMPLAZO. 6. EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD. 7. ÚLTIMAS CUESTIONES. 8. REFLEXIÓN FINAL.

---

## 1. OBJETO DEL ESTUDIO

En los comentarios al art. 1186 del Código civil español<sup>2</sup> suele ser habitual la cita del § 285 BGB<sup>3</sup> (antes de la reforma para la modernización del Derecho de obligaciones alemán, era el § 281), por tener un contenido similar y plantear el mismo tipo de cuestiones. Más concretamente, como ponía de relieve Pantaleón hace ya un tiempo<sup>4</sup>, en Derecho alemán el mencionado párrafo no había impedido a la jurisprudencia ni a la doctrina entender que la norma comprende la restitución del llamado *commodum ex negotiatione*, esto es, la entrega del precio que el deudor obtiene con la venta de la cosa debida al acreedor. Algunos autores han defendido que esta es también una buena solución para nuestro ordenamiento jurídico; otros han preferido seguir interpretando el artículo conforme a sus estrictos antecedentes históricos. En este trabajo me propongo ahondar en el asunto: describir cómo en Alemania, a partir de un precepto similar, se llegó a reconocer al acreedor el derecho al *commodum ex negotiatione*; comprobar si en los últimos años se han producido cambios significativos o introducido objeciones que aconsejarían una revisión de la decisión; y finalmente, reflexionar sobre una interpretación coherente de un precepto como el art. 1186 CC<sup>5</sup>. Se trata, por tanto, de un trabajo de Derecho extranjero –Derecho alemán– sobre un asunto concreto y más bien teórico, que sin embargo posee una indudable trascendencia para ayudar a plantear en toda su complejidad el panorama de la

<sup>2</sup> Art. 1186 CC: «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».

<sup>3</sup> § 285 BGB: (1) Cuando el deudor obtiene, como consecuencia de una circunstancia que hace que no deba cumplir la prestación según el § 275 I a III, una compensación por el objeto debido o una pretensión de compensación, el acreedor puede exigir la entrega de lo recibido como compensación o la cesión de la pretensión de compensación. (2) Cuando el acreedor puede exigir indemnización de daños en lugar del cumplimiento, la indemnización disminuirá, cuando el acreedor haya ejercitado el derecho del apartado 1, en la medida del valor de la compensación recibida o de la pretensión de compensación.

<sup>4</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, p. 1022.

<sup>5</sup> El texto de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación (2009) introduce la regla del actual art. 1186 CC dentro de la regulación de la acción de cumplimiento. Su art. 1196 recoge prácticamente el mismo texto [«Si resultare imposible la obligación de dar cosa determinada, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta»], pero añade una segunda frase, al estilo del segundo párrafo del § 285 BGB, que 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 art. 518-4 de la Propuesta de CC de la APDC.

protección de los derechos de crédito. Sobre los pormenores de este asunto en el contexto del Derecho español, me remito a una publicación reciente sobre el art. 1186 CC<sup>6</sup>.

## 2. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL § 285 BGB

En el Comentario Histórico Crítico al BGB, SCHERMEIER destaca que la promulgación del (entonces) § 281 BGB no fue controvertida en absoluto, y que su adaptación (mucho más reciente) al § 285 BGB para la Modernización del Derecho de Obligaciones (básicamente, para adaptarse al nuevo tenor del § 275 BGB, al que hace referencia expresa)<sup>7</sup> tampoco lo fue<sup>8</sup>. De manera similar a como ROCA JUAN lo explica para el Derecho español<sup>9</sup>, la falta de conflictividad proviene de que a todos parece bien que, si no es posible entregar la cosa debida, el acreedor tenga derecho a recibir al menos lo que ha quedado de ella o por ella en manos del deudor<sup>10</sup>. Con palabras de LARENZ, «hay que dar al acreedor aquello que en el patrimonio del deudor se ha situado económicamente en el lugar de la prestación inicial que el acreedor podía exigir»<sup>11</sup>. La *ratio legis* sería que, «como el acreedor soporta el riesgo de la imposibilidad (o inexigibilidad) sobrevenida de la prestación, es justo que el reemplazo<sup>12</sup> o la pretensión de reemplazo que recibe el deudor por aquella imposibilidad se le atribuya a aquél», algo parecido al contenido de la máxima *commodum eius esse debet cuius periculum est*<sup>13</sup>. Según esto, el primer presupuesto del nacimiento de la obligación de entregar el

<sup>6</sup> BASOZABAL ARRUE, Xabier, «Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiatione* en el art. 1186 CC», *Anuario de Derecho Civil*, en prensa.

<sup>7</sup> El § 281 hacía referencia a una «circunstancia que hace imposible la prestación», en tanto el actual § 285 se refiere a una «circunstancia que hace que la prestación no sea exigible según el § 275 BGB», por lo que podría decirse que la imposibilidad se extiende a la inexigibilidad en los términos previstos en esta norma.

<sup>8</sup> SCHERMEIER, Martin, en *Historisch Kritischer Kommentar zum BGB*, II/1, §§ 241-304, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 280-285, Rn. 78.

<sup>9</sup> 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, p. 523: «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».

<sup>10</sup> EMMERICH, Volker, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2, 8ª ed., München, Beck, 2019, § 285, Rn. 2. Si el reemplazo es un mero «residuo» de la cosa en sí misma, no haría falta la pretensión de entrega del reemplazo, ya que sería suficiente con la acción de cumplimiento.

<sup>11</sup> LARENZ, Karl, *Schuldrecht*, I, 13ª ed., München, Beck, 1982, p. 286.

<sup>12</sup> Aunque la traducción de «Ersatz» podría ser «compensación», tal y como se hace en la traducción del precepto propuesta por el autor en la nota 2, he preferido usar a partir de ahora el término «reemplazo», en parte por ser menos polisémico que «compensación», en parte por representar mejor la idea de subrogación que se encuentra latente en el precepto.

<sup>13</sup> CASPERS, Georg, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, §§ 255-304, *Leistungsstörungen 1*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2014, § 285, Rn. 1.

cómodo es que el acreedor soporte el riesgo de la imposibilidad y parece necesario comenzar por aquí: ¿en qué consiste ese riesgo?

El Derecho romano mantenía que el riesgo en la compraventa (*periculum*) es del comprador en el sentido de que es éste quien corre con el riesgo de pérdida fortuita de la cosa comprada, de manera que, si después de perfeccionada la compraventa la cosa se pierde antes de su entrega, él sigue obligado a entregar el precio (no me detengo en este punto, ni en sus fuentes, por la familiaridad con que un jurista español descubre en ellas su propio ordenamiento jurídico). Si el comprador es quien corre con el riesgo así descrito, parece justo que le corresponda también lo que el deudor recibe por razón de la cosa. La idea de una *compensación* entre el riesgo y el beneficio se encuentra siempre, expresada de una manera u otra, en las explicaciones de la norma. En este contexto, asignar el riesgo consiste en decidir a quién (a cuál de los contratantes) imputar la pérdida fortuita. Es por tanto un «riesgo» propio de la relación contractual que genera obligaciones recíprocas (típicamente, la compraventa). Así fue también en el Derecho común y así pudo haber llegado hasta el texto codificado. Sin embargo, en la ingente labor doctrinal previa a la promulgación del BGB la idea de riesgo comienza pronto a usarse fuera de este ámbito (riesgo de la compraventa) para extenderse a un contexto unilateral (riesgo de la obligación)<sup>14</sup>. Se atribuye a MOMMSEN el haber facilitado esa confusión extendiendo la idea de «riesgo/beneficio» a todos los casos en los que el deudor se libera de su obligación. Al diluirse la idea de «riesgo», se comienza a buscar un nuevo fundamento para el § 281 BGB y su mecanismo de «subrogación»<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> HKK/SCHERMEIER, §§ 280-285, Rn. 79: De este modo, se termina usando impropriamente tanto el concepto de riesgo como el de *commodum*, relacionado con éste. EMMERICH señala que es importante distinguir la extinción de la obligación y la de la relación obligatoria considerada globalmente. El § 275 BGB dice cuándo se extingue o resulta inexigible la obligación, pero esto no resuelve lo que ocurre en la relación obligatoria; el § 285 BGB viene a completar el panorama y a mitigar la atribución del riesgo que, de entrada, corresponde al acreedor (*MünchKomm*, § 285, Rn. 1). Sobre las dificultades para entender la noción de «riesgo» en la relación obligatoria, HARTMANN, Felix, *Der Anspruch auf das stellvertretende commodum*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 42 y ss. HKK/SCHERMEIER, §§ 280-285, Rn. 79 y 80.

<sup>15</sup> Comparto con HARTMANN (*Der Anspruch...cit.*, p. 58) que la idea de «subrogación» no se puede presentar como una explicación de la norma, sino a lo más como una mera descripción de lo acontecido, esto es, la idea de sustitución describe lo que ocurre externamente, pero no explica la razón por la que el reemplazo debería seguir la suerte del objeto inicial. En efecto, en esta línea dice Roland SCHWARZE (*Das Recht der Leistungsstörungen*, 2ª ed., Berlin-Boston, De Gruyter, 2017, pp. 406 y 407) que «solo la relación causal entre acontecimiento que destruye el objeto de la prestación y la llegada del reemplazo al patrimonio del deudor (esto es, el mecanismo de subrogación como tal) no garantiza que el reemplazo deba ser entregado al acreedor. Se necesita acudir a la idea de compensar por una atribución patrimonial que se considera inadecuada o injusta». A continuación el autor opina que «lo injusto» de la situación no se puede fundamentar acudiendo siempre al mismo principio para todas las constelaciones de casos: en algunos, la explicación será la intromisión en una posición jurídica absoluta del acreedor; pero cuando no sea así, puede existir igualmente una necesidad de compensar que proviene de la función que cumple el

El principal redactor de la Primera Comisión, V. KÜBEL, abandona el binomio «riesgo/beneficio» como base del precepto y se apoya en la voluntad de las partes, deducible de la propia obligación; así, para la Primera Comisión la subrogación del reemplazo por la cosa perdida estaba justificada, en los casos de imposibilidad fortuita de la prestación, por el respeto a la voluntad de las partes y la equidad<sup>16</sup>. Sobre esta base, cada vez más abstracta, a la Segunda Comisión no le resultó difícil conceder el reemplazo del § 281 BGB también a los supuestos de imposibilidad imputable al deudor: si el derecho al reemplazo se apoya en la *tacita intentio* de las partes y en la equidad (no en la atribución del riesgo de pérdida fortuita), no hay motivo para no concederlo con independencia de que la imposibilidad sea imputable. La voluntad tácita se convirtió así en el argumento principal para la fundamentación del precepto, y es uno de los que se usa en nuestros días, sobre todo por la jurisprudencia<sup>17</sup>.

Pronto llegaría una nueva contribución de la mano de FRITZ SCHULZ y su propuesta para dar unidad al tratamiento de los beneficios obtenidos por intromisión<sup>18</sup>. Para este autor, la subrogación del reemplazo en el lugar de la cosa debida se fundamenta en la existencia de un enriquecimiento injustificado<sup>19</sup>. HECK y WILBURG siguieron la nueva dirección, aunque sin compartir el fundamento. Para SCHULZ lo relevante era que el comportamiento del deudor constituyese una intromisión ilícita; para WILBURG lo decisivo es la idea de reintegrar el derecho de crédito del acreedor. Años más tarde, v.

---

reemplazo: compensar el perjuicio que sufre el acreedor por la liberación del deudor, lo que es mejor que dejar al deudor con el reemplazo o dejarlo a quien debe entregarlo.

<sup>16</sup> STOLL, Hans, «Vorteilsausgleichung bei Leistungsstörung», en *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 683: La Primera Comisión, al orientarse hacia el «principio de subrogación» y abandonar el binomio riesgo/ventaja supuso una verdadera ruptura, pues en el contexto de asignación del *periculum* solo el que tiene atribuido el riesgo por pérdida fortuita tiene derecho al cómodo. Con la nueva orientación, desaparecen los argumentos para negar el cómodo cuando la imposibilidad sea imputable: no hay motivo para dejar a un acreedor (perspectiva unilateral) peor si la pérdida es imputable que si es fortuita. El autor menciona que también WINDSCHEID jugó un papel importante en este cambio.

<sup>17</sup> HKK/SCHERMEIER, §§ 280-285, Rn. 80. Es opinión general que el Derecho común concedía la pretensión solo en supuestos de pérdida fortuita, pero que esto cambió cuando la norma llegó a formar parte del BGB. BENICKE, Christoph y GREBE, Christian, en *Soergel Kommentar zum BGB*, 3/2, §§ 243-304, 13ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2014, § 285, Rn. 5. HARTMANN, *Der Anspruch...cit.*, pp. 40 y 41: Los codificadores del § 281 BGB se separaron de la herencia histórica (el cómodo es de quien corre con el riesgo) de dos maneras: por una parte, el deudor debe entregar el cómodo también en los contratos recíprocos; por otra parte, el acreedor puede exigir el cómodo también cuando el deudor deba responder de la imposibilidad y, por lo tanto, responda por los daños. Luego puede decirse que en este punto, como en otros, el Código no se limitó a poner por escrito una experiencia jurídica arrastrada por la experiencia, sino que innovó.

<sup>18</sup> SCHULZ, Fritz, «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *AcP* 105, 1909, pp. 1 y ss.

<sup>19</sup> Más recientemente, BOLLENBERGER ha querido confirmar la idea de SCHULZ de que el § 281 BGB no se fundamenta en el binomio riesgo/beneficio, sino en la construcción de una atribución patrimonial entre las partes (*Das stellvertretende Commodum: Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen*, Wien-New York, Springer, 1999, pp. 54 y ss.).

CAEMMERER retoma esta idea y ahonda en el concepto de «atribución»: en la relación *inter partes* el objeto está atribuido –en sentido económico– al acreedor, por eso el § 281 BGB atribuye el reemplazo del objeto al acreedor. En alguna ocasión, el RG se hizo eco de este fundamentar el reemplazo en la doctrina del enriquecimiento injustificado, acercando así la aplicación del § 281 BGB a la de los §§ 812 BGB y ss.; pero después de 1945 el BGH formula la *ratio* del precepto con más cuidado y menos referencias a la idea de enriquecimiento. A menudo solo menciona la voluntad presumida de las partes en la obligación y la idea de que el precepto constituye un supuesto legal de «interpretación integradora del contrato». Como recurso retórico, también recurre a que se trata de compensar por una distribución patrimonial que ha devenido, en el caso, inadecuada<sup>20</sup>.

En cuanto al *commodum ex negotiatione*, los juristas medievales habían encontrado la cuestión resuelta en las fuentes romanas. PAULO defiende (D 18,4,21), para un caso de doble venta, que el vendedor no obtiene el (segundo) precio *de la cosa*, sino *del (segundo) contrato de compraventa*; de ahí concluye que, como el subrogado se debe a la habilidad negocial del deudor, éste no tiene por qué entregarlo al acreedor. También el RG utilizó este tipo de argumentación. De aquí se seguía que el vendedor respondía frente al primer comprador por daños, pero no por la ventaja que hubiese obtenido por la segunda venta. KUHLENBECK se apoya en el propio PAULO para defender que se responde solo en la medida del *periculum*, lo que se corresponde con el *commodum ex re*, no *ex negotiatione*. KISCH argumenta que el precio de la segunda venta, el reemplazo, procede del contrato obligacional (la compraventa), en tanto la imposibilidad de cumplir en la primera compraventa proviene del negocio dispositivo, por lo que falta la relación causal entre el acontecimiento que provoca la imposibilidad y aquél por el que se recibe el reemplazo, lo que hacía que no fuese aplicable el § 281 BGB. Este argumento despertó el recelo de la doctrina: KIPP opuso que el precio debe entenderse obtenido del contrato de disposición, como ocurre en el Derecho de enriquecimiento (§ 816 BGB), por lo que debía aceptarse como «reemplazo» del § 281 BGB. SCHULZ mantiene que separar el negocio obligacional del dispositivo para negar la relación causal entre un acontecimiento y otro carece de todo relieve desde la perspectiva de un enriquecimiento obtenido por intromisión (que es desde la que él escribe). Cuando otros autores (SIBER y RÖMER) se sumaron a las críticas de KIPP y SCHULZ, el RG no pudo menos que ponerse de su parte, lo que le llevó a conceder el *commodum ex negotiatione*. Se observará que los argumentos de los citados autores iban más en la línea de desautorizar una opinión contraria a la concesión del *commodum ex negotiatione*, no tanto a justificar positivamente su inclusión en el precepto, pero lo

<sup>20</sup> HKK/SCHERMEIER, §§ 280-285, Rn. 81.

cierto es que pronto la doctrina y la jurisprudencia resultaron unánimes en la opinión de que también la ganancia obtenida por el deudor con la disposición de la cosa debía entregarse al acreedor<sup>21</sup>.

Se pone así de relieve que cuando el BGB entraba en vigor el «reemplazo» podía estar constituido por una pretensión de daños contra tercero, una pretensión contra la aseguradora, o contra la entidad pública que hubiese expropiado el bien, pero no por el precio que obtenía el deudor al disponer de la cosa. En ninguna de las Comisiones se trató del asunto. La introducción del *lucrum* entre los posibles «reemplazos» fue producto de las interpretaciones del precepto a cargo de la doctrina y la jurisprudencia, hasta constituir finalmente «derecho judicial»<sup>22</sup>. Tal y como se ha expuesto, las interpretaciones doctrinales del precepto se alejaron paulatinamente del binomio «riesgo/beneficio» en favor de otros fundamentos para la subrogación, como la voluntad de las partes en la obligación (interpretación integradora del contrato), la equidad o el enriquecimiento por intromisión, y en este contexto de abstracción del discurso y de ampliación del supuesto de hecho no resulta sorprendente que se produjese también una ampliación del alcance de la responsabilidad hasta llegar al cómodo de negociación<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> HKK/SCHERMEIER, §§ 280-285, Rn. 85.

<sup>22</sup> ESSER, Josef, y SCHMIDT, Eike, *Schuldrecht*, I/2, 8ª ed., Heidelberg, Müller, 2000, p. 16: La jurisprudencia abandonó pronto sus iniciales recelos a conceder el *commodum ex negotiatione*; al acreedor corresponde toda la ganancia que se obtiene de un objeto que le correspondía. SCHLECHTRIEM, Peter, y SCHMIDT-KESSEL, Martin, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 492: El BGB, con las fuentes romanas, concedía el *commodum ex re*, no el *commodum ex negotiatione*, pero hoy el asunto debe valorarse de otra manera.

<sup>23</sup> JAKOBS, Horst Heinrich, *Lucrum ex negotiatione. Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993, pp. 106 y ss. Para JAKOBS, la idea de que el lucro sustituye a la cosa no puede fundamentarse en la voluntad de las partes, sino en que aquél se ha obtenido por intromisión, lo que sitúa el precepto en el ámbito del Derecho de enriquecimiento injustificado y de la gestión de negocio ajeno impropia (en interés propio). La doctrina y la jurisprudencia han ido más allá de lo que permitían las categorías históricas, y lo que deberían hacer es descubrir o revelar las verdaderas causas de su decisión. Para explicar qué debe entenderse por el reemplazo que proviene, no de la cosa, sino de negociación, se apoya en la opinión de PAULO (p. 77) para un caso de doble venta de esclavo en la que el segundo comprador ha entregado el precio por adelantado. El esclavo muere. Paulo entiende que el primer comprador no puede pretender cobrarse ese precio como reemplazo. El vendedor lo ha obtenido gracias a su suerte, a la poca prudencia del segundo comprador y a la casualidad de haber muerto el esclavo, lo que además le libera de la primera compra. No ha recibido el precio del segundo comprador «a costa» del primero, luego no tiene que entregárselo a éste. Tampoco podrá retener la ganancia con la *actio empti*, pero será el segundo comprador quien tenga que acudir con una *condictio* contra el vendedor para recuperar lo entregado.

### 3. EL FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN DEL § 285 BGB

Sea como fuere, la evolución de las interpretaciones del § 281 BGB fue acumulando diferentes enfoques sobre el fundamento de la norma. Sin llegar a negar la existencia de los fundamentos anteriores, cada cierto tiempo aparece una nueva perspectiva que pretende explicar mejor la norma en toda su virtualidad. Inicialmente, la pretensión de entrega del reemplazo respondía a la necesidad de *compensar* por la imposibilidad de entregar el objeto de la prestación al acreedor; si no es posible entregarlo pero aparece algo en su lugar (en el patrimonio del deudor), parece lógico que le corresponda también al acreedor<sup>24</sup>. Con el tiempo, cada vez eran más y siempre diferentes las hipótesis que querían resolverse con la norma, y esas nuevas hipótesis no se dejaban resolver con el solo binomio «riesgo/beneficio». Paralelamente, se había ido diluyendo en qué consiste ese riesgo que da derecho al reemplazo. Estos factores fueron empujando a la doctrina a encontrar nuevas ideas para fundamentar dogmáticamente el precepto, que podrían sintetizarse en estas tres: 1) El § 285 BGB como un supuesto legal de interpretación integradora del contrato (puede encontrarse en la jurisprudencia y parte de la doctrina; parece haber sido la voluntad del legislador histórico). 2) El § 285 BGB como un sub-caso de la *condictio* por intromisión: el deudor dispone sin legitimidad de un bien ajeno (o atribuido a otro) y obtiene algo a costa de otro (propietario o acreedor), a quien debe restituir lo obtenido mediante esa intromisión (está es la opinión mayoritaria). 3) El § 285 BGB como supuesto de aplicación de la doctrina de la «compensación de beneficios» propia del Derecho de daños (*compensatio lucri cum danno*). Tampoco faltan autores que afirman que el fundamento del § 285 BGB es propio e independiente, una pretensión de compensación *sui generis* que se pone a disposición del acreedor; claro que con esta explicación se dice poco sobre los principios y normas que deberían tenerse en cuenta para determinar qué acreedores y en qué circunstancias se encuentran amparados por la pretensión<sup>25</sup>.

La ordenación del § 285 BGB dentro del Derecho de enriquecimiento fue relativamente pacífica hasta la aparición de la crítica de HANS STOLL<sup>26</sup>. Para éste, los intentos de ordenar el precepto dentro del Derecho de enriquecimiento injustificado se encuentran abocados al fracaso<sup>27</sup>. Es cierto que el deudor recibe algo (el reemplazo) que no

<sup>24</sup> *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 1. SCHWARZE, *Das Recht...*cit., pp. 407. *Soergel/BENICKE y GREBE*, § 285, Rn. 1. *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 2.

<sup>25</sup> *Soergel/BENICKE y GREBE*, § 285, Rn. 7 a 9.

<sup>26</sup> STOLL, Hans, «Vorteilsausgleichung bei Leistungsverteilung», en *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 677 a 696.

<sup>27</sup> STOLL, «Vorteilsausgleichung...», cit., p. 687.

hubiera obtenido si hubiera cumplido como estaba previsto, pero ese algo no se obtiene «a costa» del acreedor, que podría acudir a la defensa de «contrato no cumplido» o de «desaparición del enriquecimiento» (esto es, que podría no correr con el riesgo). Tampoco le parece aceptable que solo se encuentren protegidas las posiciones jurídicas *absolutas*, o los derechos de crédito en cuya «sustancia» (*Forderungszuständigkeit*) se haya producido la intromisión, como defiende la doctrina del «contenido de atribución»<sup>28</sup>, pues nada de eso ocurre cuando la pérdida de la cosa es fortuita (no imputable al deudor) o cuando se recibe la cantidad debida por la aseguradora, y sin embargo son estos los supuestos históricos que sin duda se encuentran amparados por el precepto<sup>29</sup>.

Descartado el Derecho de enriquecimiento, el autor acude a un paralelismo con la «compensación de beneficios» (hay que entender que se refiere a la figura de la *compensatio lucri cum damno*) propia de la responsabilidad por daños: cuando el mismo acontecimiento que causa el daño produce a la vez un beneficio en el patrimonio de la víctima, se plantea la oportunidad de detraer la ganancia de la partida del daño indemnizable<sup>30</sup>. En los casos del § 285 BGB ocurre que el evento que hace fracasar el derecho del acreedor enriquece (con el reemplazo) no a éste, sino al deudor, esto es, el

<sup>28</sup> Sobre la importancia de la doctrina del «contenido de atribución» de los derechos en el contexto de la *condictio* por intromisión, véase BASOZABAL ARRUE, Xabier, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 68 y ss.

<sup>29</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 2.

<sup>30</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando, Comentario al art. 1902, en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, 2ª ed., pp. 1989 y 1990: «El concepto de daño de la teoría de la diferencia implica la más amplia admisión de la figura de la *compensatio lucri cum damno*. Ahora bien, una vez que aquel concepto de daño deja de considerarse como algo «objetivo» o «natural», y puesto que el ordenamiento debe partir del principio de que todo lucro (como todo daño) debe dejarse en el patrimonio donde se ha producido, salvo que exista una buena razón (no el simple hecho de que haya sido causado por otro) para trasladarlo a un patrimonio ajeno, deja de ser algo «evidente» que, de no admitirse tal *compensatio*, el dañado vendría a enriquecerse injustamente a costa del dañante; y comienza a serlo que el solo hecho de haber sido causado por una conducta ajena dolosa o negligentemente dañosa, no es «buena razón» para «trasladar todo o parte (si el daño es menor) del lucro al patrimonio del dañante». Y puede entenderse por qué, apartándose de sus precedentes (art. 1580 Proyecto 1851 y art. 23, Tit. «De la Sociedad», Anteproyecto 1882-1888), el art. 1686 CC no permite al socio «compensar» los daños con los beneficios proporcionados a la sociedad, ni siguiera en los casos en que daños y beneficios provengan *del mismo negocio*, negligentemente gestionado. Salvo en la desafortunada STS 15-XII-81, la jurisprudencia civil jamás ha admitido la *compensatio lucri cum damno*. Más recientemente, a partir de 2008, la Sala Civil del TS comenzó a admitir que, de la indemnización debida, por ejemplo, a un obrero que sufre daños imputables al empresario, éste pudiera descontar las cantidades que la víctima hubiera recibido en concepto de prestación social con motivo del mismo accidente (MARTÍN-CASALS, Miquel, «La modernización del Derecho de la responsabilidad civil extracontractual», *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Jornadas de la APDC 2011, p. 108). Pero obsérvese que se trata de la concurrencia entre indemnización y prestación social con motivo del mismo accidente, y de la necesidad de tener ambas en cuenta para cumplir estrictamente con la finalidad indemnizatoria.

daño y el beneficio acontecen en personas distintas, de manera que si se quiere corregir esa situación es necesario que el acreedor pueda exigir el beneficio al deudor: si se hace así, el acreedor conseguirá *compensar* el riesgo (pérdida) con el beneficio (reemplazo). Es la «relación interna» existente entre el beneficio del deudor y el perjuicio del acreedor la que justifica que aquí se pueda proceder como en la *compensatio lucri cum damno* del Derecho de daños. El autor es consciente de que tanto la idea de la compensación de lucros con daños como la propia pretensión de aplicarla analógicamente al caso tiene contornos poco precisos, pero a él le parece que aporta una explicación del § 285 BGB que permite aplicarlo más allá del ámbito de las posiciones jurídicas absolutas o asimiladas, a las pérdidas fortuitas y a las obligaciones de hacer u omitir, de forma satisfactoria<sup>31</sup>.

Aunque encuentro que la crítica de STOLL ha tenido más eco del que corresponde a la solidez de su propuesta, tengo la impresión de que para su aceptación ha sido determinante el que ofrezca una explicación que permite ampliar el ámbito de aplicación del precepto a otras relaciones obligatorias y a otros preceptos en los que «parece» que el reemplazo se limita al daño del acreedor (al valor de la prestación inicial que no llegó a recibir).

Otro de los autores que proponen explicaciones nuevas que permiten la apertura de la aplicación del precepto es HARTMANN<sup>32</sup>. Para él la ordenación del § 285 BGB en el Derecho de enriquecimiento injustificado ofrece una explicación más convincente y sólida que la que pueda alcanzarle la «compensación de beneficios» porque las cuestiones importantes, como el ámbito de aplicación del precepto o el alcance de la responsabilidad, se atienden mejor si se sitúan dentro de un sistema dado de protección de las posiciones jurídicas, absolutas o relativas. El § 285 BGB vendría a cumplir para el titular de un derecho de crédito la función que el Derecho de enriquecimiento cumple para los titulares de derechos absolutos: lo decisivo para conceder el derecho al reemplazo es comprobar si el deudor ha hecho uso de la posición jurídica del acreedor para enriquecerse, esto es, si puede decirse que ha usurpado su posición jurídica<sup>33</sup>. Según el autor, al acreedor –a todo acreedor (titular de una posición jurídica relativa)- le corresponde la triple protección que le otorgan, por un lado, la pretensión indemnizatoria, por otro, la negatoria y, finalmente, la de

<sup>31</sup> STOLL, «Vorteilsausgleichung...», cit., p. 688.

<sup>32</sup> HARTMANN, Felix, *Der Anspruch auf das stellvertretende commodum*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007. Critica la tesis de STOLL en pp. 71 y ss.

<sup>33</sup> HARTMANN, *Der Anspruch...cit.*, pp. 82 y 83.

enriquecimiento, que es la del § 285 BGB<sup>34</sup>. Por los términos netamente amplios con que construye su teoría, da cabida dentro de la aplicación del precepto a cualquier tipo de obligación o derecho de crédito.

#### 4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL § 285 BGB

En este punto (qué obligaciones del deudor pueden quedar sustituidas por un reemplazo y qué tipo de pérdida justifica la subrogación) hay un consenso amplio sobre un buen número de supuestos amparados por la norma, pero también una zona protagonizada por la disputa doctrinal. Desde luego, encajan en la norma todas las obligaciones que se encuentren orientadas hacia un «objeto» (obligaciones de dar cosa determinada, entendida en un sentido amplio)<sup>35</sup>. Por este motivo, la opinión dominante excluye las obligaciones genéricas del ámbito de aplicación del precepto<sup>36</sup>.

Tampoco se discute que, a diferencia de lo que ocurrió en el Derecho común (ya se ha dicho algo sobre esta evolución), el BGB concede el reemplazo no solo en los casos de imposibilidad fortuita sino también cuando la imposibilidad es imputable al deudor y el acreedor tiene por tanto la posibilidad de acudir a la pretensión indemnizatoria. En su caso, el haber solicitado el reemplazo reducirá el daño resarcible (§ 285.II BGB)<sup>37</sup>. Es indiferente el que la imposibilidad sea originaria o sobrevenida<sup>38</sup>. Tampoco importa si la imposibilidad es imputable al acreedor<sup>39</sup>.

Dentro del ámbito de la imposibilidad imputable, algún autor de pregunta por la relación entre la mora y el derecho a obtener el reemplazo. Parece claro que una cosa

<sup>34</sup> HARTMANN, *Der Anspruch...cit.*, pp. 333 y ss. El autor entiende que todos los derechos relativos deberían estar protegidos mediante el derecho de enriquecimiento, luego el § 285 BGB no estaría limitado a la protección de determinadas posiciones jurídicas relativas, sino que se trataría de completar todo el sistema de protección de derechos, ofreciendo así la pretensión al reemplazo en paralelo a la protección general que ofrece la pretensión indemnizatoria.

<sup>35</sup> *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 3. SCHWARZE, *Das Recht...cit.*, p. 407. *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 22.

<sup>36</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang y HEINEMANN, Andreas, *Schuldrecht*, 11ª ed., Berlin-Boston, De Gruyter, 2017, p. 268, Rn. 443. Tampoco han faltado voces críticas en algunos supuestos en los que, por ejemplo, es todo el género el que resultaba confiscado y el deudor resultaba recompensado por ello. STOLL no encuentra dificultades para entender comprendidas en el precepto también las deudas genéricas («Vorteilsausgleichung...»), cit., p. 689).

<sup>37</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 5 y 6.

<sup>38</sup> EMMERICH, Volker, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6ª ed., München, Beck, 2005, § 10, Rn. 16, p. 159. *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 3. MEDICUS, Dieter, y LORENZ, Stephan, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 21ª ed., München, Beck, 2015, Rn. 425, p. 193.

<sup>39</sup> EMMERICH, *Das Recht...cit.*, § 10, Rn. 17, p. 159. *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 3. *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 28.

es que la pérdida sea imputable al deudor y otra que éste haya incurrido en mora, situación en la que, por definición, todavía es posible el cumplimiento que satisfaga el interés del acreedor. Sin embargo, parece legítimo hacerse la siguiente pregunta: si es necesario que el deudor incurra en mora para responder de los daños que cause con el retraso, ¿es necesario que incurra en mora para que se le pueda exigir el reemplazo? Es Hartmann el que se pregunta abiertamente si la mora desata la responsabilidad por enriquecimiento, y pone un ejemplo: La empresa de transportes T vende un camión a una empresa del mismo ramo, U. Para poder hacer frente a posibles pedidos, T alquila otro camión. A pesar de esta medida, nuevos e imprevisibles pedidos hacen que retenga el camión vendido dos semanas más a partir del momento en que debió entregarlo. U exige el importe que hubiese tenido que pagarle para alquilar el camión durante las dos semanas. ¿Depende la petición del reemplazo de que U hubiese incurrido en mora?<sup>40</sup> Quizá lo primero que debería decirse es que, mientras dura el incumplimiento (por retraso en la entrega del camión), T usa la cosa que debió entregar; la cuestión es: ¿debe entregar el valor de ese uso como reemplazo obtenido mientras incumplió? Si alguien duda de que el valor «represente» en el patrimonio del deudor el uso obtenido por incumplir, piense que T alquila el camión durante esas dos semanas y obtiene una renta por el alquiler: ¿tendría U derecho a ese reemplazo? ¿hace falta que T haya incurrido en mora para que se le pueda exigir el reemplazo, o basta con que se haya retrasado y usurpado el uso la cosa? U pide el valor de uso del camión por las dos semanas que duró el retraso, una petición que coincide con el contenido de la *condictio* por intromisión (*ex* § 285 BGB), pero que ejercita no el propietario de la cosa ni el titular de la facultad de uso sobre ésta, sino el acreedor a la entrega de la cosa.

Desde luego, hay incumplimiento imputable y posibilidad de acudir a la pretensión indemnizatoria, aunque quizá no sea fácil probar que el daño (*lucro cesante*) asciende a la renta por el uso del camión, lo que implica probar que U hubiese alquilado el camión y que ha sido el retraso el que se lo ha impedido. Alguno querrá plantearse si esas rentas no deberían considerarse como un «daño mínimo», «objetivo» o «abstracto»; o que como se trata de un incumplimiento doloso, T debería restituir la ganancia, esto es, el rendimiento neto que obtuvo en esas dos semanas. En Derecho alemán resultan muy discutidos ambos extremos; pienso, sin embargo, que no hay motivo para hacerlo en Derecho español, por lo que habría que responder negativamente a ambas cuestiones. Mucho más sencilla se presenta la petición de reemplazo *ex* § 285 BGB, que en el caso se concreta en la entrega del valor de lo usurpado, el uso<sup>41</sup>. El deudor ha hecho

<sup>40</sup> HARTMANN, *Der Anspruch...*cit., p. 5.

<sup>41</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 51.

imposible la entrega con su comportamiento, que además le ha obtenido un beneficio que debería restituir a aquél a quien estaba atribuido. La obligación de entregar el reemplazo no depende de que haya incurrido en mora sino de que el deudor haya usurpado su posición durante dos semanas, haciendo con ello imposible la entrega<sup>42</sup>.

En cuanto a las obligaciones de hacer o no hacer, incluidas por tanto las prestaciones de servicios y trabajos, la opinión tradicional les había negado la aplicación del § 281 BGB, pero en la actualidad un número creciente de autores entienden que no hay ningún motivo para seguir sosteniendo la exclusión<sup>43</sup>. El asunto siempre había sido algo controvertido. BENICKE y GREBE relatan que el OLG Dresden abrió la posibilidad de incluir las obligaciones de hacer dentro del precepto, aunque utilizó como fundamento la idea de una interpretación integradora del contrato. Un argumento a favor de la inclusión es que el § 285 BGB se remite expresamente al § 275.III BGB, que se refiere a las obligaciones de hacer no fungible que debe cumplir personalmente el deudor. Claro que la nueva redacción del § 285 BGB solo quería adaptarse al nuevo § 275 BGB, no cambiar el contenido de la norma, por lo que el argumento no puede considerarse definitivo. Con todo, no parece haber motivos claros para excluir esas obligaciones del ámbito de aplicación del precepto; otra cosa es que en el caso concreto exista una «correspondencia» (una relación de «sustitución») entre el objeto inicial de la prestación (servicio debido) y el reemplazo (lo que el deudor reciba «a cambio»)<sup>44</sup>. A

<sup>42</sup> Es el caso de la STS 5 junio 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 estima 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 lo que hubiera costado licenciar esos derechos, 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) puede ejercitar la *condictio* por intromisión o el derecho a la entrega del cómodo que representa el bien no entregado (en este caso, el valor de uso de los bienes por el tiempo que dura el retraso). Si lo que hacen los arts. 1095 y 1186 CC es otorgar a este 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 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 arts. 1095 y 1186 CC? Sobre estas cuestiones, BASOZABAL, «Incumplir por negociar...», cit., en prensa.

<sup>43</sup> *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 5. Véase también EMMERICH, *Das Recht...*cit., § 10, Rn. 16, p. 158. *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 23 y 24.

<sup>44</sup> *Soergel/BENICKE y GREBE*, § 285, Rn. 47.

CASPERS le parece evidente que deben incluirse, pues así lo ha previsto el propio legislador cuando hace pagar al acreedor por un trabajo o servicio que no recibirá (§ 326.II.2 BGB, § 616 BGB) y, en compensación, le permite disminuir ese «riesgo» con lo que el deudor haya ahorrado por no tener que hacerlo, con los beneficios que haya obtenido de otro modo al no tener que prestar, o con la omisión dolosa de un comportamiento que hubiese disminuido tal riesgo<sup>45</sup>.

HARTMANN pone de relieve la importancia práctica que puede tener la inclusión de las obligaciones de hacer o no hacer en el § 285 BGB, también para ciertas omisiones típicas como las prohibiciones de competencia. Su ejemplo está sacado de la jurisprudencia y merece atención: K recibe de V una empresa de auditoría. El contrato prohíbe a V seguir atendiendo a sus antiguos clientes. K discute con dos clientes de V que, finalmente, le retiran sus encargos y se los entregan a un tercero a partir del año siguiente; para el año en curso los dos clientes piden a V que los atienda y le amenazan con que si no lo hace le pedirán daños y perjuicios. V accede. K pide a V los honorarios que haya obtenido de esos dos clientes. El BGH estimó la demanda, aunque para hacerlo se apoyó en la idea de «lesión contractual positiva» y en la actuación en interés propio del vendedor; la cuestión es si el comprador hubiese podido acudir al § 285 BGB. Si interpretamos el precepto conforme al Derecho de enriquecimiento injustificado, la solución dependerá de que la posición contractual del comprador tenga un «contenido de atribución» que alcance los beneficios obtenidos por el vendedor gracias a aquello mismo que se vende, esto es, habría que comprobar si el deudor ha protagonizado una intromisión en la posición jurídica del comprador, que atribuye a éste la ganancia<sup>46</sup>. Para HARTMANN, habrá derecho al reemplazo si V usurpó la posición de K, y lo cierto es que se enriqueció incumpliendo la obligación de omisión a la que estaba obligado frente a K, precisamente para respetar la posición de éste, por lo que la respuesta debería ser afirmativa. Pero conviene observar que no es cualquier posición contractual la que da derecho al reemplazo, sino que es el contrato el que «construye» las posiciones de las partes; con otras palabras, es la violación de la cláusula de prohibición la que explica que V haya usurpado algo que el contrato reserva a K, por lo que estamos ante uno de esos casos en que la entrega del reemplazo corresponde a la voluntad de las partes en la obligación y a la distribución de riesgos realizada por el contrato.

<sup>45</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 40.

<sup>46</sup> HARTMANN, *Der Anspruch...cit.*, p. 5.

SCHWARZE propone otro ejemplo de prestación de servicio que nos puede ayudar<sup>47</sup>: un profesor de tenis no acude a la clase del alumno (A) porque se la da al alumno (B), que le paga más. ¿Debería poder A exigir el *commodum ex negotiatione* a cambio del precio acordado? El autor responde que A podría pagar la clase y pedir a cambio el subrogado, que es lo que B pagó; la operación dejará una diferencia positiva a su favor. Por el contrario, el profesor que no puede dar la clase porque se ha visto involucrado en un accidente, no tiene por qué entregar al alumno lo que reciba por el accidente, y ello aunque el alumno tenga que pagar la clase en virtud del § 616 BGB; eso sí, este precepto le permite descontar lo que el profesor reciba de un sistema de seguridad social *legal* que cubra el accidente (o, en su caso, la enfermedad)<sup>48</sup>. En el primer caso el profesor dispone de la posición contractual del alumno y, sin contar con él, que tenía atribuido el servicio en exclusiva, obtiene un beneficio «extra» gracias al incumplimiento; ese beneficio es el reemplazo que el alumno podrá pedir al profesor a cambio de la contraprestación pactada<sup>49</sup>.

En el segundo caso, la indemnización que recibe el profesor no es un reemplazo del servicio que no prestó, luego el alumno no tendrá derecho al mismo, aunque tenga que pagar la clase porque corra con el riesgo del contrato. Por ese mismo motivo, resulta muy discutible que el alumno pueda alegar que el profesor recibió una ayuda por la cobertura social del accidente (§ 616 BGB), pues el motivo por el que él corre con el riesgo en el contrato (tener que pagar sin recibir) no está en el mismo plano que el motivo por el que el profesor recibe una compensación (daño personal). Sería muy distinto el concurso entre el causante del accidente y la ayuda que reciba el dañado del sistema de seguridad social legal, de manera que lo pagado por ésta reduzca la deuda

<sup>47</sup> SCHWARZE, *Das Recht...*cit., p. 407. Hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho del § 616 BGB está pensando en una circunstancia que por un tiempo poco significativo (puntualmente) impide cumplir al deudor de un servicio, y lo que persigue es que dicha circunstancia no repercuta en el cálculo de la contraprestación si no hay culpa por parte de ninguno de los contratantes y la duración del impedimento es, en relación con la duración de la relación contractual, poco significativa. Si un trabajador por cuenta propia no puede acudir a la clase por atender a una necesidad familiar urgente, el párrafo lo protege para poder exigir la contraprestación completa. *MünchKomm/HENSSLER*, 4, 7ª ed., München, Beck, 2016, § 616, Rn. 1 y ss..

<sup>48</sup> SCHWARZE, *Das Recht...*cit., p. 412. Las relaciones laborales merecen una atención especial, por la especial finalidad protectora del Derecho del trabajo en casos de incapacidad. Si el empleado enfermo por incapacidad temporal para trabajar realiza durante su baja alguna otra actividad remunerada no tiene por qué descontarse de lo que le deba su empresario, siempre que esa otra ocupación sea compatible con el fin del restablecimiento del trabajador y con los §§ 1 a 3 EntgeltzG.

<sup>49</sup> Personalmente considero que en este caso no es posible afirmar que el profesor «haya dispuesto» de la posición contractual del primer alumno, o que la haya usurpado, como si el alumno tuviera el monopolio de los provechos de la actividad docente durante la hora que le corresponde, pues nadie puede hacerse con el monopolio de la actividad de otro, aunque éste se hubiera comprometido a un determinado hacer con aquél. BASOZABAL, «Incumplir por negociar...», cit., en prensa.

de aquél. Solo una idea difusa de equidad puede avalar que el alumno pueda alegar que el profesor recibió de la seguridad social una ayuda por el accidente que le impidió dar la clase. Esto se aprecia de manera más clara si se piensa que la circunstancia que impide cumplir al profesor podría no dejar ningún subrogado en su patrimonio (tiene que atender de urgencia a un pariente cercano), y que la misma aplicación de una norma como el § 616 BGB (pensada para dulcificar el silogismo «hora no trabajada hora no cobrada») es, si no excepcional, sí residual.

Una cláusula contractual que limite la responsabilidad por daños del deudor no tiene por qué excluir la aplicación del § 285 BGB, salvo que otra cosa se deduzca del contrato<sup>50</sup>. No es un precepto de derecho imperativo, pero no puede ser excluido en condiciones generales<sup>51</sup>. El pacto de excluir la pretensión del § 285 BGB en condiciones generales sería nulo en virtud del § 307 BGB<sup>52</sup>.

## 5. LA OBTENCIÓN DE UN REEMPLAZO

Decimos que cuando la imposibilidad de cumplir la prestación inicial libera al deudor y además le obtiene «algo», el acreedor debería poder pedirlo a cambio de la contraprestación siempre que ese algo pueda considerarse como un «subrogado» de la prestación inicial. Para serlo se le exigen dos cosas: en primer lugar, una relación causal entre el evento que provoca la imposibilidad y la aparición del reemplazo en el patrimonio del deudor; en segundo lugar, una relación de «identidad» o «coherencia» entre el objeto inicialmente debido y el que aparece como reemplazo en su lugar.

Los supuestos típicos de reemplazo, aceptados por todos, serían: 1) la pretensión indemnizatoria del deudor frente al tercero responsable del daño causado a la cosa; 2) la pretensión del deudor contra la aseguradora cuando el objeto de la obligación es también el objeto contemplado en el contrato de seguro y se produce el siniestro<sup>53</sup>; 3) el justiprecio en caso de expropiación; y 4) la ganancia obtenida por el deudor al disponer del bien que tenía que entregar al acreedor (*commodum ex negotiatione*)<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 17.

<sup>51</sup> *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 38.

<sup>52</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 17.

<sup>53</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 32: No es un supuesto polémico, pero el caso que pone es significativo: cuando un banco financia la compra de un coche y logra que el prestatario/comprador le ceda la posición que éste tiene en el contrato de seguro con el que asegura el coche, si éste se destruye, la deuda de la aseguradora debería entregarse al banco, salvo que se le otorgue otra garantía equiparable.

<sup>54</sup> ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*cit., p. 16. LARENZ, *Schuldrecht...*cit., p. 286. *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 31 a 37. Aunque la aceptación es muy generalizada, algunos autores advierten de las dificultades para la aceptación: MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht...*cit., Rn. 424, p. 193.

La opinión a favor de que se entregue al acreedor el precio obtenido con la disposición del bien se encuentra muy extendida<sup>55</sup>. No pocos autores se hacen eco aún de la crítica de KISCH (si la imposibilidad proviene del negocio dispositivo y la ganancia/reemplazo del contrato obligacional, el *lucrum ex negotiatione* no cumpliría con la requerida relación causal entre evento que provoca la imposibilidad y evento que hace nacer el reemplazo), pero todos terminan por reconocer que el deudor obtiene el reemplazo de la misma fuente de la que procede la imposibilidad, por lo que no debería haber problema en reconocer que el precio es una forma de reemplazo<sup>56</sup>.

Puede decirse que, más que negar la restitución del *commodum ex negotiatione*, lo que ponen algunos autores de relieve es la necesidad de limitarlo al daño del acreedor por no haber recibido la cosa, al *commodum ex re*. El supuesto conflictivo –y no tan habitual, agrega EMMERICH– se presenta cuando el precio es notablemente superior al valor del bien, y por tanto al daño causado al acreedor por no entregarlo. ¿Es razonable que se entregue el precio también en ese caso? Como vimos en PAULO, en el fondo se trata de «atribuir» el resultado de la habilidad para los negocios del deudor. HECK opina que el deudor que haya hecho un buen negocio con la cosa debida no tiene por qué poner su destreza en beneficio de otro, aunque éste sea el acreedor, por lo que no debería entregar más allá del valor de la cosa<sup>57</sup>. Hoy la conveniencia de limitar la responsabilidad del deudor al *commodum ex re* se relaciona sobre todo con el hecho de haber incluido al amparo del § 285 BGB las obligaciones de hacer y no hacer, y el que algunos preceptos que asignan el riesgo al acreedor de un servicio o un trabajo hayan introducido su propia manera de *compensarlo* con ciertos beneficios obtenidos por el deudor (arts. 326, 616 BGB)<sup>58</sup>. Suele tratarse de autores que explican la entrega del reemplazo al margen de la dogmática del Derecho de enriquecimiento<sup>59</sup>. Volveremos sobre ello enseguida, al tratar del alcance de la responsabilidad.

En cuanto al otro requisito exigido, se insiste en que el juicio de «identidad» o «coherencia» entre el objeto de la obligación inicial y el reemplazo debe realizarse desde una perspectiva económica: todo equivalente económico (de la cosa) que el

<sup>55</sup> LARENZ, *Schuldrecht...*cit., p. 286. *MüchKomm*/EMMERICH, § 285, Rn. 22. *Staudinger*/CASPER, § 285, Rn. 37.

<sup>56</sup> *Soergel*/BENICKE y GREBE, § 285, Rn. 67: También satisfacen las exigencias de la causalidad los casos de doble venta, o de venta de la cosa que ya se debe a un primer contratante, porque el negocio causal conforma una unidad económica con el negocio de disposición, luego desde una perspectiva económica la venta es el motivo de la imposibilidad y del beneficio.

<sup>57</sup> HECK, Philipp, *Grundriss des Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1929, p. 105. El autor se apoya en su doctrina del «límite de la víctima», que LARENZ rechaza (*Schuldrecht...*cit., p. 186).

<sup>58</sup> *MüchKomm*/EMMERICH, § 285, Rn. 23.

<sup>59</sup> HARTMANN, *Der Anspruch...*cit., p. 6.

deudor obtenga por el mismo motivo por el que no ha podido prestar<sup>60</sup>. Claro que no siempre es evidente cuándo se cumple o no con esta circunstancia.

SCHWARZE subraya que el problema central del § 285 BGB es, precisamente, determinar cuándo «algo» que llega al patrimonio del deudor constituye el «reemplazo» que el acreedor tiene derecho a recibir en lugar de la prestación no realizada<sup>61</sup>. Entre prestación y reemplazo debe haber una relación de *sustitución*. Para saber si la hay habrá que acudir a la autonomía de la voluntad de las partes, o a un precepto específico, y en defecto de ambos, al § 285 BGB; para valorar si éste se aplica o no, algún autor señala la importancia de impedir que el deudor se enriquezca de manera injustificada<sup>62</sup>. Suelen cumplir con el requisito de «coherencia» todos los reemplazos típicos: las pretensiones de indemnización de daño, de cumplimiento del contrato de seguro, de entrega del justiprecio en la expropiación o de la ganancia obtenida por disposición del objeto debido (aunque el acreedor no sea aún propietario)<sup>63</sup>.

STOLL pone de relieve que hay reemplazos que no guardan suficiente relación de identidad o coherencia con el daño que sufre el acreedor por la falta de cumplimiento de la prestación inicial; por ejemplo, si un obrero incumple su contrato de trabajo porque tiene un accidente y una mutualidad resulta obligada a pagarle una indemnización, aunque el empresario que le contrata tenga que pagarle también los días de trabajo que no acudió a trabajar, no podrá pretender detraer el importe que aquél reciba por el accidente. La indemnización que cubre el daño (personal) del obrero no guarda una relación de «sustitución» con el trabajo no realizado ni con el daño causado al empleador por no haber acudido a trabajar, y aunque provienen del mismo evento (el accidente), no se aprecia la relación de identidad o coherencia que justifica la idea de reemplazo y la obligación de entregarlo<sup>64</sup>.

No constituye «reemplazo» el ahorro de gastos que experimenta el deudor por no haber tenido que cumplir con la prestación originaria; la idea de reemplazo exige algo que aparece «positivamente» en el patrimonio del deudor por la misma circunstancia

<sup>60</sup> *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 25. *Soergel/BENICKE* y *GREBE*, § 285, Rn. 60: Para los autores de este comentario, la aceptación del *commodum ex negotiatione* es solo una consecuencia de esa perspectiva económica, por lo que también se muestran a favor de concedérselo y, además, sin límite, pues si se lleva a cabo una disposición ilícita y se restituye siempre solo en la medida del valor, el supuesto quedaría sin «sanción», o mejor, el que así actúa lo haría sin riesgo y podría calcular siempre el valor «máximo» del que debería responder.

<sup>61</sup> SCHWARZE, *Das Recht...*cit., p. 409.

<sup>62</sup> SCHWARZE, *Das Recht...*cit., p. 410.

<sup>63</sup> SCHWARZE, *Das Recht...*cit., p. 410.

<sup>64</sup> STOLL, «Vorteilsausgleichung...», cit., p. 693.

que le impide cumplir, no un mero «gasto cesante» como sería el ahorro de gastos<sup>65</sup>. Tampoco lo es aquello que se ha obtenido a partir de la materia prima que debió entregarse inicialmente en la obligación; en este caso el reemplazo no es un sustituto de lo inicialmente debido<sup>66</sup>. Tampoco el arrendatario tiene derecho a quedarse con lo que reciba el propietario de la vivienda que ha quedado destruida, pues éste recibe un reemplazo (de un tercero o de la aseguradora) por la cosa, no por la facultad de usarla; falta la identidad entre el objeto debido que ya no se podrá entregar (el uso de la cosa) y el objeto del reemplazo, que es la cosa misma (valor en propiedad, no solo su valor de uso)<sup>67</sup>. Otra cosa es que el propietario reciba algo por la facultad de uso de la cosa, lo que sí parece corresponder al arrendatario; así, si el arrendatario/subarrendador recibe una indemnización por no poder usar el bien, el subarrendatario podrá exigir que le entregue como reemplazo lo que recibió<sup>68</sup>. Aunque se trata de una opinión minoritaria, STOLL mantiene que el arrendatario puede pretender quedarse siempre con una parte de la indemnización, o del justiprecio, que el propietario reciba por la cosa, aunque encuentra evidentes dificultades para determinar la cantidad que le corresponde: el valor que corresponda al uso de la cosa por el tiempo que el contrato lo hubiera previsto<sup>69</sup>.

En este requisito de «identidad» o «coherencia» entre el objeto inicial y el reemplazo, la jurisprudencia del BGH ha conocido un caso del que se hacen eco muchos autores: El arrendador A alquila un terreno para que se use como parking al arrendatario B; más tarde, alquila parte de ese mismo terreno a un segundo arrendatario C, para que lo use para venta de productos. El objeto era (parcialmente) el mismo, pero los usos contratados eran distintos: B podía usarlo como parking, C podía instalar allí un puesto comercial. Por lo tanto, B no hubiera podido usar el terreno como lo hizo C, ni hubiera podido subarrendarlo a C. El BGH entendió que esa diferencia en el uso contratado

<sup>65</sup> Soergel/BENICKE y GREBE, § 285, Rn. 65: El reemplazo es un «algo» que aparece en el patrimonio del deudor, no basta con que éste haya ahorrado gastos. SCHWARZE, *Das Recht...cit.*, pp. 410 y 413. El § 285 BGB no se pronuncia sobre si, en una determinada relación obligatoria, uno de los contratantes está obligado a tomar alguna medida en prevención del evento que pueda hacer imposible la prestación (por ejemplo, si existe obligación de asegurar el objeto que deberá entregarse). Esto dependerá de las prácticas habituales de la contratación en el sector de que se trate, o de que el vendedor haya hecho saber al comprador que tiene ese seguro; en tales casos podría haber bien obligación de asegurar, bien obligación de no terminar con el contrato de seguro antes de la entrega. Como es lógico, en principio no se puede «descontar» del reemplazo lo que hubiese tenido que pagar por tomar esas medidas (por ejemplo, las primas del seguro). Frente a la opinión general, HARTMANN, *Der Anspruch...cit.*, p. 334. STOLL, «Vorteilsausgleichung...», cit., p. 690.

<sup>66</sup> Staudinger/CASPERS, § 285, Rn. 43.

<sup>67</sup> MünchKomm/EMMERICH, § 285, Rn. 25. Staudinger/CASPERS, § 285, Rn. 44.

<sup>68</sup> Soergel/BENICKE y GREBE, § 285, Rn. 67 y ss. SCHWARZE, *Das Recht...cit.*, p. 410.

<sup>69</sup> STOLL, «Vorteilsausgleichung...», cit., p. 690.

hacía que el bien entregado (el uso del terreno como parking) y el reemplazo (las rentas por el uso de parte del terreno como local) no fuesen «coherentes», por lo que excluyó la aplicación del § 285 BGB.

La reacción de los autores ha sido crítica con la decisión. Para CASPERS, el hecho de que B no hubiera podido obtener por sí ese reemplazo no impide que sea coherente; añade que sería demasiado fácil escapar de la aplicación del precepto si el deudor pudiera modificar el segundo contrato de manera que no coincidan los usos pactados en ambos contratos<sup>70</sup>. EMMERICH entiende que el § 285 BGB no entra a valorar la «equivalencia» o «equilibrio material» entre el objeto inicial y el reemplazo, de manera que en el caso B podría pedir que A le restituya las rentas cobradas a C<sup>71</sup>. Para BENICKE y GREBE la deuda del arrendador era esencialmente la misma para ambos arrendatarios, la cesión de uso del terreno, luego cumplía con el requisito de «identidad»; sin embargo, sí les parece relevante el argumento utilizado por el BGH de que el arrendatario no hubiera podido obtener por sí ese reemplazo. Con todo, estiman que de no aplicarse el § 285 BGB los arrendadores podrían buscar siempre un mejor contratante porque podrían calcular el daño resarcible y especular a costa de los arrendatarios, lo que merece ser evitado<sup>72</sup>. MEDICUS comenta que si el arrendatario hubiera estado legitimado para usar la cosa del modo concedido en el segundo arrendamiento o hubiera podido subarrendar el terreno (esto es, si se hubiesen usurpado facultades de B), se le deberían entregar las rentas del segundo arrendamiento como «reemplazo»<sup>73</sup>.

Este último –el que B no hubiera podido usar la cosa como C ni subarrendar a éste– parece ser un argumento importante, pero no está claro por qué; si B podía exigir la prestación inicial (el uso del bien), ¿por qué no va a poder quedarse con su reemplazo (lo que llega al patrimonio del deudor en lugar del uso del bien) sin mayores requisitos? Lo relevante es que el reemplazo sustituya la prestación inicial, ¿por qué debería hacer falta *además* que el acreedor hubiera podido exigir *también* ésta? Es posible que lo que el BGH quiso decir para denegar la pretensión era que el segundo uso *no sustituye* al primero porque es distinto, pero sin duda se trata de otro argumento, que tampoco es fácil de aceptar porque ambos usos son incompatibles entre sí. Está claro que el razonamiento «B no hubiera podido obtener por sí ese reemplazo» es necesario para la pretensión de daño/lucro cesante, aunque en el caso no quede claro si se hubiese podido probar un daño así. Si se trata de reintegrar la facultad de uso del objeto de la

<sup>70</sup> Soergel/BENICKE y GREBE, § 285, Rn. 74. Staudinger/CASPERS, § 285, Rn. 47.

<sup>71</sup> MünchKomm/EMMERICH, § 285, Rn. 25.

<sup>72</sup> Soergel/BENICKE y GREBE, § 285, Rn. 74.

<sup>73</sup> MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht...cit.*, Rn. 424, p. 193.

prestación (recordemos que según la opinión dominante la pretensión *ex* § 285 BGB funciona como una *condictio* por intromisión), el éxito de la pretensión no depende de que C haya impedido *de hecho* usar la cosa a B, ni de que B hubiera podido usar el bien como C, sino simplemente de que A y C han usurpado (A dispone del uso, C se apropia el uso) algo que estaba atribuido en exclusiva a B. Desde esta perspectiva, B podría acudir contra C con la *condictio* por intromisión para pedir el valor de mercado del uso del bien, o contra A por el § 285 BGB para pedirle como reemplazo las rentas obtenidas de C (a cambio de su propia contraprestación)<sup>74</sup>.

## 6. EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD

Hemos visto que los autores coinciden pacíficamente sobre las formas típicas que puede adoptar el reemplazo, pero no todos comparten que éste tenga que entregarse siempre íntegramente. Para la opinión mayoritaria, el punto de partida no puede ser otro que la entrega al acreedor de todo el reemplazo, sea mayor o menor que el valor de la prestación inicial, sea mayor o menor que el daño experimentado por el acreedor. Pero los partidarios de explicar el reemplazo en el contexto de la responsabilidad por daños entienden que la restitución del reemplazo no debería superar el daño sufrido por el acreedor.

Todos están de acuerdo, también los que han optado por una explicación indemnizatoria del precepto, en que la pretensión para exigir la entrega del reemplazo no tiene carácter indemnizatorio y, por lo tanto, no depende de los requisitos de una pretensión indemnizatoria: la culpa del deudor es tan innecesaria como el hecho de que el acreedor tenga que responder de la imposibilidad<sup>75</sup>. El acreedor puede acumular ambas acciones (reemplazo y daño), lo que tendrá sentido si el reemplazo no cubre todo el daño; en tal caso, y siempre que se cumplan los requisitos ordinarios para que prospere, la acción indemnizatoria cubrirá el daño que supere el valor del reemplazo<sup>76</sup>. Para algunos, que la pretensión no sea indemnizatoria tiene como consecuencia que no importa si lo recibido es mayor o menor que el daño del acreedor: el deudor debe entregar lo que ha recibido<sup>77</sup>. Pero otros entienden que valor del subrogado no debería superar el daño del acreedor, de modo similar a como algunos preceptos sobre

<sup>74</sup> BASOZABAL, «Incumplir por negociar...», cit., en prensa.

<sup>75</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 55.

<sup>76</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 56.

<sup>77</sup> EMMERICH, *Das Recht...cit.*, § 10, Rn. 26, p. 162. *Soergel/BENICKE* y GREBEN, § 285, Rn. 81. Del sentido y de la finalidad del precepto no se desprende que la obligación del deudor tenga que limitarse al perjuicio del acreedor, y la opinión contraria solo obedece a motivos dogmáticos. Al deudor no le corresponde quedarse con algo que procede de un bien que debió entregar porque no le corresponde.

obligaciones de hacer y no hacer permiten al acreedor limitar su riesgo (su daño) compensándolo con diferentes beneficios del deudor, pero de ningún modo exigir a éste la diferencia positiva si los beneficios superaran el daño<sup>78</sup>.

Para cualquiera que haya aceptado el planteamiento de STOLL resulta consecuente defender que la pretensión de entrega del reemplazo está limitada al perjuicio que sufra el acreedor. Un reemplazo que supere el daño no es compatible con una explicación orientada según la *compensatio lucri cum damno*. Según el § 326.II.2 BGB, el deudor de una prestación de hacer personalísima que haya devenido inexigible podría quedar liberado y, a la vez, exigir la contraprestación; si se diera el caso, prevé que el contratante que soporta el riesgo pueda descontar de su deuda los siguientes conceptos: el ahorro de gastos que haya experimentado el deudor por no tener que cumplir; lo que el deudor reciba por haber trabajado gracias a que no tuvo que hacerlo para el acreedor; y la cantidad que el deudor pudo recibir como reemplazo y, dolosamente, dejó escapar<sup>79</sup>.

El precepto asigna el riesgo de inexigibilidad de una prestación de hacer personalísima al contratante que no la recibirá y a continuación prevé el modo de compensarlo. La idea de fondo es bien conocida, pero la novedad está, por una parte, en los conceptos que se pueden alegar para compensar ese riesgo, y por otra, en que el acreedor puede disminuir su riesgo, pero no tiene pretensión alguna a la entrega del reemplazo. Entre esos conceptos «compensables» sigue estando la idea de un reemplazo (lo que el deudor obtiene mediante un «hacer» alternativo durante el tiempo en que debió realizar el «hacer» inicial inexigible), pero ahora se suman tanto el ahorro de gastos que experimenta el deudor por no tener que prestar como el hecho de no haber recibido (el deudor) un reemplazo por comportamiento doloso. Podría parecer que cada uno de estos conceptos se mueve en un plano distinto: lo que el deudor obtuvo por no cumplir (reemplazo), lo que el deudor ahorró por no cumplir y lo que el deudor no obtuvo por comportamiento doloso. Pero bien mirado, todos hablan de lo mismo: de lo que ocurre con motivo de la imposibilidad en el patrimonio del deudor, bien sea incremento de activo, disminución de pasivo o lucro cesante dolosamente frustrado. Las diferencias son aún mayores en el supuesto de hecho de la norma: aquí no estamos ante un deudor que incumple dolosamente, como en la doble venta, ni ante la pérdida

<sup>78</sup> *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 30.

<sup>79</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 41. La limitación de la responsabilidad debería respetarse aunque la ruptura del contrato sea dolosa. KÖNDGEN había propuesto que en estos casos se entregue lo recibido, aunque supere el daño, pero no hay ningún fundamento en la ley para defender esa opinión (tampoco se aprecia que el texto de la ley facilite la limitación del alcance de la responsabilidad al daño del acreedor, algo que procede más bien de la fundamentación dogmática de STOLL).

fortuita de la cosa, sino ante un acreedor al que se responsabiliza de la imposibilidad: es el responsable de que su contratante no haya podido cumplir<sup>80</sup>.

Si el deudor obtiene con su «hacer» alternativo una remuneración mayor que la debida por el acreedor: ¿debería entregar la diferencia positiva a éste? Algunos autores alemanes entienden, desde la perspectiva de la «compensación de lucros y daños», que la pretensión no puede superar el daño del acreedor. Sin embargo, la perspectiva del precepto es la de conceder al deudor que no podrá cumplir el derecho a la contraprestación. Desde esta perspectiva, al acreedor no se le reconoce ningún derecho (subjetivo) a obtener esos beneficios del deudor, esto es, al reemplazo; solo se le permite invocarlos frente a la pretensión de pago que le dirija el deudor<sup>81</sup>. El mecanismo del § 326.II.2 BGB es netamente distinto al del § 285 BGB; si éste concede un derecho que queda a disposición del acreedor, aquél no da ningún derecho *a exigir* el reemplazo/el ahorro/el lucro dolosamente frustrado, sino simplemente la posibilidad de alegarlos (como excepción) para disminuir el riesgo que se le ha asignado. Por lo tanto, podría ocurrir que el acreedor no tenga que pagar nada, pero ni se plantea que pueda exigir al deudor que le entregue nada. Pienso que son artículos que utilizan herramientas distintas con una misma función, la de disminuir el riesgo atribuido a uno de los contratantes, y que cada herramienta presenta su fisonomía. Que el reemplazo/precio pueda superar en algún caso el daño experimentado por el acreedor es algo que solo ocurre si se concede una pretensión a la entrega del reemplazo. Por el contrario, no es posible si lo que puede hacer ese acreedor es únicamente defenderse cuando el deudor le exija el cumplimiento, aunque por su parte no tenga que entregar nada.

La idea de compensar el riesgo de un contratante con el beneficio que reciba el otro opera de manera diferente en los dos preceptos comentados: el § 285 BGB reconoce un derecho opcional al acreedor y le permite exigir el reemplazo a cambio de la contraprestación pactada; el § 326.II.2 BGB le ofrece varias posibilidades de disminuir el riesgo de tener que pagar por una prestación que no recibirá (reemplazo, ahorro o lucro frustrado), pero solo podrá hacerlas valer como excepción para pagar menos o no pagar, de ninguna manera para fundamentar una pretensión. No se olvide que el § 285

<sup>80</sup> El precepto se aplica si el acreedor es el responsable de la imposibilidad (variante 1), si se hallaba en situación legal de mora cuando aconteció la circunstancia que hace imposible la prestación (variable 3) o cuando, siendo ambos –acreedor y deudor- responsables de la imposibilidad, la contribución del acreedor es principal o preeminente. El § 615.2 BGB prevé la misma solución para el contrato de servicio, siempre que la imposibilidad acontezca estando el acreedor del servicio en situación legal de mora.

<sup>81</sup> No es nada novedoso. Algo así le ocurre al arrendatario que no puede cobrarse las mejoras introducidas en la cosa mejorada que debe restituir al arrendador. En su caso puede compensarlas con los daños que el arrendador le deba a él, pero no puede cobrarlas (art. 488 CC).

BGB se activa con independencia de que la imposibilidad sea imputable al deudor (o incluso al acreedor, hipótesis extraña, porque es él mismo quien soporta el riesgo), mientras que en la hipótesis del § 326.II.2 BGB es el acreedor el responsable (exclusivo o principal) de la imposibilidad, o ha incurrido en mora cuando se produce el evento que causa la imposibilidad. Por lo demás, para los autores que pretenden limitar el reemplazo al daño del acreedor, éste se debe medir conforme a las reglas generales, y será el deudor que pretenda que el daño es inferior al reemplazo el que tenga que probarlo para limitar la medida de su responsabilidad<sup>82</sup>.

Para SCHWARZE, la idea de compensación no justifica que el acreedor reciba un reemplazo superior al perjuicio que sufre por no haber recibido la prestación inicialmente debida. Si A compra a B por 100 una cosa que vale 120, su perjuicio será de 20 si la compraventa no tiene lugar por pérdida fortuita del bien. Si el vendedor tenía asegurado el bien y la aseguradora le proporciona 150, el acreedor estará interesado en recibir los 150 (y no solo los 120 del valor de la cosa) a cambio de los 100 del precio. Estos 30 «extra» los recibiría «por suerte», aunque mayor «suerte» sería la del deudor si se quedara con todo por carecer el ordenamiento jurídico de un § 285 BGB. Para el mencionado autor, ese beneficio extraordinario no está justificado por la idea de «subrogación», por lo que la obligación de entregar el reemplazo debería limitarse al perjuicio del acreedor (120), sobre todo si el subrogado es monetario o divisible (otra cosa es que ante un subrogado indivisible se prefiera entregarlo todo al acreedor en lugar de dejar que se lo quede el vendedor)<sup>83</sup>.

R. SCHMIDT propone un supuesto similar con un resultado aparentemente distinto: A compra un coche por 32 a B, pero antes de entregarlo el coche se destruye; la aseguradora paga 35 a B, que es lo que vale el coche. Si A pidiera a B los 35 saldría ganando 3, como si se le hubiera entregado el coche *in natura*. El vendedor no podría beneficiarse de su mala venta y entregarle solo 32, alegando que es el precio del coche<sup>84</sup>. Pero no estamos exactamente en el mismo caso que en el supuesto anterior, porque si el valor es 35, el comprador no está pidiendo un reemplazo por encima del valor de la cosa, como ocurría en el caso anterior.

<sup>82</sup> *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 42.

<sup>83</sup> SCHWARZE, *Das Recht...cit.*, p. 414. Y si la acción del deudor pudiera calificarse de intromisión en una posición jurídica absoluta, la respuesta debería armonizarse con los principios que rigen el Derecho de enriquecimiento injustificado y, por lo tanto, con los términos en los que se trata este mismo asunto en el § 816 I BGB.

<sup>84</sup> SCHMIDT, Rolf, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 13ª ed., Bremen, Grasberg, 2019, Rn. 403, p. 149.

El § 285 BGB no pretende resolver la espinosa cuestión sobre la restitución de la ganancia. Este es un asunto –la agravación de la responsabilidad por una conducta ilícita con la que se obtiene una ganancia- que no debe pretenderse resolver en esta sede<sup>85</sup>. Esto resulta evidente para quienes leen el precepto en clave indemnizatoria. Pero también llega a la misma conclusión el que entiende el precepto en clave de «reintegración» del derecho del acreedor<sup>86</sup>. Para HARTMANN, no se trata de restituir ni toda la ganancia, ni el valor objetivo del bien usurpado, sino de repartir la ganancia según la contribución de las partes en la obtención del beneficio final, tal y como WILBURG había propuesto para el Derecho de enriquecimiento injustificado<sup>87</sup>.

En cualquier caso, hay unanimidad en que el reemplazo no se impone al acreedor, sino que es una opción que está a su disposición. Esto significa que el deudor no puede liberarse obligando al acreedor a recibir el reemplazo<sup>88</sup>. El acreedor tiene el derecho a optar por la pretensión que prefiera; varios autores hablan de una «conurrencia electiva» de acciones (para la concurrencia de las acciones de enriquecimiento y de daños he preferido hablar de un «curso acumulativo de acciones»<sup>89</sup>). Según la opinión más razonable, el deudor podría poner al acreedor un plazo razonable para que opte.

Cuando el acreedor haya optado por exigir el reemplazo, tendrá que probar que el deudor lo ha recibido y cuál es su valor (es posible que necesite pedir información al propio deudor, lo que conseguirá gracias al § 242 BGB)<sup>90</sup>. SCHWARZE detalla algo más: al acreedor demandante le corresponde la prueba de la obligación, de la imposibilidad de la prestación y de la existencia de un reemplazo en el patrimonio del deudor, así como del valor de éste. Si el deudor se opone alegando que el daño del acreedor es menor, deberá probarlo. Pero si el vendedor/deudor ha vendido un bien a un precio excelente, muy superior al de mercado, ¿podrá quedarse con la diferencia entre el valor y el precio si consigue probar que el acreedor no hubiese podido obtener ese mismo precio por sí (con lo que la ganancia neta quedaría para el vendedor)? ¿O debería entregar el

<sup>85</sup> STOLL, «Vorteilsausgleichung...», cit., p. 693.

<sup>86</sup> BASOZABAL, «Incumplir por negociar...», cit., en prensa.

<sup>87</sup> HARTMANN, *Der Anspruch...*cit., p. 336. Le parece que no hay por qué exagerar las dificultades para determinar la medida en que cada parte ha contribuido a la obtención del resultado final (ganancia). Sobre la restitución de la ganancia, véase BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado...*cit., pp. 197 y ss..

<sup>88</sup> EMMERICH, *Das Recht...*cit., § 10, Rn. 24, p. 162. FIKENTSCHE/HEINEMANN, *Schuldrecht...*cit., Rn. 443, p. 267. *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 29 y 35. SCHWARZE, *Das Recht...*cit., p. 420: el acreedor tiene un *ius variandi*, de manera que a pesar de haber ejercitado un derecho, puede pasarse al otro. *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 58.

<sup>89</sup> BASOZABAL ARRUE, Xabier, «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2 (abril-junio, 2019), pp. 119 y ss..

<sup>90</sup> *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 39. *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 58.

precio descontando el gasto realizado para venderlo, esto es, el precio del servicio que él mismo prestó para obtenerlo (con lo que la ganancia neta quedaría para el comprador)? ¿O debería restituir el precio sin considerar si él ha contribuido decisivamente a obtenerlo (con lo que la ganancia bruta sería para el comprador)? Si un contratante tiene derecho al reemplazo podrá exigirlo a cambio de su contraprestación; en su caso, se planteará si el deudor del reemplazo puede «descontar» los «gastos necesarios» realizados para su obtención. El resto de hipótesis deben responderse desde la perspectiva de la restitución de la ganancia, o de la «responsabilidad por la ganancia»: si ésta se distribuye según la aportación de cada cual, si el comportamiento doloso de un contratante debería dejar la ganancia bruta al otro, etc.<sup>91</sup>.

## 7. ÚLTIMAS CUESTIONES

El deudor debería poder descontar los gastos que ha tenido que hacer para obtener el «reemplazo» o que ha realizado en el reemplazo, siempre que le corresponda un tal derecho en virtud de las reglas generales sobre gestión de negocio ajeno o de enriquecimiento injustificado. En los contratos sinalagmáticos el acreedor que solicita el reemplazo debe estar dispuesto a que se «compense» lo que él mismo debe al deudor y, para algún autor, los gastos que éste hubiese ahorrado por no tener que cumplir<sup>92</sup>. Ahora bien, con la aceptación de estos «correctivos» –digámoslo así-, se aprecia también una cierta importación de tópicos de justicia propios de otros ámbitos del ordenamiento: me refiero a que la idea inicial de «cosa por cosa» (subrogado por cosa debida) se difumina para dejar paso a ideas propias de la liquidación de un estado posesorio.

Si la cosa que constituye el reemplazo produce fruto para el deudor, éste debería entregarlo si correspondían al acreedor los frutos de la cosa inicialmente debida. Por los frutos debidos percibir y no percibidos el deudor solo responderá si la omisión fuese culpable y el acreedor pide la correspondiente indemnización<sup>93</sup>.

Si no se puede entregar el reemplazo (porque se consume, se mezcla, o se renuncia a él frente al tercero), debería entregarse su valor conforme a las reglas generales de

<sup>91</sup> SCHWARZE, *Das Recht...*cit., p. 418. KÖNDGEN propuso que si la disposición fue dolosa la responsabilidad del deudor no debería limitarse al perjuicio del acreedor

<sup>92</sup> *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 31. *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 49.

<sup>93</sup> *MünchKomm/EMMERICH*, § 285, Rn. 31. *Staudinger/CASPERS*, § 285, Rn. 50. SCHWARZE, *Das Recht...*cit., p. 414.

responsabilidad contractual (§§ 280 BGB y ss.; indemnización de daño por lesión de obligación contractual)<sup>94</sup>.

El plazo de prescripción de la pretensión del § 285 BGB es el mismo que el de la pretensión de cumplimiento originaria, pues sirve al mismo fin. Si se ejercita ésta, el plazo para ejercer aquélla también se interrumpe<sup>95</sup>.

Producida la imposibilidad, la relación obligatoria sigue siendo la misma, por lo que los fiadores y garantes siguen respondiendo del cumplimiento de la pretensión de entrega del cómodo<sup>96</sup>.

## 8. REFLEXIÓN FINAL

Me parece importante una idea apuntada en nota al comienzo del estudio que no ha sido debidamente destacada. SCHWARZE comparte con los otros autores que la pretensión de entrega del reemplazo trata de compensar por una atribución patrimonial que ha resultado inadecuada, injusta, pero a continuación pone el acento en que para valorar «lo injusto» de la atribución no se puede acudir siempre al mismo principio para todas las constelaciones de casos: en algunos, la explicación será *la intromisión* en una posición jurídica del acreedor; pero otras veces no hará falta descubrir una intromisión para apreciar la necesidad de compensar que late detrás de la entrega del reemplazo, casos en los que *compensar* con el *reemplazo* por el perjuicio que sufre el acreedor cuando el deudor se libera sin cumplir es mejor solución que dejar el reemplazo al deudor o a quien deba entregárselo a éste<sup>97</sup>.

Después de este recorrido por el Derecho alemán parece claro que la «técnica» del reemplazo era originariamente la manera de compensar al contratante que sufría el riesgo de pérdida fortuita de la cosa. Con la entrega del reemplazo se «reintegra» el derecho del contratante que sufre la pérdida hasta donde alcanza el beneficio recibido por el otro contratante, que se libera sin cumplir. A partir de aquí, la historia del precepto –en Alemania y en el resto de países del ámbito europeo– se caracteriza por un proceso de ampliación de su ámbito de aplicación en el que la compensación del riesgo con el beneficio deja de servir como explicación única para las hipótesis nuevas que acuden al amparo de la norma.

<sup>94</sup> Staudinger/CASPERS, § 285, Rn. 51

<sup>95</sup> EMMERICH, *Das Recht...cit.*, § 10, Rn. 25, p. 162. SCHWARZE, *Das Recht...cit.*, pág. 418. Staudinger/CASPERS, § 285, Rn. 52.

<sup>96</sup> EMMERICH, *Das Recht...cit.*, § 10, Rn. 25, p. 162.

<sup>97</sup> SCHWARZE, *Das Recht...cit.*, pp. 406 y 407

Me parece que uno de los aspectos que más ayuda a entender bien el precepto es no perder de vista su perspectiva contractual (aunque la norma nos haya llegado en sede de obligaciones), pues es la que mejor explica de qué riesgo estamos hablando, o cuándo es posible apreciar la existencia de una intromisión, o cuándo la «interpretación integradora del contrato» atribuye el reemplazo a uno de los contratantes. El binomio «riesgo/beneficio» deja de ser una explicación cuando se acepta que hay motivos para entregar el reemplazo, aunque la imposibilidad sea imputable a un contratante, incluso aunque haya sido dolosamente provocada. Desde perspectivas diferentes, los autores coinciden en que en este punto hay un salto, aquí se plantea un problema nuevo, el reemplazo deja de ser el contrapeso del riesgo (tener que pagar por un bien que no se recibirá) para encontramos con un incumplimiento imputable que abre la posibilidad de acudir a los remedios por incumplimiento; la cuestión es si resulta razonable que el contratante que sufre el «incumplir por negociar» pueda acudir a la entrega del reemplazo, esto es, que pueda querer «reintegrar» su derecho (de crédito) con lo que ha llegado al patrimonio de su contraparte contractual por incumplir. Este no es el riesgo del que hablan las fuentes, luego parece claro que aquí hace falta otra fundamentación: aparece así la idea de «intromisión». El contratante que incumple usurpa la posición contractual de su contraparte disponiendo de aquello que debía entregar a ésta: la doble venta, la entrega retrasada del camión que se sigue usando dos semanas más, etc., son supuestos de intromisión. En estos casos el derecho de uno de los contratantes se reintegra no porque corra el riesgo de tener que pagar sin recibir la prestación, sino porque el contratante incumplidor *ha usurpado* la posición contractual del otro contratante al disponer de aquello que debía a éste: el primer comprador de la cosa puede pedir como reemplazo el segundo precio; el comprador del camión puede pedir su valor de uso por el tiempo que el vendedor retrasó la entrega para usarlo, como podría pedir las rentas que éste obtuvo por haber cedido su uso durante el retraso. En el caso de la empresa de auditoría, es el contrato, con su cláusula de prohibición de concurrencia, el que atribuye al comprador lo que el vendedor obtenga por violar la posición que el contrato ha reservado a aquél. La intromisión consiste en haber dispuesto de lo que la ley o el contrato atribuyen al otro contratante. Por eso sigue teniendo sentido preguntarse si la posición jurídica del acreedor (bien por ley, bien por contrato) atribuye (o no) a éste el monopolio de su explotación.

La evolución del precepto en Alemania se ha visto condicionada por la «necesidad» de dar una explicación en la que tengan cabida las obligaciones de hacer y no hacer. Encontramos preceptos en el BGB que asignan el riesgo al acreedor de una prestación de hacer personalísimo que ha resultado inexigible o imposible, de manera que tendrá

que pagar por ella aunque no la reciba, pero se le permite alegar –para disminuir su riesgo- que el otro contratante ha obtenido ciertos beneficios relacionados con el hecho de haberse liberado, como son que obtenga un beneficio mediante una actividad de reemplazo, los gastos ahorrados por no tener que cumplir, o la no obtención dolosa de un lucro que hubiese podido reducir el riesgo.

En efecto, hay otros preceptos en el BGB que –como el § 285 BGB- asignan un riesgo contractual y prevén el modo de compensar la situación del contratante que lo soporta. La diferencia esencial entre ellos es que, frente al § 285 BGB, *los otros preceptos no otorgan ningún derecho al reemplazo*. Aquí al contratante que soporta el riesgo se le permite compensar su deuda con ciertos beneficios que recibe el contratante liberado. En la lista de beneficios compensables encontramos tres conceptos, no solo la conocida idea del reemplazo que sustituye a lo que no se pudo entregar. Aquí el legislador no se refiere solo a éste, sino también al ahorro de gastos (del contratante liberado) por no tener que cumplir o al lucro dolosamente frustrado (por el contratante liberado); podría parecer que esta última medida pertenece al ámbito del Derecho de daños, pero obsérvese que no se trata de que el contratante que sufre el riesgo hubiera podido obtener un lucro cuya indemnización se tiene en cuenta, sino de que el contratante liberado hubiera podido recibir un lucro y no lo ha hecho por su comportamiento doloso. Se entiende que ese lucro hubiera disminuido la deuda de aquél. Ninguno de esos beneficios representa en sentido técnico un daño del contratante que soporta el riesgo, son auténticos beneficios del contratante liberado que, en su caso, permiten disminuir la deuda de aquél, y en esa medida sí puede decirse que disminuyen su daño; a la vez, al contratante que soporta el riesgo no se le concede ninguna acción sobre el reemplazo, el ahorro o el lucro que no se obtuvo por dolo. Desde esta perspectiva, no se entiende qué podría aportar la idea de una compensación entre lucros (del demandando) y daños (del demandante).

La idea de poder hacer valer una posición jurídica solo mediante excepción o contra-crédito, esto es, solo frente al ejercicio de un derecho por parte del otro contratante y no por vía de acción, es algo bien conocido en nuestro ordenamiento jurídico. Así le ocurre al usufructuario respecto de las mejoras introducidas en la cosa: no tiene derecho a cobrarse por ellas (art. 487 CC), pero puede oponerlas en compensación por los daños que él tenga que indemnizar al nudo propietario (art. 488 CC). Tampoco el acreedor del § 326.II.2 BGB tiene derecho al reemplazo, por lo que carece de sentido decir que en este caso la pretensión al reemplazo tiene su alcance limitado al daño experimentado por el acreedor. Por otra parte, la interpretación dominante del § 285 BGB es cada vez más sensible a determinar las circunstancias que el deudor del reemplazo debería hacer valer como gastos deducibles, y la mayoría coinciden en

reconocerle los gastos necesarios para la obtención del reemplazo y las mejoras introducidas en éste que gocen de la protección de la *condictio* por inversión conforme a las reglas generales.

Con todo, y este es un aspecto apenas referido en el contexto del Derecho alemán, la funcionalidad de un precepto como el § 285 BGB (o el art. 1186 CC) depende en buena medida de la *sencillez* en su aplicación, lo que requiere introducir el menor número posible de excepciones y solo cuando la necesidad de introducirlas sea patente. Con otras palabras, la virtualidad práctica del precepto (su eventual ventaja operativa frente a la acción de daños o de resolución) se hace patente cuando no se matiza en exceso su aplicación: parece sensato partir de la regla de experiencia según la cual, normalmente, el reemplazo estará por debajo del valor o en torno al valor del objeto inicial, de manera que la operación de sustitución solo plantea dudas cuando el valor del reemplazo sea notablemente superior al del objeto inicial. Así, el deudor de cosa cierta que la enajena por mayor precio debe al acreedor este segundo precio como reemplazo sin entrar en mayores distinciones, salvo que pruebe que ese precio solo se hubiera podido obtener con su mediación profesional y se le permita descontar el valor de ese servicio. El transportista que retrasa la entrega del camión debe el alquiler de éste por el tiempo que usurpó su valor de uso; el vendedor de la empresa de auditoría debe al comprador de ésta lo que cobró a sus ex clientes y no podrá deducir el coste del servicio que les prestó salvo que otra cosa pudiera deducirse del propio contrato. El vendedor que tiene el bien asegurado por un valor superior (150) al precio de venta (100) y al valor del bien en el momento de la pérdida (120), deberá entregar el reemplazo aunque sea superior (150); cuando esa diferencia sea notable habrá quien propugne que la deuda se limite al daño sufrido (al valor actual de lo que hubiese recibido) alegando que es el deudor de la cosa quien ha pagado las primas, que el comprador no hubiese obtenido más que el valor actual del objeto (120), etc., pero el precepto no distingue y no está claro el título por el que podría realizarse la reducción más allá de una genérica invocación de principios generales; también podría ocurrir que el bien estuviese asegurado por un valor notablemente inferior y parece claro que el acreedor no podría elevar su pretensión por encima de ésta.

No parece pertinente aplicar el precepto a las obligaciones de hacer o no hacer, porque no es fácil aceptar que el reemplazo «represente» el trabajo que no se pudo realizar, esto es, que lo obtenido con un hacer alternativo «sustituya» la prestación inicialmente debida, o que la cantidad satisfecha por el seguro «sustituya» la prestación que no pudo llevarse a cabo, etc. En definitiva, no todo contratante tiene derecho a un reemplazo, o a compensar su deuda con un reemplazo, pues no todo contratante incumplidor recibe algo *a cambio* de lo que no pudo dar o hacer, o corre con el riesgo

del contrato, o sufre la *usurpación* de su posición jurídica por el otro contratante, esto es, no siempre se dan las circunstancias que hacen posible que un contratante pueda exigir al otro lo que éste obtuvo como reemplazo de la prestación inicial devenida imposible o inexigible.

Realmente, es sensato compensar con el beneficio que reciba el otro contratante (1) a quien soporta el riesgo contractual por ley o (2) lo asume contractualmente, y también (3) a quien sufre una intromisión en una posición contractual que le atribuye el monopolio de los provechos de la misma; el contratante que no recibe una prestación de hacer no puede quedarse con el provecho de otro hacer de su deudor porque no tiene el monopolio de los provechos que el contratante incumplidor obtuvo por incumplir. La función de la entrega del reemplazo es siempre la de reintegrar un patrimonio, pero la medida de la reintegración podría no coincidir con el valor del bien que se debió recibir: normalmente será menos (lo que el tercero resarza, lo que pague la aseguradora, lo que pague la administración pública, lo que pague el comprador) y alguna vez será más (si el bien se vende por un precio superior a su valor, o si se aseguró por un valor superior al del momento de la pérdida). La eficacia del precepto aconseja que seamos restrictivos con las posibilidades de disminuir esa deuda. Quizá baste con acudir al principio general de buena fe para realizar la correspondiente corrección en supuestos muy excepcionales. En cualquier caso, no parece que acudir a la *compensatio lucri cum damno* aporte una sola ventaja; por el contrario, incorpora todas las objeciones generales que pueden hacerse a una concepción abstracta del daño<sup>98</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

BASOZABAL ARRUE, Xabier, «Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiatione* del art. 1186 CC», *Anuario de Derecho Civil*, en prensa.

BASOZABAL ARRUE, Xabier, «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2 (abril-junio, 2019), pp. 119 y ss.

BASOZABAL ARRUE, Xabier, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998.

<sup>98</sup> PANTALEÓN, Comentario al art. 1902, cit., pp. 1988 y ss..

BENICKE, Christoph y GREBE, Christian, en *Soergel Kommentar zum BGB*, 3/2, §§ 243-304, 13ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2014, § 285.

BOLLENBERGER, Raimund, *Das stellvertretende Commodum: Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen*, Wien-New York, Springer, 1999.

CASPERS, Georg, Comentario al § 285, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, §§ 255-304, *Leistungsstörungen 1*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2014.

EMMERICH, Volker, Comentario al § 285, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2, 8ª ed., München, Beck, 2019.

EMMERICH, Volker, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6ª ed., München, Beck, 2005.

ESSER, Josef, y SCHMIDT, Eike, *Schuldrecht*, I/2, 8ª ed., Heidelberg, Müller, 2000.

FIKENTSCHER, Wolfgang y HEINEMANN, Andreas, *Schuldrecht*, 11ª ed., Berlin-Boston, De Gruyter, 2017.

HARTMANN, Felix, *Anspruch auf das stellvertretende commodum*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

HECK, Philipp, *Grundriss des Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1929.

HENSSLER, Comentario al § 616, *Müncher Kommentar zum BFB*, 4, 7ª ed., München, Beck, 2016.

JAKOBS, Horst Heinrich, *Lucrum ex negotiatione. Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993.

LARENZ, Karl, *Schuldrecht*, I, 13ª ed., München, Beck, 1982.

MARTÍN-CASALS, Miquel, «La modernización del Derecho de la responsabilidad civil extracontractual», *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Jornadas de la APDC, 2011.

MEDICUS, Dieter, y LORENZ, Stephan, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 21ª ed., München, Beck, 2015.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, Comentario al art. 1902, en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, 2ª ed., pp. 1971 a 2003.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019 a 1091.

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 a 548.

SCHERMEIER, Martin, Comentario a los §§ 280-285, en *Historisch Kritischer Kommentar zum BGB*, II/1, §§ 241-304, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

SCHLECHTRIEM, Peter, Y SCHMIDT-KESSEL, Martin, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.

SCHMIDT, Rolf, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 13ª ed., Bremen, Grasberg, 2019.

SCHULZ, Fritz, «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *AcP* 105, 1909, pp. 1 y ss..

SCHWARZE, Roland, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2ª ed., Berlin-Boston, De Gruyter, 2017.

STOLL, Hans, «Vorteilsausgleichung bei Leistungsverteilung», en *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 677 a 696.

Fecha de recepción: 07.11. 2019

Fecha de aceptación: 28.02.2020